

Гордана Вукадиновић*

Радивој Степанов**

ТЕОРИЈА ПРАВА – НАУЧНА И ЕДУКАТИВНА ДИМЕНЗИЈА

У раду посвећеном 75-годишњици живота професора др Стевана Врачара полази се од генезе и етимологије, као и од систематике историје појма правне теорије. Затим се указује на правне и теоријске истраживања теорије права. Према истраживачким и историјски релевантним увидима аутори констатишу да данас укључно десет праваца истраживања обележавају мају правне теорије: аналитичка правна теорија, институционални правни позитивизам, критички рационализам, правна социологија и теорија система, правна логика, дијалектичка аргументација и теоријска јуриспруденција, теорија јуриспруденцијског дискурса, покрећу Critical legal studies, школа право и економија (Law and economics) и напредна правна теорија.

Кључне речи: *Стеван Врачар. – Теорија права. – Први истраживања. – Теорија истраживања.*

I

Поред ретког правничког дара, поред неопходне истрајности којом се постиже врхунска професионалност, проф. др Стеван Врачар има још нешто, можда исто толико вредно и важно: он воли и „живи“ свој правнички посао, своју правничку струку. Скуп и синтеза ових ретких врлина, проф. Стевана Врачара чине ретким и драгоценим мислиоцем, неуморним истраживачем и подстицајним учитељем права, а сваки његов рад, од оних раних до најновијих и садашњих, и свако његово предавање о праву, показују изразит правнички квалитет који поседује, исцрпно занимање за тему којом се бави, методолошку доследност и мисаону надахнутост његове писане или усмене речи.

Управо отуда, проф. др Стеван Врачар стекао је место у свакој антологији права и правне науке, и управо због тога, он доиста јесте велики требник наше правне науке и опште правне културе.

Судбина малих народа је често да имају мале и „позајмљене“ правне културе. Али у судбини српске правничке културе и правне

* Др Гордана Вукадиновић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду.

** Др Радивој Степанов, редовни професор Филозофског факултета у Новом Саду.

баштине јесте да има угледне и оригинерне правнике. Један од њих је и проф. Стеван Врачар.

Кроз богато писано правничко стваралаштво, пре свега, на подручју *теорије права, филозофије права и правне методологије*, кроз инспиративну предавачку и подстицајну едукативну делатност, проф. Стеван Врачар утицао је на многе генерације правника и својих поштовалаца. Овај прилог настао је управо у знаку његове *логије* права и представља нашу скромну захвалност професору Врачару.

II

1. *Правна теорија* има дуготрајан научни „стаж“ и веома дугу „континенталну“ историју појма.¹ Управо отуда, појам и значење правне теорије представља давнашњу тему европске правне мисли (правне науке и правне филозофије), а као синтагма, она постоји у свим индоевропским језицима, на пример, у енглеском језику: *theory of law*; у француском: *théorie du droit*; италијанском: *teoria del diritto*; шпанском: *teoria del derecho*; у немачком језику: *Rechtstheorie*; холандском: *rechtstheorie*; руском: *теорија права*; итд.² Веома често, и не без одређеног правно-научног и правно-традицијског основа, као синоним за правну теорију користи се израз *ојшиша правна наука* (нем. *Allgemeine Rechtswissenschaft*) или, евентуално, још шире *ојшише учење о праву* (нем. *Allgemeine Rechtslehre*) „које би у себи обухватало и сазнања до којих се дошло и у филозофији права“³. Користи се, такође, и израз *јуриспруденција* (нем. *Jurisprudenz*; лат. *jurisprudentia*) као супституенс за *правну науку*, односно за „разумску науку“⁴. На англосаксонском подручју, појам и израз *јуриспруденција* (*juris-prudence*) задржао се и користи се упркос развојним правним процесима, будући да он, нарочито данас, поред „практичних сврха“, одговара уобичајеном прављењу разлике између правне филозофије и правне теорије.⁵

Научно и теоријско настојање или, другим речима, научни задатак правне теорије чини *анализа, одређење и „легијимисање“* *позитивног права*,⁶ затим, *прагање за пореклом* (етимологијом) и *сложеним значењем* (њених) *теоријских садржаја*,⁷ такође, указу-

1 *Rechtstheorie; Historisches Wörterbuch der Philosophie, (hrsg. Joachim Ritter, Karlfried Gründer), Basel, 1992, 342 и даље.*

2 *Ишо.*

3 Александар Молнар: „Чему још филозофија права?“, *Зборник Мајине српске за друшћивене науке*, Нови Сад, 1993, бр. 95, 378 и даље.

4 Овај термин припада латинској сложеници коју чине изрази: *ius* и *prudentia*; *ius* означава *право*, а израз *prudentia* означава *разборијоси, знање*; у дословном смислу, *јуриспруденција* представља „познање права“, или „вештину, искуство права“; према Гумпловичу, „*јуриспруденција* је по својој природи *разумска наука*“ (Љубомир Тадић: *Предмеј правних наука*, Београд, 1966, 37).

5 *Rechtsphilosophie; Historisches Wörterbuch der Philosophie, 316.*

6 *Rechtstheorie, 342.*

7 Стеван С. Врачар: *Сируктуралносј филозофије права*, Нови Сад, 1995.

вање на темељне (цивилизацијске) вредности права,⁸ као и повезивање права и саме правне теорије са другим, више или мање правно оријентисаним, односно правно граничним дисциплинама и знањима.⁹ Управо због такве мултизначајности, правној теорији се у корпусу правних и „гранично“ правних дисциплина признаје једна врста упадљиве правне супериорности. Наиме, њена теоријска вредност представља супстрат свим другим правним дисциплинама, а њена дисциплинарна еманципованост је не одваја већ је напротив, теоријским и научним рефлексијама повезује са различитим подручјима права, правним дисциплинама, правним системима, правним институцијама, као и са социологијом и филозофијом права.¹⁰

На пример, за разлику од правне догматике, правна теорија се не односи само на правне и легалистичке, већ и на неке изванправне и металегалитичке теорије. Надаље, иако се правна теорија ослања на правни релитет и „реалну“ аргументацију, она не одбацује правни идеалитет и „реално мисаону“ конотацију права и правне филозофије.¹¹ Прихватајући правни позитивитет, правна теорија не одбацује нити негира правно-антрополошки хуманитет људског у праву и правног у људима. Оријентисана „теоријски“, она је консеквентно и неопходно утемељена на неком одређеном схватању науке: логике, херменеутике, семиотике, лингвистичке теорије, науке о системима и институцијама, теорије о процедурама у праву и теорије о правним нормама. Када се „диференцира“ уз помоћ правно-методолошких начела (опште методологије, општих правних начела, науке о правним интерпретацијама, правне теорије аргументовања и сл.), нимало случајно и не баш спорадично, уз правну теорију може „да прође“ и неки (одређени) социолошки идиом.

Другим речима, „гледање на право“ или разумевање права, које потиче и развија се из тако разуђеног научног, културног и мисаоног спектра, послужило је за стварање и изграђивање теорије права, правне науке и јуриспруденције. Отуда се и може разумети што се правна теорија назива још и *научном савешћу правне науке (Wissenschaftliche Gewissen der Rechtswissenschaft)*¹² и *базичном дисциплином јуриспруденције (Basisdisziplin der Jurisprudenz)*¹³.

2. Системајика и историја самог појма правне теорије не могу се лако међусобно раздвојити. Иако је рана мисао о праву

8 Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (A. Kaufmann, W. Hassemer, hrsg.), Heidelberg, 1994, 1–29 и даље.

9 О филозофији права, Међународни симпозијум одржан у Српској академији наука и уметности од 28. до 30. маја 1976. године, САНУ, 1976.

10 „Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik“, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, (A. Kaufmann, W. Hassemer, hrsg.), 1–31.

11 Ист.

12 W. Maihofer: Zum Verhältnis von Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Однос правне социологије и правне теорије); G. Jahr, W. Maihofer (hrsg.): Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlegendendiskussion (Правна теорија. Прилози дискусији), 247 и даље.

13 O. Ballweg: Rechtswissenschaft und Jurisprudenz (Правна наука и јуриспруденција).

настала још у митолошкој свести човека, требало је, међутим, да (она) прође „дуги марш“ кроз историју цивилизације да би стигла до теорије права, до њеног научног дигнитета, коначно, до модерних, теоријски и искуствено (из)нијансираних дефиниција појма права, значајних становишта о теорији права и савремене систематике правне теорије. Опрезна научна становишта констатују да је једна овако организована – научним арсеналом снабдевена, способна за суптилна нијансирања сопственог поља и методолошко фиксирање „својих“ проблема истраживања – *ојшиџа љавна љеорија* настала релативно касно, тек пре (нешто више од) два века; дакле, касније од правне филозофије, али много раније у односу на правну социологију. Има, међутим, и оних мишљења која сматрају да су *љавна љеорија* и *љавна филозофија* настале некако истовремено, крајем XVIII и почетком XIX века.¹⁴ Наиме, Густав Хуго¹⁵ и Ј. Фриз¹⁶ су на прелазу из XVIII у XIX век, концепцијски веома коректно развили правну теорију на подлози Кантове *криџичке сџознаје* (*Erkenntniskritik*).¹⁷ Међутим, сама сложеница, односно, синтагма или појам *љавна љеорија* јавља се

14 *Rechtstheorie. Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 343.

15 Gustav Hugo (1764–1844).

16 J. F. Fries: *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positivistischen Gesetzgebung* (Филозофско учење о праву и критика целокупног позитивног законодавства), 1803.

17 Immanuel Kant (1724–1804), немачки филозоф. Проблем спознаје у Кантовој филозофској опцији, на који се ослања Хугоова и Фризова концепција правне теорије, испољен је у следећем филозофско-аналитичком коментару: „Нововјековна филозофија, која се развијала у рационалистичком и емпиристичком смјеру, такође је полазила из дуализма субјекта и објекта у спознајном процесу, гдје се делатност субјекта схватала као проста статичка датост задобивена или из урођених идеја или из чулности. Полазиште своје филозофије Кант гради у критици оба тока нововјековне филозофије, дакле, како против Лајбниц-Волфове метафизике, тако и против емпиристичке филозофије, у њиховим покушајима да ријеше проблем односа свијести према свом предмету у спознајном процесу. Против емпиризма Кант истиче да се психолошко-генетичком методом не може рјешавати спознајнотеоријски проблем, јер се *џиџање о љоријеклу сџознаје* (*quaestio facti*) мора одвојити *од џиџања о вриједности сџознаје* (*quaestio iuris*). Против рационализма он истиче став којим побија претпоставку некритичке идентификације мисаоних одредби свијести с реалитетом (на темељу којих су мисаони системи који немају никакву потврду у реалитету). Те метафизичке одредбе Кант лишава стварносног значења, свдећи их на чисте субјективне одредбе људске свијести. У том погледу, према Кантовом признању, Хјум га је пробудио из ‘догматског дријемежа’, јер је један од централних метафизичких појмова, узрочност, свео на субјективну категорију навике, чиме је цијелом метафизичком начину прибављања знања одузео објективну вриједност и доказао да се општост и нужност знања свијести не налази у опажању. Тиме се за Канта отворио проблем објективности и вриједности људске спознаје уопште, уопште *мођућности људске сџознаје*, ако већ емпиризам скончава у скептицизму, а рационализам у некритичком догматизму. На том питању гради се цијели Кантов пројект *криџичке филозофије*. Своју сврху она налази у критичком преиспитивању моћи људског сазнања. Да би се нешто уопште могло спознавати, најприје се мора испитати сама моћ свијести у спознаји, њезини извори и границе, уопште досег људске спознаје, али исто тако и испитати моћи људскога дјеловања“ (Миленко А. Перовић: *Исџорија филозофије*, Нови Сад, 1994, 234).

експлицитно први пут код Немца Рудолфа Штамлера¹⁸ приликом његових расправа у вези са тзв. *јравно-историјском школом*, односно *историјском јравном теоријом (historischen Rechtstheorie)*. Појам *јравна теорија* јавља се, такође, и код Карла Бергбома,¹⁹ који се, на немачком културном тлу, надовезивао на енглески утилитаризам.²⁰

Наиме, апстрактно-формалистички став неокантизма (*Neukantianismus*) везује ову правну мисао за „чист“ појам права и, на тај начин, утире пут за *епистемолошки усмерену јравну теорију (epistemologisch ausgerichtet Rechtstheorie)*²¹, која треба да буде чиста, апстрактна, формална и општа.²² Из настојања да се путем (и преко)

18 Rudolf Stammler (1856–1938), немачки правни теоретичар и филозоф права неокантовске оријентације. Његов рад *Theorie der Rechtswissenschaft* (Теорија правне науке) представља „истински камен темељац целокупног каснијег развитка ове научне дисциплине“ (С. Врачар: „Систематска правна методологија“, *Зборник за теорију јрава*, књ. 5, свеска II, 1982, 55). Иако није изричито инсистирао на потреби уобличавања неке засебне правне дисциплине, Штамлер је, ипак, извео готово епохалан захват на пољу права и правне науке. Он примећује да сам наслов овог дела означава исто што и „чиста теорија права“ и сугерише помисао да се ту ради „или о науци, о правној науци или, пак, о *сисџемајском теоријском знању о јраву*“. *Прихвађајући Канџов дуализам, Шџамлер означава „феномен јрава као сџеишфично обавезујуће хишење, а сам џојам јрава, као и осџале главне јравне џојмове, означава као аџриорне кайеџорије које омоџућавају одџоварајућу ориџнаџију у јравном искусџиву*“. При томе, „као неприкосновена чињеница“, остаје двојство између света *бивања (Sein)* и света *џребања (Sollen)*, а управо на обома овим просторима „јављају се право и правничко мишљење“. „Методским дуализмом“ између *биџка* и *џребања* „настаје и разлика између позитивног права, оног права које се успоставља и дејствује у склопу непосредног искуства, и оног права које представља сама идеја права, односно идеја правде, која трансцендира непосредно искуствено право“. Штамлер је са изузетном убедљивошћу истакао тезу о непрекидној тежњи за тзв. *исџравним јравом (richtiges Recht)*, тј. таквим правом „које је у складу с идејом права и самом правдом“ (С. Врачар: *Сисџемајска јравна мџџодоџија*, 55–56). О *исџравном јраву* Штамлер пише веома инспиративно у истоименом делу *Richtiges Recht*. У својим радовима покренуо је читав низ питања (у вези са могућношћу стварања *јравне џсихолоџије*, питање употребе *соџиолошких мџџоџа* за изучавање права, питања *исџоријске димензије јрава* и *јравних усџанова* и сл.), која су, нарочито сада, добила на актуелности и интересовању савремене науке.

19 Karl Bergbohm (1849–1927), правни позитивиста који заступа становиште тзв. методског дуализма. Његово најпознатије дело је *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (Јуриспруденџија и правна филозофија), 1892.

20 *Уџилиџтаризам* означава такво филозофско и еџичко становиште које се базира на мишљењу да је сврха човековог делања корист и благостање, било појединца (индивидуални утилитаризам), било друштвене заједнице (соџијални утилитаризам). Оснивач утилитаризма као еџичког система је Енглеџ Цереми Бантам (1748–1832). Основни циљ и тежња утилитаризма је „што већа срећа за што већи број“, те отуда, „радећи за опште добро, радимо и за сопствено добро“. Увереност Церемија Бантама у свемоћ принципа корисности израстала је из просветитељских уверења у начелну сагласност еџоистичких тежњи и друштвених интереса, као и у могућност уклањањаштвених конфликта, захваљујући рационално уређеној *јравној орџанизацији* (Ристо Тубић: *Енциклопедџијски рјечник марксисџичких џојмова*, 609–612).

21 *Rechtstheorie; Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 343.

22 *Исџо*, 343; Н. Welzel: *Naturrecht und materialistische Gerechtigkeit* (Природно право и материјалистичка правда), Göttingen, 1951.

правне теорије „изађе на крај“ са неким сложеним и онтолошким тешкоћама права, не само што настаје бујица разних опција и мноштво приступа везаних за питања правне теорије, него тако настају и многе контроверзе које се тичу онтологије, смисла и значења овог појма. Примера ради, немачки теоретичар права Рудолф фон Јеринг,²³ социолог права Еуген Ерлих²⁴ или француски правник Леон Диги²⁵ настојали су да у својим правно-теоријским концепцијама, пре свега, превладају јаз између методике и догматике.

Надаље, као неокантовац, Ханс Келзен²⁶ је настојао да научно-теоријско образложење правне теорије искористи да би, с једне стране, избегао притисак идеолошког (на право), а са друге, да би, колико је то могуће, ублажио „стегу правне

23 Rudolf von Jhering (1818–1892) представља веома истакнуто име у праву, нарочито на подручју циљне јуриспруденције. Његов познати рад *Циљ у праву* (*Zweck im Recht*) преведен је и код нас.

24 Eugen Erlich (1862–1922), аустријски правник, романиста и цивилиста. Својим делом *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Утемељење социологије права), које је објавио 1913. године, афирмисао се као социолог права. Дао је значајан допринос обнови традиционалне правне науке. Залажући се за „слободно налажење права“ и „слободну правну науку“, као и за преумеравање метода правне догматике, за чисто формално-логичке обраде права према научно заснованом испитивању и одмеравању интереса у сукобу, међу првима је ушао у ток интересне јуриспруденције, теорије слободног права и истраживања правних чињеница (Милан Петровић: „Појам правне социологије“, *Зборник за теорију права*, III, 1987, 119–120).

25 Léon Duguit (1859–1928); његова „позитивна“ теорија права вероватно дугује нешто Диркемовој позитивистичкој методологији, а свакако много његовој доктрини о „солидарности органа“, која је (у његовом тумачењу) постала *објективна база савременог права* (Х. Е. Барнес: *Увод у историју социологије*, II, Београд, 1982, 593 и даље). У Француској је Диги био најрадикалнији противник либералистичке теорије друштва и империјалистичке теорије државе и права. Наиме, у његовом тематском склопу неспорно је инсистирање на томе да се савремена правна концепција мора изменити да би пратила промене у друштвеној стварности, тако што ће, уместо од индивидуалистичке позиције, полазити од савременог примата друштва, што ће одбацили метафизички постулат субјективног права и заменити га социолошком категоријом друштвене функције. Пада у очи да два захтева представљају заправо на различите начине формулисану исту ствар: прво, треба напустити метафизички постулат субјективног права као природног права које свакој индивидуи неотуђиво припада пуком чињеницом постојања, и друго, у анализи права кренути од постојећег емпиријског реалитета друштва у коме сваки појединац обавља неку друштвену функцију и, на основу тога, ужива одређена права и подлеже извесним обавезама (Александар Молнар: *Друштво и право*, 1, Нови Сад, 1994, 105–106). Познатији Дигијеви радови су: *Traité de droit constitutionnel* (Уџбеник уставног права), 1911; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état* (Друштвено право, индивидуално право и трансформација државе), 1911; *Le Transformation générales du droit privé depuis le Code Napoleon* (Опште промене приватног права после Наполеоновог кодекса), 1912; *Les Transformations du droit public* (Трансформација јавног права), 1913; код нас је, 1929. године, преведена његова књига *Преображаји јавног права* (поновљено издање, Београд, 1998).

26 Hans Kelsen (1881–1973).

праксе.²⁷ Формулација правне логике Улрика Клуга²⁸ имала је и тај смисао, да омогући повезивање правне теорије са научном теоријом, а слично поступа Хаим Перелман²⁹ у свом научном и теоријском пројекту *Нова реџорика (Nouvelle Rhétorique)*.³⁰

Насупрот овим становиштима, модел правног аргументовања Стивена Тоулмина *The Uses of Argument (Коришћење аргументације, 1958)*³¹, као и гледиште Теодора Фивега³², изнето у његовој књизи *Тоџика и јурисџрудениџа (Topik und Jurisprudenz)*, у први план стављају *еџистемолошка* питања правне теорије.

На тај начин, увођење појма *џравна џтеорија*, представља више од покушаја формализовања или супституисања натуралистички схваћеног појма права. Позитивно право се не вреднује и не образлаже једино према његовом *материјалном леџитимитетџу*, већ према његовом *формалном леџитимитетџу*³³. Отуда је ово

27 *Rechtstheorie; Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 343.

28 Ulrich Klug (1913–1993), немачки правни логичар, пише о релеванцији *џравне логике* у оквиру *формалне џтеорије џрава*; аутор је познатог дела *Juristische Logik (Правна логика)*. Круг „правних логичара“, поред У. Клуга, представља Немац Карл Енгиш (Karl Engisch, 1899–1990), Илмар Тамело (Ilmar Tammelo, 1917–1982), Ота Вајнбергер (Ota Weinberger, 1919). Једну нарочиту форму правне логике, која се зове *деонџичка логика (deontische Logik)* – *логика вредностџи и норми*, покушао је да развије Георг Хенрик фон Рајт (Georg Henrik von Wright, 1916).

29 Chäim Perelman (1912–1984), професор логике, моралне филозофије и метафизике на Слободном универзитету у Бриселу, на којем је докторирао правне науке (1934). Докторат из филозофије стекао је на Универзитету у Варшави (1938) тезом о логичару Готлобу Фрагеу. Објавио је око две стотине чланака и више књига: *De la Justice (О правди)*, 1945; *Justice et Raison (Правда и разум)*, 1963; *Droit, Morale et Philosophie (Право, морал и филозофија)*, 1968; *Le Champ de l'Argumentation (Подручје аргументације)*, 1970; *Logique juridique (Правна логика)*, 1976; *L'Empire Rhétorique (Царство реторике)*, 1977; у сарадњи са Lucie Olbrechts-Tyteca објавио је *Rhétorique et Philosophie (Реторика и филозофија)*, 1952, и обимни рад *Traité de l'Argumentation (Расправа о аргументацији)*, 1958. *Право, морал и филозофија* је прва Перелманова књига преведена на српски језик (Душан Бошковић: „Обнова практичке филозофије у Перелмановој новој реторици“, предговор у: Хаим Перелман: *Право, морал и филозофија*, IX, Београд, 1983).

30 Под овим називом подразумева се „нови правац фундаменталног филозофског истраживања“ који је створио и трасирао Хаим Перелман својим радовима о реторици 1950. и 1956. године. Својом *Nouvelle Rhétorique* Перелман је значајно утицао на књигу *Тоџика и јурисџрудениџа* немачког филозофа права и правног логичара Теодора Фивега (Теодор Фивег: *Тоџика и јурисџрудениџа*, предговор аутора трећем издању, Београд, 1987, 11).

31 Stephen Toulmin: *Der Gebrauch von Argumenten (Уџоџреба аргументаџа*, превод са енглеског).

32 Theodor Vieweg (1907–1988) правне науке и филозофију студирао је на универзитетима у Минхену, Лајпцигу и Берлину. Након хабилитације, од 1953. до 1972. године обављао је наставну делатност из филозофије права и социологије права на Универзитету у Мајнцу. Његова најпознатија студија *Тоџика и јурисџрудениџа* доживела је превод на више страних језика. На српски језик ову књигу је 1982. године превео Данило Баста.

33 Eugen Erlich: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, 1913.

питање о емпиријско-логичким разлозима настанка и важења позитивног права и даље актуелно. Још је Јулиус фон Кирхман³⁴ заступао став да наглашавање формалног доводи до „безвредности јуриспруденције као науке“, дакле, до „правне теорије без права“.

Ова формула, односно ова констатација, указује на три ствари. *Прво*, она упућује на јаз који постоји између појма права у оквиру праксе, са једне стране, и појма права правне филозофије и правне теорије, са друге стране. *Друго*, ова формула указује на чињеницу да право тешко може представљати предмет науке, уколико би се сводило на један, редукован и једнодимензионалан научни појам. *Треће*, ова констатација указује на *безначајности њравне њеорије која айсѡрахује њравне вредности*³⁵. У стварности, правна теорија се непрекидно конфронтира са два различита начина спознаје: *са сѡзнајом ѡрава из самог ѡрава и са сѡзнајом ѡрава изван оквира ѡрава*.

Негде од средине XIX века методика права настоји да, помоћу „правне конструкције“, развије спознају права из самог права. Ова мисао за многе правнике све до данашњег дана представља срж сваке могуће правне теорије.³⁶

Спознају права, ван оквира права, нарочито је неговао и теоријски разрађивао Никлас Луман, угледно име правне социологије, теорије система и правне теорије. *Правна ѡеорија*, код овог аутора, представља „самоописивање система, које се односи на идентитет самог система“.³⁷

3. До краја XX века настало је обиље карактеристичних становишта о правној теорији. Међутим, тиме сразмера у погледу одређења њеног предмета, специфичности њеног метода, демаркације од других правних и гранично правних дисциплина, коначно, у погледу складности у „димензионирању“ њене дефиниције, ни изблиза није постигнута. Готово супротно, више се зна шта правна теорија није (и шта не може бити), него шта она доиста јесте (и која су њена „конститутивна“ својства). Тако, примера ради, када је у питању одређивање „зоне“ њене предметне препознатљивости, чини се доминантним оно становиште које сматра да је то (она) суптилна „граница која постоји између права и неправа“.³⁸ Наиме, немали број заговорника ово становишта (као и ово непрекидно присутно интересовање за дихото-

34 Julius Herrmann von Kirchmann: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Безвредност јуриспруденције као науке), 1848.

35 Julius von Kirchmann: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848; L. Nelson: *Die Rechtswissenschaft ohne Recht* (Правна наука без ѡрава), 1917.

36 Wolfgang Fikentscher: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* (Методи права у упоредном приказу), 5 Bände. (1975–1977)

37 Niklas Luhmann: *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972.

38 *Rechtstheorie*, 346.

мију, односно разграничење „право-неправо“) назива типично легалистичким. Нека друга становишта (која се првенствено ослањају на Луманово правно-теоријско становиште) сматрају да се, пре свега, мора водити рачуна о чињеници да никакво право ван оквира права не може да представља део правног дискурса.³⁹ Дакле, та „граница“ институционално, семантички и социјално стварно постоји, а концептуално она утиче и на саму правну теорију. Она је, као уосталом и све теорије, углавном усмерена на кохеренцију, систематичност, форму и концепт. Једино на тај начин она служи представи о неком друштву, које се може оквалитиковати као „праведно“.⁴⁰ Није, међутим, мали број ни оних становишта (ако није и најмногобројнији) која, у одређивању појма теорије права, полазе од (претходног) одређивања самог појма права, односно, од покушаја да се одговори на питање: *шта је право?* То питање доводи правника у недоумицу барем онолико колико и логичара питање: *шта је истина?*⁴¹ На питање шта је право није дат дефинитиван и дефиницијски необорив одговор.⁴² Досадашња правна наука дала је како вредне прилоге,

39 Niklas Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft (Право друштва)*, Frankfurt am Main, 1995.

40 *Rechtstheorie*, 346.

41 Имануел Кант: *Метафизика морала*, Београд, 1993, 31.

42 „Мали је број питања о људском друштву која су озбиљни мислиоци постављали и на њих одговарали са таквом упорношћу, на тако различите, чудне, па чак и парадоксалне начине, као што је питање – *шта је право?* Чак и ако усмјеримо своју пажњу на правну теорију последњих сто и педесет година и оставимо по страни класичну средњовековну мисао о 'природи' права, запазићемо стање у овој науци које се не може поредити са осталим наукама, које су изучаване на систематски начин као посебне академске дисциплине. Питање 'шта је право' нуди обимну литературу... и пружа веома разнолике одговоре: 'Начин на који званичне власти решавају спорове... је право'; 'Предвиђање какву ће одлуку донијети судови... је оно што мислим да је право'; 'Закони парламента су извори права'; 'Право је основна норма која одређује санкцију' “; итд. (Херберт Харт: *Појам права*, Подгорица, 1994, 20–21).

„Термин 'право' има у обичном и стручном језику више значења. Можда постоји један минимум појмовног садржаја у којем смо сугласни говорећи о праву, али он је зацијело врло неодређен и дјеломично се односи на оно што је заједничко свим нормативним порецима. Стога, упитан је суд да 'сватко зна приближно што је право, али прецизна дефиниција права изазива знатне потешкоће...’

У правном и лаичком мишљењу редовито се под 'правом' означавају ове појаве:

а) једна врста друштвених норми: или формално важеће норме, или ефективно примјењивање норми, или идеално важеће норме;

б) овлаштење потекло из норме, тзв. 'субјективно право';

в) принцип да свакоме треба дати оно што му припада, тј. принцип правде;

г) становита врста друштвених односа: интерсубјективних, класних, роб-новчаних, итд.;

д) становита форма искуства: атрибутивно-императивне емоције, искуство 'нормативних факата' или идеје правде;

ђ) само понашање и одлучивање судца;

е) једна професија, или студиј, или знанствена дисциплина.

тако и најразличитија одређења основног појма права и секундарних правних појмова. Исто тако, она је дала и различите врсте класификација правне теорије. Тако, код *једне* врсте класификација доминира *ојсеџ* или „просторна зона“ обухватања правних теорија (нпр. европске, северноамеричке и сл.); код *друге* врсте класификација пресудан је *временски* (темпорални) и *историјски* критеријум (античке, средњовековне, нововековне, савремене правне теорије и сл.); код *трећих* класификација доминирају тзв. суштатствена обележја правних теорија (позитивистичке, природноправне, нормативистичке и сл.); код *четвртних* класификација, поред правних као основних, могу доћи у обзир и секундарна обележја правних теорија (нпр. лингвистичке, идеолошко-политичке и сл.).

Коначно, судећи према истраживачки и теоријски релевантним увидима, могло би се констатовати да данас укупно десет праваца, односно „перспектива истраживања“, обележавају савремену мапу правне теорије.

а. *Аналитичка правна теорија (Analytical Jurisprudence)*, која је, углавном, англосаксонског порекла, заснива се на теорији суверенитета Џона Остина⁴³ и поседује заједничке елементе са *америчким* и *скандинавским реализмом*. Тако, на пример, Херберт Л. А. Харт⁴⁴ посматра право „не као самосталне ентитете који су независни од људског понашања“, већ их, везано за правила, описује као саставне делове правног уређења. Наиме, полазећи од своје позитивистичке аналитике, Харт (осим обичаја, али на који се право, супротно мишљењу Џона Остина, не може једино ослонити) зна само за *rules /правила/* (разликовање између примарних и секундарних правила нема значаја у овом контексту) која су нормативно обавезујућа. Међутим, та *rules /правила/* нису увек егзактна; она остављају „зоне сумрака“, „просторе неодређености“. Отуда, ако неки тежак случај (*hard case*) није једнозначно покривен правним правилом, одлучује судија по својој слободној оцени; у оквиру простора слободне оцене, његова је одлука свагда исправна.⁴⁵ Правна валидност на тај начин прераста у проблем

Ову вишесмисленост истичу многи старији и новији аутори. Кантова опаска: „правници још траже дефиницију за свој појам права“ задржава и данас своју увјерљивост, а служиће ће још дуго као сугестиван увод у оцену стања правних знаности. Ипак, погрешно је мислити да је њезина оштрица управљена искључиво против правника – јер је амбигвитет израза својствен подједнако свим друштвеним знаностима“ (Никола Висковић: *Појам права*, Сплит, 1976, 15).

43 John Austin (1790–1859); аналитичка правна теорија „у енглеској традицији“ води порекло од Бантама, па се, преко Остина, продужава даље у правно-теоријском учењу Херберта Харта. Овај правно-теоријски правац стоји унутар тзв. правног позитивизма, за чијег се оснивача и утемељитеља узима, такође Енглец, Томас Хобс (1588–1678).

44 Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1993); код нас је 1994. године преведена његова студија *Појам права*.

45 Артур Кауфман: *Право и разумевање права*, Београд, 1998, 290–291.

интерпретације, те се тако ствара основа за позитивистичко раздвајање права и морала.⁴⁶

б. Аналитичка мисао се посебно разрађује у оквиру *институционалног правног позитивизма*, који су заједно формулисали Нил Мекормик⁴⁷ и Ота Вајнбергер⁴⁸ надовезујући се на Мориса Ориуа⁴⁹, Емила Диркема⁵⁰, али исто тако и на бечку правно-историјску школу, као и на скандинавски правни реализам. Основу овде чини формална теорија деловања, која значајно доприноси реконструкцији људског деловања, а тиме, на крају крајева и реконструкцији права, норми и друштва. Из тога произлази став да правне чињенице треба схватити као институционалне чињенице.⁵¹

в. „Додатну“ варијанту правне теорије чини *критички рационализам* Ханса Алберта⁵². Он формулише дилему позитивизма који настоји да споља утиче на даљи развој права. Управо разлика између природног права и правног позитивизма показује колико су, у ствари, снажне тензије између социјалних идеја и социјалне стварности. Критички рационализам заступа плурализам вредновања.⁵³

46 Wolfgang Fikentscher: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. 2, 42 и даље.

47 Neil MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory* (Правно резоновање и правна теорија).

48 Ота Weinberger (рођ. 1919) аутор је више запажених правно-теоријских и филозофско-правних студија: *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts* (Норма и институција. Увод у теорију права), 1988; *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken* (Правна логика. Покушај примене модерне логике на правну мисао), 1989; *Moral und Vernunft. Beiträge zur Ethik, Gerechtigkeitslehre und Normenlogik* (Морал и разум. Прилози етици, теорији правде и логици норме), 1992.

49 Maurice Hauriou (1856–1929) утемељитељ је *институционалног учења о праву* које се надовезује на учење о праву означено као *проеписијанско учење о праву*, односно *проеписијанска правна теорија*. У грани ове правно-теоријске провенијенције стоје: Емил Брунер (Emil Brunner, 1889–1966), швајцарски теолог, а његово познато дело носи назив *Gerechtigkeit (Правда)*; нешто касније долази књига француског евангелистичког, правног филозофа Жака Елила (Jaques Ellul, рођ. 1912) под насловом: *Die theologische Begründung des Rechts* (Теолошка утемељеност права); потом следе Немци: Карл Барт (Karl Barth, 1886–1968), оснивач тзв. „христолошког“ правца у праву, Ерик Волф (Erik Wolf, 1902–1977), Клаус Ритер (Klaus Ritter, рођ. 1918), а потом Морис Ориу, који је својим делом *La théorie de l'institution de la fondation* трасирао тзв. „француску теорију државе“. У оквиру протестантског правно-теоријског становишта није се толико мислило на природно-правну норму, колико на институције које, као на пример: породица, црква, држава, власништво и сл., представљају „божије задужбине“ у сваком државном уређењу (наведено према А. Kaufmann, W. Hassemer, hrg.: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 116).

50 Emile Durkheim (1858–1917), француски социолог.

51 *Rechtslehre; Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 345.

52 Hans Albert: *Probleme der Wissenschaftslehre in der Sozialforschung (Проблеми науке у социјалним истраживањима)*. Овај аутор, као и правни теоретичар Имре Лакатош, био је ученик Карла Попера и настављач тзв. „критичког рационализма“.

53 *Rechtslehre*, 345.

г. Значајан искорак у развоју права представљају *јравна социологија* и *теорија система* Никласа Лумана⁵⁴. Ваља нагласити да су Луманова укупна настојања била, нешто мање, правно-теоријске, а нешто више, друштвено-теоријске природе. Међутим, његова *теорија аутојезиса*, коју је развио 1984. године у својој књизи *Социјални систем (Soziale Systeme)*, настојала је да превазиђе ову дилему,⁵⁵ стављајући акценат на самореферентност (социјалног) система (*die Selbstreferenz des /sozialen/ Systems*). Самореферентност је према речима Г. Тојбнера заједничка црта свих социјалних система те, стога, очигледно постоји нека врста компатибилности између правног система и социјалног система. Правни систем, као систем који је присиљен на аутојезис, мора себе самог да идентификује и одржи унутар света истоветних система, а из тога могу да произиђу (одређене) оперативне конвенције.⁵⁶

д. *Правна логика*⁵⁷ је, у оквиру правне теорије, нарочито у XX веку добила на значају. Она се у првом реду односи на методологију правног аргументовања, а нарочито на судије и њихов поступак примене права.⁵⁸ По речима Г. Калиновског,⁵⁹ деонтичка логика се практикује било јуристички било математички. Допринос логике праву, често се формулише једино као питање јуристичке релевантности. Отуда је значајна димензија, тј. страна „употребе логике“ која акценат ставља на формалну логику. С тим у вези Ј. Хоровиц⁶⁰ наводи најзначајније аргументе који говоре у прилог формалној логици, али и против ње. При том, међутим,

54 Niklas Luhmann (1927–1998), немачки правни теоретичар, социолог права и теоретичар система.

55 Niklas Luhmann: *Теорија система* (1998); *Das Recht der Gesellschaft* (1995); *Rechtssoziologie* (1972).

56 G. Tojbnier, H. Vilke (G. Teubner, H. Willke): „Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht“ (Контекст и аутономија: друштвено самоуправљање кроз рефлексивност права), *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1984/85, 4–33.

57 Појам *јравне логике* користи се у двојаким смислу, односно значењу: као појам правне логике у *ширем*, и као појам правне логике у *ужем* смислу. У ширем смислу, сматра се да је логика исто што и методологија; наиме, у овом значењу појам правне логике користи се ако се, на пример, говори о „логици социјалних наука“ или „логици културних наука“. У ужем смислу, појмом правне логике називају се само формална правила, тј. правила чија је вредност, односно важење независно од неког специфичног подручја примене. Тако, у ужем смислу постављена егзистенција појма правне логике може се, са пуним правом, оспоравати, као што би се могло оспоравати постојање неких других, посебних (нарочитих) типова логике (нпр. медицинске или биолошке логике). Проблем правне логике могли бисмо у овом случају поставити само као проблем *јримене ојијих јравних логике на јраво* (А. Kaufmann, W. Hassemer, hrsg.: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 292 и даље).

58 Eugen Erlich: *Juristische Logik*, 1918; U. Klug: *Juristische Logik*, 1951.

59 G. Kalinowski: *Die präskriptive und die deskriptive Sprache in der deontischen Logik* (Прескриптивни и дескриптивни језик у деонтичкој логици).

60 J. Horowitz: *Law and Logic*, 1972; Wilhelm K. Essler: *Einführung in die Logik*, 1969.

правна теорија не одлучује о томе коју улогу игра (формална) логика унутар јуристичког аргументовања, нити, пак, о томе која би улога логици теоретски могла да буде додељена.⁶¹ У сваком случају, *логички резон* је неизбежно присутан како „у образложењима појава правног карактера“ тако и у свакодневним применама закона на појединачне случајеве, било у судским одлукама, било у управним актима и у разлозима обликовања ових правних аката.

ђ. *Дијалектичка арђуменџација и џојичка јурисђурденџија* граде једну целину. Ова друга захтева изналађење нове методе унутар права.⁶² Њен главни циљ је критика догматике, која настоји да релативизује легалистичку „мисао закона“ (*das legalistische Gesetzesdenken relativieren will*).⁶³ *Ког дијалекџичке арђуменџације и џојичке јурисђурденџије далеко су биџнији захџеви самођ чиње ничнођ сџања, а не џолико сисџемске џоџребе џравника који џа инџерџреџирају. Износи се криџика да је џојам меџоде џревише неизђиференџиран, да се џојам џојичке не може разђраничиџи, џе да указивање на меџогу римских џравника и Аристотела не остварује свој циљ.*⁶⁴ Управо отуда, топичка јурисђурденџија је слична интерпретационој теорији Роналда Дворкина.⁶⁵ У ствари, Дворкин се надовезао на Хартов аналитички правни резон. Дворкин зато пита како судија у тешким случајевима, где постоје различита правна схватања (тј. различита правна мишљења о истом случају), ипак долази до једне одређене пресуде. Налађење права он поима као процес интерпретације. Наравно да ово интеретационо становиште и није нешто особито ново у односу на Херберта Харта, да Дворкин не познаје само *rules* него и *General Principles of Law – ојџиџе џравне џринџиџе* (он поглавито помиње *џри* основне вредности: правду, непристрасност и правну државу) који су правно обавезујући, и то за све државне власти: легислативу, јудикативу и егрекутиву. У том смислу, он своју теорију схвата управо као *general attack on positivism* (општи напад на позитивизам). Разлику између *rules* и *principles* Дворкин види у томе што она прва (*rules*) имају функцију све-или-ништа, па, стога, не остављају никакав маневарски простор, док ова друга (*principles*) имају једну димензију тежине и значаја. Тиме је у сваком случају разбијен позитивистички појам права.⁶⁶ Према мишљењу Дворкина, судија мора узети у обзир *General Principles* пре свега при интерпретацији *hard cases*. Он је уверен да за било који правни случај увек постоји само једно исправно решење. Наравно, њему је јасно да се за изналађење тог

61 *Исџо*.

62 Теодор Фивег: *Тоџика и јурисђурденџија*, 21 и даље; Gerhard Struck: *Zur Theorie juristischer Argumentation* (Ка теорији јуристичке аргументације), 1977; *Topische Jurisprudenz*, (Топичка јурисђурденџија), 1971.

63 *Rechtstheorie*, 346.

64 Reinhold Zippelius: *Juristische Methodenlehre*, 1990.

65 *Rechtstheorie*, 346.

66 Артур Кауфман: *Право и разумевање џрава*, 291.

јединог исправног решења мора „измислити“ правник са надљудским способностима. Тог правника Дворкин назива Херкулом за кога никада не постоји избор или апсолутно слободна оцена. Тај Херкул је, наравно, фикција, али Дворкин захтева барем то да судија, при изношењу своје слободне оцене, зарад осветљења зона сумрака, узме у обзир *General Principles*.⁶⁷

е. *Теорија јурисличког дискурса*, почев од *L'ordre du discours* (Вођење дискурса, 1971) Мишела Фукоа⁶⁸, наилази на резонанцију не само у оквиру етичких и правно-филозофских, већ исто тако и у оквиру правно-теоријских дискусија.⁶⁹ Јуристички дискурс у себи садржи значајну филозофску поенту: вредновања и норме не посматрају се као семантичка репродукција онтолошки задатих, већ као

67 *Исио*; иначе, у вези са тим, Харт је сматрао да се та теорија мора узети сасвим озбиљно, премда Дворкина треба назвати *the noblest dreamer of them all* (најплеменитији сањалица од свих њих – Шекспиров стих).

68 Michel Foucault (1926–1984), „неспорна референца сваког озбиљнијег промишљања субјекта у постмодерној епистеми“; од 1979. године шеф је Катедре за историју система мишљења на Колеџу де Франс (College de France) у Паризу, на којем држи наставу све до своје смрти, 25. јуна 1984. године.

69 „Закон одређује простор слободе и повлачи његове границе тако да унутар њих свако може чинити шта му је воља; он чини једну једноставну и грубу поделу између дозвољеног и забрањеног; он успоставља једнакост грађана које препушта њиховој истоветности будући да се не занима за њихове индивидуалне животе. Пропис се, пак, занима људима у том простору који је остао празан. Пропис се у највећој могућој мери занима за понашање или владање. Он разликује, диференцира, индивидуализује и хијерархизује. Он намеће поступке, ставове и навике. Он мери разлике које успоставља и намеће стална и ситничава ограничења својих правила током целог живота. Он нормализује и морализује у исто време. Пропис и санкција која је његов двојник, један су од спроводника продирања моћи у тела које он производи, обучава и чини послушним, и то тако да ће на тај начин уобличени и образовани појединци у својим животима, свом понашању, а можда чак и у својим идејама и својој вољи, репродуковати саму формулу моћи која се над њим врши: 'Ова моћ се не примењује чисто и једноставно као нека обавеза или забрана на оне који је немају; она их прожима, пролази кроз њих и поред њих; она се на њих ослања...' И управо захваљујући њој, нормалан ће одбацити ненормалног, интегрисани маргиналног, паметан 'глупог', вредан леног, разуман лудог. Потом ће се о њима побринути легални апарати (полиција, правосуђе, здравствена заштита...) који ће се потрудити да их преваспитају. *Праву* се супротставља *контра-право* дисциплинарних механизма који су интегрисани у целину механизма који нас образују, лече и задовољавају наше потребе. Ово никако не спречава да се моћ у нашим дисциплинарним друштвима врши према принципу њиховог узамног повезивања. А ово пак никако није без ефекта, као што то показује стално приближавање правосуђа затворском систему и нестајање и промена судије за прекршаје у судију моралности. 'Управљачки чинилац' ваља сместити у функционисање ових микромоћи које су расејане и повезане у мрежу или 'архипелаг' у којем се уобличава игра државе и њених апарата. У срцу града, и као нека врста његовог подупирача, не стоји жцентар моћи', некакво језгро сила, већ једна вишеструка мрежа разноврсних елемената – зидови, простор, институција, правила, говор; модел затворског града јесте... један стратешки распоред елемената различите природе и нивоа“ (Мишел Фуко: „Надгледати и казнити“; *Енциклопедијски речник филозофске филозофије*, I, А-Л, Нови Сад, 1993, 290–291; Мишел Фуко: *Предавања*, Нови Сад, 1990).

репродукција створених реалности, и то у оквиру аргументованог, говором насталог тумачења. Систематичност дискурса садржана је или у „законику практичног разума“⁷⁰ или у „политичкој економији говора и значења“⁷¹. Европски језици појму дискурса дају диференциране конотације: у немачком језику дискурс указује на контекст аргументовања и деловања, који би ваљало у првом реду осветлити путем реконструисања одговарајућих говорних чинова; „discours“ у француском језику представља појмовну целину семантичке природе, док се англосаксонски „discourse“ схвата као јединство конкретних лингвистичких израза, а не као идеалан језички ентитет.⁷²

Grosso modo формулисано, ваља правити разлику између „дискурса“ као облика животиња, „discoursa“ као облика језика и „discoursa“ као јединице језичке комуникације.⁷³ Код Јиргена Хабермаса, дакако, превладава немачка конотација; он дискурс посматра као облике комуникације и животиња, у оквиру којих се дискутују захтеви за важењем (*Geltungsansprüche*), те се тако долази до њиховог легитимитета и до стварања консензуса.⁷⁴ У правном погледу, оваква размишљања налазила су своју паралелу и примењивост у *Тојшици и јуриспруденцији* Теодора Фивега, у *Рејторици* Хаима Перелмана, тј. у оквиру његовог *јравноџ учења о мејодгама*, у Брекмановом *антиројолошком уиемељењу јурисичкоџ дискурса*, као и у *иџеорији дискурса и јроиедуралној иџеорији* Роберта Алексија.⁷⁵ Овакав начин акцендовања оживео је дискусију лега-

70 Robert Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation* (Теорија јуристичке аргументације, 2. издање), 1991; *Begriff und Geltung des Rechts* (Појам и важење права), 1992.

71 J. M. Брекман (Jan M. Broekman, рођ. 1931): *Recht und Anthropologie* (Право и антропологија), 1979; *Juristische Diskurs und Rechtsanthropologie* (Правни дискурс и правна антропологија); *Sprechakt und Intersubjektivität* (Говорни акт и интерсубјективитет); В. Waldenfels, J. M. Broekman, А. Pažanin (hrsg.): *Phänomenologie und Marxismus* (Феноменологија и марксизам), 1978.

72 *Rechtstheorie*, 346.

73 Упоредити R. M. Hare: *The language of morals* (Језик морала), 1961; *Freedom and reason* (Слобода и разум), 1963; А. J. Ayer: *Language, truth and logic* (Језик, истина и логика), 1948; С. L. Stevenson: *Die emotive Bedeutung etischer Ausdrücke* (Емотивно значење језичких израза); G. Grewendorf, G. Meggle (hrsg.): *Sprache und Ethik* (Језик и етика), 1974; W. D. Ross: *The right and the good* (Право и добро), 1930.

74 Jürgen Habermas: *Theorie des kommunikativen Handelns* (Теорија комуникативног деловања), Бд. 1–2, 1988, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Фактицитет и важење. Прилози теорији дискурса права и демократске правне државе), 1993.

75 „Моја је теза да су неки проблеми упорабљивости *дискурсне иџеорије* рјешиви када их се смјести у *јроиедуралну иџеорију јравноџ сисџема*. Када се на тај начин тврди да теорија правног система може ријешити неке проблеме теорије практичног дискурса, ваља одмах нагласити да та помоћ није једнострана. Смјештање теорије практичног дискурса у теорију правног система прибавља овој такорећи за узврат нормативни фундамент који дозвољава да се егзистенција правног система као и одређени садржај правних норми тумаче као да их тражи практички ум. Прије но што покушам прецизирати ову врло опћениту тезу уз помоћ четворостепеног процедуралног модела правног система и засновати његов оквир, хтио бих изнијети нека размишљања опћенито о структури процедуралне теорије и посебно о структури дискурса, која треба да творе основу мога аргумента.

лизма, која, пак, чини „залеђе“ за један углавном амерички правац, за *Critical Legal Studies*.⁷⁶

ж. Покрет *Critical Legal Studies* (CLS) представља изазов за правну праксу, која са своје стране указује на чињеницу да у правној мисли у оквиру CLS-а учествују готово искључиво филозофи и теоретичари. CLS замера, пак, да се правна пракса: а) ослања на политички либерализам;⁷⁷ б) да поступа формалистички; в) да исказује снажне тенденције ка објективизирању; г) да тежи недозвољеној универзализацији у оквиру концептуализације и политичке праксе; д) да право примењује као један облик економије. Исто као и реализам, и прагматизам CLS негира да су правне одлуке засноване на аргументима који су изведени из опште признатих правила. Ове замерке засноване су на сазнањима и начину поступања Кунове теорије парадигми, критичке теорије франкфуртског порекла и новије теорије књижевности.⁷⁸

з. Не без повезаности са покретом *Critical Legal Studies* настала је америчка правна теорија групе *Law and Economics* (*Право и економија*). Економска начела и начини размишљања, тако гласи централна мисао, доприносе разумевању права и његовом обликовању.⁷⁹ Током седме деценије XX века формирана је *чикашка школа економске анализе права* са Ричардом Поснером на челу. Ова школа налази да право изражава логику економије и да, отуда,

Мој кључни појам је појам процедуралне теорије. Дискурсна теорија је типичан примјер процедуралне теорије, али ни у ком случају једина коју се заступало, а поготову не једина замислива процедурална теорија. Према дискурсној теорији како је ја схваћам, једна је норма исправна када може бити резултат одређене процедуре, процедуре рационалног дискурса. Тај је однос исправности и процедуре карактеристичан за све процедуралне теорије упркос бројним, врло значајним разликама“... „Разлике процедура могу се подијелити на такве које се (1) тичу индивидуа које судјелују у процедури, и на такве које се (2) тичу захтјева процедуре. О томе како ће процедура бити обликована с обзиром на индивидуе и захтјеве, овиси (3) њен карактер“... „Окосницу мојих размишљања чини, како је већ наведено, четворостепени процедурални модел... На првом се ступњу налази *процедура прагматичког дискурса* који се одсада, у разграничењу од осталих дискурских форми, треба означити као ‘општи практички дискурс’. На другом ступњу смјештена је *процедура државног законодавства*, на трећем процедура *јуристичке аргуменације* или *јуристичког дискурса* и на четвртоме *процедура судског процеса*. Код друге се и четврте – процедуре државног законодавства и процедуре судског процеса – ради о *институционализованим* процедурама, наспрот томе, први и трећи ступањ – општи практички и јуристички дискурс – могу се означити као *не-институционализовани*, при чему се изразом ‘институционализирање’ мисли на регулирање процедуре правним нормама“ (Robert Alexy: „Теорија дискурса и правни систем“, *Филозофска испраживања*, 1987, бр. 20, 185, 186, 191 и даље).

⁷⁶ Roberto Mangabeira Unger: *The critical legal studies movement*.

⁷⁷ Roberto Mangabeira Unger: *Znanje i politika*, Zagreb, 1989.

⁷⁸ Исто.

⁷⁹ R. A. Posner: *Economic analysis of law* (Економска анализа права), 1986; *Law and literature* (Право и књижевност); *The economics of justice* (Економичност правосуђа), 1981; K. Jones: *Law and economy* (Право и економија), 1983.

оно почива на економским начелима као што су: рационалност, ефикасност, економичност и сл. Школа економске анализе права испитује, заправо анализира правне норме у прописима и судским одлукама са становишта првенствено економских резона, испитујући да ли су правна решења (дата у прописима и појединачним одлукама) таква да омогућавају оптималан распоред (алокацију) економских извора и средстава (ресурса) којима се повећава степен друштвеног благостања. Намера је да се, пре свега, законодавцу укаже на последице његових решења по оптималну алокацију средстава. С обзиром на то да је добара мање него што је потребно за задовољавање потреба, истражује се које правно решење омогућава да се добра ангажују тамо где ће дати највећу могућу корист. Отуда, правне институте треба конструисати тако да подстичу привредну оптималност.⁸⁰ Неки заступници ове школе сматрају да се право и правна наука могу свести на економију, односно економску науку. Теоријски посматрано, економска анализа права доводи до проширивања концептуализације права. Топика, херменеутика, семиотика и семантика, теорија дискурса и теорија интерпретације, као и школа економске анализе права, свака за себе и на свој специфичан начин указује на чињеницу да се право може схватити као наративна структура.⁸¹

и. *Наративна правна теорија* на крају објашњава следеће: *право се прича*, а управо на основу те приче настају *традиција, историја, норма, вредновање, чињеница и стварност*.⁸² Читав свет се јуристички прича и тумачи (исказује), додуше, и унутар имажинарног тоталитета приче (und zwar innerhalb einer imaginären Totalität von Geschichten).⁸³ Надовезујући се на Ј. П. Феја,⁸⁴ право се може означити као тоталитаран језик, пошто једна оваква пракса причања омогућава функционисање јуристичког дискурса, те се будући начини поступања надовезују на постојеће, а уједно, на основу њих, добијају свој легитимитет. На тај начин настаје истинитост датог дискурса унутар самог дискурса.⁸⁵

Данас су присутна три облика, тј. приступа једне овакве правне теорије: *law and literature* (*право и књижевност*); *семиотика и наративологија*; *деконструкција* (*деконструкционизам*). Прва два спадају у *структуралистичке* правце, а последњи у *постструктурализам*.

Правац *право и књижевност* (*law and literature*) заступа Р. А. Поснер.⁸⁶ Он упоређује право са формама и структурама литерар-

80 Владимир В. Водинелић: *Грађанско право*, Београд, 1991, 142.

81 *Rechtstheorie*, 347.

82 *Rechtstheorie*, 347–348.

83 *Иџо*.

84 J. P. Faye: *Languages totalitaires* (Тоталитарни језици, нем. *Totalitäre Sprachen*), 1977.

85 *Rechtstheorie*, 347–348.

86 R. A. Posner: *Law and Literature*, 1988.

них дела. Ослањањем на методологију и терминологију науке о књижевности, овај правац правне теорије пружа могућност да се јуристички дискурс схвати на начин који није везан за догматику. То, пак, превазилази оквире Дворкиновог питања да ли се право може интерпретирати паралелно са књижевношћу. Ј. Б. Вајт⁸⁷ показао је да би једно овакво схватање права дозволило стварање нове дидактике права и правне праксе. Али би истовремено и фактицитет правних чињеница могао да се провери у погледу фиктивности и институционалности.⁸⁸

Јуристичка семиотика налази своју претходницу у холандском *покрету означивања* (*Signifische Beweging*) у Амстердаму, који је још почетком XX века истраживао трагове људске експресивности у оквиру књижевности, математике, филозофије и права.⁸⁹ Тема *право и језик* била је овде најпре усмерена на правну језичку употребу, али се зато касније окренула семиотици која је повезана са трансформацијом значења јуристичке кодификације. Данашња јуристичка семиотика бави се истраживањем процеса придавања значења, дакле њиховим процесуалним и стратешким карактером.⁹⁰

Деконструкционизам, коначно, представља изузетно значајну компоненту наративне правне теорије. Његов утицај потиче од америчке рецепције француских филозофа, пре свих Ж. Дериде,⁹¹ и појачан је подстицајима П. де Мана,⁹² а касније Х. Блума,⁹³ Г. Хартмана,⁹⁴ Ј. Х. Милера⁹⁵ и Н. Фреја.⁹⁶ Када је у питању јуристички дискурс, а самим тим и начело једне наративне правне теорије, *деконструкција* значи да језик и значења нису идентични. *Значење ваља „извући“ из језика*. Разлику између језика и значења отуда треба проблематизовати. У јуристичком погледу ово значи следеће: коментар није логичко-каузално повезан са текстом, те и он треба да се „извуче“ из текста. И надаље ће постојати потреба

87 J. B. White: *The legal imagination. Studies in the nature of legal thought and expression*, 1973.

88 Waldemar Schreckenberger: *Rhetorische Semiotik* (Реторичка семиотика), 1978.

89 *Rechtstheorie*, 348.

90 D. Breuer: *Einführung in die pragmatischen Texttheorie* (Увод у прагматичку теорију текста), 1974; овде ваља имати у виду и друге ауторе који се баве овом проблематиком: U. Eco, H. Kronasser, E. J. Lampe, P. Lorenzen, S. J. Schmidt, H. P. Schneider, E. Walter и други.

91 Жак Дериде: *Сила закона*, Нови Сад, 1995.

92 P. de Man: *Blindness and insight* (Слепило и сагледавање / код нас превод овог дела гласи: *Проблеми модерне књижевности*), 1975; *Allegories of reading* (Алегорије читања), 1979; *The resistance to literature theory* (Отпори теорији литературе).

93 H. Bloom: *The anxiety of influence* (Неспокојство утицаја), 1973; *Poetry and repression* (Поезија и репресија), 1976.

94 G. Harman: *Beyond formalism* (Супротно формализму), 1979; *The fate on reading* (Судбина читања), 1975.

95 H. J. Miller: *Fiction and repetition* (Измишљање и понављање), 1982.

96 N. Frye: *Anatomy of criticism* (Анатомија критицизма; нем. *Analyse der Literaturkritik*), 1965.

за интерпретирањем јуристичких текстова, као што је то случај и са литерарним текстовима – ово важи у практичном, критичком и принципијелном погледу. Текстови нису носиоци очигледног значења, нити су јасан извор екстраполирања. Исто ово важи и за јуристичке одлуке и изграђивање мишљења које је са њима уско повезано. Мисао правне науке могла би да буде обogaћена ако би на значају добиле основе етике одлучивања, онако како су оне приказане у оквиру светске књижевности. Јуристичко одлучивање није засновано на једном „монистичком“ мишљењу, већ на једном креативном и, у смислу исконског значења, поетском поступку.⁹⁷

Може се констатовати да ових десет правно-теоријских праваца (оријентација, смерова), евентуално уз друге који се „отварају“ и настају, као и уз читав низ субсмерова, заправо само на различите начине јуристички вреднују један заједнички предмет – право. Дакле, сви ови правци на одређен начин истражују, пропитују и концепцијски уобличавају: прво, оно што би се могло означити као *правна сујсџанција* у датом теоријском контексту; друго, оно што се уобичајено назива *правним обликом* и *правном фиџуром*; треће, оно што *правну теорију појиврђује* у њеним основним својствима и истовремено *одваја*, односно разграничава *од других правних, фалијативной правних, мејай правних и йсеудоиправних дисциплина*.

Gordana Vukadinović*

Radivoj Stepanov**

LEGAL THEORY – SCIENTIFIC AND EDUCATIONAL DIMENSION

Dedicated to Professor Stevan Vracar, outstanding
representative of the science of law

Summary

It happens frequently that a small people have a small and „borrowed“ legal culture. However, there have been reputable and unique jurists in the Serbian legal culture and heritage. Professor Stevan Vracar figures as one of them. Through his voluminous and creative juristic work, primarily in the field of the legal theory, jurisprudence and legal methodology, as well as

⁹⁷ *Rechtstheorie*, 348.

* Gordana Vukadinović, Ph.D., Full Professor of the Faculty of Law in Novi Sad.

** Radivoj Stepanov, Ph.D., Full Professor of the Faculty of Philosophy in Novi Sad.

through his inspiring lectures and educational activities, Professor Vracar has influenced many a generation of jurists and admirers.

According to research and historically relevant insights, there have been defined ten research tendencies marking the map of the legal theory nowadays: analytic legal theory, institutional legal positivism, critical rationalism, legal sociology and the theory of system, legal logic, dialectical argumentation and topic jurisprudence, the theory of juristic discourse, movement *Critical legal studies*, the *Law and Economics* school, and the narrative legal theory. It can be said that these ten legal theoretical directions (orientations, streams), together with others that might develop or emerge, and a number of supplementary tendencies, contribute, though in different ways, to a juristic appraisal of the very same matter – law.

Key words: *Stevan Vracar – Legal theory – Directions and central points in the research of the legal theory*

Gordana Vukadinović*
Radivoj Stepanov**

THEORIE DU DROIT – DIMENSION SCIENTIFIQUE ET EDUCATIVE

Dédiée au professeur Stevan Vračar, grand chercheur
en science juridique

Résumé

En matière de droit le destin des petits peuples est très souvent de n'avoir qu'une culture modeste et partiellement „importée“. En ce sens, la culture et le patrimoine juridiques serbes se distinguent par la formation de juristes de renom. L'un d'eux est assurément le professeur Stevan Vračar. Par le nombre de ses ouvrages ayant trait au droit, avant tout dans le domaine de *la théorie du droit, de la philosophie du droit et de la méthodologie du droit*, ainsi que par son travail d'enseignant qui a su susciter et encourager de nombreuses vocations, il a exercé une grande influence sur de nombreuses générations de juristes et, plus largement, d'admirateurs.

D'après les résultats des recherches, de portée historique, les auteurs constatent que la théorie du droit compte aujourd'hui pas moins de dix directions de recherche: théorie du droit analytique, positivisme juridique institutionnel, rationalisme critique, théorie et sociologie juridique du système, logique du droit, argumentation dialectique et jurisprudence topique, théorie du discours juridique,

* Dr Gordana Vukadinović, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Novi Sad.

** Dr Radivoj Stepanov, Professeur à la Faculté de philosophie de l'Université de Novi Sad.

mouvement *Critical legal studies*, école droit et économie (*Law and economics*) et théorie du droit narrative. On peut constater que ces dix orientations juridiques et théoriques auxquelles il convient d'ajouter celles qui peuvent être amenées à „s'ouvrir“ ou apparaître ces derniers temps, ainsi que toute une série de sous directions, ne font en réalité qu'apprécier juridiquement, de différentes façons, un seul objet commun – le droit.

Mots-clés: *Stevan Vračar. – Théorie de droit. – Orientations et points essentiels de recherche en théorie de droit.*

Gordana Vukadinović*
Radivoj Stepanov**

RECHTSTHEORIE – WISSENSCHAFTLICHER UND BILDUNGSASPEKT

Zusammenfassung

Das Schicksal kleiner Völker ist, dass sie oft kleine und „angeliehene“ Rechtskultur haben. Die serbische Rechtskultur und Rechtserbe dagegen haben angesehenen und authentischen Juristen. Einer von ihnen ist auch Prof. Dr. Stevan Vračar. Durch sein im reichen Stil geschriebenes Werk auf dem Gebiet der *Rechtstheorie, Rechtsphilosophie und Rechtsmethodologie*, durch seine inspirative und anregende Lehr- und Bildungstätigkeit übte Prof. Dr. Vračar großen Einfluss auf zahlreiche Generationen von Juristen und Verehrern.

Laut forschungswissenschaftlichen und historisch relevanten Einsichten stellen die Autoren fest, dass heutzutage insgesamt zehn Forschungsrichtungen das Gebiet der Rechtstheorie markieren: analytische Rechtstheorie, institutioneller Rechtspositivismus, kritischer Rationalismus, Rechtssoziologie und Theorie der Systeme, Rechtslogik, dialektische Argumentierung und topische Jurisprudenz, Theorie des juristischen Diskurses, die Bewegung *Critical legal studies*, Recht-und-Wirtschaft Lehre (*Law and economics*) und narrative Rechtstheorie. Es kann festgestellt werden, dass diese zehn rechtstheoretischen Richtungen (Orientierungen), allerdings neben anderen, welche erst im Entstehen sind, sowie neben einer ganzen Reihe von Nebenrichtungen, eigentlich nur auf verschiedene Art und Weise einen gemeinsamen Gegenstand juristisch bewerten – das Recht.

Hauptwörter: *Stevan Vračar. – Die Rechtstheorie. – Die Richtungen und die Schwerpunkte bei Erforschung der Rechtstheorie.*

* Dr. Gordana Vukadinović, Professor an der Juristischen Fakultät in Novi Sad.

** Dr. Radivoj Stepanov, Professor an der Juristischen Fakultät in Novi Sad.