

ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE

Примљен: новембар 2012.

*Received: November 2012.*

*Драган М. Митровић*

Правни факултет Универзитета у Београду

*Гордана Вукадиновић*

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

## ИДЕАЛИСТИЧКИ ПОЈАМ ПРАВА

### Преливање природног у позитивно право: пример правде и правичности

*Право 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 или другим вредностима. Могу се разврстати на природноправне, априористичко-феноменолошке, егзистенцијалистичке, културалистичке или на неки други начин. У њих би могла да се уврсти и понека савремена мултидисциплинарна теорија.*

*Упркос бројности или модерности, ниједна идеалистичка теорија не може да пружи поуздан, а камоли коначан одговор на питање шта је право. Због тога, 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 идеалистички?*

*Одговор на то питање може се пронаћи довођењем права у везу са правдом или неком другом вредношћу, као и коришћењем учења о три света права. Помоћу учења о метаправном, правном и свету физичких појава и правној заповести, која у правном свету једина спаја оно што јесте и оно што треба, могуће је превазићи дуализам и повезати природно са позитивним правом.*

*Најтеже је објаснити начин преливања природног у позитивно право. На трагу Дворкиновог учења, то је могуће учинити коришћењем једне или неколико природноправних вредности као начела или пресуђујућих мерила за избор опитних 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. Невоља је у томе што у Дворкиновом учењу избор опитних правних принципа зависи од претходног ауторитативног избора неког правног начела које не мора бити засновано на ауторитету правде већ на неком пожељном добру које не мора бити праведно. Може се закључити како произвољан избор пожељног добра од стране неког људског ауторитета одређује начин и меру преливања природног у позитивно право. Али, тако не мора да буде ако се таквим ауторитетима сматрају парламент или суд, и то само када се као неоспорни легитимни носиоци државне власти надахњују вредностима правде, а не корисности. Корисност је тренутна и пролазна, док су правда и на њој засноване одлуке односних органа трајне и вечне.*

*Веза правде и правичности представља згодан пример који показује како се природноправне вредности операционализују у позитивном праву. 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 сапостојање појединаца у друштву које омогућује усавршавање. Из доколице су настала само идеализована идеалистичка (и реалистичка) учења о праву.*

**Кључне речи:** Појам права; Три света права; Идеално, идеалистичко и идеализовано право; Природно и позитивно право; Учења Густава Радбруха и Роналда Дворкина; Преливање природног у позитивно право; Правда, правичност и позитивно право.

## 1. УВОД

Право представља изузетно сложену појаву коју је веома тешко тачно одредити. То потврђују изрази који се користе за његово означавање: грчки *δίκη* и *δίκησις* (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 ових главних, за означавање права у ужем и прецизнијем значењу позитивног правног извора, користе се као главни изрази *νόμος* (у смислу закона, уредбе, одредбе, оби-

чаја), *lex* (у смислу закона, законског предлога, законске одредбе, прописа, правила) или *mores* и *consuetudo* (у смислу обичајности права).<sup>1</sup>

Наведеним језичким изразима делимично су укрштена главна значења права: његово идеалистичко и реалистичко значење, као и њихова бројна изведена значења. Ипак, јасно је да се нека од наведених језичких значења недвосмислено односе на идеалистички појам права. Њихова употреба показује да се иза изведених језичких проблема налази суштински проблем сазнавања, одређивања и дефинисања права који не може у целости да се реши реалистичким теоријама и учењима. Тај проблем проистиче из суштинске вишезначности права као целовите правне појаве која располаже својом идеалном (надискусвенном) и реалном (искусвенном) страном и значењем. Због тога, конвенционално се каже како право има своје *природноправно значење*, које је једно од више његових главних значења. То је данак традицији по којој се право у смислу *ius* посматра са гледишта вредности друштвених идеала (на пример, правде *iustitia*, правичности *aequitas*, *iustus*/ итд.), када се правна филозофија, теорија и наука додирују са политичком и моралном филозофијом.<sup>2</sup> Не треба да чуди што су на то врхунско 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, таква шароликост која плени, није пружила јединствен нити коначан одговор на питање шта је право.<sup>3</sup> Али, ако право не може да се одреди и објасни како се жели, то још не значи да оно уопште не може да се одреди и да не могу да се пруже све боље дефиниције права које ће све више наликовати његовој идеалној, потпуној и коначној дефиницији.

## 2. ИДЕАЛИСТИЧКИ ПОЈАМ ПРАВА У ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ И ДОКТРИНИ

Идеалистичке теорије веома су старе. Могу се разврстати на природноправне, априористичко-феноменолошке, егзистенцијалистичке, формалне и културалистичке правне теорије, зависно од тога да ли право објашњавају искључиво или претежно као идејну појаву.

*Природноправне теорије* у праву виде једно „више“, „истинско“ право које служи постизању општег добра и праведности у политичкој заједници, као и етичкој изградњи и усавршавању човека. Свима

---

<sup>1</sup> Вид. Д. М. Митровић, *Увод у право*, Београд 2012<sup>4</sup>, 118–120.

<sup>2</sup> D. Vrbanić, *Sociologija prava*, Zagreb 2006, 7.

<sup>3</sup> Д. М. Митровић, *Теорија државе и права*, Београд 2010, 187–188.

је заједничко уверење да право представља 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.<sup>4</sup> То право је надређено систему позитивног права, које је постављено, пролазно и партикуларно, будући да се не састоји из савршених и апсолутно праведних правила.

Природноправна мисао постоји и развија се од античких почетака до данас. Најстарије су *античке природноправне теорије*. Обухватају период од митских предања старих Грка до Јустинијановог *Corpus iuris civilis*.<sup>5</sup> На њих се надовезује *црквено природноправно учење* (са римокатоличком варијантом: Аурелије Августин (*Aurelius Augustinus*) и Тома Аквински (*Thomasius Aquitanus*),<sup>6</sup> са протестантским варијантама: Мартин Лутер (*Martin Luther*) и Жан Калвин (*Jean Calvin*).<sup>7</sup> У позном средњем веку долази до преокрета захваљујући *рационалистичким природноправним теоријама* либералног или конзервативног усмерења (Хуго Гроцијус /*Hugo Grotius*/, Барух де Спиноза /*Baruch Benedictus de Spinoza*/, Самуел Пуфендорф /*Samuel von Puffendorf*/, Кристијан Томазије /*Christian Thomasius*/ и Кристијан Волф /*Christian Wolff*/). Посебну варијанту рационалистичких природних теорија представљају *уговорне природноправне теорије* (Томас Хобс /*Thomas Hobbes*/, Џон Лок /*John Locke*/, Жан-Жак Русо /*Jean-Jacques Rousseau*/). На њих се надовезују теорије *немачког правног идеализма* (Имануел Кант /*Immanuel Kant*/, Јохан Готлиб Фихте /*Johann Gottlieb Fichte*/).<sup>8</sup> А онда долази до затишја. Оно траје све до *препорода природног права*, после „одмора“ у XIX веку. Тај препород је први 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 наглашена је нужна веза ауторитета, слободе, права на отпор, дужно-

---

<sup>4</sup> N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb 2001, 91–96.

<sup>5</sup> Вид. М. Ђурић, *Идеја природног права код грчких софиста*, Београд 1959; Платон, *Закони*, Београд 1990; Аристотел, *Метафизика*, Београд 1960; Р. Д. Лукић, *Историја политичких и правних теорија*, Београд 1973.

<sup>6</sup> Вид. Т. Aquitanus, *Summa theologiae*, Zagreb 1980.

<sup>7</sup> Љ. Тадић, *Филозофија права*, Београд 1996, 65–68.

<sup>8</sup> Љ. Тадић, 116–129; И. Кант, *Метафизика моралности*, Београд 1998.

сти 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*/),<sup>9</sup> или, ређе, стварањем мање-више оригиналних природноправних учења (Роберт Нозик /*Robert Nozick*/, Отфрид Хефе /*Otfried Höffe*/). Најпознатија је уговорна теорија правде Џона Ролса (*John B. Rawls*).<sup>10</sup>

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, будући да право представља стварност која треба да служи идеји права као вредности;<sup>11</sup> Џон М. Финис (*John M. Finnis*) са теоријом „супстантивног“ природног права заснованог на „захтеву практичне разборитости“ (*reasonableness*);<sup>12</sup> Лон Л. Фулер (*Lon L. Fuller*) са процедуралном природноправном теоријом о „унутрашњој моралности права“ која право чини једино могућим;<sup>13</sup> и Роналд Дворкин (*Ronald Dworkin*) са теоријом судског одлучивања у којој се правда одређује као начело за расподелу „добара, могућности и средстава“.<sup>14</sup>

*Априористичко-феноменолошке и егзистенцијалистичке правне теорије* пажњу усмеравају на суштину ствари као нешто очигледно у „феномену права“ и теже да „интелектуалном интуицијом“ продру до ње (Едмунд Хусерл /*Edmund Husserl*/ и Герхарт Хусерл /*Gerhart Husserl*/), или, пак, у праву виде оруђе у функцији пуког „спасавања“ (Карл Јасперс /*Karl Jaspers*/, Морис Мерло-Понти /*Maurice Merleau-Ponty*/, Мартин Хајдегер /*Martin Heidegger*/).

Проблемима појмовне обраде и примене права баве се и различите *формалне теорије права*: топика, нова реторика и правна логика са својим бројним варијантама (теорија аргументације, деонтичка логика, херменеутика или етика дискурса) и најистакнутијим представницима, од Теодора Фивега (*Theodor Viehweg*) и Хаима Перелмана (*Chaim Perelman*)<sup>15</sup> до Александра Печника (*Aleksander Peczenik*) и Роберта Алексија (*Robert Alexy*).

---

<sup>9</sup> Вид. М. Villey, *Philosophie du droit*, Paris 2001.

<sup>10</sup> Вид. Џ. Б. Ролс, *Теорија правде*, Београд – Подгорица 1998.

<sup>11</sup> Вид. Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1980 (1999).

<sup>12</sup> Вид. Ј. М. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Un. Press 1982.

<sup>13</sup> Вид. Л. Л. Фулер, *Моралност права*, Београд 2001 (2011).

<sup>14</sup> Вид. Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Београд – Подгорица 2001.

<sup>15</sup> Вид. Т. Фивег, *Топика и Јуриспруденција*, Београд 1982; Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983.

Насупрот формалним правним теоријама, *културалистичке правне теорије* право истражују и одређују као прворазредну културну појаву (Вилхелм Дилтај /*Wilhelm Dilthey*/, Хајнрих Рикерт /*Heinrich Rickert*/, Емил Ласк /*Emil Lask*/, Густав Радбрух, Карлос Косио /*Carlos Cossio*/ и други). Заједничко им је да право посматрају као вредност, нарочито као вредност правде, и да правну науку желе да ослободе формализма.<sup>16</sup> У средишту интересовања ових теорија налази се схватање о вредности као суштини културних појава, међу којима право представља прворазредну културну појаву. Пошто право одређују као „спољашње регулисање људског понашања ради успостављања садржински вредносног стања“ (Емил Ласк), односно као „појам културе који је везан за вредности или као стварност чији је смисао да *служи праведности*“,<sup>17</sup> то се тврди: појам права је културни појам (Густав Радбрух).<sup>18</sup> Најпознатији покушај да се одговори на питања која се тичу права као културне појаве, учињен је *еголошком правном теоријом* Карлоса Косио.<sup>19</sup> Под његовим утицајем стварали су егологисти Антонио Нето (*A. L. M. Neto*) и Хосе Виланова (*J. M. Vilanova*).<sup>20</sup>

У природноправне, могу се убројити и неке најновије *мултидисциплинарне правне теорије*.<sup>21</sup> Карактеристичан је покушај Мајкла Волзера (*Michael Walzer*), „либералног комунитаристе“, који појам природног права релативизује готово до његове нераспознатљивости, чинећи га потпуно зависним и променљивим од конкретних околности и културног миљеа друштва. Према Волзеру, „подручје правде је друштво у коме ниједно друштвено добро не служи као средство доминације“. <sup>22</sup> То значи, да се подручје правде сигурно налази тамо где је то неважно или недостижно. Али, да ли је тада уопште реч о правди?

Може се запазити неколико важних ствари: прво, да „чисто“ идеалистички појам права не постоји другачије осим као виртуелни садржај свести својих твораца; друго, да у идеалистички надахнутој правој теорији и доктрини постоји невероватан број најразличитијих

---

<sup>16</sup> N. Visković, *Pojam prava*, Split 1980, 17.

<sup>17</sup> Г. Вукадиновић, Р. Степанов, *Теорија државе и права I*, Петроварадин 2001, 219.

<sup>18</sup> Љ. Тадић, 149–151, 155–157.

<sup>19</sup> Г. Вукадиновић, Р. Степанов, 223.

<sup>20</sup> Вид. J. Vilanova, *Al Concepto De Derecho. Estudios Iuspositivistas*, 1993. и *Introduction Al Derecho*, 1994.

<sup>21</sup> Вид. М. Sandel, *Liberalism and Limits of Justice*, Cambridge Un. Press 1982; А. Мекинтајер, *Кратка историја етике: историја моралне филозофије од Хомеровог доба до двадесетог века*, Београд 2000; А. Etzioni, *The Third Way to a Good Society*, London 2000; М. Волзер, *Област правде*, Београд 2000.

<sup>22</sup> М. Волзер, 16 и даље.

одговора на питање шта је право; треће, да су највећи број одговора дале природноправне теорије и учења о природном праву и његовом односу са позитивним правом; четврто, да још није пронађен задовољавајући, а камоли поуздан одговор на то врхунско питање; и пето, да природно право може да се доведе у везу са позитивним на начин који укида њихов дуализам. Постоји само један, јединствен и холистички саздан појам права који има своју идеалистичку и реалистичку страну, уз друге посебне стране којима се баве филозофија и теорија права.

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 групе теорија подједнако су тачне, односно нетачне, само из другачијих разлога. Када је реч о питању корисности идеалистичких теорија, очигледно је да су и оне корисне. Једино, њихова корисност није непосредно уочљива упркос томе што и оне јасно показују да се право увек односи на људе и доноси због људи.

Идеалистичке теорије показују још једну важну ствар: да право може слободно да се одреди и дефинише. То личи на божанску креативност. Али, таква слобода није самовоља, јер је самовоља недоследна и непоуздана. Да је тако, потврђује развој права који није ништа друго до резултат надметања најразличитијих идеалистичких и реалистичких правних теорија и схватања.<sup>23</sup>

### 3. РАВНИ У КОЈИМА СЕ РАСПРОСТИРЕ ИДЕАЛИСТИЧКИ ПОЈАМ ПРАВА, НАСУПРОТ РЕАЛИСТИЧКОМ

Могући одговор на питање зашто идеалистички појам права није оперативан, идеализовани појам права није тачан, а идеални појам права није људски достижан, може се пронаћи у учењу о свету који се распростире у три равни или три холистички саздане стварности: физичкој, актуелној и виртуелној.<sup>24</sup> Будући да је право део света („Једно“, али је и само „Једно“, тј. читав један свет права), то унутар њега постоје три главна света права: „прави или природни свет“ (*свет физичке стварности*), „правни свет“ (*свет правне стварности*) и „метаправни свет“ (*свет правне метастварности*).

---

<sup>23</sup> Д. М. Митровић, *Правна теорија*, Београд 2007, 93, 120.

<sup>24</sup> Вид. Д. М. Митровић, *Пут права. Холистичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије*, Београд 2000, 63, 65, 115–116, 179, 221, 228–229.

Сва три света распростиру се попут кругова који су повезани тако да се међусобно укрштају. Средишње место права налази се у правном свету (метасвету), као посреднику између физичког света и метаправног света идеја. То значи да право надилази прави свет, творећи читав један нови правни свет који наткриљује свет физичке стварности. То је могуће будући да се правни свет ослања на још један метаправни свет идеја, исказа, теорија, проблема, критичких тврдњи, институција итд.<sup>25</sup>

Први, „прави свет“ (*свет физичке стварности*) представља физички свет, свет физичких ствари и сила у најширем смислу речи. То је природни свет „без почетка и краја“, „као целина непроменљиво велик“, „окожен оним 'ништа' као својом границом“.<sup>26</sup> 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 (јер у „бесконачном времену у једном тренутку могла би – у ствари мора! – да се достигне свака могућа комбинација“). У том физичком свету, право постоји као нешто што „јесте“. Препознаје се према претходном урачунавању услова детерминисане физичке стварности приликом формулисања правних заповести, као и према накнадно произведеним последицама људског понашања сагласног изреченим правним заповестима. Будући да је такво право реалистички саздано, оно представља нешто што „јесте“ (*de lege lata*) и испољава се у облику људског позитивног права. Такво реалистички саздано право није ништа друго до завршни резултат претходно идеалистички замишљеног права које обитава у метаправном свету и делује из њега на правни свет, а преко правног света на свет физичке стварности. У једном тренутку који измиче сећању, идеалистички замишљено право је (из метаправног света) „морало да захтева“ да се преко света правних заповести материјално изрази у свету физичке стварности. У противном, оспорило би властито постојање, будући да је и оно сврсисходно саздано. То је постигнуто стварањем другог, 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

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, 189–245.

<sup>26</sup> Ф. Ниче, *Воља за моћ*, Београд 1976, 432.



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, што показује да је таква физичка стварност претходно прихваћена као објект људског интересовања. Због тог споја, правни свет наткриљује и надилази физичку стварност својом посебном правном стварношћу. (Брак као фактичко саживљавање мушкарца и жене не производи исте последице као правно закључен брак који се не конзумира.)

Унутар правног света постоје два његова подсвета: *правни свет правила* (свет материјалних правила) и *правни свет метаправила* (свет процедуралних правила о одвијању материјалних правила). Првим се уређује садржај правног саобраћања, а другим утврђује поредак исправног одвијања правних правила и људског понашања по њима. О правилима тог правног света готово исту ствар тврди Херберт Харт. Према њему, процедуралне норме су *sui generis* оперативне норме помоћу којих се обављају „трансакције“ између субјеката права. (Једино: ништа што постоји, не постоји „*sui generis*“, тј. није самодовољно или бесциљно.) Наведено разликовање послужило је савременим идеалистички правним теоријама да идеју правног света правила доведу у везу са материјалним појмом природног права, а правни свет метаправила у везу са процедуралним појмом природног права (Ц. Финис, Л. Фулер).

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. (Друге врсте постојања права карактеристичне су за свет физичке стварности и наведене су.) 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.

У правном свету, очигледно, сусрећу се и преплићу идеалистичка са реалистичком страном права, природно право са позитивним. Њихов однос се доживљава дуалистички. Али, те две стране могуће је повезати и ускладити, донекле слично односу правног света правила и правног света метаправила. 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. Потребно је окренути се резултатима других дисциплина. Згодан пример представља питање које је себи својевремено поставио Дејвид Бом (*David Bohm*).<sup>27</sup> То је питање: *да ли је значење бивствовање?* На то питање Бохм је потврдно одговорио. Према њему, „ми разликујемо значење од бивствовања како бисмо изразили своје мисли. Али та разлика не подразумева стварну разлику – то је начин на који схватамо једну у крајњој линији недељиву целину. На ступњу на коме значење и бивствовање одражавају једно друго, можемо их сматрати раздвојеним. Али на дубљем ступњу, значење и бивствовање се морају посматрати као суштински једно: значење *постаје* бивствовање (и обрнуто). Кроз овај процес значење и бивствовање почињу да *одражавају* једно друго“.<sup>28</sup> У том међуделовању, значење престаје искључиво да постоји као нешто што би „требало да буде“ (*de lege ferenda*). Оно се преобличава и постаје део стварности, нешто што „јесте“ (*de lege lata*). И не само то: значење постаје основни квалитет стварности, будући да је стварност посредно садржана у значењима, а не само значења посредно у стварности. На крају, „значење *јесте* бивствовање“(!).<sup>29</sup> То је нужно, будући да све оно што се зна о стварности мора да буде у неком односу са оним што нам то значи. А то показује да је значење увек целина. Суштина је у томе да нема раздвајања, иако значење не мора увек да буде учвршћено. На пример, када се тумачи нека теорија, тада се долази до њеног значења. А теорије су по правилу увек вишезначне. То показује да је састав значења такав да никада не може да се досегне врхунско, крајње значење. Упркос том свом значајном ограничењу, значење је неисцрпно. Оно нема граница, јер је бескрајно и у сваком поједином

---

<sup>27</sup> D. Bohm, *Wholeness and the Implicate Order*, London & New York 2002, 87. Вид. *On Creativity*, London & New York 2004; *On Dialogue*, London & New York 2004.

<sup>28</sup> D. Bohm, *Wholeness and the Implicate Order*, 87–89.

<sup>29</sup> Бом наведену тврдњу додатно објашњава тиме што значење и смисао повезује са појмом информације. Оперативан појам у вези са информацијом јесте појам форме. Да би информација постала форма, потребно је да располаже неким значењем. „Информисати“ значи „ставити у форму“, „убличити“ неко значење. Због тога промена значења доводи до промене форме. Промена форме информације доводи до промене њеног садржаја, а тиме – повратно – и до промене њеног значења! Другим речима, свака форма која има неко значење може да створи могућу или актуелну информацију која је подједнако важна за стварни, актуелни и чисто виртуелни свет права (*ibidem*). Такође, није толико важно шта се од та три света права у физичкој стварности непосредно препознаје. Важније је да се сва три света доживљавају као заједничко и јединствено („рационално-интуитивно“) животно искуство, будући да се сва три света права непрекидно преплићу и допуњавају. Када се тако посматрају, тада дуализам природног и позитивног права не изгледа као нешто што је непремостиво.

случају зависно од контекста у коме се користи. Како се мења контекст, тако се мења значење, а са њим и бивствовање. Изгледа да и 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 који показује да је дуализам природног и позитивног права привидан.

Трећи, „метаправни свет“ (*свет правне метастварности*) јесте мета-метасвет правних исказа, теорија, проблема и критичких тврдњи. Он је чист производ људског ума и људске активности који наткриљује физички и правни свет. Метаправни свет у ширем смислу обухвата и 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 – од језичких кодова до таквих друштвених установа какве су „универзитет или полиција“.<sup>30</sup> Он има своју историју (историју наших идеја) и своје вредности (које је створио човеков ум). Иако чисто виртуелан, ни он није самодовољан, јер ништа што постоји није лишено значења и сврхе. Његов садржај, макар сасвим посредно и само једним делом, односи се на право које се распростире у претходна два света. То је свет правне метастварности, свет у коме је право увек нешто што „треба да буде“ (*de lege ferenda*).

Метаправни свет је чист производ људског ума. Он је родно место свих правних теорија. Ми смо ти који стварамо објекте тог света. А то што ти објекти имају своје природне и аутономне законе који стварају ненамераване и непредвидљиве последице само је један пример (мада крајње занимљив) много општијег правила да сви наши поступци имају такве последице. Зато на метаправни свет треба гледати као на производ човекове активности чије су последице за нас исто онолико велике или веће него у физичком окружењу. Постоји једна врста повратне спреге код свих човекових активности: „делајући, ми увек, посредно, делујемо и на себе“.<sup>31</sup>

Физички свет је свет материјалних извора права и материјализованог права. Правни свет је свет формалних извора и систематизованог права. Метаправни свет је свет правних идеја (исказа, теорија, проблема и критичких тврдњи). И пошто први свет сам по себи није правно делатан, а трећи делотворан, постоји правни свет као посредник између првог и трећег света, између чисте материје и чистих идеја. Он обезбеђује неопходну повезаност, смисленост и сврховитост

---

<sup>30</sup> К. Попер, *Трагање без краја. Интелектуална аутобиографија*, Београд 1991, 93.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 93–94.

сва три света права који се приказују на идеалистички (или реалистички) начин.<sup>32</sup>

#### 4. ДУАЛИЗАМ ИДЕАЛИСТИЧКОГ И РЕАЛИСТИЧКОГ ПОЈМА ПРАВА: ПРИРОДНО И ПОЗИТИВНО ПРАВО

Право је споља целовита, а изнутра системски уређена творевина. Захваљујући томе, оно се појављује као једно сложено ткиво у коме се различите међуповезаности измењују, преклапају, комбинују и на тај начин одређују текстуру целине.

Пре свега, право је *сврсисходна* творевина, у целости испуњена значењем и смислом. У ствари, право је у толикој мери испуњено значењем, смислом и сврхом да без њих не може да се разуме. То значи да је правна наука изразито телеолошка, јер помоћу значења, смисла и сврхе настоји да објасни законитости кретања и развоја права. Та чињеница представља упоришну тачку творцима и заговорницима идеалистичког одређивања појма права.

Право је, такође, изразито динамична творевина у сталном (значењем, смислом и сврхом испуњеном) кретању које тежи успостављању равнотеже и склада, све до постизања хармоније. Оно се појављује као један *процесуализован динамички метасистем* чије је постојано стање извесност, а својство предвидљивост. Захваљујући томе, правна стварност може да се представи у њеној пуној сложености и кретању, јер постоји непрекидно струјање и преплитање између наведена три главна холистичка света права. То се може сматрати другом упоришном тачком идеалистичких теорија, под условом да се прихвати првенство идеалног света над реалним и природног права над позитивним.

Такве тврдње захтевају кратак осврт на „озлоглашени дуализам“ природног и позитивног права који постоји од античких времена Грчке и Рима. Природно право (*ius natura*) 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“.<sup>33</sup> Али, независно од свог узрока, природно право увек претходи позитивном праву и слу-

---

<sup>32</sup> Д. М. Митровић, (2010), 189–194.

<sup>33</sup> Т. Живановић, *Систем синтетичке филозофије права*, II, Београд 1951, 144–145.

жи му као основ и узор. У противном, позитивно право би остало практично, конкретно 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 народа 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“. <sup>34</sup> 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. <sup>35</sup>

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. На пример, када у позитивном праву има празнина, судије норме за њихово попуњавање треба да пронађу у природном праву позивајући се на одредбе важећих правних прописа (законика, закона итд.). <sup>36</sup>

Неки старији правни писци (Х. Аренс /H. Ahrens/, Р. Штамлер, Г. В. Патон /G. W. Paton/), на измаку XIX и почетку XX века, у природна права убрајали су „примитивна права“. То су права „која проистичу непосредно из природе и намене човекове и која су основа свих других“. Та права се „рађају с човеком“ и свако може да их оствари. Будући да су природноправна, она су „безусловна или апсолутна“. То су пре свих права „сваког човека у односу на живот, слободу, достојанство, част итд.“. <sup>37</sup> Поменути учења веома су слична учењима при-

---

<sup>34</sup> G. Gurvich, *L'idée du droit social*, Paris 1932, 96.

<sup>35</sup> Т. Живановић, II, 147, 162. Вид. R. Tuck, *Natural Rights Theories*, Cambridge Un. Press, 1981; J. M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Un. Press, 1982; R. P. George, *In Defense of Natural Law*, Oxford Un. Press, 1999. и *Natural Law, Liberalism and Morality*, Oxford Un. Press, 2001; K. M. Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, 2006; C. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, 2006.

<sup>36</sup> Неки старији грађански законици из XIX века, на пример Аустријски општи грађански законик из 1811. године или Грађански законик Кнежевине Србије из 1844. године, природном праву су изричито придавали допунско важење позивајући се на „природна правила“.

<sup>37</sup> Т. Живановић, III, Београд 1959, 143–144, 464.

падника уговорних-природноправних теорија из XVIII века (Џон Лок, Жан-Жак Русо). Изгледа да се главна разлика састоји у томе што права која су Лок, Русо и други некад називали „природним“, поминути писци сада називају „примитивним“.

Појам природног права још више релативизују неки савремени писци (на пример, Мајкл Волзер), готово до његове нераспознатљивости, чинећи га потпуно зависним и променљивим од друштвених околности и културног миљеа.<sup>38</sup> Али, да ли тада уопште може да се говори о природном праву као оличењу правде?

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, како се често истиче у правној филозофији и теорији. 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.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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 би „требало да буде“ – речју, на разликама између позитивног и природног права, *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

---

<sup>38</sup> М. Волзер, 16–19.

<sup>39</sup> Т. Живановић, III, 631–632.

<sup>40</sup> W. Morrison, *Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernism*, 1997, 15.

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 који 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, и само располаже својим техничким правним вредностима.

## 5. 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 неколико најинтересантнијих одговора дао је Густав Радбрух у својој познатој књизи „Филозофија права“ (*Rechtsphilosophie*).<sup>41</sup> У њему, као и у својим другим радовима, Радбрух „надвисује“ супротстављене позиције природног и позитивног права (јуснатурализма и јуспозитивизма) и усредсређује се на три главне теме: „појам права“, „идеју праведности“ и 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 права 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 ства-

---

<sup>41</sup> Г. Радбрух, *Филозофија права*, 39 и даље.

рања и примене. Те три идеје налазе се у променљивој равнотежи,<sup>42</sup> заједно творећи „приближно право“ као један „отворен систем“.<sup>43</sup>

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 са идејом правичности као врстом примењивачке правде. 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 (зато што су приликом његовог избора на располагању само три највише вредности права: индивидуалистичке /човекова личност, *индивидуалне вредности*/, наиндивидуалистичке /колективна личност, *колективне вредности*/ и трансперсоналне /људска дела, *вредности дела*/). Од избора једне највише правне вредности зависи како ће садржински бити одређено начело праведности. Радбрух сматра да тај избор може да се учини само ауторитативним путем, што је вероватно његова најслабија замисао и најслабији одговор.

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“.<sup>44</sup>

Радбрух је својим решењима о праву као „троједном“ и као „отвореном систему“ успео да избегне замку дуализма природног и позитивног права. Он тврди да правда председава над сигурношћу и сврсисходношћу, која су пре својства позитивног права. Једину 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 умесно решио у корист индивидуалних вредности као пресуђујућег ауторитета. То је пример пожељ-

---

<sup>42</sup> У својим ранијим радовима (до 1936. године), Радбрух је предност давао правној сигурности, да би касније, поучен страхотама националсоцијализма, а пред сам крај живота, у својим можда најважнијим написаним радовима (од 1945. до 1949. године) предност дао правди (*ibid.*, 38–39).

<sup>43</sup> Вероватно да је та Радбрухова идеја о праву као „отвореном систему“ додатно подстакла Карла Попера да своје учење прошири на друштво. Вид. К. Попер, *Отворено друштво и његови непријатељи*, I-II, Београд 1993.

<sup>44</sup> Г. Радбрух, 287–289.



не доследности, будући да је и правда истог индивидуалног порекла.<sup>45</sup> 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. Правда може да постоји изворно само као индивидуална вредност. Она је осећај који не поседују једино биолошки саздана људска бића (на пример, психопате). Наравно, тај недостатак не мора да их спречава да подробно говоре о вредностима правде. Сва друга људска бића располажу осећајем за правду упркос томе што је различито доживљавају и одређују.

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 дó једно ново природноправно учење.<sup>46</sup> 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...“.<sup>47</sup>

То нису једине важне Дворкинове идеје. Треба поменути барем његове идеје о поштењу, које је ствар „структуре која распоређује утицај на доношење политичких одлука на прави начин“; правичности, која је ствар „процедуре спровођења правила тог система“;<sup>48</sup> „самопречишћавању“ права;<sup>49</sup> фикцију о „судији Херкулесу“ итд.

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. Произилази 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.

---

<sup>45</sup> А. Кауфман, *Право и његово разумевање*, Београд – Ваљево 1998, 285–287. Вид. *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*, vol. II, New York & London 1999, 475–476.

<sup>46</sup> Р. Дворкин, *Ствар принципа*, Београд – Подгорица 2001, 193–257.

<sup>47</sup> Р. Дворкин, *Царство права. Предговор*, Београд 2003, VII и VIII.

<sup>48</sup> Р. Дворкин, „Право иза права“, *Правни живот* 12/1998, 799–800.

<sup>49</sup> Г. Вукадиновић, Р. Степанов, 499.

Али ту није крај, јер треба решити проблем избора правних принципа. Тај проблем Дворкин решава њиховим разликовањем од правних начела (*legal policies*). Правна начела имају предност, јер од њиховог претходног избора зависи избор правних принципа. Док принципи описују права појединаца, правна начела описују добра, тј. политичке циљеве заједнице као целине. На жалост, Дворкин проблем избора начела није успео да реши конкретно, чак ни међусобним вредновањем правних начела, на шта се позива приликом оцењивања релативне тежине једних у односу на друге (случај „Елмер“).<sup>50</sup> То је разумљиво, будући да избор правних начела у његовом учењу такође зависи од још једног претходног избора неког „политичког циља“ који се сматра најпожељнијим друштвеним добром. Тада се оправдано може поставити питање ауторитета који одређује који се то политички циљ тренутно сматра најпожељнијим политичким добром. А то руши доследност читаве Дворкинове конструкције и своди је на произвољни и променљиви избор неког политичког циља као начела од кога зависи примена апсолутних правних правила. Утешно је што избор политичког циља од стране неког ауторитета, а тај циљ се тренутно сматра најпожељнијим друштвеним добром, Дворкин не решава грубо, као у *Digesta*: „закон важи јер тако хоће владалац“ (*Quod principi placuit, legis habet vigorem*), односно „владалац је слободан од законске одговорности (*Princeps legibus solutus est*)”,<sup>51</sup> већ нежно, али суштина је иста.

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 избором начела утиче на избор принципа, а преко принципа избор правних правила ради постизања неког добра (Дворкин). Дакле, обојица су проблем дуализма ублажили, али га нису решили до краја. Као да су сметнули да постоје природноправна начела која су врховни ауторитет. Та начела су јача од сваког другог ауторитета, тако да ниједно правило које му противречи није исправно.<sup>52</sup> Најважније је начело правде. 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. То је и логично, јер правда није само највиша вредност: она је и мерило свих других вредности.

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, 501–504.

<sup>51</sup> Ulpianus, *Digesta*, 1, 4. 1.

<sup>52</sup> Љ. Тадић, 129–130.

Треба истаћи да је Дворкин пружио једно јасније и рационално подношљивије *упутство* за повезивање природног са позитивним правом од Радбруха.<sup>53</sup> То његово важно упутство може се користити за објашњавање како се и друге природноправне вредности преливају у систем позитивног права: на пример, правна сигурност у правну извесност, будући да прва у чистом облику представља недостижну вредност, док се друга односи на конкретно стање неког система права.<sup>54</sup> Најважније је да правда и сигурност могу да произведу последице у позитивном праву преко својих изведених облика (правичности и извесности).

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 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 служе 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. Произлази да оно само може бити прихваћено као такво.<sup>55</sup>

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.<sup>56</sup> 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 са-

---

<sup>53</sup> Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, 193–257.

<sup>54</sup> Д. М. Митровић, *Начело законитости*, Београд 1996, 41–56.

<sup>55</sup> Х. Л. А. Харт, *Појам права*, Подгорица 1994, 102–106, 119 и даље.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 9–18, 37–38 и даље.

став правила признања у таквим друштвима искључиво позитивно-правна? Ако јесу, да ли су из састава правила признања намерно изузета природноправна правила? Ако нису, где су она? И друго, из чега такво позитивно правило признања извире? Да ли оно извире из истих таквих старијих правила? Али, из чега извиру та старија и најстарија правила?<sup>57</sup> 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 природно-правне 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“. Остаје неразјашњено где се налази или где је „усредсређен“ тај „минимум природног права“.<sup>58</sup> Да ли у правилу признања? Очигледно, и Хартово правило признања могло би да послужи као згодан пример за повезивање природног са позитивним правом. А 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 холистички сазданом јединственом појму права.

## 6. ПОВЕЗИВАЊЕ ПРАВНИХ ВРЕДНОСТИ СА КОРИСНОШЋУ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА – ОПЕРАЦИОНАЛИЗОВАЊЕ ПРАВДЕ И ПРАВИЧНОСТИ

Вредности у праву представљају главно упориште идеалистичких теорија. То је разумљиво, будући да је право као сврховита творевина вредносно засновано. Његову сврховитост одређују вредности правде, правичности, слободе, људског достојанства, толеранције, сигурности, једнакости, реда и мира итд. Те вредности ни у праву нису пуки збир, какав је случај са простим скупом елемената, већ целина. Оне другачије не могу ни да се објасне изузев када се доведу у везу са другим појавама или њиховим састојцима. А то захтева незаменљиву вредност човекове личности која је необјашњива само из искуствено датих чињеница помоћу којих се личност испољава и изражава. Уз то, изгледа да је у човеку и свим његовим творевинама стално присутно нешто из трансцендентног света из кога потиче његова неугасива

---

<sup>57</sup> Изгледа да оно што за Келзена (*Hans Kelsen*) представља његова „пранорма“ (*Grundnorm*), да је то за Харта његово правило признања (*rule of recognition*). Разлика се састоји у томе што Келзен признаје да је реч о основној норми која је фиктивна, док Харт тврди да је реч о реално постојећој норми (Х. Келзен, *Теорија права и државе*, Београд 1951/1998, 2010/, 116–117, 119–120 и 127, и Х. Л. А. Харт, 102–106).

<sup>58</sup> *Ibid.*, 189.

тежња за довођењем искуственог света у везу са светом вредности. Таква тежња постоји у свим човековим акцијама и творевинама. То је случај и са правом као типично телеолошки замишљеним и вредносно постављеном творевином људског духа. Такође, на природноправне вредности надовезују се техничке правне вредности, карактеристичне за систем позитивног права (целисходност, делотворност, јасност, прецизност, сажетост итд.), како је поменуто.

Најважније је размотрити како се вредност правде операционализује у позитивном праву. То је најлакше учинити на трагу Дворкинове две важне идеје. Према првој, управо се правда као природноправно начело пре свих других прелива у позитивно право преко општих правних принципа. И друго, преливање правде у позитивно право у облику правичности могуће је извести захваљујући претходном ауторитативном избору неког добра, тј. политичког циља, пожељног за целу друштвену заједницу.

Очигледно, то „добро“ у савременим развијеним демократским друштвима са владавином права *не* може да буде пронађено уз помоћ било ког ауторитета (на пример, Атилиног), већ само уз помоћ правде као највишег ауторитета и пресуђујућег мерила, како су умесно истицали антички писци. Невоља је у томе што сама правда не може непосредно да се прелије у позитивно право. Потребно је да то у њено име учини неки орган чији је ауторитет општеприхваћен. Данас се то сматра нарочитим задатком парламента, као легитимног „представничког тела оних над којима се влада“ (Макс Вебер /*M. Weber*/),<sup>59</sup> 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 итд.<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> То је сасвим у складу са Тацитовом изреком: „На пре-

---

<sup>59</sup> М. Вебер, *Привреда и друштво*, II, Београд 1976, 474–475.

<sup>60</sup> Г. Вукадиновић, *Теорија државе и права II*, Нови Сад 2008, 73–74.

<sup>61</sup> То је сасвим у складу са Платоновом идејом да правда сачињава „људски и политички поредак који одговара природи“, док закони треба да штите заједничко добро грађана. Платон је у томе налазио смисао служењу идеји правде. У противном, закони који штите само добро појединаца или појединих делова друштва нису прави већ привидни закони (Платон, *Закони*, 146 и 314). Вид. А. V. G. Sabine, *A History of Political Theory*, London 1938, 72 и даље.

столу бити праведан, значи бити јак“.<sup>62</sup> Али, шта се може сматрати таквим пожељним добром?

На то питање могу се дати два одговора. Први је садржинске природе, и није могуће одредити га *in abstracto*. Потребно је да се нешто суштински важно догоди за целу заједницу да би такво добро било препознато као заједничко, барем за већину грађана. То се може објаснити и тако што ће се рећи како грађани лакше препознају оно што неће него оно што хоће. Историја је препуна примера таквог егзистенцијалног избора.<sup>63</sup> Али, и у таквом случају, „када већина грађана зна шта неће“, могуће је *ad hoc* или *in concreto* наслутити одговор о каквом је добру реч.

Други одговор је формалне природе. Он је јасан, али ни он није довољан. Односи се на три могуће ситуације. У првој, када се творци (парламент) или достваривачи 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, принципи права итд. Ту је утицај правде и других правних вредности најочигледнији. Друга могућа ситуација тиче се питања: како стоји ствар 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 је или реч о чисто техничким правним правилима, или о вредносно неутралним правилима (у односу на правду или друге вредности). Али, и та правила су на неки начин сучељена са чисто друштвеним (обичајним, моралним, традицијским и другим) вредностима и правилима са којима не морају да буду 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, радило би се о законској или судској неправди, како је истицао Густав Радбрух.

Будући да је реч о таквом добру које треба да оличава правду, није тешко још једном запитати се зашто правда (*iustitia*) има најистакнутију улогу у праву, а не нека друга вредност уместо ње? Одговор је једноставан: зато што је само правда једна врста сразмерности и склада (све до постизања хармоније, која је други назив за апсолутну, божанску правду). Поред те *апсолутне*, божанске или природне правде, постоји *друштвена правда* са својим изведеним

---

<sup>62</sup> К. Тацит, *Анали*, Београд 2006, 290.

<sup>63</sup> *Херодотова историја*, Београд 2009, т. 92, 238.

врстама (морална, религијска, правна), која је релативна.<sup>64</sup> Све друге вредности имају смисла тек када се ослањају на правду као своје мерило.

Да подсетимо, *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 с 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.<sup>65</sup>

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.<sup>66</sup> 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 legitimae 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 не се зове суд права, али се многи називају судовима правде. Откуд то да правници-практичари посежу за оним што правници реалисти-позитивисти занемарују или оспоравају у својим учењима?

Када се назначи шта је правда, тада је могуће одредити њен оперативни и примењивачки облик у праву. Његово постојање потврђује да идеалистички појам права не лебди у некаквом замишљеном простору, већ да је чак и он способан да се операционализује и прелије у позитивно право. Тај оперативни примењивачки облик као резултат стварног деловања правде зове се *правичност* (*aequitas, iustus*). Пра-

---

<sup>64</sup> Код Срба је правда увек извођена из оног што „јесте“, зато што је природно и истинито само оно што јесте. Правда је „основ свега“ (Св. Сава). Она је истина, јер „праведно је само оно што је истинито“ (Доситеј Обрадовић). У противном, мора да је страшно веровати у неки ауторитет као истину, уместо у истину као једини ауторитет.

<sup>65</sup> Најновији покушаји да се одреди *солидарна правда*, по којој од заједничких добара више треба дати слабим и сиромашним а мање јачим и богатим, нису обрасци материјалне правде каквим се данас представљају, већ Аристотелове формалне дистрибутивне правде. Зато је правду лакше осетити него постићи.

<sup>66</sup> Р. Д. Лукић, *Теорија државе и права*, Београд 1976, 219–221; Т. Живановић, III, 675–679.

вичност је правда у конкретном случају који не може да се реши само на основу позитивног права. Прво је сматрана врлином 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 када његов творац не може унапред да урачуна све могуће случајеве. То поштење је нарочито лековито када парламент приликом доношења закона (*законска правда*) или судије приликом решавања спорова могу да се позову на правду и правичност (*судску правду*) посумњају ли у исправност позитивног права које стварају или примењују.<sup>67</sup>

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* као вредност 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* 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. На пример, не могу бити сматране дозвољеним слободне радње угрожавања људи коришћењем атомске енергије, прислушкивањем, производњом некавалитетних производа, масовним приказивањем шунда, насиља, коцке или разврата, због тога што оне нису изричито правно забрањене. Разлог за то је веома једноставан – правом није ни потребно забрањивати оно што представља очигледно „патолошко прав-

---

<sup>67</sup> Вид. Б. С. Марковић, *О праведном праву*, Нови Сад 1993 (Београд 2013).



но понашање“. Једноставно, подразумева се да су такве самоочигледне ствари по својој природи апсолутно забрањене. Али писци, као што је Норберто Бобио (*Norberto Bobbio*), оспоравају деклараторни карактер пресуде засноване на правичности и нетачно сматрају да је извор права сама судска пресуда, а не правичност изражена у пресуди.<sup>68</sup> Прихватање таквог гледишта створило би неуједначену судску праксу која би могла да се искористи за даље некажњено физичко и ментално угрожавање људи поменутиим активностима. Управо судска правичност треба да гарантују барем да ће такви појединци бити праведно гоњени или кажњавани. Њен значај је толико велики да понегде постоје посебни органи коју суде у таквим случајевима (*судови правичности*).

Произилази 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 такав 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.

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 права људи у свим фазама поступка 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.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Т. Живановић, III, 679–680.

<sup>69</sup> Право на правично суђење представља основно људско право и једно је од општеважећих начела. Садржано је у Универзалној декларацији о људским правима, Међународном пакту о грађанским и политичким правима Генералне скупштине УН, Европској конвенцији о људским правима и другим сличним међународним уговорима, па чак и у нормама међународног обичајног права. У свим документима, а посебно у чл. 6 Европске конвенције о људским правима, одређени су међународни стандарди везани за право на правично суђење (N. Mole, С. Harbu, *Право на правично суђење. Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Београд 2003, 34–65).

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 одмах 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 се уздиже вредност правде у праву.

## 7. ЗАКЉУЧАК

Право представља изванредно сложену појаву. Њега је веома тешко тачно одредити чак у конвенционалном и оперативном смислу, док су потпуно сазнање и коначно дефинисање права изван људских могућности. То суштинско ограничење: да право није могуће јединствено, потпуно ни коначно одредити, важи за све теорије и учења која истражују најдубље или чак недокучиве слојеве права. Упркос томе, постоје бројне идеалистички или реалистички надахнуте правне теорије које покушавају да одговоре на то врхунско питање. То нарочито важи за идеалистичке правне теорије које истражују слојеве права иза или изнад уочљиве стварности и уместо корисности предност дају праведности, општем добру или неким другим важним вредностима. Могу се разврстати на природноправне, априористичко-феноменолошке, егзистенцијалистичке, културалистичке или на неки други начин. У њих би нарочитим поводом могла да се уврсти и понека савремена мултидисциплинарна теорија.

Из ограничења произлазе недостаци. Они могу да се сажму у једном: ниједна идеалистичка теорија не може да пружи поуздан, а камоли коначан одговор на питање шта је право. Због тога, 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: да ли је право уопште могуће идеалистички одредити?

На питање да ли је могуће одредити идеалистички појам права, може се одговорити тако што ће се рећи како поменута ограничења нису теодицијских размера. Иако није могуће одредити јединствени, потпуни, коначни или некакав завршни идеалистички појам права, могуће је довести га у везу са правдом или неком другом вредношћу. Невоља са таквим приступом састоји се у следећем: будући да се наведене вредности различито одређују, то се идеалистички појам права такође различито одређује, са свим пратећим мањкавостима проистеклим из нетачности проузроковане његовим идеализовањем или недостижности проузроковане његовом идеалношћу.

Упркос тешкоћама, и такав идеалистички појам права може да се прецизира, чак посредно да се операционализује, повезивањем природноправних вредности са позитивним правом. То је могуће учинити у духу учења о три света права. Помоћу тог учења може се утврдити не само распрострањавање вредности у метаправном свету права, већ и распрострањавање самог права у правном и свету физичких појава. У метаправном свету право постоји виртуелно, у правном актуелно, а у свету физичких појава реално. Такође, може се запазити како само у правном свету право истовремено постоји као нешто што „јесте“ (*de lege lata*) и као нешто што „треба да буде“ (*de lege ferenda*). Тако нешто је могуће, јер је управо *правна заповест та која у себи сажима идеалистичко са реалистичким у праву*. 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 једна врста бивствовања. Тек затим, преливањем носећих правних вредности у позитивно право: на пример, правде у правичност (примењивачку правду), а подстицајан пример представљају учења Густава Радбруха и Роналда Дворкина, може се сагледати могућа корисност идеалистичких теорија и учења за право која није искључиво *de lege ferenda*.

Изгледа да је лакше одредити идеалистички појам права и обим његовог распрострањавања у свету права него повезати га са реалистичким појмом права. Најлакше је идеалистички појам права повезати са једном или неколико вредности, а затим из те метаправне стварности исту ту вредност применити за објашњавање свих светова права. Најтеже је објаснити начин преливања вредности природног права у позитивно право. На трагу Дворкиновог учења, то је могуће учинити оперативним 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. Правда и правичност могу да послуже и као згодан пример који показује како се природноправне вредности уливају у позитивно право, чиме је барем наговештено како се може превазићи дуализам природног и позитивног права. 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 појединци сачувају од уништења а друштву омогући постојан и предвидљив развој. Из доколице су настала само идеализована идеалистичка (и реалистичка) учења о праву.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце

1. Аристотел, *Метафизика*, Београд 1960;
2. Aquitanus, Tomasius, *Summa theologiae*, Zagreb 1980;
3. Bohm, David, *On Creativity*, London & New York, 2004;
4. Bohm, David, *On Dialogue*, London & New York, 2004;
5. Bohm, David, *Wholeness and the Implicite Order*, London & New York, 2002;
6. Вебер, Макс, *Привреда и друштво*, II, Београд 1976;
7. Vilanova, Jose, *Al Concepto De Derecho. Estudios Iuspositivistas*, 1993. и *Introduction Al Derecho*, 1994;
8. Villey, Michel, *Philosophie du droit*, Paris 2001;
9. Visković, Nikola, *Pojam prava*, Split 1980;
10. Visković, Nikola, *Teorija države i prava*, Zagreb 2001;
11. Vrbanić, Duško, *Sociologija prava*, Zagreb 2006;
12. Волзер, Мајкл, *Област правде*, Београд 2000;
13. Вукадиновић, Гордана, Степанов, Радивој, *Теорија државе и права I*, Петроварадин 2001;
14. Вукадиновић, Гордана, *Теорија државе и права II*, Нови Сад 2008;
15. George, Robert P., *In Defense of Natural Law*, Oxford Un. Press, 1999;
16. George, Robert P., *Natural Law, Liberalism and Morality*, Oxford Un. Press, 2001;
17. Gurvich, Georges, *L'idée du droit social*, Paris 1932;
18. Дворкин, Роналд, „Право иза права“, *Правни живот* 12/1998;
19. Дворкин, Роналд, *Ствар принципа*, Београд – Подгорица 2001;

20. Дворкин, Роналд, *Суштина индивидуалних права*, Београд – Подгорица 2001;
21. Дворкин, Роналд, *Царство права. Предговор*, Београд 2003;
22. Ђурић, Михаило, *Идеја природног права код грчких софиста*, Београд 1959;
23. Etzioni, Amitai, *The Third Way to a Good Society*, London 2000;
24. Платон, *Закони*, Београд 1990;
25. Живановић, Тома, *Систем синтетичке филозофије права*, II, Београд 1951;
26. Кант, Имануел, *Метафизика моралности*, Београд 1998;
27. Кауфман, Артур, *Право и његово разумевање*, Београд (Ваљево) 1998;
28. Келзен, Ханс, *Теорија права и државе*, Београд 1951 /1998, 2010/;
29. Лукић, Радомир Д., *Историја политичких и правних теорија*, Београд 1973;
30. Лукић, Радомир Д., *Теорија државе и права*, Београд 1976;
31. Марковић, Божидар С., *О праведном праву*, Нови Сад 1993 (Београд 2013);
32. Мекингајер, Аластер, *Кратка историја етике: историја моралне филозофије од Хомеровог доба до двадесетог века*, Београд 2000;
33. Митровић, Драган М., *Начело законитости*, Београд 1996;
34. Митровић, Драган М., *Правна теорија*, Београд 2007;
35. Митровић, Драган М., *Пут права. Холистичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије*, Београд 2000;
36. Митровић, Драган М., *Теорија државе и права*, Београд 2010;
37. Митровић, Драган М., *Увод у право*, Београд 2012<sup>4</sup>;
38. Mole, Nuala, Harby, Catharina, *Право на правично суђење. Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Београд 2003;
39. Morrison, Wayne, *Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernism*, 1997;
40. Murphy, Kevin M., *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, 2006;
41. Ниче, Фридрих, *Воља за моћ*, Београд 1976;
42. Перелман, Ханс, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983;
43. Попер, Карл, *Отворено друштво и његови непријатељи*, I-II, Београд 1993;
44. Попер, Карл, *Трагање без краја. Интелектуална аутобиографија*, Београд 1991;
45. Радбрух, Густав, *Филозофија права*, Београд 1980 (1999);
46. Ролс, Џон Б., *Теорија правде*, Београд – Подгорица 1998;
47. Sabine, A. V. G., *A History of Political Theory*, London 1938;

48. Sandel, Mike, *Liberalism and Limits of Justice*, Cambridge Un. Press 1982;
49. *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*, vol. II, New York & London 1999;
50. Тадић, Љубомир, *Филозофија права*, Београд 1996;
51. Тацит, Корнелије, *Анали*, Београд 2006;
52. Tuck, Robert, *Natural Rights Theories*, Cambridge Un. Press, 1981;
53. Ulpianus, *Digesta*;
54. Фивег, Теодор, *Топика и Јуриспруденција*, Београд 1982;
55. Фулер, Лон Л., *Моралност права*, Београд 2001 (2011);
56. Finnis, John M., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Un. Press, 1982;
57. Харт, Херберт Л. А., *Појам права*, Подгорица 1994;
58. *Херодотова историја*, Београд 2009;
59. Wolfe, Carl, *Natural Law Liberalism*, 2006.

Dragan M. Mitrović  
Faculty of Law,  
University of Belgrade

Gordana Vukadinović  
Faculty of Law,  
University of Novi Sad

## THE IDEALISTIC CONCEPT OF THE LAW

Overflow of natural law into positive law: example of justice and fairness

### *Summary*

It is very difficult to determine the law precisely. This is especially true for the idealistic theories of the law. They can be classified into naturally-legal, aprioristical-phenomenological, existentialistic, culturalist theories or in other theories of law. Few contemporary multidisciplinary theories could fall into this category as well.

Despite their numerousness, not a single idealistic theory can provide either a reliable or a definitive answer to the question of what the law is. For this reason the differentiation should be made between the idealistic and the idealised and the ideal concept of the law. The problem is in that the idealistic concept of the law is inoperative, the idealised concept of the

law is not correct, while the ideal concept of the law is out of human's reach. One may ask oneself how it is possible at all to determine the law idealistically.

The answer to that question can be found by linking it with justice or some other value, as well as by using the teaching of the three worlds of the law through which it is possible to surpass dualism of the natural law and the positive law. The most difficult to explain is how the values of the natural law overflow into the positive law. However, it is attainable through the operative use of one or a number of naturally-legal values in the form of the legal policies or the decisive measurements which can be used for the choice of the legal principles through which the natural law overflows into the positive law and becomes its part. For example, justice overflows into the positive law through fairness, security through certainty, etc.

One thing is for certain: both the realistically determined law and the ideallistically determined law always exist for the people - not the other way around. It also applies to the natural law which becomes operational whenever it overflows into the positive law.

**Key words:** *Concept of the law; Three worlds of the law; Ideal, idealistic and idealised law; Natural and positive law; Teachings of Gustav Radbruch and Ronald Dworkin; Overflow of natural law into positive law; Justice, fairness and positive law.*