

Драган М. Митровић

ТЕОРИЈА  
ДРЖАВЕ И ПРАВА

ДРУГИ ТОМ  
Теорије о држави, праву и  
њиховом односу

ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА  
Књига VII



Драган М. Митровић

---

ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА  
Књига VII  
ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА  
Други том  
Теорије о држави, праву и  
њиховом односу

Драган М. Митровић  
ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА  
Књига VII  
ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА  
Други том  
ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ, ПРАВУ  
И ЊИХОВОМ ОДНОСУ

*Издавач*  
Досије студио

*За издавача*  
Мирко Милићевић

*Уредник*  
Душан Мрђеновић

*Рецензенти овој издања*  
Академик, проф. др Мирко Васиљевић  
Проф. др Александар Фатић  
Проф. др Марко Трајковић

© 2026. Драган М. Митровић  
Open Content License



[www.dosije.rs](http://www.dosije.rs)

ДРАГАН М. МИТРОВИЋ

---

# ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА

Књига VII

ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА

ДРУГИ ТОМ

ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ, ПРАВУ И  
ЊИХОВОМ ОДНОСУ

Београд • 2026.



## САДРЖАЈ

НАПОМЕНА УЗ ОВО ИЗДАЊЕ .....	11
------------------------------	----

### ПРВИ ДЕО ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ

#### I глава

ИДЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ.....	17
1. Утопистичке теорије о држави.....	18
1.1. Платоново утопистичко-идеалистичко учење .....	18
1.2. Средњовековне социјалне утопије.....	19
1.3. Учења социјалиста-утописта.....	20
1.4. Учења анархосоцијалиста.....	21
1.5. Анархистичка учења .....	22
2. Природноправне теорије о држави.....	23
2.1. Аристотелово рационалистичко природноправно учење.....	24
2.2. Хеленски период и римска правно-политичка мисао.....	25
2.3. Хришћанска филозофско-теолошка мисао .....	27
2.4. Уговорне природноправне теорије.....	28
3. Етичко-културалистичке теорије.....	31
3.1. Учења о држави као умној појави .....	32
3.2. Учења о држави као моралној и културној идеји ..	33

#### II глава

РЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ .....	37
1. Правне теорије о држави .....	38

1.1. Учења о држави као персонификацији права . . . . .	39
1.2. Учења о држави као правној личности . . . . .	40
2. Социолошке теорије о држави . . . . .	41
2.1. Теорије о постанку државе . . . . .	42
2.2. Теорије о друштвеној улози државе . . . . .	48
3. Политичке теорије о држави . . . . .	54
3.1. Марксистичке и новомарксистичке теорије . . . . .	56
3.2. Савремена политичка теорија класе . . . . .	58
3.3. Теорија политичке класе као политичке елите . . . . .	59
3.4. Савремене плуралистичке теорије елите . . . . .	60
3.5. Теорија градације слојева . . . . .	61
3.6. Теорија групног плурализма . . . . .	62
3.7. Функционалне теорије . . . . .	62
3.8. Системске и кибернетичке теорије . . . . .	64

## Други део ТЕОРИЈЕ О ПРАВУ

### I глава

ИДЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ПРАВУ . . . . .	69
1. Природноправне теорије . . . . .	70
1.1. Старогрчка и староримска природноправна учења . . . . .	70
1.2. Црквено природноправно учење . . . . .	75
1.3. <i>Василике</i> у РOMEЈСКОЈ држави и покрет монархомаха у Западној Европи . . . . .	78
1.4. Рационалистичке природноправне теорије . . . . .	80
1.5. Уговорне природноправне теорије . . . . .	82
1.6. Немачки правни идеализам . . . . .	83
1.7. Препород природног права . . . . .	85
1.8. Савремена природноправна учења . . . . .	88
2. Априористичко-феноменолошке и егзистенцијалистичке теорије . . . . .	97
2.1. Феноменолошка теорија права . . . . .	97
2.2. Егзистенцијалистичке теорије права . . . . .	98

3. Формалне теорије права . . . . .	98
4. Културалистичке правне теорије . . . . .	99
II глава	
РЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ПРАВУ . . . . .	103
1. Позитивистичке правне теорије . . . . .	104
1.1. Догматичке правне теорије . . . . .	106
1.2. Историјска правна школа . . . . .	108
1.3. Нормативистичка и аналитичка правна теорија . . . . .	109
1.4. Енглеска аналитичка јуриспруденција . . . . .	112
1.5. Амерички правни реализам . . . . .	115
1.6. Скандинавски правни реализам . . . . .	118
2. Социолошке правне теорије . . . . .	120
2.1. Органско-биолошко правно учење . . . . .	121
2.2. Школе циљне, интересне и вреднујуће јуриспруденције . . . . .	122
2.3. Школа слободног стварања права . . . . .	124
2.4. Солидаристичка правна теорија . . . . .	126
2.5. Теорије социјалног плурализма . . . . .	127
2.6. Социјално-антрополошки правни плурализам . . . . .	129
2.7. Француски правни модернизам . . . . .	133
2.8. Америчка социолошка јуриспруденција . . . . .	134
2.9. Историцистичка социолошка правна теорија . . . . .	135
2.10. Марксистичка теорија права . . . . .	137
2.11. Покрет критика права . . . . .	140
3. Интегралне правне теорије . . . . .	141
4. Мултидисциплинарне правне теорије . . . . .	143
4.1. Покрет критика правних студија . . . . .	144
4.2. Феминистичка јуриспруденција . . . . .	145
4.3. Школа економске анализе права . . . . .	146
4.4. Конституционалистичке правне теорије . . . . .	148
4.5. Мултикултуралистичке правне теорије . . . . .	149
4.6. Комунитаристичке правне теорије . . . . .	152
4.7. Супертеорија система и кибернетичка јуриспруденција . . . . .	153

4.8. Биоетичка правна теорија .....	155
4.9. Наративна теорија права .....	157
4.10. Покрет права и књижевности .....	158
4.11. Јуристичка семиотика .....	159
4.12. Правац деконструкционизма .....	162
<b>III глава</b>	
<b>ЗАМЕРКЕ САВРЕМЕНИМ МУЛТИДИСЦИПЛИНАРНИМ ПРАВНИМ ТЕОРИЈАМА И УЧЕЊИМА. ....</b>	<b>165</b>
1. Расплињавање појма права, легитимизовање сецесионистичке клаузуле и закони које доноси извршна власт. ....	165
2. Релативизовање истине, правде и стварање правног конструкта процедуралне правде .....	168
3. Одбацивање суверености националне државе у корист суверености тзв. глобалне супердржаве. ....	170
4. Напуштање вредности правне државе у корист тзв. државе националне сигурности .....	173
5. Псеудонаучност и друге методолошко-епистемолошке замерке. ....	174

## **Трећи део**

### **ТЕОРИЈЕ О ОДНОСУ ДРЖАВЕ И ПРАВА**

<b>I глава</b>	
<b>ОДРЕЂИВАЊЕ ОДНОСА ДРЖАВЕ И ПРАВА .....</b>	<b>183</b>
1. Теорије о независности државе и права .....	183
2. Теорије о првенству државе над правом .....	185
3. Теорије о првенству права над државом .....	186
4. Теорије о јединству државе и права .....	188
5. Теорије о повезаности државе и права .....	189
6. Теорије о релативној самосталности државе и права ...	190
<b>Глава II</b>	
<b>ТЕОРИЈЕ О ПРАВНОЈ ДРЖАВИ – ВЛАДАВИНИ ПРАВА ...</b>	<b>193</b>
1. Европско континентално учење о правној држави .....	193
2. Англосаксонско учење о владавини права .....	196
3. Унификација правне државе и владавине права .....	199

III глава	
ХОЛИСТИЧКИ ОДНОС ДРЖАВЕ И ПРАВА .....	203
1. Појам и значења холизма .....	204
2. Холистичке теорије државе и права .....	206
3. Држава и право као холистичке појаве .....	211
4. Статичност и динамичност холистичких веза .....	215
АБСТРАКТИ .....	217
BRIEF CONTENTS .....	221



## НАПОМЕНА УЗ ОВО ИЗДАЊЕ

Књига *Теорија државе и права* је први пут интегрално објављена 2010. године (изд. „Досије студио“ из Београда, 593 стр.). Овог пута је раздељена у три тома због обима текста и величине књижног формата *Изабраних правних дела*: први том са поднасловом „Држава, право и њихов однос“, други том са поднасловом „Теорије о држави, праву и њиховом односу“ и трећи том са поднасловом „Поредак и систем права“.

У другом тому, односно у VII књизи *Изабраних правних дела*, изложен је, допуњен и обрађен, велики број теорија и учења о држави, праву и њиховом односу, од најстаријих до најновијих.

Сва три тома *Теорије државе и права* могу се сматрати врстом енциклопедијског штива из области правне теорије и филозофије. Они могу да користе свима који желе да се подробније упознају са традиционалним проблемима и карактеристичним резултатима некадашње и садашње правне науке, укључујући ту њене нове карактеристичне проблеме и најновије резултате.

У Београду, 2022. године

*Аутор*



ПРВИ ДЕО  
ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ



О држави, праву и њиховом односу постоји велики број учења, нарочито у правној теорији и филозофији.<sup>1</sup> У сваком од њих претеже једна страна над другим бројним. Зато се и на таква учења може применити Лајбницова изрека (*Gottfried Wilhelm Leibniz*) по којој су све теорије истините у ономе што тврде и лажне у ономе што поричу. Све оне представљају посебан предмет интересовања једне такорећи претходеће и сасвим неуобичајене, а истовремено тако старе и толико потребне, самоуознавајуће сазнајне дисциплине која се зове мајеутика.

*Мајеутика* се изворно везује за Сократа, чија је мати била бабица, па у том смислу означава „бабичење“. У преносном филозофском смислу, она означава поступак долажења до тачног сазнања које несвесно чами у сваком човеку, а које се извлачи постављањем згодних питања и одговора: речју, једну хеуристичко-дидактичку методу или дисциплину која се бави проучавањем вештине рађања идеја.<sup>2</sup>

Данас постоји велики број теорија које излажу своје идеје о држави, праву и њиховом односу и предлажу решења која треба да објасне ове појаве. Све оне су резултат замисли које су у најпознатијем облику изложене у учењима истакнутих правних мислилаца и њихових школа. Овом приликом, теорије су подељене на идеалистичке и реалистичке теорије о држави, идеалистичке и реалистичке теорије о праву и теорије о односу државе и права. У оквиру сваке групе, такође, изложена су карактеристична учења бројних правника од античког доба до да-

---

1 *Filozofijski rječnik*, Zagreb (1965) 1984, 198.

2 Вид. J. K. Bluntschli, *The Theory of the State*, ed. Batoche Books, Kitchener, 2000; Y. Barzel, *A Theory of the State*, Washington 2002; P. J. Steinberger, *The Idea of the State*, Cambridge University Press, 2005.

нас. Заједно са теоријама, школама, правцима, покретима итд., та учења јасно показују колико је правна наука стара и развијена дисциплина људског рода. Тога не би било да постојан предмет истраживања правне науке нису држава и право којима припада најважније место у свим историјским и савременим друштвима.

## I глава

### ИДЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ

У правној филозофији и теорији постоји велики број учења о држави која могу да се сажму у два главна: идеалистичка и реалистичка, са својим бројним подврстама.

У идеалистичким теоријама држава се разматра или као химера, или као идеја ван реалног света, сасвим независна од њега, која се у том свету само огледа и одражава, или као идеја која постоји у реалном свету, у коме се јединствено са њим оваплоћује.<sup>3</sup> Суштина државе је у идеји која постоји над реалним, искуственим светом и његовим законитостима, што значи да се у идеалистичким теоријама излаже каква држава треба да буде, независно од тога да ли су постављени циљеви сасвим или вероватно недостижни.

Постоје три главне варијанте ових теорија: утопистичке, природноправне и етичко-културалистичке.

Утопистичке теорије се баве или идеалном државом, или идеалним владаром, који никада и нигде нису постојали, или стварањем државе у којој власт има већина народа, или, пак, укидањем државе као још једне заблуде човечанства. Иако мале научне вредности, оне су интересантне као примери људског стремљења ка достизању немогућег. У њима су записане невероватне истине, не зато што тврде да постоји савршено друштво, већ зато што нас уче како да разумемо и савладамо тешкоће властитог доба и друштва.

Много разноврсније, природноправне теорије утемељене су на трагању за нечим што је вероватно могуће постићи: за све бољом и најбољом државом. Оне су нарочито значајне када се користе као критичко мерило за преиспитивање реалних држава и њихово постојано побољшавање. Њихове главне идеје су у једном тренутку друштвеног преврата записане као само позитивно

3 Р. Лукић, *Теорија државе и права*, Београд 1976, 72 и даље.

право нових грађанских држава. Тиме је потврђена њихова корисност и пружена могућност за проверу њихових вредности.

Етичко-културалистичке теорије су резултат рационалног објашњења објективно постојеће идеје „умне државе“. Оне су усмерене ка истраживању исправне или најисправније државе која се одређује као „највиша личност“, „остварен морал и слобода“ или „градитељ културе“.

Идеалистичке теорије су можда корисније од реалистичких теорија, јер су њихови заговорници и тумачи били слободнији у излагању својих виђења државе као идеје од потоњих настављача који су обично одустајали од таквих подухвата сматрајући их немогућим или тешко остваривим.

## 1. Утопистичке теорије о држави

Традиција размишљања или чак систематског излагања учења о идеалној држави стара је колико и само друштво. Ипак, треба уочити важну разлику: систематско излагање знања о држави започето је тек настанком државе, док је о самој држави размишљано и пре њеног настанка. Од тада, то размишљање непрекинуто траје, али не на исти начин и не са истим резултатима. Због тога треба раздвојити митове и предања од систематских излагања која су настала у великој муци тек када су разум и писана реч однели превагу над опсенама и идолопоклонством држави.

### 1.1. Платоново утопистичко-идеалистичко учење

Вероватно је најстарије и најпознатије Платоново утопистичко-идеалистичко учење о држави, које је он систематски изложио као још млад човек и даровит мислилац.<sup>4</sup> Платон (*Plato*, право име: Аристокле, прозван „памет *Академије*“) је суштину државе, тј. полиса, схватао истовремено као космички поредак и као нешто што извире из самог људског бића и потреба античког човека.<sup>5</sup> Питајући се како треба саздати поредак који би био бољи од свих постојећих зато што би био најправденији,<sup>6</sup> Платон

4 Б. Расел, *Историја западне филозофије*, XIV глава: „Платонова утопија“, Београд 1998, 119–127.

5 Љ. Тадић, *Филозофија права*, Загреб 1983 (Београд 1996), 35.

6 *Ibid.*, 35–36.

је одговорио у другој књизи свог дела *Држава*, сматрајући да се најправеднији поредак састоји у таквој трокласној организацији државе (земљорадници и занатлије, ратници-чувари државе и управљачи-владари) на чијем су челу владари-филозофи: „Док филозофи не буду владали у држави, или док они који се зову владари не почну уистину и правилно да филозофирају, тако да се филозофија поклопи са политичком влашћу, док не буде уклоњена садашња подела између овог двога – нема спаса од зла ни за државу ни за цело човечанство.“<sup>7</sup> Владари треба да буду стари, обазриви, енергични и одани држави, па чак смеју и да лажу у име државе, док то нико други не сме. На тај начин, сматрао је Платон, била би успостављена праведна, тј. најправеднија држава.

Иако је идеализам битна карактеристика Платоновог учења о држави, ипак треба разликовати укратко изложену Платонову теорију идеалне државе од теорије која би се могла извући из његових размишљања о реалној држави: „У теорији о идеалној држави Платон је чист идеалиста и утописта – држава је оличење идеје правде, у крајњој линији везана за божанство. Ово идеалистичко учење је служило за узор свим каснијим таквим теоријама.“<sup>8</sup> Од свега тога, савремени скривени владари света су запамтили само да треба подстицати зло, несрећу и смрт, упркос страховањима које осећају од лажи које бестидно намећу.

## 1.2. Средњовековне социјалне утопије

Платонова *Држава* је најранија од свих познатих утопија. Готово два миленијума после Платона, утопистичка учења су обновљена, посебно у *средњовековним* социјално надахнутим *утопијама* Томаса Мора и Томаза Кампанеле, који су своја уверења у борби против краљевског апсолутизма платили властитим животом.

Томас Мор (*Thomas Morus*), аутор најпознатијег дела *Утопија* (*Utopia*),<sup>9</sup> у том свом невеликом спису из два дела, систематски и доследно излаже теорију о друштву социјалне правде. Његова *Утопија* представља сасвим оригинално дело у коме се у подробностима износи функционисање једног замишљеног сложеног друштвеног и државног система. Она је „мисаона систематска

---

7 Вид. Платон, *Држава*, Београд 1969, IV, 7, 120, *Државник*, Београд 1969, III, 28 и *Закони*, Београд 1971, IX, 13.

8 Р. Лукић, *Историја политичких и правних теорија*, I књига: *Од антике до данас*, Београд 1973, 105.

9 Вид. Т. Мор, *Утопија*, Београд 1964.

конструкција која оставља јак утисак“.<sup>10</sup> Можда се права вредност Морове Утопије састоји у томе што је први пут изнета идеја о праведном друштву у релативно јасном и конкретном облику којим се све до данас надахњују поколења.<sup>11</sup> Говорећи о становницима своје Утопије Мор каже: „Они сматрају да је највећа неправда обавезивати било које људе таквим законима којих има толико много да их је немогуће прочитати или су опет толико нејасни да их нико не може разумети“.<sup>12</sup>

Други познати утописта је италијански калуђер Томазо Кампанела (*Tommaso Campanella*). Написао је своју познату књигу *Град сунца* (*Civitas Soli*),<sup>13</sup> такође снажан исказ против насиља и безнађа садржан у опису идеалног града-државе.<sup>14</sup> На челу такве државе налази се доживотни апсолутни монарх, који је световни и верски владар. Он је оличење апсолутног знања, због чега је назван „Сунце“. Поред њега, владају и три главна министра названа „Власт, Разум и Љубав“, као и две скупштине: прву сачињавају службеници, а другу цео народ.

Мор и Кампанела нису једини представници средњовековног утопизма, иако су његови најизразитији представници. Познато је учење Еразма Ротердамског (*Geert Geerts*, тј. *Erasmus Desiderius*) изложено у спису *Устави нове хришћанских начела* (*Institutio principis christiani*), који решење види у владару који је отелотворење закона, Франциса Бекона (*Sir Francis Bacon*) који је у спису *Нова Атлантида* (*New Atlantis*) стање Енглеске његовог доба преточио у идеализовану слику новонастајућег грађанског друштва или Џејмса Харингтона (*James Harrington*) који у спису *Океанија* (*Oceania*) такође утопистички надахнуто излаже слику идеалне државе која је постојала „некада, тамо негде“.

### 1.3. Учења социјалиста-утописта

Средњовековни утописти су идејно припремили терен за појаву социјалиста-утописта у XIX веку, у чијим су учењима изложени сасвим супротни ставови од ставова физиократа, њихових савременика и опонената.<sup>15</sup>

10 Р. Лукић, *Историја политичких и правних теорија*, 277.

11 Б. Расел, *Историја западне филозофије*, IV глава: „Еразмо и Мор“, 471–474.

12 Т. Мор, 16.

13 Вид. Т. Кампанела, *Град сунца*, Београд 1953.

14 Р. Лукић, 343.

15 Љ. Тадић, 111–113.

Најпознатији представници социјалиста-утописта били су опати Габријел Боно Мабли и Марсело Морели. У средишту њихове критике налазило се „свето право приватне својине“. Сматрали су да „цело подручје правности“ никако не може да буде инструментални додатак приватној својини.

Опат Мабли (*Gabriele Bonnot de Mably*) је у својим бројним списима, а посебно у два списка: *О њравима и дужностима грађанина* (*Des droits et des devoirs du citoyen*) и *О законодавству или њринципи њрава* (*De la législation ou principes des lois*) развио идеју да право треба да тежи постизању социјалне правде. Ту правду он је препознао у постојању друштвене једнакости, која је одувек била жеља потлачених и обесправљених. Он је и државу сматрао средством за остварење идеје социјалне правде. Исту идеју је развијао и опат Морели (*Marcello Morelly*) у свом утопијском учењу под насловом *Пројаси њловењих осѡрва или Бразилијага* (*Naufrage des isles flottantes ou Basiliade*).<sup>16</sup> Може се запитати да ли су се с истим жаром залагали за укидање црквене својине и изједначавање у складу са начелима социјалне правде црквених и световних лица.

#### 1.4. Учења анархосоцијалиста

Социјалисти-утописти су главну сметњу људској сређи видели у приватној својини, а решење у усавршавању државе. На њихова учења надовезују се учења анархосоцијалиста, који су у друштвеној неједнакости и класној борби препознали главни узрок социјалне беде свога доба. Због тога су и анархосоцијалисти заговорници идеје о успостављању друштва социјалне правде. Али, они су у исто време први прави заговорници идеје о укидању државе. Управо због тог дела њиховог учења о укидању државе, они припадају утопистичким теоријама, као и каснији анархисти.

Најпознатији представници овог утопистичког правца су Французи Сен-Симон и Пјер-Жозеф Прудон.

Клод-Анри де Сен-Симон (*Claude-Henri de Saint-Simon*) је у свом учењу снажно истакао значај класе као економског и друштвеног појма, упркос томе што се у XIX веку класа и сталежи нису јасно разликовали. По њему, тек је грађанска револуција у Француској омогућила прелаз са трокласног на двокласно друштво у коме су нове главне класе грађанска (*bourgeois*) и индустријска (*industriels*).<sup>17</sup> Ипак, он је пре био за државу у којој ће

16 Нав. према: Љ. Тадић, 114, 116.

17 С. Н. de Saint-Simon, *Oeuvres*, Paris 1857, 8, т. 7. Нав. према: К. von Beyme, *Suvremene političke teorije*, Zagreb 1976, 228, 231. Вид. С. Н. de Saint-Simon, *Izbor iz djela*, Zagreb 1979.

власт имати већина народа, индустријска класа, него што је био за њено укидање.

Пјер-Жозеф Прудон (*Pierre-Joseph Proudhon*) је био заговорник антиауторитативног социјализма. По њему, у миљеу у коме постоји држава, никаква народна воља не може да буде уважена и поштована, па ни демократија не може да буде облик „друштвеног еманциповања“. Разлог је тај што је и демократија у свом успостављеном облику врста власти, оличење нужне мањине представника људи од моћи и ауторитета. С друге стране, критикујући правом заштићену установу својине, као и други социјалисти-утописти, Прудон је изрекао: „Својина је крађа“! Али, он је отишао и корак даље. Будући да је увидео да својину као такву није могуће укинути, он се окренуо ка држави као њеном постојаном чувару. Због тога се Прудон сматра заговорником укидања државе и претечом тзв. анархофедералистичког устројства друштва у коме би уместо државе били успостављени „флуидни“ односи проистекли из најразличитијих облика удруживања људи (тзв. „флангистерии“), засновани на начелима правде и узајамности.

Прудонове идеје о флангистерима примењене су средином прошлог века у „хипи-покрету“, али и од стране југословенских комуниста, који су прагматично надахнути његовим утопистичким и анархистичким идејама о друштву социјалне правде увели и угасили разглашен модел „социјалистичког самоуправљања“.<sup>18</sup>

## 1.5. Анархистичка учења

Учењима анархосоцијалиста надахнуте су нешто касније чисто анархистичке теорије.<sup>19</sup> Први модерни заговорник анархистичке мисли био је Вилијам Годвин (*William Godwin*). Ипак, најпознатији представници овог правца су Михаил Бакуњин (*Михаил Александрович Бакунин*) и Пјотр Кропоткин (*Пётр Алексеевич Кропоткин*), уз Макса Штирнера (*Max Stirner*). Најпознатији амерички представник анархистичког правца је Ема Голдман (*Emma Goldman*).

---

18 Вид. P. J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété*, 1840; *Création de l'Ordre*, 1843; *Contradictions économiques ou Philosophie de la misère*, 1846; *De la justice dans de la Révolution et dans l'Eglise*, 1858; *Du princip fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la Revolution*, Paris 1863; *La capacité politique de la classe ouvrière*, 1865.

19 Упор. С. Врачар, *Социјална садржина функције државнојравној поретка*, Београд 1965 (1996), 226–233; J. Kolaković, *Historija modernih političkih teorija. Od 1848. do danas*, Zagreb 1972, 113–128.

За разлику од већ изложених утопијских теорија, у којима се решење налази у успостављању идеалне, тј. савршене државе, или у племенитим владарима, или у власти већине народа, анархисти су решење видели у укидању државе као такве (нарочито Михаил Бакуњин и Пјотр Кропоткин, поред поменутог Пјера-Жозефа Прудона).<sup>20</sup> Држава је зло, једна заблуда човечанства. Због тога она мора да буде укинута револуционарним чином здружене људске свести и воље. После тог револуционарног чина држава није разлабављена, нити „одумире“, већ једноставно престаје да постоји. Заувек! Занемаривши чињеницу да је држава процес, а не стање које се може укинути декретом, анархисти су потрагу за идеалном државом заменили потрагом за идеалним друштвом без државе, смештајући га у време „после историје“, у коме влада воља „аутентичних маса у њиховој спонтаности и анархистичкој слободи“.<sup>21</sup> Зато њихова учења представљају најраније врсте „антиутопија“, тј. негативних утопија или *дисидија*. Карактеристичне су за цео XX век као и прве деценије XXI века. Њихов број је нарочито порастао од тренутка када је уочено да нагли технолошки развој најразвијенијих земаља због „неугасиве жеље за моћју“ може да угрози опстанак читавог људског рода.

Изгледа да је у праву савремени британски писац Том Стопард (*Sir Tom Stoppard*), који у својој драми *Обала ујшћине* поручује: „Напустимо антички сан о идеалном друштву – не постоји такво место, зато се тај сан и зове утопија.“ Али, ко може људе да спречи да маштају о ономе што желе?

## 2. Природноправне теорије о држави

Добро је познато да је нешто што је сасвим неоствариво лако разлучити од нечег што је вероватно оствариво. Али, да нешто што је вероватно неоствариво буде изложено у облику систематског учења о држави тако одмерено и успешно да много касније постане уврежен образац размишљања о држави – први пут је успело старогрчким мислиоцима на чијим се учењима заснивају

---

20 Вид. Н. Бакуњин, *Государственный и анархия*, Цирих 1873. и *Država i sloboda*, Zagreb 1979; П. А. Кропоткин, *Анархизам и морал*, Београд 1984. и *Анархија*, Београд 2000.

21 Д. Митровић, „Демократија и анархија као обрасци реда и нерада“, у зборнику радова: *О демократији*, Београд 1995, 56–64.

све потоње идеалистичке теорије о држави, укључујући чак и реалистичке теорије које су се нападале истим тим резултатима, само оспоравајући идеалистичке теорије из другачијих разлога.

Платон је први који је у својим запажањима о стварности државе открио много што је и данас тачно и што је извршило позитиван утицај кроз историју. То је због тога што је Платон био не само идеалиста-утописта већ и идеалиста-рационалиста. У његовом природноправном учењу има збиља зачуђујуће напредних идеја о вези економије и државе или класа и државе, класификацији облика државе, обавезном државном образовању, феминизму, пацифизму итд. Платон је први схватио основни проблем сваке државе и целокупне политичке мисли који је и данас актуелан: сукоб личне и колективне слободе са државним насиљем. Упадљиво је неслагасје између Платонових идеја, које су и данас интересантне, и његових практичних покушаја да их оствари, коју су готово одмах усахли.

## 2.1. Аристотелово рационалистичко природноправно учење

Тек је Аристотел (*Aristotle*), такође филозоф-идеалиста, Архилајов и Платонов ученик, први систематски развио учење о држави које није утопијско већ рационалистичко и природноправно. Своје главне идеје о држави Аристотел је изложио у свом познатом делу *Полиџика*,<sup>22</sup> у коме разматра три главне теме: појам државе, идеалну државу и стварну државу.<sup>23</sup>

Аристотел за државу каже да је највиши облик заједнице који тежи највишем добру. Онај ко је основао државу био је највећи добротвор, јер је човек без закона најгора животиња, а постојање закона зависи од државе. Ипак, држава није само друштво за размену и спречавање злочина. Циљ државе је опште добро, тј. добар и срећан живот њених грађана.

Аристотел такође критикује Платонову утопију. Он истиче да Платон држави даје превише јединства да би се у њеном окриљу развио слободан појединац. Затим закључује: да су Платонове замисли биле добре, неко други би до њих већ раније дошао.<sup>24</sup>

---

22 Вид. Аристотел, *Полиџика*, Београд 1980.

23 Р. Лукић, 115–131.

24 Б. Расел, XXI глава: „Аристотелова политика“, 183–191.

Аристотел излаже и властито учење о најбољој држави и најбољем облику државног уређења. Када је реч о релативно најбољој држави, он сматра да држава, која је настала због живота, постоји због срећног живота. То није апсолутна срећа изгубљеног земаљског раја, нити срећа многобројних социјалних утопија, већ релативна срећа, јер држава не може да направи рај од света. Али она мора да спречи да свет не постане пакао. Спречавајући зло, она већ тиме помаже добру. Само у оквиру добро уређене државе могу да се осигурају и развију личност, својина, породица, грађански промет, привреда, читава култура. Када је, пак, реч о најбољем облику државног уређења, то је оно у коме законе „треба доносити према државном уређењу, а не да се државно уређење управља према закону, јер државно уређење је организација власти у држави, начин на који је власт распоређена; државним уређењем је одређено ко је носилац државне власти у држави и шта је циљ сваке поједине државне заједнице. Закони су, напротив, одвојени од оног што одређује једно државно уређење као такво; по њима треба да владају они у чијим је рукама власт и да сузбију оне који крше законе“.<sup>25</sup> Треба додати да је и сам Аристотел је био сумњичав према властитим тврдњама и упутствима, о чему сведочи следећи његов став у *Полијици*: „Захтевати да влада закон значи захтевати да влада бог и ум, а захтевати да влада човек значи допустити и животињи да влада, јер пожуда је нешто животињско, а страст квари и најбоље људе који су на власти. Стога закон представља разум без прохтева. Они који траже правду траже средину, а закон је средина.“<sup>26</sup>

Аристотел је оставио неизбрисив траг на сва каснија учења о држави и праву као први холистички мислилац који је запазио да је природа прожета логиком и, што је још важније, да људски разум може ту логику да разуме. Тиме је постао и први мислилац који је поставио темеље научном истраживању света, државе и права.

## 2.2. Хеленски период и римска правно-политичка мисао

После Аристотеловог учења више није било тако значајних учења о држави. Оно је вековима постојано утицало на потоње

---

25 Аристотел, *Полијица*, 114–115.

26 *Ibid.*, 2–4, 6.

мислиоце. То временско раздобље се назива *хеленски њериод*. Карактеристичан је најважнији политички мислилац после Аристотела – Полибије (*Polybios*), који је прихватио основне Платонове и Аристотелове идеје и разрадио их на примеру римске државе. Такође, на темељима Аристотеловог учења настале су и деловале *еџикурејска* и *сџоичка* (као и *џиничка* /Диоген, Антистен и други/ и *скеџиичка* /Пирон, Тимон и други/) *филозофска школа*.<sup>27</sup> Оснивач прве, *Еџикур* (*Epicurus*), филозоф-материјалиста, сматрао је да се држави не може признати никаква идеална суштина („биће“), јер она није више нужно оруђе за срећу човека и друштва. Оснивач друге школе, *Зенон из Елеје* (*Zeno of Elea*), заједно са другим стоицима, из идеје једнакости људи извлачио је закључак о потреби постојања универзалне државе свих људи, „космополиса“, у којој неће бити брака, породице, храма, судова, новца итд., будући да ће сви људи бити „браћа“. Сви они су то чинили разликујући муниципално (*џолис*) од универзалног права (*космоџолис*). И у римској држави су стоици, а посебно Сенека (*Lucius Annaeus Seneca*), Епиктет (*Epiktetos*) и Марко Аурелије (*Marcus Aurelius*) као најпознатији, учили како би могао да се утре пут стварању универзалне државе захваљујући уједначавајућем утицају природног права на национална права свих држава. Идејама о „једнакости људи“ и „универзалној држави“ припреман је терен за каснију модерну теорију државе и универзалну хришћанску Божју државу.

На хеленски период се надовезује *римска џравно-џолиичка мисао* у којој се као једини иоле значајан мислилац о држави издваја Цицерон (*Marcus Tullius Cicero*). У два своја најважнија списа *Држава* (*De republica*) и *О законима* (*De legibus*), названа и написана по узору на Платонова дела, Цицерон, зачудо, развија Аристотелово учење, такође сматрајући да држава као заједница грађана, односно као њихова заједничка или општа ствар, настаје из човековог нагона за друштвеношћу. У његовом учењу постоје две оригиналне идеје. Прва се састоји у истицању правног елемента у држави, а друга у разматрању како би се римска држава могла усавршити тако да постане идеална. Цицерон је сматрао да је задатак државе да заштити имовинске интересе својих грађана, чиме је на неки начин наговестио појаву старијег либералног учења о грађанској држави као „ноћном чувару“.<sup>28</sup>

27 Упор. Б. Расел, 222–257; Р. Лукић, 143–144; Љ. Тадић, 38–42.

28 Р. Лукић, 148.

### 2.3. Хришћанска филозофско-теолошка мисао

Пропашћу Рима и јачањем хришћанства уобличавана је филозофско-теолошка мисао о држави. У таквим измењеним условима хришћанска црква је развијала властити теолошко-филозофски поглед који је излагала на догматичан начин. Црквено учење о божанском природном праву имало је циљ да разреши проблем човековог места у свету, као и однос духовне и световне власти. Централно место ове друге теме припадало је односу „Цркве“ и „Државе“ као и питању ко је легитиман носилац власти у друштву. На то питање, од патристике до схоластике, најуспешније су одговорили св. Августин и св. Тома Аквински, два најистакнутија средњовековна црквена филозофа, изузме ли се византијско учење о симфонији цркве и државе.

Држава и право су за св. Августина (*Aurelius Augustinus*) еманација боже воље која је уобличена и изражена као вечни закон. У таквом схватању државе садржано је учење о предестинацији (судбини, фатуму). Држава треба да оличава слогу која се испољава као друштвени мир. За Августина, посебно важан проблем представља објашњење и оправдање легитимности државне власти. Тај проблем он, зачудо, решава у корист световне власти, тј. државе, у свом обимном и најважнијем петотомном делу *О божјој држави (De Civitate Dei)* у коме доказује да држава није правно потчињена цркви, већ само морално.<sup>29</sup>

Други велики католички филозоф је св. Тома Аквински (*Thomasius Aquitanus*). Он је не само добро познавао Аристотелову мисао већ је сматран највећим схоластичким филозофом. Своје учење о држави изложио је у свом познатом делу *О краљевској влади (De regimine principum)*.<sup>30</sup> Према њему, власт је нужна и као таква долази од Бога. Због тога је држава поредак који штити интересе свих. Тај поредак је ступњевито састављен, тако да може хармонично да се изграђује. Али, ако је власт нужна, нарочито праведна краљевска власт, то не значи да сам Бог установљава власт у држави. То чине људи по свом схватању суштине ствари, па отуд може да постоји и рђава власт: „влада се разликују на добре и рђаве према томе да ли се власт врши у циљу остваривања општег добра или у циљу остварења добра само онога који вла-

---

29 Упор. Б. Расел, IV глава: „Филозофија и теологија св. Августина“, 327–338; Р. Лукић, 174–181; Љ. Тадић, 49–51.

30 Упор. Б. Расел, XIII глава: „Св. Тома Аквински“, 413–422; Р. Лукић, 188–206; Љ. Тадић, 57.

да“.<sup>31</sup> То је случај и са правом, јер природни закони нису довољни да уреде живот у државној заједници. И зато, што су неки људи добри а други зли, поред природних закона, установљавају се људски закони који „конкретизују“ природне законе коришћењем страха и насиља.<sup>32</sup>

Говорећи о људским законима, Аквински говори и о законодавној власти. Она припада „маси“, тј. народу, или ономе кога он изабере, јер у доброј владавини сви у одређеној мери треба да учествују у вршењу власти. Добром владавином Аквински сматра мешовит монархијско-аристократски облик који садржи чак неке демократске елементе (нпр., изборност или народно представништво). Али, додаје, законодавна власт је потчињена црквеној власти која је начелно виша. Црква има право да збације владаре-вернике и тако „ослобађа“ народ од поданичке обавезе верности рђавом владару. Али, она нема право да збације владаре-невернике. Тиме су наговештени чак неки елементи каснијих уговорних природноправних теорија.

## 2.4. Уговорне природноправне теорије

Прве уговорне природноправне теорије о држави сусрећу се већ код софиста, Јевреја, у Старом и Новом завету, а затим код епикурејаца и кроз цео средњи век, да би посебан процват доживеле у младим грађанским државама XVII и XVIII века, у доба тзв. рационалног природног права. У XIX и XX веку њихов утицај је опао, али није усахнуо. Њихова суштина је у томе што настанак државе објашњавају склапањем тзв. друштвеног уговора. На основу њега се успоставља држава и одређује њен карактер. У ствари, склапају се два уговора. Први уговор склапају „сви са свима“ у тзв. „природном стању“. Тиме појединци оснивају друштво, тј. ступају у „друштвено стање“. Тек затим, другим уговором, појединци као чланови друштва стварају државу на коју преносе своја права, тј. ступају у „државно стање“. Ове теорије су и природноправне, јер полазе од става да сви људи рођењем стичу извесна природна, урођена и неотуђива права. То је основ савремених учења о неотуђивим природним људским слободама и правима. Због тога је држава установа за заштиту њихових урођених права, јер су људи ти који стварају своју државу и зато могу да је сруше када не ваља. То су само неке најважније идеје у учењима присталица овог прав-

---

31 Нав. према: Р. Лукић, 197.

32 Т. Аквински, *Država*, Zagreb 1990, 94.

ца, од којих су најпознатији Томас Хобс, Џон Лок и Жан-Жак Русо, поред Хуга Гроцијуса, Баруха де Спинозе и других.

Можда није згорег подсетити како је израз „друштвени споразум“ прецизнији од „израза друштвени уговор“ који се чешће користи. Споразум је правни посао који се склапа кад обе стране имају заједнички циљ (нпр., кад будући супружници заједно одлуче које ће презиме користити), док је уговор правни посао у коме обе стране имају различите циљеве (нпр., продавац да прода робу, а купац да купи исту робу). У првом случају, везују их исти заједнички циљ и интерес, а у другом само циљ да склопе и обаве правни посао, јер су им сви други циљеви и интереси различити. Није тешко претпоставити да су појединци у хипотетичком природном стању имали као заједнички циљ и интерес да створе друштво (друштвено стање) а тек затим државу (државно стање). Због тога је прецизније и боље користити израз друштвени споразум, а не уврежени израз друштвени уговор.<sup>33</sup>

Томас Хобс (*Thomas Hobbes*) се сматра творцем модерне уговорне теорије. У свом главном делу *Левијатан (Leviathan)*,<sup>34</sup> Хобс је пошао од претпостављеног првобитног стања људског рода у коме су појединци били „гомила без јединства“. У њему није било ни права ни власти, већ је владала сила. Како би се спречило међусобно истребљење, друштвеним уговором је установљена једна власт која је требало да нагони појединце да поштују друштвени мир. Тим првим уговором појединци се међусобно обавезују да ће се сви покоравати једном друштвеном ауторитету. Они ступају у друштвено стање, тј. у друштво као једну уређену заједницу. Али тек склапањем другог уговора којим се оснива држава, тј. у државном стању, они постају нешто више, једна вештачка личност, која у себи сједињује и стапа вољу свих. До тога долази тако што појединци на државу преносе *сва* своја права и обавезују се да ће се покоравати суверену који једини располаже средствима принуде. Таква држава је све, а појединац ништа. Она је „земаљски Бог“ који „израња као неко чудовиште натчовечанске моћи, као Левијатан“.<sup>35</sup> Тиме је Хобс утемељио теорију државног апсолутизма.

И други велики представник овог правца, Џон Лок (*John Locke*), као и његов претходник Хобс, полазио је од претпоставке о постојању природног стања људи, али га је одређивао другачије од Хобса. У свом најпознатијем делу *Две расправе о влади (Two*

---

33 Вид. Д. Митровић, *Увод у право*, Београд 2016, 206.

34 Вид. Т. Хобс, *Левијатан*, Београд 1960.

35 С. Јовановић, *О држави. Основи једне правне теорије*, Београд 1922 (1996), 34.

*Treatises of Government*),<sup>36</sup> Лок је истицао да у природном стању није било власти, али да је било права. Пошто није било власти то није било довољно сигурности. Због тога су људи ступали у државно стање тако што су установили државу склапањем још једног уговора. Таква држава није свемоћна, као код Хобса, јер је ограничена уговором којим је на њу пренето право да брани природна права својих поданика, док сама та права на њу нису пренета. Зато она не сме да чини ништа што би било противно тим природним правима. У противном, поданици имају право на побуну. Тиме је Лок као отац индивидуалистичког либерализма стао на страну парламента, теоријски доказавши право народа на побуну против свамовољне државне власти.<sup>37</sup>

И трећи велики представник овог правца Жан-Жак Русо (*Jean-Jacques Rousseau*) у свом најпознатијем делу *Друштвени уговор (Du contract social)*<sup>38</sup> идеализовао је замисао природног стања у коме је човек рођен слободан и независан од ма какве власти. Његова срећа и слобода уништене су прво у друштвеном, а затим у државном стању, у коме је из пуке нужде присиљен да се потчини прво друштвеној а затим и државној власти. То је било неопходно, јер без тог удруживања цивилизација не би била могућа. Да би се човекова срећа и слобода барем делимично повратиле, потребно је било створити такву државу која не поништава људску слободу и природна права. Русо је таквом сматрао ону државу у којој појединац врши своју вољу и када се покорава њеним заповестима. То је могуће јер, склапајући уговор којим се установљава држава, сваки члан друштва се одриче својих права у корист заједнице, а не државе, обавезавши се заједници на безусловну покорност. Зато се појединац не потчињава никоме лично, већ заједници. Он као члан заједнице може да располаже државом као „својим“ средством, док држава има онолико права колико их на њу пренесу појединци, и то само док су та права пренета на њу. Будући да је друштво старије од државе, то његови чланови одређују каква им је држава потребна. Они имају право да је промене – укључујући ту право на побуну – када држава угрожава њихове слободе и урођена природна права. Тиме је Русо постао идејни отац индивидуалистичке демократије и народне суверености.<sup>39</sup>

---

36 Вид. Ц. Лок, *Две расправе о влади*, I–II, Београд 1979.

37 С. Јовановић, 36–37.

38 Вид. Ж.-Ж. Русо, *Друштвени уговор*, Београд 1974; Г. Вукадиновић, *Жан-Жак Русо и природно право*, Нови Сад 2005.

39 С. Јовановић, 39–40.

Оцењујући Русоово учење, Слободан Јовановић запажа да је држава за Русоа представљала „скуп људи везан заједничким интересима“, једну првенствено социјалну заједницу. За Хобса, пак, држава је представљала „чисто правну заједницу“. Код Хобса и Лока уговор је само полазна тачка за стварање државе, док је код Русоа цело државно биће прожето уговором, што значи да је држава састављена по обрасцу једног приватноправног друштва. Како у таквом друштву, тако и у држави, човек треба да буде потчињен само својој вољи. Такође, Хобс се бојао да јединство државне заједнице не буде угрожено ако сва државна власт не буде прикупљена код једног човека или једног тела. По сличном логичком претеривању, Русо се бојао да држава не изгуби карактер заједнице ако државну власт не буде непосредно вршила цела заједница.

Идеје уговорне теорије развијали су у својим учењима други мислиоци, као на пример Имануел Кант или Самуел Пуфендорф. Али, утицај уговорних природноправних теорија је очигледан и у делима савремених правника који прихватају и развијају резултате до којих су својевремено дошли Хобс, Лок или Русо, и то у толикој мери и на такав начин да се може говорити о ренесанси уговорних природноправних учења, па чак и о *новим природноправним теоријама друшћивеног уговора*, као што је случај са теоријама Џона Ролса (*John B. Rawls*) или савременог новокантовца Отфрида Хефеа (*Otfried Höffe*). Разлог за поновно оживљавање интересовања за теорију друштвеног уговора највероватније треба тражити у нараслој потреби да се савремено друштво установи као глобализован систем а не збир парцијалних поредака, као и у све израженијем скептицизму према правној држави за коју се више не сматра да засигурно може да обезбеди поштовање људских слобода и права. Пошто се право изпочачује у савременим друштвима, потребно је да се људске слободе и права (чак и она подарена од државе) заснивају на правди. То значи да и правна држава мора да почива на праведно закљученом друштвеном уговору (Џон Ролс).

### 3. Етичко-културалистичке теорије

Иако је већ Платон државу схватио као моралну појаву, а не само као остварење идеје правде, његова држава је, ипак, једна утопијска творевина, једна химера, односно једна идеја сасвим неостварива у реалном свету. Али, нису све теорије о држави као

идеји неоствариве у реалном свету. Међу њима посебно место припада идеалистичким теоријама о држави као умној, моралној и културној појави. Суштину ових теорија чини схватање да држава постоји у реалном свету у коме се остварује, да чини једно јединство са њим, штавише, да је оваплоћена у њему.<sup>40</sup>

### 3.1. Учења о држави као умној појави

Идеју о држави као умној појави посебно су развијали филозофи немачког идеализма. Најпознатији су Имануел Кант, Јохан Готлиб Фихте и Фридрих Вилхелм Јозеф Шелинг. У њиховим учењима природноправна идеја гасне у корист идеје друштвеног уговора: природу смењује слобода, а идеју природног права идеја умног права.

Имануел Кант (*Immanuel Kant*), први и највећи филозоф немачког либерализма, у своја два главна дела *Критика чисте ума* (*Kritik der reinen Vernunft*) и *Критика практичног ума* (*Kritik der praktischen Vernunft*), поставио је основе модерне теоријске филозофије у којој практични ум предњачи над теоријским. Предмет теоријског ума су појмови разума, оно што је нужно, тј. природа као збир појмова, а практичног ума слобода хтења, тј. оног што је неусловљено. Сагласно са таквим разликовањем, Кант је „преузео смисао за проблеме друштва и начела моралне антропологије“, реформисао учење о „општој вољи“ и одбацио Русоово учење о „природној доброту човека“.<sup>41</sup> По њему, за природу важе хипотетички императиви, а за слободу и аутономију категорички императиви. Зато Кант не полази од природе човека која је дата, већ од слободе која је задата и представља највишу моралну вредност. За Канта је „природно стање“ (*status naturalis*) стање насиља, пуке самовоље и бесправности, а „грађанско стање“ (*status civilis*) установљено друштвеним уговором „пука идеја ума“ а не факт, једна „фикција уговора“ чији је циљ да очува аутономију појединца и утемељи ауторитет законодавне власти као „умне власти“. Та власт заповеда да се поштује стечена својина, што значи да њена воља постоји само као „уједињена самовоља приватних власника која штити и регулише приватну својину као такву, независно од појединих власника“.<sup>42</sup> Поред законодавне власти, која је најзначајнија, постоје и извршна и судска власт. Ипак, тек све три наведене власти сачињавају државу, то „уједињење гомиле људи

---

40 Р. Лукић, 72 и даље.

41 Љ. Тадић, 117.

42 *Ibid.*, 120.

под правним законима“.<sup>43</sup> У њој су сви слободни и једнаки под постојећим јавним законима, иако сви не могу да учествују у њиховом доношењу, јер то могу само власници. Због тог ограничења Кантова грађанска држава је касније оцењена као једна „илузорна општост“, као и само природно стање, карактеристично више за подручје умности него моралности.<sup>44</sup>

Кантов непосредни наследник, новокантовац Јохан Готлиб Фихте (*Johann Gottlieb Fichte*) у својим бројним радовима, а посебно у делу *Учење о држави (Staatslehre)*, државу одређује „само као *йравну државу*, као средство или као *заштита* личности и правне сигурности“. У њој влада право уместо силе будући да је реч о једној либералној установи чији је циљ сигурност и самоодржање њених чланова. Таква држава је, сматра Фихте, дело својих грађана. О њој грађани одлучују „као трговци у свом трговачком друштву“. Њен главни задатак је да додељује „сваком своје“, а не да се меша у област морала и савести. Поента Фихтеовог учења садржана је у следећем: држава је нужно зло које ће трајати до „једне такве тачке на којој све државне везе постају сувишне. То је она тачка где обични ум бива општепризнат као највиши судија“.<sup>45</sup>

Фихтеов непосредни наследник и трећи велики филозоф немачког идеализма Фридрих Шелинг (*Friedrich Wilhelm Joseph Schelling*) сматрао је да је „конструкција државе најбољи доказ како се човек, као дух, срзао до физичког бића“. Држава је „последница проклетства на коме почива човечанство“.<sup>46</sup> Због тога „самосврха“ није држава, већ Бог.

### 3.2. Учења о држави као моралној и културној идеји

Један од првих филозофа који је истакао моралну страну државе јесте Самуел Пуфендорф (*Samuel Puffendorf*). По њему: „Држава је колективна морална личност, чија воља, на основу друштвеног уговора, треба да се сматра вољом свих, како би могла искористити силе и могућности појединаца у корист мира и

---

43 И. Кант, *Метафизика ђугоређа*, Сарајево 1966 (*Метафизика морала*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци – Нови Сад, 1993), 118–119.

44 Љ. Тадић, 122.

45 *Ibid.*, 125, 128–129.

46 *Id.*, 134–135.

опште безбедности“.<sup>47</sup> Али је Георг Вилхелм Фридрих Хегел (*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*) најистакнутији представник таквог схватања, са којим је немачки идеализам досегнуо свој врхунац. Према Хегелу, „целокупан светски процес, и идеални и материјални, само је процес развијања објективно постојеће, апсолутне идеје, духа“.<sup>48</sup> Саставни део тог свеопштег процеса представља држава која достиже свој највиши и најпотпунији облик у фази објективне идеје, духа, када постаје најпотпуније свесна саме себе.<sup>49</sup> Будући да се у облику објективне идеје најпотпуније изражава човекова слобода, држава се појављује као истинска „збиљност“ конкретне слободе.<sup>50</sup> Та збиљност одређује садржај задатака државе и њен однос према човеку. Њен задатак је да као основ и оквир послужи постизању појединачних и општих интереса. Али, када се ради о њеном односу према човеку, држава је изнад човека, јер да није тако, њена идеја не би могла потпуно да се оствари. Речју, држава је једино средство за потпуно морално усавршавање људи. Али, као „оваплоћење објективног духа“, она је и нешто више: само то „остварење моралне идеје“.<sup>51</sup>

Када бисмо данас Хегела оцењивали према његовим идејама и ставовима о појму, карактеру и улози државе, могли бисмо га назвати „апологетом постојећег стања“ или заговорником апсолутизма полицијске или некакве будуће тоталитарне државе, иако он то у суштини није био. Хегел је грађанско друштво и државу одређивао не само као нешто по себи ограничено већ их је посматрао и са „становишта умности као оног мерила према коме треба да се руководи све што је постојеће и ограничено, па тако и грађанско друштво или постојеће стање“.<sup>52</sup> Учинци Хегеловог учења су до данас преоштро оцењивани упркос томе што се апсолутизам показао као слеп, а тоталитаризам као лишен умности.

Хегелови ученици, новохегелијанци Лоренц Фон Штајн, Јозеф Биндер и Јозеф Колер, наставили су трагом свог учитеља. Говорећи о независности и самосталности државе као идеалне појаве (јер једино идеја може да постоји независно од свега другог,

---

47 Нав. према: Р. Лукић, 81.

48 *Ibid.*, 72.

49 Вид. Р. Лукић, „Хегелова филозофија државе и права“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд 1/1957, 45 и даље.

50 Вид. Г. В. Ф: Хегел, *Правни и политички системи*, Београд 1981. и *Основне црте филозофије права*, Београд 1989.

51 Р. Лукић, *Теорија државе и права*, 73. Вид. М. Кангрта, *Етика или револуција*, Београд 1983, 477.

52 М. Кангрта, 477.

будући сама себи основ), Лоренц фон Штајн (*Lorenz von Stein*) за државу каже: „Држава је највиши стварни облик личности. Она носи сама у себи своју суштину и основ. Она, као ни човеково Ја, не може да буде ни доказана ни основана. Она постоји сама по себи и не може да се изведе ни из чега другог.“<sup>53</sup> За Јозефа Биндера (*Joseph Binder*), пак, „држава је остварен морал и слобода“, јер народ постоји тек помоћу државе. Изван ње, он нема стварну „организацију и егзистенцију“.<sup>54</sup> Најзад, полазећи од Хегеловог гледишта да је држава остварење разумне идеје, Јозеф Колер (*Joseph Kohler*) државу сматра главним средством за изградњу културе. Као „градитељ културе“, држава се „посвећује и постаје светиња за човека“.<sup>55</sup> На тај начин, Колер је међу првима снажно промовисао идеју тзв. „културне државе“ (*Kulturstaat*), која је нарочито актуелизована средином прошлог века (Габријел Алмонд /*Gabriel A. Almond*),<sup>56</sup> али не због афирмације „умне државе“ или „објективног духа“ у коме се она остварује, већ због нових задатака које су јој наменили представници различитих реалистичких политичких теорија и праваца.<sup>57</sup>

---

53 Нав. према: Р. Лукић, 73. Упор. L. von Stein, *Die Verwaltungslehre*, 1–2 Bd, Stuttgart (1869) 1962, 264; K. von Beyme, 135, 219, 228, 231.

54 J. Binder, *Philosophie des Rechts*, Berlin 1925, 257.

55 J. Kohler, *Lebruch des Rechtsphilosophie*, Berlin 1903, 186–187.

56 Вид. G. Almond, „Comparative Political Studies“, *Journal of Politics*, University of Chicago, 1956.

57 K. von Beyme, 181–198.



## II глава

### РЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ

У реалистичким теоријама држава се разматра као појава реалног света у коме постоји и оваплоћује се. Суштина државе јесте у реалном, искуственом свету и његовим законитостима. То је разлог зашто се у реалистичким теоријама излажу не само материјалистичке теорије државе, већ и теорије које државу сматрају стварносним производом реалног света. Такође, реалистичке теорије се баве државом независно од тога да ли се ради о постојећим (позитивним) или некадашњим (историјским) државама. Зато су оне обухватније од сличних теорија које разматрају тзв. „типску државу“, чија се слика изводи из стварности тако што се код стварних држава издвајају оне црте које су им заједничке.<sup>58</sup>

Постоје три главне групе ових теорија: правне, социолошке и политичке, са својим бројним подврстама.

Правне теорије доводе у везу појединости државе једну са другом, схватајући државу као правну установу испуњену логичким јединством. Будући да правне теорије имају као предмет проучавања типску државу, оне се првенствено баве њеном правном организацијом и јединством који држави обезбеђују унутрашњу сагласност и спољашњу јасност. На тај начин се делимично осујећује могућност да се држава сведе на пуку формално-апстрактну идеју, до чега долазе идеалисти свођењем државе на њен најапстрактнији израз збијен у једну или више најопштијих формула.

Социолошке теорије проучавају везе друштва и државе. Оне показују до каквих промена долази у држави под притиском друштвених снага и покрета. Али, оне иду и даље, јер у држави виде првенствено производ деловања тих друштвених чинилаца у којима откривају живе друштвене снаге које државу чине таквом каква јесте. Зато социолошке теорије пружају најчешће историјско објашњење коришћењем „конкретно-органске“ уместо „формално-апстрактне“ идеје државе.

58 С. Јовановић, 8–9, 11.

Политичке теорије, пак, проучавају државу као творевину испуњену смислом и значењем, тј. као телеолошку појаву. Држава са својом организацијом не представља циљ за себе, већ средство за постизање других циљева. Захваљујући томе, политичке теорије омогућавају да се критички претресу и процене корисност и штетност државе као појаве и предложе правци промена у држави.

## 1. Правне теорије о држави

Правне теорије о држави су релативно младе. Највећи број је настао у XIX и XX веку. До тога је дошло како из политичких разлога, због коначне победе схватања о владавини права уместо владавине људи (тј. настанка правне државе), тако и због формално-техничких разлога (тј. изузетно великог јачања правног елемента у држави које се огледа у наглom умножавању броја прописа и јачању потребе да се рад све већег броја државних органа подробише прописима). Тим променама је значај права истакнут у толикој мери „да се од њега и иза њега није ништа видело. Изгледало је да државна власт као стварна сила и класна принуда више не постоје и да се све своди на самоделатно право, које је опет схваћено као нешто рационално нужно, а не као воља државе, односно одређене групе, класе људи. Тако су се јавиле и теорије о правној суверености наместо државне“.<sup>59</sup> Оне у држави виде остварење правне идеје. Зато су веома сличне идеалистичким теоријама, посебно оним које у држави виде остварење моралне или културне идеје. Дакле, правне теорије државу посматрају искључиво или претежно као правну појаву. У првом случају, реч је о оној њиховој варијанти по којој је држава у својој суштини искључиво правна појава која не може да се схвати и постоји изван права (Ханс Келзен). Према другој њиховој варијанти, поред правног појма државе, постоје и многи други њени појмови, (нпр., економски, социолошки или политички), с тим што сваки од тих појмова проучава нека друга теорија (нпр., економска, социолошка или политиколошка), док само правна теорија изучава правни појам државе. Остале појмове правна теорија може, али и не мора да разматра, јер је њен главни задатак да проучава правни појам државе у коме она открива правну идеју државе

---

59 Р. Лукић, 75–76.

у њеној суштини. Сви други појмови државе, који иначе постоје али нису правни, сачињавају тек допуну садржине државе која се може разумети само када се и они доведу у везу с њеним правним појмом (Георг Јелинек, Слободан Јовановић). У противном, када се у држави не би изучавало оно што је правно у њој или када се у њој предност не би давала правном над економским, социолошким или политичким, она се ни по чему не би разликовала од других сличних друштвених творевина јер више не би било ничег специфичног само за њу. Управо зато што је најтешње повезана са правом, држава је искључиво или претежно правна појава. Према томе, „суштина државе, њена срж, јесте право“<sup>60</sup> које је садржано у њеној правној идеји.

### 1.1. Учења о држави као персонификацији права

Најпознатије учење о држави као искључиво правној појави изложио је и развио у облику теорије о држави као персонификацији права новокантовац и позитивиста-нормативиста Ханс Келзен (*Hans Kelsen*) у својим бројним делима у којима разматра државу у светлу права.<sup>61</sup> Стварајући своју „чисту правну теорију“ (*die Reine Rechtslehre*)<sup>62</sup> у којој је право ослобођено свих неправних елемената, Келзен је исто то учинио и са државом, уклонивши из њеног појма све друштвене елементе и свдећи је искључиво на правну појаву. Према њему: „Не постоји никакав социолошки појам државе поред правног појма. Такав двоструки појам је логички немогућ. Држава је онај поредак људског понашања који називамо правним поретком, поредак по коме се оријентишу извесне људске радње, идеје којима људи прилагођавају своје понашање.“<sup>63</sup> У противном, не би могло да се одреди да ли је неки

---

60 *Ibid.*

61 Вид. Н. Келзен, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen 1911 (*Главни проблеми теорије државног права*, Београд – Подгорица 2001); *Sozialismus und Staat – Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig 1923 (у: Х. Келзен – М. Адлер, *Марксизам и држава – две расправе у сјору*, Београд 1985); *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen 1928 (у: *Општа теорија државе и права*, Београд 1998); Н. Келзен, *General Theory of Law and State*, Harvard 1945 (Х. Келзен, *Општа теорија државе и права*, Београд 1951/1998/).

62 Вид. Н. Келзен, *Reine Rechtslehre*, Leipzig und Wien 1934 (Х. Келзен, *Чиста теорија права. Увод у проблематику правне науке*, Београд 1998) и *Reine Rechtslehre*, Wien 1992 (Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Београд 2000).

63 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, 186.

акт власти друштвени или државни, нити да ли је законит или не. Зато држава није ништа друго до поредак правних норми. Она у праву нема самосталну егзистенцију, а још мање је независна од права, већ је сасвим зависна од права и утопљена у њега. Она је „персонификација права“.<sup>64</sup>

## 1.2. Учења о држави као правној личности

Најпознатије учење о држави као реалној појави, чије је правни појам најважнији, дао је такође новокантовац и нормативиста Георг Јелинек (*Georg Jellinek*). У свом познатом делу *Ојџиниа теорија државе* (*Allgemeine Staatslehre*), Јелинек је државу одредио као правно лице, а не као персонификацију права. По њему, држава је независна од права. Она постоји као самостална друштвена појава која у праву може да се схвати као правно лице, тј. као посебна врста правног субјекта. Када се држава анализира до краја, сматра Јелинек, може се уочити како се она састоји из „односа воље владајућих и потчињених, који стоје у временској, а по правилу такође (ако постоји повезана државна област) и просторној вези“.<sup>65</sup> Ти односи воље су бројни, разноврсни и сви се сједињују у јединствену целину захваљујући свом јединственом циљу. Тако се стиже до целовитог појам државе као друштвене појаве. Будући да држава као правни субјект не може да буде физичко лице, нити уопште може да се одреди као физичко лице, преостаје као једино могуће да се она одреди као правно лице. Држава је, дакле, „организација (правно лице) стално настањеног народа која располаже оригинарном влашћу“ или једна „територијална организација“.<sup>66</sup>

У нашој правној теорији схватање државе као правне личности, тј. као субјекта права, и то доследније од Јелинека, заступао је Слободан Јовановић. Према њему, држава нема своју посебну личност као друштвена, већ само као правна појава. Тек као правно лице, она је оличење јединствености, „једна реална снага која почива на реалној вољи конкретних људи – чланова државе“.<sup>67</sup> Одређујући државно јединство искључиво као правну појаву, Јовановић је снажно истакао суштински правни карактер државе, за разлику од Јелинека, који је сматрао да државно јединство може да постоји и као друштвена, а не само као правна појава.<sup>68</sup>

---

64 *Ibid.*, 129.

65 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1911, 177.

66 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1914, 183.

67 Вид. С. Јовановић, 89, 95–96.

68 *Ibid.*, 180–181. Вид. Р. Лукић, 76–77.

Конструкцију о држави као правној личности *ојоврјавали* су познати писци (Ото Мајер /*Otto Mayer*/, Леон Диги /*Leon Duguit*/ и Ханс Келзен), али неуспешно, тако да ова конструкција и данас преовладава у правној науци, нарочито у њеним грађанскоправним дисциплинама.<sup>69</sup> Она преовладава због тога што једино правним схватањем државе као субјекта, тј. правног лица, могу да се објасне њена јединственост, континуитет и трајност, власт и сувереност, унутрашња организација итд., укључујући и оно што је најважније: њена воља, коју јој позајмљују физичка лица као њени органи. Такво схватање је задржано до данас, за разлику од средњовековног схватања државе као *йравној објектја*, тј. као власништва владара, и старијег грађанског схватања државе као *йравној односа*, тј. као пуког збира људи.

## 2. Социолошке теорије о држави

Социолошки надахнуте идеје о држави су веома старе, док је савремена социолошка теорија о држави веома млада. Прве социолошке идеје и запажања о држави као друштвеној појави сусрећу се код Платона, по коме је држава заједница која треба да штити опште друштвене интересе, а затим и код Аристотела, по коме је држава заједница која се састоји из скупа насеља. Она је нужна, јер човек не може да живи ван друштва. То могу само „богови“ или „звери“. Њен задатак је да реши питање односа сиромашних и богатих водећи рачуна о општем интересу. Социолошке идеје се сусрећу и у различитим варијантама средњовековних теорија, у којима је истицана друштвена страна државе, посебно онај њен део којим се објашњава уговорни карактер владарске власти, укључујући право народа на побуну. Али, тек на измаку средњег века и у доба грађанских револуција почињу да се излажу прве праве социолошке идеје о држави, најчешће у рационалистички надахнутим природноправним учењима која одбацују мистичка, религијска, метафизичка и друга објашњења државе. Држава и њена власт су извођени из чињеница друштвеног живота. Ипак, већина ових теорија није успела да објасни државу, нити да је јасно разликује од других друштвених појава. То ће поћи за руком тек модерним социолошким теоријама, које ће постати владајуће у XX веку. Упркос томе, може се посумњати у њихову успешност

---

69 *Id.*, 96–103.

када је реч о откривању суштине државе, њеног крајњег узрока или основне функције.

Свим социолошким теоријама је заједничко да државу сматрају „првенствено друштвеном појавом, да њену суштину проналазе у њеним друштвеним елементима и покушавају да је објасне мање-више специфичним законима који важе у друштву“.<sup>70</sup> По њима, држава је људска творевина настала због вршења основних друштвених послова.

Социолошке теорије нарочито настоје да објасне постанак државе и њену друштвену улогу. На основу тих главних циљева могу се разликовати две њихове велике групе – теорије о постанку државе и теорије о друштвеној улози државе.

## 2.1. Теорије о постанку државе

Постоје две главне или почетне варијанте социолошких теорија о постанку државе.

Према првој, *савременој* социолошко-политичкој варијанти (која се појавила у другој половини XX века), није могуће одредити универзалан, светско-историјски модел државе, јер није могуће утврдити заједничке елементе античких, средњовековних и модерних држава између којих постоје квалитативне, а не само квантитативне разлике (Љубомир Тадић). Ни Римско царство, ни Ромејско царство, нити средњовековна Енглеска, а ни Русија, нису биле државе у правом, тј. у модерном смислу (Ѓанфранко Пођи /*Gianfranco Poggi*). Због тога је државом у изворном смислу могуће назвати само нововековну модерну европску грађанску државу, чиме се не искључује сећање на повезаност нововековне државе и претходних облика друштвеног живота који су наликовали државном животу (Вилхелм Хенке /*Wilhelm Henke*).<sup>71</sup> Идејну припрему за настаanak ових теорија омогућио је чувени енглески историчар Арнолд Тојнби (*Arnold John Toynbee*), који је у свом познатом делу *Испитивање историје* (*A Study of History*)<sup>72</sup> Средњем веку одрекао својство засебне друштвено-историјске формације и тиме античку државу повезао са модерном грађанском државом. Тојнби је на тај начин грађанску државу

---

70 Р. Лукић, 80.

71 Вид. W. Henke, *Recht und Staat*, Tübingen 1988; G. Poggi, *The State: Its Nature, Development and Prospects*, London 1990; Љ. Тадић, *Наука о политици*, Београд 1996.

72 Вид. А. Тојнби, *Испитивање историје*, I–II, Београд 1969.

сместио непосредно после античке која је била узор грађанском друштву. Невоља је у томе што је веома тешко тачно разграничити тренутак престанка античке од почетка грађанске државе. Можда би још једном требало преиспитати исправност важећег календара (Анатолиј Фоменко (*Анатолий Тимофеевич Фоменко*))<sup>73</sup>. Према поменутиим схватањима, дакле, не постоји никакав универзално-историјски појам државе којим би јединствено биле обухваћене политичке заједнице из прошлости, модерне и савремене политичке заједнице.

Према другој, *стајаријој* и много раширенијој варијанти,<sup>74</sup> која је нарочито била прихваћена у немачкој, француској и енглеској теорији XIX века, али претеже и у целом XX веку, држава постоји као светско-универзална појава и процес (Ханс Келзен, Александер Пасерин д'Ентрев (*Alexander Passerin d'Entrèves*), Слободан Јовановић и други).<sup>75</sup> Такво схватање развијају бројне теорије у којима се постанак државе објашњава од њених најранијих запамћених почетака. Ево неких.

*Теорија људске насељености* појаву државе објашњава растом становништва, проширењем људских заједница и појавом сукоба због густине насељености и оскудице. Њени најпознатији представници, Дејвид Колбурн (*David R. Colburn*) и Роберт Карнеиро (*Robert Leonard Carneiro*) залагали су се за ону њену варијанту у којој су препознатљиви елементи еколошко-демографске теорије и теорије силе.<sup>76</sup>

*И теорија наводњавања* (иригациона теорија) на сличан начин објашњава постанак државе – повезивањем сеоских заједница у тешње територијално-политичко јединство због недостатка воде. Тај недостатак се надокнађује изградњом канала и справа за наводњавање, што доводи до успостављања организације и управе као институционалног језгра државе. Њен главни заговорник, Карл Витфогел (*Karl August Wittfogel*), ипак није успео да докаже да ли је до постанка државе стварно дошло системским решавањем проблема наводњавања.<sup>77</sup>

73 Вид. А. Т. Фоменко, *Стајаријој хронологија. Мајмајички поглед на историју*, Београд 1997.

74 Вид. М. Вебер, *Привреда и друштво*, I–II том, Београд 1976.

75 Вид. А. Р. d'Entrèves, *The Notion of the State*, Oxford 1967.

76 Вид. R. Colburn, *Structur and Prozess im Aufstieg und Niedergang zivilisierter Gesellschafter*; R. Carneiro, *Eine Theorie zur Entstehung des Staates*. Нав. према: Ј. Хабермас, *Прилој реконструкцији историјској мајеријализма*, Сарајево 1985, 259–260.

77 J. Habermas, *Tehnika i znanost kao ideologija*, Zagreb 1986, 168 и даље.

Патријархална (патримонијална, популациона) теорија је прва теорија која је постанак државе покушала рационално да објасни објективно датим друштвеним, а не мистичким или религијским чиниоцима. Према њој, држава је настала природним гранањем и продужењем првобитне патријархалне породице. Аристотел, њен зачетник, постанак државе је објашњавао територијалним ширењем и организовањем становништва од патријархалне породице и насеља до државе, доводећи ова два чиниоца у везу са трећим, економским чиниоцем. Патријархална теорија је и у средњим веку била једна од главних теорија, нарочито када је комбиновано са религијским теоријама послужила за објашњење апсолутистичке власти монарха. Према средњовековној патримонијалној традицији (*patrimonium*: очевина), земља и људи су наследно добро владара који лично присеже државну власт. Оно што је „*pater familias*“ за породицу, то је владар за народ. Он је „шеф државне породице“ чија власт има „очински карактер“.<sup>78</sup> Ублажене варијанте патријархалних теорија заступали су многи писци у доба младе грађанске државе, као што је случај са енглеским писцем Милардом Филмором (*Millard Fillmore*).

Према психолошкој теорији, главни узроци постанка државе су психичке природе, тј. психичке особености, посебна врста карактера и менталитета одређених људских типова. Постоје три главне варијанте ових теорија. Према првој варијанти, људи се деле на тип „господара“, „виших“, „елите“, „смелих“, „вођа“ и тип „послушних“, „робља“, „несамосталних“, „неспособних“. Та два психичка типа су наводно урођена. Из њих настаје држава као организација првог типа људи који владају над људским масама које не заслужују ништа друго осим да буду вођене. Главне идеје ових теорија изложене су у готово свим глобалистички надахнутим савременим учењима.

Када се психичке разлике прошире на физичка расна обељја људи, настају расистичке теорије, које не само што су нетачне већ су увреда за разум. За њих је карактеристично да тврде како постоје тзв. „државотворне расе“ за разлику од тзв. „недржавотворних“ (Фридрих Шелинг, Георг Вилхелм Фридрих Хегел /*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*/, Артур де Гобино /*Arthur de Gobineau*/, Хјустон Стјуарт Чемберлен /*Houston Stewart Chamberlain*/, фашисти и нацисти). Према другој варијанти, којој припадају и најновије „критичке расне теорије“ (*critical race theory /CRT/*), настанак државе се објашњава резултатима етнолошких и

78 Р. Лукић, 250.

антрополошких истраживања тзв. „примитивних људских заједница“ у којима је збиља запажено издвајање поглавица и врачева од других саплеменика, због чега се настанак државе објашњава издвајањем и наметањем тих повлашћених лица заједници, која размишљају о држави и пре њеног настанка, желе је и стварају је (Платон, Николо Макијавели /*Niccolò Machiavelli*/, Вилфредо Парето /*Vilfredo Pareto*/, Лисјен Леви-Брил /*Lucien Lévy-Bruhl*/, Џејмс Џорџ Фрејзер /*Sir James George Frazer*/ и други).

Према трећој варијанти ових теорија, настанак државе се објашњава деловањем нагона имитације, љубави или дружељубивости. Према њеном најпознатијем представнику Габријелу Тарду (*Gabriel Tarde*), ни право није ништа друго до след подражавања владајућег правца (обичајног у архаичним заједницама и законодавног у модерним заједницама), што показује да су нормативни пореци налик на моду коју подражавају бројни појединци.

Упркос томе што збиља постоје различити психички и расни типови људи, друштвена диференцијација у најранијим људским заједница, па чак и нагони својствени свим људима у различитој мери, ниједна од поменутих варијанти психолошких теорија не успева да објасни своје главне поставке, а камоли из њих изведен проблем настанка државе. Будући мале научне вредности, ове теорије су корисне само док су забавне.

Најновији и најозбиљнији покушај да се разоткрије и објасни постанак државе представља свеобухватна антрополошка студија Џереда Дајмонда (*Jared Mason Diamond*) *Микроби, љушке и челик* (*Guns, Germs, and Steel. The Fates of Human Societies*), у којој се убедљивом научном методологијом објашњавају разлике у развојку људских друштава и држава које руше темеље расистичких теорија о људској историји.<sup>79</sup>

*Уговорне теорије*, посебно њихова природноправна варијанта, објашњавају постанак државе на много уверљивији начин од психолошких теорија, али оне нису успешне када описују претпостављено првобитно стање и склапање друштвеног уговора, па тиме ни када објашњавају постанак државе. Оне су више једна заводљива замисао него сачувано сећање на друштвено стање које је некад постојало.

*Теорија силе* је на размеђи XIX и XX века била владајућа теорија готово код свих немарксистичких теоретичара државе, посебно социјалдарвиниста, као и знатног дела социјалдемо-

---

79 Вид. Џ. Дајмонд, *Микроби, љушке и челик. Судбине људских друштава*, Београд 2004.

кратских марксиста (Карл Дириг /*Karl Eugen Dühring*/, Лудвиг Гумпловиц /*Ludwig Gumplowicz*/, Клод-Хенри де Сен-Симон, Жозеф Мари де Местр /*Joseph Marie de Maistre*/, Фридрих Ниче /*Friedrich Wilhelm Nietzsche*/, Адолф Ласон /*Adolf Lasson*/, Карл Кауцки /*Karl Johann Kautsky*/, Хајнрих Кунов /*Heinrich Cunow*/). Теорија силе настанак државе доводи у везу са постојањем класа и деловањем расног (Лудвиг Гумпловиц), војничког (Слободан Јовановић) или друштвеног чиниоца (Франц Опенхајмер /*Franz Oppenheimer*/). Држава није резултат унутрашњег саморазвоја друштвене заједнице, нити нарастања друштвене неједнакости до облика класне борбе, већ деловања спољашњег чиниоца који се састоји у међусобној борби две друштвене заједнице. Заједница која победи у тој борби успоставља своју власт, експлоатише побеђени део и постаје класа нових експлоататора (нпр., у Спарти је на врхунцу њене моћи 25.000 Спартијата имало потпуну власт над 500.000 робова). Држава је, дакле, оруђе за класну експлоатацију и угњетавање једне људске заједнице од стране друге,<sup>80</sup> све док је „право у оружју“ (Сенека).

Теорија силе знатно више истиче политичке од економских интереса. Држава и политика су израз силе. И право је израз силе. Али, свдећи све на силу, ова теорија није могла да пружи задовољавајуће објашњење настанка класа, те своје друге важне идеје, чије је постојање такође једнострано изводила из силе а не из економске или друштвене збиље. Због тога ни она није дала прихватљиво објашњење постанка државе.

Најновија варијанта теорије силе постанак и карактер државе објашњава сукобом различитих друштава, тј. цивилизација (*clash of civilisations*). Њен је најпознатији представник Семјуел Хантингтон (*Samuel P. Huntington*).<sup>81</sup> Познат је и по тврдњи (коју је изложио 1968. године у својој књизи *Политички њоредак у друштвима у транзицији*) да земље у транзицији нису увек склоне стварању либерално-демократских институција. Било је тешко погрешити.

*Економистичка* (марксистичка) *теорија*, чији су творци и главни представници Карл Маркс (*Karl Marx*) и Фридрих Енгелс (*Friedrich Engels*), а затим и други теоретичари као њени настављачи (нпр., Антонио Грамши /*Antonio Gramsci*/, Никос Пуланкас /*Nicos A. Poulancas*/), настанак државе објашњавају искључиво постојањем економских класа и њиховом класном борбом. Држава

80 Вид. Р. Лукић, 251–256.

81 Вид. С. П. Хантингтон, *Сукоб цивилизација*, Београд – Подгорица – Бања Лука 2000.

је настала на одређеном степену „саморазвоја“ друштва када су нагомилане класне противречности прерасле у друштвени сукоб који није могао другачије да се реши осим настанком државе.<sup>82</sup> Марксистичка теорија је утврдила и два изузетка од наведеног правила. Први представља настанак античке Римске државе, а други настанак варварских држава на тлу освојене Римске империје (Фридрих Енгелс).<sup>83</sup> Као и сви важни изузеци, они пре оповргавају него што потврђују правило о искључивој и аутоматској повезаности економских класа са класном борбом. Ти изузеци су вештачки и одређени из јасних политичких разлога који су ишли у прилог полицентричном распореду власти на простору некадашњег Светог римског царства. РOMEЈСКО царство није разматрано, као ни државне творевине словенских народа који су вековима бранили свој животни простор од насртаја германских племена.

*Теорија институционализације конвенционалне правосудне власти* настала је у другој половини прошлог века. Њу је први изнео Клаус Едер (*Klaus Eder*), а прихватио Јирген Хабермас (*Jürgen Habermas*).<sup>84</sup> Главна идеја „Едер-Хабермасове теорије“ о постанку државе садржана је у полазној разлици коју писци чине између „системских проблема који надилазе управне способности једног друштва“ и „еволуционих процеса учења који омогућавају прелазак на нов ниво социјалне интеграције“. Држава је резултат еволуционог преласка друштва из нижег у виши стадијум. Тај еволуциони ток се истовремено одвија спонтано и свесно-плански. Састоји се из усвајања и одбацивања стечених знања и искустава кроз механизам учења, што доводи до самоуређивања и самоусавршавања људске заједнице, тј. њене реорганизације на новим начелима и вишем нивоу. Тиме се истиче да само еволуционо успешна друштва, отворена за стицање нових знања и способна да користе своје сазнајне могућности, могу да се успну до стадијума државе. Даље, на степену државе у којој постоје развијене производне снаге и класна организација друштва, Едер и Хабермас закључују да се прво реорганизује правосудна власт, док се улога судије и поглавице сједињује у једну специфично политичку уло-

---

82 Вид. Ф. Енгелс, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, *Изабрана дела*, I том, Београд 1946.

83 Ф. Енгелс, *Настанак породице, приватне својине и државе*, у: *Изабрана дела*, 173 и даље.

84 Вид. J. Habermas, „De Communicatie – Theoretische Banadering van het Recht“, *Recht en Kritiek*, 1992; K. Eder, *The Social Construction of Nature: A Sociology of Ecological Enlightenment*, Berlin 1996.

гу. Нарочит допринос стабилизацији даје институционализована улога судије и владара, који заједно одређују ритам даље социјалне еволуције таквог успешног друштва.<sup>85</sup> Слична идеја се сусреће у познатом делу Карла Попера (*Sir Karl Raimund Popper*) *Отворено друштво и његови непријатељи* (*The Open Society and Its Enemies*) из 1945. године.

## 2.2. Теорије о друштвеној улози државе

Поред теорија које објашњавају постанак државе, другу њихову велику групу сачињавају социолошке теорије које објашњавају друштвену улогу државе њеним општедруштвеним или класним својствима. Поред већ поменутих античких и средњовековних теорија, у њих посебно треба убројати грађанске теорије настале у XIX и XX веку, као што су бројне органско-биолошке теорије, теорије о држави као персонификацији народног духа или нације, теорије о држави као општедруштвеној организацији (бројне солидаристичке теорије) или теорије о држави као организацији за решавање сукоба интереса друштвених група и класа (друштвена теорија интереса, економска теорија интереса, грађанска класна теорија, марксистичка теорија и друге).

*Органско-биолошке теорије* су настале у XIX веку, у жеку убрзаног развоја биологије. Њени главни представници Карл Краузе (*Karl Christian Friedrich Krause*), Херберт Спенсер (*Herbert Spencer*), Ото Гирке, Карл Шефле (*Karl Schäffle*) и Јохан Блунчли (*Johann Caspar Bluntschli*) истицали су као основну идеју да у друштвеном, политичком, државном и правном животу људи важе исти основни закони као у биолошком животу органског света уопште. Као сам човек, тако и друштво са државом и правом представља један жив организам за чији настанак и развој важе исти основни закони као за све друге индивидуалне организме. Сва друштва, све државе и сва права су дакле исти, јер у њиховом развоју нема ничег посебно новог. Према најумеренијим варијантама органско-биолошких теорија, поменута сличност је врло блага, јер се појам „организам“ користи само као неопходна метафора за дочаравање повезаности која твори целину. Према најдоследнијим присталицама органско-биолошких теорија, та сличност је потпуна, јер се сматра да је државно-правни поредак у још вишем степену организам него што је то обичан природни организам.

---

85 Ј. Хабермас, *Прилози реконструкцији историјског материјализма*, 125 и *Tehnika i znanost kao ideologija*, Zagreb 1986, 168, 171–172.

Најважнији представник умерене органско-биолошке теорије јесте Ото Гирке (*Otto Gierke*). Он је државно-правни поредак схватао као посебну врсту организма друштвеног карактера који има своју посебну личност. Гирке је хтео да докаже да је реч не само о правној конструкцији већ и о стварном друштвеном јединству које располаже сопственом личношћу. Држава се састоји од људи који су правом и интересима сједињени у извршењу извесног циља. Они остварују јединство које остаје неизмењено иако се појединци у држави мењају. То значи да се држава не подудара са појединцем, нити са њиховим збиром. Скуп појединаца који су организовани у државу увек је нешто друго и нешто више од скупа самих појединаца. У томе се састоји државна личност као друштвена реалност која оличава целину. Дакле, држава је један „жив друштвени организам“ који располаже „општом друштвеном вољом“.<sup>86</sup>

Теорију државе као њерсонификације народној духа посебно је развијала немачка историјскоправна школа XIX века, у чијем је учењу и те како присутна социолошка идеја о условљености права, државе и друштва конкретном стварношћу. Та стварност је схватана као укупност својстава која обухвата и синтетички изражава хипотетички „дух народа“. Зато су њени представници (Хелмут Конриг /*Helmut Conrig*/, Готфрид Вилхем Лајбниц и други) указивали на значај стицања искуства из прошлости за сазнавање и изучавање садашњих друштвених појава. По њима, људска историја је непрекинути низ збивања у коме садашњост представља само једну етапу у историјском развоју друштва и државе. То значи да друштвене и државне промене могу да буду само еволутивне.

Духом те идеје надахнуто је учење нашег великог правника Валтазара Богишића. Био је српски историчар и правник, професор права и министар правде Црне Горе, активни радник Уједињене омладине српске и члан Србokatоличког покрета у Дубровнику, који је живео и стварао у другој половини XIX века. Иако је био присталица историјске правне школе Карла фон Савињија, на њега је нарочито утицало учење Георга Фридриха Пухте (изложено у делу *Das Gewohnheitsrecht* 1828. године). Препознатљиву одлику Богишићевог научног и законодавног рада представља његова постојана замисао да је народно право „оно добро право“, да треба сакупљати и испитивати народне правне обичаје и на

---

86 Вид. О. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Berlin 1895, 95.

њима заснивати целокупан законодавни рад.<sup>87</sup> Тој изворно антрополошкој идеји водилићи Богишић је посветио цео живот, што је доказао и практично својим радом на изради *Ойшићей Имовинској законика за Књажевину Црну Гору* из 1888. године. Можда је најпознатија изрека у Законику: „Што се грбо роди, ни вријеме не исправи“.<sup>88</sup>

Социолошка је и *теорија државе као персонификације нације*. Ову теорију су посебно заступали француски писци после Револуције, изводећи је из њене идеологије и уставних текстова. Према њима, држава је „правна персонификација једне нације“ (Адемар Есмен /*Adhémar Esmein*/) „постигнута политичким, привредним и правним уједињавањем националних елемената и остварена у циљу стварања грађанске владавине“ (Морис Орију /*Maurice Hauriou*/).<sup>89</sup> Њен циљ је постизање једног општенационалног добра.

Постоје и друге социолошке теорије. Најпознатије су *теорије о држави као ойшићедрушћивеној организацији*. У њима је истакнута само једна важна црта државе која збиља постоји: да је држава општедруштвена организација, при чему је занемарено да је држава првенствено организација једног дела друштва која се распростире над целим друштвом. Према Рудолфу фон Мољу (*Rudolph von Mohl*), држава је „дуготрајан јединствен организам којим руководи једна општа воља а који покреће једна општа сила, и који има за задатак да оствари допуштене животне циљеве једног одређеног и територијално настањеног народа, и то како циљеве појединаца тако и друштва, уколико ови те циљеве не могу да постигну сопственим снагама и уколико су циљеви неопходни за све“; према Јозефу фон Шталу (*Joseph von Stahl*), „организација једног народа који је стављен под једну врховну власт ради заштите и осигурања свих духовних и материјалних добара, а нарочито права и правде“; према Георгу Јелинеку, „заједница једног народа која планском, централизованом и спољним средствима снабдевеним акцијом остварује индивидуалне, националне и општечовечанске интересе“; према Густаву Раценхоферу

87 Вид. Мартиновић, *Валтазар Бојишић*, Цетиње 1958; С. Станојевић, *Народна енциклопедија*, „Издавачка књижарница Зорана Стојановића“, Нови Сад 2000; В. Богишић, *Ойшићей имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Београд 1998.

88 Валтазар Богишић је у ствари превео на српски језик и унео у Законик изреку (максиму, брокер) староримског правника Марка Порција Катона (*Marcus Porcius Cato*) која гласи: *Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere*.

89 Нав. према: Р. Лукић, 81.

(*Gustav Ratzenhoffer*), „заједница сукоба, помирење сукоба и склад несклада. Држава подређује и комбинује силе које се међусобно одбијају, с циљем да их натера да се трпе и да раде заједно. Најплеменитија тенденција друштвених борби јесте успостављање склада међу интересима. Тај резултат називамо напретком или цивилизацијом“; а према Лују ле Фиру (*Luis le Four*), „група људи која има за задатак да оствари опште добро групе, саобразно основним начелима права“.<sup>90</sup>

Најпознатију и најмодернију варијанту социолошких теорија о држави као општедруштвеној организацији у XX веку представља *солидаристичка теорија* Леона Дигија.<sup>91</sup> Диги је основ за своје учење пронашао у чињеници да су људска бића „друштвене животиње“, подарене универзалним осећајима солидарности и друштвене међузависности. Ти осећаји проистичу из поделе и специјализације друштвеног рада. Из њих Диги изводи своје познато објашњење преображаја класичне државе у модерну јавну службу. Диги започиње своју критику класичног појма државне, тј. јавне власти, одбацивањем појма народног суверенитета који је „фикција“, „мит“, „више штетан него користан“, јер народна сувереност више није у стању да заштити народ од оних који стварно владају. Зато треба поћи од чињенице да у држави постоје само они који владају (*les gouvernants*) и они којима се влада (*les gouvernés*). Ипак, будући да јавна власт није сагласна са садашњим јавним функцијама владајућих, јер су те функције у савременој држави не само функције заповедања (одбране, унутрашње безбедности и правде) већ и многе друге (просветне, економске, социјалне и уопште културне функције), више не може бити речи о вршењу некаквог права заповедања. Управо зато се традиционални појам државне власти (*autorité publique*), садржан у суверености и државном праву заповедања, у савременој држави преображава у појам јавне службе (*la notion de service public*), а држава у скуп јавних служби чије вршење обезбеђују и контролишу управљачи. Држава је група појединаца који су дужни да употребе силу за управљање јавним службама када то доприноси организацији и вршењу неке јавне службе. Држава, дакле, није суверена власт, већ је пре једна институција настала из друштвених потреба чове-

---

90 *Ibid.*, 82.

91 Окосницу Дигијевог научног рада чине три његова дела: *Traité de droit constitutionnel*, I–II том из 1911. и 5. том из 1921–1925. године, *Les transformations du droit privé* из 1912. године и *Les transformations du droit public* из 1921. године, које је под насловом *Преображаји јавној држави* објављено у Београду 1929. и 1998. године.

чанства, док су владе и појединци обавезани правним правилима произашлим из друштвене нужности.<sup>92</sup> То је разлог зашто модерна држава „означава било оне који владају или политичку власт, било само друштво у коме постоји ова диференцијација између владајућих и владаних, и самим тим политичка власт“.<sup>93</sup> И Слободан Јовановић је заступао гледиште слично Дигијевом: држава је организација која треба да усклади супротне интересе како би заштитила општи интерес.

Карактеристично је и учење Роберта Лауна (*Robert Laun*) о демократској држави, по коме сви који имају државну власт могу да се сматрају или „наметнутим властодршцима“ или „властодршцима који су изабрани захваљујући народном поверењу“. Први су владари (*dominatures*), јер они заповедају располажући и користећи физичку силу, а други управљачи (*dirigeant*), јер зависе од поверења оних који су их изабрали. Поменута разлика има изузетан значај за одређивање демократског карактера државе и права, имајући у виду квалитативну разлику између страха и колективне свести као различитих мотива људског покоравања правилима. У првом случају, друштвено и правно покоравање почива на максимуму страха и минимуму колективне свести. У другом случају, оно почива на минимуму страха и максимуму колективне свести, и само у том другом случају може да се говори о демократској држави. Демократија је, истиче Лаун, држава у којој је поштовање државне власти најмање засновано на страху, а највише на колективној свести грађана. Дакле, „народна“ или „демократска“ је она држава у којој власт управљача почива на поверењу њених грађана.<sup>94</sup>

Бројне су и теорије које државу не сматрају чуварем општег интереса. Ту нарочито спадају теорије које друштвену улогу државе претежно или искључиво објашњавају сукобом интереса друштвених група и класа.

Најпознатију такву теорију интереса изложио је у XIX веку Рудолф фон Јеринг (*Rudolph von Ihering*).<sup>95</sup> Он је у свом учењу

92 Л. Диги, *Преображаји јавној права*, Београд (1929) 1998, 201–202.

93 L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, I, Paris 1901, 395.

94 R. Laun, *La démocratie. Essai sociologique, et de politique morale*, Paris 1933, 58 и даље.

95 Најважнија дела Рудолфа Јеринга су: *Дух римској права на разним ступињевима његовој развића* (*Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*) Berlin 1867, *Борба за право* (*Der Kampf um's Recht*), Београд 1874 (1998) и *Циљ у праву* (*Der Zweck im Recht*), I–II књига, Београд 1894–1896.

нарочито истицао реалне чиниоце, на чему је изградио властиту филозофију социјалног утилитаризма у којој се друштвеним појавама придаје одлучујућа улога. По њему, развој државе се одвија кроз стални сукоб интереса, њихову непрестану борбу, јер је та „борба њихов дан и ноћ“. Право је такође резултат те борбе („у борби право тражи своје“),<sup>96</sup> јер „признаје обавезним два дела становништва која се боре за власт у друштву и држави“.<sup>97</sup> Тиме је Јеринг у правну теорију и науку увео важну социјалну идеју развита који се остварује борбом и прилагођавањем.

Посебне варијанте теорије интереса представљају економска теорија интереса и економистичка (марксистичка) теорија. Док Јеринг у својој друштвеној теорији интереса истиче значај интереса као таквог, у *економској теорији интереса* наглашен је значај само економског интереса као главног друштвеног покретача. Према истакнутом представнику ове теорије, новокантовцу Рудолфу Штамлеру (*Rudolph Stammler*), однос државе, економије и права може да се разуме само као логичко-формални однос. Постојање правне форме чини логички основ друштвене привреде, јер је право и даље право чак и када има обележја неправде и самовоље. Привреда и право дакле нису просторне, већ узајамно повезане појаве, као што је случај и са правом и политиком који директно стварају и обликују економске односе, док то не може да се каже за утицај економских односа који посредно условљавају политику и право.<sup>98</sup>

Поред интересних теорија, постоје и чисто *класне теорије*, које друштвену улогу државе објашњавају искључиво или претежно класном борбом. Ове теорије су у модерном смислу настале када и појам „класа“. То се догодило у XVIII веку, у коме се израз „класа“ користио као ознака за посебне друштвене групе, али је он нарочито коришћен у XIX и XX веку, чиме се и данас поткрепљује претпоставка о нераздвојној повезаности модерних класа са индустријализацијом.

Будући да у друштву постоје друштвене класе, главни задатак државе није да регулише супротне интересе, нити да штити опште друштвене интересе, већ да као средство класне борбе наметне интересе владајуће економске класе потлаченој класи. Ту владајућу класу је већина грађанских писаца (почевши од Јеринга) препознала у грађанској класи, анархистичких писаца (Прудон,

---

96 Р. Јеринг, *Борба у праву*, Београд 1998, 5.

97 Р. Јеринг, *Циљ у праву*, 258.

98 Вид. Р. Штамлер, *Политика и право*, Београд – Подгорица 2001.

Бакуњин) у индустријској (радничкој) класи, а марксистичких писаца (Маркс, Енгелс, Лењин) у класи пролетера (бескућника). Наведене разлике међу писцима довеле су до настанка две главне врсте класних теорија: *грађанских* и *марксистичких*, са њиховим бројним подврстама које такође на класни начин објашњавају друштвену улогу државе.

Представници класних теорија су исувише истицали друштвене класе као главну појаву друштвеног живота, а државни и правни поредак као резултат класне борбе. Та борба, наводно, окончава се фаталном победом најјаче класе, јер „државна власт увек дејствује онако како хоће најјача класа. Говорити о држави као о некој самосталној снази која се одупире прохтевима најјаче класе, исто је тако апсурдно, као и тврдити да се један механизам може одупрети вољи онога ко га ставља у покрет“.<sup>99</sup> Као такве, класне теорије нису нетачне, већ претеране.

### 3. Политичке теорије о држави

Политичке теорије су веома старе, јер је толико старо људско интересовање за политику и државну власт.<sup>100</sup> Најстарије политичке теорије изложили су Платон и Аристотел, који су своја дела управо тако назвали: *Држава*, односно *Полиџика*. Поред њих, упечатљива је реалистичка политичка теорија коју је у средњем веку изложио грађански мислилац Николо Макијавели у свом познатом делу *Влагалац* (*Il Principe*), у коме је раздвојио етику од политике и створио тзв. „чисту“ политику и политичку доктрину.<sup>101</sup> Тиме је пустио злодуха из боце. Ради се о теорији коју најчешће присежу патократе на власти. И савремене политичке теорије државу првенствено одређују као политичку појаву за разлику од социолошких теорија које државу првенствено одређују као друштвену појаву. Упркос сличности са социолошким теоријама, њихов главни циљ је да одговоре на питање ко има и ко врши политичку и државну власт у друштву. Када одговарају на први део питања, оне се усредсређују на политику као шири појам од појма државе, због чега су ближе социолошким теоријама. Када, пак, одговарају на други део питања, оне се

---

99 С. Јовановић, 72, 79.

100 W. Henke, *Recht und Staat*, Tübingen 1988, 297–298 и даље.

101 Вид. Н. Макијавели, *Влагалац*, Београд 1964.

усредсређују на државу као носиоца политичке власти, због чега су ближе правним теоријама.

Савремене политичке теорије државе могу да се разврстају према различитим мерилима. Запажен покушај њиховог класификовања дао је Клаус фон Бејме (*Klaus von Beyme*) у својој књизи *Савремене политичке теорије*, разврставши их на нормативне, емпиријско-аналитичке и дијалектичко-критичке.<sup>102</sup> То је само једна од могућих класификација. Вероватно је кориснија класификација политичких теорија на *институционално-инструменталне*. Док се првим истиче обједињујућа политичка улога државе, дотле се другим истиче улога државе као инструмента за решавање друштвених сукоба. Према овим другим (институционално-инструменталним теоријама, односно *теоријама конфликта*), држава постоји због друштвених сукоба у којима се успостављају односи власти који су у њој подробно институционализовани. Тако институционализовану државу инструментализују владајуће мањине. Оне никако не могу да буду неутралне у друштвеним сукобима, нарочито када се сама „институција“ државе одреди као један друштвени „инструмент“.

У бројним политичким теоријама конфликта поставља се питање које друштвене групе контролишу државу као инструмент моћи, јер се појам владајуће мањине одређује на различите начине. Према једној варијанти, ради се о економски владајућој мањини као економски владајућој класи (марксистичке и новомарксистичке теорије). Према другој варијанти, владајућа мањина је политичка класа у држави јер поседује политичку власт, што значи да и владајући друштвени слој може да буде политичка класа (различите теорије политичке класе). Према трећој варијанти, владајућа мањина своју политичку надмоћност црпи из културне, религијске или идеолошке моћи (различите теорије класе као друштвене елите).

Поред теорија које владајућу мањину одређују као владајућу класу полазећи од њене економске, политичке или културне надмоћи у држави и друштву, постоје и теорије које оповргавају или умањују значај појма класе, али не и значај друштвеног сукоба (теорија градације слојева, функционалистичка и системска теорија). Њихову посебну варијанту представљају теорије које истичу политички значај хомогених друштвених група-елита са конкретним интересима (теорија плуралистичке елите), као и теорије које политичку моћ државе објашњавају сукобом различитих

---

102 K. von Beyme, 16–30.

друштва, тј. цивилизација,<sup>103</sup> те стога представљају модерну варијанту теорије силе. За ове теорије је карактеристично да праве разлику између појма економско-политичке и владајуће („доминантне“) класе. Ту владајућу класу оне препознају у посебној бирократско-технократској групи која влада као елита на основу располагања војно-политичком, финансијском и технолошком моћи у друштву.

### 3.1. Марксистичке и новомарксистичке теорије

Од наведених теорија, вероватно је најстарија *марксистичка* теорија, која истиче да сукоб интереса добија „облик борбе главних друштвених група, тј. класне борбе, због чега је од општедруштвеног интереса остала готово само гола форма“. Марксистичка теорија класу одређује искључиво као друштвено-економски појам, а државу као класну организацију. Према њој, политичка власт државе, подупрта монополом физичке силе, штити превласт владајуће класе и гарантује друштвену експлоатацију, док је идеја о општедруштвеном карактеру државе научна и идеолошка обмана.

Познате су речи Карла Маркса (*Karl Marx*) да је историја сваког друштва историја његових класних борби, као и да се после сваке револуције која означава „напредак“ класне борбе чисто угњетачки карактер државне власти испољава све отвореније.<sup>104</sup> На питање у чему се састоји класни карактер државе, Маркс и његови следбеници су тврдили да држава „не може никада да буде изнад економске структуре и њоме условљеног културног развика друштва“.<sup>105</sup> Држава представља „основни и најопштији политички вид остваривања“ тог класног интереса.

На сличан начин о држави је говорио Фридрих Енгелс (*Friedrich Engels*). Према њему, преврат који „модеран социјализам“ жели да постигне састоји се у победи пролетаријата над буржоазијом и новом организовању друштва „уништавањем свих класних разлика“.<sup>106</sup> Долазак пролетаријата на власт, истицао је,

---

103 С. П. Хантингтон, 21–45.

104 К. Маркс, „Манифест комунистичке партије“, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, *Изабрана дела*, I, 14.

105 К. Маркс, „Критика Готског програма“, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, *Изабрана дела*, II, 15.

106 Ф. Енгелс, „О друштвеним односима у Русији“, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, *Изабрана дела*, II, 4.

значи не само „заузимање државне власти“ већ и „претварање средстава за производњу у државну својину“.<sup>107</sup> Таквом преображају одговара „период револуционарне диктатуре“.<sup>108</sup>

Коментаришући Марксове и Енгелсове ставове, Владимир Илич Лењин (*Владимир Илич – Ленин*) у *Држави и револуцији* још више заштрава класни карактер револуционарног преврата и закључује да је „држава производ и израз непомирљивих класних супротности“. Политичка револуција треба да омогући класну диктатуру и по први пут успостави „демократизам за сиромашне“, који доноси низ ограничења „у односу на слободу угњетача, експлоататора, капиталиста“. Тек када „капиталисти буду ишчезли, када не буде класа, тј. када не буде разлика између чланова друштва са гледишта њиховог односа према друштвеним средствима за производњу, тек тада ће ишчезнути држава и моћи ће да се говори о слободи“.<sup>109</sup> Држава није ишчезла, али је обећана демократија за масе убрзо претворена у диктатуру њених револуционарних вођа који су се убрзо преобразили у чланови нове политичке елите.

Насупрот Лењиновом учењу, према Јосифу Висарионовичу Стаљину (*Јосиф Висарионович – Сталин*), који је свој поглед на исте проблеме изложио у *Пишањима лењинизма*, социјализму је потребна не само држава него и јака држава која ће моћи да угуши отпор свргнутих класа и преузме на себе привредно-организаторску и културно-васпитну функцију. Доследним спровођењем тих задатака у совјетском друштву је усавршена идеја тоталитарне државе пролетерско-радничког типа.

У *новомарксистичким* теоријама, пак, економски и друштвени редукционизам ортодоксних марксистичких теорија и учења је ублажен и критикован. Тако поступа немачки политички филозоф Јирген Хабермас када наводи четири главна разлога против Марковог учења: одвајање државе од друштвене класе, што је било полазиште Марксове критике грађанског друштва; отуђење, које је изгубило свој чисто економски облик беде; нестанак пролетаријата као економског субјекта социјалистичких револуција; настанак бирократске („кадровичке“) владавине после изведених тзв. „социјалистичких револуција“.<sup>110</sup> Хабермас на основу тога

---

107 Ф. Енгелс, „Развој социјализма од науке до утопије“, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, *Изabrana дела*, II, 151.

108 Ф. Енгелс, 148.

109 В. И. Лењин, *Држава и револуција*, Београд 1973, 12, 79, 81.

110 J. Habermas, „Marxismus als Kritik“, *Theorie und Praxis*, 1967, 163. Вид. К. von Beyme, 64.

закључује да супротност друштвено-економских класа више не може бити распиривана до политичког сукоба, јер читава организација владајућег система служи стабилизовању привреде и осигурању политичке лојалности маса. У позним годинама живота, Хабермас је све отвореније испољавао сумњу према улози филозофије у модерном добу, нарочито њене марксистичке и постмарксистичке варијанте.

Поред Хабермаса, и Никос Пуланкас, такође један од најистакнутијих представника новомарксистичког правца, у свом изнијансираном учењу државу одређује као организатора дугорочног интереса владајуће класе и њеног владајућег друштвеног блока. Држава обавља функцију политичког обједињавања владајућих класа на основу своје релативне самосталности у односу на „конфликтно јединство савеза“. Због тога државу треба схватити првенствено као материјални сажетак друштвених снага владајућег и потчињеног класног савеза, а тек затим као однос снага између класа и фракција унутар блока на власти. Држава се своди не само на „кондензован институционални апарат“ већ, у ширем смислу, представља „кондензован израз класне борбе“.<sup>111</sup>

### 3.2. Савремена политичка теорија класе

Савремене политичке теорије класе друштвене сукобе тумаче користећи класни модел у коме су класе одређене искључиво као политичке појаве. Класе „нису повезане ни са приватном својином, ни са индустријским структурама уопште, већ су као елемент друштвене структуре и чинилац који изазива друштвене промене универзалне колико и њихова одредница: власт и њена расподела“.<sup>112</sup> Према овим теоријама, чији је најпознатији представник Ралф Дарендорф (*Ralf Dahrendorf*), власт и моћ се не могу свести на приватну својину, већ се морају извести из укључености тзв. „владавинских удружења“ у вршење власти. По њему, друштвена неједнакост се испољава у облику доминације, економска у облику експлоатације, а координација делатности у облику власти, дакле, сасвим супротно Марксовом учењу.<sup>113</sup>

---

111 N. Poulancas, *Država, vlast, socijalizam*, Zagreb 1981, 14–23 и даље. Вид. J. Habermas, *Law and Morality*, Harvard 1986.

112 Р. Дарендорф, *Homo sociologicus*, Ниш 1989, 45.

113 М. Живковић, *Основи теорије државе и права*, Београд 1997, 282–284. Вид. К. Eder, *The New Politic Class*, Berlin 1993.

### 3.3. Теорија политичке класе као политичке елите

Теорија политичке класе као политичке елите, настала крајем XIX века, основ владајуће друштвене класе (која по њој не мора обавезно да буде економски владајућа) изводи из њеног поседовања политичке власти која је претвара у друштвену елиту. Ова теорија је у још већем сукобу са марксистичком и новомарксистичком теоријом од других политичких теорија. Није случајно што се она појавила прво у Италији, у доба преовлађујуће скепсе и разочарања у парламентарни облик власти, доводећи до повезивања политичке класе са појмом елите. То није било тешко учинити у духовном окружењу у коме је политичка теорија била заснована на вредносно неутралним поставкама о владавини најбољих (владавини умних код Платона, владавини одабраних или црквено најстаријих у различитим религијским школама и сектама, хероја код Томаса Карлајла /*Thomas Carlyle*/ или најјачих у разним социјалдарвинистичким учењима). Такво вредносно неутрално учење, оптерећено историцизмом, напуштено је у XX веку у корист идеолошки обојеног појма елите, као нечег супротног маси. Надахнута Макијавелијевим учењем о држави, модерна теорија елите је пошла од поставке да се већина оних над којима се влада не интересује за власт. Заговарајући учење о „свевремености“ власти, она је давала првенство политичком чиниоцу над економским и друштвеним чиниоцима.<sup>114</sup>

Најпознатији представници теорије политичке класе као политичке елите су Гаetano Моска (*Gaetano Mosca*), по коме владајућа класа као друштвена мањина подупрta силом државе располаже политичком моћи и влашћу које је чине владајућом „политичком класом и елитом“;<sup>115</sup> Вилфредо Парето (*Vilfredo Pareto*), чије се учење о друштву заснива на специфичној антропологији израженој појмом „резидуа“ (*residue*),<sup>116</sup> а његово учење о држави на постојању „владајуће“ елите и „не-елите“, кружењу елита и рационализоване државне силе;<sup>117</sup> и Роберт Микелс (*Robert Michels*), познат по свом учењу у коме је формулисао „гвоздени закон олигархије“. Чувена је његова мисао: „Ко каже организација, тај у ствари каже олигархија.“

114 K. von Beyme, 250–252.

115 G. Mosca, *The Ruling Class*, New York – London 1939. Вид. K. von Beyme, 225, 249.

116 V. Pareto, *Trattato di sociologia generale*, Firenca 1916. Нав. према: K. von Beyme, 249.

117 Љ. Тадић, *Наука о политици*, 172.

И најновија елитистичка схватања о демократији као такмичењу политичких елита полазе од истог схватања које је први пут изложио Роберт Микелс у свом познатом делу *Прилој социологији партије у модерној демократији* (*Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie*).<sup>118</sup> У њему је подробно истражио олигархијске тенденције у различитим друштвеним групама и организацијама.

Некадашње тенденције данас спроводе у дело преко агенди оснивачи и чланови Светског економског форума (WEF), који садашњем човеанству обећавају да неће имати ништа и да ће бити срећно.<sup>119</sup> Многи већ данас немају ништа и уопште нису срећни због тога.

### 3.4. Савремене плуралистичке теорије елите

Свим савременим плуралистичким теоријама заједничко је да настанак елита објашњавају функционалним усложњавањем модерног друштва, његовом демократизацијом и концентрисањем функционалне и институционалне моћи у владајућим хијерархијама. На тим заједничким цртама нарочито је инсистирао Карл Манхајм (*Karl Mannheim*), који је запазио да процес плурализације елита доводи до њиховог међусобног неутралисања које спречава успостављање монопола једне политичке елите над друштвеним и политичким вођством.<sup>120</sup>

Други писци (Ханс Драјзел /*Hans P. Dritzell*, Хелмут Шелски /*Helmut Schelsky*/ или Чарлс Рајт Милс /*Charles Right Mills*/) сматрали су да плурализација доводи до супротног процеса: интеграције елита, што различито објашњавају. Према Хансу Драјзелу, за друштвену отвореност елита није толико важна њихова стварна покретљивост колико способност и знање којим располажу, тј. стручности из које елите црпу свој функционални и бирократски ауторитет у друштву.<sup>121</sup> Ту стручност Хелмут Шелски сматра „културним капиталом“ елита, јер професионални положај и спо-

---

118 Вид. R. Michels, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie*, (Leipzig 1911) Stuttgart 1957.

119 Вид. K. Schwab, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, 2016. и K. Schwab, T. Malleret, *Covid 19: The Great Reset*, World Economic Forum, 2020.

120 K. Mannheim, *Mensch und Gesellschaft im Zeitalter des Umbaus*, Leiden 1958, у: K. von Beyme, 198, 249.

121 H. P. Dretzel, *Elitebegriff und Sozialstruktur*, Stuttgart 1962, у: K. von Beyme, 198, 249.

собности у савременим друштвима постају најважније мерило за друштвено раслојавање.<sup>122</sup> Тврдње наведених писаца редефинисао је Чарлс Рајт Милс, који је више од културног капитала елита наглашавао њихово социјално-политичко јединство, заснивајући своје учење на постојању „троугла елита моћи“ у савременом америчком друштву (политичка, привредна и војна елита).<sup>123</sup> Ту, дакле, више није пресудан културни капитал елита, већ њихово слично социјално порекло, какав је (нпр.) случај био са положајем елита у просветним, културним и црквеним институцијама. Сви други поседници културног капитала могу само да позајмљују своје знање радећи као експерти или унајмљени техничари за наведени „троугао елита моћи“ (као „најмљени публицисти“ или „академска пискарала“, како их је Милс називао).

Милсово схватање је више реалистично, а мање модерно. У њему је приметан скептицизам којим се доводе у сумњу оптимистичкије тврдње Драјцела и Шелског. Многе његове тврдње су остварене већ средином XX века.

### 3.5. Теорија градације слојева

Теорија градације друштвену слојевитост не објашњава положајем основних класа, већ градацијом друштвених слојева. Њен најпознатији представник Леополд фон Визе (*Leopold von Wiese*) развио је познату шему градације засновану на моделу друштвених слојева који су разврстани према професији, положају и дохотку као мерилима (сиротиња, радници, ситни капиталисти /малограђани и сељаци/, имућни и богати). То није једина шема такве врсте, јер такође постоје друге разрађене шеме друштвених класа или елита. Али, од Визеа се затим у свим сличним градацијским шемама обавезно уводи средња класа са више својих друштвених слојева.

Теорије градације слојева допринеле су бољем сагледавању велике друштвене и политичке сложености развијених друштава, а тиме и сагледавању утицаја класа и слојева на вршење политичке власти у држави.<sup>124</sup> Данас је мало тога остало што се може градуирати. Будући да су средња и радничка класа готово уништени, на светској сцени је преостала олигархијско-плутократска

---

122 М. Живковић, 280–281.

123 Ch. R. Mills, *The Power Elite*, 1956, 284.

124 *Ibid.*, 284–285.

елита (њих око 1%), која не зна шта све има, и обесправљена маса опљачканих, осиромашених и контролисаних људских бића која не знају шта све немају.

### 3.6. Теорија групног плурализма

Теорија групног плурализма представља посебну варијанту теорије конфликта. Она се нарочито продубљено бави истраживањем политичких процеса у основама друштва, а не само у његовом врху, са нагласком на истраживању конкретних интереса друштвених класа и слојева. Њени карактеристични представници су: Артур Бентли (*Arthur F. Bentley*), који је први изложио своје учење о политици као борби за групне интересе;<sup>125</sup> Роберт Дал (*Robert A. Dahl*), који је својим учењем упозорио на опасност од олаког закључивања о постојању само једне владајуће елите;<sup>126</sup> Томас Ботомор (*Thomas B. Bottomore*) и Карл Дојч (*Karl W. Deutsch*), који су у својим радовима указали на нови вид успостављања врхунске моћи у друштву оличен у постојању и ефективном утицају тзв. „поделите“ (*subelite*);<sup>127</sup> као и Роберт Престус (*Robert Presthus*),<sup>128</sup> који је изнео гледиште по коме су елитизам и плурализам само гранични случајеви „једног континуума на чијој је средини смештена већина модерних друштава“.<sup>129</sup>

### 3.7. Функционалне теорије

Функционалне теорије напуштају појам класе или му додељују незнатну улогу. За њих, друштвене класе, различити слојеви и групе (насупротив марксистичкој теорији) представљају само друштвене субјекте који постају главни (примарни) политички субјекти организовањем у политичке странке преко којих утичу на државу. У том смислу, њихова друштвена моћ је важнија од моћи друштвених и политичких елита, као што тврде присталице теорије елите.

125 A. F. Bentley, *The Process of Government*, Harward University Press, 1908. Нав. према: K. von Beyme, 250.

126 R. Dahl, *A Critique of the Ruling Elite Model*, Cambridge University Press, 1958. Нав. према: K. von Beyme, 250.

127 K. W. Deutsch, *The Nerves of Government*, New York & London 1966; T. B. Bottomore, *Die sozialen Klassen in der modernen Gesellschaft*, München 1967, у: K. von Beyme, 168–249.

128 Вид. R. Presthus, *Men at the Top*, New York & London 1964.

129 М. Живковић, *Основи теорије државе и права*, 288–289.

Најпознатији представник функционалних теорија Талкот Парсонс (*Talcot Parsons*),<sup>130</sup> под утицајем учења Леополда фон Визеа, у својој интегративно-нормативној теорији друштва о класама говори само у смислу идеја теорије градације. У својој познатој „АГИЛ-шеми“, коју је назвао према почетним словима (енглеских) речи: *адаптација* (економски систем), *јоспизање сврхе* (политички систем), *интеграција* (законске норме и друштвена контрола) и *учвршћење латентног узорка* (културне и мотивационе везе),<sup>131</sup> он је друштвену класу одредио као мноштво сродних јединица чији су чланови хијерархијски изједначени у погледу свог друштвеног положаја. Парсонс такво своје полазиште објашњава слабљењем значаја класа у сложеним друштвима (због међукласног и унутаркласног интересног разједињавања, који доводе до поцепаности друштвене функције и функционалних интереса), али и неподударањем интереса самих појединаца (као носилаца функција или припадника професија). Због тога се припадници различитих класа и друштвених слојева као тзв. „секундарни субјекти“ организују ради боље заштите својих интереса у различите облике функционалних и струковних удружења, а као групе за притисак делују на државу преко политичких странака и удружења као тзв. „примарни субјекти“.<sup>132</sup>

Парсонс је своје учење о класама искористио за истраживање неуједначених односа који се успостављају између економије, права и политике применом правила о двоструком односу права и политике. По њему, економија не проузрокује али условљава политику и право (у смислу непходних услова, тј. друштвене основе), док правне норме и политички ставови имају првенство над економијом (у смислу надзора и дејства вредносних и културних чинилаца). Тиме је Парсонс одредио у ком погледу политика има предност над економијом, а у ком погледу економија над политиком, правом и културом, пружајући једно уравнотеженије решење којим се мире претераности економистичког и културолошког учења, а тиме на неки начин и претераности материјализма и идеализма.

И Никлас Луман (*Niklas Luhmann*), један од најпознатијих функционалиста и теоретичара система, развио је своје оригинално учење о друштвеној улози државе полазећи од одредбе друштва као аутономно организованог система. Према њему,

---

130 Вид. Т. Parsons, *Politika*, Zagreb 1991.

131 Упор. К. von Beyme 169; D. Vrbanc, *Sociologija prava*, 144.

132 К. von Beyme, 248.

чим се друштвени систем схвати као нешто посебно, отварају се питања инструментализације државе и могућности управљања помоћу права. То нарочито важи за модерна друштва која су изразито сложени динамички системи организовани на основу унутрашњег функционалног раслојавања на аутономне подсистеме науке, привреде, политике и права. Будући да су ови подсистеми делимично независни једни од других, појављује се проблем њиховог усклађивања ради управљања друштвом као целином. За таква друштва је од пресудног значаја да коришћењем права смање своју сложеност. Том приликом, није пресудно да ли је право праведно, већ само да ли оно смањује сложеност система и омогућава предвидљивост, сигурност и лакше доношење политичких одлука. Такође, није пресудно ни да ли се политички систем разуђеног друштва разматра као средство које служи својој сврси и да ли се он може усмеравати крутим спољашњим управљањем. То се објашњава чињеницом да је савремена држава постала један неодређен и аналитички слабо употребљив појам. Ипак, највећа новина коју доноси Луманова теорија система јесте у томе што се стабилност политичког система заснива на „могућности промене“, а не на „чврстим темељима, садржајима или вредностима“.<sup>133</sup>

### 3.8. Системске и кибернетичке теорије

За *системске* теорије је карактеристично настојање да модернизују појам државе њеним новим тумачењем како би се стари и суштински појмови државе и моћи испунили новим смислом.<sup>134</sup> У најновијим варијантама системских теорија то се чини увођењем појма групног плурализма, који је укључен у један нов системски теоријски приступ (*systems approach*) преко појма интересног груписања у политичке странке које, наводно, треба да изражавају интересе широких друштвених група.

Настојање да се редефинишу појмови државе и моћи посебно је изражено у динамичким и *кибернетичким* варијантама системских теорија. Иако је такав приступ све доскоро био прихватљив за политичку теорију, он је убрзо напуштен, јер се заснивао на претпоставци да у друштву постоји само једна средишња упра-

133 Н. Луман: *Теорија система. Сврсисходност и рационалност*, Београд 1998, 272. Вид. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Band 1–2, Hamburg 1972; *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984. и *Legitimitacija kroz proceduru*, Zagreb 1992.

134 K. von Beyme, 157.

вљачка институција, што никако није случај са савременим политичким системима. Због таквог приступа, кибернетичке теорије су данас суштински неуспешне, што не значи да ће такве бити у будућности. Ипак, све до стварања модела који ће моћи верније да изражавају политички и друштвени плурализам, оне ће бити ближе аналогијама са органско-биолошким него са функционалним теоријама Парсонса и Лумана.<sup>135</sup>

Најпознатији заступник политичко-кибернетичких правних теорија је *Карл Дојч*. По њему, право треба да остварује своје непосредне циљеве „тренутним удовољавањем, самоодржавањем и очувањем непрекинутости процеса“ који се одвијају у њему. Још важније, „право треба да обезбеђује, односно да осигурава да социјални систем акцептира политички систем“. То прихватање (акцепција) и придржавање закона (легалитет) у политичком систему зависе од тога у којој мери „постоје путеви којима појединац може да добије брзе и тачне наредбе“ из моделоване праве или виртуелне стварности.<sup>136</sup>

Важно место припада и Марију Лозану, који се може сматрати утемељивачем правне информатике, будући да се бавио истраживањем међуделовања права и информатичких технологија, нарочито правом као системом правних информација и правним информационом системом.

---

135 Н. Луман, *Теорија система. Сврсисходност и рационалност*, 176.

136 К. W Deutsch, *Politische Kybernetik*, Freiburg 1970, 53 и даље. Вид. Г. Вукадиновић, Р. Степанов, 251.



Други део  
ТЕОРИЈЕ О ПРАВУ



Правна наука је дала вредне резултате одговарајући не само на питање шта је држава већ и на питање шта је право. Захваљујући том свом постојаном интересовању, она је створила бројне и разноврсне правне теорије, школе и правце који су својим најистакнутијим представницима који су овом приликом груписани у идеалистичке и реалистичке теорије о праву.<sup>137</sup>

## І глава

### ИДЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ПРАВУ

Идеалистичке теорије о праву су веома старе, као и идеалистичке теорије о држави. Изузму ли се утопистичке правне теорије, које допуњавају утопистичке теорије државе, идеалистичке теорије могу да се разврстају на природноправне, априористичко-феноменолошке и егзистенцијалистичке, формалне и културалистичке правне теорије, зависно од тога да ли право објашњавају искључиво или претежно као идејну појаву.

Природноправне теорије у праву виде једно „више“, „истинско“ право које служи постизању општег добра и праведности у политичкој заједници, као и етичкој изградњи и усавршавању човека. Априористичко-феноменолошке и егзистенцијалистичке правне теорије пажњу усмеравају на суштину ствари као нешто очигледно у „феномену права“ и теже да „интелектуалном интуицијом“ продру до ње, или, пак, у праву виде оруђе у функцији пуког „спасавања“. Формалне теорије се посебно баве проблемима појмовне обраде и примене права. Културалистичке правне

137 Г. Вукадиновић; Р. Степанов, *Теорија права I*, Петроварадин 2001, 21 и даље.

теорије, пак, право првенствено истражују као вредност правде и одређују га као прворазредну културну појаву.

## 1. Природноправне теорије

Природноправне теорије су веома старе. Настале су у древној Грчкој, а у измењеном облику постоје и данас. Оне се уобичајено хронолошки разврставају на античке, хришћанске, нововековне и савремене природноправне теорије.<sup>138</sup> Античке природноправне теорије се деле (према периодизацији античке филозофије као мерилу) на предсократовске, класичне и грчко-римске.

Предсократовско раздобље траје од VII–VI до V–IV века пре н. е. и дели се на космолошки и антрополошки период. Класично раздобље (IV век пре н. е.) почиње од Сократа, а завршава се Аристотеловом смрћу (322. пре н. е.). Грчко-римско раздобље, пак, траје од III века пре н. е. до IV века, с тим што чисто римски период почиње средином II века. Праве хришћанске природноправне теорије настају тек средином IV века и трају до краја XIV, односно XVI века, од Аурелија Августина до краја схоластике, тј. до Вилијама Окама (*William Occam*) и Јохана Дунса Скота (*Johannes Duns Scotus*) или, касније, Мартина Лутера (*Martin Luther*). Нововековне, тј. модерне природноправне теорије појављују се већ у окриљу средњег (XVI) века и трају до почетка XIX века, од Декарта (*René Descartes*) до Хегела. Најзад, савремене природноправне теорије карактеристичне су за крај XIX века и цео XX век, тј. за читав низ истакнутих правника (Густав Радбрух /*Gustav Radbruch*/, Лон Фулер /*Lon L. Fuller*/, Џон Ролс /*John B. Rawls*/, Роско Паунд /*Roscoe Pound*/ и други).

### 1.1. Старогрчка и староримска природноправна учења

Свим природноправним теоријама заједничко је уверење да право представља један двојни (дуалистички) нормативни систем састављен из система природног права који је надређен сис-

---

138 Вид. N. Bobbio, *Jusnaturalizam i pravni pozitivizam. Eseji iz teorije prava*, Split 1988; W. Morrison, *Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernism*, ed. Routledge-Cavendish, 1997; B. Bix, *Natural Law Theory: Modern Tradition*, Oxford 2000; Г. Фасо, *Историја филозофије права*, Београд – Подгорица 2007.

тему позитивног права. Природно право не стварају људи својом вољом, већ је оно објективно дато и утемељено у људској природи. Оно је вечно (важи за сва времена) и универзално (важи за све народе или за све припаднике једног народа) јер се састоји из савршених и апсолутно праведних правила.<sup>139</sup> Као такво, природно право је једно „више“ и једино „истинско“ право које служи постизању општег добра и праведности у политичкој заједници, као и етичкој изградњи и усавршавању човека.

Природноправне теорије могу да се разврстају зависно од промена у схватању заједничких обележја природног права.

Први природноправни наговештаји сусрећу се у *миџским љредањима сџарих Грка* о богињи Темис.<sup>140</sup> Према предању, „темис означава утемељење, поредак и обичај. Темис је, даље, пропис који утврђује свачије право и дужност пред ауторитетом“.<sup>141</sup> Она одређује које је понашање исправно. Поред богиње Темис, појављује се и богиња Дике, заштитница права на Олимпу и Земљи. Дике доноси право људима, објављује га и штити. У томе јој помаже помоћница Немеза (Немесис, Немесида), која врши одмазду над прекршиоцем и успоставља нарушену равнотежу. Богиња „Дике је Зевсова кћи која пази и на правосуђе“, јер „Зевс строго кажњава неправедне судије када му Дике јави да се они не придржавају закона који је он саздао“.<sup>142</sup> Из наведених основних појмова изведени су други појмови, који употпуњују иначе сложену античку митолошку представу света и права. То је посебно случај са појмовима „дикаиосуне“ (митска представа правде), „деикнуми“ (доказати оно што јесте речима), „дисномија“ (рђав поредак), „ерис“ (свађа, спор који омета ред), „бис“ (сила супротна праву) и „хибрис“ (неумереност која прекорачује границе права). Савремено тумачење наведених појмова омогућава да се *деикнуми* схвати и као начин за доказивање материјалне истине, *ерис* као злоупотреба права на судску заштиту, *бис* као ознака за правну ентропију итд. Противници Дике су: дисномија, ерис и хибрис. Наведеним појмовима су блиски појмови „еуномија“ (првобитно богиња законитости, а касније сама законитост) и „аномија“ (безакоње, незаконитост, необузданост).<sup>143</sup>

139 N. Visković, *Teorija države i prava*, 91–96.

140 Вид. Д. Срејовић, А. Цермановић, *Речник грчке и римске митологије*, Београд 1979.

141 Љ. Тадић, *Филозофија љрава*, 26.

142 Н. А. Кун, *Лејенде и митови сџаре Грчке*, Сарајево 1971, 14.

143 Љ. Тадић, 27. Вид. О. Gorski – Н. Мајнарић, *Grčko-srpskohrvatski rječnik*, Zagreb 1960, 457; *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*, vol. I, New York & London 1999, 353–367.

У том првом и најстаријем тзв. „космолошком периоду“, право је схватано као део божанског уређења света чији се закони одnose на све, што значи да се закон није јасно разликовао од правде а право од морала. Ипак, уступањем „митоса“ пред „логосом“ и све јаснијим разликовањем „номоса“ од „логоса“, започиње тзв. „антрополошки период“ у коме правни закон више није закон богова или природе, већ закон људи.<sup>144</sup>

До промене у схватању и разликовању оног што је „праведно по природи“ (*physei dikaion*) од оног што је „праведно по закону“ (*nomoi dikaion*) дошло је постепено. Та промена је започела настанком и процватом јонске школе и софистичких учења, а трајала је све до њихове филозофске критике и негације у сачуваним делима Платона, Аристотела и каснијих римских правних филозофа Цицерона, Сенеке, Епиктета и других.

Већ је међу *софистицима* дошло до разликовања у погледу тумачења природне праведности. Док су софисти Тразимах (*Thrasymachos*) и Каликле (*Kalikles*) тврдили да је природно праведна власт оних који су бољи и јачи, дотле су Антифон (*Antiphon*) и Хипија (*Hippias*) тврдили супротно: да су сви људи природно једнаки, и Грци и варвари.

Сократи (*Sokrates*), један од најпознатијих присталица разликовања природног од позитивног права, сматрао је да се „треба покорити природном праву, које је воља богова, односно дело разума, вечитог и једног за све, а одрећи послушност позитивном праву, ако ово крши природно право. То његово убеђење довело га је до трагичне смрти“.<sup>145</sup> Сачуване су од заборавља његове мисли да „праведност није индивидуална, већ политичка врлина“, као и да су „праведно и законито једно другом супротстављени“.<sup>146</sup>

За Платона, најпознатијег Сократовог ученика, бити праведан значи „довести делове душе у њихов природан положај“, а бити неправедан „да делови душе владају против природе“. Правда подразумева да „свако ради своје на шта га упућују његове природне склоности и да се не меша у туђе послове, јер то изазива дисхармонију“.<sup>147</sup> Правда сачињава „људски и политички поредак који одговара природи“, док закони треба да штите заједничко добро грађана. Платон је у томе налазио смисао служењу идеји правде. У

144 М. Бурић, *Идеја природног права код грчких софистица*, Београд 1959, 82 и даље.

145 Р. Лукић, *Историја политичких и правних теорија*, 77.

146 Љ. Тадић, 33–35.

147 *Ibid.*, 36.

противном, закони који штите само добро појединаца или појединих делова друштва нису прави, већ привидни закони.<sup>148</sup>

И код Аристотела, најпознатијег Платоновог ученика, сусреће се низ важних идеја о правди и праву. Полазећи од тога да човекова природа захтева живот у заједници, као и да се правом регулишу најважнији друштвени односи, Аристотел је закључио да је заједничка корист мерило праведности, док је правда „политичка ствар“ или „посао“. Такође, Аристотел је разликовао право које је заједничко свим људима зато што је сагласно са природом од права које важи само за грађане грчког полиса. То „политичко право“ (*politikon dikaion*) јесте „или *у* природно (*physei dikaion*) или *и*озијивно (*nomikon*)“. Као природно право, оно свуда исто важи и не зависи од тога да ли су га људи усвојили. Оно се утврђује „ради самодовољности заједничког живота“ слободних и једнаких грађана.<sup>149</sup> Као позитивно право, оно не мора свуда да важи, јер је законски установљено.<sup>150</sup> То људско право може да буде чак неправедно и тиранско, нарочито када се законом назива очигледна самовоља владара.<sup>151</sup>

Једину новину после Платона и Аристотела представљају мање-више успешне разраде њихових поставки. *С*тoици, почевши од Епикура до римских правника-практичара, истицали су да вечни закони делују као судбина, да су природни закони мерило позитивних закона, да је велика она држава са једним устројством и једним законом. Идеал је био да се такав закон поистовети са морално-правним законом, који се код Епикура, Сенеке и Марка Аурелија изједначава са постизањем блаженог живота.

У римској правној науци, проблем одређивања права је разматран више прагматично него етички. Римљани су се задовољавали преузимањем и дограђивањем хеленске традиције. Ипак, Цицерон је сматрао да поред „закона који владају људима“ (*ius*), постоје и „вечни закони“, и „природни закони“ (*lex aeterna* и *lex naturae*) који су исти, јер се, по њему, Бог и природа подударају. Тој разлици је прилагођено схватање јуриспруденције, која је већ за Улпијана (*Domitius Ulpianus*) била познавање о ономе што је праведно и неправедно. Међутим, и за Улпијана и за друге римске правнике, „закон важи јер тако хоће владалац“ (*Quod principi*

148 Платон, *Закони*, 146, 314. Упор. Б. Расел, *Историја западне цивилизације*, 119–162; А. V. G. Sabine, *A History of Political Theory*, London 1938, 72 и даље.

149 Љ. Тадић, 37.

150 Аристотел, *Метифизика*, Београд 1960, 297.

151 Аристотел, *Полијика*, Београд 1980, 5.

*placuit, legis habet vigorem*), јер „владалац је слободан од законске одговорности“ (*Princeps legibus solutus est*).<sup>152</sup>

У VI веку цар Јустинијан I (*Iustinianus Flavius Anicius*) је у *Corpus iuris civilis*, и то у *Digesta*, природно право одредио као оно чему је природа научила све животиње, а „*ius gentium*“ (право народа) као оно које користе сви народи. То је према Јустинијановом чувеном закону значило да и ропство представља део *ius gentium*-а, иако је противно природи, јер се као његов део налази код свих народа. Упркос томе, наведена дефиниција природног права, насупрот другим, нема никакву филозофску важност или непосредан практичан значај, што не значи да је била лишена снажног емоционалног набоја. Она је усвојена како би се одрекао значај природном праву, јер је за римске правнике природно право одувек било „*облик позитивног права, а не идеал права, или њранаца ваљаности позитивног права*“.<sup>153</sup>

Интересантно је да у античкој Грчкој и античком Риму нема ни трага одрицању послушности заповестима позитивних закона због њихове очигледне неправедности или несагласности са природним законима. Изгледа да је у свести античких народа била дубоко усађена идеја о потреби поштовања закона. Захваљујући Платону, непролазним сјајем је обасјано сећање на Сократову жртву 399. године пре н. е., када се покорио неправедној пресуди, сматрајући то мањим злом од непоштовања важећих закона.<sup>154</sup> Ту идеју о обавези строгог поштовања закона могуће је другачије објаснити подсећањем на чувену Антигонину реченицу из истоимене Софоклове драме, по којој, поред људских закона, постоје и вечни, независни од свести и воље људи закони који су изнад људских закона, природни закони којима се збиља треба покоравати.<sup>155</sup> Реченом треба додати супротно: да ни тада није било непознато да „мали преступник (*aidikos*), који је само једном украо бива строго кажњен, а велики може да учини све неправде, али свагда некажњено и у своју велику корист“ (Тразимах), и све то сагласно са изреком „Гаврановима се прашта, голубови се стављају на муке“ (*Dat veniam corvis, vexat ceasura columbus*).<sup>156</sup>

152 Ulpianus, *Digestae*, 1, 4. 1. Вид. Јустинијанова Дијекста, Београд 1997.

153 Љ. Тадић, 46.

154 Вид. Ђ. Шушњић, *Сократи. Животи за истину*, Београд 2003.

155 Г. Фасо, *Историја филозофије права*, 24–25.

156 Нав. према: Љ. Тадић, 33.

## 1.2. Црквено природноправно учење

На развалинама западног дела Римског царства и у времену када је стара световна власт владара готово ишчезла, хришћанска црква – као њена теократска замена и једини наследник – постаје стварни покретач и носилац духовне и световне власти, способан да развије и наметне властити теолошко-филозофски поглед изложен на догматичан начин. Важан део тог погледа представља црквено природноправно учење о божанском природном праву чији је циљ да разреши проблем човековог места у свету и друштву, и, с тим у вези, однос природног и позитивног права.

У најважнијим списима право се посебно не помиње, иако је готово стално присутно у *Сћаром* и *Новом завету* и разрађено у за то посебно сроченим црквеним филозофско-правним списима. У раним списима католичких филозофа, држава и право се одређују као поредак „грешног стања“, а правда као религијско савршенство. Такво учење се постепено мења појавом *џаџприсџике*, од када су теолози (Јустин /*Justinus*/, Атенагора /*Athenagoras*/, Ориген /*Origenes Adamantius*/, Лактанције /*Lucius Caecilius Firmianus Lactantius*/) почели да преузимају и уграђују у теолошко учење духовно благо античког света не мењајући владајући црквени став да су филозофија и наука „слушкиње теологије“. Најистакнутије место међу њима припада *римокатоличким љприроднојравним* црквеним филозофима св. Августину и св. Томи Аквинском.

За св. Августина, највећег представника патристике, и право је еманација Божје воље, а не само држава. Оно треба да обезбеди слогу која се испољава као мир у друштву. У свом петокњижном делу *О божјој држави* (*De Civitate Dei*),<sup>157</sup> Августин износи идеју о постојању три врсте закона, односно права (чиме уводи тријализам уместо античког дуализма): божанских вечних закона (*lex aeterna*), природних закона (*lex naturae*) и позитивних закона (*ius positum*). То је нужно јер Бог више није природа, већ њен стваралац. Од вечних закона најудаљенији су позитивни закони за које Августин каже да су заједно са државом, власништвом и ропством настали из зла и насиља. Они су нелегитимни и неоправдани када су лишени правде. Такви закони државу претварају у „разбојничко удружење“ са којим морално ратују „Божја држава“ и „Црква“. И обратно, позитивни закони су легитимни и оправдани када се у

---

157 Вид. А. Augustin, *О божјој држави*, Zagreb 1982, 17–24.

њима одражава божанска праведност која се огледа у отварању ка Богу и стапању са Божјом државом.<sup>158</sup>

Скоро осам векова после св. Августина, тежак задатак да помири хришћанску доктрину са потребама државног и правног поретка најуспешније је решио св. Тома Аквински. Био је најпознатији ученик Алберта Великог (*Albertus Magnus*), немачког теолога и филозофа из XIII века који је допринео продору античких грчких идеја и учења, а нарочито увођењу Аристотелове филозофије у схоластичке наставне курсеве на Сорбони 1250. године. На духовном трагу свог учитеља, Аквински је у свом делу *Summa theologiae*<sup>159</sup> успео да „теологизује“ Аристотелово учење и „аристотелизује“ црквено учење. То је учинио напуштајући рану хришћанску сумњичавост према држави и праву, а затим и античко римско схватање закона као воље владара. Усвајајући Аристотелово схватање закона као средства разума за остварење доброг живота у заједници и Августинову троделну поделу закона, он је класично схватање права прилагодио новим интересима и потребама хришћанске доктрине. По њему, универзум представља поредак (*ordo*) који је уређен на хијерархијски, ступњевит начин, способан да се хармонично изграђује. Саставни део те слике чине вечни закони (*lex aeterna*). Они су оличење божанског разума који сврховито управља свиме што постоји. Вечним законима су подређени природни закони (*lex naturalis*) који представљају „учествовање рационалног створења у вечном закону“. Њихово основно природноправно правило гласи: „Чинити добро, избежавати зло“ (*Bonum faciendum, malum vitandum*), док су остала природноправна правила рационално изведена и усклађена са овим основним правилом. Постоје и људски закони (*lex humana*) који су садржани у позитивном или државном праву (*ius positum*).<sup>160</sup> Људски закони, под условом да полазе од природног закона, настају људском вољом, дедукцијом из природног закона (*per modum conclusionum*: нпр., сви људи су рођени једнаки) или допуњавањем општих природних норми (*per modum determinationis*: нпр., ко чини зло, треба да буде кажњен).

Аквински своју замисао универзалног поретка ипак не апсолутизује, већ релативизује. Будући да природни закони нису довољни да уреде живот у заједници, постоје људски закони који се тако примењују да „конкретизују“ природне законе. Они се деле

158 Р. Лукић, 179.

159 Т. Aquitanus, *Summa theologiae*, Zagreb 1980, 43–49.

160 Т. Akvinski, *Država*, Zagreb 1990, 96–97.

на опште (*lex generalis*) и специјалне (*lex specialis*). Прве поставља законодавац, а друге судија. То је сасвим у складу са идејом да је боље оставити прописивање људских закона законодавцу него судијама. Они који „доносе законе посматрају на основу дугог искуства оно што закон треба да садржи, док су пресуде о појединачним чињеницама изазване случајевима који су искрсли изненада“. <sup>161</sup> Ипак, људски закони су обавезни само када су праведни, тј. у складу са природним и божанским законом. Када то није случај, када закони покажу своју немоћ да остваре постављени циљ или када „прекорачују овлашћења“, тада треба одступити од таквих закона јер су они „више насиље него закони“. Ипак, „не припада било коме да цени шта је корисно за закон а шта не“. То је посао само владара „који имају, управо због таквих случајева, да ослободе од примене закона“. <sup>162</sup>

Природноправно учење св. Томе Аквинског задржало се у римокатоличкој правној доктрини све до нашег доба као „вечна филозофија“ („томизам“), али оно постоји и у савременим новосколастичким природноправним учењима (Мишела Вилеја / *Michel Villey*/, Џона Финиса / *John M. Finnis*/, Алфонса Боастела / *Alphonse Barthélemy Martin Boistele*/, Виктора Катрајна / *Victor Cathrein*/, Жоржа Ренара / *Georges Renard*/ или Жака Леклерка / *Jacques Leclercq*/). <sup>163</sup>

У исто време, а после пада Западног римског царства 476. године, центар духовног живота се пресељава у Ромејско царство. У њему се несметано развија љравославна црквенољравна филозофија и теорија до пада Цариграда 1453. године. Од тада се духовно наслеђе Ромејског царства пресељава у Западну Европу. Најважнију филозофску тековину представља неоплатонистички прожет исихазам, док су најистакнутији представници св. Василије Велики, св. Григорије Богослов, св. Јован Златоусти, Максим Исповедник и загонетни мислилац Дионисије Ареопагита.

Упоредо са римокатоличком природноправном теоријом, од XVI века се на тлу Западне Европе развија љрошестанљиска љприроднољравна теорија, чији су главни представници Мартин Лутер, Хулдвајх Цвингли (*Huldreich Zwingli*), Жан Калвин (*Jean Calvin*), Филип Меланхтон (*Philipp Melancthon*) и други. <sup>164</sup> Све њих није толико покретала потреба за утврђивањем слободе

161 Нав. према: Р. Лукић, 204.

162 Т. Аквински, *Država*, 97.

163 Г. Вукадиновић, *Теорија љрава II*, Нови Сад 2002, 50 и даље.

164 Љ. Тадић, 65–68.

„човека као таквог“, колико религијска потреба за слободом „човека као хришћанина“. Ту слободу схватили су као слободу од греха, а не као слободу у политичком и правном смислу од ауторитета и власти. По њима, правда до човека стиже из саме вере, док је свет закона „свет греха“. Хришћани сами „примењују доброту и правду много више но што их томе могу научити сви закони заједно, па немају потребе да имају законе или право за себе“.<sup>165</sup> Одбијајући поштовање закона и дајући предност посланицама св. Павла над важећим законима, они су пропустили прилику да у средиште хришћанског схватања етичког живота поставе човека као аутономну стварност и апсолутну вредност. Уместо њих, то су касније учинили представници рационалистичких природноправних теорија.

### 1.3. Василике у Ромејској држави и покрет монархомаха у Западној Европи

На самом почетку треба истаћи да је израз „Романија“ (или „Ромеја“) или „Романијско“ (или „Ромејско“) царство прави назив за некадашње Источно римско царство које је трајало од 330. до 1453. године. Када се мисли на државу, каже се Романија, а када се мисли на њене становнике – Ромеја. Настао је од директног превода латинских речи „Imperium Romanorum“ („Римско царство“). Израз „Византијско царство“ (или „Византија“), потпуно је био непознат његовим становницима и хроничарима. То потврђују сачувани извори који искључиво говоре о Ромејима, а не о Византинцима. Израз „Византија“ први пут се сусреће у XVI веку, 1577. године. Користио га је немачки историчар Хероним Волф у свом делу *Corpus Historiae Bizantinae*. Потиче од речи „Византион“, имена малог месташца (сеоцета) на Босфору, на чијим је темељима 330. године Константин Велики подигао престоницу Источног римског царства – град Константинопољ. Од тада је израз Византија некритички прихваћен и коришћен да би се потиснуо прави назив, пре свега у корист тзв. Светог римског царства (*Holy Roman Empire*, 962–1806). Дакле, у средњовековној Ромејској држави се развој правне мисли, па тиме и правног учења, одвијао на темељима Јустинијанове кодификације и римско-грчке правне традиције, више захваљујући вољи византијских владара него моћи и убедљивости црквених отаца. Будући да се захваљујући теорији симфоније знало шта ко треба да ради у држави, византијски цар Василије I, оснивач

---

165 Нав. према: Г. Фасо, 213.

Македонске династије, подстакнут потребом да обезбеди правду за све и заштити поседе ситних земљопоседника, поставио је у IX и X веку посебну комисију са задатком да изврши поновну кодификацију и ревизију важећег права. Његов посао наставио је нови византијски цар Лав VI Мудри. Кодекс од 60 томова који је добијен овим радом, написан је на грчком (званичном језику Царства од VIII века) и познат је као *Василике*. Постао је основ средњовековног ромејског права, али сасвим постепено, јер је требало да прође доста времена док је сасвим потиснуо Јустинијанов законик.<sup>166</sup> Тако је било до пропасти Источног римског царства, када се духовна и световна премоћ премешта на тло Западне Европе.

У позном средњем веку се у Западној Европи појавио *покрејџ монархомаха* (бораца против монарха). Срж овог покрета чинила је идеја одбране од владарске самовоље и злоупотреба. Монархомаси су се политички залагали за ограничавање владарске власти. Њихово учење су касније прихватили идеолози грађанске класе. Ипак, покрет монархомаха је значајнији због тог прихватања него по свом програму и практичним резултатима борбе. Најпознатији припадници овог покрета: Франсис Хотман (*François Hotman*), Стефан Јуније Брутус (*Stephanus Junius Brutus*) и Џорџ Бјукенен (*George Buchanan*), тиранију су сматрали неспојивом са владавином закона. Закони постоје да би их краљ извршавао, па народ има право на побуну против владара који не поштује законе. У свом делу *Franco-Galia* Хотман истиче да власт француских краљева потиче од народа и да владар мора да поштује законе створене народном вољом, док Брутус у свом познатом спису *Одбрана од тирана* (*Vindicae contra tyrannos*) указује на уговорни карактер владарске власти и такође заговара право народа да пружи отпор владару који крши законе. Говорећи о Брутусовом делу, Љубомир Тадић примећује: „Власт није достојанство већ терет, није имунитет него служба, није доколица већ дужност и позив.“<sup>167</sup> У исто време када је штампана Брутусова књига, објављено је и дело Џорџа Бјукенена *О краљевској власџи код Шкоџа* (*De iure regni apud Scotos*), у коме се такође истиче да је тиранија неспојива са владавином закона. Када тиранија постоји, тада је оправдано тираноубиство, јер је „боље живети у друштву где влада безакоње, него у ономе у коме је све допуштено“. Монархомасима је блиско учење калвинисте и хуманисте Јохана Алтузија (*Johanes Althusius*), које такође садржи елементе каснијих уговорних теорија.

166 *Рани средњи век*, Београд 1976, 132.

167 Љ. Тадић, 69.

#### 1.4. Рационалистичке природноправне теорије

Црквена природноправна теорија, подржана учењем о божанском природном праву, била је владајућа све до XIX века, али већ од XVII века не више као теолошка доктрина. До таквог преокрета је дошло захваљујући политичко-правним мислиоцима који су живели у позном средњем веку, али су духовно припадали грађанској мисли. Као претходници и гласници бурних политичких догађаја и потреса, а често и као њихови духовни оци, они су одлучујуће утицали на обликовање новог погледа на човека и његово место у свету. У средишту тог новог интересовања владају идеје рационализма, индивидуализма и интеграције. Захваљујући томе, створена је нова либерална и револуционарна идеологија изложена у облику рационалистичких природноправних теорија којој је са претходним природноправним теоријама заједничко само уверење о потреби постојања једног поретка универзално важећих правила која су надређена правилима националних поредака.

Рационалистичке природноправне теорије извором природног права сматрају људски разум који самостално открива правила која омогућавају људску слободу и срећу у друштву. Та особина је заједничка свим рационалистичким природноправним теоријама независно од њихове либералне или конзервативне усмерености. Другу њихову важну особину представља истицање да сви људи располажу урођеним и неутуђивим природним правима која не зависе од воље земаљских законодаваца. У та урођена и неутуђива права спада и право грађана на постављање носилаца државне власти. Најзад, трећу важну особину ових теорија представља право народа на отказивање послушности неправедним законима и властима које их доносе. То право, подржано учењем о неутуђивим природним правима, постоји само у оним демократским рационалистичким природноправним теоријама које у средиште политике и права постављају човека-појединца, а не заједницу или божанство, и тако ослобађају спутану људску индивидуалност.

Идеју о људском разуму као извору природног права развио је оснивач природноправне школе Хуго Гроцијус (*Hugo Grotius*). Он је у свом најважнијем делу *О људском праву и мира* (*De iure belli ac pacis*) суштину природних права засновао на метафизички непроменљивом појму правде сагласне људском разуму. Такође, Гроцијус је први одредио чврсте, природно објективне и световне темеље међународног права у коме је видео јемство мира међу тадашњим европским народима. Он доказује да, поред принудних

правила сваке државе, постоје и универзално важећа начела праведности (поштовање власништва, *pacta sunt servanda*, кривична одговорност, природно људско братство, праведни одбрамбени рат, слобода пловидбе морем итд.), која извиру из разума човека као бића са урођеном потребом за удруживањем. Та универзална правила ума постојала би и важила чак и када Бога не би било. Помоћу тих универзалних правила и природног права као основне норме Гроцијус је учврстио грађанско друштво давши нову снагу позитивном праву.

Поред Гроцијуса, овом природноправном правцу су припадали и други познати мислиоци. Један од њих, Барух де Спиноза (*Baruch Benedictus de Spinoza*) моћ права је везивао за моћ и ауторитет државе, јер држава има само онолико права колико има моћи. Стање у коме се не поштују закони мало се разликује од природног стања, истицао је Спиноза. Право и законитост потичу из људске воље и служе остварењу мира и безбедности. Они су израз „јединствене самозаконитости“.<sup>168</sup>

И Самуел Пуфендорф, у чијем учењу има доста испреплетаних идеја Гроцијуса и Хобса, основ природног права је налазио у људском удруживању као последици божје воље која људе обавезује на друштвени живот. Суштина тих природних права дата је у разуму, чији је основни захтев миран и слободан живот. Ипак, Пуфендорф је сматрао да природно право не може да буде спроведено без власти и позитивног државног права које „ступа“ на место природног права.

Док је Пуфендорф у свом учењу раздвојио сферу права од сфере теологије, један други Немац, Кристијан Томазије (*Christian Thomasius*), раздвојио је сферу права од сфере морала, дајући предност пракси над теоријом. По њему, моралу је својствена унутрашња дужност (савест), а праву спољашња обавеза. Та обавеза важи и за државу која мора имати *правом* ограничену власт, што значи да мора избећи сваку принуду у области савести.

Истом правцу припадао је и Кристијан Волф (*Christian Wolff*), по коме право истовремено има божански и метафизички рационалан основ. Будући да природни закони обавезују људе у погледу сврхе њиховог деловања, људи имају право на коришћење средстава којима ту сврху могу да испуне. То средство Волф проналази у позитивном праву, чији је задатак да обезбеди да систем права истовремено буде сагласан са природом ствари и природом човека.<sup>169</sup>

---

168 Вид. Б. де Спиноза, *Политички трактати*, Београд 1960.

169 Упор. Љ. Тадић, 78–80, 85–86, 93–95; N. Visković, 99–101; Г. Вукадиновић, 179–183.

## 1.5. Уговорне природноправне теорије

Иако је идеја друштвеног уговора била позната већ грчким софистима, може се сматрати да рационалистичке природне теорије представљају засебну групу теорија. У њима се нарочито истиче идеја природних, урођених и неотуђивих људских права која укључују идеју о праву народа на побуну. Њихови најпознатији представници су Томас Хобс, Џон Лок и Жан-Жак Русо. Међутим, само је Томас Хобс из друштвеног уговора развио теорију државног апсолутизма по којој се закони заснивају на моћи и ауторитету државне власти. Карактеристична је његова мисао да „Закони нису закони стога што су праведни, истинити и разборити, већ услед моћи и ауторитета власти који стоје иза њих, услед заповести и воље који чине њихову снагу“ (*auctoritas, non veritas facit legem*).<sup>170</sup>

За разлику од Хобса, Лок и Русо су развили демократску теорију о модерном ограничавању државне власти (Лок) које укључује легитимно право народа на побуну (Русо).

Џон Лок је позитивне законе одређивао као средства којима се учвршћују природни закони (*law of nature*) и ограничава државна власт. Влада и власт нису сами себи сврха, већ средства за остварење човекових права, слобода и стваралачких могућности. То је према Локу разлог успостављању влада. Политичка власт мора да буде ограничена природним законима и постојећим правом, јер само ограничена власт може да поступа законито. Никакво тело, ни појединац ни скупштина, не могу да поступају другачије него као ограничена власт у служби општег интереса и интереса човека као субјекта природних права. Али, власт мора да буде и подељена, дакле, опет ограничена, раздвајањем извршне власти од законодавне и проглашавањем парламента за врховни државни орган. Због таквог положаја законодавне власти, истицао је Лок, позитивни закони морају да буду општи и извесни.<sup>171</sup> Својом тврдњом да у природном стању није било власти, али да је било права, Лок је постао далеки родоначелник савремених социолошких теорија које припадају правцу тзв. неетатистичког или социјалног плурализма.

Такође полазећи од друштвеног уговора који склапа свако са сваким, стварајући на тај начин заједницу у којој сваки члан постаје њен саставни део, Жан-Жак Русо је закључио да човек ост-

---

170 Т. Хобс, *Левитајан*, 151–152.

171 Џ. Лок, *Две расправе о влади*, II, 75–82, 122–123.

варује своју друштвену слободу само зато што слуша законе који су израз опште воље. Друштвена слобода почива на свести о солидарности чланова и њиховој једнакости, док закони почивају на нужности и покоравану појединаца. Законито поступају и легитимни су они државни органи који поштују и примењују законе. Када то није случај, Русо из кршења закона изводи право народа на побуну.<sup>172</sup> Народ добро чини док се покорава, али чини још веће добро ако може да збаци јарам моћника.<sup>173</sup>

## 1.6. Немачки правни идеализам

Трагање за стварним људским ослобођењем представљаће у току и непосредно после изведених грађанских револуција трајну преокупацију најзначајнијих правних и политичких мислилаца у чијим су учењима појмови друштвеног уговора и нације, као историјски утемељене заједнице, потиснули нешто старија легитимистичка и индивидуалистичка учења. Посебно место припада немачким идеалистима Имануелу Канту и Јохану Готлибу Фихтеу.

Имануел Кант је човекову слободу проглашавао основном вредношћу. Човек је као природно биће неслободан, јер је ограничен деловањем објективних природних закона. Али, као духовно биће, човек је своје властито дело, односно слободан је. Он своју разапетост између природног и духовног решава проглашавањем слободе за основну вредност. Али та слобода није самовоља, већ *лејалиијет*, тј. човеково спољашње деловање сагласно општем закону. Једино такво понашање може да буде предмет права које штити поредак у коме је сваком зајемчено „Моје“ и „Твоје“.<sup>174</sup> Из тога Кант закључује да појединцима само у *грађанском јоретику*, у коме је осигурано „сваком своје“, могу да буду обезбеђене слободе, јер су сви „под постојећим јавним законима слободни и једнаки“.<sup>175</sup> Свако нарушавање закона и неовлашћено присвајање својине представља повреду утврђеног правног стања. Насупрот легалитету, *моралиијет* представља деловање човека у складу са законом због самог закона, због његове умности. У Кантовом учењу, као што може да се примети, легалност и моралност су усредсређене у појму слободе којој су супротни безакоње, терор и деспотија. Кант је био њихов непомирљиви противник.

172 Ж.-Ж. Русо, *Друшћивени уговор*, 9, 46–47.

173 *Ibid.*, 47.

174 И. Кант, *Метифизика ћугорећа*, 32.

175 *Ibid.*, 119.

Везу слободе и легалности поставио је у средиште свога учења и Јохан Готлиб Фихте. По њему, основ сваке слободе почиња на појединчевој неутуђивој индивидуалној слободи. Та слобода је основ његове политичке слободе. Зато појединци живе у заједници и самоограничавају се како би уопште била могућа слобода других. То међусобно самоограничавање личне слободе у име слободе свих представљало је за Фихтеа разумну логичку границу. Она се одређује законима који су израз општег пристанка индивидуалних воља и зависе од слободе појединаца да се одређују. Такви закони треба да су практично усмерени. Њихова нарочита вредност састоји се у стварању државе као „осигуравајуће силе“, која треба да обезбеди правну заштиту грађанима и позива на одговорност сваког члана који прекрши преузете обавезе. Држава то и чини, јер је сила која одавно превазилази пуку сагласност појединаца.<sup>176</sup>

Главне идеје природноправних филозофа-рационалиста и идеалиста уграђене су у прве политичке и правне документе младих грађанских држава као што су Agreement of People, Body of Liberties и Law of Liberties, а касније, Bill of Rights државе Вирџиније од 12. јуна 1776. године, Декларација о независности Сједињених Америчких Држава од 4. јула 1776. године и Декларација права човека и грађанина из 1789. и 1793. године. У члану 3. Декларације из 1789. године стоји: „Сви су људи једнаки пред законом и природом“, а у члану 8: „Законом се могу установити само казне које су очигледне и строго потребне; нико не може бити кажњен осим на основу закона који је донет и проглашен пре извршеног кривичног дела и који је законито примењен.“ У истом духу формулисани су и други чланови Декларације: „Слобода се састоји у могућности да се чини све оно што не шкоди другоме; вршење природних права сваког човека нема граница осим оних које обезбеђују другим члановима друштва уживање истих таквих права. Ове границе могу бити одређене само законом“ (члан 4); „Закон је израз опште воље. Он мора бити исти за све, било да штити, било да кажњава“ (члан 6); „Закон има право да забрани само радње штетне за друштво. Све оно што није забрањено законом не може бити спречено, а нико не може бити принуђен да чини оно што закон не наређује“ (члан 5) итд.<sup>177</sup> Те идеје данас

---

176 Вид. Ј. Г. Фихте, *Зайворена њировачка држава*, Београд 1980; Ј. Kolaković, *Historija novovjekovnih političkih teorija*, Zagreb 1976.

177 Вид. *Темељи модерне демократије. Избор декларација и њовеља о људским њравима (1215–1989)*, 83–141.

чине основни садржај Универзалне декларације о људским правима Уједињених нација из 1948. године или Повеље о основним правима Европске уније, донете у Ници 2000. године.

### 1.7. Препород природног права

Препород природног права, после „одмора“ у XIX веку, први је почетком XX века (1910. године) најавио Француз Жозеф Шармон (*Joseph Charmont*), који о природном праву каже: „Идеја природног права, према томе, заснована је другачије него што је то било раније. Она се сада ослања на другачију основу. Истовремено, доживљава и неке трансформације. Измирује се са идејом еволуције (неохегелијанске и историјске) и идејом корисности (утицај Јеринговог социјалутилитаризма). На тај начин губи свој апсолутни и ригидни карактер. Добија само променљиву садржину (неокантовска концепција) јер узима у обзир међусобну зависност индивидуалног и целине (позитивистичка концепција). Такође, тежи да измири индивидуалну свест и право, уместо да их супротставља једно другоме. Овако трансформисан јуридикчки идеализам није ослабљен. Напротив, појачан је и проширен.“<sup>178</sup> Ипак, тек после Другог светског рата, и то због почињеног греха „законског неправда“ под Хитлеровом влашћу, прво у Немачкој долази до препорода идеје природног права у облику идеалистичких природно-правних теорија или теорија о „природи ствари“. Првој варијанти природноправних теорија припадају *идеализам новокантовог оријентације* (Карл Енгиш /*Karl Engisch*/) и *културалистички идеализам* са својим подврстама (*ајсолућни* културалистички идеализам: Хелмут Коинг /*Helmut Coing*/, Ханс Велцел /*Hans Welzel*/, и *историјски* културалистички идеализам: Едуард Шпрангер /*Eduard Spranger*/, Хајнрих Митејс /*Heinrich Mitteis*/).<sup>179</sup> Другој варијанти припадају теорије о „природи ствари“ (*Natur der Sache*), надахнуте реалистичким настојањима и усмерене ка истраживању „природе ствари као животном стању“ (Густав Фешнер /*Gustav Theodor Feschner*/, Вернер Мајхофер /*Werner Maihofer*/).<sup>180</sup> До препорода идеје природног права ускоро долази и у другим европским државама.

178 J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Paris 1910, 217–218. Нав. према: Р. Паунд, *Јуриспруденција*, I, Београд – Подгорица 2000, 96. Упор. Г. Вукадиновић, Р. Степанов, 185; Т. Живановић, III, 537.

179 Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 185.

180 Вид. А. Кауфман, *Право и разумевање права*, Београд – Ваљево 1998, 283 и даље.

Важна заједничка одлика *савремених природноправних теорија* јесте наглашавање односа форме и садржине, с једне, и суштинне и циља права, с друге стране. Такође, у њима се јасно разликује природноправно учење као идеологија од природноправног учења као опште теорије права. Најзад, у свима њима је наглашена нужна веза ауторитета, слободе, права на отпор, дужности на послушност итд., са моралом. То је чињено или поновним разматрањем и тумачењем старијих природноправних учења, или, ређе, стварањем мање-више оригиналних природноправних учења.

Када је реч о *разматрању и тумачењу старијих природноправних теорија*, запажено место припада Французу Мишелу Вилеју,<sup>181</sup> у чијем је учењу наглашено окретање коренима европске цивилизације: грчкој филозофији, римском праву и хришћанској религији. Из тог споја проистекло је једно оригинално тумачење Аристотелове филозофије (*Никомахова етика*), римске јуриспруденције (*Digesta*) и сколастике Томе Аквинског (*Summa theologiae*), као и једно природноправно схватање о идентитету правде и права, тј. природног права као „обновљене филозофскоправне доктрине“. За Вилеја, право представља „истраживачки подухват, тј. аутономну вештину трагања за правдом“, али и „ситуацију у којој је праведно решење правника преточено у стварност“. Према већини савремених француских правних филозофа (нпр., Франсоа Тере /*François Terre el*), основно обележје Вилејевог учења чини истрајавање на дијалектичкој димензији права и оданости дијалогу, привржености правди („дијалектичка аргументација пред судом не води нигде ако није од самог почетка усмерена ка правди“) и процесима обнове места и улоге универзалних вредности садржаних у појму права. Вилејев подухват да идеју права одреди као „вештину трагања за посебном правдом у случајевима деобе добара и дужности између припадника исте политичке заједнице“ можда понајбоље илуструје његова крилатица: „Натерајмо себе да поново пронађемо природно право“, јер „природно право не може бити мисао ма којег времена, она је филозофија права само оних епоха у којима се право развијало“.<sup>182</sup>

Идеју рационалног природног права у првим деценијама ХХ века проносили су и популарисали Рудолф Штамлер, Ђорџо Дел Векио (*Giorgio Del Vecchio*) и Ернст Блох (*Ernst Bloch*). Нарочито је занимљиво Штамлерово учење, у коме се излаже идеја природног права променљивог садржаја, чиме је природноправни поредак

181 Вид. М. Villey, *Philosophie du droit*, Paris 2001 и *Pravo i prava ђovjeka*, Zagreb 2002.

182 М. Villey, *Les Carnets*, 36/XV, 18/XIII.

„историзован“ и одређен као формално непроменљива и универзална идеја о заједници слободних људи, али са садржајима или правним идеалима који нису исти у различитим епохама људског друштва. Интересантно је и Блохово учење, које се може схватити као својеврстна врста протеста. Смисао тог протеста је да се идеја природног права заснованог на људском достојанству мора уважавати чак и у марксистичкој теорији и пракси, чији је био припадник и надахнути критичар.<sup>183</sup> Најновији покушај релативизовања природног права представља учење Мајкла Волзера (*Michael Valzer*), по коме природно право у крајњем зависи од културног миљеа друштва у коме постоји и развија се, а не од епоха у којима је постојало и развијало се.

Савремена правна филозофија и теорија показале су велико интересовање за разматрање старих и стварање *модерних уговорних теорија* (Роберт Нозик /*Robert Nozick*/, Отфрид Хефе /*Otfried Höffe*/, Лон Фулер и други). Најпознатија је савремена уговорна теорија Џона Ролса. У свом најпознатијем делу *Теорија правде*, Ролс „уговорност“ одређује као погодан метод за одређивање начела правде. Правда, истиче Ролс, може да се утврди само уговором. Тај уговор је релативан и хипотетичан, јер проистиче из „првобитног положаја правичности“. Њега Ролс одређује коришћењем појмова „интуитивне идеје слободе и једнакости“, које затим повезује са склапањем новог уговора који је резултат „компромиса“. Тај уговор је резултат једногласног прихватања од стране „незаинтересованих рационалних појединаца“, под условом да они „свесно бирају из положаја правичности“. У складу са тим, правду чине она „правила друштвене сарадње око којих ће рационални уговарачи који размишљају иза вела незнања постићи сагласност“.<sup>184</sup> А затим, „чим се склопи првобитни уговор и уклони вео незнања, људи више нису у положају узајамне незаинтересованости. Разлог зашто им се допушта да следе своје себичне интересе, и ништа друго иза вела незнања, јесте то што тај вео намеће индивидуалне изборе на такав начин да се осигурава задовољење *основних захтева правичности*, ма какве биле одлуке оних који бирају под условом да су рационалне“.<sup>185</sup> У тако створеном друштвеном стању, сматра Ролс, склапање неког новог уговора међу људима може да се постигне само њиховим „погађањем“ и „консензусом“, под ус-

---

183 Вид. Е. Блох, *Природно право и људско достојанство*, Београд 1977.

184 Нав. према: Ј. Киш, „Предговор“, у: Џ. Ролс, *Теорија правде*, Београд 2002, 11, 14.

185 Џ. Ролс, 134.

ловом да се уважавају „три одвојене норме“ којима се регулишу институције *праведној друштва*: норме „највеће могуће једнаке слободе“, норме „правичне једнакости прилика“ и норме „давања првенства најсиромашнијима (*начело разлике*)“. Ролс сматра да на тај начин „правда постаје прва врлина друштвених институција“ тзв. праведног друштва.<sup>186</sup>

Ролсово схватање правде је изазвало оправдане критике. Поменути Мајкл Волзер, прво настављач а затим критичар Ролсових и Дворкинових идеја, полазећи од друштвеног плурализма као основног подручја социјалне правде, оспорава Ролсове тврдње истицањем да појединци нису само изоловани примарни субјекти, као што сугерише Ролс, и тврди да схватање правде зависи од историје и културе сваког друштва.<sup>187</sup> Али, најозбиљнији критичар Ролсовог учења је Амартја Сен (*Amartya Sen*). У свом делу *Развој као слобода*, он не само што критикује Ролсово схватање дистрибутивне друштвене правде, јер таква правда наводно има као циљ уравнотежено расподељивање ресурса и добара, већ и Ролсово занемаривање етичке човекове димензије, јер се човек не своди само на интересе и њихову сврху. Ролс не води рачуна ни о околностима у којима појединац живи, истиче Сен: нпр., једно је било некад имати бицикл у Кини, а друго у земљама високог стандарда.<sup>188</sup> Суштина је у следећем: није потребно да знамо шта је правда да бисмо препознали неправду.

## 1.8. Савремена природноправна учења

Када је реч о стварању мање-више оригиналних природноправних учења, најизразитији представници тог новог природноправног мишљења су Густав Радбрух са теоријом права као оличењем идеје правде, Роналд Дворкин са теоријом судског одлучивања, Џон Финис са теоријом супстантивног природног права и Лон Фулер са процедуралном природноправном теоријом, уз поменутог Џона Ролса. Свима њима и многим другим, заједничко је враћање природноправној идеји и настојање да се превлада јаз између природног и позитивног права. Њихови подухвати нису некакав „трећи пут“, већ „нов покушај“ да се после одмора у XIX, а делимично и у XX веку, на задовољавајући начин реши очигледан

---

186 Ј. Киш, „Предговор“, 21.

187 М. Волзер, *Погручје правде*, 16–19 и даље.

188 А. Сен, *Развој као слобода*, Београд 2002, 521–524 и даље.

дуализам природног и позитивног права њиховим системским и практичним довођењем у склад, све то са надом да ће врхунски појам права бити коначно расветљен.

Правна филозофија Густава Радбруха, првобитно члана неокантовског „баденског круга“, а касније једног од најоригиналнијих правних мислилаца XX века, изложена је у његовом најпознатијем делу *Филозофија њрава (Rechtsphilosophie)*.<sup>189</sup> У њему, као и у својим другим радовима, Радбрух „надвисује“ супротстављене позиције природног и позитивног права (јуснатурализма и јуспозитивизма) и усредсређује се на три главне теме: „појам права“, „идеју праведности“ и теорију о „законском неправу и надзаконском праву“.

За Радбруха, право представља стварност која треба да служи идеји права као вредности. Она се састоји из идеја правде, сврсисходности и правне сигурности као посебних вредности. Правда се огледа у „једнаком поступању са једнаким“, сврсисходност (према којој се утврђује садржај права) у оном „што користи народу“, а правна сигурност у позитивности права и искључењу произвољности приликом његовог стварања и примене. Те три идеје су међузависне и налазе се у променљивој равнотежи у Радбруховом учењу, заједно творећи „приближно право“ као један „отворен систем“.

Интересантна је еволуција Радбрухових ставова. У својим ранијим радовима (до 1936. године), Радбрух је предност давао правној сигурности, да би касније, поучен страхотама националсоцијализма, пред крај живота у својим можда најважнијим радовима (од 1945. до 1949. године) предност дао правди. Створивши оригинално учење као млад филозоф о троједном у праву (на трагу Кантове идеје о тројству државне власти), он је своје учење пред крај живота фино подесио у корист правде. По њему, идеја права не може да буде ништа друго него правда, док правна сигурност, као посредник између правде и сврсисходности, постоји само када право регулише једнако поступање са једнаким. То је због тога што свако право, да би постало вредност, мора да оваплоти барем један „минимум правде“. Тек као вредност, право припада култури, постаје културна појава, стварност чији је смиао да служи праведности.<sup>190</sup>

---

189 Вид. Г. Радбрух, *Филозофија њрава*, Београд 1980 (1999).

190 *Ibid.*, 38–39.

Друга главна тема у Радбруховом учењу односи се на садржаје праведности, а решава помоћу надемпиријске „идеје сврхе“. Праведност не може да се одреди само помоћу једног формалног начела једнакости, већ је потребно да се одреди и једно друго, садржинско начело, које је релативно. Приликом његовог избора на располагању су само три највише вредности права: индивидуалистичке (човекова личност, *индивидуалне вредности*), наиндивидуалистичке (колективна личност, *колективне вредности*) и трансперсоналне (људска дела, *вредности дела*). Од избора једне највише правне вредности зависи како ће садржински бити одређено начело праведности. Радбрух сматра да тај избор може да се учини само ауторитативним путем, што је вероватно његова најслабија замисао и најслабији одговор. Може се запитати да ли праведност уопште може да се намеће, чак и поводом избора између три наведене вредности, или се она препознаје као нешто самоочигледно, чак и у судској одлуци?

На Радбрухов незавршени део учења о садржини правде надовезао се Артур Кауфман (*Arthur Kaufmann*), који је преиспитао и даље развио Радбрухове релативистичке ставове о правди, устврдивши да је идеја права као правде суштински иста са идејом човекове персоналности. Тиме је одговорено на Радбрухов проблем ауторитативног избора вредности, и то у корист индивидуалних вредности. Тиме је учињен логички исправан избор упркос томе што је познато да само логика није довољна за избор вредности које чине садржај материјалног појма праведности. Због тога се, оправдано, користи назив „Радбрух-Кауфманова теорија“.<sup>191</sup>

Трећа главна тема тиче се Радбруховог разликовања „законског неправда“ од „надзаконског права“. „Законско неправда“ не може да буде основ легитимности, јер када је право изопачено, тада основ позитивног права постаје „надзаконско право“.<sup>192</sup> О томе Радбрух каже: „Ни у ком случају право није оно што 'користи народу', него народу у крајњој линији користи само оно што представља право, што ствара правну сигурност и тежи за правдом када се чак и не тежи за правдом, када се једнакост, која чини језгро правде, приликом доношења прописа позитивног права свесно оспорава, онда закон није, рецимо, само 'неисправно право', он штавише уопште нема правну природу. Јер право, па ни позитивно право, не може другачије да се дефинише него као поредак и

---

191 А. Кауфман, *Право и разумевање њрава*, 285–287. Вид. *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*, vol. II, New York & London 1999, 475–476.

192 Г. Радбрух, „Законско неправда и надзаконско право“, у: *Филозофија њрава*, 287–289.

прописивање, одређени по свом смислу да служе правди.“ С друге стране, говорећи о позитивизацији права и правној сигурности као другој главној идеји у појму права, Радбрух истиче да право мора да буде законито. Оно мора што више да буде утемељено на чињеницама, а што мање на нашим властитим вредносним судовима. Чињенице које утемељују право морају исто тако да се установљавају лако и несумњиво, због чега морамо да се помиримо чак и са грубим поједностављивањима. Такође, позитивно право не сме лако и често да се мења. Систем теже и противтеже, подела власти, као и спорост парламентарног апарата у наведеном смислу, представљају јемства правне сигурности и поузданости у поступку доношења и извршавања правних прописа. Само на тај начин може да се допринесе даљој професионализацији политичких и управних органа и учвршћивању постојећих субјективних права, која као темељ легитимне одбране грађанских интереса трају упркос мењању прописа позитивног права и унапређивању општих вредности садржаних у појму људских права и институцији правне државе.<sup>193</sup>

И у теорији Роналда Дворкина (*Ronald Dworkin*) правда се велича као начело, посебан облик „интегритета“, који, изложен у облику његове оригиналне теорије судског одлучивања, није ништа друго до једно ново природноправно учење. Оно се заснива на увиђању да „Ми живимо у праву и преко права. Оно нас чини оним што јесмо: грађани, службеници, лекари, супружници и људи власници ствари. Оно је мач, штит и претња“,<sup>194</sup> а можда и „нова религија“.

Дворкин своје природноправно учење засновао на четири, а у ствари на две основне и две изведене претпоставке: да је правно закључивање примена стваралачког тумачења и да је „наш“ закон најбољи, а затим, да такав закон оправдава правну праксу у целости, као и да – „преточен у причу“ – он одржава ту правну праксу као тренутно „најбољу могућу праксу“.

Полазећи од тих претпоставки, Дворкин развија своје схватање права као права интегритета и одбацује конвенционалне и прагматичке концепције са њиховим апстрактним тумачењима.<sup>195</sup> За њега, интегритет јесте „посебан политички идеал“ и „пре-

---

193 Г. Радбрух, 94–101, 230–238.

194 R. Dworkin, „Law’s Empire“, *Prefece*, VII и VIII. Нав. према: Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 499. Вид. Б. Наранчић, *Схваћање љрава Роналда Дворкина*, магистарски рад, Нови Сад 2004.

195 Вид. Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних љрава*, Београд – Подгорица 2001, 193–257.

суђујуће начело“ – суверен над правом, „желимо ли да се сматрамо друштвом од принципа, заједницом која се руководи јединственом и кохерентном визијом правде, поштења и правичног поступка у правном односу“.196 Сагласно са реченим, Дворкин правду одређује као расподелу „добара могућности и средстава“, поштење као ствар „структуре која распоређује утицај на доношење политичких одлука на прави начин“, а правичност одговарајућег поступка као ствар „процедуре спровођења правила тог система“.197

Једну од више оригиналних идеја у Дворкиновом учењу представља идеја о „самопречишћавању“ права. Будући да то правно самопречишћавање мора да има неко мерило за свој узор, Дворкин га налази у савршеном облику правног система који „не постоји“. Ипак, постоје „будући“, све „савршенији“ облици права „скривени“ у том савршеном облику ка коме се тежи. Ти све савршенији облици права спадају у тзв. „могуће право“ (*mögliches Recht*), све док се оно у једном тренутку и облику не оствари. Као што је Микеланђело своју замишљену скулптуру „ослобађао“ вишка материјала, тако и Дворкин поступа када одређује свој појам права. Дакле, уместо савршене непроменљивости идеја класичних природно-правних теорија, Дворкин у право уводи еволутивну идеју променљивости права способног за „самоусавршавање“. По њему: „Савршенији облик је скривен у мање савршеном. Несавршено постојеће право постепено се преобраћа у свој чистији облик. То се дешава споро, опрезно, с успонима и падовима, никада потпуно пречишћено, али у свакој наредној генерацији боље него у претходној“.198 Не могавши да на другачији начин и до краја реши проблем одређивања све савршенијих облика права, Дворкин у своје учење уводи фикцију „судије Херкулеса“ (судију са надљудским способностима, напором и стрпљењем, за кога се постојеће, тј. важеће позитивно право састоји из начела која пружају најбоље могуће оправдање „доступно доктринама и правним средствима у целини“). Тај замишљени Херкулес је Дворкинов „Бог, пресуђујуће начело интегритета“, које налаже да се право посматра као „кохерентна и структурисана целина“. Када такав „судија-Херкулес“ одреди шта је право, тада не може бити чистијег права које би било прикривено у њему. Оно што је за Келзена хипотетичка „пранорма“, а за Харта реално постојеће „правило признања“, то је за Дворкина његов замишљени „судија-Херкулес“.

196 Р. Дворкин, „Право изван права“, *Правни живоић*, Београд 12/1998, 799–800.

197 *Ibid.*, 799.

198 Нав. према: Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 499.

Друга, много важнија или најважнија Дворкинова идеја тиче се позитивног права које садржи не само правна правила (*legal rights*) већ и правне принципе (*legal principles*). Они имају морални значај и постају део позитивног права захваљујући законодавној делатности и судском одлучивању. Зато се судије приликом решавања спорова позивају не само на правна правила већ и на правне принципе. Док су правна правила апсолутна („све или ништа“), правни принципи су релативни и могу међусобно да буду у сукобу. То значи да примена правних правила зависи од претходног избора правних принципа.

Проблем избора правних принципа Дворкин начелно решава њиховим разликовањем од правних начела (*legal policies*), од чијег претходног избора зависи избор правних принципа. Док принципи описују права појединаца, правна начела описују добра, тј. политичке циљеве заједнице као целине. Али, Дворкин ни проблем избора начела не може да реши конкретно, међусобним вредновањем правних начела, на шта се позива приликом оцењивања релативне тежине једних принципа у односу на друге (нпр., случај „Елмер“),<sup>199</sup> јер избор самих односних правних начела такође зависи од још једног претходног избора неког политичког циља који се тренутно сматра најпожељнијим за постизање друштвеног добра. Наравно, тада се оправдано поставља питање ауторитета, који пресуђује који се то политички циљ тренутно сматра најпожељнијим политичким добром. То руши доследност читаве Дворкинове конструкције, свдећи је у крајњем на произвољан и променљив избор неког политичког циља од кога зависи примена апсолутних правних правила. Ипак, Дворкин је једини пружио једно рационално подношљиво *ујуиџџиво* за повезивање природног са позитивним правом, које у позитивно право збиља може да се улије преко општих правних принципа.

Карактеристично је и природноправно учење Џон Финиса, које он заснива на „захтеву практичне разборитости“ (*reasonableness*). У свом познатом делу *Природни закон и љравна љрава (Natural Law and Natural Rights)*<sup>200</sup> он наводи седам основних и једнако вредних добара ка којима стреми природно право: живот, здравље, знање (као пожељна истина), забава (игра), естетско искуство, пријатељство и религија. Свако од тих добара, сма-

---

199 Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 501–504.

200 Вид. Ј. М. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1982, *Аквински – морална, љолитичка и љравна џеорија*, Београд 2004. и *Природно љраво*, Београд – Подгорица 2005.

тра Финис, има своју објективну вредност, универзално је и самоочигледно. (Пропустио је да запази да универзално не мора да буде самоочигледно /нпр., сви универзални природни и друштвени закони нису откривени јер нису самоочигледни/, као и да оно што је самоочигледно за појединца или групу не мора то да буде за друге.) И даље, будући да наведена основна добра као људске вредности не могу да се замисле без заједнице људских бића и делотворног правног система, Финис закључује да природно право представља „скуп начела практичне разборитости“, а позитивно право „скуп правила у циљу општег добра те заједнице“. То позитивно право, као скуп правила насталих „у складу са правном регулативом, од стране одређеног и стварног ауторитета за потребе целокупног друштва“, обезбеђено је „санкцијама за извршење у циљу општег добра те заједнице“.<sup>201</sup>

Оно што Финисово учење чини целовитим и оригиналним јесте његова тврдња да када позитивно право није у складу са начелима практичне разборитости, тј. са природним правом, оно ипак не престаје да буде право, иако више није „потпуно“ право, већ право „умањене“ вредности, чиме се поставља питање обавезности таквог права. Будући да обавезност може да буде морална и правна, Финис закључује да закони морално обавезују под условом да штите и унапређују опште добро, док то не мора да буде случај са њиховом правном обавезношћу. Због тога Финис припада умеренијој природноправној варијанти, према којој позитивни закони могу бити неправедни, али их, упркос томе, треба поштовати у „изузетним случајевима“. Дакле, ни он није успео да реши проблем дуализма природног и позитивног права. Иако је право увек испод правде, оно не сме да буде неправедно. Али, Финис чак и то дозвољава позивајући се на тзв. „изузетне случајеве“.

У време када је позитивноправно учење о раздвојености права од морала било на свом врхунцу, појавила се у секуларизованом облику оригинална процесна природноправна теорија Лона Фулера, чије су главне идеје изложене 1964. године у његовом најпознатијем делу *Моралносћ њрава (Morality of Law)*.<sup>202</sup> Фулер у свом правном учењу, у коме главно место припада тзв. „унутрашњој моралности права“, покушава да отклони или барем да превазиђе слабости правног позитивизма и природноправне теорије. Таквој намери одговара његова дефиниција права, према којој право представља „подухват подређивања људског понашања владавини

201 J. M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 276–277.

202 Вид. Л. Фулер, *Моралносћ њрава*, Београд 2001.

правила“. Али, то нису било каква правна правила, већ само она која располажу унутрашњом и спољашњом моралношћу. У противном, реч је о изопаченом праву. Фулер затим образлаже своје учење о моралу, без кога не може да се разуме ни његово учење о моралности права. У најкраћем, Фулер разликује две врсте морала: „морал дужности“ и „морал тежњи“. Морал тежњи полази од врха људских остварења, а морал дужности од дна. Међутим, унутрашња моралност права распростире се како на област морала дужности, тако и на област морала тежњи. Дужности се састоје у забранама, док унутрашња моралност права захтева још позитивне захтеве и њима одговарајуће акте. Али, док је релативно једноставно утврдити када су дужности прекршене (нпр., када је донет закон са повратном снагом или када закон уопште није објављен), то није случај и са позитивним захтевима (нпр., када треба да се процени да ли је усвојени закон у довољној мери јасан и разумљив).

Будући да је одредио појам права као сврсисходну делатност чији је производ правни систем, Фулер наводи осам нужних захтева (услова, начела, елемената) од којих зависи постојање и остваривање законитости у сваком правном систему. То су: општост, обнародовање, забрана злоупотребе повратне правне снаге, јасност, непротивречност, остваривост, постојаност правних правила и сагласност између проглашених правила и начина на које се она примењују. Скуп тих осам захтева Фулер означава изразом „унутрашња моралност права“. Она у себи садржи и моралност која право уопште чини могућним. Када је, пак, реч о предмету законодавчеве делатности, посреди је тзв. „спољашња моралност права“.

Поменути захтеви, који су у исто време мерила унутрашње моралности права, првенствено су процесног, тј. процедуралног карактера. Њима се ништа поуздано не казује о важним циљевима права, јер су они неутрални према ширем скупу етичких питања. Али, унутрашња моралност не може да буде неутрална када се ради о поимању човека. Њено напуштање се противи достојанству које човека производи у биће слободе.

Људско достојанство, међутим, није једини циљ коме тежи унутрашња моралност права. То су исто тако правда, као и сама особена људска природа способна да спозна правду. Зато природно право за Фулера представља скуп наведених захтева којима се уређује живот у људској заједници. Исто тако, Фулер разликује процесно природно право од суштаственог (супстанцијалног,

материјалног) природног права, сматрајући да је унутрашња моралност права ништа друго до „процедурална верзија природног права“. Он намерно користи израз „процедуралан“, приписујући му посебно и проширено значење које у себи садржи суштинску „сагласност између службене делатности и издатог закона“.

Фулер настоји да својим учењем о унутрашњој моралности права превлада расцеп између формалног и материјалног садржаја права који постоји у позитивизму и природноправној доктрини. Док многи позитивисти сматрају да и најгори закон важи ако је формално коректан (исправан), присталице природног права тврде обрнуто: да ниједан формално коректно донет закон то ипак није све док не постане морално добар. Настојећи да превазиђе поменути јаз, Фулер истиче да о материјалном садржају права треба расправљати само у оквиру његове спољашње моралности. Али, облик и садржина права нису раздвојени, већ повезани, као што су у праву и животу нераздвојно повезани „треба“ и „јесте“.

Захваљујући Фулеровим плодноносним идејама, у право је поново враћена из њега неоправдано прогнана морална идеја, помоћу које може да се разликује „сваки“ (било какав) правни поредак од „исправног“ и, самим тим, „доброг“ правног поретка. Исправан поредак чини право које одговара захтевима правде и морала или барем идејама људи о томе шта би он требало да буде. Без уважавања минимума захтева унутрашње моралности права, ниједно право не може да се успостави у облику исправног поретка. Али, за праведан поредак сам тај захтев није довољан. Потребно је нешто више од исправности – истинитост, будући да исправност и истинитост нису исто.

Вративши дотле занемарени морал у право, Фулер је осавременио правну теорију, право и друштво. Иако је исправно право предуслов „доброг“ права, сама правна правила нису довољна. Потребна је моралност која право чини могућним.

Карактеристично је и учење Петера Колера (*Peter Kohler*), у коме се правда одређује као најважнији део морала будући да њени стандарди не изражавају само оно што је добро или лоше већ и оно што је исправно и погрешно у односима са другим људима. За разлику од Фулерог учења, у коме је праведно само право које располаже унутрашњом моралношћу, у Колеровом учењу је право у целости и без задршке унапређено у праведно и морално. Довољно је да је право етички исправно да би постало праведно.<sup>203</sup>

---

203 П. Колер, „О социјалној правди“, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2005, 8.

## 2. Априористичко-феноменолошке и егзистенцијалистичке теорије

Иако је феноменологија била позната већ у XVIII веку, тек је Едмунд Хусерл (*Edmund Husserl*) почетком XX века дао значајан подстицај њеној обнови. Хусерл је развио властито феноменолошко учење у циљу да ослободи све појмове емпиријског и небитног, полазећи од саме појаве, од феномена као нечег што је јасно „дато“. У основи његовог учења налази се замисао о потреби превладавања једностраности позитивизма и новокантизма. Његов циљ је да се сазнање одбрани од налета нефилозофског и антифилозофског духа. То може да се постигне, сматрао је, тако што се неће улазити ни у какву „ствар по себи“, већ ће се пажња усредсредити на сам „феномен“ како би се спознала његова „бит“, суштина. Хусерл и феноменологију одређује на нов начин: „као науку о битном“, а не као до тада, као науку о „предметима искуства“ (Јохан Ламберт /*Johann Heinrich Lambert*), „принципима чулности“ (Имануел Кант), „постизању знања“ (Јохан Готлиб Фихте) или „реконструисању постојања свести“ (Георг Вилхелм Фридрих Хегел).<sup>204</sup> Тиме је покушао да превлада двојство идеализма и реализма свођењем „чулности“ и „појмовности“ као принципа сазнања на њихов дубљи заједнички основ.

### 2.1. Феноменолошка теорија права

Феноменолошка теорија права у XX веку такође је била усмерена у истом правцу, настојећи да се задржи на очигледном у „феномену права“ и да „интелектуалном интуицијом“ открије његову суштину (Герхарт Хусерл /*Gerhart Husserl*). Надахнут Хусерловим учењем, нарочито је Пол Амселек (*Paul Amselek*) покушао да развије феноменолошко правно учење које помоћу интуиције треба да захвати априорну суштину права и објасни правну свест. То своје учење Амселек је изложио у облику „феноменологије права“ и „феноменологије теорије права“. Истражујући правила или норме сваке врсте, које разликује од етичких норми, Амселек је закључио да се особеност правних правила за јавно усмеравање људског понашања састоји у томе што су она средства „власти или јавне моћи“, „друштвене контроле“ и „друштвеног инжењеринга“.<sup>205</sup>

---

204 Вид. D. Grlić, *Leksikon filozofa*, Zagreb 1968.

205 Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 507–513. Вид. Х. Фетер, *Херменеутички ојледи*, Београд 2000.

## 2.2. Егзистенцијалистичке теорије права

Готово у исто време знатан број филозофа покушао је да право истражи са становишта његове везе са појмом „егзистенције“, као нечег што је усмерено на оно што је „неизмерљиво аутентично и последње човековог бивства“, што је упућивање човека на његово „моћи бити“.<sup>206</sup> Тако посматрано, изгледа као да су област у којој обитава право и област у којој се испуњава „егзистенција“ међусобно удаљене „незајазивом провалијом“.<sup>207</sup> Тај јаз је навео Карла Јасперса (*Karl Jaspers*), једног од најзначајнијих представника филозофије егзистенције, да закључи како су позитивна правна правила у неку руку „механичка и мртва“.

Већина филозофа-егзистенцијалиста (Сјерен Киркегор /*Søren Aabye Kierkegaard*/, Морис Мерло-Понти /*Maurice Merleau-Ponty*/, Жан-Пол Сартр /*Jean-Paul Sartre*/) сматра да право пре треба схватити као оруђе које човеку пружа правац, сигурност и мир.

Карактеристично је филозофско учење Мартина Хајдегера (*Martin Heidegger*) које оставља снажан утисак. Према њему, право представља оруђе чија је сврха „збрињавање“ и „услужност“ као „дневна потреба“. Право треба да омогући заштиту од „неизвесности и непрорачунљивости“, односно треба да обезбеди „извесност“ и „прорачунљивост“. Човек само у правном поретку може да обезбеди „релативну заштиту од неизвесности и непрорачунљивости живота. Право нам указује шта у друштвеном промету има да чинимо, а шта треба избегавати: оно постаје оруђе у функцији спасавања“.<sup>208</sup>

## 3. Формалне теорије права

Проблемима појмовне обраде и примене права баве се и различите формалне теорије права: *џојика*, *нова рејорика* и *јравна лојика* са својим бројним варијантама (теорија аргумен-тације, деонтичка логика, херменеутика или етика дискурса) и најистакнутијим представницима Теодором Фивегом (*Theodor*

---

206 Вид. J.-P. Sartre, *Filozofske i političke rasprave*, Zagreb 1981.

207 Љ. Тадић, 172.

208 Нав. према: Љ. Тадић, 178–179.

Viehweg),<sup>209</sup> Хаимом Перелманом (*Chaim Perelman*),<sup>210</sup> Стивеном Еделстоном Тулмином (*Stephen Edelston Toulmin*), Урлихом Клугом (*Ulrich Klug*), Карлом Енгишом (*Karl Engisch*), Илмаром Тамелом (*Ilmar Tammelo*), Оттом Вајнбергер (*Otta Weinberger*), Георгом Хенриком фон Рајтом (*Georg Henrik von Wright*) и другим члановима тзв. „крuga правних логичара“. Насупрот њима, други правни филозофи-логичари, као Јулијус фон Кирхман (*Julius Hermann von Kirchmann*) или Леонард Нелсон (*Leonard Nelson*),<sup>211</sup> сматрали су да замена материјалног легитимитета формалним легитимитетом правну теорију (која апстрахује правне вредности) производи у „правну науку без права“, док „јуриспруденцију као науку чини базвредном“.<sup>212</sup>

Посебној варијанти припада антрополошки надахнута *херменеутичка школа* са њеним оснивачима Фридрихом Шлајермахером (*Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher*) и Вилхелмом Дилтајем (*Wilhelm Dilthey*).

На темељу поменутих учења, савремене формалне теорије, нарочито оне које се баве правним расуђивањем, доживеле су своју еволуцију и поновну афирмацију у радовима Ларса Линдала (*Lars Lindahl*), Аулија Арнија (*Aulis Aarni*), Александра Печеника (*Aleksander Peczenik*, Аренда Сутемана (*Arend Soeteman*), Роберта Алексија (*Robert Alexy*) и других.

#### 4. Културалистичке правне теорије

Културалистичким правним теоријама заснованим на историцизму (Вилхелм Дилтај) и културализму (Хајнрих Рикерт / *Heinrich Rickert*) и у сталној вези са савременим хегелијанством, новокантизмом, феноменологијом или филозофијом живота (Емил Ласк / *Emill Lask*), Густав Радбрух, Жорж Гурвич / *Georges Gurvich*, Карлос Косио / *Carlos Cossio* и други), заједничко је да право првенствено истражују као вредност, посебно као вредност

---

209 Вид. Т. Фивег, *Тојика и јуриспруденција*, Београд 1982.

210 Вид. Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983.

211 Вид. J. H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848; I. Nelson, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917. Нав. према: Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 19.

212 Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 19–20.

правде, да правну науку настоје да ослободе формализма, као и да за проучавање права користе „поједињавајуће-разумевајући метод“.<sup>213</sup> У жижи интересовања ових теорија налази се схватање о вредностима као суштини културних појава, међу којима право представља прворазредну културну појаву. Будући да се право одређује као „спољашње регулисање људског понашања ради успостављања садржински вредносног стања“ (Емил Ласк), односно као „појам културе који је везан за вредности, тј. стварност чији је смисао да служи *йраведности*“,<sup>214</sup> тврди се: појам права је културни појам (Густав Радбрух).<sup>215</sup>

Најпознатији покушај да се одговори на питања која се тичу права као културне појаве, учињен је *ејолошком йравном йеоријом* Карлоса Косија (*Carlos Cossio*). Косио је тражио дефиницију права „преко човека или његовог понашања као факта (*ego*), норму или мисао као идеалност, а вредности као темељно становиште човека у односу на њега самог и његову ситуацију“.<sup>216</sup> У свом најпознатијем делу *Правна вредности и йравна наука (La teoria egologica del Derecho)*,<sup>217</sup> Косио је као свој основни циљ одредио истраживање права као „културне појаве“. За постизање тог циља изабрао је „феноменолошки метод“ као средство рада, којим се „датост“ открива интуитивно и неутрално. Он је истицао да само „целовит човек може да буде средиште права“, као и да правна норма као сазнање има конститутивни значај за одређивање „бића права“. Будући да се седиште права налази у човеку, суштину права је могуће наћи само у „актуелном људском животу“ и човековом искуству слободе. То је разлог зашто је Косио изабрао људско понашање као искључиви предмет своје еголошке правне теорије. По њему, не може се говорити о вредности предмета, већ само о вредности људског понашања. Тврдио је: „интуиција права не налази се у вредностима ствари, него у вредностима понашања“. Идеалност правне норме „означава само ону реалност која је слобода“, а не њене „производе“ у којима више нема могућности, нити се ишта више може нормирати.

Косијево веома сложено и развијено еголошко и интуиционистичко схватање права праћено је с великим интересовањем,

213 N. Visković, *Pojam prava*, Split 1980, 17.

214 Нав. према: Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 219.

215 Љ. Тадић 149–151, 155–157.

216 Нав. према: Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 223.

217 Вид. С. Cossio, *La teoria egologica del Derecho*, Buenos Aires 1954.

али, зачудо, понајвише у његовој постојбини. Можда зато што је подстицајно за дух поднебља Јужне Америке, иако није заокружено ни довољно разумљиво. Данас га развијају не само теоретичари и филозофи права, него судије и адвокати у Аргентини и изван ње, чак и после Косијеве смрти (1987. године).

Међу писцима који су стварали под његовим нарочитим утицајем издвајају се бразилски еголог Антонио Нето (*Antonio Luis Machado Neto*) с делом *Општа теорија права* и Хосе Виланова (*Fernando Garcia Olano* у *José Manuel Vilanova*) с радом *Важње и валидноси у праву*.<sup>218</sup>

---

218 Вид. J. Vilanova, *Al Concepto De Derecho. Estudios Juspositivistas*, Buenos Aires 1993; *Introduction Al Derecho*, Buenos Aires 1994.



## II глава

### РЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ПРАВУ

Реалистичке теорије о праву старе су барем колико идеалистичке теорије. Оне могу да се разврстају на позитивистичке, социолошке, интегралне и мултидисциплинарне, са својим бројним старијим и новим варијантама, у зависности од тога да ли право објашњавају искључиво или претежно као реалну појаву.

Позитивистичке правне теорије одбацују идеју природног права, истражују у праву оно што јесте и искључују вредности из појма права. Нема другог права осим вредносно неутралног позитивног права, које се разматра логичко-формалистички, емпиријски, прагматички, еволуционистички или утилитаристички, и то на догматички, нормативистички, реалистички, фактицистички, па чак и на економистички начин: све то како би се објаснило право какво постоји у стварности, понекад чак и без правне норме.

Социолошке правне теорије право одређују као друштвену појаву, а његову суштину тумаче деловањем друштвених чинилаца. За њих је карактеристично оспоравање легалистичког волунтаризма и нормативистичког раздвајања друштвених односа од норми, уз истицање права као скупа норми или односа који се стварно примењују. Оне право везују за друштво, а не за државу. Сматрају да је и држава само једна друштвена појава.

Млађе интегралне правне теорије су настале као реакција на претеривања природноправних и позитивноправних теорија. Њима правници настоје да превазиђу искључивости редукционизма у правној науци и интегришу своја правна схватања у облику правних теорија. У њима важно место припада нормативној, социолошкој и аксиолошкој страни права.

Најновије мултидисциплинарне правне теорије, настале у време „великог растварања“ консолидованих школа и праваца, због чега изгледа да више није од тако велике користи традиционално разликовање јуснатурализма од јуспозитивизма и јусреали-

зма. Имају као главни циљ да прошире интересовање правне науке на само наизглед различите проблеме који су све доскоро били на ободу правног интересовања или уопште нису на такав начин разматрани у правној науци.

## 1. Позитивистичке правне теорије

Зачеци позитивистичке правне мисли сусрећу се у *римској јуриспруденцији*, у којој се веома рано развило једно схватање права које никада није достигло степен свесне развијености и систематичности који се захтевају да би једно схватање било названо теоријом, али које је било готово општеприхваћено у конвенционалном смислу од правника-практичара. По њима, право је само оно што је несумњиво, видљиво, јасно, што је дато и треба само да се примени. Римски правници-позитивисти су развили још једну идеју. Посматрајући права различитих народа, они су запазили да у свима њима постоје заједничка начела, установе и правила чији скуп сачињава неку врсту општег права које поштују сви народи (тзв. „право народа“, *ius gentium*). То опште право је одређивано у духу позитивистички усмерене римске јуриспруденције.<sup>219</sup>

Схватање римских правника обновљено је у XI веку у Италији (*болоњска њравна школа*), чиме је започета *рецејиција римској њрава*: прво од стране *ѓлосаѓора* (XI–XIII век) и *ѓслеѓлосаѓора* (XIII–XVI век), затим од стране тзв. *школе хуманисѓичке јуриспруденције* (која се другачије зове *школа елеѓанѓне јуриспруденције* или *сѓара иѓѓоријска школа*, XVI–XVIII век), да би се завршила тек крајем XIX века немачким романтизмом, историјском правном школом и немачком пандектистиком.<sup>220</sup>

Иако је схватање римске јуриспруденције веома старо и развијено, тек је Пјер Абелар (*Pierre Abelard*) у XII веку први употребио израз „позитивно право“ (*ius positum*), нагласивши разлику између природне правде (*iustitia naturalis*) и позитивне правде (*iustitia positiva*). Други познати световни филозоф и претеча ренесансе Марсилије Падовански (*Marsilius Padovanus*) развио је такође једно световно и позитивистичко схватање права, истичући да извор позитивног права није Бог, већ народ. За Падованског, закон је само заповест једне воље упућена другој вољи. Такве зако-

---

219 Р. Лукић, *Теорија државе и ѓрава*, 159–160.

220 Вид. Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 135–147.

не, чији је извор народ, уобличава и спроводи држава својим световним санкцијама.<sup>221</sup> На сличан позитивистички начин о праву је говорио Николо Макијавели, један од првих грађанских мислилаца. Он је истицао значај закона и законитости за учвршћивање односа у друштву по узору на античке писце. Позната је његова мисао: „Да се добре навике не би претвориле у веома лоше, законодавац мора обуздати људске прохтеве, мора да одузме људима сваку наду да би могли некажњено да греше.“ Говорећи, пак, о закону, Макијавели каже: „Када нешто само по себи делује добро без закона, онда закон није потребан.“<sup>222</sup> Само неколико деценија касније, Мишел Монтењ (*Michael Eyquem de Montaigne*) истиче да законитост постоји у сваком поретку, али да се „понашања, обичаји и закони разликују по месту и времену“, чиме је одредио модерни појам позитивног права.<sup>223</sup>

Савремена позитивистичка мисао је настала средином XIX века најпре у Француској, у радовима Огиста Конта и његових следбеника Емила Литреа (*Émil Littré*) и Жозефа Ернста Ренана (*Joseph Ernst Renan*), а затим у Енглеској, у радовима Џона Стјуарта Мила (*John Stuart Mill*), Херберта Спенсера (*Herbert Spencer*) и других. На њу се у XX веку надовезује логичка и аналитичка нова позитивистичка мисао са својим изразитим представницима Лудвигом Витгенштајном (*Ludwig Wittgenstein*), Бертраном Раселом (*Bertrand Russell*), Морисом Шликом (*Moricz Schlick*), Рудолфом Карнапом (*Rudolph Carnap*), Хансом Рајхенбахом (*Hans Reichenbach*), Оттом Нојратом (*Otto Neurath*) и другим. Њено антиспекулативно и искуствено усмерење је одлучујуће допринело настанку правног позитивизма као једног „антиметафизичког“ и „антифилозофског“ правца. У складу са духом позитивизма, право се тражи у искуству, у оном што „јесте“, као реална појава која може логички и рационално да се објасни и одреди коришћењем дескриптивних, непристрасних и интересубјективно проверљивих исказа.

Шездесетих година XX века „израћа“ нови *правни позитивизам* (правни неопозитивизам), али више као одговор на угрожену академску и друштвену доминацију правне теорије од стране социолошких, а у извесној мери и природноправних теорија, него као сасвим нов теоријски правац чији је циљ да пружи другачије одговоре од одговора традиционалног позитивизма.

221 М. Padovanus, *Defensor pacis*, I 10, 4; 11, 3-4; 12, 1. Нав. према Љ. Тадић, 58-60. Вид. Р. Лукић, *Историја политичких и правних теорија*, 217-218.

222 N. Machiavelli, *Opere complete*, Zagreb 1977, 856.

223 M. de Montaigne, *Essais*, Paris 1879, I, 23.

Свим позитивистичким теоријама заједничко је да одбацују идеју природног права, да истражују у праву оно што јесте, као и да искључују вредности из појма права, јер нема другог права осим вредносно неутралног позитивног права, које се разматра „догматички“ и „формалистички“, сагласно са увреженим ставом да је истинска правна наука „радикално реалистичка и емпиристичка теорија која приказује право какво јесте“.<sup>224</sup> Такав приступ наговештава главни недостатак позитивистичких теорија. Он се састоји у томе што правни позитивизам не може да одговори на питање како би њега самог требало правно оценити, јер себе „искључује из аргументације о незаконитости, правним принципима и разумевању правних норми“,<sup>225</sup> као да је он некакав изванправни чинилац и пресуђујући правни арбитар, што није.

Сви позитивисти сагласни су у томе да не постоји природно право: његова правила су или изван области права, или су утопљена у позитивно право. Али сви писци нису сагласни поводом одређивања садржине позитивног права. То неслагање омогућава да се позитивистичке правне теорије разврстају према главним правцима, школама и представницима на догматичке теорије са француском школом егзегезе и немачком школом појмовне јуриспруденције, историјску правну школу, нормативистичке теорије и аналитичке теорије са енглеском аналитичком јуриспруденцијом, америчким и скандинавским правним реализмом.

## 1.1. Догматичке правне теорије

Догматичке правне теорије представљају најстарији, најједноставнији и најраспрострањенији облик правног позитивизма. Према схватањима догматичара (позитивиста, формалиста), право представља само скуп норми које доноси и санкционише држава. Те норме се, углавном, приказују као воља или заповест највиших државних органа (посебно законодавца). Зато правници не треба да испитују да ли су норме добре или рђаве, нити какав је њихов циљ, већ треба да их (ослобођени или лишени свега тога) само верно тумаче и тачно примењују.<sup>226</sup>

---

224 Нав. према: N. Visković, *Pojam prava*, 29.

225 М. Ravčnik, „(Не)моралност права, правника и јуриспруденције“, реферат на међународном скупу: *Евројска заједница народа и универзалне вредности*, Сремски Карловци 2008, 12.

226 Упор. Р. Лукић, 159; N. Visković, 104.

Прву такву модерну догматичку и позитивистичку теорију представљала је француска *школа егзегезе* (тумачења права), настала почетком XIX века деценију-две после успешно изведене Француске револуције 1789. године. Према њој, право је само оно што је записано у закону (иако је то што је записано у закону у ствари било револуционарно /„природно“/ право грађанске класе). Закон је најпрецизнији извор права у коме је државна заштита највидљивија. Према томе, право и закон су исто, али вредности права (правде) нису исте са вредностима закона. Будући да је строго поштовање закона одговарало новој револуционарној власти, догматичка схватања су цветала. Најпознатији представник таквог етатистичког законског позитивизма Жан Демоломб (*Jean Charles Florance Demolombe*) претворио је идеју егзегетичке школе у крилатицу следећим речима: „Правник мора црпсти из самог законодавства, директно или индиректно, сва правила за правна решења“, док је Жан Жозеф Биње (*Jean Joseph Bugnet*) још изричитии: „Не знам за грађанско право, предајем само *Code Civil*.“<sup>227</sup>

До сличних резултата дошла је и немачка *школа појмовне јуриспруденције* (или конструкционе јуриспруденције), чији је духовни отац Немац Кристијан Волф. Као и школа егзегезе, и она је развијала исти облик етатистичког законског позитивизма, посебно имајући на уму рад судија и њихове пресуде. Према овој школи, судија треба да буде „живи глас закона“. Он само треба да примени закон држећи се правила логике. Судија је један „логички аутомат“ када тумачи и примењује право. Према Рудолфу Јерингу, прво најпознатијем протагонисти а касније критичару ове правне школе, постоји *нижа* и *виша* појмовна јуриспруденција. Нижа се састоји у тумачењу закона, а виша у извлачењу нових појмова и њиховом даљем уопштавању коришћењем метода конструкције из општег у основно, чиме појмови постају извори сазнања. Поред Јеринга, школи појмовне или конструкционе јуриспруденције припадали су Георг Фридрих Пухта (*Georg Friedrich Puchta*) и Бернхард Виндшайд (*Bernhard Windsheid*).

Француској школи егзегезе и немачкој школи појмовне јуриспруденције заједничко је да строго ограничавају право на законске прописе, тј. на писане прописе које доноси држава. Ако нешто није изричито речено у закону, потребно значење може да се добије тумачењем и применом конструкционог метода. То је, дакле,

---

227 Нав. према: Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 201.

„догматизам и формализам најчистије врсте“.<sup>228</sup> Он је барем ублажен тек појавом нормативних теорија.

Под утицајем ових школа и њиховог етатистичког законског позитивизма, посебно у првој половини XIX века, донети су бројни законици (француски *Code Civil* из 1804. године, аустријски Општи грађански законик из 1811. године, Грађански законик Књажевине Србије из 1844. године итд.). Дух законског позитивизма развијали су у својим учењима познати правници школе егзегезе (нарочито Александар Дурантон /*Alexandre Duranton*) и немачког законског позитивизма (Карл Бербом /*Karl Berbohm*/, Ернст Рудолф Бирлинг /*Ernst Rudolph Bierling*/, Адолф Меркел /*Adolf Merkel*/, Карл Биндинг /*Karl Binding*/ и други), укључујући и нешто млађе догматичко-нормативистичко учење Ханса Келзена.

## 1.2. Историјска правна школа

Историјска правна школа (новија) представља други правац правног позитивизма, настао такође почетком XIX века као реакција на претеривања природноправних и догматичко-позитивистичких теорија. Она се разликује од природноправних учења, јер право не сматра производом разума, вечном и непроменљивом творевином, као и од догматичког позитивизма, јер настоји да докаже да право није само производ државе. Истичући предност историцизма на подручју права, њено романско крило било је окренуто римском праву, а њено германско крило враћању на властите изворе немачке прошлости.

Иако је идејни творац историјске школе био Француз Шарл Монтескје, до процвата ове школе дошло је тек у доба романтизма у Немачкој, и то због отпора идеји кодификовања немачког права по узору на Наполеонову кодификацију француског права. Њен најистакнутији представник Фридрих Карл фон Савињи,<sup>229</sup> уз претечу школе Густава Хуга (*Gustav Hugo*) и њене протагонисте Георга Фридриха Пухту и Клеменса Брентана (*Clemens Brentano*), заговарао је конзервативан приступ праву, а нарочито одбацивање првенства јуснатуралистичког универзализма у корист првенства народног спонтаног права.

---

228 Р. Лукић, 162.

229 Видети. К. фон Савињи, *Законодавство и правна наука*, Београд – Подгорица 1998.

Упркос недостацима, историјска правна школа је образлажући своје ставове, ипак, унела новине у схватање права, због чега њена појава представља напредак у развоју правне науке. Најважнија новина коју је донела историјска правна школа јесте стварање теорије о еволутивном, постепеном историјском развоју права које настаје пре и независно од државног законодавца у животу и „народном духу“ који је особен за сваки народ. Развој права од фазе народног и научног до фазе законског права је спор и еволутиван. Он не доноси ништа ново у погледу суштине права. Будући да се немачко право састоји претежно из обичајних и моралних правила, заговорници ове школе доказивали су да немачко право не може да се кодификује као француско.

Другу важну идеју историјске правне школе представља учење о условљености права конкретном стварношћу сваког народа. Не постоји једно право за све људе и за сва времена, већ само посебна народна права која одговарају духу сваког народа. Тим својим главним идејама историјска правна школа подигла је правну историју на ранг озбиљне научне дисциплине и наговестила појаву социолошких истраживања у праву<sup>230</sup> упркос томе што је оставила нерешеним многа покренута правна питања.

### 1.3. Нормативистичка и аналитичка правна теорија

Идеје историјске правне школе прихватио је Георг Вилхелм Фридрих Хегел, с тим што је он уместо народног духа истицао апсолутни дух, а уместо његовог еволутивног развоја, дијалектички развој, сматрајући државу – а не народ – средиштем правног живота. Пронашавши на тај начин у држави „ону друштвену силу која ствара право, догматички позитивизам је поново изједначио право са државном вољом, а ову је опет изводио из државне силе. Тако се дошло до типично немачке формуле да је право – сила (*Recht ist Macht, Macht ist Recht*), подразумевајући под тим државну силу“.<sup>231</sup> Поента је у следећем: држава и право представљају један аутономан и самодовољан свет који сам себе ствара. Ова врста догматизма и формализма досегла је врхунац у *нормативистичким* и каснијим *аналитичким љравним теоријама*, чији се представници првенствено баве формом и саставом права, док

230 Упор. Г. Вукадиновић, *Теорија државе и љрава II*, Нови Сад 2005, 53; Р. Лукић, 162–164; N. Visković, 107–108.

231 Нав. према: Р. Лукић, 167.

све што се тиче његове садржине одбацују или препуштају другим научним дисциплинама. Они сматрају да само правна норма може да буде основ права.

Најпознатију нормативистичку правну теорију изложио је почетком XX века чувени аустријски правник Ханс Келзен. О својим главним намерама да створи „монистичку“, „позитивистичку“ „антиидеолошку“, тј. „чисту правну теорију“ (*die Reine Rechtslehre*),<sup>232</sup> у којој се целокупно право изводи из хипотетичке пранорме, Келзен обавештава у својим бројним радовима. По њему, „чиста теорија права не посматра свој предмет као више или мање несавршену копију једне трансценденталне идеје. Она се не труди да право схвати као одраз правде, као људско чедо божанског порекла. Чиста теорија права настоји да јасно разликује емпиричко право и трансценденталну правду, која не спада у њен специфичан предмет. Она у праву види не манифестацију једне натчовечанске власти, него специфичну друштвену технику, засновану на људском искуству; чиста теорија права одбија да буде правна метафизика. Доследно томе, она базу права – тј. разлог његовог важења – не тражи у неком метаправном принципу, него у правној хипотези – тј. у основној норми која се може утврдити логичком анализом стварног правног мишљења“. Другим речима: „Чиста теорија права јесте теорија позитивног права. Позитивног као таквог, а не неког специјалног правног поретка. Она је општа теорија права, а не интерпретација посебних националних или интернационалних норми. Као теорија, она хоће искључиво и једино да сазна свој предмет. Она покушава да одговори на питање шта и какво право јесте, а не на питање какво оно треба да буде или да буде учињено. Она је правна наука, а не правна политика. Када себе означава као 'чисту' теорију о праву, онда је то стога што би хтела да осигура сазнање које је усмерено само на право и да из тог сазнања искључи све оно што не припада предмету егзактно одређеном као право. То значи: она хоће правну науку да ослободи од свих елемената који су јој страни.“<sup>233</sup>

Келзен на тим основама заснива и своју познату одредбу појма права: „Право је поредак људског понашања. 'Поредак' је систем правила. Право није, као што се понекад каже, правило. Оно је скуп правила која имају ону врсту јединства коју ми схватамо као систем динамичке врсте.“<sup>234</sup> У њему правне норме важе зато

---

232 Х. Келзен, *Ојшња теорија права и државе*, 13–14.

233 Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 11.

234 Х. Келзен, 17.

што су створене према одређеном правилу, укључујући и основну норму, коју Келзен проналази у важењу првог устава, који је „последња претпоставка, крајњи постулат, од кога зависи важење свих норми“.<sup>235</sup> Из тога произлази да је и правни поредак систем норми, на чијем се врху налази највиша норма. Ту норму, чије се важење не може извести из неке више норме, Келзен назива „основном“ нормом (*Grundnorm*). Све норме „чије се важење може везати за једну исту основну норму чине један систем норми или један поредак. Та основна норма, као заједнички извор, представља полазиште за успостављање веза између свих норми из којих се састоји један поредак. Да нека норма припада извесном систему норми, извесном нормативном поретку, може се утврдити једино потврђивањем да она своју обавезну снагу вуче из основне норме која сачињава поредак“. Све правне норме, дакле, припадају једном истом правном систему „зато што се њихово важење може везати – индиректно за први устав“. То значи да динамички појам права „пружа одговор само на питање да ли и зашто извесна норма припада или не припада једном систему важећих норми, да ли чини или не део извесног правног поретка. И одговор је да норма припада извесном правном поретку ако је створена у складу с поступком за који устав утврђује да је основни поступак за тај правни поредак“. Право, наставља Келзен, „регулише своје сопствено стварање утолико што једна правна норма одређује начин на који се ствара друга правна норма. И, тако, у извесној мери, и садржи ту те норму.“ С друге стране, „однос између норме која регулише стварање друге норме и те друге норме може се представити као однос надређености и подређености, што је језичка просторна фигура. Норма која одређује стварање неке друге норме јесте виша, норма која је створена према тим одредбама – јесте нижа норма. Правни поредак, посебице правни поредак чија је персонификација држава, према томе није систем норми које су координиране једна с другом, које стоје, такорећи, једна поред друге на истој висини, него је хијерархија различитих ступњева норми. Јединство тих норми је створено чињеницом да је стварање једне норме – ниже – одређено другом – вишом – чије је стварање одређено једном вишом нормом, и да се тај *regressus* свршава једном највишом, основном нормом, која, пошто је највиши основ важења целокупног правног поретка, сачињава његово јединство“.<sup>236</sup>

---

235 *Ibid.*, 129. Вид. Х. Келзен, *Елементи теорије љравних норми. Изабрани љозни сјиси*, Београд – Подгорица 2003, 35–127.

236 *Ibid.*, 116–117, 119–120, 127.

Ако се на Келзенов систем права гледа са динамичког становишта, „онда изгледа могућно да се појам права дефинише потпуно различито. Изгледа посебице могуће да се *не* узме у обзир елемент принуде у дефиницији права“, односно да се право дефинише као ступњевито уређен скуп позитивних правила створених према одговарајућем правном поступку. Али, као и свако претеривање, Келзенов нормативизам „ставља пред апсурдну ситуацију да правник не може да објасни право другачије до претпоставком основне норме, која се изричито признаје као нереална“. <sup>237</sup> Келзен признаје да право потиче из друштвених чињеница, али сматра да оне не могу да буду предмет правне науке. Коментаришући ове Келзенове идеје, Карлос Косио бележи да Келзен „не грешу у већини оног што каже о правним нормама“, али да грешу када из права „избацује све остале битне елементе правног искуства“. <sup>238</sup> На тај начин је сужен предмет правне науке и задатак правника. Ипак, нормативизам је користан јер је правницима, утонилим у социологију и друге друштвене науке, поново скренуо пажњу на особености нормативног карактера права. <sup>239</sup>

Другу модерну позитивистичку варијанту представљају *аналитичке правне теорије*, које су претежно англосаксонског порекла. Њихова заједничка особина је да за истраживање права користе аналитичке методе. Међутим, у зависности од тога да ли тим методима истражују историјску, социолошку или структуралну страну права, разликује се енглеска и америчка аналитичка јуриспруденција од америчког и скандинавског правног реализма.

#### 1.4. Енглеска аналитичка јуриспруденција

Енглеска аналитичка јуриспруденција је од својих првих дана усмерена на проучавање структурне димензије права, тј. на истраживање правних појмова и система права. Она своје корене црпи из правне теорије Томаса Хобса, по коме законе не ствара мудрост, већ власт. Међутим, њени прави оснивачи су Џереми Бентам (*Jeremy Bentham*) и Џон Остин (*John Austin*), уз Џона Стјуарта Мила (*John Stuart Mill*). Према Бентаму, оснивачу етике утилитаризма, право није поредак универзалних, од људи независних, вечних и непроменљивих правила, већ људска творевина чији је

---

237 *Id.*, 168.

238 Нав. према: N. Visković, 107.

239 Вид. Р. Валтер, *Теорија права Ханса Келзена*, Београд 1999. и *Три прилога чистој теорији права*, Београд 1999.

циљ постизање „највеће среће за највећи број чланова друштва“, док према Остину, познатом по његовој императивној теорији права, оно као људска творевина представља заповест суверена. Карактеристично је Остиново противљење традиционалним схватањима „природног закона“. Такође, залагао се против било какве потребе за успостављањем веза између закона и морала.

Најпознатији савремени представник енглеске аналитичке јуриспруденције је Херберт Харт. Он у свом делу *Појам права* (*The Concept of Law*) из 1961. године, анализира појам права и правног система, полазећи од основних поставки филозофије обичног језика. Али, резултати до којих долази веома су блиски ставовима које је Келзен уобличио у својој чистој теорији права. То не треба да чуди, јер је Харт био енглески ученик Ханса Келзена. Према Харту, замршеност правне теорије је последица трагања за дефиницијом права која није окончана. Али, његов циљ није био да „пружи дефиницију права, која би као одредница послужила коректној употреби термина у смислу теста, већ само да се правна теорија побољша нуђењем истанчаније анализе структуре која је својствена унутрашњем правном систему и бољем разумевању сличности и разлика између права, принуде и морала као врста друштвених појава“.<sup>240</sup>

Харт не посматра правна правила као „самосталне ентите-те који су независни од људског понашања“, већ их описује као саставне делове правног система. Полазећи од позитивистичке анализе правила правног система, изузев обичаја на који право једино не може да се ослони (чиме напушта Остинову императивну теорију), Харт правним сматра само она примарна и секундарна правила (*rules*) која су нормативно обавезујућа. Али и када су правила обавезујућа, она не морају да буду прецизна, чиме се стварају „зоне сумрака“ и „простори неодређености“. Када неки тежак случај (*hard case*) није једнозначно обухваћен правним правилом, тада дискреционо одлучује судија својом одлуком која је увек исправна. На тај начин проблем правне вредности у Хартовом учењу прераста у проблем тумачења, чиме се ствара основ за позитивистичко раздвајање права од морала.

Харт ипак право одређује као јединство „примарних“ и „секундарних“ правила. Та подела је кључна за разумевање његовог учења, с тим што су његова примарна правила у Келзеновом учењу секундарна, а секундарна – примарна. Према Харту, примарним или основним правилима се захтева од људи да изврше неку оба-

---

240 Х. Харт, *Појам права*, 37–38.

везу, желели то они, или не. Зато се тим правилима утврђују дужности. Секундарним или изведеним правилима, пак, предвиђа се да људи могу да стварају правне норме засноване на примарним нормама. Њима се утврђују начини на које примарне норме могу непосредно да се установе, уведу, уклоне, промене итд. Зато су секундарна правила важнија од примарних. Тиме је Харт изменио Келзеново учење: уместо Келзенове фиктивне основне норме (правне), он је право и правни систем засновао на реалној основној норми чије постојање може да се утврди и провери.

Та реална основна норма, односно најважније секундарно правно правило, јесте тзв. „правило признања“ (*the Rule of Recognition*). Оно је најделотворнији лек за отклањање неодређености у систему примарних правила.

Само правило признања сачињава једна или више реално постојећих норми. Оно постоји како у развијеним, тако и у примитивним људским заједницама. Његова улога не састоји се само у томе да служи као мерило за утврђивање правног карактера норми, већ и да буде основ за извођење легитимности и легалности државне власти. Невоља је у томе што Харт не каже потпуно одређено која то све правила сачињавају правило признања. Тај проблем је нарочито уочљив када се ради о правилу признања у примитивним људским заједницама, у којима се и оно мало записаног права утапа у мору неписаних правила чије порекло не мора тачно ни да се зна.<sup>241</sup> Да ли је могуће да у таквим примитивним друштвима правило или неколико правила из којих се састоји правило признања припадају искључиво систему писаног позитивног права? Да ли се сва таква правна правила, једно или више њих, могу сматрати само позитивноправним? Ако је тако, да ли су из састава правила признања намерно изузета природноправна правила? Ако нису, где су? Ако јесу изузета, из чега онда извире позитивно правило признања? Да ли извире из истих таквих старијих правила? Али, из чега извиру та старија правила? Ако се занемари Келзенов одговор, једини преостали могућ одговор је да она извиру из „не-позитивних“ правила, тј. да су она (иако не сва) ипак природноправна.

Иако Харт у свом учењу избегава да дефинише право, може се закључити да и он право сматра системом норми којима се уређује понашање грађана и државних органа.

---

241 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Podgorica 1994, 9–18, 37–38, etc (in Serbian).

Треба барем поменути теорију правног позитивизма Џозефа Раза (*Joseph Raz*), Хартовог ученика и наследника Хартовог славног учитеља Ханса Келзена. У својој књизи *Ауторитет закона: Есеј о љраву и моралности* (*Authority of Law: Essays of Law and Morality*) из 1979. године, Раз се противи коришћењу моралних вредности за објашњење исправности закона. То покушава да објесни тзв. „слабом социјалном тезом“ коју објашњава на следећи начин: „а) Понекад се идентификација неких закона окреће моралним аргументима, али такође и са, б) Идентификација неког закона у свим правним системима окреће се моралним аргументима“. Како би објаснио појам права, Раз затим тврди да се ауторитет закона може идентификовати искључиво из друштвених извора, без позивања на морално образложење. Ово своје гледиште он назива „тезом о изворима“ и предлаже да је било какву категоризацију правила изван њихове улоге ауторитета боље препустити социологији него судској пракси.

Насупрот позитивистичким теоријама које су тврдиле да не постоји неопходна веза између закона и морала, савремене позитивистичке теорије, као што су теорије Џона Гарднера (*John Gardner*) или Леслија Грина (*Leslie Green*), одбацују такве тврдње.<sup>242</sup>

Могуће је говорити и о постојању америчке аналитичке јуриспруденције. И она је усмерена на истраживање правних појмова, система права и њихово упоређивање.<sup>243</sup> Њени најизразитији савремени представници су Лон Фулер, Џон Финис или Роналд Дворкин. Иако се њихове теорије сврставају у групу идеалистичких природноправних теорија процедуралног карактера, оне то нису потпуно јер садрже и елементе реалистичких правних теорија. Због тих елемената, али уз извесне резерве, оне могу да се сврстају у групу теорија сличних савременој енглеској аналитичкој јуриспруденцији.

## 1.5. Амерички правни реализам

Амерички правни реализам представља другу варијанту аналитичких правних теорија унутар правног позитивизма. Његова теоријска и методолошка полазишта садржана су у утилитаризму и прагматизму Оливера Вендела Холмса (*Oliver Wendell Holmes*) и еволуционизму и социолошкој јуриспруденцији Роска Паунда

---

242 Вид. J. Raz, *Authority of Law: Essays of Law and Morality*, Oxford 1979.

243 Вид. A. J. Sebok, *Postivism in American Jurisprudence*, Cambridge 1998; *Америчка јуриспруденција XX века*, зборник радова, Сремски Карловци 2006.

(*Roscoe Pound*). За Холмса, „Предвиђање како ће судови стварно да поступе и ништа више, јесте оно што ја сматрам правом“. Мерило позитивности права је оно што судови чине, пошто судије морају да примењују само живо право или да га стварају у случају правних празнина. За Паунда, пак, право је „искуство развијено разумом“, које у облику пресуде дејствује у пракси. Ипак, амерички правни реализам није „ни кохерентан интелектуални покрет, нити конзистентна правна школа“, већ пре једно „мисаоно опредељење“,<sup>244</sup> настало 1930. године у Америци када је Карл Лјуелин (*Karl Nickerson Llewellyn*) први најавио, а Џером Франк (*Jerome Frank*) први тако назвао овај правни правац.<sup>245</sup>

Заједничку карактеристику америчког правног реализма према Лјуелину чини схватање права као нечег променљивог, због његовог судског стварања. Право се такође схвата и као средство за постизање конкретних циљева упркос томе што се мења спорије од друштва. То омогућава да се закључи како су „треба“ и „јесте“ у њему јасно разграничени. С друге стране, реалисти немају поверење у традиционалне појмове и правне норме, јер сматрају да они нису одлучујући за стварање судских одлука, које су саме по себи (*a priori*) рационализоване. Због тога се реалисти залажу за груписање случајева и ситуација у уже групе и врсте уместо груписања норми и наглашавају потребу да се вреднује свако дело права према могућим и произведеним последицама. Доследно томе, право за Лјуелина није само оно што раде судови већ и оно што раде други ауторитети (шериф, адвокати, управници затвора).<sup>246</sup>

У развијању истих идеја даље од Лјуелина је отишао Џером Франк. Он је тврдио да израз „право“ треба да престане да се употребљава, као што је својевремено Келзен предлагао за израз „извор права“, пошто су судске и одлуке других ауторитета у тој мери „креативне“ и „арбитрарне“ да доводе до тога да исто право означава различите ствари. Због тога је тврдио да је појам права излишан. Франк је претерао и са применом психоаналитичког приступа у праву, заснованом на учењима Сигмунда Фројда (*Sigmund Scholomo Freud*) и Теодора Адорна (*Theodor W. Adorno*). Тај правац је данас познат као „психоаналитичка јуриспруденција“. Такође,

244 Нав. према: Г. Вукадиновић, *Теорија државе и права II*, 73–74.

245 Вид. К. Llewellyn, „A Realistic Jurisprudence – The Next Step“, *Columbia Law Review*, April 1930; J. Frank, *Law and the Modern Mind*, London 1930.

246 М. Ивовић, *Осмишљавање права, његов карактер, однос и везе са стварањем права*, Београд – Подгорица 1994, 101–103.

развио је теорију у којој је оспоравао извесност и предвидљивост као својства права.

Због таквог приступа и ставова Франково учење је критиковано од стране бројних правника. Издваја се критика Норберета Бобиа (*Norberto Bobbio*). Бобио је нарочито критиковао Франков став о извесности као миту.<sup>247</sup> Он најпре истиче да залагање за извесност у праву није ново, већ да је стварно нова само Франкова непопустљивост којом обесмишљава појам извесности. Извесност је стање права. Њу не треба схватити као несрећу и недостатак, него као друштвену вредност у смислу да је право живо, покретљиво и променљиво. Одбацити извесност права значи укинути једнакост људи пред законом и оставити човека без одбране пред арбитрарношћу власти. Извесност захтева да су претходно створене опште норме које одређују понашање и предвиђају последице у случају њиховог непоштовања. Она захтева и претходно постојање обавезе судије или неког другог примењивача права да своју одлуку заснује на општој норми.

Бобио такође замера Франку што му полазну тачку представља појам спора, а не понашање субјеката у складу с правом. То значи да је Франк у свом учењу предност давао секундарној ефикасности норми из којих је изводио закључке о праву. Тиме је показао да је потпуно занемарио примарну ефикасност норми која се састоји у понашању субјеката по диспозицији. На крају своје критике, Бобио оцењује да су Франкове идеје, покренуте новим открићима у психологији, ништа друго до једно обично „испољвавање позитивизма“.

Свестан претераности своје тврдње о излишности израза право и сам Франк се на крају приклонио схватању да је право „одлука суда“.

Укратко приказан покрет америчких реалиста је доживео свој највећи процват средином XX века у радовима Џона Чипмена Греја (*John Chipman Gray*), Феликса Коена (*Felix S. Cohen*), Вилијама Дагласа (*William O. Douglas*), Валтера Кука (*Walter Wheeler Cook*), Хесела Интеме (*Hessel Yntema*) и других, који су појам права одређивали у духу претеча и оснивача реализма. На пример, Џон Чипмен Греј је право сматрао „скупом правила која стварају судови“,<sup>248</sup> упркос томе што један његов важан део ствара законодавац.

---

247 Вид. N. Bobbio, „La cartezza del diritto e un mito?“, *Rivista Internazionale de Filosofia del diritto*, 1/1951, 146 и даље.

248 J. Ch. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, New York 1938, 135. Нав. према: Г. Вукадиновић, 75.

Амерички правни реализам је дао запажен допринос правној науци, посебно проучавајући дејство судских пресуда и других правних одлука у пракси. Такав учинак је скупо плаћен, јер су зарад тога занемарене хуманистичка, аксиолошка, етичка, компаративна и историјска страна права. Ти недостаци су нужно довели до настанка нових праваца и оријентација, као што нпр. је случај са социолошки оријентисаном америчком јуриспруденцијом Џона Дјуија и Роска Паунда.

## 1.6. Скандинавски правни реализам

Скандинавски правни реализам, за разлику од америчког који се данас пре може сусрести у музеју него у животу, мање је усмерен ка правној пракси, а више ка теоријским истраживањима права. Али, то не значи да су његова претеривања мања, већ само да су другачија. Иако усмерен ка теоријским истраживањима, и за њега је карактеристично одбацивање идеје природног права, позитивистичких поставки о вољи државе, законодавца, субјективних права, правних обавеза итд. Његове присталице право објашњавају искључиво емпиријски, као фактицитет лишен сваке метафизичке или нормативистичке примисли.

Најистакнутији представници овог строго реалистичког, а у суштини позитивистичко-емпиристичког правца: Аксел Хегерстрем, Вилхелм Лундстет и Алф Рос, уз Карла Оливеркрону (*Karl Hans Knut Olivecrona*),<sup>249</sup> који је заслужан за објављивање неиздатих списа свог учитеља Аксела Хегестрема, истовремено су његови најуспешнији заговорници. Посебно су шведски филозоф Аксел Хегерстрем и дански филозоф и правник Алф Рос, као истински оснивачи овог правца, настојали да „спрече негативан утицај који је метафизика имала на правно мишљење и да обезбеде сигурну филозофску основу за научно сазнање права“.<sup>250</sup>

Један од оснивача школе скандинавског правног реализма, шведски филозоф Аксел Хегерстрем (*Axel Hägerström*), сматрао је да постоје само искуствени свет и стварност, састављени из бескрајног броја чињеница, из чега је закључио да се свет и свако сазнање морају посматрати само са становишта тих чињеница (факата): „свет се у простору и времену састоји од случајних пра-

---

249 Вид. К. Н. К. Olivecrona, *Law as Fact*, London 1971.

250 Ј. Бјаруп, „Филозофија скандинавског правног реализма“, реферат на међународном скупу: *Евројска заједница народа и универзалне вредности*, Сремски Карловци 2008, 7.

вилности између ствари и догађаја и апсолутно је лишен вредности које би се могле повезати са епистемолошким ставом да се стварност може сазнати помоћу искуства<sup>.251</sup> Сагласно са тим, и само право представља „скуп правила која показују односе реалних снага, стварни положај људи и група, односе друштвене реалности“. Та правна правила само својом реалном садржином сачињавају „саставни део друштвеног живота и уређивања политичке заједнице“.<sup>252</sup> Говорећи, пак, о позитивном праву, Хегерстром каже: „Позитивно право није изјава воље од стране државе, пошто држава као таква нема воље, нити је оно ауторитативно прописивање субјективних права и дужности сваког лица. Оно је само један систем правила за тзв. органе државе – који су сами одређени правилима – један систем правила који се актуелно остварује. Објашњење законских прописа путем свести о праву погрешно је зато што је ова свест сама по себи контролисана од стране интереса у друштву или интереса неке класе, која је, дакле, у крајњој анализи за њу одређујућа.“<sup>253</sup> Тиме је Хегерстром унапредио „натуралистички приступ који одређује позитивно право као систем правила у смислу бихејвиористичких правилности између људи, а правно знање као емпирички увид у случајне односе између правила регулативе и људског понашања“.<sup>254</sup>

Други скандинавски фактициста Вилхелм Лундстет (*Anders Vilhelm Lundstedt*) такође одбацује изразе „правда“, „природно право“, „позитивно право“ као „празне речи“, и предлаже да се то учини са појмом права. Уместо њих, требало би увести у употребу изразе „правна машина“, „правна машинерија“, „правни механизам“ итд., којима би се снажније изразила искуствено проверљива и знању доступна веза права и чињеница. По Лундстету, право је „увек и по свему фактичко стање и збивање, један фактички поредак ствари смештених у постојећој друштвеној реалности“, односно „један фактицитет и ништа више. Тај фактицитет је уобличен као одређена машинерија. И тек ако та машинерија представља нешто различито од државног апарата и друштвеног поретка – добија се фактицистички појам права са одговарајућим својствима“.<sup>255</sup> Невоља са Лундстетовим учењем је у томе што тада право

251 *Ibidem*.

252 С. Врачар, „Аксел Хегерстром као оснивач скандинавског правног реализма“, *Зборник за теорију љрава*, САНУ, III, Београд 1987, 227.

253 С. Врачар, „Аксел Хегерстром као оснивач скандинавског правног реализма“, 230–233, 236.

254 Ј. Бјаруп, 7.

255 С. Врачар, „Правни фактицизам Вилхелма Лундстета“, у: С. Врачар, *Структуралности филозофије љрава*, Нови Сад 1995, 176–199–201, 239–240.

не може да се разликује од других „фактицистичких“ појмова, пошто се мерило за разликовање права налази изван чињеница (фактицитета).

Трећи скандинавски фактициста и оснивач школе скандинавског правног реализма, Данац Алф Рос (*Alf Niels Christian Ross*) сматра се заговорником новог (синтетичког) правног реализма, проистеклог из његове усмерености ка логичком емпиризму и аналитичкој филозофији. Иако под утицајем Хегерстремовог учења, Рос је као Келзенов ученик истовремено био добро упућен у учење свог чувеног учитеља-нормативисте. Из тог споја је проишло и његово најпознатије дело *О праву и правди (On Law and Justice)*,<sup>256</sup> у коме је показао свој доследан емпиристички и психологистички приступ појму права. Рос тврди да проблем дефинисања права у правној теорији практично не постоји, као и да се правна теорија мора односити само на скуп норми неке конкретне земље (право као скуп норми Данске, Шведске итд.). За њега као правног реалисту, главни правни проблем је садржан у питању: шта је важеће право? На то питање, он одговара: право је однос правне норме и силе који „лежи у чињеници да се правне норме тичу примене силе, а не да су подржане средствима силе“.<sup>257</sup> Полазећи од важећег права неке конкретне земље, Рос је затим одредио појам самог права: право је чињенични однос норме и силе, а не скуп норми снабдених санкцијом државе. Такав Росов реалистичко-натуралистички приступ треба схватити озбиљно, иако он не оставља простор за нормативност права и правно знање у смислу разлога за акцију и веровање.

## 2. Социолошке правне теорије

Да је социолошка мисао о праву веома стара, показује изрека римских правника: „Где је друштво, тамо је право“ (*Ubi societas, ibi ius*). Ипак, уобличена и систематски изложена, модерна социолошка правна мисао сусреће се тек средином XIX века, када су се појавиле социолошке правне теорије. Оне представљају велики напредак за научно одређивање појма права, јер се право посматра као друштвена појава, а његова суштина тумачи деловањем друштвених чинилаца. За њих је карактеристично оспоравање

---

256 Вид. А. Ross, *On Law and Justice*, London 1958.

257 А. Рос, *Право и правда*, Београд – Подгорица 1996, 34, 53.

легалистичког волунтаризма и нормативистичког раздвајања друштвених односа од норми уз истицање права као скупа норми или односа који се стварно примењују. Социолошке теорије право везују искључиво или претежно за друштво, а не за државу, сматрајући да је држава само једна важна друштвена појава.<sup>258</sup>

## 2.1. Органско-биолошко правно учење

У XIX веку, у једној епохи када су успеси биологије и те како утицали на целокупну филозофију и све друштвене науке, створене су многобројне органско-биолошке теорије о држави и праву, чији су најпознатији представници Карл Кристијан Фридрих Краузе, Херберт Спенсер, Карл Шефле, Јохан Каспар Блунчли и Ото Гирке. До њиховог настанка је дошло захваљујући осамостаљивању биологије и њеном стицању места основне науке. То је довело до другачијих схватања и учења у биологији и другим наукама, укључујући и науку о држави и праву. Ова учења, често изложена у облику различитих органских и органицистичких теорија о држави и праву, почивају на идеји да у друштвеном, политичком и државно-правном животу људи важе исти основни закони као и у биолошком животу органског света уопште. Међутим, такав „државно-правни организам“ се разликује од обичних организама по томе што се не састоји из ћелија, несамосталних делова обичног организма, већ из релативно самосталних индивидуа. Али, и та самосталност је само привидна, тј. релативна, јер, као што ћелије једног обичног организма не могу да опстану једна без друге, тако ни индивидуе у људском друштву не могу да опстану без веза са другим индивидуама. Најдоследније присталице органско-биолошких теорија у аналогјама између организма, друштва и државно-правног поретка отишле су толико далеко да су чак утврђивале који органи или делови у друштву или државно-правном поретку одговарају одређеним органима или деловима у природним организмима. Због тога се ова крајња варијанта органских теорија сматра пре *органицистичком*. По њој, развитак најразличитијих држава и права представља само кружно понављање истих појава које су се већ догодиле у ранијим друштвима.

Једну од првих и најпознатијих модерних социолошких теорија представља умерено органско-биолошко правно учење Ота Гиркеа о удружењу као обрасцу друштвеног права. Гирке налази да је право „посвећено убеђење заједнице“. Зато свака органска заједница

---

258 Р. Лукић 164–167.

има своје обичајно право. Њега законско право само надограђује. Према Гиркеу, а то је његов основни социолошки став, организоване друштвене групе могу да буду „удружене“ или „хијерархијски“ распоређене. На тој основи је Гирке створио једну врсту социјалне филозофије, према којој у свим корпорацијама доминирају „идеја удруживања“, „унутрашње јединство над и у противречностима“ и „независност у односу на све друге правне субјекте“.<sup>259</sup>

## 2.2. Школе циљне, интересне и вреднујуће јуриспруденције

Прву значајну модерну социолошку теорију у етатистичком облику *циљне јуриспруденције* изложио је у другом делу свог живота Рудолф фон Јеринг. Његово правно учење представља једну врсту компромиса и премошћавања јаза између догматског и социолошког схватања права. Иако Јеринг у своја два главна дела (*Борба за њраво /Der Kampf um's Rechts/* и *Циљ у њраву /Der Zweck im Recht/*)<sup>260</sup> право одређује као скуп „државних правила“, он оспорава став да правници као тумачи и примењивачи правних правила не треба да се упуштају у испитивање друштвених узрока и последица које норме производе. Такав свој став Јеринг заснива на тврдњи да су сва људска понашања, па и она у праву, нужно усмерена ка одређеним циљевима који се остварују у облику сарадње или сукоба интереса. Тек када закаже морални осећај дужности, држава својим правилима и претњом употребе силе нагони сукобљене стране да не оштећују интересе других или друштва у целини. Доследно томе, Јеринг право везује за државу и одређује га као „облик осигурања животних услова друштва посредством принудне моћи државе“. Право је једна посебна „техника“ којом се разрешавају сукоби интереса и усмерава „разумни егоизам појединаца“<sup>261</sup> тако да од њега имају највећу могућу корист други припадници друштва. Да би могли успешно да користе ту технику у законодавству и судству, правници морају добро да познају интересне односе и да стваралачки проналазе најпогоднија решења за помирење интереса појединаца и заједнице унутар законских оквира.<sup>262</sup> Своје учење Јеринг је засновао на „истини“ да је „циљ

---

259 О. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Berlin, 95.

260 Вид. Р. Јеринг, *Борба за њраво*, Београд 1874 (1998) и *Циљ у њраву*, I–II Београд 1894–1895 (Београд – Подгорица 1998).

261 Р. Јеринг, *Циљ у њраву*, 78–79.

262 *Ibid.*, 191–192.

творац целокупног права“ као и да не постоји ниједна правна тврдња која се не заснива на циљу, тј. једном практичном мотиву. По њему, ништа се у праву не може разумети ако се запоставе његова сврховитост, интересна и конфликтна природа. Норме јесу главни предмет занимања правника, али само када служе интересима и када решавају сукобе интереса.

Јерингово учење је убрзо прерасло у тзв. *школу инџересне јурисџуденџије* која се у Немачкој супротставила школи тзв. појмовне јурисџуденџије, којој је припадао и сам Јеринг у првом делу свог живота и стваралаштва. Најпознатији представници ове школе, Филип фон Хек (*Philip von Heck*) и Макс фон Римелин (*Max von Rümelin*), супротстављали су се догматизму и формализму школе појмовне јурисџуденџије и истицали (у духу каснијег Јеринговог учења) да правници не могу добро да врше свој посао служећи се само логичким поступцима дедукџије и комбиновањем појмова изведених из општих правних норми. Правници морају да решавају спорове сазнавањем и мерењем конкретних спорних интереса, као и опредељивањем „за“ и „против“ неких од њих, полазећи од друштвених циљева садржаних у општим нормама, па чак и изван њих. На пример, Филип фон Хек у својој књизи *Тумачење закона и инџересна јурисџуденџија* (*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*) каже да првенство логике „мора бити замењено првенством проучавања и вредновања живота“,<sup>263</sup> док се главни задатак правне науке мора састојати у „истраживању интереса“ и њиховом „повезивању са правним начелима“ (Макс фон Римелин).<sup>264</sup>

После Хека и Римелина почиње трећи правац, познат као *вреднујућа јурисџуденџија* („јурисџуденџија вредновања“ или „тибингеншка школа“), чији су најпознатији представници Хајнрих Штол (*Heinrich Stoll*) и Рудолф Милер-Ерџбах (*Rudolph Müller-Erzbach*). Према њима, свако правно правило, а посебно правно начело (које се „заснива на закону, обичају или делатности суда или правне науке“), посредно садржи „вредносну оцену о интересним контрадикторностима које чине његову основу“. Норма не настаје „неким механичким процесом из сукоба интереса, као резултанта сукобљених интереса која се успоставља сама од себе, већ решење правног проблема зависи од вредносног суда коме ће

---

263 Ph. von Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914. Нав. према: N. Visković, 110.

264 Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 164–166.

се од сукобљених интереса дати предност“.<sup>265</sup> Школа вреднујуће јуриспруденције је до данас задржала свој утицај у немачкој правној науци упркос томе што је својим учењем увела вредносни релативизам у праву.

### 2.3. Школа слободног стварања права

У истицању потребе за признавањем стваралачке улоге друштвених субјеката, а нарочито судија, још даље је отишла Школа слободног стварања права. Настала је у Немачкој на прелазу XIX у XX век. Њени најпознатији представници Херман Канторовиц (*Herman Kantorowicz*) и Еуген Ерлих (*Eugen Ehrlich*), као и друге присталице ове школе, напустили су етатистички приступ испитивању правног живота и закључили да у сваком друштву, поред законског права, постоји и тзв. „слободно право“ које је производ јавног мњења, судских пресуда и правне науке. Према Херману Канторовицу, оно не само што постоји независно од државе, пошто за њега више није важна примена државне санкције, већ вреднује, допуњава, развија, па чак и укида законске и друге државне норме.<sup>266</sup>

Канторовицове ставове је проширио Еуген Ерлих, по коме се то слободно и спонтано право састоји из друштвених, тј. недржавних правила, која уређују важне међуљудске односе у редовним животним приликама. Тежиште развоја права више није у законодавству, правној науци или судским пресудама, већ у самом друштву, у коме нормативна правна свест настаје непосредним заједничким животом људи. То друштвено право, које у себи садржи бројне установе спонтаног и плуралистичког „живућег“ права (од брака и породице, поседа и удружења, до друштвеног осећаја праведности), оснажено је државним нормама тек када дође до таквих сукоба који се њиме више не могу решити. Тада се покрећу правни спорови, што према присталицама школе слободног права показује да је законско право пуно правних празнина. Правни спорови и правне празнине, пак, присиљавају судије да одлучују више према правилима друштвеног права, позивајући се на свој осећај правичности, него према правилима државног права.

---

265 *Ibid.*, 166–169.

266 Вид. Н. Kantorowicz, *The Definition of Law*, Cambridge 1958. и *Борба за људску науку*, Београд 2006.

За Канторовица и Ерлиха, као и за друге присталице школе слободног стварања, право сачињавају норме разноврсних друштвених удружења. Те норме настају из различитих друштвених ситуација за које чланови групе везују нормативне последице и стварају „живо право“, тј. спонтан и миран поредак вољом појединаца и колектива. Управо то живо право успоставља сарадњу у оквиру различитих удружења и утврђује односе на којима почива друштвена организација групе. Тиме присталице ове правне школе одбацују три традиционална суштинска елемента права: да је право створено од државе, да чини основ судских одлука и да је основ принудног извршења. Али, постојање друштвеног права не чини излишним постојање државног права као „секундарног поретка“. Државно право обезбеђује функционисање јединственог унутрашњег поретка друштва постављањем општег права. Оно пружа заштиту друштвеном праву као „примарном поретку“ и омогућава му да изнова успостави друштвену равнотежу и сагласност.<sup>267</sup>

Школа слободног стварања права није довела у сумњу само довољност државних закона, због заостајања законског права за животом, већ је судијама дала превелику слободу да спорове решавају „поред“ закона (*praeter legem*) или чак „насупротив“ закону (*contra legem*). Закључци школе слободног стварања права нигде нису испробани на начин који су предлагале њене присталице, али је она корисна као нека врста одговора на претеривања догматичког позитивизма. Суштина је у следећем: право треба да се прилагођава животу, а не живот праву.

За разлику од присталица школе слободног стварања права који су претерано проширили појам права, средином XX века у Америци се појавио још један сличан облик социолошког схватања права под називом *социологијазам*. Он представља крајњу варијанту социолошких теорија „надахнуту“ потребом да се „реалистички“ испита право из чијег се појма потпуно искључује његова нормативна страна. Карактеристичан пример таквог претеривања представља учење Питирима Александровича Сорокина (*Питирим Александрович Сорокин*) који је истицао да право није систем правила, већ систем стварног понашања људи у друштву. Није успео успешно да одговори на основу ког мерила би могли да се разликују и разврстају стварна понашања људи која јесу од оних која нису правна. Какогод, Сорокин је сматрао да правник треба да гледа у стварност, а не у норме, док правна наука треба

---

267 E. Ehrlich, *Fundamental Principles of Sociology of Law*, Cambridge 1936, 79 и даље.

да се бави описивањем фактичких понашања, а не истраживањем норми.<sup>268</sup> Тако се у његовој социолошкој анализи растворио нормативни појам права, исто као и појам правне науке.

Насупрот таквим претеривањима, постоје умереније, уравнотеженије и разложније социолошке теорије које суштину права налазе у томе што у њему препознају инструмент који треба да обезбеди ред и мир, а тиме опстанак и напредак друштва. Али, пошто у друштву долази до оштрих сукоба, држава сваком намеће правила и стара се о заштити општих и посебних друштвених интереса. Тако су настале бројне солидаристичке и класне социолошке теорије које објашњавају улогу и однос друштвеног и државног права у друштву.

## 2.4. Солидаристичка правна теорија

Једну од најпознатијих солидаристичких теорија представља правна теорија Леона Дигија, великог противника либералистичке теорије друштва и етатистичке теорије државе и права. Полазећи од идеја Емила Диркема (*Emile Durkheim*) о друштвеној подели рада<sup>269</sup> и других заговорника солидаристичке идеје (Луја Буржоа *Louis Bourgeois* и Шарла Гидеа *Charles Gide*), Диги је своје правно схватање засновао на идеји друштвене солидарности. Он је основ друштвеног поретка пронашао у подели рада и органској солидарности, тј. људској међузависности која се у свести људи спонтано претвара прво у морална и економска, а затим у правна правила. Према њему, у праву постоји једно социолошко двојство истинског, објективног, друштвеног права, и државног, позитивног права. Друштвено право ствара маса. Будући да друштвено право проистиче из друштва (јер је човек друштвено биће подређено друштвеном праву), оно управља целовитим човеком. Државно право, пак, само разрађује и остварује друштвено право. Предмет друштвеног права у друштвима са системом позитивног државног права представља поштовање индивидуалне аутономије, али само ако је она елемент друштвеног живота.<sup>270</sup> Када то није случај, тј. када је државно право супротно друштвеном праву, тада људи имају право на побуну и револуцију. Чак и правни систем одговара стварности само када може да створи и

---

268 Р. Лукић, 166. Вид. П. Сорокин, *Друштвена и културна динамика*, Београд – Подгорица 2002.

269 Вид. Е. Диркем, *О друштвеној подели рада*, Београд 1975.

270 L. Duguit, *Traité du droit constitutionnel*, I том, Paris 1927, XIX.

санкционише правила која обезбеђују задовољавање нужних људских потреба, јер је и он производ тих потреба. У противном, када то није случај, правни систем постаје вештачка творевина законодавца или правника лишена вредности и снаге.<sup>271</sup> То је сасвим у складу са Дигијевим учењем по коме држава више није суверена власт која заповеда, већ јавна служба.

Оно што Леона Дигија чини посебним међу другим великим француским правницима (Франсоа Жени /*François Génys*/, Гастон Жез /*Gaston Jèze*/, Морис Орију /*Maurice Hauriou*/, Луј ле Фир /*Luis le Four*/, Жорж Бартелеми /*Georges Barthélemy*/, Алојз фон Бринц /*Aloys von Brinz*/, Анри Капитан /*Henri Capitant*/, Рејмонд Салеј /*Raymond Saleilles*/, Пјер-Базил Мињо /*Pierre-Basile Mignault*/ и други), јесте то што је достигавши вртоглаве висине правничког знања својом научном одважношћу те висине још више уздигао. Жени, Жез и други француски правници су успели, свако на свој начин, да правну науку обогате, али само у једном њеном важном делу. Само је Диги успео да смисао права и правне науке подигне на такву научну раван са које као да ништа више не изгледа исто.

## 2.5. Теорије социјалног плурализма

Оригиналну социолошко-психолошку правну теорију, засновану на идеји правног плурализма, развио је први или међу првима Лав Петражицки (*Law Petrazycki*). Према њему, право је производ свести, једно индивидуално-психолошко искуство. Оно постоји као мноштво правних искустава, тј. као производ емоција и интуиције. То право Петражицки назива „индивидуалним искуством“, тј. „интуитивним правом“. Интуитивно право се појављује спонтано, настаје непосредно из свести појединца и испољава се изван државе у индивидуалној психи и колективном искуству. Петражицки се на тај начин супротставио схватањима која подвлаче јединство права заснованог на државној принуди. Он је истицао спонтаност и интуицију као пресудне чиниоце за настанак, објашњење и одређивање социјалног права.<sup>272</sup>

Идеју социјалног права, ослобођену „субјективистичких и психолошких предрасуда“, посебно је развио и афирмисао у правној науци Жорж Гурвич, духовни ученик Лава Петражицког и

---

271 Л. Диги, *Преображаји јавној љрава*, 35–36.

272 Вид. Л. Petrazycki, *Law and Morality*, Cambridge 1955. и *Теорија љрава и морала*, Београд – Подгорица – Сремски Карловци 1999.

академски наследник Емила Диркема.<sup>273</sup> За Гурвича, социјално право проистиче из колекивног осећаја који он назива „Ми“. То је „друштвено право заједнице, које укључује на један објективан начин сваку активну реалну укупност и које оваплоћује једну изванвременску позитивну вредност“.<sup>274</sup> Оно се извучи директно из те „реалне укупности“ без обзира на то да ли је она организована или неорганизована у циљу да се уреди друштвени живот, што значи да своју обавезну снагу извучи из друштвене групе у којој је настало и интегрисано. Због тога је социјално право интегративно, спонтано, право колаборације и кооперације, које изражава саму суштину демократије. Оно, међутим, престаје то да буде ако организација постане затворена и неприступачна утицају својих припадника, тј. ако постоје само управљачи и они којима се управља.<sup>275</sup> За Гурвича, социјално право у свом првобитном облику претходи свакој организацији групе и не може да буде изражено на организован начин. Изузетак представља случај када се удруживање заснива на праву претходне заједнице (којим је прожето), што значи да и то ново социјално право почива на једнакости и сарадњи, а не на хијерархији и доминацији. Социјално право „у свом организованом облику, обраћа се специфичним правним субјектима – комплексним колективним лицима – која треба једнако разликовати од изолованих индивидуалних субјеката као и од правних лица – једноставних јединица – који апсорбују умноженост њихових чланова у јединственој вољи корпорације или установе“. Његово постојање захтева плуралитет друштвених стваралаца права. Ти различити центри друштвеног права могу да буду изнад државе (међународна тела и организације) или подређени држави (синдикати, кооперације, трустови, фабрике, цркве, децентрализоване јавне службе, међународне организације итд.).

На тој основи Гурвич ствара своју познату типологију права, у којој, поред државног права, постоје и три врсте социјалног права. Прво је социјално право у чистом и независном односу спрам државе. Оно своју интегративну улогу остварује без ослонца на државну принуду (међународно право, црквено право, право различитих економских група итд.). Друго је социјално право у чистом и зависном односу од државе. Оно је интегриса-

---

273 Вид. G Gurvich, *L'idée du droit social*, Paris 1932; *L'expérience juridique et la philosophie du droit*, Paris 1935; *Социологија права*, Београд – Подгорица 1997.

274 G. Gurvich, *L'idée du droit social*, 15.

275 *Ibid.*, 16.

но у оквиру државне организације и представља противтежу државном праву, иако своју интегративну улогу остварује ослоном на државну принуду (синдикално право, трговачко право, право професионалних организација итд.). Треће је социјално право као придружено друштвено право и као децентрализована сфера јавног права (право локалних колективитета, децентрализованих јавних служби итд.).<sup>276</sup> Такав правни плурализам Гурвич не сматра противречним, јер се „јединство права афирмише на чисто иманентан начин и остварује у плурализму једнаких нормативних факата и различитих средишта правног искуства. Јединство је својствено тој различитости, то је последња реч теорије плуралистичких извора права“.<sup>277</sup> Слично као Гурвич, и Роберт Лаун у постојању социјалног правног плурализма препознаје најзначајнији чинилац демократизације друштва.<sup>278</sup>

## 2.6. Социјално-антрополошки правни плурализам

Антропологија или наука о човеку представља збирни назив за холистички засновану науку која проучава порекло људи, њихове обичаје, веровања или друге друштвене и културне обрасце, нарочито њихове сличности и различитости. Њен основни циљ је истраживање дубинских слојева културе, друштва и људског понашања на основу претежног истраживања и анализирања образаца локалног начина живота.

Као научна дисциплина појављује тек у XVI веку, од када се постојано развија и разграђава, све док у другој половини XIX века није уобличена у модерном смислу као самостална дисциплина. Али, од ње је неупоредиво старија антрополошка мисао која досеже до самих почетака људске цивилизованости. Такође, од антропологије су неупоредиво старија и антрополошки надахнута учења о праву која су се упоредо развијала с том мишљу. Сусрећу се већ у тзв. антрополошком периоду античке грчке мисли (од V века пре н. е.).<sup>279</sup> За тај период је карактеристично учење да закон треба да развија „природан дар“ човека за право (Протагора /*Protagoras*/). Карактеристично је и непосредно разма-

---

276 *Id.*, 46–95.

277 *Id.*, 80–81.

278 Вид. R. Laun, *L'autonomia del diritto*, II, Padova 1931.

279 Вид. E. J. Lampe, *Rechtsanthropologie. Entwicklung und Probleme*, Stuttgart 1985; М. А. Перовић, *Историја филозофије*, Нови Сад 1994.

трање правно-политичких и правно-етичких питања, укључујући питања универзалне светске државе (Хрисип /*Chrisippus*/ и други стоици), могућности људског разума да буде мерило свих закона уместо космичког закона (Цицерон) итд.

Одговори античких филозофа сматрани су тачним све до друге половине XVIII века, кад су се антрополози приклонили учењу Шарла Монтескјеа, по коме право представља чинилац „одређеног политичко-социјалног система, на чије формирање неминуовно утичу климатски, топографски, историјски, традицијски и други услови“.<sup>280</sup> На трагу Монтескјеовог антрополошког правног схватања, Алберт Херман Пост (*Albert Hermann Post*) је први употребио израз *еџнолошка јурисџруденџија*.<sup>281</sup> Истом правцу припадају Хенри Мејн (*Henri James Sumner Maine*), Јохан Бахофен (*Johann Jakob Bachofen*), Лесли Вајт (*Leslie Alvin White*) и Хенри Луис Морган, познат по својој тврдњи да се развој човечанства одвија од „дивљаштва преко варварства до цивилизованости“,<sup>282</sup> а код нас Валтазар Богишић и Јован Цвијић.<sup>283</sup> Каснији писци-неоеволуционисти (нпр., Е. Адамсон Хабел /*E. Adamson Hoebel*/) покушали су да открију и разраде „развојне линије права“ и културног развитка друштва. Таква спекулативност је под снажним утицајем еволуционистичке идеје Чарлса Дарвина нешто касније преобраћена у њену супротност захваљујући културно-антрополошком учењу Хенрија Боаса, који се може сматрати утемељивачем културног релативизма. („културе нису ни *џримџијивне* ни *наџредне*, већ различите по својој природи“).<sup>284</sup> Укрштањем ове две струје настао је правно-антрополошки функционализам (Бронислав Малиновски (*Bronisław Kasper Malinowski*), Алфред Редклиф-Браун /*Alfred Reginald Radcliffe-Brown*/) који је првенствено био усмерен на истраживање како право „практично функционише“. Заснивао се на идејама да је свака култура хомогена, да право (државно и аутономно) усмерава друштвени живот у заједници и да представља средство за отклањање сукоба у њој (Леополд Поспишил /*Leopold J. Pospisil*/).<sup>285</sup> Једно је сигурно: ни до данас међу писцима нису разрешена нека суштински важна, претход-

280 Г. Вукадиновић, Р. Степанов, *Теорија џрава I*, 79.

281 Вид. А. Н. Post, *Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz*, Oldenburg 1886.

282 Нав. према: Г. Вукадиновић, Р. Степанов, 80.

283 Вид. Н. Маргиновић, *Валџазар Боџишић*, Цетиње 1958; Ј. Цвијић, *Из друшџивених наука*, Београд 1965; М. Симић, *Из историје срџске џравне мисли*, Ниш 1997.

284 Г. Вукадиновић, Р. Степанов, 81.

285 *Ibid.*, 83.

на питања предметне и методолошке одређености ове дисциплине. Карактеристична су следећа: да ли је антропологија права (са правном антропологијом) општа, универзална (Џозеф Раз: сва друштва морају да имају право, али сва не морају да имају развијено право) или локална („парохијална“) дисциплина (Роналд Дворкин: право се разликује од места до места, од времена до времена); да ли право може да има било какву садржину будући да не постоје никаква правила са истоветном садржином за сва друштва (Ханс Келзен, Пол Бохенен /*Paul Bohannan*/) или таква правила ипак постоје, имајући у виду „универзална обележја људске природе“ (Херберт Харт, Макс Глукман /*Max Herman Gluckman*/).<sup>286</sup>

Постоји још једно методолошко размимоилажење од чијег решења зависи практичан одговор на питање: „да ли се тзв. примитивна друштва могу изучавати уз помоћ концепата насталих у развијеним западним друштвима“.<sup>287</sup> Наиме, шездесетих година прошлог века, после тродеценијског затишја, поново је оживљено интересовање за правни плурализам међу савременим социолозима права, посебно америчким, који су истраживали социологију организације и антропологију права. У жижи њиховог интересовања налазио се проблем плуралистичког система права.

Према Вилијаму Евану (*William M. Evan*),<sup>288</sup> познатом америчком социологу права и организације, да би се схватио особен друштвени састав права који се изводи из појма правног система, треба се одрећи етатистичког приступа по коме се право везује за државу и њену принуду. По њему, састав правног система чине два нужна и довољна услова: мноштво правних норми и њима прилагођена улога органа главних власти у држави. Те услове за одређивање плурализма правног система допуњавају мерила јурисдикције и демократичности. Њиховим комбиновањем могу се раздвојити демократски системи јавног и приватног права од недемократских. Ипак, њихова подела је релативна, јер недемократски системи могу да постану демократски, и обрнуто. Еваново учење објашњава савремене потребе интервенционистички усмерене државе, али у исто време критикује крајности у начину њеног функционисања, оличене у претераном етатизму или индивидуализму.

---

286 Вид. М. А. Јовановић, „Правна теорија и антропологија – о неким дисциплинарним тачкама додира“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3/2011, 40–49.

287 *Ibid.*, 34.

288 Вид. W. M. Evan, *Public and Private Legal System, Law and Sociology. Exploratory Essays*, New York 1962.

Према Карлу Лјуелину<sup>289</sup> и Е. Адамсону Хобелу америчким правним социолозима-антрополозима који су се посвећено бавили проучавањем друштвене власти без државе (антропологијом и анатомијом друштвених сукоба), тј. плуралистичком влашћу ослобођеном етатизма позитивистичких правних теорија, погрешно је сводити целокупно примитивно право на тзв. „групно право“. Исто тако, погрешно је сводити модерно право на индивидуалистички схваћено државно право када је све више изражен нови социјални плурализам који је примерен захтевима савременог и све више глобализованог друштва.

И други савремени правни писци одређују нови правни плурализам на различите начине. За једне (Макс Глукман и Пол Бохенен)<sup>290</sup> карактеристично је истицање идеје о постојању мноштва различитих правних поредака унутар истог поретка, тј. „коезистенције различитих норми или правних система у истим или комплементарним политичким и правним пољима“. Такав социолошки обојен правни плурализам доживљава се и одређује као „правни сплет“ настао постојаним укрштањем и слагањем, као појава „надлегалитета“, као „динамички процес неправилне и нестабилне комбинације правних система“, чиме згодно може да се објасни досадашњи наднационални развој система права Европске уније. Други, као Жак Вандерлинден (*Jacques Vanderlinden*), плурализам схватају као примену различитих правних механизма у оквирима истог поретка у истим ситуацијама. Такав правни плурализам се односи на све саставне делове система права: правне установе, гране или области, на основу чега се разликују бројне врсте правних система (паралелни и интегрисани, кумулативни и изоловани, жељени и обавезујући, наметнути и сагласни итд.). Према Вандерлиндену, систем права увек има као циљ успостављање „јединства права“ и „материјалну и психолошку хомогенизацију друштвених група“.<sup>291</sup> Ипак, то јединство је „неоправдано и неправедно“, јер се јединственим системом права „не обезбеђује правда, а ни ефикасност права“, већ надмоћ владајуће групе или равнотежа једнаких друштвених група. Трећи, пак, правни плурализам поједностављују и своде на *неетатистички дуализам* „инфраправа“ (заснованог на веровању, фолклору или чак вулгарном понашању) и „глобализованог савременог др-

289 Вид. К. Llewellyn, „A Realistic Jurisprudence – The Next Step“, *Columbia Law Review*, April 1930; Е. А. Hoebel, *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Oklahoma 1941.

290 Вид. М. Gluckman, *The Judicial Process among the Borotse of Northern Rhodesia*, Manchester 1955; Р. Bohannan, *Justice and Judgement among the TIV*, London 1957.

291 Нав. према: Г. Вукадиновић, 161–162.

жавног права“. На ту страну права пажњу је скренуо Жан Карбоније (*Jean Carbonnier*). По њему, правни плурализам показује да систем инфраправа (правила поткултуре, укључујући чак и права деце) постоји не само изван већ и унутар општег система државног права, чак и када су стара правна правила формално укинута од стране државе.<sup>292</sup> На трагу Карбонијеових антрополошких запажања, Норбер Рулан (*Norbert Rouland*), најзначајнији савремени француски социолог-антрополог, развио је своју оригиналну идеју правног плурализма истражујући рано римско право и рана аутохтона права источних провинција Римске државе како би се објаснили политички и правни циљеви некадашњих колонијалних држава и затечен, невероватно разноврсни плурализам у тадашњим колонизованим друштвима. Најважнији резултат његовог истраживања представља закључак да је римско *ius gentium* створено како би се разрешио плуралистички проблем мноштва правних система.<sup>293</sup> Тај закључак посебно погодује заговорницима наднационалних и међународних интеграција, јер је очигледно да су сва друштва саставно и суштински плуралистичка, као што је случај и са њиховим правима.<sup>294</sup>

## 2.7. Француски правни модернизам

Крајем XIX и у првим деценијама XX века у Француској је настао још један правносоциолошки правац назван француски правни модернизам. Његови представници (Едгар Морен /*Edgar Morin*/ и други, од којих је најпознатији Франсоа Жени), у својим бројним делима интересовање су усмерили на истицање претежне улоге суда и судске праксе, аналитички продубљујући испитивање нормативне делатности и друштвених стваралаца права, а не само државе. Полазећи од идеје преображаја у друштвеним односима они су, као својевремено Диги, Гурвич или Лаун, оспоравали апсолутну сувереност државе и њене правне претензије, нарочито оштро критикујући „фетишизам закона и свемоћ кодекса“.<sup>295</sup> Поред судске праксе, посебно их је интересовало проучавање обичаја као друштвеног извора права.

---

292 Вид. Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Сремски Карловци – Подгорица 1992.

293 Г. Вукадиновић, 162–163.

294 В. Dupret, „What is plural in the law? A praxiological answer“, *Égypte/Monde arabe*, No 1, 2005, 159–172; М. Sharifi, „Justice in many rooms since galanter: de-romanticizing legal pluralism through the cultural defense“, <http://www.law.duke.edu/journals/lcp>, 2008.

295 Г. Вукадиновић, 63–64.

## 2.8. Америчка социолошка јуриспруденција

Као резултат „побуне против формализма“ у праву, и то великим делом под утицајем школе француског правног модернизма, настала је америчка социолошка јуриспруденција. Најпознатији и најзначајнији представник социолошке јуриспруденције, која је у Америци касније прерасла чак у један културни покрет, био је Роско Паунд (*Roscoe Pound*). У његову највећу заслугу се убраја инсистирање да се право проучава у друштвеном контексту. Зато је његова теоријска и практична правничка делатност првенствено била усмерена на три правне теме: социологију правосуђа, теорију социјалних интереса и афирмацију филозофије права.<sup>296</sup>

Паунд је право одредио „као искуство развијено разумом“ видевши у њему средство друштвених промена. Оно се састоји из три основна дела: правног система, тј. „режима усклађивања односа и контроле понашања системском применом силе политички организованог друштва“; ауторитативних основа и смерница за решавање спорова у таквом друштву, тј. „система ауторитативних одредби донетих и примењиваних ауторитативним техникама у светлу или на основи ауторитативних традиционалних идеала“; и „судских и административних процеса“. Доследно томе, „судија ствара постојеће право процесом сталног проверавања начела, правила и стандарда у конкретним случајевима: посматрајући њихово практично деловање и постепено откривајући, на основу искустава многих правних случајева, како би да их примени да би помоћу њих досудио правду“.<sup>297</sup>

Обновивши интересовање за појам „социјалног интереса“, Паунд је успео да обликује социолошку јуриспруденцију. Полазећи као Јеринг, најпознатији представник интересне јуриспруденције, од ставова да су интереси главни предмет права и да је улога права у друштву да задовољи променљиве људске потребе и жеље, Паунд је истицао да је главни задатак „социолошке јуриспруденције“ да схвати и објасни шта право чини и како функционише у друштву. Али, право не ствара друштвене интересе, већ их затиче у друштву као непризнате и незаштићене. Због тога право прописује вредносне стандарде не само да би се одредило који ће интереси бити признати, већ и да би се утврдиле границе заштите

296 Р. Паунд, *Увод у филозофију права*, Београд – Подгорица 1996 и *Јуриспруденција*, I–III, Београд – Подгорица 2000. Вид. Г. Вукадиновић; Р. Степанов: „Паундова афирмација правосудне социологије, плурализма социјалних интереса и правне филозофије“, *Теорија права I*, Петроварадин 2001, 399–409.

297 Р. Паунд, *Јуриспруденција*, II, 397–398 и даље.

правом признатих интереса. На тај начин, сматра Паунд, у сваком конкретном случају могу да се утврде практична ограничења ефективног правног деловања. То је неопходно, јер је „суштинска сврха права да штити јавност и грађане од свих арбитражних и опресивних аката, нарочито од стране оних који имају моћ да угњетавају, застрашују или експлоатишу своје суграђане“.<sup>298</sup>

Социолошки надахнуту јуриспруденцију развијали су и други значајни правни амерички и европски писци (Херберт Спенсер/, Хенри Мејн /*Henry James Sumner Maine*/, Вилијам Самнер /*William Graham Sumner*/, Талкот Парсонс /*Talcot Parsons*/, Фердинанд Тенис /*Ferdinand Tönnies*/, Лудвиг Гумпловиц /*Ludwig Gumplowicz*/, Ото Кирхајмер /*Otto Kircheimer*/, Франц Нојман /*Franz Neuman*/, Жан Карбоније итд.).

## 2.9. Историцистичка социолошка правна теорија

Веома значајан допринос развоју социолошких правних теорија дао је Макс Вебер (*Max Weber*). Он је право испитивао смештајући га у много шири друштвени оквир. Нарочито је разматрао везе права са привредом, религијом, политиком, породицом и другим облицима друштвености у једном најширем могућем историјском процесу развученом од првобитног правног ирационализма до савремене правне рационализације.

У свом познатом делу *Привреда и друштво* (*Wirtschaft und Gesellschaft*), Вебер полази од појма друштвеног односа на основу кога одређује појам права. Право представља „поредак с извесним специфичним јемствима да постоји вероватност да ће тај поредак емпиријски да важи“, односно да постоји „правилност у понашању“. Она за Вебера има основно, а не изведено значење „шансе“, „вероватноће“ с којом се рачуна у односима међу људима.<sup>299</sup> Вебер такође разликује „државно“ од „извандржавног“ права, које располаже средствима принуде, која су чак ефикаснија од принуде коју спроводи држава (искључење из групе, бојкот итд.). На основу тога, Вебер закључује да у друштвима са тзв. „предрационалним“ (древним или примитивним) правом које постоји у теократским, религијским, патримонијалним или сталешким државама готово да нема ни примисли да право може да се ствара експлицитно, тј. свесно и плански. Оно може само да се „открива“,

---

298 Нав. према: Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 117, 403–405.

299 М. Вебер, *Привреда и друштво*, I, Београд 1976, 18, 252–253, 264.

„проналази у светим изворима“ или да се прима од „правних пророка“. Али, савремена држава је већ одавно преузела на себе улогу главног чиниоца рационализације права. Њена улога се састоји у *секуларизацији* (раздвајању и превласти световног над верским у правним пословима), *јенерализацији* (укидању правног партикуларизма и успостављању јединствених основа права националних држава), *уједначавању* и *ишијизацији* (због лакшег правног саобраћања унутар и изван државе), *системаишијизацији* (која треба да изрази свеобухватност права и његовог система), *формализацији* (која треба да обезбеди чвршћу везаност права за форму, ојача и гарантује прихваћена правна правила), *ипрофесионализацији* (која даје посебан замах правничкој професији), *ширењу стијандардизације* и *настијанку истијих или сличних иравних иосијуијака* (што омогућава уједначено поступање у све већем броју случајева у истим стварима), *иозишиивизацији* (без које нема световног приступа стварању и мењању права ослобођеног сакралних „открића“ или „откривења“) и *диференцијацији* (без које не могу да се разликују новија од старијих или боља од лошијих права, укључујући и унутрашњи еволутивни развој сваког конкретног права). Крајњи резултат поступка рационализације представља право у коме владају правна сигурност и једнакост. Без њих, сматра Вебер, уопште не може да се замисли модерно право.<sup>300</sup> Али и такво рационализовано право, примећује Вебер, подржано је снагом монопола физичке принуде којим располаже држава.

На рационализацију права надовезују се *рефлексивности* и *хабишуализација*. Према Веберу, прва се односи на нормирање којим се решава питање на који начин норме треба да буду донете, а не само на питање какве норме треба да буду створене, док се друга односи на претварање спонтаног људског понашања у правно предвидљиве обрасце. Хабитуализација се односи и на такво људско понашање које је предвиђено и припређено употребом државне принуде.

Други значајан представник овог правца је Американац Џон Дјуи (*John Dewey*), у чијем се учењу најлакше препознаје прагматизам као оригинална и најтипичнија америчка филозофска доктрина. По њему, право не може да се разуме, чак ни када је реч о државном праву, ако се не схвати као „заповест“ о понашању. Негујући историјско-социолошко схватање права, Дјуи право првенствено одређује као „потпуно друштвени феномен, у свом настанку, у својој намери или циљу и у својој примени“. Право не може да

---

300 М. Вебер, II, 537–714.

буде „постављено као целина за себе, о њему мора да се расправља само у односу на друштвене услове у којима оно настаје и у односу на то шта на том пољу конкретно ради“. Будући да су „чињенице и друштвени појмови активност, право је развој, ствар која настаје (*thing going on*)“.<sup>301</sup> Из тога следи још једна важна Дјуијева идеја: судски апарат је само једна од многобројних друштвених установа. Његова активност се преплиће са активностима других друштвених институција у истој мери у којој је „образовање правних правила, која следе адвокати и судије, резултат формативног процеса у којем учествује цело друштво у својим политичким, социјалним и економским аспектима, а не представља искључиво дело правника“.<sup>302</sup> Таква Дјуијева социолошка правна мисао садржи снажно филозофско обележје антиформализма.

## 2.10. Марксистичка теорија права

Развитку социолошких правних теорија изван допринос дала је марксистичка теорија права. Заснивала се на тврдњи да је право искључиво класна творевина. Ту тврдњу први су изнели Маркс и Енгелс, а затим су је проносили тумачима њихове мисли (нарочито Лењин). Заједничко им је да друштвени карактер права објашњавају искључиво класном борбом и њеним класним садржајем.

Карл Маркс је анализирао грађанско друштво и право полазећи од тога да буржоазија само у име општих права може да полаже право на општу власт. Закључио је да је човеково право на власништво „право самовољно“ и „право себичности“, које сваког човека приморава да у другом човеку нађе запреку, а не остварење своје слободе. Сматрао је да је илузија да такво право има једнаку важност и вредност за све чланове друштва, „да се закон заснива на вољи“, и то на слободној вољи „отргнутој од своје реалне базе“.

За Фридриха Енгелса право грађанског друштва такође представља несумњиво средство буржоаске класне владавине. За буржоазију „закон је светиња“: „буржуј“ врло добро зна да „чак и ако му конкретан закон шкоди, законодавство штити његове интересе. Закони су нужни само зато што има непосредника“. Мада је то „отворено речено само у мало закона ипак непријатељство закона

---

301 J. Dewey, *The Public and its Problems*, New York 1927, 53.

302 Г. Фасо, *Историја филозофије љрава*, 598.

према пролетаријату лежи колико у целокупном законодавству, толико и у основи да судије, нарочито мировне, који су и сами буржуји и с којима пролетаријат најчешће долази у додир, лако налазе тај смисао у закону“.

Марксово и Енгелсово учење о класном карактеру права, уз инсистирање на заштитању класне борбе, послужило је Владимиру Иличу Лењину као основ за анализирање и критиковање буржоаског права. Према Лењину, напуштање права и законитости показује да је буржоазија престала да буде „прогресивна друштвена снага“. Лењин из тога закључује: „Закони су важни не по томе што су записани на хартији, него по томе ко их проводи. Ако напишете и најлепше и најидеалније законе – ко ће их проводити у живот? Ти исти чиновници, а и они су везани за буржоазију.“<sup>303</sup>

Марксово, Енгелсово и Лењиново схватање права пре може да се наслути него да се одређено и јасно реконструише из њихових радова. Да је лакше критиковати постојеће право него га одредити по мери својих главних замисли, показује и то да право какво су замишљали никада није успостављено. Али, то не значи да није било таквих покушаја, посебно у совјетској теорији, у којој су вођене оштре расправе између водећих совјетских правника првих година по успостављању большевичке власти у Русији. Суштина спора била је у тзв. „идеолошком расцепу“ до кога је међу правницима дошло поводом одређивања места и улоге права после изведене „пролетерске револуције“. Повод расправи била је критика појма „формалне слободе“, а циљ критика „јуридичке концепције света“.

На челу прве струје у тадашњој совјетској правно-политичкој теорији налазио се познати правник Пјотр Стучка (*Пётр И. Стучка*).<sup>304</sup> Према њему, ако је већ и у нормалним временима писани закон далеко од тога да обухвати све постојеће правне одnose, још мање се може очекивати да ће то бити случај за време револуције. Због тога право које се изграђује није „реликт“ нити „буржоаска форма“, већ је „револуционарно право“ нове власти. Истинску окосницу тог новог права чине „револуционарни дух и класна свест“.<sup>305</sup> У исто време, Стучка се залаже за одбацивање сваке теорије која проповеда „немоћ револуционарних закона“ и предлаже „уклањање“ и „протеривање“ свих који се залажу за

303 В. И. Лењин, *Изабрана дела*, X и XIV том, Београд 1960, 410–411, 283–284.

304 Вид. P. I. Stučka, „Revolucionarna uloga prava i države“, у: F. Džinić, *Sovjetske teorije prava*, Zagreb 1984.

305 P. I. Stučka, 127.

„свемоћ револуционарног декрета“ уместо свемоћи закона.<sup>306</sup> Према другом истакнутом правнику и припаднику овог правца, Михаилу Рејснеру (*Михаил А. Рейснер*), аутентично пролетерско право налази се пре у „психолошко-интуитивним сегментима свести“ пролетерске класе. То значи да истицање револуционарног права представља ништа друго него примењивање „буржоаског формализма и јуристике“ и повлађивање „буржоаској традицији“. За Рејснера, право у пролетерској држави губи своја императивна својства и све више постаје садржај људске свести засноване на вредностима тзв. „пролетерског морала“. Право више није потребно – довољни су пролетерски морал и револуционарна свест.

Друга главна струја у совјетској правној теорији залагала се за уношење нових садржаја у већ постојећи облик „буржоаског права“. Следила је Лењинову идеју да пролетаријат буржоаско право треба да користи против буржоазије. На челу те струје налазио се Евгеније Брониславович Пашуканис (*Евѣние Брониславович Пашуканис*), најважнији руски правник социолошког усмерења. Он се залагао за идеју да се право задржи и после револуције као „реликт буржоаског права“, али само као „форма робно-новчаних односа“.<sup>307</sup> Пашуканис је сматрао да је право као „форма“ достигло свој најпотпунији развој управо у буржоаском друштву, због чега тек настанком комунистичког друштва „буржоаска форма права“ треба да одумре. Будући да социјализам представља прелазну фазу, а не целовиту друштвену формацију, Пашуканисов главни проблем био је како да објасни зашто социјалистичко право не може самостално да постоји без те „буржоаске форме“. Он је решење пронашао у праву као систему односа а не норми. По њему, суштина права се налази у робно-новчаним односима размене а не у класним односима.

Пашуканисово оригинално антинормативно и антиетатистичко схватање права убрзо је замењено догматичко-нормативним и етатистичким схватањем. До тога је дошло када је недоумице и расправе поводом одређивања појма новог права решио на насумњив начин и у своју корист Јосиф Висарионович Стаљин, и то не само у политичкој доктрини и пракси него и у теорији државе и права. Стаљинове ставове посебно је развијао Андреј Вишински (*Андрей Я. Вишинский*). Упркос свом вербалном залагању за поштовање начела револуционарног права, он специфичност

---

306 *Ibidem*.

307 Вид. Е. Б. Пашуканис, *Ойшша теорија права и марксизам*, Сарајево 1958, 247–271.

тог „новог“ права није налазио у његовој нормативној страни, већ у односу „власти и потчињености“. Карактеристични су његови ставови према којима „судијина правна свест исправља примену закона“, односно „судијина правна свест одређује правну одлуку и разумевање онога што је исправно“. То је судије стварно ослободило сваке бриге од последица гажења права.<sup>308</sup> Због тога је и његов захтев за нормативност права био, као што примећује Умберто Черони (*Umberto Cerroni*), „напросто измишљотина, а једнако тако било је измишљено и позивање на законитост“.<sup>309</sup>

Запажену марксистичку правну теорију развио је и Карл Ренер (*Karl Renner*). Полазећи од значаја својине као института,<sup>310</sup> он је закључио да право није аутоматски и потпуно одређено економским односима. Ти односи праву чак нису надређени.

Уз Карла Ренера, највишим дометима у марксистичкој теорији права сматрају се радови Умберта Черонија, Ернста Блоха, Антонија Грамшија, Ернста Блоха и Јиргена Хабермаса. Вредна је пажње и мало позната студија Константина – Косте Стојановића на француском језику *Марксизам и њраво* (*Kosta Stoyanovitch, Le domaine du droit*, ed. Liberaire générale de droit et de jurisprudence /L.G.D.J/, Paris, 1967).

## 2.11. Покрет критика права

Док је за касније марксистичке писце карактеристично ублажавање, релативизовање или чак напуштање изворних марксистичких идеја о држави и праву, у Француској је седамдесетих година XX века нарастао читав један правни покрет социолошко-политичког усмерења назван „критика права“ (*Critique du droit*). Његови представници Мишел Вилеј, Шарл Ајзенман (*Charles Eisenmann*), Пол Амселек, Никос Пуланцас, Питер Еделман (*Piter B. Edelman*) и други имали су као циљ да одбаце правни позитивизам и да на теоријском плану изграде „истинску“ правну науку која открива оно што идеолошка и конзервативна правна наука скрива: да су „француска држава и право резултат класне борбе“. Они су такође право сматрали искључивим резултатом

308 А. Ј. Вишински, *Теорија њравних доказа у совјетском њраву*, Београд 1948, 23 и даље.

309 У. Черони, „Совјетске правне теорије (проблем законитости)“, *Право и са-моујрављање*, Београд 2–3/1983, 270.

310 Вид. К. Ренер, *Социјална функција њравних инстџицијуџа (Прилоџ криџиџици џрађанскоџ друшџива)*, Београд 1997.

класне борбе, као што су пре њих исто то чинили Маркс, Енгелс, Лењин и други. Будући да је буржоаско право као производ класне борбе у дубокој кризи, припадници овог покрета залагали су се за његово превазилажење. Пошто нису успели да пронађу начин за превазилажење класног карактера права, њихово интересовање је деценију касније преусмерено на питања репрезентовања, јуриспруденције, трансформације управе и правне државе. Тиме је оштрина њихове првобитне критике знатно ублажена.<sup>311</sup>

### 3. Интегралне правне теорије

Интегралне или интегралистичке правне теорије су веома младе правне теорије. Иако се њихови зачеци сусрећу у учењима историјске правне школе (Карл фон Савињи или интересне јуриспруденције Рудолф фон Јеринг), оне су настале тек у XX веку као реакција на претеривања природноправних и позитивноправних теорија. Док су прве апсолутизовале праведност, друге су праведност и друге важне вредности занемаривале или искључивале из појма права. То је разлог због кога су неки правници, размишљајући о превазилажењу искључивости и редукционизма у правној науци покушали да окупе, интегришу у облику правне теорије и на целовит начин изложе своје интегрално правно схватање нарочито водећи рачуна о нормативној, социолошкој и аксиолошкој страни права. Већ средином прошлог века интегралне правне теорије нашле су се на самом врху научног интересовања, нарочито када је дошло до њиховог укрштања са мисаоним токовима правног (мулти)културализма, егзистенцијализма, аксиологије и препорођеног природног права. Једино је остало недоречено да ли су ове теорије збиља од збир постале синеза, односно од скупа систем.

Многи познати правници, као што су Франсоа Жени, Морис Орију, Жорж Гурвич, Емил Ласк, Ђорђо Дел Векио, Густав Радебрух, Карлос Косио, Јулијус Стон (*Julius Stone*) и други, припадали су овом теоријском правцу. Заједничко им је да су право одређивали у његовој целокупности или барем тродимензионално, често коришћењем тзв. „институционалне анализе“ као особеног метода за истраживање права.

---

311 Г. Вукадиновић, Р. Степанов, 244–248.

Франсоа Жени је право одређивао као „укупност правила којима је подвргнуто спољно понашање човека у односима са себи сличним и које се под утицајем природне идеје правде у једном датом тренутку колективне свести људске врсте појављује у форми категоричких заповести које доминирају вољом појединаца да би се у друштву осигурао поредак“;<sup>312</sup> Жорж Гурвич као „покушај да се у датом друштвеном окружењу оствари идеја правде кроз мултилатералну императивно-атрибутивну регулацију засновану на вези између захтева (права) и обавеза (дужности)“;<sup>313</sup> Густав Радбрух као „стварност којој је смисао да служи праведности“;<sup>314</sup> Мигел Реале као „друштвену стварност која је нормативно уређена према повесним вредностима“, тј. као „историјско-културну стварност“. И Карлос Косио је своју еголошку правну теорију заснивао на споју односа, вредности и норми са основама феноменолошке и егзистенцијалистичке филозофије,<sup>315</sup> а исто тродимензионално схватање права (вредности, норме, чињенице) у својим учењима развијали су Шпанац Луис Рекасенс-Сичес и Мексиканац Едуардо Гарсија Мајнез (*Eduardo Garcia Maynes*).<sup>316</sup> Ипак, теорија „тродимензионалности“ права представља само средиште учења Немца Вилхелма Зауера (*Wilhelm Sauer*), који је не примењује само на право, већ на све предмете сазнања. По њему, „вредносни елемент права (правда) постаје конкретан у друштвеном животу, који представља материјални део права, путем норми које су његов формални елемент“.<sup>317</sup>

И у српској правној теорији су њени најзначајнији правници стварали своје интегралне правне теорије. Први је то учинио Тома Живановић, један од наших највећих правних филозофа, у свом тротомном делу *Систем синтетичке њравне филозофије*, у коме је право анализирао тродимензионално као скуп норми, као правну материју и као правне вредности.<sup>318</sup>

Другачији, али ипак синтетички појам права је развијао Радомир Лукић у свом учењу, нарочито у свом завршном делу *Систем филозофије њрава*. Особеност његовог схватања састојала се у

312 Нав. према: Г. Вукадиновић, 66.

313 Ж. Гурвич, *Социологија њрава*, 67.

314 Г. Радбрух, *Филозофија њрава*, 38–39.

315 С. Kossio, „Radiografija egološke teorije prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, V/1967, 176.

316 Г. Фасо, 658.

317 *Ibid.*, 658–659.

318 Вид. Т. Живановић, *Систем синтетичке њравне филозофије*, I–III, Београд 1921, 1951. и 1959.

спајању света реалног и идеалног у правној норми која доминира над осталим постојећим састојцима права.<sup>319</sup>

На оригиналан начин је право одређивао Стеван Врачар. Његово учење је синтетички изложено у облику државно-правног интегрализма. За њега је право реалан нормативни поредак који се састоји из правних норми, правних аката, правних односа, правних субјеката и правних објеката.<sup>320</sup>

Карактеристично интегрално тродимензионално схватање права заступа и један познати правник са простора некадашње СФРЈ, Никола Висковић. По њему, право представља систем државних и недржавних норми које извиру из посебног типа друштвених („преднормативних“) односа. Те норме затим принудно усмеравају нормативне друштвене односе ради остварења мира, сигурности, праведности и других друштвено владајућих вредности.<sup>321</sup> Под условом да се зна мерило по коме је преднормативне односе могуће разликовати од других друштвених односа, то би значило да ти преднормативни односи представљају неку врсту резервоара свих могућих норми („могуће право“ /*mögliches Recht*/), а да праве правне норме постају тек у случају примене по диспозицији или санкцији („збиљско право“ /*wirkliches Recht*/).<sup>322</sup>

Карактеристичан је још један представник овог правца, Гордана Вукадиновић, чије правно-теоријско становиште обједињује „тријадну структуру права коју чини правна, социолошка и вредносна димензија права“.<sup>323</sup>

#### 4. Мултидисциплинарне правне теорије

Држава и право се на крају XX и почетку XXI века све више истражују мултидисциплинарно. Тиме су створени услови за „велико растварање“ консолидованих школа и праваца и знатно тематско проширење правног интересовања. Поред традиционал-

319 Вид. Р. Лукић, *Систем филозофије њрава*, Београд 1992.

320 Д. Митровић, „Допринос професора Стевана Врачара учењу о јединству државно-правног поретка као централној теми његове оригиналне интегралне државно-правне теорије у делу ’Социјална садржина функције државно-правног поретка’“, *Анали Правној факултета у Београду*, 1/2002, 45–56.

321 Вид. N. Visković, *Pojam prava*, Split 1980 и *Teorija države i prava*, Zagreb 2001 (2006).

322 Вид. F. Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, ed. F. Deuticke, 1924.

323 Вид. Г. Вукадиновић, *Теорија државе и њрава II*, 54–57.

них тема у распону од теорије правде до правне науке и од теорије норме до теорије организације, све више се афирмишу студије конституционализма као особена теорија права, феминистичке студије и студије тзв. „женског права“, критичке правне студије, нове институционалистичке теорије, мултикултурализам, комунитаризам, биоетика са биојуристиком, покрет права и књижевности итд., све до функционалистичких, кибернетских и информатичких правних теорија.<sup>324</sup>

#### 4.1. Покрет критика правних студија

Осамдесетих година XX века у Америци је основан Покрет критика правних студија (*Critical Legal Studies*) са циљем да се у целости критички испита право као појава. Критика припадника овог покрета нарочито је била усмерена на правну праксу која се ослањала на либерализам, поступала формалистички, показивала снажну тежњу за објективизацијом, тежила недозвољеној универзализацији и примењивању права као једног облика економије.

За разлику од америчких реалиста, припадници овог покрета су право сматрали мноштвом друштвених правила. Због тога су своје интересовање усредсредили на проналажење новог начин за њихово тумачење и примену. По њима, „право је политичко средство“ које постоји ради остварења интереса групе, партије или класе која га ствара. Зато „богати и моћни користе право као инструмент за принуду са циљем да одрже постојеће место у друштвеној хијерархији“.<sup>325</sup>

Да је реч о правном покрету, а не о правној школи, показују његови чланови Роберто Магабеира Унгер (*Roberto Magabeira Unger*), Данкан Кенеди (*Duncan Kennedy*), Роберт Гордон (*Robert J. Gordon*), Мортон Хорвиц (*Morton Horwitz*), Кетрин Мекинон (*Catherine A. MacKinnon*), Жак Дерида (*Jacques Derrida*) и други, који иначе припадају различитим мисаоним токовима унутар америчког реализма, марксизма и њихове „посткултуралистичке критике“. Неки чланови овог покрета право сматрају идеологијом, други резултатом класне борбе и захтева радничке класе, док трећи примењују „деконструкцију“ као метод да би анализирали право и правду, правду и силу, силу и право.

324 Вид. G. Vukadinović – D. Mitrović, „Contemporary Multidisciplinary Legal Theories and the World State“, 24<sup>th</sup> IVR World Congress: *Global Harmony and Rule of Law*, Beijing 2009, pp. 27.

325 Нав. према: Г. Вукадиновић, 85.

Главни представник овог покрета је Роберто Магабеира Унгер. Он је у својој књизи *Знање и љолиџика* прво развио једну заокружену „теорију о личности“, желећи затим да изгради и једну „позитивну теорију“ која би утицала на промену постојећег друштва. У њој Унгер формулише „идеал заједнице са *оријанским љруџама* које ће превазићи систем доминације. Управљање активностима ових група и спречавање наметања једне другима вршиће *државва* која би требало да буде на светском нивоу“.<sup>326</sup> Доследно томе, задатак „доктрине о држави јесте да испита смисао којим би се могао разрешити сукоб идеје о малој групи и идеје о универзалној републици“.<sup>327</sup> Полазећи од тих својих главних идеја, Унгер је покушао да заснује једну еманципаторску правну теорију која би почивала на идеји човека као таквог. Није до краја успео да развије своје глобалистичко учење.

#### 4.2. Феминистичка јуриспруденција

У оквиру покрета „критика правних студија“, али и изван њега, настале су и развиле се феминистичке студије са својом *феминистичком јуриспруденцијом* и различитим правцима (*феминизам разлике*: Френсис Елизабет Олсен /*Francis Elisabeth Olsen*/; *културни феминизам*: Керол Гилиген /*Carol Gilligan*/; *радикални феминизам*: Кетрин Мекинон /*Kathrine MasKinnon*/; скандинавска школа *Женско љраво* /*Women’s Law*/: Тоув Станг Дал /*Tove Stang Dhal*/ итд.).<sup>328</sup> На правном плану, овај правац је прво имао као циљ постизање једнаког друштвеног третмана жена, што је учињено реформским захтевима да се формално укине дискриминација жена у односу на мушкарце. Следећи корак је имао као циљ стицање посебног третмана за жене због успостављања суштинске једнакости између мушкараца и жена узајамним уважавањем њихових разлика. Тај захтев је убрзо претворен у „феминистичку нетолеранцију“ према мушком полу, одбацивање установе родитељства, редефинисање полова, стварање родно „неутралног“ језика за комуникацију итд. Тако се из једне крајности отишло у

326 Нав. према: Г. Вукадиновић, 88.

327 R. M. Unger, *Znanje i politika*, Zagreb 1989, 324.

328 Вид. С. Mackenzie, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard 1989; J. Christman, „Feminism, Autonomy and Self-Transformation“, *Etics*, 99/1995 и *Feminism and Autonomy* 1995; M. Friedman, *Feminism, Autonomy and Emotion: Essay on the Work of Virginia Held* 1998; M. Fricker and J. Hornsby, „Feminism in Ethics: Conceptions of Autonomy“, у: *The Cambridge Companion to Feminism in Philosophy*, Cambridge 2000.

другу. На чисто теоријском плану, пак, феминистичке студије су тематски веома разнородне и крећу се у распону „од признавања улоге права као инструмента способног да донесе корист женама до критике полног карактера правних норми изграђених на основу превасходно мушких образаца, категорија и вредности, па зато неспособних да буду огледало визије и интереса жене.“<sup>329</sup> На тој основи створене су бројне феминистичке анализе друштва како би се показала неоснованост либералне идеје о универзалности и неутралности права и указало на нетачно схватање полног и функционалног карактера жена из мушке перспективе. Једно је ипак остало недоречено: може ли уопште да постоји феминистичка теорија државе и права, пошто је одређивање појмова државе и права изван и изнад полно одређених схватања и учења, барем у савременим, развијеним демократским друштвима у којима такве теорије једино постоје. То важи и за тзв. „феминистичку етику“ која се здушно негује, данас мање због права рода и родне равноправности, а више због продубљивања разлика између два природна људска пола.<sup>330</sup> Могуће је замислити чак и сукоб полова, што се већ дешава. Једна од последица тог сукоба могло би да буде преношења функције рађања од биолошких родитеља на изабране специјализоване установе под патронатом државе које већ данас постоје. Ту могућност је реалистички описао Олдос Хаксли у свом чувеном роману *Врли нови свет*, а данас може да је оствари Естолфе из САД (коришћењем вештачких материца /„махуна“/ за производњу беба).<sup>331</sup> Тиме се не излази само у сусрет будућим родитељима, већ и држави која може да преузме на себе „производњу“ својих „грађана“.<sup>332</sup>

### 4.3. Школа економске анализе права

Школа економске анализе права (*Law and Economics Analysis*), позната и као нова *чикашка школа права*, за разлику од старе која се развила пре Другог светског рата у циљу да поврати поверење у моћ тржишних снага (Пол Даглас /*Paul H. Douglas*/, Френк Најт /*Frank H. Knight*/, Хенри Шулиц /*Henry Schultz*/, Јакоб Винер /*Jacob Viner*/, Милтон Фридман /*Milton Friedman*/ и други), усмерена је на методолошка питања. Њен циљ је да укаже на тесну везу еко-

329 Г. Фасо, 685.

330 Вид. „Feminist Ethics“, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019.

331 Вид. Nultatačka. rs, текст М. Стојаковић, 15. децембар 2022.

332 Вид. интервју Олдоса Хакслија из 1958. године, *webtribune.rs*, 10. април 2015.

номије и права, а посебно да законодавним и судским органима предочи значај њихових правних решења у светлу произведених економских последица.

Полазећи од тога да право изражава логику економије, тј. да почива на економским начелима, ова школа анализира правне норме у прописима и судским одлукама руководећи се економским разлозима. Она „посебно испитује да ли су правна решења садржана у прописима и појединачним одлукама таква да омогућавају оптималан распоред (алокацију) економских извора и средстава (ресурса)“ којима се повећава степен друштвеног благостања и, закључно, предлаже да том циљу треба прилагодити правне институте. Њих треба тако стварати да се подстиче привредна оптималност. Школа економске анализе објашњава и обрасце принуде у различитим системима права или у различитим деловима истог система права (законско, прецедентно право итд.). Будући да је реч о англосаксонској школи, њено интересовање је нарочито било усредсређено на судију као ствараоца права.<sup>333</sup>

Идејни зачетници школе економске анализе права су Роналд Коуз (*Ronald H. Coase*), Ричард Поснер (*Richard Allen Posner*) и Гвидо Калабрези (*Guido Calabresi*).

Роналд Коуз, један од оснивача школе и добитник Нобелове награде за резултате својих економских истраживања, истицао је да судија мора бити спреман да озбиљно анализира економске последице својих одлука за економију у целини, а не само неопходне трошкове вођења судског поступка. Коузова основна идеја је да економска делатност треба да буде коначни арбитар у судском поступку одлучивања.<sup>334</sup> Ипак, најзначајнији представник ове школе је Ричард Поснер. Полазећи од тога да је „набијеност права економијом основ позитивне теорије о правном домену који највише обећава“, Поснер настоји да право у целости подвргне економској анализи, одређујући као главни задатак права „максимално увећање богатства а не стварање потпоре држави благостања“. По њему, помоћ програмима социјалне помоћи није ништа друго до „крађа“.<sup>335</sup> Може се запазити да је Поснерово учење у целости обојено чистим прагматизмом лишеним етичности, јер он одбија да прихвати „било какву значајнију улогу моралне теорије у прав-

---

333 Г. Вукадиновић, Р. Степанов, 28. Вид. К. Jones, *Law and Economy*, Berkley Law Books, 1983; D. M. Hausman and M. S. McPherson, *Economic Analysis, Moral Philosophy and Public Policy*, Cambridge University Press, 2006.

334 Вид. R. Coase, *Essays on Economics and Economists*, University of Chicago Press, 1994.

335 R. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard 2002, 227–228.

ном истраживању“.<sup>336</sup> С друге стране, препустивши се претеривањима економизма, неки други представници ове школе чак су тврдили да право и правна наука у целости могу да се сведу на економију и економску науку. На тај начин, они су се приближили варијанти марксизма совјетске теорије раног периода. И, наравно, погрешили су, као и њихови совјетски претходници.

Школа економске анализа права, заснована на начелима би-хејвиоризма, нормативности, дескриптивности и еволуционизма, пришла је праву прагматично, оправдано указујући на често занемариване економске последице стварања и примене правних правила. Али, као и свако претеривање, она је запала у редукционизам инструментализовањем права, његовим свођењем на економију или, чак, његовим изједначавањем са економијом. Таквом неприродном једностраношћу она је из свог видокруга потпуно искључила друге бројне стране, а посебно вредносне, етичке и хуманистичке циљеве права, свдећи све на рационалност и ефикасност („економску машину“, „економистичко насиље“) ради „максимизације користи“ или барем „Парето побољшања“ у име могућег благостања пројектованих „постиндустријских друштава“.

Оно о чему заинтересовани грађани свакодневно воде рачуна, школа економске анализе је уздигла до нивоа науке на провокативан и људски неприхватљив начин. Изгледа да су нешто старији „учинци“ таквог учења доношење очигледно „неправедних“ закона (нпр., више закона о запошљавању, ценама, пензионим фондовима у Француској којима се терет трошкова сваљује /„редистрибуира“/ на сиромашније или незапослене слојеве грађана), „изненађујуће“ пресуде за „моћнике“, оснивање приватних затвора или, чак, „дух текста“ Болоњске декларације. Против нових сличних учинака, освешћени људи диљем света тек почињу да се боре (нпр., против нелегитимног и неоправданог јачања власти егzekутиве, претварања парламента у декорацију а судства у испоставу најмоћнијих, стерилисања демократије, најгрубље могуће гажења гарантованих људских слобода и права бруталним демонстрирањем силе од стране државе због застрашивања грађана итд.).

#### 4.4. Конституционалистичке правне теорије

Криза правног позитивизма довела је не само до настанка нових природноправних теорија Радбруха, Дворкина, Финиса и других или до потпуно нових феминистичких теорија већ и до нових конституционалистичких теорија (*новој конституциона-*

---

336 Г. Вукадиновић, 83.

лизма) као особених правних теорија различитих од легалистичких теорија. Њихови најпознатији представници су Роберт Алекси (*Robert Alexy*) и Карлос Сантјаго Нињо (*Carlos Santiago Niño*). Док су легалистичке теорије наводно сведене на традиционални јуспозитивизам, конституционалистичке теорије више су усмерене ка истраживању све сложенијег нормативног састава савремених уставних система. Оне на прво место, готово у средиште свог истраживања, стављају проблем моралне коректности права, сматрајући да тиме довољно потврђују своју несводљивост на важеће право у његовим позитивистички одређеним формалним оквирима. Њихово препознатљиво обележје је везано за уношење морално релативних садржаја у право које изражавају правно утврђена начела и неутуђива права појединаца. На нивоу уставно-политичког система, пак, конституционалистичке теорије се залажу за утврђивање одлучујуће улоге законодавца у области примене уставних начела и исте такве улоге судија приликом њиховог остваривања. У ствари, улога законодавца и судија у овим теоријама толико је наглашена да судије (нпр.) могу да доносе одлуке које су супротне законима. По томе учење ових теорија подсећа на учење школе слободног стварања права.<sup>337</sup> Али, њихов циљ је другачији, јер се неке варијанте ових теорија здушно залажу за оправдање добровољне конституционализације сецесије као сагласног (консензусног) облика отцепљења, коју (због пристанка матичне државе) треба разликовати од једностране (унилатералне) сецесије.<sup>338</sup> Иако мале научне вредности, ове теорије нису мале политичке вредности, будући да могу да послуже као згодна „научна“ подлога најновијим глобалистичким политичким доктринама и идеологијама.

#### 4.5. Мултикултуралистичке правне теорије

Међу новим учењима или најновијим тумачењима постојећих учења о људским слободама и правима, и то у распону од индивидуалних и моралних<sup>339</sup> до постемодернистичких социјалних и политичких,<sup>340</sup> издвајају се мултикултуралистичке теорије. Када

337 Г. Фасо, 669–676.

338 Вид. М. Јовановић, *Constitutionalizing Secession in Federalized States: A Procedural Approach*, Utrecht 2007, ix–xix, 14–46.

339 Вид. D. Gauthier, *Morals by Agreement*, London 1986; L. Howorth, *Autonomy: An Essay in Philosophical Psychology and Ethics*, New Haven 1989; T. Hill, *Autonomy and Self-Respect*, New York 1991.

340 Вид. R. Young, *Autonomy: Beyond Negative and Positive Liberty*, New York 1986; T. Christiano, *The Rule of Many: Fundamental Issues in Democratic Theory*, 1988; S.

чињенично и описно изучавају извешан тип друштва у коме заједнички живе различите културне групе, ове теорије су првенствено предмет пажње социолога и правних социолога. Када се њима нормативистички означава правно-политички идеал за чије остварење држава треба да се залаже користећи право и образовање као своје инструменте, оне постају предмет интересовања политичко-социјалних и правних филозофа.<sup>341</sup>

Мултикултуралистичке теорије разматрају односе који се тичу индивидуалног или колективног идентитета појединаца и најразличитијих социјалних група, које своје особености све отвореније испољавају позивањем на утврђену „трећу“ или можда неку још новију генерацију људских слобода и права у најави. До тога је дошло захваљујући утицају социјалне и политичке филозофије на Западу, у којој су аутономија и право почели најпре да се доводе у везу са новим тумачењима старијих учења о „сопству“ (*Identity and Conceptions of the Self*), а затим и са потпуно новим учењима о тзв. „колективном идентитету“, који се обично изводи из индивидуалног идентитета и смешта у шире моралне и политичке оквире. Захваљујући таквом приступу, и право је почело да се схвата као средство за регулисање односа који се тичу широко схваћеног права на индивидуални и колективни (аутономни) идентитет (Џералд Дворкин /*Gerald Dworkin*/).<sup>342</sup> Подлогу том индивидуалном и колективном идентитету представљају нова либерална учења о „неутралној држави“ и „политици разлике“, спојена са учењима о трајним, инхерентним, колективним („групно диференцираним“) правима која – једном кад су призната – постају стечена, што значи да се више не смеју ограничавати или укидати. Посебан проблем представља решење односа задатака либералне државе и примене учења о колективним правима, јер либерализам почива на слободи и индивидуализму, док то није случај са колективним правима која почивају на идеји једнакости.<sup>343</sup> Због

White, „Political Theory and Post Modernism“, у: *Political Theory*, Vol. 18, 1/1991; J. Crittenden, *Beyond Individualism: Reconstructing to Liberal Self*, New York 1992; J. Christman, „Liberalism, Autonomy and Self-Transformation“, у: *Social Theory and Practice*, Vol. 27, No. 2, New York 2001.

341 Г. Фасо, 707.

342 Вид. G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, New York 1988.

343 Вид. R. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven & London 1989; A. Lijphart, *Demokracija u pluralnim društvima*, Zagreb 1992; J. Rawls, *O liberalizmu i pravедности*, Rijeka 1993; S. Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago 1995; J. Christman, *States and Citizens*, Cambridge 2003. и *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, Cambridge 2005; T. Iversen, *Capitalism, Democracy and Welfare*, Harvard 2005; C. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, Cambridge 2006.

тога се у овим теоријама истиче да је човек аутономно биће у односу на друге које не интересује некакво метафизички засновано право, већ само оно које му омогућава да се представи у светлу својих суштинских индивидуалних полних, расних, религијских и других разлика. Те разлике се схватају као његов аутономни индивидуални или колективни идентитет.

Када је само реч о колективном аутономном идентитету, мултикултуралистичке теорије јасно разликују колективно (здружено) вршење индивидуалних права (нпр., права из рада у случају штрајка запослених) од вршења колективних права чији је правни титулар неки колектив(итет) чију суштину као „аутохтоне популације“ сачињавају особена обележја друштвених група образованих по расном, полном, етничком, хомосексуалном или чак хендикепу као основу. Та колективна права се разликују од заједничких права удружених појединаца првенствено по томе што су „дата“ као таква, што не настају удруживањем појединаца, већ самим постојањем колективитета којима се признаје „право на постојање“ и „право на (унутрашње и спољашње) самоопредељење (самоодређење)“.<sup>344</sup> Док већина земаља и данас пробирљиво признаје право на постојање тзв. „аскриптивним групама“, у мањем броју земаља (у којима постоји правна заштита проистекла из права на такво самоопредељење) сматра се да та вредност постаје основ за развитак „алтернативних уставних оквира“, где се „онима који поседују право на самоопредељење додељује аутономија у значајној мери“.<sup>345</sup> Те групе такође имају право да се изјасне какву државну заштиту траже, пошто држава претходно изрази свој став о том питању. Управо су у том оквиру пронађене нове могућности за проширење мултикултурално схваћеног права на област аутономног колективног идентитета. То право је се све чешће изопачено тумачи и насилним средствима намеће у државама које га прихватају.

Најпознатији представници мултикултурализма су: Чарлс Тејлор (*Charles Tylor*), који се сматра једним од родоначелника овог теоријски хетерогеног правца, Вил Кимлика (*Will Kimlicka*), Роберт Нозик, Кристина Корзгард (*Christine M. Korsgaard*), Јан Браунли (*Ian Brownlie*) и Кристијан Томушат (*Christian Tomuschat*).<sup>346</sup>

---

344 М. Јовановић, *Колективна љрава у мултикултурним заједницама*, Београд 2004, 141–151.

345 А. Cassese, *A Self-Determination of Peoples – A Legal Reappraisal*, Cambridge 1995, 351–352. Нав. према: М. А. Јовановић, *Колективна љрава у мултикултурним заједницама*, 150.

346 Вид. I. Brownlie, *Rights of Peoples in International Law*, Oxford 1988; С. Tomuschat, *Self-Determination in a Post-Colonial World*, Dordrecht 1993; Ch. M. Korsgaard, *The Sources of Normativity*, New York 1996; Ч. Тејлор, *Призивање љраћанској групуиња*,

Постоји још једна интересантна ствар код мултикултуралистичких теорија. Реч је о неприхватљивости неких њихових крајњих тврдњи у смислу Поперовог најстрожег тестирања научних ставова: нпр., учење Кристијана Томушата о стварању облика територијалне аутономије на основу расних, полних (родних) обележја и сексуалних оријентација, или одређивање државе и њене организације супротно њиховој основној намени (нпр. у Холандији је недавно основана странка педофила).

#### 4.6. Комунитаристичке правне теорије

Комунитаризам се одређује као филозофија или систем веровања који излаже да је индивидуална слобода могућа само у снажној и уједињеној заједници, која се може обезбедити одговорном владавином локалне власти у складу са вредностима заједнице. То је разлог због кога комунитаристичке теорије нарочито истичу заједницу, идентитет и слободу као вредности, а друштво одређују као заједницу спојену истим вредностима.

Такав приступ комунитариста је нужно довео до критике мултикултуралистичких теорија које према њиховом схватању у први план истичу идеје либерализма и индивидуализма подржане „атомизираном“ визијом грађанског друштва.

Најпознатији представник комунитаризма (и мултикултурализма) је *Џозеф Раз*.<sup>347</sup> Његова мисао, која се креће у распону од филозофије морала, преко филозофије права, све до политичке филозофије, налази своје јединство у појму „филозофије практичног ума“ или „практичној филозофији“ која се супротставља неутрализму либералне традиције и афирмише посебну верзију тзв. „мултикултуралног либерализма“ схваћеног као „нормативни пропис“ који „оправдава унапређење, охрабрује напредак културних мањина и захтева поштовање њиховог идентитета“. Такав Разов „мултикултурални избор“ се не заснива на вредностима индивидуалне „идеје слободе“ (нпр., вредностима личних идеја слободе или културних ставова). Према њему, „слобода и развој појединачна зависе од њихове пуне и слободне *припадности* културној, животној и поштованој групи“. Треба прецизирати да се Раз не залаже ни за какву врсту социјалне монолитности на ос-

---

Београд 2000; V. Kimlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minorities Rights*, Oxford 1995 (*Мултикултурално грађанство. Либерална теорија мањинских права*, Нови Сад 2002).

347 Вид. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, London 1975; *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986; *Етика у јавном домену. Поједи из моралности права и политике*, Београд – Подгорица 2005.

нову припадништва одређеној групи, већ за „идеје плурализма вредности“ у истој друштвеној заједници. Те идеје се састоје у признавању вредности различитих култура насталих по ма каквом основу, макар оне биле међусобно несагласне.<sup>348</sup>

Други познати представници комунитаристичког правца (Мајкл Волзер, Аласдер Мекинтајер /*Alasdair MacIntyre*/, Мајк Сендел /*Mike Sandel*/, Амитај Етициони /*Amitai Etzioni*/) баве се политичким питањима грађанства, организације друштва и нацијом као појавом.<sup>349</sup> На пример, према Волзеру („либералном комунитаристи“), „подручје правде је друштво у коме ниједно друштвено добро не служи као средство доминације“.<sup>350</sup> То значи да се подручје правде сигурно налази тамо где је то или неважно, или недостижно. Волзер такође друштвену правду релативизује до нераспознатљивости од права тако што је чини зависном од друштвених околности или културног миљеа друштва. Али, да ли се тада уопште ради о правди?

Када је реч о учењима Мекинтајера, Сендела и Етиционија, и њима је заједничко схватање да моралност или неморалност специфичних људских поступака у односној друштвеној заједници зависи од конкретних историјских и културних услова или околности које треба разматрати од случаја до случаја. Оспоравајући супротна либертаријанска схватања (нпр., Роберта Нозика), сматрали су да се моралност или неморалност неког људског поступка може когнитивистички одредити (зашта се залаже и Џон Финис, један од заговорника процедуралног јуснатурализма).<sup>351</sup> Тиме су се наведени комунитаристички настројени представници, и не примећујући, приближили идејама нове историјске правне школе у погледу разграничавања моралног од неморалног и правног од неправног поступања.

#### 4.7. Супертеорија система и кибернетичка јуриспруденција

Међу савременим теоријама посебно место припада „супертеорији“ система Никласа Лумана, који је створио своју познату системску теорију права полазећи од појма „нормативног

---

348 Г. Фасо, 710.

349 Вид. М. Sandel, *Liberalism and Limits of Justice*, Cambridge 1982; А. Мекинтајер, *Критика историје етике*, Београд 2000; А. Etzioni, *The Third Way to a Good Society*, London 2000; М. Волзер, *Подручје правде*, Београд 2000.

350 Г. Фасо, 16.

351 Вид. Г. Фасо, 667–668.

очекивања“. Оно за Лумана представља „облик оријентације којим систем ’опипава’ контингенцију своје околине у односу на себе и преузима је као властиту, као неизвесност, у процесу властитог обнављања“.352 Нарочито физичка сила државе представља несумњив разлог за успостављање „нормативног очекивања“, чије повећање (захваљујући улози државе) „добива облик права“.353 И не само то: у случају кршења права држава је дужна да реагује због појединчевог „разочарања“ услед изневереног нормативног очекивања. То реаговање се одвија двојачко: тумачењем девијантног поступка, а затим захтевом за санкцију и њену примену. Ипак, сила се не примењује увек исто, што значи да се ни рационализација права не одвија једнообразно. У раним фазама развоја, право је морало у сваком новоискрслом случају да се потврђује демонстрацијом силе. Касније је сила централизована у облику државног монопола, а право у облику одлука подржаних државном силом као крајњим средством приморавања.

Полазећи од реченог, Луман појам права одређује на следећи начин: „Право је систем без обзира на то коју варијанту слојевите дефиниције система одабрали. Оно је целина састављена од елемената, правних прописа, повезана захтевом међусобне непротивречности. Као целина, право је одвојено од своје околине, јасно обележено системским границама, са сразмерно високим степеном аутономије. Ова аутономија почива на темељима правне државе, односно на услову да сваки правни пропис изводи своју законитост из другог правног прописа и тако, у том логичком низу, све до основне норме – важећег устава. Право је такође самореферентно, јер правни систем упућује сам на себе, а посебно на своје јединство постулатом сразмерне сталности, тј. правне сигурности, условом економичности, идеалом праведности.“354 Луман разматра и рефлексивност права, која се састоји из процедуралног и правно-моралног дела. Први део има као циљ да одговори на питање према каквом се поступку стварају правне норме, а други какве правне норме уопште смеју да се стварају.355

352 N. Luhmann, *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984, 364 и даље. Вид. Г. Вукадиновић; Р. Степанов: „Луманова ’супертеорија’ система“, у: *Теорија права I*, 487–495.

353 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. II, Frankfurt am Main 1981, 263.

354 Нав. према: Е. Пушић, *Друштвена регулација*, 11–12, 16.

355 N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Bd. I, Hamburg 1972, 99, 188.

Други најпознатији представник теорије система, Алфред Гјерер (*Alfred Geirer*), такође појмом очекивања објашњава настанак друштвене и правне регулативе која је нужна последица оскудице и људске међузависности. Она на нивоу свести добијају облик неизвесности (*metus et indigentia*) због „егзистенцијалне несигурности у оскудици“ или „беспомоћности свести у односу на информације неопходне да би се преживело“. Зато, према Гиреру, основна обележја свести чине „интеграција прошлости, садашњости и будућности, самореференција и диспозиција понашања“. Поменути елементи свести одређују човека према свету и према себи самом, доводећи у везу мотиве надахнуте интересима са понашањем сваког појединца. Ти елементи се испољавају као „комплексни подсистеми свести“. Такав је и „нормативни подсистем свести“, који од почетка служи за неутрализацију неизвесности „која је један од главних проблема у преласку на свест уопште“.<sup>356</sup>

На системске теорије права Лумана и Гјерера надовезују се још модерније теорије чији је циљ да створе и испитају кибернетичке моделе права, узимајући у обзир дејство друштвених чинилаца на понашање правних модела. Због тога се оне у науци још називају *љолиљичко-кибернетичким љравним љтеоријама* или *кибернетичким моделима јурисљуденције*, под којима се подразумева „уређена целина /структура/, која је *изљрађена на основу одређених криљтеријума /функција/* и која *не љодлеже одређеним сметњама /утицајима или изазовима околине/* које долазе из социјалног окружења“. Према њиховом најпознатијем заступнику Карлу Дојчу, „право обезбеђује, односно осигурава да социјални систем акцептира политички систем“. То прихватање (акцепција) и придржавање закона (легалитет) у политичком систему зависе од тога у којој мери „постоје путеви којима појединац може да добије брзе и тачне наредбе“.<sup>357</sup>

#### 4.8. Биоетичка правна теорија

Напуштање метаетичких истраживања средином прошлог века није представљало крај интересовања за моралне обрасце и проблеме, већ је прво довело до преласка „са метаетике на нормативну етику“, а убрзо затим и до истраживања у „примењеној етици“ (амбијентална етика, пословна етика и биоетика).

356 A. Geirer, *Die Physik das Leben und Seele*, Munich & Zurich 1985, 233. Вид. Е. Пуљић, *Друштвена регулација*, 109, 139, 149, 156.

357 Нав. према: Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 250–251.

Израз „биоетика“ („етика живота“ или „етика свега живог“) први пут је употребио 1971. године Американац Ван Ранселер Поттер (*Van Ransselaer Potter*) у својој књизи *Биеџика. Мости ка будућности* (*Bioethics. A Bridge to the Future*), подразумевајући под њом науку чији је циљ побољшање квалитета живота. Као таква, она је пре „скуп вишедисциплинарних истраживања, расправа и поступака“ којима је циљ „објашњавање или решавање питања етичког карактера“ насталих применом технолошких иновација, него некаква нова етика или културни покрет. Биоетика разматра питања: „Када почиње живот?, Када и до када се може говорити о 'личности' или о 'људском животу'?, Колику аутономију има појединац у одређивању сопственог живота и смрти?, Када наставити одржавање живота, а када га прекинути?, Када треба штитити мајку, када фетус или, чак, ембрион у епрувети?, Где су границе лечења и које су границе хуманог и нехуманог експериментисања?“<sup>358</sup>

Најпознатији представник биоетичког учења у правној науци и филозофији био је Италијан Франческо д'Агостино (*Francesco d'Agostino*). Надахнут римокатоличким учењем, он је критиковао распарчавање човека које је у науци укинуло његово суштинско језгро (претворивши га у „сплет феномена“ и „биће с ону страну појаве“: радну снагу, ресурс, платформу). Због тога је у праву проналазио једно „релационо људско искуство, систем одбране неотуђивих прерогатива особе у њеној реалности субјекта у односу“.<sup>359</sup> Те неотуђиве прерогативе, према Д'Агостину, почивају на четири главна биоетичка начела. Прво је начело одбране физичког живота које санкционише његову неповредивост (будући да је телесни живот „темељна вредност личности“). На њега се надовезује начело слободе и одговорности које подразумева да се болесник третира као личност, али и моралну одговорност лекара да одбије све морално неприхватљиве захтеве (проблем еутаназије итд.). Треће је начело целовитости, које дозвољава да се интервенише у физички живот особа ако је то збиља нужно за спасавање целине „тело–психа–дух“. Најзад, четврто је начело друштвености и помоћи које сваког појединца обавезује да живи учествујући у остваривању живота других. Поменутих начелима Д'Агостино је поставио темеље „биојуристике“, чији је циљ да одреди границе слободе човека да се меша у процесе живота. Упркос таквом залагању, може се запитати постоји ли иједно наведено начело које није грубо погажено (нпр. проглашавањем лажне пандемије због пуштања у животну средину људи тзв. вируса Covid 19)?

---

358 Г. Фасо, 705.

359 *Ibid.*, 706 и даље.

#### 4.9. Наративна теорија права

Наративна правна теорија је млада правна дисциплина. Почива на уверењу да је прича (нарација; лат. *narrare* – испричати) оно што разликује људска бића од свих других, од самог постанка. То уверење подржавају речи у *Светиом Јеванђељу њо Јовану*: „У почетку бјеше ријеч, и ријеч беше у Бога, и Бог бјеше ријеч“.<sup>360</sup> Али, нарација се не односи само на речи. Њом су обухваћени сви други облици језика и међуљудског споразумевања. То значи да и право као појава има своју наративну страну.<sup>361</sup>

Теорија почива на неколико важних поставки које не морају да буду тачне, али могу да буду уверљиве: да је право „прича“; да право постоји упоредо са великим бројем духовних и материјалних појава; да право није само практична дисциплина; да суштинску права чини један „наратив“ чији је облик склон понављању, преношењу и тумачењу; да наративна страна права пружа у исто време један теоријски и један практичан (артистички и технички) „увид и знање *одређеној дискурса (јовора и љисања)*“; да њено испитивање подразумева мултидисциплинарно истраживање начина људског сазнања права у научном и филозофском смислу; да је наративност наизраженија приликом преношења и тумачења права; да указује на „могућност софистицираног манипулисања речима“, што је доводи у везу с топицом, аргументацијом и реториком као вештинама уверавања итд.<sup>362</sup> Као таква, наративна правна теорија има амбициозан циљ – да објасни „право као причу“ и покаже како управо на основу те приче настају традиција, историја, норме, вредновања, чињенице и стварност.

Може се запитати: да ли се право може свести само на причу? Право постоји због заповедања, а не због приповедања. Прича није сама себи циљ, већ средство за исправније разумевање и тачније спровођење правних заповести. Итд.

Наративна теорија није једнообразна, иако се ради о веома младој дисциплини. Постоје три њене јасно уобличене карактеристичне варијанте: Покрет права и књижевности, јуристичка семиотика (са наратологијом: Чарлс Сандерс Пирс, Фердинанд де Сосир, Чарлс Морис) и деконструкционизам (Жак Дерида). Прве две спадају у структуралистичке правце, а последња у постструктурализам.

---

360 *Светио љисмо Новој завешта, Светио Јеванђеље њо Јовану* (1, 1), Београд 1993, 95.

361 Б. Кнежевић, *Наративна функција љрава*, Београд 2014, 12.

362 *Ibid.*, 14, 166.

#### 4.10. Покрет права и књижевности

Треба поменути занимљив однос између права и књижевности који је, посебно у САД, добио обресе читавог једног мултидисциплинарно заснованог покрета названог управо тако: „покрет права и књижевности“ (*law and literature movement*). Циљ овог покрета је да мултидисциплинарно истражи односе између књижевних дела и правне теорије и праксе, пошто је право као културно добро и друштвена чињеница већ одавно на несумњив начин присутно у књижевности.<sup>363</sup> И само право има потребу да се посматра у духовним творевинама насталим из пера најдаровитијих мислилаца који су изабрали књижевно уместо правног стваралаштва, ипак не могавши да не уоче значај права и не оставе своје записе о њему.<sup>364</sup>

Да подсетимо, право се као књижевна тема први пут појављује у античким текстовима Софокла (*Sophokles*), Петронија (*Petronius Gaius Arbiter Titus*) и других. То је случај и у средњем веку, посебно у драмским делима Вилијама Шекспира (*William Shakespeare*), као и у XIX и XX веку реалистички, егзистенцијалистички или футуристички надахнуте књижевности, од Оноре де Балзака (*Honoré de Balzac*), Чарлса Дикенса (*Charles John Huffam Dickens*), Фјодора Достојевског (*Фёдор Михайлович Достоевский*) или Гистава Флобера (*Gustave Flaubert*) до Жила Верна (*Jules Verne*), Албера Камија (*Albert Camus*), Франца Кафке (*Franz Kafka*), Олдоса Хакслија (*Aldous Leonard Huxley*), Јевгенија Замјатина (*Евѣние Иванович Замятин*), Џорџа Орвела (*George Orwell*) и других. У њима доминирају теме људске судбине и правосуђа, праведности и алтруизма, политичке репресије, идентитета, друштвеног конформизма, рода, пола и друге, што их чини драгоценом грађом за сагледавање права из сасвим другачјег угла разумности.

363 Упор. D. Vrban, *Sociologija prava*, 16; V. D. Schwanitz, *Teorija sistema i književnost; nova paradigma*, Zagreb 2000, 222–228.

364 Д. Митровић, „Вилијам Шекспир о држави и праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/1990, 95–118 и „Право, правда и милосрђе у драмама Вилијама Шекспира“, у зборнику радова *О правди и њравносној*, приредио М. Кнежевић, Београд 1995, 243–253; Вид. E. V. Gemmette, *Law in Literature: An Annotated Bibliography of Law Related Works*, Whitestone Pub Co Ink, 1998; R. Posner, *Law and Literature*, Harvard University Press, 1998; P. J. Heald, *Guide to Law and Literature for Teachers, Students and Researchers*, Carolina Academic Press, 1998; V. M. Feeman, A. Lewis, *Law and Literature*, Oxford University Press, 1999.

#### 4.11. Јуристичка семиотика

Семиотика или семиологија (грч. *семиос* – знак, особина) је наука о знацима (симболима).<sup>365</sup> Сматра се другим главним правцем у оквиру наративне теорије права. Она је општа наука о свим системима знакова који се појављују у човековом друштвеном животу (језик, обичаји, право, саобраћање /комуницирање/ итд.). То је разумљиво, јер је интерес за знакове настао појавом човека као свесног бића. Тај интерес се и данас суочава са проблемом шта је знак и како се знак одређује. Од решења те недоумице зависи како ће семиотика као дисциплина уопште бити одређена. Једно је ипак јасно: у најширем смислу знак је свака појава која за човека означава неку другу појаву. Њу човек тумачи тако што из знака извлачи значење неке друге појаве, али под условом да се ради о знаку који се односи само на појаве које за човека имају смисао и да се знак употребљава у међусобном саобраћању људи. Тако се стиже до проблема тумачења, пошто се у јасноћи не тумачи (*in claris non fit interpretatio*).<sup>366</sup>

Зачетницима семиотике или семиологије сматрају се Платон, Аристотел, св. Августин и други значајни мислиоци после њих, али је назив семиотика сковао тек 1867. године Чарлс Сандерс Пирс (*Charles Sanders Pierce*), амерички филозоф прагматичарске школе који није успео да је као дисциплину развије у потребној мери.

Семиотика се развила као самостална дисциплина тек средином XX века, када је Фердинанд де Сосир (*Ferdinand de Saussure*) у свом делу *Курс ојшије линџисџике*<sup>367</sup> ову науку утемељио и назвао семиологијом. Од тада се за исту дисциплину користе два назива: семиотика (на англофонском подручју) и семиологија (на франкофонском подручју). На трагу Сосирових идеја, Чарлс Морис (*Charles W. Morris*) је поделио семиотику на: семиолошку семантику (која проучава однос између знака и онога што је њиме означено /знака и значења/; семиолошку синтаксу (која проучава односе из-

365 Знак је облик који често садржи одређени скривени садржај. Као носилац значења он готово увек указује на нешто друго, а не на себе самог. У том смислу, семиотски поступак представља „слање кодиране информације са пошљаоца на примаоца и њено дешифрирање и интерпретирање“ (нав. према: <https://sr.org/sr-ec/.semilogija>, преузето 12. фебруара 2020. године). Вид. А. N. Whitehead, *Process and Reality*, New York 1978, 28–29, 190, 215 и даље; D. Bohm, *Wholeness and the Implicate Order* 12; *Херменеуџика. Теорија џумачења и разумевања*, зборник радова, Београд 1973, 8.

366 Х. Келзен, *Чисџа теорија џрава*, 266.

367 Ф. де Сосир, *Курс ојшије линџисџике*, Београд 1996.

међу знакова унутар система /значење самих знакова/) и семиолошку прагматику (која истражује односе између знакова и човека који их употребљава, односно самих знакова и добијеног значења).

Морисова подела показује да предмет тумачења увек представљају *знаци*, тј. материјалне појаве које су носиоци значења (ствар, природан процес, људска радња, тј. покрет, реч, израз лица итд.). Најважнији систем знакова представља језик, који се састоји од чулно опазивих знакова који могу да се изразе у писаном облику. На језик се свде и сви други системи знакова. Њихов уређен скуп, тј. договор о значењу знакова, назива се *законик значења* (кодекс). Он је сачињен од правила односног језика о значењу и употреби речи као носилаца значења, јер је посреди друштвено објективизована творевина. Предмет тумачења у наведеном смислу могу бити и најразличитија уметничка дела, политички говори или текстови, од библијских и књижевних до правних.

Приликом тумачења постоје два главна субјекта: субјект-стваралац (одашиљач) значења и субјект-прималац (примењивач) значења. Због тога значење које субјект-одашиљач придаје знацима, као и значење самих знакова, треба разликовати од значења које субјект-прималац придаје знаковима како би разумео одаслато значење. То показује да увек постоје барем два значења о истој појави. Наведене тешкоће с одређивањем значења показују да тумачење не омогућава потпуно поуздану комуникацију између људи. Ма колико се људи трудили да уклоне или барем да ублаже наведену разлику у значењима, она се увек појављује. Поменута разлика зачиње се већ у самом субјекту-одашиљачу значења, ако је тачно да интелектуална активност мозга представља холистички структуриран производ биохемијских, електромагнетних и других процеса. До тога долази најпре због тога што творац значења мора прво да утврди властито значење, чиме већ на почетку осиромашује значењску целовитост појаве. Затим, творац такво значење саопштава другима субјектима коришћењем знакова. Тиме се значење додатно осиромашује његовим прилагођавањем апстрактним и унапред одређеним значењима знакова као и избором најадекватнијих знакова за носиоце значења. Најзад, и сами субјекти-примаоци значења додатно осиромашују првобитно значење, тако да је право чудо како се људи уопште споразумевају. Изгледа да је људско споразумевање могуће управо због тог холистичког устројства значења које, будући врста холограма, осиромашењем губи своју јасност и прецизност али и даље остаје суштински исто.

Какогод, приликом сваког тумачења, уместо једног јединственог значења, појављују се три различита значења: *значење субјектџа-одашиљача* (творца значења), *значење љрема законуку значења* и *значење субјектџа-љримаоца* (тумача). Разлика у погледу наведених значења обично се објашњава изузетном сложеносту друштвене стварности, слојевитосту и променљивосту друштвених односа насупрот статичности предмета тумачења, људском несавршеносту и несавршеносту језика, као и променом вредносних судова и система који другачије доживљавају исти предмет тумачења. Због тога се каже да појава као предмет тумачења не припада искључиво свом творцу, тј. да није заувек завршена од тренутка када је настала. Њу на неки начин „доставравају“ њени тумачи, што тумачење приказује и као стваралачку, а не само као репродуктивну делатност. У противном, позив уметничког, правног, моралног, друштвеног итд. критичара био би излишан, што није случај.

Разликовање наведених главних значења приликом тумачења показује у чему се састоји прави задатак тумача: његов циљ није да утврди смисао знакова на основу законика значења, јер то данас могу и машине аутоматски да учине, већ да помоћу знакова и законика утврди тачан или што тачнији садржај свести који је субјект-одашиљач као творац значења изразио знаковима, што машине никад неће моћи да учине. Само када би људи били телепате, наведена разлика у значењима не би постојала, али тада тумачење не би било потребно.

Поменутом разликом може да се објасни човекова постојана потреба за тумачењем. То потврђују истраживања према којима први познати корени тумачења сежу до старогрчког мита о богу Хермесу, који је људима преносио објаве са Олимпа, посредујући између света богова и света људи. На тај начин је већ у миту о Хермесу приказано постојање три субјекта: првог, који је божански творац значења, другог, који је божански преносилац значења, и трећег, који је људско биће, тумач, способно да прими и разуме пренето значење. Од тада, па све до данас, тумачење је постојано развијано и проширивано захваљујући узлету херменеутике као „теорије тумачења и разумевања“.<sup>368</sup>

Поред Пирса, Сосира и Мориса, познати представници су Луис Хјемслев (*Louis Hjelmslev*), Ерик Буисенс (*Erik Buisness*), Пјер Жирард (*Pierre Girard*), Џорџ Мунин (*George Munin*) и Луј Пријето (*Luis Jorge Prieto*).<sup>369</sup>

368 Вид. Д. Митровић, *Увог у љраво*, 246–248.

369 Вид. <https://sr.org/sr-ec/>. *semiologija*, преузето 12. фебруара 2020. године.

Постоји и *јурисџичка семиотика* или јуристичка семиологија, као дисциплина изведена из семиотике. Има за циљ да истражи трагове људске изражајности (експресивности) у оквирима права.<sup>370</sup> Интересовање за главну тему – право и језик, најпре је било усмерено на правну (и правничку) употребу језика, али је убрзо усмерено ка семиотици која је повезивана са преображајем значења појма јуристичка кодификација. Као таква, јуристичка семиотика је једним својим делом блиска правној естетици.

Данас се јуристичка семиотика бави истраживањем процеса придавања значења или, прецизније, истраживањем процесуалног и стратешког карактера значења. Најпознатији представници овог правца су Умберто Еко (*Umberto Eco*), Хајнц Кронасер (*Heinz Kronasser*), Ернст Јоаким Лампе (*Ernst-Joachim Lampe*), Паул Лоренсен (*Paul Lorenzen*), Зигфрид Шмит (*Siegfried J. Schmidt*) и Ханс Петер Шнајдер (*Hans Peter Schneider*).<sup>371</sup>

#### 4.12. Правац деконструкционизма

Деконструкционизам представља трећи правац наративне правне теорије. Потиче од учења француских постмодернистичких филозофа и представља изразито препознатљиву ознаку учења Жака Дерида. Тај суштински психолошко-респективни метод је убрзо прихваћен као користан када преиспитивањем предмета истраживања треба отклонити властиту збуњеност пред маглама које обавијају новонастајуће облике доминације над људима. Упоришну тачку представља Деридин став да „насиље није изван правног поретка, оно стоји у темељу права“.<sup>372</sup> Даљом применом метода деконструкције, Дерида показује да право више није логичан и кохерентан систем, већ производ временски неодређене игре значења.

Потпуно одбацујући коначне истине, Дерида је настојао да испита границе теоријских творевина, нарочито оног што је називао њиховим „рушевинама и пукотинама“. Примењујући деконструкцију као метод, он је рашчлањавао право и правду, правду и силу, силу и право. И, као што је поменуто, закључио је да насиље није изван поретка већ да се налази у темељу права. То га је довело до питање како утврдити „разлику између законске силе једне легитимне власти и такозваног насиља које би морало да утемељи

---

370 R. Zippelius, 348.

371 Вид. D. Breuer, *Einführung in die pragmatischen Texttheorie*, München 1974.

372 Ж. Дерида, *Сила закона*, Нови Сад 1995, 54.

тај ауторитет, и које само себе није могло да овласти никаквим претходним легитимитетом, тако да оно у том првобитном тренутку није ни легално ни нелегално, ни праведно, ни неправедно<sup>373</sup>. Према Дерида, правда није нужно право или закон. Она може да постане правда („по праву“ или „у праву“) само када постоји сила, или још боље, само када се од првог тренутка и прве речи позива на силу. Парафразирајући прву реченицу из *Књиће њосћања*, Дерида бележи: „На почетку правде би логос, говор или језик, а то не противуречи једном другом започињању које би рекло: на почетку би сила“<sup>374</sup>. Затим, полазећи од деконструкције као онтолошке премисе и особеног метода, Дерида одређује поља права, правде и силе, за које сматра да су засновани на мистичном уму, тј. „мистичном темељу ауторитета“<sup>375</sup>. Таквим Деридиним приступом отворене су могућности за „парадоксе, апорије и антиномије“ у односима силе, права и правде.

Деридин метод деконструкције је прихваћен у радовима других припадника покрета који су заступали став о неодређености права. Нарочито су га користили амерички филозофи Пол де Ман (*Paul de Man*), Харолд Блум (*Harold Bloom*), Гидеон Хартман (*Gideon Hartman*), Јозеф Милер (*Joseph Hillis Miller*) и Низар Бен Фреј (*Nizar Ben Fraj*).<sup>376</sup> Према њима, сви покушаји да се објасни право „покопани“ су Деридиним методом деконструкције, исто као што су сви покушаји принципијелног доношења одлука неминовно осуђени на пропаст. Када се метод деконструкције примени на тумачење правног или било ког другог текста показује се да је такво тумачење неодређено и једнако прихватљиво за његове све могуће интерпретације. Право више није логички повезан (кохерентан) систем, него производ временски неодређене игре

373 *Ibid.*, 10. Вид. О. Höffe, „La justice politique comme principe d'une société de la liberté“, у: О. Höffe, *La justice politique* (III део /прев. Г. Вукадиновић/), као и одељак „Метафора друштвеног уговора“ у: *Правни животи*, IV, Београд 1998, 289–374.

374 Ж. Дерида, 54.

375 Треба подсетити да Дерида одређује поље права ослањајући се на идеје Блеза Паскала (*Blaise Pascal*) и Мишела Монтења.

376 Вид. P. de Man, *Blindness and insight*, University of Minnesota Press, 1975; *Allegories of reading*, Yale University Press, New Haven 1979; *The resistance to literature theory*, University Of Minnesota Press, Minneapolis 2005; H. Bloom, *The anxiety of influence*, Oxford, New York 1973 i *Poetry and repression*, Yale University Press, New Haven 1976; G. Harman, *Beyond formalism*, Temple University Press, Philadelphia 1979; *The fate on reading*, 1975; H. J. Miller, *Fiction and repetition*, Harvard University Press, 1982; N. Frye, *Anatomy of criticism*, Princeton University Press, Princeton 1965.

значања. Иако нихилистички, овакав приступ је драгоцен за освежено откривање важности језика за право и у праву.

Када је у питању чисто јуристички дискурс, за све наведене ауторе деконструкција значи да језик и значења нису исти. Значење треба „извући“ из језика. То је разлог због кога треба проблематизовати разлику између језика и значења. Правно, то значи следеће: коментар није логичко-каузално повезан са текстом. Он треба да се „извуче“ из текста.<sup>377</sup> Текстови нису носиоци очигледног значења, нити су јасан извор проширивања значења аналогичном са познатог дела текста на непознат (екстраполирање). Исто важи за јуристичке одлуке или стварање мишљења које је са одлукама уско повезано. Мисао правне науке могла би да буде обogaћена кад би порастао значај основа етике одлучивања, сматра Дерида, онако како је приказано у светској књижевности. Јуристичко одлучивање није засновано на једном „монистичком“ мишљењу, већ на једном креативном и поетском поступку.

---

377 Г. Вукадиновић, Р. Степанов, *Теорија права I*, 116–136. Вид. J. B. White, *The legal imagination. Studies in the nature of legal thought and expression*, Boston 1973; W. Schreckenberger: *Rhetorische Semiotik*, Freiburg–München 1978; R. Zippepius, *Rechtstheorie*, München 1982; D. Breuer, *Einführung in die pragmatischen Texttheorie*, München 1974.

### III глава

## ЗАМЕРКЕ САВРЕМЕНИМ МУЛТИДИСЦИПЛИНАРНИМ ПРАВНИМ ТЕОРИЈАМА И УЧЕЊИМА

У најкраћим цртама приказане мултидисциплинарне теорије су усмерене на неколико сталних тема, а пре свега на право, правду и државу. Њихов је нарочити циљ да докажу како друштво треба деконструкцијом довести до крајњег стања светске државе са цивилним друштвом.

### 1. Расплињавање појма права, легитимизовање сецесионистичке клаузуле и закони које доноси извршна власт

Када се ради о појму права, поред мање-више оправданих критика (најновија је критика припадника тзв. правца деконструкционизма на челу са Жаком Деридом),<sup>378</sup> интересовање за одређивање његовог појма (под условом да се од тог наука није одустало, као што су учинили Херберт Харт или Алф Рос)<sup>379</sup> усмерено је у три главна правца: први, који узрок и појам права објашњава првенствено одвијањем друштвене и класне борбе (нпр., Покрет критика права у Француској, а посредно Школа економске анализе права, као некада марксистичке и анархистичке теорије)<sup>380</sup>; други, који има за циљ да „раствори“ право и „састави“ његов појам на другачијим основама и према другачијим

378 Вид. Ж. Дерида, 54 и даље.

379 Вид. Х. Харт, *Појам њрава*, Београд – Подгорица 2013; А. Рос, *Право и њрава*, Београд 1996.

380 Вид. R. M. Unger, *Znanje i politika*, Zagreb 1989; R. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, 2002.

мерилима (нпр., феминистичка јуриспруденција, нове конституционалистичке теорије), и трећи, који значење и појам права извлачи из појава које су на самом ободу правног интересовања али нису без значаја за право (нпр., наративна теорија права, јуристичка семиотика, правна кибернетика, теорија система итд.).<sup>381</sup>

Сва три главна правца су корисни за сагледавање изузетно сложене појаве као што је правна појава. Они делују освежавајуће и подстицајно, али не сви. Најинтересантније је да нови појам права није „смишљен“ нити „откривен“ у поменутиим мултидисциплинарним теоријама. Такође, није створена ниједна холистичка правна теорија. Лишен такве синтезе, појам права је само различито одређиван, зависно од врсте главне појаве са којом је довођен у везу. Та изабрана појава је сматрана полазиштем за истраживање права. Том приликом се често претеривало. На пример, тешко је прихватити наративну тврдњу да право постоји због приповедања, а не због заповедања или феминистичку тврдњу да су држава и право настали из полних разлога. Али, то више није важно, јер је чисто научни терен истраживања у овим теоријама скрајнут у корист псеудонаучног, идеолошког и политичког. Важнији су приземнији циљеви покренути скривеном вољом за моћи. Та моћ се користи као средство за преобликовање слике старог у будући ресетовани свет.

Када се ради о важећем праву, треба скренути пажњу на разматрање могућности уношење (конституционализације) тзв. сецесионистичке клаузуле у уставе формално либерално-демократских држава. За то се нарочито залажу представници нових конституционалистичких теорија (Роберт Алекси, Ралф Драјер, Карлос Сантијаго Нињо).<sup>382</sup> Али, овде се не ради о констатовању једног легитимног научног интересовања већ о његовој критици. Најважније су две замерке. Прва се односи на прихватање те новине и њено евентуално уношење у уставе и законе, што би захтевало стварање потпуно нових појмова државе и државног уређења. Када би се таква реконструкција извела, умесно би се могло поставити питање да ли се тада уопште може говорити о држави. Није нимало случајно што савремена уставна и политичка наука у свету такве „државе“ назива „недовршеним“ (нпр.,

---

381 Вид. С. Mackenzie, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press 1989; R. Alexy, *Theorie des iuristischen Argumentation*, Heidelberg 1992; Б. Кнежевић, *Наративна функција права*, Београд 2014; Ф. де Сосир, *Курс ојшће линівисійике*, Београд 1996; Н. Луман, *Друшћивени сисћеми, основи ојшће теорије*, Нови Сад 2001.

382 Вид. Г. Фасо, 669–679.

СССР, СФРЈ). Али, таквим се могу сматрати садашња Европска унија, па и најављена глобална супердржава. Друга замерка се односи на подстицање националних судова да пресуђују са много већом слободом у односу на правни текст, па чак и да пресуђују *contra legem*.

Очигледно је да учење конституционалистичких теорија представља претњу за разбијање садашњих држава легитимизовањем сецесионистичке клаузуле. Ту претњу треба одбацити упркос томе што је цивилизовано разилажење увек боље од нецивилизованог заједничког живота или нецивилизованог раздвајања. Опасност постоји и када се ради о изазивању правне анархије од стране судова, када би се они приклонили идејама припадника ових теорија које подсећају на немачку Школу слободног стварања права (Еуген Ерлих, Херман Канторовиц). Нимало није случајно да чак ни у најразвијенијим либерално-демократским државама савезног типа није предвиђено право на *нулификацију* (одустајање поништавањем акта, и то улагањем вета државе-чланице), нити право на *сецесију* (отцепљење). Забрана тих права није случајна. Забрана нулификације (обично формулисана у облику тзв. заштитне клаузуле) представља меру против раздруживања у сложеним јединственим државама које по правилу настају спајањем. Састоји се у забрани улагања вета држава-чланица на одлуке органа федерације. Забрана сецесије представља додатну заштиту државе од самовољног издвајања, тј. једностраног распарчавања било ког дела савезне државе од стране њених држава-чланица. Али, оно што важи за тзв. развијени свет, не мора да важи за остатак света. Изгледа да треба озбиљно схватити поруку са предвиђањем бившег генералног секретара Уједињених нација Бутрос Бутрос Галија, који је последње деценије прошлог века најавио да ће та организација до 2050. године, ако буде дотле постојала, бројати око 400 држава-чланица. Државе нација ће нестати. Преостаће само народи у својим квазидржавама.

Новине у позитивном праву постоје и у погледу субјеката који могу да доносе законе. У демократијама тај субјект је увек скупштина (законодавна, а изузетно уставотворна). Некада је закон доносио монарх сам, затим са властелом на сабору, а касније у некаквој вези са скупштином (иницијатива, вето, промулгација итд.). Јачањем демократије улога парламента је уздигнута. Тако се дошло до формуле да је апсолутно својство скупштинског закона постало његово највише место на хијерархијској лествици општих аката ако нема формалног устава. Али, од тог правила

данас постоје два изузетака. Први се односи на тзв. декрет-законе, односно на административне законе у Француској, а други на тзв. „секундарно законодавство“ Великој Британији. За декрет-законе је особено то да влада или шеф државе могу не само да уређују законску материју, већ и да суспендују или промене закон који донесе парламент. У формалном смислу то су акти највише извршне власти, али су у материјалном смислу закони надређени „обичним“ скупштинским законима. Као што може да се примети, у наведеном разликовању постоји знатна нелогичност. Ако може да се прихвати да је устав закон над законима, тешко може да се прихвати да постоје и закони над законима. У Великој Британији, пак, постоје *секундарни* (подређени, делегирани) закони (*Statutory Instruments /SIs/*). Они представљају делове „права Уједињеног Краљевства одвојене од парламентарних аката који не захтевају пуно парламентарно одобрење пре него што постану закон... Обично их парламенту представља неки од владиних министара, спроводећи легитимно право које му је дато Законом о Парламенту“.<sup>383</sup> То је нешто елегантнији начин да се ослаби моћ парламента Уједињеног Краљевства.

Наведена два карактеристична изузетка од правила да закон доноси само скупштина показују да савремена моћ парламента постојано слаби у корист владе или шефа државе. Не би било први пут у модерној историји да се захваљујући превласти извршне власти парламент претвори у успешан дебатни клуб.

## 2. Релативизовање истине, правде и стварање правног конструкта процедуралне правде

Истина спада у најстарије појмове филозофије права и правне науке. Будући да су у стварности истина и правда тесно повезане, то спознаја истине представља правни пут до правде, а утврђивање правде правну потврду истине.

Упркос тврдњи да истина постоји као апсолутна вредност, а тиме и правда као апсолутна вредност, као оно што „јесте“, постоје филозофи и научници, нарочито у природним наукама формално-логичког усмерења, који сматрају да се о истини може говорити још у једном епистемолошком смислу. Они не одбацују истину као химеру, али сматрају да она не може да буде апсо-

383 Вид. *Encyclopaedia Britannica* 2000 CD или [www.answers.com](http://www.answers.com).

лутна вредност, као ни правда. Из тога закључују да у савременој науци и филозофији „реч истина губи смисао“ и да се „мора заменити речју вероватноћа“. То важи и за речи „стварност“ или „реалност“, које треба да буду замењене речју „конкретност“. Али, и конкретност је исто тако једна недостижна гранична вредност, као истина у епистемологији. Произлази да истинито и погрешно означавају само „екстремне тачке на скали“ (Ханс Рајхенбах, Харолд Џефриз, Лудвиг Витгенштајн).<sup>384</sup> И конкретност је плод нашег разума и одлуке да се негде застане. У ствари, може се говорити само о „степенима истинитости“ који изражавају „различите степене вероватноће“. Можда би истина могла једноставније да се одреди као сагласје чињеница о појави са значењем исте појаве.

Релативизовање истине је отворило пут релативизовању правде у учењима правних филозофа и научника. На пример, Мајкл Волзер, најпре настављач а затим и критичар Ролсових и Дворкинових идеја, полази од друштвеног плурализма као основног подручја социјалне правде и умесно оспорава Ролсове тврдње истицањем да појединци нису само изоловани примарни субјекти, пошто схватање правде зависи од историје и културе сваког друштва. Залагао се за схватање да правда зависи од историје и културе сваког друштва, као и да због тога између различитих друштвених група треба успостављати односе толеранције упркос разликама.<sup>385</sup> Због таквог релативизовања, Волзерово схватање правде се не може прихватити. У његовом учењу правда се релативизује и расплињава до нераспознатљивости (свако друштво ствара своју историју и негује своју културу), чак дотле да се умесно може поставити питање: шта је у његовом учењу правда, а шта право? То, наравно, није случајно, јер се релативизовањем правде важећем праву прибавља лажни ореол праведности.

Постоји још један савремени начин да се правда релативизује. Карактеристично залагање Џона Ролса, Отфрида Хефеа, Лона Фулера, Џона Финиса и других правних научника за увођењу тзв. процедуралне правде у научну апаратуру. То се не може сматрати успешним покушајем ових правника да узвисле право његовим приближавањем правди. По њима, довољно је да се процедура исправно изведе према *fair play* правилима да би правна одлука могла да се сматра праведном. Али није тако, јер између исправ-

384 Вид. Н. Reichenbach, *The Rise of Scientific Philosophy*, Barkley University Press, 1968; Н. Jeffreys, *Theory of Probability*, Oxford University Press, 1948; Л. Витгенштајн, *Филозофска исцртавања*, Београд 1980.

385 М. Волзер, *Подручје правде*, 16–19 и даље.

ности и истинитости која је синоним за праведност не постоји никакав аутоматизам. На пример, суд може исправно да спроведе процедуру али да донесе неправедну одлуку у смислу материјалне истине. Такође, ни оно што је праведно не мора да буде исправно. На пример, суд може да утврди материјалну истину и донесе праведну одлуку али да прекрши правила процедуре. То показује да је исправност једна техничка вредност, једна врста правног конструкта или симулакрума, за разлику од истине и правде, те две две врхунске вредности које нису симулакруми.

Одустати од истине значи наћи се у тамном вилајету, а од правде немати решење за излазак из тог вилајета. Недостатак истине дезоријентише, а правде онемогућава. Какогод, конструисање појма процедуралне правде се не може сматрати успешним покушајем поменутих правника и њихових заговорника да узвисе важеће право његовим претварањем у процедуралну правду. Реч је о симулакруму.

Процедурална правда не постоји, али се до правде може доћи исправним поступцима. И обратно, правда постоји, али она није процедурална, што није ни правичност. Процедура је једино исправно средство права, али право није једино исправно средство правде.

### 3. Одбацавање суверености националне државе у корист суверености тзв. глобалне супердржаве

Кад се ради о држави, готово у свим овим теоријама је изложена критика појма суверености националне државе у име залагање за светску државу. Неки савремени писци, као Нил Мекормик (*Neil MacCormick*), сматрају да сувереност треба одбацити зато што не одговара новој друштвеној реалности. Ту своју тврдњу Мекормик објашњава све већом међузависношћу држава, почев од трговачких и финансијских односа до успостављања система колективне сигурности (војних савеза) и стварања механизма „светске међународне заједнице“. Сувереност треба одбацити и због тога што је кроз историју показала велику штетност као узрок многих ратова итд. Због таквих потреба је створена теорија уставног плурализма, по којој државе нису једина места на који-

ма може да се пронађе сувереност. И пошто савремене околности траже напуштање јединственог и апсолутног суверенитета у корист дијалога и прилагођавања, то односи између уставних власти различитих држава треба да буду *хејерархијски*, а не хијерархијски (Нил Вокер /*Neil Craig Woker*/). Док се хетерархијски односи изводе из равноправности држава и њихове сарадње, дотле се хијерархијски односи изводе из надмоћи државне власти и могућности њеног наметања субјектима унутрашњег и међународног права. Неки други писци, као Дејвид Хелд (*David Held*), закључују како државе неће ослабити због губитка свог спољашњег суверенитета – само ће ојачати свој унутрашњи суверенитет.<sup>386</sup>

Поред очигледне логичке недоследности, Хелдово и слична учења других писаца о суверености могу се схватити и као својеврсна теоријска припрема за ситуацију у којој би се ставови о неминовности губљења националног суверенитета и нужности одрицања од националних интереса могли преметнути у тврдњу о потреби преобличавања некадашње националне суверености у нову „космополитску сувереност“. Нови титулар требало би да буде будућа светска федерализована држава са универзалним владаром (можда Месијом) као неком врстом хеленистичке верзије „одуховљеног закона“.<sup>387</sup> Јасно је да умањени, тј. ограничени или само унутрашњи суверенитет држава то уопште није, будући да је у сувереност уткана идеја правне и стварне неограничености, а не ограничености. Ту неограниченост требало да стекне будућа светска влада или супердржава. Једино није јасно, док се то можда не догоди, ко је у садашњем свету стварно и правно суверен. У доба униполарног или монополарног света то је била само једна најмоћнија држава. Али, ситуација се променила у корист полицентризма или мултиполаризма у коме ниједна од три-четири тренутно најмоћније државе не располажу у потпуности свим атрибутима суверености. Може се закључити да у овом часу нико није потпуно суверен. Остале државе су то само титуларно. Због тога се стварају међудржавни савези. Ипак, једно је сигурно: глобалисти желе да у потпуности пре-

---

386 D. Held, „Changing Contours of Political Community”, у: *Global Democracy*, London 2006, 26.

387 G. Poggi, „Cosmopolitanism and Sovereignty”, у: *Political Restructuring in Europe: Ethical Perspectives*, London 1994, 89 и даље. Вид. R. Glossop, *World Federation? A Critical Analysis of Federal World Government*, Jefferson University Press, 1993; *Глобални свет*, зборник радова, Београд 2003; *Глобално ујрављање светом*, зборник радова, Београд 2012.

образе или униште све што је везано за данашње друштво. То укључује економију, владу, забаву, друштвене односе, породицу, па чак и религијска веровања.

Користећи хиљадугодишњу државноправну традицију федерализована Светска држава би наводно била спремна да буде одвојена од цивилног друштва (*Civil Society*) које би „својим извандржавним положајем, постојањем слободног јавног мњења и других ванинституционалних облика повезивања представљало не само аутономну област друштвеног живота изван домаћа државне власти већ и суштинску брану од свеобухватности такве суверене државе и тоталитарних тенденција које би могле у њој да се временом појаве“.<sup>388</sup> Наводно, тиме би владавина права добила нови замањак и смисао иако се пре ради о „псеудоуниверзалности“, тј. ситуационој етичкој ограничености скривеној иза универзалне етике. Због те псеудоуниверзалности цивилно друштво би лако могло да се претвори у упориште западњачког „демократског“ плана („американизације“) о извођењу „глобализације одоздо“, а не одозго. Произилази, а то се и наговештава, да једино место на коме би унутар Светске државе могли да се задрже „остац“ владавине права представља поменуто цивилно друштво. Оно би се односило првенствено или искључиво на области изван политике, као што су рад, власништво, производња, комуникације итд.<sup>389</sup> Насупрот цивилном друштву, постојала би поменута светска влада, тј. светска супердржава са својом ничим ограниченом силом. Може се запитати, а одговор на то питање није тешко дати, у чију би корист тај међупростор био попуњен: у корист „Цивилног друштва“ или „Светске државе“? Највероватније је да би то било слабо и незаштићено друштво засновано на стварању збрке и ширењу страха, као што се данас чини. Та страна глобализације се пажљиво скрива. Ипак, сви они који верују да грађани нису спремни да чују истину, уистину нису спремни да врше власт над њима. Истина се увек открива и, каква год да је – ослобађа.

---

388 Р. М. Унгер, *Знање и политика*, 338–340. Вид. С. Аврамов, *Цивилно друштво и невладине организације*, Београд 2006; Џ. Кин, *Цивилно друштво*, Београд 2003.

389 Dž. Kin, 151; D. Archibugi, *The Global Commonwealth of Citizens. Toward Cosmopolitan Democracy*, 89; R. Layton, *Order and Anarchy. Civil Society, Social Disorder and War*, Cambridge University Press, 2006, 45–81; R. Marchetti, *Global Democracy: For and Against – Ethical Theory, Institutional Design and Social Struggles*, London – New York 2008.

#### 4. Напуштање вредности правне државе у корист тзв. државе националне сигурности

Важну замерку представља и то што се у приказаним савременим мултидисциплинарним теоријама садржај правне државе (владавине права) све више „разблажује“ њеним везивањем за најшире постојање и поштовање људских слобода и права у мултикултуралистичком или комунитаристичком смислу (Чарлс Тејлор, Џозеф Раз, Мајк Сендел, Мајкл Волзер итд.) или се правна држава све отвореније оспорава и сматра излишном.<sup>390</sup> Ово последње се објашњава чињеницом да правна држава није у стању да одговори савременим, биолошким, биогенетичким, нуклеарним, технолошким, еколошким и другим изазовима. Уместо правне државе остало би право са аутократском а не демократском владином права.

Од моћи и немоћи правне државе треба разликовати деформације и дегенерацију правне државе. Када је реч о деформацијама, запамћено и документовано довековно искуство потврђује да су идеја, облик и садржина правне државе често и радо злоупотребљавани од аутократа који су сматрали да је за њих корисније да правну државу прилагоде својим захтевима, него да је формално укину. То је (нпр.) био случај с националсоцијалистичком (Карл Шмит /*Carl Schmitt*/) или социјалистичком правном државом (Сергеј Алексејев /*Сергей Сергеевич Алексеев*/),<sup>391</sup> а слично се догађа и данас злоупотребом идеја и установа државе и права у развијеним земљама Запада, у Европској унији или изван ње. Као да је заборављено да општа обавезаност правом искључује аутократску самовољу и правну неодговорност формално демократски изабраних носилаца јавне власти. Циљ је да се одустане од правне државе. Нарочито се излишном сматра национална правна држава, чије се традиционалне вредности напуштене у корист новопрокламованих транснационалних вредности сигурности и безбедности новонастајуће тоталитарне државе. Тако се деформације претварају у дегенерацију. Очигледно, да су људи желели правду, правна држава им не би била потребна. Довољно би било придржавати се Декалога, тј. Десет Божјих заповести. Али, уместо

390 Д. Митровић, „Правна држава као правна мисао и као правно искуство“, *Анали Правној факултету у Београду (Анали ПФБ)* двоброј посвећен проф. др Божићу С. Марковићу, 1–2/1993, 173–183; Вид. *Правна држава – порекло и будућности једне идеје*, зборник радова, Београд 1991.

391 Вид. С. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, München und Leipzig 1932; С. С. Алексеев, *Общая теория права*, I–II, Москва 1981.

правде изабрали су правну државу. Само, она властодршцима овог света више није потребна. Смењује је свеприсутна држава која у целости контролише физички и духовни живот својих нових поданика, некадашњих „грађана“.

Да би се тај глобалистички циљ остварио данас се све чешће посеже за увођењем (продуженог) ванредног стања које правну државу или државу владавине права постепено претвара у полицијску државу „националне сигурности“ (*Emergency State, National Security State*). Све очигледније ограничавање грађанских права (која су јемства) на рачун проширивања „безобалних“ људских слобода и права (која су обећања) могло би у једном тренутку да прерасте у редовну праксу необјављеног или објављеног ванредног стања великог броја држава под најразличитијим изговорима, а оно затим до успостављања светске владе или светске супердржаве у не тако далекој будућности.<sup>392</sup> Промену ће најмање осетити државе у којима је ванредно стање њихово редовно стање. Постизање тог циља не би човечанство увело ни у какво обећано „Златно доба“. У ствари, био би то „Архипелаг Гулаг светских размера“.<sup>393</sup> Када би садашње власти у свету могле да се погледају у огледалу, виделе би своју демонску слику заводљиве гадости. Збиља, може се запитати, како су људи уопште дозволили групици психопатских мултимилијардера и патократских владара да преузму наш свет?<sup>394</sup>

## 5. Псеудонаучност и друге методолошко-епистемолошке замерке

Један од изразитих заједничких недостатака изабраних теорија јесте њихова псеудонаучност, због изражене једностраности, неистинитости и нетачности. Карактеристичан пример неетичности представља злоупотреба резултата генетике и биомедицине. На пример, данас се као никада пре најављују нове болести. Оне настају зато што то тврде фармацеутској индустрији лојални научници, па се чак стварају лекови за болести пре него што се оне појаве („вакцина је стигла, чека се болест“). Може се запи-

---

392 Вид. Д. Аврамовић, *Савремена љавна држава*; М. Наранчић, *Владавина љрава као систем љравно-моралних вредности*, Ниш 2020.

393 Р. де Рајтер, *Светско зло и беда*, Београд 2013, 102.

394 Вид. Р. Даглас, *Русо и Хобс: љривоа, слободна воља и стљрастљи*, 2015.

тати да ли је ту реч о науци или превари. Није ли тиме посредно признато да порекло нових вирусних болести није природно. Може се такође запитати да ли је ту реч о употреби или злоупотреби науке, њеној доброј или злој пракси. Карактеристична је и Поснерова тврдња из сасвим друге области живота – да су за оптерећење државног буџета криви сиромашни грађани, јер преко социјалних програма помоћи смањују могућност богатих да та средства користе у већем износу и свом интересу. То не треба да чуди јер је Поснерово економистичко учење лишено етичности, као и многа друга савремена учења. Оно је у целисти усмерено на заштиту интереса богатих. Поснер је њихов апостол. Слично се може рећи и за феминистичка учења, пре свега због њихове једностраности и непотребног претеривања. Може ли се уопште тврдити да постоји феминистичка теорија државе и права будући да је одређивање појмова државе и права изван и изнад полно одређених схватања и учења. Такође, може ли се прихватити као исправно претеривање неких мултикултуралистичких учења о праву аскриптивних група на склапање споразума са државом (нпр. учење Кристијана Томушата и Отфрида Хефеа). Та учења нису лишена етичности, али је њихова етичност изокренута. Пропагирање тзв. „нове нормалности“ у полном, родном и сексуалном смислу (која је за већину и даље „не-нормалност“), укључује чак право на федерално устројство (територијално-политичку аутономију) чланова таквих аскриптивних група. То се може сматрати увредљивим барем за националне мањине или верске конфесије као традиционалне баштинике тог права. Склапањем таквог хипотетичког колективног споразума додатно би се партикуларизовала друштвена организација и држава ослабила држава изнутра. Томе нарочито погодује садашње агресивно наметање родних, полних и још неких других врста особености у име равноправности коју наводно „принципијелно“ и због поштовања владавине права подржавају власти у запоседнутим државама. У таквим државама носиоце власти формално бира народ, али они не владају у корист народа већ својих ментора. Треба нагласити да прихваћена равноправност припадника аскриптивних група које су иначе мањина у друштву *не укључује* њихово право да се самостално или уз помоћ државне власти агресивно намећу другима, од обданишта, нарочито не већини грађана другачијих животних уверења и планова. Такво њихово наметање оснажује нетрпељивост, а ова доводи до грађанских немира, забрана и сукоба. Бројне земље у којима је такав споразум усвојен показују да је у току управо такав развој догађаја.

Различите „новине“ које садрже приказане најновије мулти-дисциплинарне теорије са селективно изнетим замеркама нису једине новине, али је свим овим теоријама заједнички исти методолошки недостатак који се састоји у произвољно изабраном броју елемената или поставки (нпр., у учењима Школе економске анализе права, мултикултуралиста, комунитариста или феминистичке јуриспруденције). Сваком таквом избору може се додати барем исти толики број других једнако важних поставки, елемената или добара. Иста замерка се може упутити и неким савременим природноправним учењима (нпр., учењима поменутог Лона Фулера или Џона Финиса). Као да је заборављено да исправно научно полазиште мора да креће од оног што је већ научно доказано или барем објективизовано, а не од оног што је резултат лично увиђања сталног и неизбежног у људској природи и друштву. Увиђање је променљиво, дакле релативно, а тиме научно неважно. Тек када се одбаци неважно, могу се изводити аргументи и доносити судови. Они показују да наведена учења тешко могу издржати тестирање својих научних исказа у методолошком и епистемолошком смислу за које се залаже Карл Попер када тврди да иза универзалних речи и њиховог значења стоји много важнији проблем: „проблем универзалних закона и њихове истинитости; тј. проблем регуларности“. То одређује сасвим другачије „интелектуално важне циљеве“ као што су формулисање проблема, покушај постављања теорија које би решиле постављене проблеме и само критичко разматрање међусобно супротстављених теорија. Ти циљеви истраживачу омогућавају да научним ставом сматра само онај критички став „који не трага за верификацијама, већ за кључним тестовима, тестовима који би могли да оповргну теорију која се тестира, а да никад не могу дефинитивно да је потврде“.<sup>395</sup>

Из наведене основне методолошко-епистемолошке замерке произлазе друге значајне замерке као што су: *релативности* у погледу вредносног смисла или оправдања (нпр., правде или улоге законодавца и врховног суда приликом легитимизовања сецесионистичке клаузуле); очигледна *нејрихвалљивости* крајњих научних тврдњи због њихове неистинитости у Поперовом смислу најстрожег тестирања научних ставова (нпр., стварања облика територијалне аутономије на основу расних, полних /родних/ и других обележја аскриптивних група, као што је поменуто); или њихова *ипретираности* (нпр., као код Школе економске анализе права

395 К. Popper, *Traganje bez kraja. Intelektualna autobiografija*, Beograd 1991, 26, 29–30, 48.

или различитих радикалних феминистичких теорија и учења) која такође доводи до једностраности и неистинитости када се научни ставови изведу доследно до краја. Да су истинити, не би морали да се намећу. Али, политичка корисност од тврдњи које се у овим теоријама предлажу, проглашавају готовим решењима или којима се оправдавају друштвено сумњиви пројекти о којима чланови друштва честито нису ни обавештени, више је него очигледна. Није тешко запазити да најновија социолошко-антрополошка учења, а посредно учења системско-кибернетских и других теорија (увођењем ID исправа, дигиталних вакциналних и здравствених картона итд.) подржавају приказане мултидисциплинарне теорије које се самозвано – утопијски или дистопијски – баве решавањем савремених правних и друштвених проблема у духу идеологије трансхуманизма. Ипак, најинтересантнији је *недоследан* став мултидисциплинарних теорија према етичким проблемима који се или искључују тамо где је позитивистички усмерена научна апаратура развијена и поуздана у својим границама, или пренаглашавају, у изнудици и недостатку такве научне апаратуре, или релативизују, када се резултати не подудару са унапред постављеним циљевима. Није чудно да бујају псеудонаучна „открића“ која имају као циљ да шире страх од измишљених нових болести, климатских промена, глобалног загревања, природних катаклизми, астероида итд. Она срзавају ауторитет науке и осупљују је на путу ка досезању изворне а не прерађене научне истине. Томе треба додати „услужна“ мишљења осредњих али ванредно кооперативних припадника различитих струка (припадника „плаћеничке науке“). Актуелна је сарадња дела тзв. „медицинске струке“ са фармацеутском индустријом за коју је добар човек само болестан човек. Треба запамтити: то најчешће нису врхунски „стручњаци“ са интегритетом већ сенке утопљене у исплативост „струке“. Ако су, пак, врхунски стручњаци, онда су лишени човекољубља. Такве особе су Аурелије Августин и Тома Аквински сматрали злим и opakим људским бићима „хладног срца“. Идејну и идеолошку подлогу за такав рђав избор данас пружају управо неке приказане мултидисциплинарне теорије. Тиме се показују две њихове стране. Прва је окренута ка постизању Зла, а друга ка постизању Добра за људски род. Утешно је охрабрење да свједоставници ових теорија нису изабрали Зло као „ухлебљење по пијачној цени“, већ су истински ангажовани против даљег извођења научних и технолошких експеримента *in vivo* над људима. Ти експерименти су покренули глобални сукоб између светских

владара који славе моћ и смрт, и човечанства које слави слободу и живот.

Упркос показаном отпору таквих прегалаца, светски владари преко својих извршилаца у националним државама нису одустали од идеја да се оно што је природно раздвоји према полним одликама, оно што је аскриптивно у погледу сексуалне или неке друге оријентације споји и изједначи са природним или традиционалним одликама и оријентацијама, држави и народу одрекне право на постојање, појединци и друштвене групе сведу на субјекте који треба строго да се владају према технократским обрасцима непрекидног надзора и контроле (укидање готовине, конфисковање власништва, чиповање, генетске манипулације људима, народима и још много тога неприхватљивог за нормална људска бића). Такво расплињавање традиционалних појмова, вредности и образаца, што је уочљиво нарочито у неким крајњим варијантама мултидисциплинарних теорија на Западу, треба да послужи као научна и идеолошка подлога за политичке доктрине и праксу чији је крајњи циљ нова прерасподела моћи. Ту моћ би у будућности контролисала светска влада ослоњена на глобални поредак са трансхуманистичким друштвом и правом. Када је изјавио да људи неће имати ништа али да ће бити срећни, можда је Клаус Шваб (*Klaus Martin Schwab*) мислио на пресељавање људи у метаверзум у коме би имали све што пожелеле, док у физичком свету не би имали ништа, јер би вегетирали повезани кабловима за лежај и уређаје који би им омогућавали одржавање живота.

На најновије теорије глобалистичке оријентације згодно се надовезују најновије социолошко-антрополошке теорије које истраживањем древних друштава и права или правног плурализма у савременим правима настоје да открију заједнички именитељ који би послужио као научно решење или подлога за објашњење и оправдање наднационалног организовања које је у току (Норбер Рулан /*Norber Rulan*/),<sup>396</sup> као што је од 1993. године случај са Европском унијом. Проналажење тог заједничког именитеља требало би да послужи као модел за окончање започетог стварања новог светског права. Једно од важних средстава за успостављање тог циља представљају веома распрострањена примена правних трансплантата и кодификовање обичајних норми из различитих области пословног живота (нпр., кодификација правила међународног обичајног права, UNIDROIT).

---

396 Д. Митровић, *Аутономно право*, Београд 2016, 51–55.

Можда су због своје практичне етичке усмерености биоетичке теорије драгоцене за постизање глобалне хармоније и владавине права као пожељног циља у догледној будућности, под условом да уважавају оно што је свима заједничко: постојање организације и система ослоњених на примену информатичких технологија које су тако подешене да људима омогућавају право на достојанствен живот и смрт, хуман поступак лечења итд. без наметања самопроглашених „најважнијих“ друштвених вредности и образаца. На жалост, изабран је другачији технолошко-технократски пут непрестане контроле, надзора и управљања људима, који се у плановима самопроглашених „филантропа“ и скривених светских моћника више не сматрају „радном снагом“ или „ресурсима“, као што је било све до скоро, већ „резервоарима“ и „платформама“, неком врстом трансхуманистичке симбиозе човека и рачунара у духу проглашеног новог хуманизма („неохуманизма“).

На крају, истине ради, треба рећи да нису све теорије и учења глобалистичког усмерења рђава. То су само неке од њих, оне које се залажу за рђаве стране глобализма, који сам по себи није ни рђав ни добар. Таквим га чине људи који припадају повлашћеној мањини, располажу огромном моћју и ту моћ користе искључиво у свом интересу. Рај богатих је направљен од пакла сиромашних (Виктор Иго).

Поменуте савремене мултидисциплинарне теорије су интересантне и изазовне због свог мултидисциплинарног усмерења које је отворено или прикривено глобалистичко у корист или на штету људског рода. Оне су корисне барем због тога што нагоне данашње правнике да се пробуде и изађу из колотечине коју ствара задовољство постигнутим. Али, на неке озбиљније научне резултате ових теорија мораће да се сачека, изузев ако се не деси да оне у међувремену буду заборављене као свака демодирана ствар.



ТРЕЋИ ДЕО  
ТЕОРИЈЕ О ОДНОСУ  
ДРЖАВЕ И ПРАВА



# I глава

## ОДРЕЂИВАЊЕ ОДНОСА ДРЖАВЕ И ПРАВА

Постоји неколико главних група учења и теорија које решавају сложени проблем односа државе и права. Могу да се разврстају како према полазиштима и добијеним резултатима познатих правних школа и праваца, тако и према мерилима која значајни правни писци сматрају одлучујућим за решење овог проблема.

Међу различитим мерилима која се користе за одређивање односа државе и права често се истичу постанак, порекло, развој, задатак и значај државе и права или, пак, важење, изнудљивост и обавезност правних правила која ствара држава или друштво. Захваљујући њима, карактеристична учења о односу државе и права могу да се разврстају на теорије о независности (самосталности и невезаности) државе и права, првенству државе над правом, првенству права над државом, јединствености (потпуној прожетости и сједињености или утопљености) државе и права, узајамној повезаности државе и права и релативној самосталности државе и права упркос њиховој узајамној повезаности. Могуће је саставити и другачије поделе.

### 1. Теорије о независности државе и права

Многи писци сматарају да независност права од државе не може да се докаже. Чак и када држава непосредно не ствара право она друштвеним нормама прибавља правни карактер. Али, постоје писци који сматрају супротно – да независност права од државе може да се докаже, што чине на различите начине.

Збиља, може ли да се докаже независност права од државе?<sup>397</sup>

397 С. Јовановић, *О држави*, 45–50.

Одговор на ту недоумицу пружају две групе схватања, зависно од тога да ли се држава и право објашњавају позивањем само на право или само на државу. За *неетатистичке теорије*, у које спадају нека историјскоправна (Фридрих Карл фон Савињи, Густав Хуго или Георг Фридрих Пухта), природноправна (Жан-Жак Русо и Рудолф Штамлер) и социолошка учења са својим плуралистичким варијантама (Еуген Ерлих, Макс Вебер, Леон Диги, Жорж Гурвич, Џорџ Вајткрос Пејтон, Макс Херман Глукман, Е. Адамсон Хобел, Пол Бохенен итд.), право је створено пре државе и постојало је пре државе. Због тога је право независно од државе. Право и држава постоје као две засебне појаве.

Питању да ли може да се докаже независност права од државе, одговара друго, слично питање: да ли може да се докаже независност државе од права? На то питање одговарају неке *етатистичке теорије* на сасвим супротан начин: истицањем надмоћне улоге и неспорног значаја државе за друштво и друштвено право. Према једној њиховој варијанти (етатистички монизам), држава је потпуни и једини стваралац права. Због тога је целокупно право само државно (Георг Вилхелм Фридрих Хегел, Пол Лабанд, Георг Јелинек, Лудвиг Гумпловиц, Карл Шмит итд.).<sup>398</sup> Будући да држава апсорбује право и да не постоји друштвено право које је независно од државе, тврди се како се не може говорити о односу државе и права. Целокупно право је државно. Друштвена су само правила изван области права.

Различите теорије о независности и раздвојености државе и права збиља садрже тврдње које допуштају самостално посматрање државе или права. Али, та независност и самосталност су релативни, а не апсолутни, што значи да непостојање њиховог односа у једном делу никако не може да значи како тиме уопште може да се одрекне повезаност државе и права. На пример, историјскоправна школа је користила недовољно јасну категорију правне свести народа, тј. народног духа, за доказивање независности права од државе. Али, данас чак ни обичајно право не може да се узме као доказ независног постојања права од државе, јер да би неко обичајно правило важило у праву потребно је да га државна власт прихвати као правно. Може се рећи да су и природноправне теорије непроверљиве, исто као теорије социјалног правног плурализма за које постоје само друштво и друштвено право. Прве су непроверљиве због одређивања природног права као некаквог „надправа“, а друге због одбацивања или утапања државног права у друштвено право, што не одговара стварности.

<sup>398</sup> Р. Лукић, „Хегелова филозофија државе и права“, 45 и даље.

Етатистичке теорије тачно истичу чињеницу да је држава изузетно значајан стваралац права, да она регулише најважније односе у друштву. Али и таква, њена делатност је у савременим друштвима претходно одређена правним прописима. Уз то, држава није једини стваралац права, нити само она ексклузивно одређује шта ће се сматрати правом. Такође, целокупна државна делатност не мора да буде уређена правом (нпр., случај аутономног покоравања или правног самообавезивања суверена). Очигледно је да тврдња како је држава исувише самостална, чак толико да је потпуно независна од права, не одговара истини будући да се испушта из вида да су држава и право тек средства за постизање других важнијих друштвених циљева. Најзад, није могуће прихватити ни неетатистичке теорије које, из истих али обратних разлога, оспоравају правну улогу државе у друштву.

Будући да независност државе од права и права од државе не може да се докаже, прибегло се доказивању првенства државе над правом или права над државом заснованог на њиховом историјском, логичком или неком другом првенству.

## 2. Теорије о првенству државе над правом

Према овим схватањима, држава и право нису независни једно од другог. Између њих постоји веза у којој држава има првенство над правом. Држава је примарна, а право је секундарно.<sup>399</sup> Држава је настала пре права и због тога има првенство над правом. Будући да је држава раније настала, она сама може да ствара своје право, чак насупрот друштву. Право је државна творевина, резултат искључиве државне надмоћи и силе. Та чињеница производи изузетно значајну последицу: држава може да ствара право какво и када год хоће. И још нешто: будући да је право оруђе државе, то држава као једини и ничим спутани стваралац права може да га се не придржава.

Првенство државе над правом заговарају припадници етатистичког монизма и дуализма у правној теорији. Према њима, целокупно право је увек државно, независно од тога да ли га стварају држава или друштво. То значи да сила претеже у праву. Постоји и нешто старија немачка теорији силе, по којој право представља израз (еманацију) силе. Право је суверено због силе. Чак

---

399 Р. Лукић, *Увод у право*, 106.

се у правничкој терминологији користи израз „право силе“. То је сасвим у складу са изјавом немачког канцелара Ота Бизмарка да сила претходи праву (*die Macht geht vor Recht*).<sup>400</sup> Ипак, сила пре права или без права је нелегитимна, а такво је и право које држава ствара.

Наведена схватања, од Томаса Хобса до Ђорџа Дел Векија, не објашњавају на задовољавајући начин првенство државе над правом. Овој немачкој теорији приговара се не само да је потпуно формална већ и да „начелно поништава сваки правни поредак“, „брка нормални однос између објективног и субјективног права (*law* и *right*)“ и „ставља државну силу изнад права и правде“. Уз то, држава није некаква „фабрика права“, нити је потпуно аутономан стваралац права. Она не може произвољно да уводи право, нити може сасвим независно од конкретних друштвених околности да одређује његову садржину и облик. Али, јасно је да се у принудности (или изнудљивости) показује велики утицај државе на право.<sup>401</sup>

### 3. Теорије о првенству права над државом

Према овим схватањима (од Аурелија Августина, Томе Аквинског, Мартина Лутера, Хулдвајха Цвинглија, Жана Калвина, Филипа Меланхтона, све до Џона Лока, Жан-Жака Русоа, Леона Дигија, Еугена Ерлиха, Макса Вебера, Лава Петражицког, Жоржа Гурвича, Џорџа Вајткрос Пејтона и других), веза државе и права састоји се у првенству права над државом. Право настаје пре државе и постоји независно од ње. За право је довољно да постоји друштво, док држава не мора да постоји. Самим тим, чим постоји друштво, постоји право. Држава са својим правом настаје тек касније. Она у почетку подржављује норме тзв. древног или примитивног права (Џорџ Вајткрос Пејтон /*George Whitecross Paton*)<sup>402</sup> и санкционише њихове прекршиоце. Касније, држава проширује обим својих послова да би у релативно развијеном друштву постала „прецизан технички апарат који треба да обезбеди ефикаснију примену права“.<sup>403</sup> Држава то чини пре свега

---

400 Е. Спекторски, *Држава и њен живић*, 45–46.

401 С. Врачар, *Социјална садржина функције државноправној њоретика*, 50, 56.

402 G. W. Paton, *A Text-book of Jurisprudence*, Oxford 1964, 56–58 и даље.

403 Р. Лукић, 106.

рационализујући право, прецизно га формулишући и предузимајући друге неопходне мере.<sup>404</sup> Али, држава је не само ослоњена на право, већ је везана правом и подређена праву. Право је изнад државе и због тога што народ као титулар природних права која се стичу рођењем има право на побуну против државе која извитоперује или одбацује право.

Карактеристично је учење Жоржа Гурвича. По њему, држава не може да се схвати као организација која је изнад права, нити као организација сме да се изједначи са правом. Држава није елемент независан од права, нити је подређен праву. Дакле, преостаје само једно логично решење: да се држава схвати као „сужен круг унутар права“ које је шире, будући да осим државног права постоји и „недржавно право“. У правном животу „држава је слична малом, дубоком језеру, које је изгубљено у неизмерном мору права, које је окружује са свих страна“.<sup>405</sup>

Постоје још бескомпромиснија учења. Карактеристичан је оригиналан покушај Ханса Келзена да реши проблем односа државе и права. Он је то учинио у свом нормативистичком учењу по коме је држава оличење (персонификација) права. Дакле, држава не постоји самостално, већ само када је правно персонификована. А то значи да између државе и права не постоји никакав дуализам. Само потпуна надмоћ права. Према Келзену, „идентитет државе и правног поретка“ види се по томе што је „организација поредак“. То значи да је дуализам државе и права „непотребно удвостручавање предмета нашег сазнања; резултат наше тежње да персонификујемо, па да онда хипостазирамо своје персонификације. Дуализам државе и права је наша анимистичка предрасуда“. И даље: „иако је дуализам државе и права један од камена-темељаца модерне науке, овај дуализам не може теоријски да се брани“. Будући да не постоји разлог због кога би се посебно бранио поредак државе наспрам поретка права, Келзен закључује да је поредак државе њен правни поредак, тј. да је „држава персонификација државног правног поретка“.<sup>406</sup>

Добра страна ових теорија је у томе што садрже мерила за правну оцену државе. Ипак, ни ове теорије не објашњавају успешно првенство права над државом, јер праву придају снагу коју оно одавно изворно нема.

---

404 М. Вебер, *Привреда и друштво*, II, 537–714.

405 G. Gurvich, *L'idée du droit social*, 30.

406 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, 187, 188, 180.

#### 4. Теорије о јединству државе и права

Док се схватањима о независности раздвајају држава од права и право од државе, а схватањима о првенству и надмоћи државе над правом или права над државом признаје релативно или потпуно првенство државе, односно права, дотле се гледиштима о јединству држава и право поистовећују и посматрају као две стране исте јединствене појаве („државе-права“).

У правној филозофији и теорији је већ крајем XIX века Ото Гирке истакао да су држава и право „две стране исте ствари“, тј. да су „суштински повезани“. Иако органске теорије грубо поједностављују појам права, у њима је ипак тачно запажено његово стварно јединство са државом, које је не само правно већ и друштвено. До њега се долази деловањем законитости које имају објективан, нужан карактер, слично законитостима у биолошком свету. На тај начин су органске теорије удариле темељ каснијим и модернијим социолошким теоријама државе и права.

Корак даље, у првој половини XX века, учинио је Густав Радбрух са Артуром Кауфманом, према којима су држава и право „два модалитета исте супстанције“. Због тога уопште не може да се постави питање њиховог првенства.<sup>407</sup> Држава од права није одвојена „ни појмовно ни временски“ (Феликс Шомло /*Felix Somló*). Она је „идентична са институцијама које стварају правне норме, па је због тога право само једна страна те делатности која нормира друштвени живот“ (Ханс Велцел /*Hans Velzel*).<sup>408</sup>

Карактеристично је интегралистичко учење Стевана Врачара о „нераздвојној повезаности“ државе и права. Таква повезаност државе и права изражава „основни закон њихове специфичне егзистенције“. Држава и право су „две појаве, али интегрисане. Утолико је држава материјални вид егзистенције права, а право идеалан вид егзистенције државе“.<sup>409</sup>

Теорије о јединствености државе и права сматрају се еkleктичким и дескриптивним, јер не могу на задовољавајући начин да објасне из чега извире и у чему се стварно састоји јединство државе и права.

---

407 Г. Радбрух, *Филозофија њправа*, 123.

408 Нав. према: С. Врачар, 36–37.

409 С. Врачар, 41.

## 5. Теорије о повезаности државе и права

Тек је у овим схватањима јасно призната међусобна повезаност државе и права. Суштина се своди на следеће: држава и право су самосталне и различите, али повезане појаве. Због тога истраживање правне науке треба да буде управљено ка томе да се одреди шта збиља јесте право, а шта држава, како би се исправно објаснила њихова повезаност.

Још су римски правници говорили да нема права без друштва. Али, будући да се право одржава принудном силом којом располаже државна власт, то се држава и право у највећој могућој мери повезују у јединствен појам и посебну врсту поретка и система права. Тај поредак и систем нису ништа друго него израз повезаности државе и права.<sup>410</sup> Исту идеју о узајамној повезаности државе и права, без укидања једног од другог или надмоћи једног над другим, истицали су многи правни писци. На пример, према Роберту Шмиту (*Robert H. Schmidt*), држава и право се „не додирују у свом првобитном корену“, али у погледу свог даљег постојања они „практично од првог тренутка људског културног живота ступају у везу и остају неразрешиво спојени за будућност“, због чега „ниједно од њих не постаје јачом и важнијом силом од другог“.<sup>411</sup>

Поред равнотежног односа државе и права, и други писци одређују начин и степен повезаности државе и права. Према поменутом Жоржу Гурвичу, државно право је само мало „острво“ окружено „морем права“,<sup>412</sup> док се према Георгу Јелинеку везаност државе и права огледа у томе што држава својом влашћу гарантује вршење права, док право држави повратно прибавља одговарајући правни облик. И према Ичилију Ванију (*Ugo Vanni*), држава је „нужно орган права“, што „значи да је држава нужна претпоставка права“.<sup>413</sup> Најзад, према Карлу Шмиту, право мора да се подреди држави и зависи од ње, јер је држава потребна као заштитник. Али, и држава се подређује праву пошто је и она учесник у правном животу као субјект права.<sup>414</sup> На сличан начин о повезаности државе и права говоре Јозеф Колер, Јозеф Биндер и други правни писци сличног усмерења.

410 Е. Спекторски, 43–44.

411 R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, I, Berlin 1901, 174–175.

412 G. Gurvich, *L'idée du droit social*, Paris 1923, 30.

413 I. Vanni, *Lezioni di Filosofia del diritto*, Bologna 1920, 45, 73.

414 R. Schmidt, 176.

Гледишта о узајамној повезаности државе и права представљају напредак у објашњењу односа државе и права. Ипак, ниједно од приказаних гледишта није доследно логички развијено до мере која би могла да се сматра заокруженим учењем о основима и елементима повезивања државе и права. У њима се исправно истиче елемент повезаности државе и права, али се не пружа задовољавајући одговор на питање о суштинским узроцима тог повезивања. Ова гледишта тачно запажају да права нема без државе, нити државе без права. Само испуштају из вида да „основ повезивања државе и права не лежи у њима самима“.<sup>415</sup> То је разлог због кога се може сматрати да ни теорије о повезаности државе и права не објашњавају на сасвим задовољавајући начин однос државе и права.

## 6. Теорије о релативној самосталности државе и права

Објашњењу односа државе и права најближа су схватања у којима се подједнако води рачуна о тесној узајамној повезаности државе и права, али и о њиховој особености проистеклој из веза са друштвеним окружењем. Те посебности омогућавају релативну самосталност државе од права и права од државе. Такође, то је разлог због кога ове теорије основ повезивања државе и права не траже у њима самима, већ у појавама које их окружују. То је сасвим у складу са важном идејом да када одговор не може да се пронађе у појавама које се истражују, тада одговор треба потражити изван њих, а пре свега у појавама које се налазе у окружењу државе и права.

Интересантно је да схватање о релативној самосталности државе и права заступа велики број српских писаца (Слободан Јовановић, Евгеније Спекторски, Живан Спасојевић, Радомир Лукић и други). Према Радомиру Лукићу, „Држава и право су две тесно везане појаве. Стога држава и право и настају, и постоје, и нестају заједно, не могући да постоје једно без другог“.<sup>416</sup> Држава не може да постоји без права, јер је правна организација чија је делатност регулисана правним нормама. Као таква, она је „оруђе за остваривање права“. Али и само право се заснива на државној сили, без

---

415 С. Врачар, 39.

416 Р. Лукић, 107.

које не може ефикасно да се остварује. Држава може сама да ствара право, али је за њу важније да обезбеђује примену целокупног права својом принудом. Управо зато што је држава оруђе за остварење права, право не може да постоји без државе. То значи да се право „појављује у другом виду као оруђе за спровођење државних функција“, пошто држава и право имају заједнички главни циљ да омогуће „сапостојање“ друштва.<sup>417</sup>

Можда је однос државе и права у наведеном смислу најбоље одредити по узору на главну идеју теорије симфоније, по којој у међусобном односу државе и права постоје два крајње неприродна стања. То су самовољна државна власт и разобручено право. Будући да су оба стања неприродна за државу и право, а штетна за друштво, најбоље је да се држава и право укрштају попут два круга који се међусобно секу, чинећи три области: чисто државну (област државе), чисто правну (област права) и заједничку (област државе и права). Трећу област, у којој се укрштају држава и право, чине заједно поредак државе и систем права.

---

417 *Ibidem.*



## Глава II

# ТЕОРИЈЕ О ПРАВНОЈ ДРЖАВИ – ВЛАДАВИНИ ПРАВА

Посебан облик укрштања државе и права представља правна држава, односно држава владавине права.

У савременој правној науци постоје два главна учења о владавини права. Једно је настало у европском континенталном систему и познато је као правна држава (*Rechtsstaat*), а друго у англосаксонском систему и познато је као владавина права (*Rule of Law*).

### 1. Европско континентално учење о правној држави

Европско континентално учење о правној држави проистекло је из поставки заснованих на радовима највећих и најпознатијих представника римске јуриспруденције. На тим темељима, све до најновијих нормативних и нормативистичких теорија, учење о владавини права је изједначавано са схватањима да се закони примењују, док законитост омогућава њихову примену. Томе је прилагођен читав систем правних институција, решења и средстава, који треба да омогуће што боље остваривање права „под“ правном државом и „посредством“ правне државе.

Израз „правна држава“ (*Rechtsstaat*) први је у науку о држави и праву XIX века увео Рудолф фон Мол (*Rudolph von Mohl*), у једном свом делу из 1832–1834. године,<sup>418</sup> и то захваљујући томе што је већ пре њега, почевши од Имануела Канта, у немачкој правној теорији постепено почело да се развија засебно учење о правној држави (*Rechtsstaat*), насупрот учењу о позитивистичком начелу законитости (*Legalität, Gesetzmässigkeit*). Такође, сматра се да је у

418 Г. Фасо, 546 и даље.

правној теорији модеран појам начела законитости у формалном и садржинском смислу правне државе први пут јасно одређен у немачкој правној литератури 1873. године, као и да су га истовремено и независно један од другог одредили познати немачки правници Пол Лабанд (*Paul Laband*) и Карл Едвин Лутолд (*Karl Edwin Luthold*). По узору на њих, други значајни немачки писци (почевши од Лоренца фон Штајна, Адолфа Меркела /*Adolf Merkel*), Георга Јелинека и Ота Гиркеа) развијали су учење о правној држави. То су касније чинили и писци који су иначе посумњали у вредност правне државе, сматрајући (као касније Ханс Келзен) да и правна држава, а не само правда, може да уђе у „правну науку једино у смислу законитости“, јер је „законитост правда ефикасног поретка“.419 Према Келзену, свака држава је правна када је „спозната као правни поредак“. Али, будући да је реч о „плеоназму“, правном се може сматрати само она држава која одговара захтевима демократије и правне сигурности. У том специфичном смислу, правна држава представља „један релативно централизован правни поредак по којем су правосуђе и управа везани законима, тј. општим нормама које доноси парламент изабран од народа, уз суделовање или без суделовања државног поглавара који се налази на челу владе, по којем су чланови владе одговорни за своје акте, судови независни, а извесне слободе и права грађана, особито слобода савести и религије и слобода изражавања мишљења, зајемчени“.420

На сличан позитивноправни и нормативни начин, као Келзен, учење о правној држави излагано је у француској правној теорији, само више у ублаженом и суженом формалном облику. Према Леону Дигију, Рејмону Бонару (*Raymond Bonnard*), Шарлу Ајзенману, Жоржу Веделу (*George Vedel*), Андреу де Лобадеру (*André de Laubadère*) и другим француским правницима, правна држава означава постојање и примену начела формалне и материјалне законитости. Док формално начело законитости обезбеђује сагласност свих нижих правних аката и људског понашања са вишим правним актима, нарочито сагласност свих појединачних правних аката са законом, при чему се законом сматра „сваки општи акт, а не само закон у материјалном смислу“, догле материјално начело законитости представља „један политички појам“ који изражава садржину и одређује материјални појам правне државе.421

---

419 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, 122.

420 Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 241.

421 G. Birdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1980, 81.

И у другим националним правима на Континенту (Француска, Немачка, Русија, Швајцарска, Италија итд.), а на трагу наведених учења, основним је сматрано начело законитости, а изведеним начело правне државе.<sup>422</sup>

Идеја о владавини закона, и то не рудиментарна, већ обличена идеја, на несумњив начин је изречена у Законику цара Стефана Душана, цара српског из 1349 и 1354. године.<sup>423</sup> У члану 171 Законика стоји: „Ако успише писмо царства ми, или из срџбе, или из љубави, или из милости за некога, а то писмо ружи Законик, није по правди и закону, како Законик пише, судије том писму да не верују, него да суде и извршавају како је по правди.“ У члану 172 такође стоји: „Све судије да суде по Закону, право како пише у Законику, а да не суде по страху од царства ми.“ А то нису једини такви чланови Душановог законика.<sup>424</sup>

Исту идеју о владавини закона и права, само много векова касније, изразио је 1811. године приликом израде српског устава (са Младеном Миловановићем) у својој беседи Михаило Грујовић, други секретар Правитељствујушћег совјета (по смрти свог брата Божидара – Боже Грујовића /*alias* Теодора Филиповића/, првог секретара Правитељствујушћег совјета) следећим речима: „Гди је добра конституција, тј. гди је добро уређена власт под законима, ту је слобода, ту је вољност, а гди један или више по својој вољи заповедају, законе не слушају, но оно што хоће чине: ту је умрео вилајет, ту нема слободе, нема сигурности, нема добра, већ је онде пуштаилук и ајдуклук, само под другим именом.“

Та идеја је актуелна и данас, двеста година касније, али не зато што је нова, већ зато што није довољно уврежена у свести и пракси.<sup>425</sup>

422 Д. Митровић, *Начело законитости – њојам, садржина, облици*, Београд 1996, 20–24.

423 Вид. А. В. Соловјев, *Посјанак и значај Душановог законика*, Београд 2001.

424 *Душанов законик*, приредио Н. Радојчић, Београд 1960, 134–135. Вид. А. В. Соловјев, *Посјанак и значај Душановог законика*, Београд 2001.

425 М. Ђорђевић, „Уставни развитак Србије у Првом српском устанку“, у: *Зборник радова о судству и законитости у Првом српском устанку*, Београд 1979, 31–32. Вид. М. Ч. Марковић, *Правна држава*, Београд 1939; Р. Лукић, *Уставности и законитости у Југославији*, Београд 1966; *Правна држава, људска права и владавина права*, Београд 1989; *Правна држава – њорекло и будућности једне идеје*, Београд 1991; Б. С. Марковић, *О праведном праву*, Нови Сад 1993; Г. Вукадиновић, *Правна држава*, Нови Сад 1995; Д. Митровић, *Начело законитости – њојам, садржина, облици*, Београд 1996; *Уставности и владавина права*, зборник радова, Београд 2000; З. Јеж, *Принципи демократске правне државе*, док. рад, Нови Сад 2002.

## 2. Англосаксонско учење о владавини права

Према англосаксонском учењу, једино „владавина права“ (*Rule of Law*) изражава право значење законитости, док је законитост у формалном смислу који јој придају правници на Континенту „сувише уско схваћена“ и оптерећена „позитивизмом“, „формализмом“ и „догматизмом“.<sup>426</sup> Поред израза „Rule of Law“, англосаксонски правници користе и изразе „government under law“ (који означава „владу, тј. администрацију ограничену правом“) и „due process“ (који представља „поступак за заштиту људских права и слобода који у правном систему одређују народ или држава“).

Међу писцима који претежним сматрају владавину права, тј. политичко значење законитости, посебно место припада Алберту Вену Дајсију (*Albert Venn Dicey*), за кога је законитост „нешто више“ од пуког закона и реда. Она увек постоји када су испуњени следећи услови: „Nullum crimen sine lege, nulla poenae sine lege“; једнакост пред законом, нарочито високих државних функционера који не треба да имају никакве посебне привилегије; постојање уставног закона који може да се мења само према жељама народа, и то у делу којим се укидају привилегије. Према Дајсију, испуњавање првог услова омогућава „потпуну превагу или превласт закона према утицају арбитрарне власти и искључење арбитрарности, прерогатива или чак широке дискреционе власти владе“; другог, „једнакост пред законом или подједнаку потчињеност свих класа обичном закону земље који примењује редован суд“; а трећег, да „уставни закони не постану извор, него последица права које је заштићено од стране судова“.<sup>427</sup>

У ситуацији у којој се пракса очигледно разликовала од Дајсијеве идеализоване представе (јер је већ у његово време кршење законитости у Енглеској означавано изразом „залазак“ или „сумрак“ законитости /*development away from the rule of law*/),<sup>428</sup> настала је тзв. „Antirule-of-law-theory“. Заслуга за овај преокрет припада В. И. Џ. Џенингсу (*W. I. J. Jennings*, барону *Hewart of Bery*, са титулом *Lord Chief Justice of England* од 1922. до 1940. године), који је у својој тада провокативној књизи *Нови деспотизам* (*The New Despotism*) посебно истакао да је „законитост мало у складу са ситуацијом која постоји у Енглеској“. Џенингс је сматрао да чак ни

426 Вид. *Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*, Chicago 1957.

427 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law and Constitution*, London 1927, 183–185, 188, 198–199.

428 Вид. К. Кокер, *Сумрак Зајјага*, Београд 2006.

у Дајсијево време у Енглеској кршење закона није било непознато: када Дајси каже „да Енглезима влада закон и само закон“, он сматра да њима владају судије и само судије.<sup>429</sup> Ипак, ни за њега законитост и целисходност нису неспојиви, јер због симбиозе и „појачано“ утицаја владе на рад парламента у Енглеској не постоји сукоб између „Regular Law“ и „Administrative Powers“. Џенингс је своје идеје и ставове касније допунио и проширио, да би у својој последњој књизи читаве одељке посветио похвали законитости у Енглеској, градећи, као и Дајси, њену идеализовану слику.<sup>430</sup>

После Џенингса чињени су покушаји да се ублажи оштрина супротстављених ставова, јер је подједнако погрешно када се идеализује законитост (Дајси), као и када се законитост „раздваја“ од уставног система Енглеске (Џенингс). Запажен је и покушај Вилијама Александра Робсона, по коме сукоб између „Regular Law“ и „Administrative Powers“ не постоји зато што „законитост уступа пред административном моћи“. Он истиче да је „погрешна“ концепција према којој „судију не интересују циљеви владе“, већ само „административна правда“, јер од свих карактеристика „административног права, ниједна нема већу предност од моћи трибунала да одлучи о случајевима који дођу пред трибунал“.<sup>431</sup>

Поред Дајсија, Џенингса и Робсона, који су пажњу усредсредили на однос „Regular Law“ и „Administrative Powers“ и други писци (Џон Франсис Гарнер /*John Francis Garner*/, Фридрих Хајек, Џон Ролс, Александер Пасерин д'Ентрев /*Alexander Passerin d'Entrèves*/, Лон Фулер, Херберт Харт, Хенри Вехслер /*Henry Wechsler*/ или Роберт Лукас /*Robert E. Lucas*/) у владавини права видели су средство за остварење људских права, благостања, слободе или правде.<sup>432</sup>

Према Џону Франсису Гарнеру, „човек је од памтивека тежио да достигне нешто више него што је само право које је он измислио, било да је то природно право старих Римљана, божански средњовековни закон или друштвено и природно право Хобса, Лока или Русоа, а и ми данас покушавамо да одредимо законитост као норму или идеал који закони свих земаља желе да достигну, јер сваки за-

429 W. I. J. Jennings, *The New Despotism*, London 1920, 32. Вид. W. I. J. Jennings, *Modern Theory of Law*, London 1933.

430 Вид. W. I. J. Jennings, *The Queen's Government*, London 1954.

431 W. A. Robson, *Justice and Administrative Law*, London 1951, XI–XIV.

432 Вид. A. P. d'Entrèves, *The Notion of the State*, Oxford University Press, 1960; H. Wechsler, *Principles, Politics and Fundamental Law*, Cambridge University Press, 1961; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961; L. Fuller, *Morality of Law*, New Haven 1964; J. R. Lucas, *The Principles of Politics*, Oxford University Press, 1966.

кон мора да задовољи неку сврху“.<sup>433</sup> Та сврха састоји се у постојању и гарантовању *људских слобода и њива*. За постојање законитости у наведеном смислу, дакле, није довољно само да се нађу одговарајући чувари који ће се старати да егзекутива не злоупотреби власт, већ је потребно и да постоји „ефикасна влада која је у стању да одржи закон и ред и обезбеди друштвене и политичке услове за живот у друштву“. Своје гледиште Гарнер објашњава, као и Аристотел, чињеницом да је човек у суштини „друштвена животиња и да је живећи у друштву сам морао да изгради законе и остале инструменте власти, што је морало да ограничи његове слободе“.<sup>434</sup>

Сличном путањом се кретала мисао Џона Ролса који такође истиче да је „владавина права очигледно тесно повезана са слободом“.<sup>435</sup> Слободу сачињава „комплекс права и дужности одређених установама“. Будући да „начело слободе води до начела одговорности“, владавина права има „чврст основ у сагласности рационалних особа да за себе успоставе највећу слободу“.<sup>436</sup> Сагласно са тим, „аргументи за ограничавање слободе проистичу из самог начела слободе“, што значи да „у примени начела легалитета морамо имати на уму целовитост права и дужности који уређују слободе и прикладно прилагођавају њене захтеве“.<sup>437</sup> Ако би превладала „једнакост над слободом“, или ако би се једнакост свела на „једнакост слобода“, таква држава владавине права претворила би се у своју супротност. Тиме је Ролс снажно истакао слободу као суштину владавине права уместо једнакости. Али, владавина права, поред слободе, захтева испуњење других захтева: да „све делатности које захтевају и забрањују правна правила буду такве врсте да се разумно може очекивати да ће их људи вршити и избегавати“; „да слични случајеви буду третирани слично“; да „нема прекршаја без закона“ (*Nullum crimen sine lege*); да постоје правила која одређују „појам природне правде“ и обезбеђују да се правни поредак непристрасно и правилно одржава итд.<sup>438</sup> Треба додати да Ролс своје тезе о слободи и владавини права објашњава разматрајући правни систем и његову повезаност са прописима који одређују правду. По њему, правни систем је „принудни поредак јавних правила насловљених на рационалне особе са циљем да уреди њихово понашање и обезбеди оквир за друштвену сарадњу. Када су ова правила праведна, она установавају основ за леги-

433 Вид. F. A. Garner, *Administrative Law*, London (1967) 1979, 17–19.

434 *Ibid.*, 20.

435 Џ. Ролс, *Теорија њива*, Београд – Подгорица 1998, 221.

436 *Ibid.*, 224–225, 227.

437 *Id.*, 228.

438 *Id.*, 221–224.

тимна очекивања“. Али, када су „основе ових захтева несигурне, несигурне су и границе слобода људи“.

Насупрот Гарнеру и Ролсу, Фридрих Хајек у свом учењу истиче да владавина права са слободом „нема никакве везе“, јер слобода доводи до неједнакости међу људима. То значи да „закон сам не може да влада“, јер „само људи могу да имају моћ над другим људима“: „једнакост пред законом и стварна једнакост се искључују“. Због тога највећу вредност не треба да представља слобода, већ *блајосћање* људи, које за Хајека и јесте „крајњи циљ права и закона“.439 Да би се оно постигло, потребно је да се најпре успостави „демократија на пољу рада“.440 У противном, друштво би убрзо дошло до „стања арбитрарне тираније“.441 Поред испуњења економских услова, сматра Хајек, потребно је да буду испуњени политички и културни услови, нарочито они политички услови којима се ограничава административна власт. Владавина права, наиме, „треба да ограничава владу само у њеним принудним радњама“, јер само под њом „влада може да се меша, да казни“.442 Иако законитост и даље представља „формално мерило које обезбеђује употребу одговарајућих мера“, једно „правило о ономе што би закон требало да буде, метаправну доктрину или политички идеал“, она ће суштински важити „све док буде морални део заједнице“, а морални део заједнице може да буде само у демократији. Позната је Хајекова мисао да све већим ограничавањем административне власти и слободе појединаца постају све веће. Због тога је главни „задатак политичара да пронађу мишљење које у демократији заступа већина људи, а не да дају нова мишљења која би могла да постану гледишта већине у далекој будућности“.443

### 3. Унификација правне државе и владавине права

Наведена гледишта оставила су дубок траг у правној теорији и пракси. Свим писцима који су се формирали на традицији англосаксонског концепта права заједничка је тежња за унификавањем западњачког типа законитости као владавине права, што је до 1961. године учињено. Исто тако, англосаксонским писцима је

---

439 F. A. Hayek, *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb 1994, 19.

440 *Ibid.*, 60–75.

441 F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, 185, 222.

442 *Ibid.*, 206.

443 *Id.*, 122.

заједничко супротстављање и оштро критиковање ставова правних писаца који припадају континенталној правној традицији и пракси. Према њима, правници на Континенту, тј. „позитивисти“, законитост своде на „питање чињеница или на процену обавезности закона коју стављају у потпуно другачију раван“ од равни у којој се законитост (по њима) уобичајено посматра. У прилог томе, истиче се како закон у европском континенталном праву „представља првенствено израз смишљеног стварања“ које може да се одреди Гајовом максимом: „*Lex est quod populus iubet atque constituit*“, као и да је формални третман законитости узрок несугласицама и разликама приликом одређивања њеног јединственог појма. На пример, у Њу Делхију 1959. и Лагосу 1961. године оштро је нападнута Келзенова „чиста теорија права“, нарочито онај њен део који се односи на учење о логичкој затворености права као система. Законитост, према критичарима Келзенове теорије, није само захтев за формалну сагласност и тачност са односним законом, већ је и „захтев за сагласност закона и одлука са вредностима које се постављају као неопходне за постојање слободног друштва“.<sup>444</sup>

Крајњи резултат поменутих расправа представљало је прихватање закључка да између правне државе и владавине права не постоје суштинске разлике, односно да су правна држава и владавина права истоветне, чиме је отпочело њихово унификавање.

Унификавање појмова правне државе и државе владавине права подржано је читавим низом практичних мера. Те мере су на „Чикашком колоквијуму“ (*Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*), одржаном 1957. године и посвећеном остваривању владавине права на Западу, одређене на следећи начин: постојање и уважавање традиционалних слобода и права укључујући и средства за њихову заштиту, систематизоване опште норме које обавезују управу и судство, постојање независног и сталног судства, непристрастан судски поступак и правни основ за управне акте и судски надзор над управним органима.<sup>445</sup> Такав приступ је убрзо потврђен и као став Међународне комисије правника у Делхијској декларацији посвећеној владавини права у слободном друштву (*The Rule of Law in a Free Society*) из 1959. године, у којој стоји: „Основна функција законодавства у слободном друштву које подлеже законитости јесте да се створе и одрже услови који ће одржати понос човека као индивидуе. Тај понос захтева не само одређено признавање његових грађанских и политичких права већ

---

444 R. Falk and S. I. Shuman, *The Bellagio Congregence on Legal Positivism*, *Journal of Legal Education*, No. 2, 1961, 9.

445 *Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*, Chicago 1957, 23–26.

и стварање друштвених, економских, образовних и културних услова који су неопходни за развој његове личности.“ У Делхијској декларацији стоји и да владавина права подразумева остваривање „одговарајућих услова за развој људског достојанства“.446 Закључак из Делхијске декларације поновљен је и прецизиран у Лагошском документу (*Act of Lagos*) из 1961. године, у коме је истакнуто да владавина права постоји када су испуњена три услова: „постојање ефикасне владе која је у стању да одржи закон и ред и да обезбеди друштвене и економске услове живота у друштву“, „независно судство“ и „могућност да се они који крше законитост лише положаја, угледа и сличних друштвених добара“.447

Наведеним ставовима из поменутих докумената постављени су заједнички темељи модерног начела владавине права. Њихов значај није усахнуо. Он и даље утиче на савремена схватања и праксу. Али и тада треба разликовати, као што је поменуто, владавину права *sub lege* (под правом) од владавине права „посредством“ права (*per leges*). Првом се забрањује или спречава злоупотреба власти, а у другом обезбеђује примена општих и апстрактних правних норми уместо индивидуалних и конкретних заповести. Оба захтева не противрече један другом и нису надређени један другом, независно од тога да ли је реч о раду законодавца или судије.448

Упркос изведеној унификацији, у англосаксонској теорији, нарочито у њеној теорији међународног права, почела је да се прави разлика између „thin“ и „thick rule of law“. Прва („дебела“, „густа“) врста владавине права, карактеристична наводно за западне демократије, садржи, поред суштинских правних састојака, још и моралне и вредносне састојке, док то није у толикој мери случај са другом („мршавом“, „танком“) врстом владавине права карактеристичном за мање развијене земље или земље у транзицији. Овом поделом започет је нов спор о оправданости неуједначене употребе израза „међународна владавина права“, који се све чешће користи у међународним документима, као и о могућности његове примене у наведеном смислу „thin“ и „thick rule of law“.449

---

446 „The Rule of Law in a Free Society. A Report on the International Congress of Jurists“, New Delhi 1959, *Annales de la faculté de droit d'Istanbul*, 12/1959, 11.

447 F. A. Garner, 20–21.

448 Н. Бобио, *Будућноси демократије. Одбрана њавила ипре*, Београд 1990, 167–168.

449 Д. Аврамовић, „Владавина права – међународно призната вредност?“, реферат на међународном скупу: *Евроиска заједница народа и универзалне вредносии*, Сремски Карловци 2008, 34.



### III глава

## ХОЛИСТИЧКИ ОДНОС ДРЖАВЕ И ПРАВА

За савремени развој теорије државе и права карактеристично је појачано интересовање филозофа и научника за холистичко учење којим се изнова тумачи свет као појава (феномен) и његове изведене појаве (епифеномени). То није случајно, јер код научника само у наизглед различитим дисциплинама све више превладава уверење о постојању сложене мреже прожетости и међузависности између најразличитијих појава. Захваљујући новим научним открићима у областима физике, генетике, биологије, информатичких технологија итд., све више јача уверење о постојању сложене мреже прожетости и међузависности између најразличитијих појава које се све стапају у свет као „Врхунско Једно“ („Јаство“). То потврђује пример Јиргена Хабермаса (*Jürgen Habermas*), који је као сасвим зрео мислилац све отвореније испољавао сумњу према улози науке и филозофије у модерном добу. Једино што преостаје, сматрао је, то је предност коју науци и филозофији пружа један холистички приступ који омогућава сагледавање ствари (а тиме и проблема) у њиховом тоталитету (укупности, целовитости), иако такав приступ још није довео до настанка једне велике универзалне холистичке теорије.

Можда ту људску потребу да се допре до суштине и сагледа целина успешно саопштава следећим речима Вилијам Гленвил, велики енглески теолог из XVII века, чију мисао у заглављу своје приповетке *Лијеја* наводи Едгар Алан По: „И ту лежи воља која не умире. Ко зна тајне воље и њене снаге? Јер Бог није ништа друго до велика воља која прожима све ствари по природи своје намере. Човек се не препушта анђелима нити смрти потпуно, сем кроз слабости своје нејаке воље.“<sup>450</sup>

---

450 Е. А. По, *Арабеске и грошеске*, Београд 1984.

## 1. Појам и значења холизма

Холистичко схватање постоји од памтивека, али без холистичких правних теорија. То значи да је холистичка идеја неупоредиво старија од свог номинално модерног порекла и дисциплинарних интерпретација. У ствари, она је стара колико и људска мисао, јер су људи свет одувек сматрали целином коју су са мање или више успеха најразличитије објашњавали. Такав је случај са учењем Талеса из Милета (*Thales: voga*), Хераклита из Ефеса (*Herakleitos: loios*), Готфрида Вилхелма Лајбница (*monaga*) или Баруха де Спинозе (*ipiroga*).

Сматра се да је модерни холизам (изворно „целина“, „биологија целине“) првобитно представљао правац у биологији заснован на начелу да „свако биолошко истраживање треба да има у виду органско јединство живог бића, које као ’целина’ представља више него његови делови (органи, ткива и слично).<sup>451</sup> Управо ’целина’ врши функцију усмеравања оних физичко-хемијских процеса на којима се заснивају животне појаве“. Таквим својим ставом представници холизма настојали су да се одвоје од тзв. „витализма“ (Анри-Луис Бергсон /*Henri-Louis Bergson*!) јер нису признавали посебне „животне“, тј. „виталне“ силе. У исто време, они су се супротстављали „механицизму“, јер су сматрали да „детерминистичко тумачење физичких наука не пристаје биолошком истраживању“.

Данас се холистичким назива свако настојање да се научно истраживање усмери на „целину“, било да је реч о „структурализму“, „гешталтизму“, „психологији лика“ или „постмодернизму“. Када то настојање има као циљ да одговори на питање шта је холизам коришћењем аналогije и повлачењем паралела између преурамљене научне парадигме која оличава новонастајућу слику света и слике света која је проистекла из одређених мистичких традиција, ради се о *онџолошком холизму*. Када такво настојање има као циљ да слику света сачини полазећи од свеповезаности као атрибута холистичког погледа и динамичности као стања света, ради се о *процесуалном холизму*. Када се, пак, такво процесуално схватање односи на идеју о свепрожимању света или барем на идеју о његовом међупрожимању на макроплану и микроплану, ради се о *орјанском холизму*.

---

451 *Filozofijski rječnik*, Zagreb 1965 (1984), 130.

Први карактеристичан покушај да се свет холистички објасни представља *првобитни холизам*, сачуван у најстаријим предањима и учењима, у којима се право и држава изводе из света и одређују као органска целина. И збиља, анализа човековог првобитног доживљавања стварности показује две наизглед „несводљиве“ људске особине или склоности: ка доживљавању човека као потпуне личности и ка доживљавању стварности као целине. Тај човек „прадоживљај“, то првобитно доживљавање, претежно се испољава у облику неке посебне акције или активности која се осећа свом целином човекове личности. На пример, научно истраживање првенствено представља дело интелекта, иако се доживљава целином личности. То доживљавање је пространije од научног тумачења добијених резултата, што потврђују и одговарајућа антрополошка истраживања најстаријих или најпримитивнијих људских заједница, у којима психолошко посматрање показује да је „примитивни“ човек себе и стварност сматрао нераздвојном целином. За таквог примитивног човека свет, укључујући и њега самог, представља скуп узајамних утицаја, једну нераздвојиву целину у којој „нема пукотина“.<sup>452</sup>

То је случај и са *савременим холизмом*, који прожима различита идеалистичка и реалистичка, а пре свега биолошка, органска и социолошка учења о држави и праву. До тог прожимања је дошло захваљујући филозофији која је истакла само једну одлику човековог духа. То је учињено оног тренутка када је „целина“ поново обележена као посебна категорија. Човек, дакле, спроводи у дело холистичко начело било да се обраћа универзуму, било држави и праву, било самом себи. Том начелу све се покорава, укључујући елементе стварности и елементе људске свести о стварности, као што је случај са уметношћу, моралом или религијом.

И сам људски дух представља целину, иако он према својим функцијама подједнако припада искуственој и трансцендентној стварности. Филозофија тумачи логос као одлику човека и апсолутног, религија душу као бесмртно Божје дело, док уметност у естетском види одлику апсолутног света, и то не само природе.<sup>453</sup> Људски дух је одувек осећао да рационална објашњења на неки начин измичу потпуном схватању света или његових појава. Управо то холизам представља као истински концепцијски оквир или барем као плодноснy подлогу за научно истраживање

---

452 Р. Вучић, „О појму целине“, *Бојословље*, св. I, год. II (XVII), Београд 1958, 62.

453 G. Simmel, *Zür Philosophie der Kunst*, Postdam 1922, 46. Нав. према: Р. Вучић, „О појму целине“, 65.

целине, као и за коришћење аналогича и паралела између неких старих и нових научних открића или мисаоних слика света.<sup>454</sup> Он се, дакле, односи на „целину процеса и структуре“, тј. на епистемолошке појмове који треба да продубе наше научно схватање свепрожетости света и да открију блиску везу између микросвета и макросвета. Тај нови приступ, та подлога холизму и холистичка претпоставка, ограничен је само тиме што сами посматрамо и истражујемо свет или његове епифеномене, што, такорећи, посматрамо саме себе.<sup>455</sup>

## 2. Холистичке теорије државе и права

Када се год дође до неке корисне теорије или модела, може се запитати: зашто је та теорија успешна? На то питање, које важи за све теорије, Карл Попер (*Karl Popper*) би одговорио: зато што је таква теорија издржала најстрожа испитивања и показала се научно корисном. Али, и таква теорија је само апроксимативно истинита, као што је уосталом случај са свим теоријама. Ако су стара предања и учења тежила за апсолутном истином, савремена наука тежи за предвидљивошћу својих резултата. И збиља, изгледа да је савремени холизам, чији се значајни мисаони склопови на сасвим јасан и уобличен начин сусрећу у правној науци, управо она концепцијска подлога и оквир, онај истовремено и стари и нови пут за ваљано сагледавање и објашњење права, који је одувек заокупљао машту научника и правника. На тај начин, створен је читав холистички свет права. Он није замишљан као нешто неиздиференцирано, већ као јасно уобличена представа или слика целине. Тај холистички свет права тумачен је и објашњаван на различите начине.

Изгледа да је први Имануел Кант (*Immanuel Kant*) дао модерно тумачење начела целине у свом идеалистичком учењу. Према Канту, целина није обично јединство. Целина „укључује јединство, али обратан не“. Целина је систем, оно што је „сређених делова, али не згомилано“.<sup>456</sup> Ипак, сигурно је да је почетком

---

454 Ф. Капра, *Тао физике. Истичавање паралела између савремене физике и источњачког мистицизма*, Београд 1989, 149.

455 Џ. Бароу, Ф. Типлер, „Антрополошки космолошки принцип“, *Култура Истока*, бр. 27, год. VIII, Београд, јануар-март 1991, 4–5.

456 Н. Dreisch, *Kant und das Ganze*, *Kantstudien*, Bd. 29, 366. Нав. према: Р. Вучић, 62.

XIX века немачки филозоф Фридрих Шелинг (*Friedrich Wilhelm Joseph Schelling*) први у модерном добу развио мисао да свет представља једну органску целину у којој су сви делови међусобно повезани и зависни један од другог. Ту своју органску холистичку замисао је применио у науци. Према њему, подлогу органском јединству света представља јединство објективног разума, који сачињава суштину света. Будући да је свет разумом засновано органско јединство, то и наука о њему мора да буде јединствена. Иако је наука данас разбијена у поједине делове, сви ти поједини делови морају да буду међусобно повезани и доведени у склад како би саставили и пружили јединствену слику света. То важи и за правну науку, у којој би једна посебна дисциплина, тј. једна „наука над наукама“, требало да пружи основ и одреди место свим правним дисциплинама које се баве појединим деловима или странама права.

Ту Шелингову мисао о јединству света преузео је и наставио да развија Георг Вилхелм Фридрих Хегел (*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*) у својој филозофији, користећи идеалистички дијалектички метод и схватање света као процеса поступног остварења објективне идеје. И светска историја представља процес у коме се остварује објективна идеја права, дата независно од реалности, чак пре ње, као чиста идеја. То важи и за државу, јер природа, материјални свет, као и људско друштво и његова историја, представљају само један од момената у развоју или процесуализацији те објективне идеје, тог објективног духа, и то као дела свеопштег процеса развоја идеје. Држава је највиши и најпотпунији облик у коме идеја постаје свесна сама себе, облик у коме се најпотпуније изражава слобода човековог духа.<sup>457</sup>

Хегеловим путем су наставили тзв. новохегелијанци (Карл Емге /*Karl Emge*/, Јозеф Колер, Јозеф Биндер, Карл Шефле, Конрад Лоренц /*Konrad Zacharias Lorenz*/, Бенедето Кроче /*Benedetto Croce*/, Ђовани Ђентиле /*Giovanni Gentile*/ и други).<sup>458</sup> Према њима, право и држава остварују идеју која је дата у реалности, у апсолутном или објективном духу, дакле, и пре актуелне државе и позитивног права као делова те стварности. Та идеја се у стварности поступно остварује својим дијалектичким развојем који је у исто време открива у тој стварности.

---

457 Вид. Г. В. Ф. Хегел, *Правни и политички системи*, Београд 1981.

458 Вид. С. Emge, *Über das Grund dogmades rechtsphilosophischen Relativismus*, Forgotten Books (1926) 2018; В. Croce, *Filosofia della pratica-economica*, Bari 1932; J. Binder, *Einführung in Hegel's Rechtsphilosophie*, Berlin 1931.

Карактеристичан је покушај немачког филозофа Ханса Дриша (*Hans Adolf Eduard Driesch*) да појам целине изведе из појма „прадоживљаја“. Према Дришу, једино је у прадоживљају „дато шта је цело“. Од прадоживљаја, сматра он, морају да полазе и филозофија и наука, чије постојање не може да се замисли без њега. И не само што је целина дата из прадоживљаја, већ она представља „праоднос“, категорију, „несводљиво, дефиницији неприступачно, приступачно само непосредном опажању смисла“.<sup>459</sup>

Може се сматрати да је холистичка идеја на посебан начин присутна у учењу историјске правне школе, и то у делу у коме се указује на условљеност права конкретном стварношћу. Та стварност је схватана као укупност својстава која обухвата и на синтетички начин изражава хипотетички схваћен „дух народа“.

У XIX веку створене су многобројне биолошке теорије о држави и праву (Карл Краузе /*Karl Christian Friedrich Krause*/, Херберт Спенсер /*Herbert Spencer*/, Ото Гирке /*Otto Gierke*/, Карл Шефел /*Karl Schäfer*/ или Јохан Каспар Блунчли /*Johann Caspar Bluntschli*/).<sup>460</sup> До тог преокрета је дошло захваљујући осамостаљивању биологије и стицању места самосталне основне науке, што је довело до другачијих схватања и учења о целини у биологији и у другим наукама. Према најумеренијим варијантама органских теорија, поменута сличност је врло блага, јер се појам „организам“ користи само као неопходна метафора за дочаравање повезаности која твори целину. Према најдоследнијим присталицама органских теорија, та сличност је потпуна, тј. сматра се да је државно-правни поредак у још вишем степену организам него што је то обичан природни организам. Штавише, они су у аналогизијама између организма, друштва и државно-правног поретка ишли толико далеко да су чак утврђивали који органи или делови у друштву или државно-правном поретку одговарају одређеним органима или деловима у природним организмима. Због тога се ова варијанта органских теорија назива „органицистичком“. Такав, у основи редукутиван, *биолошки холизам*, изложен у облику различитих органских или органицистичких теорија о држави и праву, почива на основној идеји да развитак најразличитијих држава и права представља само кружно понављање истих појава, које су се већ десиле у ранијим друштвима. Међутим, оно по чему се такав државно-правни организам разликује од обичних организама јесте то што се он не састоји из самосталних дело-

459 H. Driesch, *Das Ganze und die Summe*, Leipzig 1921, 4.

460 Вид. H. Spencer, *Justice*, 1891; Scheffler, *Die Grundlagen der Wissenschaft*, 1889.

ва обичног организма, већ из релативно самосталних индивидуа. Али, и та самосталност је само привидна, тј. релативна, јер, као што ћелије једног обичног организма не могу да опстану једна без друге, тако ни индивидуе у људском друштву не могу да опстану без везе са другим индивидуама у облику тог „државно-правног организма“.

Најважнији представник умерене биолошке теорије је немачки правник Ото Гирке, који је хтео да докаже како се ради не само о правној конструкцији него и о стварном друштвеном јединству које располаже сопственом личношћу. Држава се састоји од људи који су правом и интересима сједињени у извршењу извесног циља, и тако остварују једно јединство које остаје неизмењено иако се људи као појединци мењају. То значи да се држава не подудара са појединцем, нити са збиром појединаца. Скуп појединаца организованих у државу увек је нешто друго и више од скупа појединаца самих. У томе се састоји државна личност као друштвена реалност и оличење целине.<sup>461</sup> Иако органске теорије садрже груба поједностављивања, у њима је тачно запажено да у развоју државно-правног поретка важе извесне законитости и повезаности холистичке природе које имају објективан, нужан карактер, слично законитостима у биолошком свету.

Међу различитим варијантама социолошких теорија истакнуто место припада солидаристичком учењу Леона Дигија чију ширу подлогу такође представља холизам. Према Дигију, људско друштво мора да врши извесне заједничке послове на јединствен начин. Вршење тих послова представља општи интерес, општу вољу. Те послове држава врши на основу непосредног или посредног пристанка. Управо та солидаристичка свест о друштву као целини са изведеном поделом рада чини да сви чланови буду међусобно зависни. Што се више развија подела рада, то је сваки члан све више зависан од других. У исто време, све већа подела рада води ка развоју друштва до нивоа у коме се држава појављује као организација са апаратом за спровођење организованог насиља ради заштите друштвене солидарности. Исти задатак има право као систем правила која треба да одрже исту ту друштвену солидарност међу људима. Држава и право су, истиче Диги, производи друштвене солидарности и оруђе за њено очување и унапређење.<sup>462</sup>

---

461 О. Gierke, 97.

462 L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901.

Упркос приказаним органицистичким и солидаристичким учењима, холизму ипак није својствено такво поједностављивање. Холизам је увек нешто друго и нешто више. Он је пре свега начин да се свет сагледа у његовој целовитости. Али, он је и пут за стварање танане холистичке слике света, државе и права. Када није тако, ради се о вулгарним интерпретацијама холистичке идеје.

Део богатог холистичког размишљања представља српска правна мисао, која се креће у распону од рационалистичког природног права до савременог истраживања права. Запажено место припада холистичком правном учењу Глигорија Гершића.<sup>463</sup>

На самом почетку XX века, 1902. године, Глигорије Гершић је у својој *Енциклопедији људског права* снажно истакао важну идеју: да је задатак правне филозофије да одреди место права у умном космосу, уносећи на тај начин у право нову, космичку перспективу. Таква Гершићева визија и намера, иако недовољно запажена, била је далеко испред његовог времена, због чега и није била прихваћена са дужним разумевањем и уважавањем. Гершићево филозофско-правно схватање настало је и развило се у једном ширем онтолошком холистичком оквиру, који може да се назове *космолошким*. У њему посебно место припада идеји да су све појаве одређене деловањем једног истог општег и вечног закона, који једнако влада у природи и друштву. Гершић то на сасвим јасан начин излаже као нико пре њега, доводећи помоћу сила привлачења и одбијања у везу вечни космички закон са два елемента права: правним овлашћењем и правном обавезом. Право је, наиме, принцип реда, што је сасвим у складу са Гершићевом почетном идејом: „да ми видимо како се у социјалном животу понавља оно што налазимо у основним и главним цртама у целом космосу, и да у физиолошко-космичким системима добија свога израза у социјалном животу“.<sup>464</sup> Због тога разноликост и промене у правном животу народа никако нису пуста игра случаја или самовоља, јер се те промене увек заснивају на унутрашњој нужности изазваној и одређеној деловањем тог универзалног закона. Исти тај закон представља „црвену нит“ и у другим приказаним холистичким учењима.

Значајан је и Гершићев холистички усмерен и доследно изведен примењивачки поступак у самом праву, јер „право није неки спољни агрегат случајно или конвенционално постављених позитивних прописа, него је оно једна органски везана целина, која

---

463 Д. Митровић, *Пути људског права. Холистичка парадигма светла и људског права у светлу теорије хаоса и људске теорије*, 238–245.

464 Г. Гершић, *Енциклопедија људског права*, Београд 1902 (Ниш 1995, Београд 2011), 52.

почива на извесним основним мислима и принципима, који кроз све поједине гране те целине пролазе и на којима се унутрашња једнина тих грана и огранака оснива<sup>465</sup>. Другим речима, и само право је једна холистичка целина, као што је случај и са његовим деловима, начелима или основним идејама.

Посматрано с ове временске удаљености, Глигорије Гершић представља изузетну личност научника без ученика и настављача, иако је његова мисао и данас модерна и савим плодносна.

Не само Гершићевом, већ свим слично холистички надахнутим правним учењима (нпр., Валтазара Богишића, Ђорђа Тасића, Радомира Лукића и Стевана Врачара), заједничка је тврдња да људски дух првобитно, тј. „априорно“, доживљава стварност као целину. Али, човечји ум не доживљава само стварност света на целовит начин. Човек државу и право такође доживљава као целине које располажу својим посебним смислом и вредностима као што су слобода, људско достојанство, савест, морална одговорност, спонтаност самоникле активности итд. Уз то, у човеку је стално присутна неугасива тежња за довођењем искуственог света у везу са вредностима. Она постоји у свим човековим акцијама подстакнутим одређеним вредностима као и у свим његовим творевинама. То је случај и са државом и правом, као типично телеолошки замишљеним и вредносно постављеним творевинама људског духа.

### 3. Држава и право као холистичке појаве

Држава и право представљају холистичке појаве. То је нарочито случај са правом које је не само идеална већ и реална холистичка појава. На то суштинско реалистичко својство права, које га доводи у везу са другим појавама и светом у целини, својевремено је указивао Валтазар Богишић, који је средином XIX века изложио холистичку идеју у свом оригиналном правном схватању. Истицао је да се „право једнога доба не може изучавати усамљено, него да му се морају узети у помоћ сви могући спољашњи услови везани за средину и дато доба. А то су географски положај, економско и социјално стање, религија, политичке и историјске прилике“<sup>466</sup>. Већ та његова реална страна приказује право као изразиту

465 *Ibid.*, 5.

466 Б. Гардашевић, „Значај Светосавске крмчије за наше црквено и државно законодавство“, *Бојословље*, св. I, год. II (XVII), Београд 1958, 7. Вид.

холистичку појаву. Захваљујући успостављању тих најразличитијих спољашњих и унутрашњих веза државе и права са светом, друштвом или са изабраним појединим појавама, створено је читаво цивилизацијско здање државе и права. Али, док спољашњим везама права са природом и људским светом могу да се баве дисциплине које не морају да буду правне, унутрашњим правним везама морају да се баве или различите гране правне науке, или једна посебна правна дисциплина – Теорија државе и права.

Кад је реч о спољашњим холистичким везама државе и права, ради се пре свега о реалним чиниоцима који се у стварности испољавају као узроци, услови или околности који утичу на настајак и поредак државе и права, тј. на државно-правни поредак. Они, у својој укупности сачињавају тзв. спољашњи правни холизам у ширем смислу, за разлику од спољашњег холизма у ужем смислу који се односи на узајамну друштвену условљеност државе од права и права од државе.

Када се ради само о *спољашњем холизму у ширем смислу*, сви спољашњи узроци који утичу на државу и право могу да се разврстају на непосредне (друштвени сукоби, однос масе и елите, друштвене организације, положај појединаца у друштву и држави итд.)<sup>467</sup> и посредне (природа као основна средина, посебно географски положај и пространство, становништво, његова бројност и распоређеност, степен економског развоја, култура, националне, расне, верске и друге особености, као и историјски развој, традиција, обичаји, спољни утицаји, међународни положај, мања или већа зависност од иностранства итд.). На основу тога може се направити још једна подела спољашњег холизма – на *нейосредни* и *йосредни*. Деловање свих наведених узрока и чинилаца на државу и право није аутоматско, али је одлучујуће, јер је друштво утопљено у држави и праву, а држава и право у друштву. То је разлог због кога се каже да право и држава изражавају тзв. „системски квалитет“ датог друштвеног поретка.

Када се, пак, ради само о *спољашњем холизму у ужем смислу*, он се испољава у облику правне државе, односно државе владавине права, чије постојање такође захтева испуњавање одговарајућих друштвених (стабилност, хомогеност, ред, мир, правна свест итд.), државно-организационих (легитимност и подела власти, демократија, функционална организација државне власти,

---

А. Соловјев, „Богитишева универзитетска предавања“, *Архив за љравне и грушйивене науке*, Београд 52/1937.

467 K. von Beyme, *Savremene političke teorije*, Zagreb 1976, 277–286.

независно судство, уставност и законитост /легалитет/, уставна јемства људских и грађанских права, слобода привреде и привредних активности итд.) и правнотехничких услова и средстава. Ту се посебно убрајају средства којима треба да се обезбеди законитост рада управе, судска контрола управних аката (установа управног спора), уставност у раду законодавства са установом уставног судства и друга слична средства институционално-правне и ванправне контроле.

Веза државе и права може се посматрати и у светлу њихових конкретних међусобних односа. Таква повезаност права и државе може се назвати *унушрашњи холизам у ширем смислу*. Он се састоји у утицају који државу приказује као средство за рационализовање права, а право као средство за рационализовање државе.

*Ушницј државе на право* нарочито долази до изражаја приликом „успостављања права“, „екстериторијализације државне власти“ и „позитивизације права“. О том утицају државе на право може да се говори још на један начин, имајући на уму различите врсте радњи које држава предузима стварајући и примењујући право. Али, ни применом нити стварањем права није исцрпљен утицај државе на право, јер држава предузима и многе друге радње и обавља многе друге послове. Те радње могу да се врше употребом државне принуде или без ње, под условом да су засноване на праву, тј. да су законите. И обратно, *ушницј права на државу* представља дуготрајан процес који се састоји из следећих етапа и делова: секуларизације, генерализације, уједначавања и типизације, систематизације, формализовања, стандардизације, настанка истих или сличних правних поступака, позитивизације и диференцијације права. На тај начин држава, захваљујући праву, постаје правна организација. Збиља, да нема права, држава би представљала обичну разобручену силу која би прво уништила друштво, па на крају и саму себе. Због тога је главни задатак права да рационализује државу, да је доведе у везу са несумњивим друштвеним и правним вредностима, да њену делатност уреди, веже и подведе под правне норме, као и да је оправда. Тај задатак право збиља и обавља, али не на исти начин на који држава делује на право. Право, наиме, није само непосредна манифестација неких материјалних аката. Његово деловање је посредније, иако није мање важно од деловања државе. Оно исто тако није случајно ни повремено, већ је истрајно и стално. Уосталом, да је држава правна организација, потврђује начин на који је право прилагођено свом задатку, јер се упоредо са стварањем права које се односи на

друштво (еклезијастичког и социјалног) ствара право које се односи само на државну организацију (чисто државно право). Реченом треба додати да држава као правна организација располаже и својом посебном правном личношћу. Она се појављује као субјект одређених овлашћења и обавеза. Као таква, она није ни проста чињеница (Леон Диги), нити је само скуп правних норми (Ханс Келзен). Када не би било тако, држава би се убрзо претворила у „апсолутизам оних људи који располажу државном влашћу“.<sup>468</sup> Добијајући квалитет правне личности, држава стиче предност према свим другим организацијама и појединцима. Та предност се испољава као надмоћ државе приликом стварања најважнијих извор права. Ту чињеницу не мења ни међународно право јер сви уговори које држава склопи као субјект међународног права, по правилу тек после ратификовања а само понекад и без тога, непосредно обавезују субјекте унутрашњег права. У том смислу, особеност права које је пренето на државу доводи до исто тако особеног образовања државе као правне организације која располаже својом посебном правном личношћу.<sup>469</sup>

Држава располаже и својим конкретним правним облицима. Она преко њих изражава врсту и квалитет своје власти. Најпозданији показатељи квалитета њене власти јесу легитимност и законитост, преко којих држава остварује одређене друштвене и правне вредности. Крајњи резултат описаног поступка рационализације, као и поступка рефлексивности и хабитуализације,<sup>470</sup> требало би да представља друштво у коме владају начела правде, правне сигурности и једнакости.

Најзад, између државе и права мора да постоји што већи склад. Али, може да дође и до сукоба. Прва ситуација је карактеристична за нормална и стабилна друштва, а друга за друштва која то нису. У другој ситуацији постоји неравномеран утицај државе на право и права на државу. То су ситуације у којима долази до сукоба државе са изопаченим правом и права са осилењом државом. Он избија само тамо где је постао немогућ сваки договор између заступника ауторитарне и легалистичке идеје. Сукоб је, дакле, крајње средство за решавање једне ненормалне ситуације у којој више не постоји суштинска истоветност између права и државе. Али, он је и средство за властито укидање, јер је у природи сукоба да укине себе. А укинути сукоб државе и права значи

---

468 С. Јовановић, *О држави. Основи једне правне теорије*, Београд 1922, 89–103.

469 С. Врачар, *Социјална садржина функције државнојавне теорије*, 59–60.

470 М. Вебер, *Привреда и друштво*, I, Београд 1976, 18, 252–253, 264.

укинути њихово противделовање. То се постиже поменутом рационализацијом, хабитуализацијом и рефлексивношћу за које се сматра да означавају победу разумног над неразумним.

У једном посебном смислу *унутрашњи правни холизам* у *ужем смислу* се односи на све везе између делова или основних састојка државе или права, а не само на везе између државе и права. Те везе се одржавају успостављањем и коришћењем одговарајућих начела за организовање државно-правног поретка (хијерархије, центрo-периферне повезаности, координације, кооперације, корелације и комплементарности). Захваљујући поменутиим начелима, постиже се толико неопходна системност државно-правног поретка. Системност није ништа друго до најважније својство сваког права или творевине која је правно уређена, укључујући и државу као правну организацију.<sup>471</sup> Она је, дакле, други назив за чисто унутрашњи правни холизам у *ужем смислу* који треба да омогући добијање јединствене, рационално повезане и организоване целине правног поретка и система права.

#### 4. Статичност и динамичност холистичких веза

У основним цртама приказане постојеће и могуће холистичке везе између природе, друштва, државе и права, суштински су дескриптивне и статичке. Ти недостаци потврђују тачност запажања Јиргена Хабермаса и објашњавају зашто још није дошло до настанка једне велике универзалне холистичке теорије. Али, те холистичке везе је могуће испитивати динамички у виртуелном рачунарском свету. Произилази да је стварне холистичке везе између природе, друштва, државе и права могуће успешно динамички испитивати у том виртуелном свету, и све то како би се боље упознало њихово међудејство у стварном свету.

Те везе оживљавају тек када се саставе правни модели који се испитују рачунарском симулацијом. Тада „холизам оживљава“ у том виртуелном свету. Он је важан зато што је погодан за стицање нових сазнања о истраживаним појавама без произвођења могућих последица у стварном свету. Али, управо тај нови рачунарски свет данас у све већој мери производи конкретне последице

---

471 С. Врачар, „Тезе о правном систему Југославије“, Зборник радова *О правном систему СФРЈ*, Београд 1979, 7.

у ономе што се сматра стварним светом (нпр., тренутно дигитални новац може да се замени за прави и обратно). То значи да се упоредо са стварним светом по први пут успоставља нови, алтернативни пут или приступ виртуелном свету. Његово постојање показује да људска бића више неће бити само физички субјекти у стварном свету, већ и аватари, *alter ego* физичких бића, у том новонастајућем рачунарском виртуелном (мета)свету.<sup>472</sup> То важи и за разне врсте правних лица као аватара својих стварних парњака. Такве промене захтевају постављање нових правних, етичких, социјалних, економских, естетских, па чак и религијских питања на која тек треба дати одговор.

Такве могућности за истраживање се могу сматрати новим путем за холистичко испитивање стварне или замишљене појаве, по „жељи срца свога“ (Вилем Флусер /*Vilem Flusser*). Лепо је када по први пут на тај начин може да се завири иза хоризонта догађања. Још је лепше када не мора да се посеже за предикцијом (нагађањем, предказивањем или пророковањем).

Све теорије су се до сада бавиле стварним светом. Можда је време да почну да се баве истраживањем новог виртуелног света и његовим холистичким везама са стварним светом.

---

472 Вид. D. Mitrović, «Virtual Reality and Virtual Subjects of Law», *Journal on Legal and Economic Issues of Central Europe*, Vol. 3, No. 1, London 2012, pp. 2–8.

## АБСТРАКТИ

### ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ, ПРАВУ И ЊИХОВОМ ОДНОСУ

#### ПРВИ ДЕО ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ

##### I глава

##### ИДЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ

Утопистичке (Платон, Мор, Кампанела, Ротердамски, Бекон, Харингтон, опати Малби и Морели, Сен-Симон, Прудон, Голдвин, Штирнер, Гилдман, Бакуњин, Кропоткин), природноправне (Платон, Аристотел, Полибије, Сенека, Епиктет, Аурелије, Цицерон, Августин, Аквински, Хобс, Лок, Русо, Гроцијус, Спиноза, Пуфендорф, Ролс, Хефе) и етичко-културолошке (Платон, Кант, Фихте, Шелинг, Хегел, Фон Штајн, Биндер, Колер, Алмонд).

##### II глава

##### РЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ

Правне теорије (Келзен, Јелинек, С. Јовановић, Мајер, Диги), социолошке теорије (Платон, Аристотел, Тадић, Пођи, Хенке, Тојнби, Д'Ентрев, Колбурн, Канеиро, Витфогел, Хегел, Шелинг, Гобино, Филмор, Чемберлен, Парето, Леви-Брил, Фрејзер, Дајмонд, Тард, Дирилинг, Гумпловиц, Де Местр, Ласон, Кауцки, Кунов, Опенхајмер, Хантингтон, Пуланцас, Грамши, Едер, Хабермас, Попер, Краузе, Спенсер, Гирке, Шефле, Лајбниц, Конриг, Блунчли, Есмен, Орију, Фон Мол, Јелинек, Раценховен, Ле Фир, Диги, Лаун, Јеринг, Штамлер) и политичке теорије (Макијавели, Маркс, Енгелс, Лењин, Стаљин, Пуланцас, Бејме, Хабермас, Дарендорф, Моска, Парето, Микелс, Мајнхајм, Драјцел, Шелски, Милс, Фон Визе, Бентли, Дал, Батмор, Дојч, Престус, Парсонс, Луман).

## ДРУГИ ДЕО ТЕОРИЈЕ О ПРАВУ

### І глава

#### ИДЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ПРАВУ

Природноправне теорије (Сократ, Платон, Аристотел, Епикур, Сенека, Аурелије, Цицерон, Улпијан, Јустинијан, Јустин, Атанагора, Ориген, Лактанције, Августин, Аквински, Лутер, Цвингли, Калвин, Меланхтон, Хотман, Брутус, Бјукенен, Алтузије, Гроцијус, Спиноза, Пуфендорф, Томазије, Волф, Хобс, Лок, Русо, Кант, Фихте, Шармон, Енгиш, Митејс, Шпрангер, Фешнер, Штамлер, Мајхофер, Дел Векио, Блох, Вилеј, Боастел, Катрајн, Леклерк, Ренар, Ролс, Велцел, Хефе, Нозик, Сен, Радбрух, Кауфман, Дворкин, Финис, Фулер), априористичко-феноменолошке (Хусерл, Ламбер, Амселек) и егзистенцијалистичке теорије (Јасперс, Киркегор, Мерло-Понти, Сартр, Хајдегер), формалне теорије (Фивег, Перелман, Клуг, Енгиш, Тамело, Вајнбергер, Фон Рајт, Фон Кирхман, Нелсон, Тулмин, Шлајермахер, Дилтај, Алекси, Арни, Печеник, Сутеман, Линдал), културалистичке теорије (Ласк, Радбрух, Косио, Дилтај, Нето, Виланова).

### ІІ глава

#### РЕАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ О ПРАВУ

Позитивистичке правне теорије (Абелар, Падовански, Макијавели, Монтењ, Литре, Ренан, Спенсер, Витгенштајн, Расел, Шлик, Карнап, Рајхенбах, Нојрат, Демоломб, Биње, Волф, Пухта, Виндшад, Монтескје, Дурантон, Бергбом, Бирлинг, Меркел, Биндинг, Савињи, Хуго, Пухта, Бретано, Келзен, Бентам, Мил, Остин, Харт, Холмс, Франк, Греј, Даглас, Коен, Кук, Интема, Хегерстрем, Лундстет, Рос, Оливеркрона), социолошке правне теорије (Краузе, Шефле, Блунчли, Гирке, Јеринг, Хек, Римелин, Штол, Милер-Ерцбах, Канторовиц, Ерлих, Буржоа, Гиде, Диркем, Диги, Петражицки, Жез, Ле Фир, Бартелеми, Капитан, Бринц, Салеј, Мињо, Гурвич, Лаун, Еван, Лјуелин, Хобел, Глукман, Боунан, Вандерлинден, Карбоније, Рулан, Жени, Ламбер, Морин, Круе, Леви, Дјуи, Паунд, Спенсер, Мејн, Самнер, Парсонс, Тенис, Гумпловиц, Кирхајмер, Нојман, Сорокин, Вебер, Маркс, Енгелс, Стучка, Рајзнер, Пашуканис, Стаљин, Вишински, Ренер, Черони, Блох, Пуланцас, Грамши, Ајзенман, Еделман, Амселек), интегралне правне теорије (Жени, Орију, Гурвич, Дел Векио, Ласк, Радбрух, Косио, Рикасенс-Сичес, Реале, Мајнез, Зауер, Живановић, Лукић, Врачар, Висковић), мултидисциплинарне правне теорије (Унгер, Дерида, Хорвиц, Кенеди, Гордон, Коуз, Познер, Калабрезе, Олсен, Гилиген, Мекинон, Алекси, Дал, Драјер, Нињо, Потер, Д'Агостино, Раз, Тејлор, Кимлика, Корзгард, Браунли, Томушат, Волцер, Мекинтајер, Сендел, Етициони, Луман, Гјерер, Дојч).

## ТРЕЋИ ДЕО ТЕОРИЈЕ О ОДНОСУ ДРЖАВЕ И ПРАВА

### I глава ОДРЕЂИВАЊЕ ОДНОСА ДРЖАВЕ И ПРАВА

Независност (самосталност и невезаност) државе од права и права од државе (Савињи, Хуго, Пухта, Штамлер, Хегел, Лабанд, Јелинек, Гумпловиц, Шмит Доротић). Првенство државе над правом (Хобс, Дел Векио). Првенство права над државом (Августин, Аквински, Цвингли, Калвин, Меланхтон, Русо, Диги, Ерлих, Петражицки, Гурвич). Јединственост (потпуна прожетост и сједињеност или утопљеност) државе у право и права у државу (Гирке, Велцел, Шомло, Радбрух, Келзен). Узајамна повезаност државе и права (Шмит, Вани, Колер, Биндер). Релативна самосталност државе од права и права од државе (упркос узајамној повезаности: Р. Јеринг, С. Јовановић, Е. Спекторски, Ж. Спасојевић, Р. Лукић).

### II глава ТЕОРИЈЕ О ПРАВНОЈ ДРЖАВИ – ВЛАДАВИНИ ПРАВА

Европско континентално учење (Кант, Мол, Лабанд, Лутолд, Штајн, Меркел, Јелинек, Гирке, Келзен, Диги, Бонар, Ајзенман, Ведел, Де Лобадер) и англосаксонско учење (Дајси, Џенингс, Робсон, Гарнер, Д'Ентрев, Фулер, Харт, Вехслер, Лукас, Ролс, Хајек). Унификација правне државе и владавине права.

### III глава ХОЛИСТИЧКИ ОДНОС ДРЖАВЕ И ПРАВА

Појам и карактеристична значења холизма. Првобитни (примитивни) холизам. Савремени (модерни) холизам. Холистички идеализам. Холизам историјске правне школе. Биолошки холизам у органским теоријама о држави и праву. Социолошко-солидаристичка варијанта холизма. Вулгарни холизам. Вредни примери у српској филозофији и теорији права: Плигорије Гершић. Држава и право као холистичке појаве: Богишићево упутство. Спољашњи правни холизам или повезаност државе и права са стварним светом. Унутрашњи правни холизам или међусобна повезаност државе и права. Државна рационализација права и правна рационализација државе. Повезаност унутар државе или унутар права – системност као синоним за посебан унутрашњи правни холизам. Статичка и динамичка страна холистичких веза између природе, друштва, државе и права.



## BRIEF CONTENTS

NOTE WITH THIS EDITION.....	11
-----------------------------	----

### FIRST PART: THEORIES CONCERNING STATE

Chapter I: IDEALIST THEORIES ABOUT THE STATE .....	17
Chapter II: REALISTIC THEORIES ABOUT THE STATE .....	37

### SECOND PART: THEORIES CONCERNING LAW

Chapter I: IDEALIST THEORIES OF LAW.....	69
Chapter II: REALISTIC THEORIES OF LAW.....	103
Chapter III: OBJECTIONS AND EVALUATION OF MULTIDISCIPLINARY LEGAL TEACHINGS AND THEORIES .....	165

### THIRD PART: THEORIES CONCERNING THE RELATIONSHIP BETWEEN STATE AND THE LAW

Chapter I: DETERMINING THE RELATIONSHIP BETWEEN STATE AND THE LAW.....	183
Chapter II: THEORIES OF THE RULE OF LAW.....	193
Chapter III: HOLISTIC RELATIONSHIP BETWEEN STATE AND THE LAW.....	203



Драган М. Митровић  
ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА  
Књига VII  
ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА  
Држава, право и њихов однос  
Други том

*Издавач*  
Досије студио  
www.dosije.rs

*Лектор и коректор*  
Марина Давидовић

*Технички уредник*  
Ирена Ђаковић

*Дизајн корице*  
Ивана Зорановић

*Припрема и штампа*  
Досије студио, Београд

ISBN 978-86-6047-501-7  
ISBN 978-86-6047-494-2 (за издавачку целину)

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд  
ISBN 978-86-6047-501-7  
ISBN 978-86-6047-494-2 (за издавачку целину)  
COBISS.SR-ID 192235785

ISBN 978-86-6047-501-7



9 788660 475017