

Др Драган М. Митровић*

ИДЕАЛИСТИЧКИ И РЕАЛИСТИЧКИ ПОЈАМ ПРАВА

Право представља изузетно сложјену појаву. Њега је веома тешко тачно одредити. То нарочито важи за идеалистичке правне теорије које истражују слојеве права иза или изнад уочљиве стварности и уместо корисности предност дају правди и другим вредностима. Због тог важног недостатка треба разликовати идеалистички од идеализованог и идеалног појма права. Невоља је у томе што идеалистички појам права није оперативан, идеализовани појам права није тачан, док је идеални појам права људски недостижан.

Може се запитати како је право уопште могуће одредити, а посебно, како га је могуће идеалистички одредити? Одговор на први део питања је теодицијски: право није могуће одредити ни у каквом апсолутном или коначном смислу. Али, право је могуће одредити у релативном и конвенционалном смислу. Када је реч о другом делу питања, о идеалистичком појму права, одговор на то питање може се пронаћи довођењем права у везу са правним вредностима, а нарочито са правдом као вредношћу. Али, и на то питање дат је велики број различитих одговора, уместо јединственог одговора.

Право се такође одређује и дефинише реалистички, на конвенционалан и оперативан начин. Невоља је у томе што је и реалистички појам права веома тешко тачно одредити. Ни он није монолитан, већ сложен, изнијансиран и у целости саткан од слојева различитих степена правности. Уз то, конвенционалних реалистичких појмова (и дефиниција) права готово да је безброј, али се користи само неколико њих: они које се сматрају оперативним због могуће корисности.

Ако се прихвати да право треба пре да буде корисно него праведно, тада његов реалистички појам може оперативно да се одреди у проширеном и суженом смислу утврђивањем извесних заједничких правних својстава. На основу располагања тим својствима, такође, могу да се одреде и три главна слоја у појму права: потпуно (савршено), непотпуно (несавршено) и недовршено (при видно) право којима се фино подешава уређивање односа различитог значаја и степена сукобљености. Да није тако, Десет божјих заповести било би сасвим довољно за уређивање свих људских односа.

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, draganm@ius.bg.ac.rs.

Када је реч односу идеалистичког и реалистичког појма права, њега је могуће размотрити у духу учења о метаправном, правном и свету физичких појава и правној заповести која у правном свету једина спаја оно што јесте и оно што треба. На трагу те две идеје, могуће је превазићи дуализам идеалистичког и реалистичког појма права и повезати природно са позитивним правом. То је могуће учинити коришћењем једне или неколико природноправних вредности као начела или пресуђујућих мерила за избор општих правних принципа преко којих се природно право улива у позитивно и постаје његов део. Правда је најважније такво начело. Она је у исто време мерило свих других вредности и мерила.

Правда и из ње изведена правичност представљају згодан пример који показује како се природноправне вредности, које су изворно идеалистичке, могу операционализовати у позитивном праву, које је изворно реалистичко. То дозвољава да се закључи како и природно право може да буде корисно, барем у делу у коме се прелива у позитивно право. Ни природно право није настало из доколице, већ из преке потребе да се одржи самопостојање појединаца у друштву и омогући њихово усавршавање. Из доколице су настала идеализована идеалистичка и реалистичка учења о праву. Њихова корисност је пролазна, док су правда и правичност трајне.

Кључне речи: Појам права. Три света права. Природно и позитивно право. Правда, правичност и позитивно право. Реалистички појам права.

1. ЈЕЗИЧКА И САДРЖИНСКА ЗНАЧЕЊА ПОЈМА ПРАВА

Право представља изузетно сложену појаву коју је веома тешко тачно одредити. То потврђују термини који се користе за његово означавање: грчки *dike* (у смислу праведности и права уопште) или латински *directum* (у смислу представе о простору: „равно“ или начина деловања: „исправно“) и *ius* (од санскритске речи *yoh*, у смислу права уопште, правичности или правде, силе и власти које проистичу из права, али и у смислу права римских грађана или грађанског права, као *ius civile*). Поред ова два главна, за означавање права у ужем и прецизнијем значењу – позитивног правног извора, користе се изрази *nomos* (у смислу закона, уредбе, одредбе, обичаја) и *lex* (у смислу закона, законског предлога, законске одредбе, прописа, правила), али и *mores* и *consuetudo* (у смислу обичајности права).¹

Различити називи за право и њихова употреба јасно показују да се иза изведених језичких проблема налази суштински проблем сазнавања, одређивања и дефинисања права. Тај проблем проистиче из вишезначности права као целовите правне појаве која пре свега располаже својом идеалном (надискуственом) и реалном (искустве-

¹ Љубомир Тадић, *Филозофија права*, Београд 1994, 25-30.

ном) страном и значењем. Због тога се, не сасвим исправно, каже како право има три главна значења: *природноправно*, *позитивноправно* и *социолошкоправно*.

Разматрањем ове три велике димензије права, које чине основ правног искуства и институционалног правног знања није обухваћена целокупна област права. Не треба због тога да чуди што су на то питање које одувек заокупља људску радозналост: на питање шта је право, давани најразличитији одговори, што су формирано различити правци и школе са готово безброј изнијансираних гледишта и дефиниција права. Ипак, та шароликост, која плени, није пружила јединствен нити коначан одговор на питање шта је право. Изгледа да је човеку својствено да може да поставља питања на која никада не може коначно да одговори.

2. ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА ПРАВА И ВРСТЕ ДЕФИНИЦИЈА ПРАВА

Да на питање шта је право никад не буде коначно одговорено утиче пре свега људска несавршеност, која чини да потпуно сазнање и коначно дефинисање права остану изван људских могућности. Постоји право и постоје тврдње о томе шта је право. Такође, појам права никада се не подудара са својом дефиницијом. Дефиниције су увек сиромашније од појма и појаве. Главни узрок је несавршеност категоријалног апарата и језика који се користе.²

Неуспех да се право у целости сазна и потпуно одреди указује на још неколико важних ствари о ограниченим људским могућностима и непоузданим границама за сазнавање, одређивање и дефинисање права.³ Пре свега, *појам права је релативан, због чега су све дефиниције права релативне*. Због тога се каже да су *појам и дефиниције права увек субјективни*. Они су мисаоно пројектовање оног што сматрамо правом. То пројектовање се сучељава са неизбежним – оно је увек субјективно. Такође, *појам и дефиниције права никада нису сасвим истинити*. Они су само мање-више уверљиви и проверљиви.⁴ Због тога, основно истраживачево рукводно начело треба да буде *погодност за рад*, а не коначна истинитост добијених исказа.⁵ То је нужно, јер је човек тако „срећно удешен да нема никак-

² Лудвиг Витгенштајн, *Филозофска истраживања*, Београд 1980, 39 и даље.

³ Џозеф Раз, *Етика у јавном домену*, Београд Подгорица 2005, 213 228.

⁴ Лудвиг Витгенштајн, *О извесности*, Нови Сад 1988, 16, т. 61.

⁵ Вид. Карл Попер, *Трагање без краја. Интелектуална аутобиографија*, Београд 1991, 115 116, 194, 221.

вог тачног мерила истинитости“, али због тога има „више изврских мерила нетачности“.⁶

Немогућност да се појам права до краја истинито одреди и дефинише не укида могућност да се право *исправно* одреди и дефинише. Може се рећи: *појам и дефиниције права су погодни за рад када су исправни и солидни*. Увек када су исправни и солидни, *појам и дефиниције права су корисни*.⁷ Најзад, зато што је корисно, *право мора конвенционално да се одреди и дефинише*. Али, ни такви конвенционални појмови и дефиниције права нису стални, јер трају само док су корисни.

Конвенционалне дефиниције права су обично дате у облику дескриптивних, прескриптивних или дескриптивно-прескриптивних исказа о праву.⁸ Постоји још једна важна, тзв. „аристотеловска“, „средишња“ или „жаришна“ врста дефиниције *per genus proximum et differentiam specificam*, заснована на коришћењу „родног појма“ и „особене разлике“. Према њој, као родни појам права обично се наводе правила људског понашања, док се за њихову особену или врсну разлику узима могућност примене физичке или неке друге принуде. Неки писци (Паулус, Улпијан итд.) као родни појам права наводе „појам доброг“, док за особену разлику узимају „појам једнаког“.⁹ Иако није савршена, изгледа да је ова врста дефиниције најприближнија природи права и, због тога, најпогоднија за његово одређивање.

3. ПОЈАМ ПРАВА У ИДЕАЛИСТИЧКИМ И РЕАЛИСТИЧКИМ ПРАВНИМ ТЕОРИЈАМА И УЧЕЊИМА

Развој правне науке омогућио је појаву различитих правних теорија, школа и праваца са њиховим најистакнутијим представницима. Оне могу да се разврстају на идеалистичке и реалистичке теорије и учења о праву.

Идеалистичке теорије о праву веома су старе. Изузму ли се утопистичке теорије (на пример, марксистичка теорија о одумирању права и државе), идеалистичке теорије о праву могу да се разврстају на природноправне, априористичко-феноменолошке, егзистенцијалистичке, формалне и културалистичке правне теорије, зависно од тога да ли право објашњавају искључиво или претежно као идејну појаву.

⁶ Блез Паскал, *Мисли*, Београд 1988, 72, т. 82.

⁷ Алф Рос, *Право и правда*, Београд Подгорица 1996, 57 и даље.

⁸ Радомир Д. Лукић, „Појам права“, *Зборник за теорију права*, САНУ, II, Београд 1982, 27-39.

⁹ Сергије Викторович Троицки, *Црквено право*, Београд (1938) 2011, 17-18.

Нарочито *природноправне теорије* у праву виде једно „више“, „истинско“ право које служи постизању општег добра и праведности у политичкој заједници, као и етичкој изградњи и усавршавању човека. Свима је заједничко уверење да право представља један двојни (дуалистички) нормативни систем састављен из система природног права и система позитивног права. Природно право не стварају људи својом вољом, већ је оно објективно дато и утемељено у људској природи. Оно је вечно, јер важи за сва времена, или универзално, јер важи за све народе или за све припаднике једног народа, будући да се састоји из савршених и апсолутно праведних правила.¹⁰ Оно је надређено систему позитивног права, које је постављено, пролазно и партикуларно, јер се не састоји из савршених и апсолутно праведних правила.

Препород природног права први је у XX веку (1910. године) најавио Француз Жозеф Шармон (*Joseph Charmont*). Од тада па надаље, важну заједничку одлику *савремених природноправних теорија* представља наглашавање односа форме и садржине, с једне, и суштине и циља права, с друге стране. Такође, у њима се јасно разликује природноправно учење као идеологија од природноправног учења као опште теорије права. Најзад, у свима њима је наглашена нужна веза ауторитета, слободе, права на отпор, дужности на послушност итд., са моралом. То је чињено или поновним тумачењем старијих природноправних учења (Рудолф Штамлер /*Rudolph Stammler*/, Ернст Блох /*Ernst Bloch*/, Мишел Вилеј /*Michel Villey*/), или, ређе, стварањем мање-више оригиналних природноправних учења (Роберт Нозик /*Robert Nozick*/, Отфрид Хефе /*Otfried Höffe*/). Најпознатија је уговорна теорија правде Џона Б. Ролса (*John B. Rawls*).

Када је реч о стварању мање-више оригиналних *савремених природноправних учења*, најизразитији представници тог новог природноправног мишљења су Густав Радбрух (*Gustav Radbruch*) са теоријом права као оличењем идеје правде у којој главне теме чине „појам права“ и „идеја праведности“, и теоријом „законског неправда и надзаконског права“, јер право представља стварност која треба да служи идеји права као вредности;¹¹ Роналд Дворкин (*Ronald Dworkin*) са теоријом судског одлучивања у којој се правда одређује као начело за расподелу „добара, могућности и средстава“, поштење као средство за исправно „доношење политичких одлука“, а правичност као ствар „процедуре спровођења правила тог система“, уз идеју о „самопречишћавању“ права, фикцију о „судији Херкулесу“ и можда најважнију идеју да позитивно право садржи не само *legal*

¹⁰ Nikola Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb 2001 (2006), 91 96.

¹¹ Вид. Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1980 (1999).

rules већ и *legal principles*;¹² Џон Финис (*John M. Finnis*) са теоријом супстантивног природног права заснованог на „захтеву практичне разборитости“ (*reasonableness*);¹³ и Лон Фулер (*Lon L. Fuller*) са процедуралном природноправном теоријом о „унутрашњој моралности права“ која право једино чини могућим,¹⁴ уз поменутог Џона Ролса.

И *реалистичке теорије о праву* старе су барем као идеалистичке теорије. Оне могу да се разврстају на позитивистичке, социолошке, интегралне и мултидисциплинарне.

Позитивистичке правне теорије одбацују идеју природног права. Нема другог права осим вредносно неутралног позитивног права какво постоји у стварности. Иако су сви позитивисти сагласни у томе да не постоји природно право, они међу собом нису сагласни приликом одређивања садржине позитивног права. Тако су настале различите варијанте позитивистичких теорија.¹⁵ *Социолошке правне теорије* право одређују као друштвену појаву, а његову суштину тумаче деловањем друштвених чинилаца. Ту идеју потврђује изрека римских правника: „Где је друштво, тамо је и право“ (*Ubi societas, ibi ius*). *Интегралне* (или интегралистичке) *правне теорије* настоје да превазиђу искључивости редукционизма у правној науци и одреде интегрални појам права у коме најважније место припада нормативној, социолошкој и аксиолошкој страни права (Вилхелм Зауер /*Wilhelm Sauer*).¹⁶ Најновије *мултидисциплинарне правне теорије* имају за циљ да прошире интересовање правне науке на само наизглед различите теме које су све доскора биле на ободу правног интересовања или уопште нису разматране у правној науци.¹⁷

Може се запазити неколико важних ствари поводом идеалистичких и реалистичких правних теорија: прво, да „чисто“ идеалистички и реалистички појам права не постоје другачије осим као виртуелни садржаји свести својих твораца; друго, да у идеалистички или реалистички надахнутој правној теорији и доктрини постоји невероватан број најразличитијих одговора на питање шта је право, али да није пронађен задовољавајући, а камоли поуздан одговор на

¹² Вид. Ronald Dworkin, *Shvatanje prava ozbiljno*, Zagreb 2003.

¹³ Вид. John M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Un. Press 1982.

¹⁴ Вид. Лон Л. Фулер, *Моралност права*, Београд 2001 (2011).

¹⁵ Вид. Ханс Келзен, *Опита теорија права и државе*, Београд 1951 (1998, 2010); Херберт Харт, *Појам права*, Београд Подгорица Цетиње 1996.

¹⁶ Гвидо Фасо, *Историја филозофије права*, Београд Подгорица 2007, 658 659.

¹⁷ Вид. Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard Un. Press 2002; Вил Кимлика, *Мултикултурално грађанство. Либерална теорија мањинских права*, Нови Сад 2002; Џозеф Раз, *Етика у јавном домену*, Београд Подгорица 2005; Мајкл Волзер, *Подручје правде*, Београд 2000.

то врховно питање; треће, да су највећи број одговора дале природноправне и позитивноправне теорије са својим учењима; четврто, да није пронађен задовољавајући одговор ни када је реч о појмовима природног и позитивног права, пето, да исте недоумице и недоречености постоје и када је реч о односу природног и позитивног права; шесто, да природно право може да се доведе у везу са позитивним на начин који укида њихов дуализам, будући да постоји само један и јединствен, холистички саздан, појам права који има своју идеалистичку и реалистичку страну; и, седмо, идеалистичке и реалистичке теорије показују да право може слободно да се одреди и дефинише. Да је тако, потврђује развој права који није ништа друго до резултат надметања најразличитијих идеалистичких и реалистичких правних теорија и учења.

Произлази да идеалистичке правне теорије, а нарочито природноправне теорије, не могу да буду искључене као нетачне и некорисне, како се радо истиче (да од шуме не виде дрвеће). О њиховој тачности може се разговарати исто као и о тачности реалистичких теорија (за које се може рећи да од дрвећа не виде шуму). Дакле, обе велике гране теорија подједнако су тачне, односно нетачне, само из другачијих разлога. Када је реч само о корисности идеалистичких теорија, очигледно је да су и оне корисне. Једино, њихова корисност је ретко када непосредно уочљива, упркос томе што и оне показују да се право увек односи на људе и доноси због људи. Реалистичке теорије, пак, непосредно су корисне. Једино је потребно одговорити „зашто“ су и „зашта“ су оне корисне. Прво се односи на разлог њиховог постојања и оправдање позитивног права, а друго на њихове границе и ограничења позитивног права.

4. РАВНИ У КОЈИМА СЕ РАСПРОСТИРУ ИДЕАЛИСТИЧКИ И РЕАЛИСТИЧКИ ПОЈАМ ПРАВА

Право – то је читав један слојевит свет. Састоји се из три света који се распростиру попут кругова повезаних тако да се међусобно укрштају. Средишње место права налази се у правном свету (метасвету), као посреднику између физичког света и метаправног света идеја.

Први, „прави свет“ (*свет физичке стварности*) представља физички свет, свет физичких ствари и сила у најширем смислу речи. Реч је о првобитном свету свих могућности, али без људи и права. У том динамичком и процесуализованом детерминистичком свету у одређеном тренутку појављује се човек као „биће обдарено духом“, а затим и право као саставни део тог света, као нешто што „јесте“. Препознаје се према претходном урачунавању услова детер-

минисане физичке стварности приликом формулисања правних заповести, као и према накнадно произведеним последицама људског понашања сагласног изреченим правним заповестима. То је постигнуто стварањем реалистичког појма права, способног да се *непосредно* операционализује и материјализује у свету физичке стварности.

Други, „правни свет“ (*свет правне стварности*) сачињава свет мисаоних процеса и субјективних искустава који у нормативном облику наткриљују свет физичке стварности. То је актуелни свет у коме обитава „биће обдарено духом“, способно да сазнаје, ствара, испитује и примењује право. Из тог правног света мисаоних процеса и субјективних искустава право сврсисходно настаје и делује на физичку стварност као промишљен спој жеља и могућности, због деловања у тој стварности. Тај спој изражава се у облику сврсисходних заповести. Због тог споја, правни свет наткриљује и надилази физичку стварност својом посебном правном стварношћу.

Може се закључити како у правном свету право истовремено постоји као нешто што „јесте“ (*de lege lata*) и као нешто што „треба да буде“ (*de lege ferenda*). Правни свет је нешто што „јесте“, будући да се и значење може сматрати једном врстом постојања. Али, у том свету право је и нешто што „треба да буде“, будући да је реч о детерминисаном значењу издатом у облику сврсисходних заповести које тек треба да буду материјализоване.

Очигледно, у правном свету сусреће се и преплиће идеалистичка са реалистичком страном права, тј. природно право са позитивним. Њихов однос се доживљава дуалистички. Али, те две стране је могуће повезати и ускладити. Једино је потребно показати како до тога долази. А одговор за правни свет је једноставан: *правна заповест је та која у себи сажима идеалистичко са реалистичким*. Једино правна заповест може у исто време да постоји као нешто што „јесте“ и као нешто што „треба да буде“, будући да је и значење у свом актуелном облику једна врста бивствовања или постојања.

Тврдња да је правна заповест у исто време једна врста бивствовања, а не само требања, не може се поткрепити само аргументима правне филозофије и теорије. На такве одговоре из једне области људског знања могуће је одговорити само тражењем одговора у другој, широј и вишој области тог знања. Згодан пример представља питање које је себи својевремено поставио Дејвид Бом (*David Bohm*): *да ли је значење бивствовање?* На то питање Бом је потврдно одговорио. Према њему, значење и бивствовање *одражавају* једно друго.¹⁸ У том међуделовању, значење престаје искључиво да постоји као нешто што „треба да буде“. Оно се преобличава и постаје део ствар-

¹⁸ David Bohm, *Wholeness and the Implicate Order*, London New York 2002, 87-89.

ности, нешто што „јесте“. Суштина је у томе да нема раздвајања, иако значење не мора увек да буде учвршћено. Изгледа да та идеја представља поуздан ослонац за извођење одговарајућих закључака о истовременом постојању и упоредном деловању идеалистички или реалистички замишљеног природног и позитивног права у јединственом свету права. Правни свет показује да је дуализам природног и позитивног права суштински привидан.

Трећи, „метаправни свет“ (*свет правне метастварности*) јесте мета-метасвет правних исказа, теорија, проблема и критичких тврдњи. Он у ширем смислу обухвата све производе људског ума (правне појмове, институције, процедуре или правничка дела). Па ипак, то нимало не утиче на његову стварност, јер је он стваран као и сви људски производи уопште.¹⁹ Он има своју историју (историју наших идеја) и своје вредности (које је створио човеков ум). Због тога је он родно место свих правних теорија.²⁰

Физички свет је свет материјалних извора права и материјализованог права. Правни свет је свет формалних извора и систематизованог права. Унутар правног света постоје два његова подсвета: *правни свет правила* (свет материјалних правила) и *правни свет метаправила* (свет процедуралних правила о одвијању материјалних правила). Метаправни свет је свет правних идеја (исказа, теорија, проблема и критичких тврдњи). И пошто први свет сам по себи није правно делатан, а трећи сам по себи није делотворан, постоји правни свет као посредник између првог и трећег света, између чисте материје и чистих идеја. Он обезбеђује неопходну повезаност, смисленост и сврховитост сва три света права који се приказују на идеалистички или на реалистички начин.

5. РЕАЛИСТИЧКИ ПОЈАМ ПРАВА У ПРОШИРЕНОМ И СУЖЕНОМ СМИСЛУ, НАСУПРОТ ИДЕАЛИСТИЧКОМ

Када се расправља о чисто „научном појму права“, потребно је утврдити својства која су заједничка конкретним облицима права, јер „сви, свесно или подсвесно, налазе нешто суштински истоветно у појму права“.²¹ Прво заједничко својство јесте да се *правом резулише спољашње, телесно понашање*, тј. чињење или нечињење. Такође, право је *хетерономно*. Да није тако, прелило би се у морал или нека слична друштвена правила. Затим, *друштвеност* права као треће својство, састоји се у томе што се правним нормама искључиво

¹⁹ Карл Попер, 93.

²⁰ *Ibid.*, 93 94.

²¹ Р. Лукић, „Појам права“, 27 и даље.

регулише међусобно понашање људи. *Регулативност* је четврто заједничко својство права. Да би правно регулисање остварило свој друштвени задатак, оно мора да буде „постављено“, да се доноси „унапред“ (спрам своје *causa finalis*), да буде „системско“ и „леgitимно“. Пето обележје тиче се сукоба интереса који су нарочито изражени у областима имовинских односа, односа власти и организације друштва. Они чине *традиционални предмет правног регулисања*. Шесто, право одређује људско понашање тежећи да га што тачније измери. *Квантификовање права* треба тачно да одреди овлашћења и обавезе односних субјеката. Седмо обележје представља појава *спора и суда*, који је последица чињенице да људи имају различите интересе које право не само да регулише, већ и да разграничава. Осмо, право располаже *формалним поступцима* којима се тачно одређује која лица или органи, у ком облику, у које време, на ком месту итд., могу да користе своја правна овлашћења или морају да изврше своје правне обавезе, као и то на који ће начин да се води истражни, судски, управни, арбитражни или неки други поступак у случају спора. *Примена санкције*, као девето обележје, представља редовну делатност државних и друштвених органа. Санкција мора да буде правом предвиђена, друштвена, спољашња, мерљива, предвидљива, сразмерна итд.²² Десето, право није лишено вредности, тј. није бесциљно. Оно има за циљ остваривање вредности реда, мира и сигурности, што чини једанаесто својство права. Највећу вредност представља *захтев за остваривањем правде и људске слободе*. Наведених једанаест заједничких својстава права омогућавају одвијање заједничког живота са што мање неусклађености, препрека, сукоба и борби, који слабе, разарају друштво и непотребно троше енергију људи. На тај начин, право омогућава *самопостојање људи*.²³

Наведена заједничка својства нису у истој мери присутна у праву. Неке правне норме располажу свим наведеним својствима, а друге не; неке норме спадају у потпуно, а друге у непотпуно право. То важи како за норме државног, тако и за норме друштвеног права.²⁴ Може се закључити да је реалистички појам права изванредно развијен и сложен, јер се састоји из више правних слојева или врста потпуног и непотпуног државног и друштвеног права.

Потпуно државно право „обухвата само норме које имају сва својства“ права. То је случај и са *потпуним друштвеним правом*. Најоучљивија спољашња разлика између ове две врсте права постоји у погледу субјеката који их стварају, док друге разлике не морају да буду толико изражене.

²² Тома Живановић, *Систем синтетичке филозофије права*, III, Београд 1959, 338-340.

²³ Р. Лукић, „Појам права“, 27.

²⁴ *Ibid.*, 31.

Постоји и *непотпуно државно право*, које садржи „норме које немају сва та својства, али имају бар већину од њих“. Због тога се нужно поставља питање да ли оно мора да има државну санкцију. Будући да обе ситуације могу да се сусретну, произлази да постоје две врсте непотпуног државног права. Прву врсту чини државно право које садржи већину заједничких својстава, међу којима је државна санкција, а другу врсту државно право које располаже већином заједничких правних својстава, међу којима није државна санкција. За прву врсту непотпуног државног права каже се да је „мање савршено“ од потпуног државног права, док се за другу врсту непотпуног државног права ни то не може рећи. Ипак, право познаје норме без санкција (*leges imperfectae*), као што је случај са уставним начелима о праву грађана на рад, срећу итд. Будући да такве државне норме не садрже одредбе о нечијој обавези да их правно осигура санкцијама, нити да санкције буду извршене, ту се пре ради о привиду права или барем нечем попут „голог“ права (*nudum ius*). Све речено важи и за *непотпуно друштвено право*, које такође располаже већином заједничких обележја права са државном санкцијом или без ње. На основу тога разликују се две врсте непотпуног друштвеног права: „мање савршено“ друштвено право и недовршено („неостварено“) друштвено право.²⁵

Може се запазити како појам права у *проширеном* смислу садржи слојевито распоређене три врсте државног и три врсте друштвеног права. Први слој сачињавају *потпуна* права – државно и друштвено право, која имају сва заједничка обележја права. Други слој сачињавају *непотпуна*, „несавршена“ права (Џон Остин) или права „умањене вредности“ (Роналд Дворкин, Џон Финис) – државно и друштвено право која имају већину заједничких својстава, међу којима је и државна санкција. Најзад, трећи слој сачињавају привиди права, *недовршена* или неостварена права – „голо“ државно и друштвено право, која међу већином својих заједничких својстава немају државну санкцију. Тиме се показује како реалистички појам права није монолитан или једнообразан, како може да се учини, већ да је сложен, изнијансиран и у целисти саткан од слојева различитих степена правности.

Појам права може реалистички да се одреди и у *суженом смислу*, када се као најважније својство истиче само једно на уштрб других. Такав случај је са дефиницијама права у којима се право одређује као „скуп норми које санкционише држава“. Сагласно с тим, правне би биле потпуне и само оне непотпуне државне и друштвене норме које располажу државном санкцијом.

Наведени реалистички појмови права у проширеном и суженом смислу могу да се користе у исто време а да то не буде противречно, јер они ипак нису суштински различити. Исти им је *genus proximum*

²⁵ *Ibid*, 29.

јер је увек реч о правилима људског понашања. Само је обим *differentia specifica* другачији. У случају проширеног одређивања, то су сва заједничка обележја права или барем њихова већина, а у случају суженог одређивања само једно, најуочљивије правно обележје – државна санкција.

Оперативна значења реалистички одређеног појма права показују да право не постоји због тога што су људи праведни, добри, вредни, искрени или пажљиви, нити због тога што су њихови поступци честити, надахнути љубављу и доказима међусобног уважавања. Тада би и *Десет божјих заповести* било довољно за уређивање свих њихових односа. Може се закључити да право није настало из доколице, већ из преке људске потребе да се друштво сачува од самоуништења. Из доколице су настала идеализована идеалистичка и реалистичка учења о праву.

6. ДУАЛИЗАМ ИДЕАЛИСТИЧКОГ И РЕАЛИСТИЧКОГ ПОЈМА ПРАВА: ПРИРОДНО И ПОЗИТИВНО ПРАВО

Правна стварност је изузетно сложена и налази се у непрестаном кретању, јер постоји непрекидно струјање и преплитање између три приказана света права. То се одражава на схватање и везу идеалистички и реалистички одређеног појма права. Та веза је најупечатљивија када се одређује однос природног и позитивног права, независно од тога да ли се прихвата првенство идеалног света над реалним и природног права над позитивним, или обрнуто, првенство реалног света над идеалним и позитивног права над природним.

Такве опречне тврдње захтевају кратак осврт на „озлоглашени дуализам“ природног и позитивног права. Природно право (*ius naturale*) независно је од неког спољашњег ауторитета. Оно је дато од једног узрока или чиниоца изван њега самог, једном и заувек. Тај узрок или чинилац јесте извор природног права, његов творац. Према једној школи природног права, тај узрок или творац јесте „биолошка (антрополошка) природа човечја“ (*биолошко природно право*); према другој, „ум, умна природа човечја“ (*умно природно право*); према трећој, „божански ум“ (*божанско природно право*) „чији је гласник човечји ум“. Али, независно од свог узрока, природно право увек претходи позитивном праву и служи му као основ и узор. У противном, позитивно право би остало сасвим практично и конкретно, а тиме и лишено свог основног смисла.

Између природног и позитивног права постоје и друге значајне разлике. Према традиционалном схватању, природно право је непроменљиво и универзално, док је позитивно право код разних на-

рода мање-више различито и подложно променама. Природно право је садржано у самој људској природи, „као што су творевине природних закона природом дане“, док позитивно право стварају људи. Природно право је увек праведно, док позитивно право то само може да буде; на пример, као „покушај да се оствари Правда“. У погледу природног права може се поставити само питање његовог објашњења, док позитивном праву мора да се нађе оправдање. То оправдање може да пружи само природно право. Такође, природно право је „савршено право“, док је позитивно право „несавршено“. Природно право је „идејно“, док је позитивно право „стварносно“ итд.²⁶

Тврдња да природно право оличава правду, док позитивно право познаје само правичност, омогућава природном праву да се оперативно испољи, чак као засебан извор позитивног права. У том нарочитом смислу, природно право се може сматрати независним извором од позитивног права, али само на основу претходног законског признања или судске одлуке.

Насупрот природном праву, постоји позитивно право (*ius positum*). Оно важи и примењује се у друштву. Његова „позитивност“ одређује се према његовом вршењу, тј. ефикасности, док се позитивност сваког његовог дела одређује према томе да ли припада позитивном праву.

Иако је природно право савршено а позитивно несавршено, између ова два права не мора да постоји сукоб и неслагање. Будући да је идеја природног права објективно заснована у људској природи, та чињеница требало би барем да нагони творце позитивног права да размисле какво право стварају и потруде се да створе што боље право. Нарочито истраживање природног права и његових начела од стране правне науке представља снажан подстицај за усавршавање позитивног права. Да је то могуће, доказали су чувени римски правници код којих је то сазнање достигло непревазиђену висину јер је у великој мери постало саставни део римског права.²⁷ Упркос томе, заговорници реалистичког одређивања појма права, а нарочито заговорници позитивистичких правних схватања, истрајавају на разликовању реалног од идеалног у праву, на разликовању права као чињенице и права као вредности, права какво „јесте“ и права какво „треба да буде“ – речју, на разликама између позитивног и природног права,

²⁶ Т. Живановић, II, 147, 162. Вид. J. M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press 1982; Robert P. George, *In Defense of Natural Law*, Oxford University Press 1999; Kevin M. Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Cambridge 2006.

²⁷ Wayne Morrison, *Jurisprudence: from the Greeks to Post Modernity*, London Sydney 1997, 15.

правде и корисности. Такав приступ могао би се назвати научним, а не филозофским. Он налаже реалистима-позитивистима да према праву заузму објективан, вредносно и етички неутралан став, будући да норма није везана ни за један систем вредности. Они одбијају да у дефиницију права укључе елементе као што су постизање општег добра, остварење правде, заштита људских слобода итд. Уместо тога, мерило правности постаје то што је норма изведена из утврђених чињеница, тј. што је постављена од стране одређеног органа, према одређеној процедури, или што је барем одређено време ефективно поштована од стране једне групе лица. То је разумљиво има ли се у виду да позитивисти право изводе „одоздо на горе“ и заснивају на свету физичке стварности коју погрешно поистовећују са светом правне стварности, док свет метаправне стварности најчешће искључују из својих разматрања.

Такав детерминизам производи суштинска ограничења. Ипак, ни „ђаво није сасвим црн“. Упркос чињеници да правници реалисти-позитивисти важећим правом сматрају само оно које се примењује у одређеном друштву, то још не значи да они апсолутно оповргавају постојање идеалног права. Они само одричу да то идеално право стоји у истој равни са позитивним правом. Дакле, проблем се састоји у повезивању та два права и превазилажењу дуализма природног и позитивног права. Иако вредности природног и позитивног права имају свој утврђен распоред и улогу, то још не показује како се вредности из природног преливају у позитивно право, које, узгред, само располаже својим техничким вредностима.

7. ПРЕВАЗИЛАЖЕЊЕ ДУАЛИЗМА ПРИРОДНОГ И ПОЗИТИВНОГ ПРАВА ПРИМЕРИ УЧЕЊА ГУСТАВА РАДБРУХА И РОНАЛДА ДВОРКИНА

Постоји више интересантних одговора како може да се превазиђе проблем дуализма природног и позитивног права. Један од најинтересантнијих одговора дао је Густав Радбрух у својој познатој књизи *Филозофија права (Rechtsphilosophie)*. У њему, као и у својим другим радовима, Радбрух „надвисује“ супротстављене позиције природног и позитивног права (јуснатурализма и јуспозитивизма) и усредсређује се на три главне теме: „појам права“, „идеју праведности“ и учење о „законском неправу и надзаконском праву“.

За Радбруха право представља стварност која треба да служи идеји права као вредности, а то је идеја правде. Сагласно са тим, реалистички саздано право треба да служи идеалистички сазданом праву. Радбрух своје схватање проширује тврдњом да се идеја пра-

ва састоји из вредности три идеје: правде, сврсисходности и правне сигурности. Правда се огледа у „једнаком поступању са једнакима“, сврсисходност у оном „што користи народу“, а сигурност у позитивности права и искључењу произвољности приликом његовог стварања и примене. Те три идеје налазе се у променљивој равнотежи, заједно творећи „приближно право“ као један „отворен систем“.²⁸

Друга главна тема у Радбруховом учењу односи се на садржаје праведности (правде), а решава помоћу надемпиријске „идеје сврхе“. То је тема која има за циљ да вредност идеје правде повеже с идејом правичности као врстом применљиве правде. Према Радбруху, праведност не може да се одреди само помоћу једног формалног начела једнакости, већ је потребно да се одреди и једно друго, садржинско начело, које је релативно. Приликом једног таквог избора стоје на располагању три највише вредности права: индивидуалистичке (човекова личност, *индивидуалне вредности*), наиндивидуалистичке (колективна личност, *колективне вредности*) и трансперсоналне (људска дела, *вредности дела*). Од избора једне од могућих вредности као правно највише, зависи како ће садржински бити одређено начело праведности. Радбрух сматра да тај избор може да се учини само ауторитативним путем, што је вероватно његова најслабија замисао и најслабији одговор.

Трећа главна Радбрухова тема тиче се разликовања „законског неправда“ од „надзаконског права“. То је његова закаснела идеја којом је изнова подстакнуо интересовање за вредности правде и природног права. Радбрух ту идеју објашњава следећим речима: „законско неправда“ не може да буде основ легитимности, јер када је право изопачено, тада основ позитивног права постаје „надзаконско право“.

Радбрух је својим решењима о праву као „троједном“ и као „отвореном систему“ успео да избегне замку дуализма природног и позитивног права, чак и када тврди да правда председава над сигурношћу и сврсисходношћу, која су пре својства позитивног права него природног. Тешкоћу представља његов недовршени део учења о садржини правде у коме закључује како избор између индивидуалне и колективне вредности или вредности дела може да се учини само ауторитативним путем. На тај део Радбруховог учења надовезао се Артур Кауфман (*Arthur Kaufmann*), који је проблем решио у корист индивидуалних вредности као пресуђујућег ауторитета.²⁹ То је пример пожељне доследности, будући да је и правда истог индивидуалног порекла. Колективна правда није изворна, а и питање је да ли то уопште може да буде правда (линч није примена колективне правде), нити правда обитава у вредностима дела.

²⁸ Г. Радбрух, 38 39.

²⁹ Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, Београд Ваљево 1998, 285 287.

Други подстицајан пример и покушај решавања односа природног и позитивног права изложио је Роналд Дворкин. У његовом учењу правда се велича као начело, засебан облик „интегритета“, који – изложен у облику његове оригиналне теорије судског одлучивања – није ништа друго до једно ново природноправно учење.³⁰ То учење заснива се на увиђању да „живимо у праву и преко права. Оно нас чини оним што јесмо: грађани, службеници, лекари, супружници и људи власници ствари. Оно је мач, штит и претња... „³¹ Можда и нова „религија“?

Најважнија и најплодоноснија Дворкинова идеја тиче се позитивног права које не садржи само правна правила (*legal rules*), већ и правне принципе (*legal principles*). Правни принципи имају морални значај. Они постају део позитивног права захваљујући законодавној делатности или судском одлучивању. На пример, приликом решавања спорова судије се не позивају само на правна правила, већ и на правне принципе. И, док су правна правила апсолутна („све или ништа“), правни принципи су релативни и могу бити у сукобу. Произлази да апсолутна примена правних правила зависи од претходног избора релативних правних принципа. Од тог избора зависи да ли ће се правда као препознатљива вредност метаправног света прелити у правни свет у облику правичности и свет физичке стварности у облику остварене правде. Очигледно, претходно треба решити проблем избора правних принципа.

Тај проблем Дворкин решава разликовањем правних принципа од правних начела (*legal policies*). Правна начела имају предност, јер од њиховог избора зависи избор правних принципа. Док принципи описују права појединаца, правна начела описују добра, тј. политичке циљеве заједнице као целине.

Иако је све наизглед јасно, може се запитати: од чега зависи избор правних начела? Очигледно, Дворкин проблем избора начела није успео да реши. Он то није успео да постигне чак ни међусобним вредновањем правних начела, на шта се позива приликом оцењивања релативне тежине једних у односу на друге (случај „Елмер“). Невоља је у томе што у Дворкиновом учењу избор правних начела, која описују добра или политичке циљеве заједнице, логички не може да буде истоветан са самим *избором* неког добра или политичког циља. Опис треба да помогне избору, док сам избор зависи од још једног претходног избора (а не описа), који није довољно успешно објашњен у Дворкиновом учењу. Будући да управо од тог избора зависи шта ће се сматрати најпожељнијим друштвеним добром, оправдано се може поставити питање ауторитета који одређује који се то

³⁰ Р. Дворкин, *Ствар принципа*, Београд Подгорица 2001, 193 257.

³¹ Р. Дворкин, *Царство права*, Београд 2003, VII VIII.

политички циљ тренутно има сматрати најпожељнијим добром. Ако је тај ауторитет „поштење“, које Дворкин одређује као ствар „структуре која распоређује утицај на доношење политичких одлука на прави начин“, тада се руши доследност читаве конструкције јер у том случају може да буде реч само о произвољном и променљивом избору неког политичког циља који се представља као начело од кога зависи примена релативних правних принципа и апсолутних правних правила.

Не само Радбрух, већ ни Дворкин није успео до краја да реши проблем дуализма природног и позитивног права, будући да се обојица позивају на ауторитет способан да наметне избор неке вредности као добра (Радбрух) или да својим на етици заснованим избором начела утиче на избор принципа, а преко принципа на избор правних правила ради постизања неког добра (Дворкин). Ипак, Дворкин је пружио једно јасније и рационално подношљивије *утутство* за повезивање природног са позитивним правом од Радбруха.³² Дакле, обојица су проблем дуализма ублажили, али га нису решили до краја. Као да су сметнули да у том случају постоје чисто природноправна начела која су врховни ауторитет. Та начела морају да буду надмоћнија од сваког другог ауторитета, тако да ниједно правило које им противречи не може да буде исправно.³³ Најважније је начело правде која није само највиша вредност, већ и мерило свих других вредности. Тек када се правда препозна и изабере као врховни ауторитет и пресуђујуће мерило за избор неког добра које је пожељно за слободну већину чланова заједнице, а затим операционализује у облику правичности – тек тада се може рећи како се природно право преко општих правних принципа прелило у позитивно право. Важно је нагласити да се не прелива целокупно природно право у позитивно, већ само један његов део, и то онај део који је препознат као користан или барем подстицајан у ситуацији или случају који измиче домашајима позитивног права.

Како би се показало да је дуализам природног и позитивног права релативан, а тиме и непотребан, можда је прави тренутак да се одступи и у најкраћим цртама осврне на учење једног провереног реалисте, Херберта Харта (*Herbert A. L. Hart*), енглеског представника аналитичке јуриспруденције – све то како би се из другачије перспективе сагледао исти проблем у духу правила *audiatur et altera pars*. Пажњу нарочито заокупља Хартово учење о „правилу признања“ (*the Rule of Recognition*) које је изложио у својој најпознатијој књизи „Појам права“ (*The Concept of Law*) 1961. године. Њега сачињава

³² Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Београд Подгорица 2001, 193 257.

³³ Љ. Тадић, 129 130.

једна или више реално постојећих норми. То правило постоји како у развијеним, тако и у примитивним људским заједницама. Његова улога не састоји се само у томе да служи као мерило за утврђивање правног карактера и „валидности“ норми у систему права, већ и да буде основ за извођење легитимности и легалности државне власти. Невоља је у томе што Харт не каже одређено која то све правила сачињавају правило признања и службе као мерило валидности правних норми које улазе у састав датог система права, будући да постоји више таквих мерила која се могу међусобно искључивати. Он једино каже да постоји једно „врховно мерило“, као и да правило признања измиче свакој процени валидности. Произилази да оно једино може бити прихваћено као такво.³⁴

Хартов проблем нарочито је видљив када се ради о правилу признања у неразвијеним и примитивним друштвима, у којима се и оно мало записаног права утапа у мору неписаних правила чије порекло чак не мора тачно да се зна. Да ли је могуће да у таквим друштвима правило признања искључиво припада систему оперативног позитивног права, односно да ли су једно или више правила која улазе у састав правила признања у таквим друштвима искључиво позитивноправна? Ако јесу, да ли су из састава правила признања намерно изузета природноправна правила? Ако нису, где су она? И друго, из чега позитивно правило признања извире? Да ли оно извире из истих таквих старијих правила? Али, из чега извиру та старија и најстарија правила? Да ли су она, можда, природноправна?

Може се запитати: да ли то што правило признања сачињава једна или више реално постојећих норми може да значи како и природноправне норме реално постоје и важе? Штавише, да ли правило признања, барем у примитивним друштвима, сачињавају реално постојеће природноправне норме?! Оба питања су умесна, будући да сам Харт закључује како позитивно право треба да садржи „минимум природног права“.³⁵ Остаје неразјашњено где се налази и где је „усредсређен“ тај минимум природног права: да ли у правилу признања?

И Хартово правило признања могло би да послужи као згодан пример за повезивање природног са позитивним правом. То показује да је дуализам природног и позитивног права привидан, као и да је могуће преливање природног у позитивно право, будући да се ради о истом јединственом појму права. Али, који ће то део природног права бити – то се не може унапред знати. Срећом, постоје барем формална мерила која омогућавају смислен и користан одговор чак и на то питање.

³⁴ Х. Л. А. Харт, 102, 106, 119 и даље.

³⁵ *Ibid.*, 189.

8. ПОВЕЗИВАЊЕ ПРАВНИХ ВРЕДНОСТИ СА КОРИСНОШЋУ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА ОПЕРАЦИОНАЛИЗОВАЊЕ ПРАВДЕ

Најважније је размотрити како се вредност правде операционализује у позитивном праву. То је најпогодније учинити тумачећи Дворкинове приказане две важне идеје. Ослањајући се на прву Дворкинову идеју, могуће је закључити како се управо правда, као природноправно начело, пре свих других начела прелива у позитивно право преко општих правних принципа. Ослањајући се на другу Дворкинову идеју, могуће је закључити како је преливање правде у позитивно право преко правичности могуће извести захваљујући претходном ауторитативном избору неког добра, тј. политичког циља, пожељног за целу друштвену заједницу.

Може се запитати како би то добро могло да се опише? Очигледно, то „добро“ у савременим развијеним демократским друштвима са владавином права *не* може да буде пронађено уз помоћ било ког ауторитета већ само уз помоћ правде као највишег ауторитета и пресуђујућег мерила, како су први истицали антички писци. Невоља је у томе што правда не може сама од себе непосредно да се прелије у позитивно право. Потребно је да то у њено име учини неки орган чији је ауторитет друштвено општеприхваћен. Данас се то сматра нарочитим задатком парламента, као легитимног „представничког тела оних над којима се влада“ (Макс Вебер /*M. Weber*/), или суда са његовим „царством судија“ и схватањем права као „предвиђања како ће судови стварно да поступе“ (О. В. Холмс /*O. W. Holmes*/), оставе ли се по страни ауторитети божанства, провиђења, апсолутног разума или племенског поглавице, врача, већа старца итд. Нарочито парламент и суд због своје истакнуте улоге – произашле из истог таквог друштвено признатог ауторитета – морају *постојано* да се *надахњују* правдом као врховним начелом и циљем, будући да је најправедније оно добро које одговара највећем броју грађана.³⁶ То је сасвим у складу са Тацитовом изреком: „На престолу бити праведан, значи бити јак“. Али, то је пожељно стање које не показује како је учињен успешан избор.

Како се, дакле, може одредити и изабрати једно такво пожељно добро? На то питање могу се дати два одговора. Први одговор је *cad-rжинске* природе, и није га могуће пружити унапред нити *in abstracto*. Потребно је да се догоди нешто суштински важно за заједницу у смислу губитка или добитка да би такво добро било препознато као заједничко у свести барем већине грађана. То је најлакше учинити када већина грађана одмах препознаје такво пожељно добро, тј. „зна шта хоће“. Али, може се сматрати да грађани такво добро препознају

³⁶ Платон, *Закони*, Београд (1971) 1990, 146, 314.

и када „знају шта неће“. И у таквој ситуацији могуће је наслутити о каквом је то пожељном добру реч, само је забуна већа. Други одговор је *формалне* природе. Он је на први поглед јасан, али није довољан. Односи се на три могуће ситуације. У првој ситуацији, када се творци (парламент) или остваривачи права (судови) надахњују правдом, требало би увек да се успостави потребан склад правде са правилима која регулишу најважнија добра, као што су живот, слобода, мир итд. Ту је утицај правде и других правних вредности најочигледнији. Друга могућа ситуација тиче се питања: шта се дешава са оним позитивним правилима која нису супротна правди нити су штетна за заједницу, будући да не намећу добро које не одговара интересима већине грађана? Преостаје да се закључи како се ради или о чисто техничким правним, или о другим сличним вредносно неутралним правилима (у односу на правду или друге вредности, што не мора да буде случај када се разматра однос истих таквих правила са чисто друштвеним вредностима и правилима са којима она у исто време не морају бити у вредносно неутралном односу). Није тешко замислити ни трећу ситуацију, када се ради о избору неког добра које као политички циљ није пожељно за целу заједницу, иако је законито изабрано. У том случају, реч је о очигледној законској или судској неправди, како је истицао Густав Радбрух. Али, постоје законске и судске неправде које нису очигледне. Савремен пример представљају непребројна и недовољно позната правна правила која стварају и примењују читаве мале армије правника надахнутих глобалистичким тежњама и жељама да се скривено и без икакве контроле успостави управљање светом. Тој жељи су нарочито посвећене савремене *патохране* (на пример, тзв. „неоконзервативци“ у САД). Њих је Анджеј Лобачевски (*Andrew M. Lobaczewski*) одредио као „психопате на власти“, тј. као психопатску мањину која влада над „заједницом нормалних људи“. Добро које они желе само за себе, а то је потпуна моћ и контрола над свиме што постоји, апсолутно је неприхватљиво за људски род и његову будућност.

Будући да је реч о избору добра заснованом на правди, није тешко у наведеном смислу још једном се запитати зашто правда има најистакнутију улогу у праву, а не нека друга вредност уместо ње? Одговор је једноставан: зато што је правда јединствена врста сразмерности и склада. Она се односи на све људе, тј. на човечанство, а не само на „елиту“. Не каже се тек тако да „из правде, као неког извора, проистиче цело право“.

Иста правда за све, често гесло многих историјских покрета, ни данас ништа није изгубило од свог значаја. Али, све правде нису исте. Председава (замишљена) *божанска правда*. Она је *апсолутна* и није истоветна са пантеистичком *природном* правдом, јер „Неко“ (*Бог*) и „Нешто“ (*Природа*) нису истог рода. Природа је резултат стварања света, а не његов претходећи узрок. Постоји и *друштве-*

на правда, која је релативна. Њене карактеристичне врсте су морална, религијска и правна правда. Све оне, а нарочито правна правда, имају смисла тек када се ослањају на најопштији појам правде као своје мерило.

Правна правда представља синоним за оно што је сразмерно или једнако. Према тим мерилима одређују се два њена *формална* обрасца: *дистрибутивна (iustitia distributiva*: „свакоме сразмерно“), која је првобитна, положајна и налаже да се „неједнако поступа са неједнаким“, и *комутативна (iustitia commutativa*: „свакоме једнако“), која је разменска и налаже да се „једнако поступа с једнаким“. Правна правда у најужем значењу означава саобраћавање закону (*законску правду (iustitia legalis)*). Она се састоји из општости, једнакости и непристрасног вршења закона и права. Али, на питање у чему се састоји *материјална* правда, не може се одговорити никаквим сличним обрасцем, чак ни обрасцем тзв. „солидарне правде“.

Правна правда, будући врста друштвене правде, није савршена. Али то није ни право. Зато између несавршене правне правде и још несавршенијег позитивног права увек постоји мање или веће неслагање и напетост. Имајући управо то на уму, Цицерон је сврху права одредио као *вештину праве мере* при подели добара међу грађанима (*Sit ergo in iure civili finis hic legitimaе atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*). А то значи да свако „нормално“ позитивно право мора да садржи барем минимум правде. Колики је значај правде показује и ово: ниједан суд се не зове суд права, али се многи називају судовима правде.

9. ПОВЕЗИВАЊЕ ПРАВНИХ ВРЕДНОСТИ СА КОРИСНОШЋУ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА ОПЕРАЦИОНАЛИЗОВАЊЕ ПРАВИЧНОСТИ

Када се назначи шта је правда, тада је могуће одредити њен оперативни и применљив облик у праву. Његово постојање потврђује да идеалистички појам права не лебди ни у каквом замишљеном простору, већ да је и он способан да се операционализује и прелије у позитивно право. Тај оперативни и применљив облик правде зове се *правичност*.

Правичност је правда у конкретном случају који не може да се реши само на основу позитивног права. Прво је сматрана врлинском законске правде, да би у XIX и XX веку постала средство за исправљање претеране строгости закона, нарочито када треба да се спречи механичка, незаконита или неправедна примена правила у конкретним случајевима. Тако се поступа и данас, када се правичношћу назива уставно или обичајно овлашћење судија или

других службених лица да еластично примењују правне норме у конкретним случајевима ради успешнијег остваривања права. Због тога се правичност доживљава као корективна правда, једна врста поштења које исправља право.

Да постоји веза природног и позитивног права додатно потврђује то што правичност може да се одреди у природноправном и позитивноправном смислу. Правичности у *природноправном* смислу постоји када закон непосредно упућује на природно право у случајевима правних празнина (када не постоје правне одредбе за поједине случајеве које закон није предвидео или судија није могао да их подведе под неку општу норму). С друге стране, правичност у *позитивноправном* смислу располаже својим законским (материјалним) и судским (формалним) обликом. *Законска* правичност у позитивноправном смислу омогућава да се правна норма примени тако што ће бити узете у обзир све особености неког случаја. Такве норме спадају у *правично право* (које налаже одустајање од кажњавања за ситну крађу, утају, превару из невоље итд.), за разлику од *строгог права* које не допушта узимање у обзир таквих особености. *Судска* правичност у позитивноправном смислу постоји када се решавање законом обухваћених конкретних случајева врши „у духу“ права, тј. његове идеје, материје, а не према слову закона. До тога обично долази када законом нису обухваћена сва обележја конкретног случаја (случај правне празнине). Тада судска правичност омогућава судији да реши конкретан случај према правилу које сам одређује. Њен значај је толико велики да понегде постоје посебни органи који суде у таквим случајевима (*судови правичности*).

Произлази како право само преко правичности може да служи остварењу идеје правде (Аристотел). Слична мисао сусреће се у Радбруховом учењу: право је стварност која своје значење има у чињеници да служи идеји правде. Ова Радбрухова тврдња може се сажети у једноставној формули: када законско право негира једнакост као „тежиште“ правде у мери која је „неподношљива“, тада судија таквак закон треба да укине у корист правде. Управо се у судској пракси послератне Немачке дешавало да су се судови приликом изрицању пресуда позивали на природно право. И не само да су немачки правници посезали за вредностима које не зависе од државе, него су тражили такве погодне вредности којима би се додатно ограничила моћ државе.

10. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Будући да је данас неодвојива од заштите људских права, судска правичност доводи се у везу са *правом на правично суђење*. То право се односи на заштиту људских права људи у свим фазама по-

ступка пред судским или другим државним органима. Оно је засновано на следећој идеји: када се људска права не поштују у полицијској станици, соби за саслушавање, притвору, суду или затворској ћелији, очигледно је да тада власт не испуњава своје обавезе.³⁷

Како би се показало да је могуће повезати природно са позитивним правом, биће препричан случај како је један амерички судија у својој пресуди сјајно спојио захтев за придржавањем права са захтевом који налажу правда, судска правичност и право на правично суђење. Наиме, пред судију је доведен возач у припитом стању. Возач је одмах признао своју кривицу. На судијино питање зашто је у припитом стању управљао возилом, возач је изјавио да је он отац троје малолетне деце, да издржава супругу и да је тог дана изненада добио отказ на послу, иако је био добар радник. Ојађен због отказа и тешке ситуације у којој су се изнебуха нашли он и његова породица, отишао је до првог бара, у коме је попио већу количину пива. Затим је сео у кола. Кола са припитим возачем убрзо је зауставила полиција, која га је одвела до дежурног судије. На ту возачеву причу, судија је одговорио отприлике овако: ја морам да вас казним затвором, јер је ваша кривица очигледна и признали сте је. Али, пошто до сада нисте кажњавани, и пошто сте остали без посла и средстава да издржавате вашу породицу, суд ће вас препоручити да поново добијете посао, док ћете вашу казну затвора издржавати наредних месеци само у дане викенда, како бисте осталим данима могли да радите и да издржавате вашу породицу.

Ето примера како судије могу да доносе правичне одлуке којима уздиже вредност правде у праву.

Dr. Dragan M. Mitrović

Professor

University of Belgrade Faculty of Law

IDEALISTIC AND REALISTIC CONCEPTS OF THE LAW

Summary

Law is an extremely complex phenomenon that evades precise conceptual determination. This is particularly true for the idealistic legal theories that focus on the layers of law that go beyond the discernible

³⁷ Nuala Mole, Catharina Harby, *Право на правично суђење. Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Београд 2003, 34 и даље.

reality, and instead of giving preference to usefulness of the laws they vest it to justice or some other essential value. Due to these important shortcomings, special differentiation should be made between idealistic concepts of law and the idealised or ideal concepts of the law.

In a conventional and operative manner, law can also be determined realistically. Nonetheless, despite the possibility of its operationalization, a precise determination of the realistic concept of law comes as no easy task due to its complex, shaded and layered nature. If we accept that law should primarily be useful and not just, then its realistic concept can be operatively determined in an expanded and a restricted sense. This allows us to further elucidate the three main layers in the concept of the law: complete (perfect), incomplete (imperfect) and unfinished (illusionary) law.

Once we bring to fore the relationship between the idealistic concept of law and the realistic concept of law, it becomes possible to consider it in the spirit of the teaching about the metalegal world, legal world and the world of physical phenomena and the command of the law which in the legal world links that what is and that what ought to be. Following those two ideas, it would be possible to surpass the dualism between the idealistic concept of law and the realistic concept of law, by providing a link between natural law and positive law. By utilizing various natural law values as policies or confines for choosing general legal principles – where the natural law would flow into the positive law, becoming its integral part – one could evade the dualism. One of the core values in that regard is certainly justice.

Justice and fairness are a perfect reflection on how the values of natural law, which are in their essence idealistic, can be operationalised in positive law. It follows that the natural law can also be regarded as useful, at least in those parts in which it is possible to integrate it with positive law. After all, natural law emerged from the dire need to maintain co-existence of individuals in a society and enable their progress.

Key words: *Concept of law. – Three worlds of the law. – Natural and positive law. – Justice, fairness and positive law. – Realistic concept of the law.*