

др Гордана Вукадиновић,  
ванредни професор Правног Факултета у Новом Саду

## ДУАЛИТЕТ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА У ДЕЛУ БОЖИДАРА С. МАРКОВИЋА

Идеја дуалитета у праву уопште била је почетна инспирација Божидара С. Марковића у његовом схватању правног феномена. Већ је његова докторска теза 1930. године била посвећена односима правде и позитивног права и у суштини је била заснована на идеји правног дуализма. И доцнији радови Б. Марковића па све до оних данашњих за основну тему имају разне манифестације тога двојства праведног и позитивног права. У својим трагањима за праведним правом, Марковић је уочио да постоји један посебан дуалитет у оквиру самог позитивног права, дуалитет којем је посветио неке од својих последњих радова. Аутор у чланку разматра само схватање дуалитета који постоји у области позитивног права. Разликовање социолошких и етатистичких норми је од изузетног практичног и теоријског значајан кад је реч о еволуцији права и поступку при тумачењу, одн. примени. Исто тако, разликовање социолошких и етатистичких норми омогућава да у општој теорији и филозофији права дође до померања између позитивистичко-формалистичког и социолошко-еволутивног правца. Тим разликовањем се, између осталог, на задовољавајући начин решава и класична контроверза о томе може ли се или не закон мењати и укидати обичајем и судском праксом.

Кључне речи: *Божидар С. Марковић - Позитивно право. - Социолошке норме. - Етатистичке норме.*

Пре више од шест деценија, тачније 6. јуна 1930. године, Божидар С. Марковић на Правном факултету у Паризу бранио је докторски рад под насловом *Essai sur les rapports entre la notion de Justice et l'élaboration du Droit privé positif* (Оглед о односима између појма правде и развитка позитивног приватног права) (1), пред комисијом коју су сачињавали уважени и већ познати професори: председник Анри Леви-Улман (*Henry Levy-Ullman*) и чланови Етјен Бартен (*Etienne Bartin*) и Анри Капитан (*Henri Capitant*). На одбрани тезе славни А. Капитан је рекао: "За мене је било велико задовољство да читам на тако чистом францус-

(1) Докторски рад је публикуван у оквиру библиотеке "Collection d'Études théoriques et pratiques de Droit Etranger", *Droit comparé et de Droit International*, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & Cie, Livre XVIII, Paris, 1930, 238.

ком језику једну тако елегантну дискусију о основним проблемима права. Ваша теза је јасна, ви имате јасан дух, али Ваши закључци нису много охрабрујући” (2). Закључци до којих је Марковић дошао, у ствари, изражавају један разумни скептицизам који проистиче из ограничених могућности људских сазнања и из природе самог правног феномена и његове технике. Тај разумни скептицизам не допушта људском духу откриће апсолутних истина. Како коначна истина не постоји, основни задатак друштвених, па и правних наука, састоји се у изналажењу метода, тј. ”како се научним путем најсигурније долази, у датом временском раздобљу и у одређеној друштвеној средини, до постојеће конкретне друштвене истине и важеће друштвене вредности, односно како ће се у сваком тренутку долазити до променљивих и праведних решења у праву (3). На тим методолошким основама, од тада до данас, Б. Марковић приступа правном феномену.

Почев с докторском тезом о односу између правде и позитивног права, питањем дуалитета бавио се у највећем броју својих познијих теоријских радова. Изложена проблематика остаће поље његовога трајног интересовања. А понуђени одговори су, у највећем делу, не само код овог питања, сачували и данас своју актуелност. Они не припадају ”само историји наше правне мисли, него могу и данашњим, а верујемо и сутрашњим правницима који се баве теоријом и филозофијом права, послужити као извор обавештења и подстицај на даља критичка размишљања” (4).

## I

Идеја дуалитета у праву уопште била је почетна инспирација Б. Марковића у његовом схватању правног феномена. Већ је његова докторска теза 1930. године била посвећена односима између појма правде и позитивног права и у суштини је била заснована на идеји правног дуализма: на разликовању права и закона, природног и позитивног права, на супротстављању објективног и позитивног права као и праведног и позитивног права. Терминологија се током времена мењала, али је у основи остајала стална борба, која и данас траје између праведног и позитивног права.

И доцнији радови Б. Марковића па све до оних данашњих за основну тему имају разне манифестације тога двојства праведног и позитивног права. У својим трагањима за праведним правом, Марковић је уочио да постоји један посебан дуалитет у оквиру самог позитивног права, дуалитет којем је посветио неке од својих последњих радова.

Ми ћемо у овом чланку покушати да размотримо само његово схватање дуалитета који постоји у области позитивног права.

---

(2) Б. Марковић, *Сећања на Правни факултет Београдског универзитета 1922-1942, "Анали Правног факултета у Београду", 2-3/1992, 144.*

(3) Б. Марковић, *О позитивном и праведном праву, "Зборник за теорију права", IV САНУ, Београд, 1990, 76.*

(4) В. напомену уредништва, *op. cit.*, 32.

У сагледавању и истраживању дуалитета позитивног права у делу Б. Марковића, мора се имати у виду специфичност временске димензије. Наиме, овом проблематиком бавио се од докторског рада, у радовима који су настајали у четвртој деценији овог века (5), да би јој се након прекида, који је трајао готово пола столећа, данас поново вратио продубљујући и употпуњавајући раније изнесене основне ставове. Међу многобројним радовима најновија расправа *О дуалитету позитивног права* издваја се као синтеза, круна његових идеја. Но, у сваком случају, сви ти радови чине једну целину, једно конзистентно изведено учење о позитивном праву.

Позитивно право Марковић одређује као право које стварно важи у једној држави (6). То право примењују судови и остали државни органи, а његова примена зајамчена је организованом државном принудом, за разлику од, на пример, природног, идеалног, објективног права (7). У току историје свако позитивно право постојано се појављује у два вида: као правно правило које настаје у слободном друштву и као правно правило које друштву прописује држава (8). Те две врсте права разликују се, пре свега, по пореклу и изворима. Једним делом позитивно право настаје у друштву спонтано, независно од утицаја државне власти, а које је позитивноправни поредак прихватио. Са друге стране, позитивно право ствара држава на основу свог империјума и формално независно од друштва. Тако позитивно право сачињавају две врсте норми: *социолошке и етатистичке*.

Истовремено Марковић констатује да се социолошке норме састоје од двеју категорија факата: "из објективне друштвене каузалности, тј. из материјалне и друштвене стварности и условљености и из слободне друштвене нормативности, тј. из друштвених схватања и праксе како се у одређеним ситуацијама има понашати (нормативни факти)" (9). Оне настају и гасе се слободно у друштву. Производ су природне каузалности и друштвене законитости. Социолошке норме највише су заступљене у области приватног права или како у чланку *Нормативност у приватном праву и политички режими* пише: "Приватно право је област у којој ће правно правило имати начелно најмању

---

(5) В. посебно Б. Марковић, *О појму позитивног права*, "Архив за правне и друштвене науке", октобар LVIII/1940, 261-285; *О методи у приватном праву*, "Архив за правне и друштвене науке", фебруар 1934, 99-121; *Нормативност у приватном праву и политички режими*, "Правна мисао", новембар-децембар 1937; *Улога судске праксе и њено обрађивање*, "Архив за правне и друштвене науке", LVII/1940, 100-112.

(6) При томе, Марковић полази од основне констатације да позитивно право не обухвата целокупни правни феномен него да изнад њега постоји и једно друго право или, како се већ различито назива, природно право, објективно, живо право, социјално право, итд. Види о томе ближе први део докторског рада (Première partie: *La notion de justice et les notions qui s'y ramentent*, 19-133).

(7) Сам термин и појам позитивног права потичу од средњовековних канониста и глосатора управо као антитеза природном праву, што на својеврстан начин указује на дуалитет правног феномена. В. ближе Б. Марковић, *Појам позитивног права*, *op. cit.*

(8) Б. Марковић, *О дуалитету позитивног права*, реферат за скуп "О филозофији права", Подгорица, ЦАНУ, 1992.

(9) Б. Марковић, *О социолошком етатистичком нормативитету*, *op. cit.*, 81.

дозу чистог нормативитета. Јер прво, у њему се налази велики број рационалних правила која изражавају један нужан економски или технички закон при коме субјективна мерила и оцене вредности не могу играти никакву улогу; прописи о публицитету стварних права или о начину тумачења тестаментa су нпр. у друштвеном погледу анормативни. Друго, у приватном праву влада начело аутономије воља или диспозитивитета, тако да начелно само принудне норме које су изузетне могу овде доћи у обзир као евентуалне хетерономне норме. Треће, што законодавац због природе приватног права нема амбиција да у њему сам што ствара него по правилу да констатује слободе друштвене творевине” (10). Најчистији облик у коме се традиционално јављају социолошке норме јесте обичајно право. Како лепо каже Марковић, њихов свет су и приватноправни кодекси и трговачки законици, а у новије време трговинске, пословне, националне и међународне узансе као и мноштво правних стандарда.

Етатистичке или чисте норме, како их назива, резултат су идеолошких ставова које држава уноси у правни поредак путем државног империјума. Оне су, у суштини, плод идеолошких опредељења државе и као такве су усмерене ка своме апсолутном остварењу, па и насупрот друштвеном фактицитету, социолошким кретањима и разлозима. Најзаступљеније су у јавном, посебно кривичном праву.

Како дуалитет социолошких и етатистичких норми стално постоји током целе историје права, Марковић анализира њихове карактеристике и међусобне односе. У суптилној анализи испитује сличности, заједничке особине, али и разлике у пореклу, снази и последицама важења тих норми.

Први налаз до којег је Марковић дошао јесте да социолошке и етатистичке норме имају заједнички извор. И једне и друге плод су услова живота и друштвених чињеница. Уз један додаток - етатистичке норме као идеолошке ”фаворизују, форсирају или и апсолутизују поједине друштвене факторе, уз сузбијање или и потпуно елиминисање других фактора, услед чега су по правилу искључиве и склоне минимизму” (11). На основу тога, могуће је у етатистичким нормама разликовати два елемента: елемент узет из друштва и елемент узет из идеологије. Какав ће бити њихов удео, зависи од конкретне норме о којој је реч. Понекад ће поједине етатистичке норме бити испуњене само социолошком, други пут само идеолошком или, пак, мешовитом садржином. Према томе, постоји и трећа категорија норми - мешовите норме. У њима су, у већој или мањој мери, заступљене обе основне категорије норми, па као такве представљају слагање или компромис елемената социолошких и етатистичких норми. На овај начин Марковић стиже до тачног закључка, мада сам термин не употребљава, о постојању плурализма правних норми у једном позитивном праву. Изразу ”правни плурализам” даје једно шире значење по којем у

(10) Б. Марковић, *Нормативност у приватном праву и политички режими*, *op. cit.*, 584.

(11) Б. Марковић, *О социолошком и етатистичком нормативитету*, *op. cit.*, 82.

позитивном поретку делује релативно аутономно више субјеката стваралаца права.

Очигледно да је у погледу изнесених идеја о социолошким, етатистичким и мешовитим нормама, али и иначе, на Марковића снажан утицај извршила и оставила француска правна и правнофилозофска мисао и култура (12). Наиме, ослањајући се на преображаје у друштвеним односима, у француској правној науци тога времена оспоравале су се апсолутна сувереност државе и њене претензије у погледу права. Оштро се критиковао "фетишизам закона и свемоћ кодекса". Као последица тога, у првим деценијама XX века интересовање извесних теоретичара било је усмерено на нормативну делатност и других стваралаца права, посебно суда. Пошто реалне изворе права, по њима, треба тражити у самом друштву изван кодекса, поред судске праксе интересовање за проучавање било је усмерено и на обичај као извор права (13). На тај начин писци су изражавали "револт чињеница против кодекса" (14). Поред Франсоа Женија (*François Gény*), у Француској Леон Диги (*Léon Duguit*) (15), Морис Орију (*Maurice Hauriou*), Луј Ле Фир (*Louis le Four*) били су велики инспиратори идеје правног плурализма, идеје да постоје поред државе и други, више или мање аутономни, социјални ствараоци права. Ову теорију о социолошким и социјалним изворима права, чији је зачетник у нашој средини био Живан Спасојевић, прихватио је и његов ученик Божидар С. Марковић.

Даље испитујући заједничке особине социолошких и етатистичких норми, тачно уочава да у погледу дејства и једне и друге могу бити како од позитивног, тако и од негативног утицаја на развој и опстанак друштва. Када услед промена у друштву дође од тога да је постојећа социолошка норма застарела или, чак, негативна, а формирана је нова, тада, по мишљењу Божидара Марковића, треба суду признати право да примени новообразовану, позитивну социолошку норму. Ако је, пак, реч о негативној етатистичкој норми, онда се она може мењати или укидати само доношењем новог прописа, а не и судском праксом. Суд је обавезан да респектује и примени и такву негативну, чак штетну етатистичку норму.

---

(12) В. бриљантне есеје који непосредно сведоче о његовом књижевном дару, посебно Б. Марковић, *Француска мисао о праву у: Француска - 14. јули 1938*, Библиотека "Политика и друштво", Београд, 141-147; *Један поглед на филозофију права у савременој Француској*, "Архив за правне и друштвене науке", мај-јун 1938, 461-466.

(13) Монументално дело Ф. Женија представља одлучан прелом у развиту модерне мисли о праву. Он је трасирао пут аналитичком истраживању права сматрајући да судска пракса представља извор права, пошто судија поново "даје живот" правним текстовима инспиришући се друштвеним и економским променама које, у ствари, чине превасходну материју (*le donné*) права. В. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 vol, 2 ed., Paris, 1919. Исто тако и у *Sciences et technique en droit privé positif*. Nouvelle contribution à la Critique de la méthode juridique, 4 vol., Paris, 1914.

(14) Сами наслови дела публикованих у то време говоре недвосмислено о њиховој садржини. Тако J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908; M. Léroy: *La coutume ouvrière*, Paris, 1913; G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920.

(15) Тако, на пример, Диги истиче да право настаје независно од државе и да се обликује у друштву - L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*. T.I., 1927, 95.

Други налаз до којег је дошао Марковић јесте да поред заједничких особина социолошке и етатистичке норме имају и особине по којима се битно разликују. Разликовање социолошких и етатистичких норми је од изузетног теоријског и практичног значаја, посебно када је реч о еволуцији права и поступку при тумачењу, односно примени. Социолошка норма је по својој природи еволутивна категорија "пошто је заснована на слободним друштвеним чињеницама и односима који су битно применљиви," (16) и које је "позитивноправни поредак преузео и санкционисао" (17).

Насупрот социолошкој норми, етатистичка норма је константна и нееволутивна категорија. Њу је издала државна власт на основу свог империјума, као творац и организатор правног поретка и она се не мења под дејством друштвених узрока и кретања. Код етатистичке норме примарно је питање компетенције, а не да ли је она разумна, корисна, штетна или застарела. Уколико занемаримо неправни начин - насиље и револуцију, до промене или укидања етатистичке норме може доћи само правним поступком у легалној политичкој борби и променом законодавства. Али, све дотле док је етатистичка норма на снази, судови, као и остали правни субјекти, дужни су да примене ту норму. Колико су за Марковића битни јединство правног поретка, правна држава, начело поделе власти и правна сигурност говори став по коме се етатистичке норме не могу мењати и укидати под притиском развоја друштвене каузалности, еволуције или рационалних аргумената.

С друге стране, социолошка норма резултат је "слободне игре свих друштвених фактора и сила, мења се под утицајем нових људских сазнања, технолошких изума и нових идеологија, услед којих се мењају и друштвена схватања о правди и о томе како појединци и групе треба међусобно да се понашају у новим условима друштвеног живота" (18). Легализовање нове социолошке норме, по мишљењу Бождара Марковића, треба признати суду који по својој функцији и иначе врши посредничку улогу између државе и друштва. Суд треба да цени да ли је нова социолошка норма противна некој етатистичкој норми, јавном поретку и правном систему у целини, да ли је штетна по друштво, па у зависности од резултата признати му право да прихвати или одбије нову социолошку норму. Укратко, "мењање и еволуција етатистичке норме могу се вршити само законодавним путем, а социолошке норме и путем судске праксе (19).

У примени и тумачењу социолошке норме није довољно служити се само логичким тумачењем већ га треба допуњавати, кориговати социолошком методом, односно посматрањем чињеница и новим кретањима у друштву. Уколико, пак, логичко и социолошко тумачење доведу до различитих или, чак, супротних резултата, онда предност

---

(16) Б. Марковић: *Дуалитет позитивног права, op.cit.*, 5.

(17) Б. Марковић, *О социолошком и етатистичком нормативитету, op.cit.*, 84.

(18) Б. Марковић, *Дуалитет позитивног права, op.cit.*, 5.

(19) *Op.cit.*, 6.

треба дати социолошком аргументу и решењу које више задовољава потребе и схватања друштва у тренутку примене норме.

Када је реч о етатистичкој норми, као императиву суверене државне власти, онда при тумачењу и примени у обзир може доћи само логичко, а не и социолошко тумачење. Етатистичка норма има да се спроведе до краја, па судови нису овлашћени да под утицајем социолошког фактора, аргумената или еволуције доносе одлуке које нису у складу или су противне постојећој етатистичкој норми. "То је област у којој држава доминира над друштвом, односно политички разлог над друштвеним" (20).

Разликовање социолошке и етатистичке норме код тумачења и примене неће увек бити ни лако, ни јасно, посебно када је реч о мешовитим нормама. Код ових мешовитих норми требало би најпре, упућује Марковић, установити који је део те норме етатистички, а који социолошког порекла. При томе ће од помоћи бити нарочито правносоциолошка и политичка анализа дате норме као и историја њеног доношења. А када се порекло мешовите норме утврди, онда се на социолошки део има применити социолошко тумачење и еволуција, и биће дозвољено доношење одлуке *contra legem*, док би етатистички део остао непромењен без обзира на еволуцију и рационално оправдање нове друштвене норме (21).

Марковић указује на још једну значајну разлику између етатистичких и социолошких норми (22). Наиме, уколико се посматрају под социјалним углом, оне се јављају у исто време и као аутономна, и као хетерономна нормативност. Прва, као заповести сопствене воље друштву, и, друга, као заповести њему спољашњег државног ауторитета. Тај однос аутономног и хетерономног није сталан ни у једној истој правној норми. При том аутономни карактер правних правила најпотпуније је изражен у приватном праву уопште, специјално у демократском приватном праву. И што је сасвим тачно, "ни у демократији код једног истог правила однос између фактичког и правног није сталан". Удео фактичког и нормативног не зависи само од веће или мање општости правила, као што "не зависи уосталом само од временског и просторног фактора него и од размере мањине и већине. Ако је демократско право услед принципа броја који доминира тим политичким режимом аутономна заповест за већину, она за мањину остају хетерономан пропис, спољашњи императив. Зато и сва кретања у односима мањине и већине, која су у сталном току, утичу на обим аутономности, односно хетерономности демократских права. Степен његове креативности зависи даље и од количине његовог диспозитивитета. Чим демократска држава одузме једној материји диспозитивност, ова од тога тренутка губи везу са слободном друштвеном стварношћу. Процедурално везана принудним прописом, друштвена стварност уколико остаје слободна, престаје бити легална у овом случају" (23). Тако "аутономни елеменат биће

(20) *Op.cit.*, 7.

(21) Б. Марковић, *О социолошком и етатистичком нормативитету*, *op.cit.*, 86.

(22) Б. Марковић, *Нормативност у приватном праву*, *op.cit.* 583.

(23) *Op. cit.*, 586.

максималан углавном код нових општих и диспозитивних прописа, а знатно мањи код старих, специјалних и принудних закона”, закључује Марковић (24).

Према томе, разликовање социолошких и етатистичких норми од изузетног је практичног и теоријског значаја када је реч о еволуцији права и поступку при тумачењу, одн. примени права. Социолошка норма је еволутивна категорија будући да је заснована на битно променљивим друштвеним чињеницама. Етатистичка норма је насупрот њој статичка нееволутивна категорија, пошто јој је сврха остварење одређених циљева које је поставила држава као суверени творац правног поретка. Услед тога се и етатистичке норме могу мењати само законодавним путем, а социолошке норме и путем судске праксе.

Нужност разликовања ових двеју категорија норми, како је показано, налаже још једна значајна околност, а то је поступак при њиховом тумачењу, односно примени. Приликом тумачења и примене социолошке норме није довољно служити се искључиво логичким тумачењем законског текста него тај поступак треба допуњавати и посматрањем чињеница и кретања у друштву, тј. и социолошким методом. Кад је, пак, реч о тумачењу и примени етатистичке норме, у обзир може доћи само логичко тумачење, јер је та норма непроменљива догма која захтева логички континуитет.

Исто тако, разликовање социолошких и етатистичких норми омогућава да у општој теорији и филозофији права дође до помирења између позитивистичко-формалистичког и социолошко-еволутивног правца. Крајности обеју тих супарничких школа последица су разликовања социолошких и етатистичких норми, а њихов компромис би се састојао у томе да се социолошке норме обрађују еволутивно и социолошки, а етатистичке формалистички и статично.

Тим разликовањем се, између осталог, на задовољавајући начин решава и класична контроверза о томе може ли се или не може закон мењати и укидати обичајем и судском праксом. Може - ако је реч о социолошкој норми, а не може - ако је реч о укидању или мењању етатистичке норме.

## II

Градећи своје схватање дуалитета позитивног права, Марковић је нарочито брижљив, аналитички проницљив према проблему односа између социолошке и етатистичке норме. Кад је реч о међусобним односима норми, Марковић сматра да се оне могу допуњавати, преплитати, утичући један на другу, а често ићи у раскорак, а неретко се и супротстављати и сукобљавати. У погледу утицаја, етатистичка норма додаје социолошким кретањима и један нов елеменат, одређену филозофску, религиозну или политичку идеологију, уносећи на тај начин у друштвену стварност нешто ново, чега у њој раније није било. Тим

---

(24) *Op. cit.*



путем етатистичка норма постаје активан социолошки фактор и један од најзначајнијих носилаца друштвене еволуције (25). Уколико се ове две врсте норми супротстављају, ни супротстављање није апсолутно. Могуће је да етатистичка норма понекад искључује социолошку норму у потпуности. Исто тако, оне могу и коегзистирати равноправно једна поред друге, а некад ће се мирити у некој врсти синтезе (26). Али, у односима између социолошке и етатистичке норме апсолутни примат припада етатистичкој норми. Пред њом се социолошка норма има повући, изузев случаја када етатистичка норма са социолошком прави компромис. "Јер, уколико се жели остати на терену правне државе, у позитивном поретку се пре свега мора поштовати воља државе као суверене власти и организатора правног поретка, без обзира на то да ли је и у којој мери је та воља праведна и разумна" (27).

Посебну ситуацију представљају случајеви када услед развоја друштва настају правне празнине, па правна пракса треба да санкционише насталу социолошку норму или да је, евентуално, допуни, односно сузбије. Законодавац често садржину социолошке норме преузима, рецепира из друштвене праксе у потпуности или делимично, било у диспозитивном, било у принудном облику. "У процесу стапања и сједињавања социолошка норма сачињава инфраструктуру, а етатистичка норма као идеолошки државни императив представља надградњу над првом." Тако, рецимо, кодификација свој материјал црпе већим делом из друштва, док законодавац са своје стране утиче на формирања тог материјала. "Преузимајући постојећи социолошки материјал, етатистичке норме том приликом фаворизују или апсолутизују поједине већ постојеће друштвене факторе, док друге сузбијају или потпуно елиминишу, што је последица оцењивања њихових вредности с гледишта водећих идеја и циљева које идеологије прихваћене од државе желе постићи." У наставку излагања Марковић извлачи закључак, "кроз две наведене категорије норми долазе тако до израза и односи друштва и државе при формулисању позитивног права. Ако се, дакле, етатистичке норме на изложени начин нападају на социолошким изворима, оне, с друге стране, хране те изворе, јер својом принудном снагом утичу да се постојећа друштвена материја преображава у смислу државне идеологије" (28).

Разматрајући питање дуалитета позитивног права, намеће нам се питање, њега просто сугерише Марковић: Који су друштвено-историјски узроци због којих у појединим друштвима право претежно ствара држава, а у другим га поред државе, на више или мање аутономан начин, стварају други субјекти? Од чега зависи које ће норме бити доминантне, шта заправо производи правни плурализам? Да ли је то сукоб или, можда, нужност постојања поретка? На та питања Бождар

(25) Б. Марковић, *Дуалитет позитивног права*, *op. cit.*, 3.

(26) Б. Марковић, *О социолошком и етатистичком нормативитету*, *op. cit.*, 83.

(27) Б. Марковић, *Дуалитет позитивног права*, *op. cit.*, 4; *Социолошки и етатистички нормативитет*, *op. cit.*, 73.

(28) Б. Марковић, *Дуалитет позитивног права*, *op. cit.*, 3.

Марковић не даје изричит и непосредан одговор. Али, управо из његове перспективе, чини се да, како каже Карбоније: "Није поредак кључ друштвеног живота већ је то сукоб; не позива поредак на интеграцију и јединство већ сукоб који сугерише плурализам" (29). Међутим, плурализам у коме ће се изражавати друштвени сукоб може бити, с једне стране, плурализам правних норми или, с друге стране, плурализам судских пресуда (30). Који од та два, или можда оба заједно, и у којој мери? Одговори на ова питања су нужни уколико желимо оперативну теорију о правном плурализму, користећи са укупношћу сазнања о праву до којих је дошла традиционална и савремена теорија права, односно уколико желимо дати теоријско објашњење историјских облика правних поредака из прошлости, као и због потребе објашњења савременог права и предвиђања његових промена.

### III

На основу проучавања дела Божидара С. Марковића, на првоме месту треба истаћи да је дуалитет позитивног права само један од видова у којем се јавља дуализам правног феномена. Иначе, дуалитет није само полазна тачка, основни разлог теоријске проблематике којом се бави већ је константа, оно трајно и основно у његовоме делу. Наиме, посебну вредност има што Марковић у схватању позитивног права стоји више или мање на истим позицијама на којима је био на почетку своје научне каријере, изграђујући и употпуњавајући раније изнесене ставове (31).

Полазећи од Марковићевих идеја, разликовањем социолошких, етатистичких и мешовитих норми, у ствари одбацујемо монистичко схватање права као непосредног или посредног производа државе. Јер се, по том схватању, иначе - дуго владајућем у нашој послератној теорији, занемарује или потцењује улога других друштвених субјеката у стварању права. Тако прихватимо плуралистичку концепцију права, која отвара, поред осталог, у општој теорији права једну значајну, нову оријентацију у поимању позитивног права у свој његовој сложености и целокупности. На тај начин се превазилазе једностраности социолошког и формалистичког поимања права што је од нарочитог значаја како за теорију, тако и за правну праксу, у тумачењу и примени права.

С обзиром на неспорну чињеницу да позитивно право није увек и праведно право, посебно вредна су Марковићева разматрања односа између позитивног и праведног права. "Извесно је да у нашој правној филозофији нема аутора који је, као Марковић, толико истраживао правичност. Она га је занимала у различитим димензијама (међусобно,

(29) Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Сремски Карловци, 1992, 177.

(30) J. -G. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Thèse, Paris, II, 1977.

(31) Или, како каже један аутор о схватању демократије проф. Марковића, то схватање "има још и тај значај што је таквом концепту демократије остао веран све до данас". Миљковић, *Социолошка мисао у делу Божидара С. Марковића - поводом једног јубилеја*, "Социолошки преглед", 4, vol. XVI, Београд, 1982, 105.

наравно, тесно повезаним) - као идеја, као пракса, као правни извор, тако да Марковићеви радови садрже елементе једног заокруженог и конзистентног виђења правичности" (32).

Међутим, значај његовог схватања дуалитета позитивног права ни издалека се не исцрпљује тиме. Идеје Божидара Марковића драгоцене су још у једном погледу: упућују нас на један задатак - успостављање везе са француском теоријом и филозофијом права. Прекид тих веза трајао је више од пола века, па се њихово успостављање поставља као нужда. Посебно с обзиром на драгоцене резултате до којих се дошло у проучавању правног плурализма. Мисао о постојању правног плурализма заступана је у оквиру веома различитих теоријских концепција о друштвеном, социјалном праву, праву интеграције, живом праву итд. према којима право настаје спонтано независно од државе. У савременој теорији и социологији права у Француској идеја правног плурализма налази се у центру интересовања Андре Жан Арноа (*André-Jean Arnaud*) (33) и Жана Карбонијеа (*Jean Carbonnier*). Тако за Карбонијеа државно право има супериоран положај у односу на остале правне поретке. Ниже правне поретке ("*ordres juridiques mineurs*") или држава креира, или их одобрава. Али истински правни плурализам и за Карбонијеа и Арноа налази се у различитим манифестацијама подправа ("*infra droit*"). Према Карбонијеу, државно право одговара глобалном друштву или нацији, а феномен подправо има за ослонац различите групације: друштвене класе, старосне класе, географске изолате и етничке мањине, породице, групе деце (34). По његовом мишљењу, ово право је у тесној вези са еволуцијом и постојањем државног права. Рецимо, фолклорно право као остатак старог права, формално укинута од државе, често надживљава у облику усмених, локалних обичаја, чак и без много санкција осим, можда, сатиричних. Или, пак, вулгарно право које, у ствари, изражава постојање народне свести о важећем позитивном државном праву. Њега конституишу нестручне средине, комбинујући за властиту употребу елементе права, позајмљене од правних поредака у држави.

Схватања Карбонијеа и Арноа веома су плодносна, јер нас упућују на проучавање разноврсних облика правног плурализма и њиховог односа са државним правом. Но, њихови радови, нажалост, нису досад наишли на одјек у нашој правној и социолошкој мисли (35), за разлику од предратних наших писаца (међу њима и Б. С. Марковић) који су добро познавали и спајали класично наслеђе са најмодернијим савременим схватањима.

---

(32) Д. Баста, *Преображаји идеје права. Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841-1941)*, Београд, 1991, 27.

(33) А. -J. Arnaud, *Critique de la raison juridique, Où va la sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1981.

(34) Ж. Карбоније, *op. cit.*, 179.

(35) В. наш рад *Савремена теорија права у Француској*, "Архив за правне и друштвене науке", Београд, јануар-март 1991, бр. 1, 113-122.

На крају додајмо и то да најсложенија питања Марковић излаже јасно у духу француске традиције, у тананој анализи, хармонично надовезује један став на други, са нијансама и прелазима њему својственим, да би на крају израсло једно чврсто и складно уобличено схватање позитивног права. Међутим, идеје постају још снажније, упечатљивије у непосредном, живом разговору са њим. Ако се овоме дода посебна пажња за туђе аргументе, пажљиво усмеравање и вредне сугестије, онда није претерано рећи да се сусрети са професором др Бождаром С. Марковићем претварају у истинске празнике ума и духа.

*(Примљено 28. децембра 1992)*

*Dr. Gordana Vukadinović,  
Assistant Professor of the Faculty of Law in Novi Sad*

## DUALISM OF POSITIVE LAW IN THE WORK OF BOŽIDAR S. MARKOVIĆ

### *Summary*

The idea of dualism in law in general has been the initial inspiration of B. Marković in his conception of the legal phenomenon. His doctoral thesis in 1930 has thus been dedicated to the relations between justice and positive law, and was in its core based on the idea of legal dualism. Later works of Marković too - until the present, manifest various aspects of that dualism between just and positive law. In his search for a just law, Marković has discerned a particular dualism within the very positive law and he has dedicated to it several of his recent studies.

The author in the present article considers only Marković's conception of dualism in the sphere of positive law. Distinguishing between sociological and state norms is has an exceptional practical significance, as well as theoretical in terms of treating the issue of the evolution of law and that of procedure of interpretation, namely implementation. The same distinguishing makes possible in the general theory and philosophy of law to find the way of reconciliation between the positivist-formalistic and socio-evolutive conceptions. In such a way it is also possible to settle in a satisfactory way the classic controversy regarding the possibility of changing the statute through custom and judicial practice, which applies also to its annulment.

**Key words:** *Božidar S. Marković. - Positive law. - Sociological norms. - State norms.*

*Gordana Vukadinović,*  
*chargée de cours à la Faculté de droit de Novi Sad*

## LA DUALITÉ DU DROIT POSITIF DANS L'OEUVRE DE BOŽIDAR S. MARKOVIĆ

### *Résumé*

L'idée de la dualité dans le droit en général a été l'inspiration de départ de Božidar S. Marković dans sa conception de la notion du phénomène juridique. Sa thèse de doctorat a été déjà consacrée aux rapports de la justice et du droit positif et elle a été dans son essence basée sur l'idée du dualisme juridique. Plus tard, et jusqu'à nos jours, les travaux de B. Marković ont pour principal thème diverses manifestations de cette dualité du droit juste et du droit positif. Dans ses recherches du droit positif, Marković a remarqué qu'il existait une dualité spécifique dans le cadre du droit positif lui-même, dualité à laquelle il a consacré un certain nombre de ses toutes dernières oeuvres. L'auteur examine dans son article sa conception de dualité qui existe dans le domaine du droit positif. La distinction entre les normes sociologiques et étatiques est d'une importance théorique et pratique extraordinaire lorsqu'il s'agit de l'évolution du droit et de la procédure appliquée à l'interprétation et à l'application. De même, la distinction des normes sociologiques et étatiques permet que dans la théorie générale et dans la philosophie du droit on aboutisse à la réconciliation entre le courant positiviste et formaliste d'une part, et le courant sociologique et évolutif de l'autre. Cette distinction règle, par ailleurs, de manière satisfaisante, la controverse classique de la question de savoir si l'on peut ou non modifier et abolir la loi par la coutume et par la pratique des tribunaux.

Mots clé: *Božidar S. Marković. - Le droit positif. - Les normes sociologiques. - Les normes étatiques.*