

УНИВ. БИБЛИОТЕКА
и. Бр. 63661

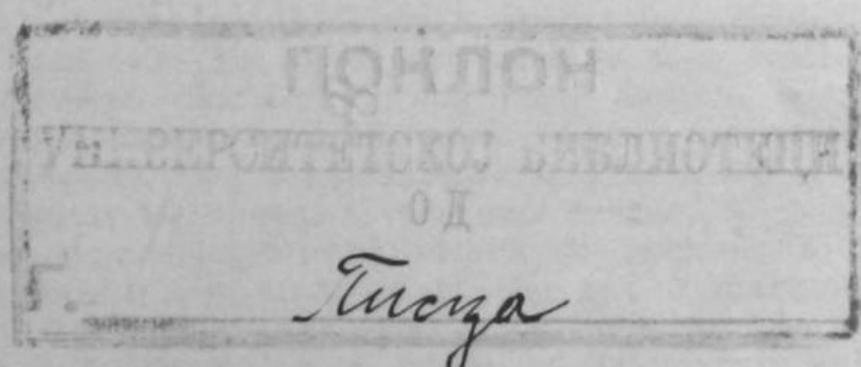
Д-р БОРИС ФУРЛАН
адвокат и приватни доцент
Университета у Љубљани



Филозофија права и опште науке о праву

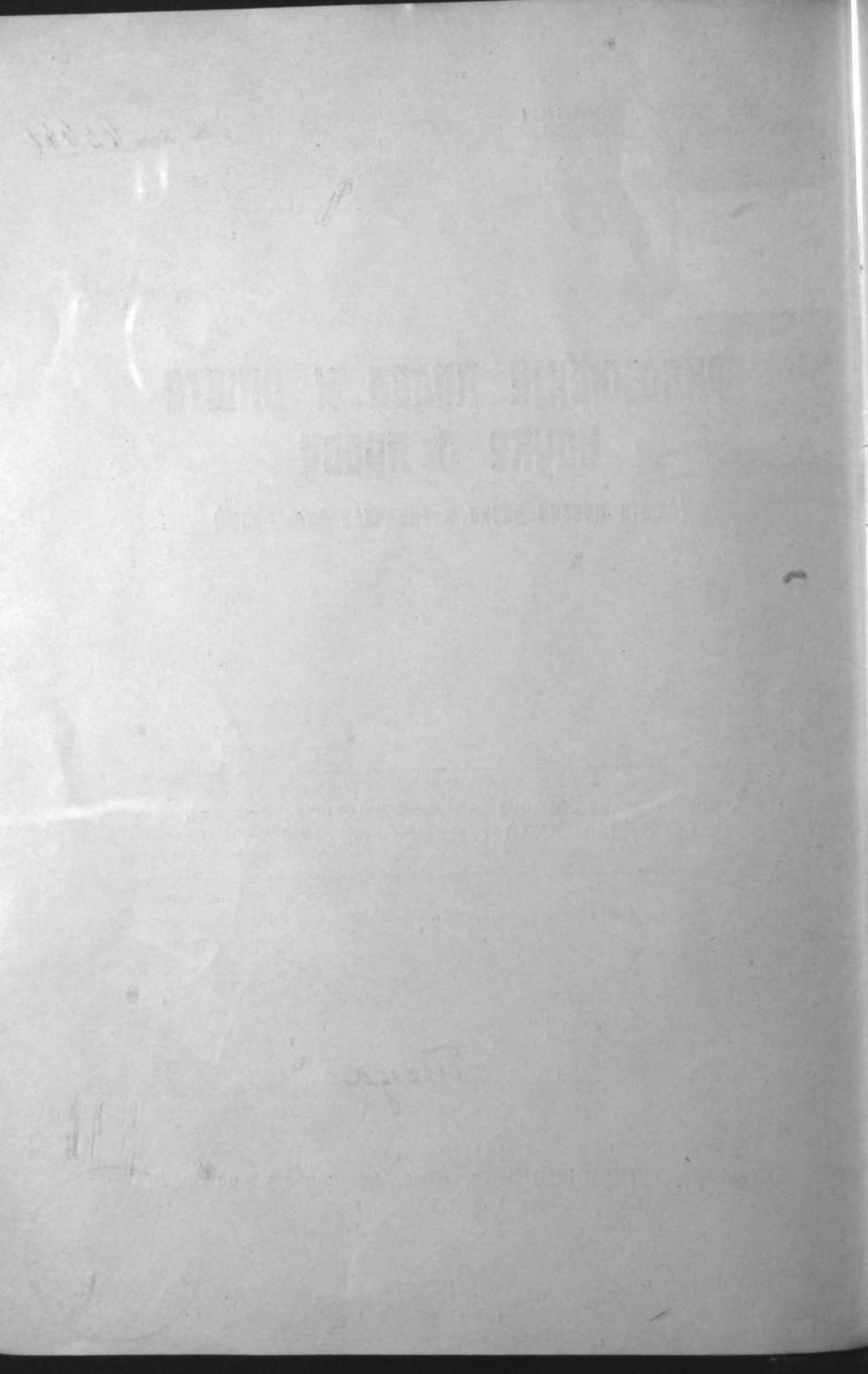
(Општа правна наука и енциклопедија права)

Отштампано из „Архива за правне и друштвене науке“,
Бр. 3., (књ. XXXI) свеска за март 1931. год.



БЕОГРАД
Штампарија „ПРИВРЕДНИК“, Кнез Михайлова улица бр. 3.
1931.





ФИЛОЗОФИЈА ПРАВА И ОПШТЕ НАУКЕ О ПРАВУ

(Општа правна наука и енциклопедија права.)

I. Кантова изрека, да правници још увек траже дефиницију за појам, који имају о праву¹), важи не само за правну науку, него у истој мери и за правну филозофију. Најразноврсније дефиниције позитивне правне науке могле би се упоредити са не мање разноврсним дефиницијама правне филозофије о суштини права, која се и једној и другој чини неопредељивом. Та паралелност у тражењу бивства права није само случајна, него извире из уске везе између филозофије и науке уопште и посебно између правне филозофије и правне науке.

Још очитија, него што је веза између правне филозофије и правне науке, је зависност правне филозофије од опште филозофије. Историја филозофије је истодобно и историја правне филозофије: сваки велики филозофски систем је истодобно и наука о човеку и његовом месту у васионани. Наука о човеку мора безусловно садржавати и односе, у којима живи човек са другим људима, начин њихова уређења и истраживање и одређење правца, по коме можемо то уређење објективно да пресудимо. И пошто је филозофија по бивству јединствена (једна само) мора и правна филозофија бити пре свега филозофија, којој је предмет право. Правна филозофија је оправдана и могућа само као *филозофија*, која се бави правом, а не као позитивна наука о праву, јер би се иначе правна филозофија и правна наука поклапале. Из науке као такве не води никакав прелаз к филозофији. Тек када у критичној анализи постанимо свесни универзалности нашега духа, можемо говорити о филозофском сазнању у којој налази одговарајуће место и научно сазнање позитивне науке. С тим није речено, да филозофско сазнање не би могло бити позитивно: напротив, то је најпозитивније знање које може да дâ наш дух. У филозофској анализи се баш позитивност науке и показује потпуно релативном, ако се не ослања и не опира на филозофију која поставља и одређује услове научног сазнања уопште.

Позитивистичко доба, које је наступило у прошлом веку после заласка великих спекулативних система, оријентирано је

¹⁾ Kritik der reinen Vernunft, ed. Cassirer, III, 496.

против филозофије у смислу позитивне науке. Велики напредак такозваних екзактних наука, конкретни резултати, које су те науке постигле употребом емпиричке методе, размах техничке, материјалне културе, главни су разлози, да је занимање за филозофске проблеме ступило потпуно у позадину. Филозофија се сматрала голом игром мишљења без икакве практичне вредности. То омаловажавање филозофије трајало је до онога покрета у почетку седамдесетих година прошлога века, који је с геслом „Натраг ка Канту“ дао знак за нови подвиг филозофије. Тада размах филозофије, који траје неокрњеном снагом до наших дана, значи и препород правне филозофије. Упркос расцепаности на најразноврсније школе и струје, и правна је филозофија усмерена у смислу новога идеализма, чије је бивство изражавала девиза „Натраг ка Канту“. О тој основној заједничкој ноти и стално растућем занимању за правно-филозофске проблеме дају доказа многобројне публикације: и чини се да се сви народи света такмиче у решавању тих проблема, који су можда за опстанак човечанства најважнији. Размах позитивних наука у прошлом веку проузроковао је да је јуриспруденција добила своју самосталност о којој је још Хегел тврдио, да је део филозофије.²⁾ У сагласности с општом тенденцијом времена извршила се раздеоба јуриспруденције у антитези с правном филозофијом, којој се је порицала уопште свака оправданост постојања. Правна филозофија је изједначена са природним или идеалним правом. И како позитивистички научници прошлога века нису могли довољно да изразе своје омаловажавање филозофије уопште, тако су се правници позитивисте директно надметали у иронизирању природног права или правне филозофије. Да је пак свако под појмом природног права схватао нешто другога, и да није нико нити покушао да проникне у тај величанствен покрет, који има традицију више векова, жалостан је доказ филозофске декаденце, којој у историји филозофије нема примера. Ако је последица тога одношаја била самосталност правне науке као науке, морамо признати да је била врло скупо плаћена. Препород филозофије у смислу новога идеализма је довео до сазнања, да је и сам позитивизам уза све порицање филозофије исто тако филозофска наука, само што заступа гледиште, које је у историји људског духа давно било напуштено. Идеализам је истовремено довео до правилнијег определења одношаја међу правном филозофијом и науком и с тим такође до тачнијег одређења односа међу правном филозофијом и правном науком.

II. Као последица позитивизма и прецењивања позитивне науке појавила су се у прошлом веку она настојања, која су покушавала „да замене“ правну филозофију с каквом чисто емпиричком науком о праву. Та су настојања позната под именима „аналитична правна школа“, „правна енциклопедија“

²⁾ Grundlinien der Rechtsphilosophie des Rechts, ed. Lasson, 1911. Einleitung, § 2: »Die Rechtswissenschaft ist ein Teil der Philosophie«.

и „правна етнологија“ по главнијим представницима тих пра-ваца. Обично се све те струје означују заједничким именом „општа правна наука“ или „филозофија позитивнога права“.

1) Кao првога представника опште правне науке морамо означити *Johna Austina*, оснивача аналитичне или формалне школе права. Име те школе извире из њене методе, јер настоји да анализом позитивног права дође до оних основних појмова, који због свог формалног значаја важе за сваки правни ред. Правну науку дели *Austin* на партикуларну или националну, и затим на општу или компаративну. Прва се бави позитивним правним поретком тога или онога народа и диже се из партикуларних норми до општега појмова извесног правног реда. Друга (*General Jurisprudence*) пак покушава да путем компа-рације и анализе пронађе оне појмове и она начела, која су заједничка разним правним поретцима. Нека од тих начела важе увек и свуда, јер су неопходно потребна за конструкцију свакога права. Тражење тих основних појмова, без којих не можемо замислiti никакав правни поредак, задатак је филозо-фије позитивнога права, која је истоветна с теоријом права, јер је искључиво теоретског карактера и не бави се практичним питањима употребе правних норми.

У Аустиновој теорији налазимо све елементе, који се у најразличитијим нијансама понављају у свим општим теоријама. Код тога се мора нагласити, да се на континенту изгра-дила општа правна наука потпуно самостално, јер је Аустинов уплив остао ограничен на Енглеску, где има још и данас приста-лица. У осталој се Европи Аустинова наука само успут помиње, не узимајући је у обзир код логичког утемељења правне науке. Тако у новијем су времену неки правни теоритичари везали своја разматрања на Аустиново разликовање међу основним појмо-вима, који су неопходан услов сваком правном поретку, и прав-ним установама, које су само опште, али без њих можемо да замислимо правни систем. Тако су например *Somlo* и *Roguin* по-кушали попунити Аустиново учење, кому пребацују да није довољно строго извео разлику између општих и нужних пој-мова права. Кao *Somlo*³⁾ тако и *Roguin*⁴⁾ сматрају, да су једино нужни појмови предмет основне и чисте правне науке. Да ли је то разликовање уопште изводљиво, показаће се у даљем из-лагању. За сада морамо подвући као главну заслугу Аустинове теорије, што је он потпуно јасно поставио проблем правне науке као науке. Ако су наиме основни појмови права зависни од његове материје, морају се онда с њом и мењати. По томе би правна наука имала само релативну, а не апсолутну вред-ност. Ако су пак основни појмови права нужни, онда су неза-висни од сваког правног искуства. То је сав смисао Аустиновог наука, премда га је више слутио него извео. Тај проблем до-

³⁾ *Juristische Grundlehre*, 1917, 5 и след., 32 и след.;

⁴⁾ *La science juridique pure*, 1923, 7 и след.

бива у даљем развитку опште правне науке све одређенији облик и чини основно питање нове правне филозофије.

2) Исходиште из многобројних даних феномена, који се апстрагирањем редуцирају на малени број правних облика, и утврђење правне филозофије као филозофије позитивнога права у антитези са сваким природним или идеалним правом, кардиналне су тачке, које се иза Аустина понављају у свакој општој теорији права, па била она и израђена потпуно независно од његовог уплива. На континенту морамо означити као првог представника опште правне науке A. Меркела.

Меркел је мнења, да је филозофија општи елеменат сваког научног деловања, тако, да му је питање, дали важи тај елеменат такођер у подручју јуриспруденце, једнако проблему, да ли има јуриспруденца уопште карактер науке. Филозофија права сме по Меркелу црпсти своју материју једино из позитивног права, а не можда из каквог идеалног или природног права. Позитивистичка правна филозофија мора попунити специјалне правне науке као хомогени члан и обухватити их, не као спољна спона, него као што кора дрвета обухвата дрво из чијих је сокова настало. Из општих делова поједињих правних дисциплина мора правна филозофија створити најопштију теорију о праву. Према тој општој науци о праву односи се природно-правна филозофија као легенда према историји.⁵⁾ Ако хоћемо да речи правна филозофија до неке мере сачувамо смисао, у ком се је употребљавала досада, можемо то учинити само на тај начин, да пренесемо то име на општи део правне знаности.⁶⁾⁷⁾.

3) Ако нам је Меркел дао јединствену синтезу опште правне науке и посветио посебну пажњу логичном обликовању скупних основних темеља свега позитивнога права, тражи A. H.

⁵⁾ Juristische Encyklopädie, 1920., §§ 20, 360—363a.;

⁶⁾ Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teile derselben, у Hinterl. Frag. u. Abhandl. 1899., 308.;

⁷⁾ Uebersicht über die Geschichte der Rechts und Staatsphilosophie, у Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 5 изд. 91.: »Dieser Sachlage gegenüber empfiehlt sich ein Verzicht auf die Behandlung der Frage nach dem an sich gültigen und sein sollenden Recht. Hiernach aber fällt der Rechtsphilosophie oder allgemeinen Rechtslehre lediglich die Aufgabe einer Ergänzung der juristischen Teilwissenschaften hinsichtlich der Gewinnung des Verständnisses und der geistigen Beherrschung des sogenannten positiven Rechts zu, und zwar eine Ergänzung durch die Erforschung und logische Bearbeitung dessen, was den verschiedenen Teilen des Rechts gemeinsam ist, sowie der allgemeinen Gesetze ihrer Entwicklung. Indem sie durch die Hervorhebung der gemeinsamen Beziehungen aller Rechtsinstitute das durch jene vermittelte Wissen vervollständigt und zusammenfasst, gibt sie das Band ab, das jene Teilwissenschaften zu einem Ganzen verknüpft und durch welches die eine Rechtswissenschaft zu stande kommt. In dieses ihre Bedeutung lässt sie sich dem allgemeinen Teile jedes Zweiges der Rechtswissenschaft in seinem Verhältnis zum dessen besonderen Lehren vergleichen und selbst als »Allgemeiner Teil der Rechtswissenschaft« bezeichnen.«

⁸⁾ Grundriss der Ethnologischen Jurisprudenz, 1894., I. увод стр. IV.

⁹⁾ L. c. 6—7.;

Post, представник етнолошке јуриспруденце, доказе за битно јединство основних правних ликова у упоређењу правних феномена свих народа света, од најпримитивнијих до најкултурнијих. У сваком правном поретку, каже *Post* наилазимо на неке основне облике, који се у свим временима и крајевима уза све локалне варијације понављају на бивствено једнак начин.⁸⁾ Етнолошка је јуриспруденца део опште правне науке и њен је задатак одредити облике и узорке, који су до тих облика дозвели. Јер се социјални живот огледа како у индивидуалној правној свести тако и у социјалним правним појавима, мора се општа правна наука бавити и психолошким истраживањем поједине правне свести и социјалном правном феноменологијом. Етнолошка јуриспруденца мора се по *Post*-у бавити само том социјалном феноменологијом, а не анализом правне свести појединца.⁹⁾ Што се тиче те анализе, тврди *Post*, може бити успешна само под условом колико толико довршене каузалне анализе права као социјалног феномена.¹⁰⁾ Етнологија је строго емпиричка знаност, јер се феномени социјалног живота морају баш тако сабрати и испитати као и сви други појави чулног света. То природно гледање на право онемогућује по *Post*-у поносну теорију о Човеку као разумном бићу и његовом краљевству слободе и духа, јер поставља човека у оквир свестварајуће природе. Општа правна наука има dakle у много чему једнаке задатке, на којима је досада радила правна филозофија. У колико пак правна филозофија прекорачује тај оквир, нема општа правна науке ничега заједничког с њом. То важи осбито за ону правну филозофију, која гради, судбини човека и људског друштва одговарајуће, идеално право, по ком би се имала пре-сушивати идеална оправданост или неоправданост позитивног права.¹¹⁾ Компаративна је метода открила опсежне паралеле у правном животу народа, које нису само-случајне, него су „еманација“ опште људске природе.¹²⁾ Тиме се потврђује основна мисао модерне етнологије, да не мислимо *mi*, него се у нама *mi*

¹⁰⁾ Ueber die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft, 1894., 4—5; упоредити и: Einleitung in das Studium der Ethnologischen Jurisprudenz, 1886., 21—22, где Пост сматра ту анализу уопште непотребном: »Nach der Entwicklungsgeschichte des positiven Rechts hat der schaffende Volksgeist in ihm bereits eine wissenschaftliche Arbeit instinktiv verrichtet, welche durch eine moeglichst vollständige Analyse der Aeusserungen des Rechtsbewusstseins aller Individuen erreicht werden koennte. . . . Es wird damit das Studium des individuellen Rechtsbewusstseins entbehrlich, und die Rechtswissenschaft kann gleich mit der Analyse des positiven Rechts Beginner. »Es ist hoffnungslos, die Natur belehren zu wollen, wir koennen nur von ihr lehren, und Schaffen im Volksleben ist ebenso gewaltig und ebenso gesetzmässig wie in irgend einem sonstigen Gebiete unserer Welt«. Grundriss, 5—6.

¹¹⁾ Ueber die Aufgaben, I. c. 2.

¹²⁾ Grundriss, I. c. 4; упор. и увод, IV—V. »Es gibt im Rechte der Voelker bestimmte, zu allen Zeiten und allen Orten vorkommende Grundformen, welche in unzähligen lokalen Variationen sich wesentlich gleichartig wiederholen... Den die Grundzüge des menschlichen Rechts sind einfach, gross und klar, wie die Gesetze der Sternwelt, und nur im Detail der einzelnen Voelkergebiete wird die Variation eine von einzelnen Forschern nicht mehr zu bewältigende.«



сли. Свет не можемо тумачити из нашега Ja, него морамо у спољашњем свету тражити разлоге нашему Ja. Право свих народа света је само седименат опште - људске правне свести, а ту свест можемо да упознамо само у облицима, у којима се јавља.

То је у главном Постова теорија о општој правној науци, која ствара идејну основу компаративне правне науке. На развој овог последњег су без сумње много утицали компаративна филологија и компаративно религиска наука. У вези с претресаним питањем нас не занима оправданост компаративног изучавања права, која је изван дискусије, него могућност замене правне филозофије с етнолошком јуриспруденцом. С обзиром на то, морамо констатовати да се Постова истраживања крећу потпуно у правцу горе наведених аутора. Ако се *Austin* обазира пре свега на правни живот културнијих народа, захтев Постов, да се узме у обзир правни живот свих народа, а не само културнијих, значи продубљење и проширење задатка, који пак у свом бивству остаје непромењен. Проширен је само круг истраживања. Ако по Меркелу правна филозофија има да буде само продужење позитивне науке о праву, захтев да се правно дејство које је исходиште јуриспруденце у истину проматра са свих страна и обзиром на све крајеве и времена, више је него оправдан. Питање је само може ли таква збирка правних феномена, па све кад била и потпуна, заменити правну филозофију. Нехотице се ту сећамо мота Шопенхауерових Сабраних дела: »Non multa«. Већ је на први мах јасно, да и тако потпуно познавање факата није филозофско сазнање. Да је такво сабирање материјала од велике важности за правну науку, друго је питање, које нико не оспорава.

Пре него пређемо на подробнију критику опште правне науке, оценићемо на кратко њеног најновијег представника, I. Kornfelda.

4) *Kornfeld* се пита да ли је, и ако је, на основу којих је принципа потребна општа истарствена наука о позитивном праву уз науке о посебним позитивноправним порецима.¹³⁾ По њему се уопште разликује наука о позитивном праву од научног обрађивања правног поретка, који је дејствовао и дејствује у историји човечанства. Таком формулатијом проблема се *Kornfeld* у много чему приближава такозваним чистим теоријама права у смислу Stammlera и Kelsena. За општу правну науку су поједини правни поретци само примери општег искуства о праву уопште; сва правила и одношаји једног датог правног реда су само специјализација општих, за свако право искуство важећих појмова.¹⁴⁾ Код тога се општа правна наука не разликује

¹³⁾ Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz, 1920., I. и след.

¹⁴⁾ L. с. 4., упор, и: 15—16.: »Die Rechtserscheinungen des Eigentums und aller sonstigen Vermögensrechte, der Familienrechte, des Staates und öffentlichrechtlichen Herrschaften und Untertänigkeiten, der Rechtsgeschichte, der Korporationen u. s. w. weisen in den geschichtlich gegebenen Rechtssystemen mannigfache Besonderheiten auf. Jede solche besondere Gestaltung bildet eine Unterart einen allgemeinen Rechtsbegriffes und kann nur als solche vorgestellt werden.«

нити од искусствених социјалних наука нити од других неправних социјалних наука. Јуриспруденца иде за чисто практичним или историским циљевима, ако је њен предмет одређени правни ред. Так, када се поједини правни поретци сматрају представницима општих врста и појмова, настаје истинита наука о праву, јер је знакоство само констатација општих једнакомерности. Истинити научни карактер има због тога само индуктивна општа правна наука, која црпи своју материју из поједињих правних наука. У одношују с првом има последња само карактер помоћне науке. Од правне се филозофије разликује општа правна наука као знакоство о праву, које је у противусловљу с правом, које би морало да буде. Ако постоји искусствени предмет „право”, морамо знати шта је, пре него почнемо размишљати, шта би морало да буде. Бивство права можемо упознати независно од идеалних захтева, којима позитивно право често и не одговара¹⁵⁾). Научно разматрање о правном заједничком животу и филозофско правних идеја морају ићи одељеним путевима.

III. Ако у кратко прегледамо главне црте изложених наука, општа правна наука је базирана на следећим основама: а) исходиште чине правни феномени, који су дани у свету искуства и које треба сабрати у колико је могуће пунијем броју; б) из разноликости даних појава можемо закључивати путем индукције општим и једноставним правним појмовима, који важе за свако правно искуство; г) ти основни појмови се строго разликују од свакога идеалног или природног права.

Полажење из данога феномена (факта) је особина сваке науке па био њен објект физички или психички. Гледе тога нема између природњачких и психолошких наука никакве разлике. Искуству је исто тако дан феномен као предмет правног сазнања, као што је дан други феномен као предмет сазнања природе. Касније ћемо видети, да је значење правног феномена сасвим различито од природних појава; у тој нас вези пре свега интересује проблем данога, који је општи за све феномене. Свака је наука доктрина, јер претпоставља предмет сазнања изван субјекта и не пита се нити о ваљаности тог сазнања нити о вредностима, које се у њем остварују. Позитивна наука иде само за тим да се спољна дејства колико могуће тачније определе и уврсте у јединствени систем позитивног људског знања. Томе се не може приговарати с тим, да се и позитивне науке баве с вредностима. Опис вредности на пр. у националној економији није исто што и испитивање објективне ис-

¹⁵⁾ L. c. 18, 19; »Wenn die Rechtsordnungen idealen Aufgaben nachkommen sollen, müssen sie vorerst in der realen Welt vorkommen, und um ihre ideale Aufgaben zu prüfen müssen sie vorerst als etwas Seiendes im Bewusstsein der Beurteiler gegeben sein... Was das Recht leistet und leisten kann, ist aber nur durch wissenschaftliches Begreifen seines realen Wesens und Wirkens feststellbar, Rechtsphilosophie setzt demnach eine allgemeine Erfahrungslehre vom Rechte voraus.«

правности тих вредности. Баш то, што сматрају појединци и друштва вредностима, треба испитати с обзиром на њихову објективну исправност и као такву је образложити, иначе је она сама дана као и сваки други феномен.

То изилажење из даног факта особина је и јуриспруденце, која претпоставља, да је целокупна правна реалност садржана већ у правном факту и да наука мора тај факт колико је то могуће тачније ухватити. Био тај факт закон или обичај, било да се ради о праву садашњости или прошлости, увек је јуриспруденца везана на спољни факт који је већ определјен као правни. Тај претпостављени факт мора наука поставити у јединствени систем, код чега је све једно, да ли полазимо непосредно из данога факта или из научно већ обрађеног феномена. У апстрактном појму својине је само мање правне реалности него у непосредним животним одношајима, у погледу на даност феномена су специјалне правне науке у потпуно истом положају, у коме и општа правна наука.

Метода, по којој наука обрађује факт, је искуство. Из не-прегледног броја знакова, који чине реалност правног феномена, апстрахирањем се неки знакови излуче, неки задрже. На тај се начин уврсти дејство у систем надређених и подређених појмова. Чим мање какав појам има конкретних знакова, тим више је општи и тим му више конкретних примера можемо подредити. Јуриспруденца је систем појмова, који је тим потпунији, чим му је већи број конкретних примера можемо да супсумирамо под најмањи број његових правила. Процес апстрахирања се не зауставља нити пред појмом права као највишим појмом целокупне правне знаности, која обухвата правне појаве свих крајева и времена. И појам права је само апстракција из даних феномена.

Каква је полазна тачка правне филозофије? На то питање можемо одговорити само ако га поставимо у шири оквир проблема филозофије и науке уопште. Као што је јуриспруденца наука, тако је и правна филозофија пре свега *филозофија*, која се бави правом, те се стога морају односи међу филозофијом и науком нужно понављати међу правном филозофијом и јуриспруденцом.

За свако филозофско разматрање важи основно начело, да му није ништа дано, и да признаје само оно што дух аутономно ствара. Емпирички факт, из кога произлази позитивна наука, је за филозофију проблем, који треба још разложити и утврдити: што су за науку елемент и полазна тачка, то је за филозофију циљ и резултат. Филозофија се пита, како уопште долазимо до тога, да нешто сматрамо, као да је дано и да то називамо дејством. Да одговоримо на то питање, потребна је критична анализа наше свести као динамичног процеса, на чијем kraju стоји такозвани дани предмет. Значење Кантових критика постоји баш у томе, да постављају проблематику факта и да га вежу за суб-

јект сазнања: објект постоји само за субјект, сазнање објекта могуће је само као сазнање субјекта.¹⁶⁾

Објект сам је предмет нашег стваралачког духа, јер његова анализа претпоставља претходну синтезу, коју је извршио наш разум.¹⁷⁾ Предмет сазнања је предмет нашега духа, који из непретрганога низа реалности бира неке моменте и уједињује их у јединству свести.¹⁸⁾ Тек путем тог здружења (синтезе) постаје реалност предмет нашег сазнања. „Предмет”, каже Windelband, није реалан изван наше свести него само преко облика, у коме свест сједињује поједине елементе у једну целину.¹⁹⁾ Суштина објекта је зависна од нашег сазнања: чим више апстрагирамо од конкретних знакова реалности и прелазимо к све општијим појмовима, тим више нестаје с предметом и наше сазнавање предмета.

Из те разлике између науке и филозофије можемо пресудити и позитивистичку теорију, по којој нам филозофија мора пружати само синтезу позитивних наука. Филозофија би имала сабирати све опште податке, које нам дају поједине науке, и сјединити их у јединствени систем. На тај би начин све општости појединих наука морале скупа дати општу слику висионе, која би била у толико потпунија, у колико би потпунија била збирка факата у појединим наукама, и у колико би потпуније била про-ведена индуктивна метода. Као типичног и највећег представника таквог схватања филозофије можемо навести *Wundt*, по коме је филозофија »die allgemeine Wissenschaft, welche die durch die Einzelwissenschaften vermittelten Erkenntnisse zu einem widerspruchlosen System zu vereinigen, und die von der Wissenschaft benützten allgemeinen Methoden und Voraussetzungen des Erkennens aus ihre Prinzipien zurückzuführen hat.«²⁰⁾

Према горе наведеном пак је јасно да филозофија не може бити само понављање онога, што су поједине науке у својим делокрузима већ констатирале. Таково прежвакавање слабо би се слагало с узвищеним задатком, који врши филозофија већ толико векова. Од свог почетка човечанство је захтевало од филозофије, да одговара на коначна и највиша питања о смислу

¹⁶⁾ »Das ich denke«, каже Kant, »muss alle meine Vorstellung begleiten können, denn sonst würde etwas in mir vorgestellt werden, was gar nicht gedacht werden könnte, welches ebenso viel heisst, als: die Vorstellung würde entweder unmöglich oder wenigstens für mich nichts sein.«

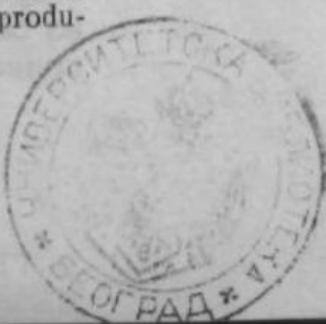
Kritik der reinen Vernunft, ed. cit. 114.;

¹⁷⁾ L. c. 113.: »denn wo der Verstand vorher nichts verbunden hat, da kann er auch nichts auflösen, weil es nur durch ihn als verbunden der Vorstellungskraft hat gegeben werden können.«

¹⁸⁾ Упореди Windelband, Einleitung in die Philosophie, 1920., 230 и след.;

¹⁹⁾ L. c. 233; упор. и Rickert, Der Gegenstand der Erkenntnis, 1921., 332; »Auch die einzelne, rein tatsächlich gegebene Erfahrung und Wahrnehmung wird als wirklicher Gegenstand oder als Material der Erkenntnis erst durch die Anerkennung der Norm oder durch die Kategorie der Tatsächlichkeit produziert.« —

²⁰⁾ Einleitung in die Philosophie, 1902, 19.



живота и о судбини света. А на та се питања не може одговорити сазнањем, које извире из чињеница. Саме чињенице имају потребу за тумачењем, а камоли да би из њих црпли истину. Та дејства су само материјал, код кога смо свесни њиховог смисла, и вредности, коју остварују. Истргнуто из динамичног просеца у ком се стварају, те су вредности мртве, јер им недостаје оживљавајући принцип нашег духа. Њихова вредност се изгуби и постаје гола чињеница, ако је раставимо од активне мисаоности у којој се факт ствара. Стога полазна тачка филозофије не може никада бити сама чињеница као таква које је дана, па ни наука која ту даност претпоставља. Филозофија има посебан предмет и посебну методу, која се не сме заменити са задацима науке. Па са свим тим, да је по одцепљењу психологије од филозофије сва реалност подељена на поједине науке, остаје оправданост филозофије као самосвести стварајућег духа неокрњена. Не може нам је заменити никакав фактум, утврђен од позитивне науке, и ниједан па и тако потпуни збир општих резултата поједињих знаности.

Логичном становишту позитивистичке филозофије као синтезе свих знаности потпуно одговара општа теорија права: Као што филозофија мора сабрати опште констатације свих поједињих знаности, тако је и општа правна наука најопштији део, у ком се стичу све поједине јуридичне дисциплине. Улогу, коју играју у општој филозофији поједине науке, замењују у општој теорији права разни органи јуриспруденце, а метода и циљ су пак исти као и тамо.

Да је сабирање резултата поједињих правних дисциплина у целини од велике теоретске и практичне важности, не треба доказивати. Ту приговарамо само у толико, у колико се тврди да би таква збирка могла заменити правну филозофију или се чак изједначити с њоме. Стога су оне присталице опште правне филозофије, који отклањају и име правне филозофије, бар до следни и онемогућују непотребне заблуде и мешање. Док општа правна теорија остаје у својим границама, неће јој нико, а најмање правна филозофија, одрицати право на опстанак. Конфликти настају тек онда, ако прекорачи легитимни делокруг свог деловања и ако се лати задатака, које својим методама и са свог исходишта не може решити. С обзиром на правну филозофију нема између опште правне науке и јуриспруденције никакве разлике у суштини. И једној и другој је даност феномена услов истраживања, које је усмерено на све веће и опсежније општости. Правна филозофија мора растумачити управо феномен, који се у тим наукама претпоставља као да је дан, те га схватити као моменат стварајуће силе нашега духа. Мора одговорити на питање, која се идеја огледа у правном искуству. Те пак идеје не може добити ни из каквог искуства, јер важи као свака друга вредност независно од њега: чињеница (факт) постаје момент духа само у колико његова исправност произлази из објективне вредности. Суштина права ће нам остати увек скривена, докле год се ограничавамо на чињенице, из којих из-

лази правна наука. Ту нам не помаже ни најмарљивије нагомилавање чињеница, јер се однос према идеји права да упознати и приказати на једном самом примеру баш онако исто као и на целокупној правној феноменологији. У самој многобројности феномена узалуд ћемо тражити филозофску истину.

IV. Као што је филозофија, која сабира само опште резултате поједињих наука, само енциклопедија наука, тако би правна филозофија била идентична с правном енциклопедијом, кад би је изједначили с општом правном науком. Први пут је та истоветност правне филозофије и правне енциклопедије била упозната и призната у руској литератури. У том видимо једну од многих заслуга руске правне филозофије, која је толико до-принела општој правној проблематици, и која се на западу на жалост још увек премало узима у обзир. Ту истоветност међу општом правном науком и енциклопедијом права је де факто извео и Меркел у својој енциклопедији, чији први део садржи елементе опште правне знаности, док је међутим други део посвећен специјалним правним дисциплинама. Та истоветност остаје код Меркела без даљнег логичног обrazloženja, јер је пре свега у вези с његовим опредељењем појма правне филозофије. Тако руска правна филозофија дошла је потпуно јасно — и доследно до закључака, који нужно следе из логичног положаја опште правне науке. Тако на пр. каже Коркунов: „Филозофија права се по томе не може признati знаoшћу, која би се разликовала од енциклопедије. Праzна филозофија и правна енциклопедија су једно те исто. Обе су само приправни стадији оснивања свеобухватajuћe дисциплине: опште правне теорије. Потреба такве опште правне теорије осећа се већ одавно, али су досада у њој видели нешто, што се разликује од енциклопедије и што мора уз њу екзистирати”.²¹⁾

Истоветност опште правне науке и правне енциклопедије (не правне филозофије и опште правне науке) је у Русији опште призната.²²⁾ То је једини начин да се оправда постојање правне филозофије и да се она одржи као самостална знаност с властитим предметом: приказати органске везе међу свим специјалним правним дисциплинама и пружити неки преглед целокупне јуриспруденце. Премда је њен предмет ограничен на извесно доба или на посебна правна подручја, увек су енциклопедисти сматрали као главни задатак основати вишу целину, коју творе поједиње правне дисциплине баш преко своје диференцираности. С тим признају енциклопедисти бар де факто истоветност правне енциклопедије и опште теорије права. Тако каже један од најбољих садањих енциклопедиста, Filomusi Guelfi, да правна енциклопедија мора подати жив организам права у његовом основном јединству: правна енциклопедија је знаност, која се бави правом с видика његовог јединства; она је органска синтеза свих правних дисциплина, њихово унутрашње и оживља-

²¹⁾ Лекцији по опшћој теорији права 1912., 28;

²²⁾ Коркунов, 1 с. 30.

вајуће јединство²³⁾). Исто тако види Gareis-Wenger један од најважнијих задатака правне енциклопедије у утемељењу јединства и хармоничног развоја целокупног права из неких највиших принципа.²⁴⁾

У већини садањих енциклопедија узалуд тражимо конкретно спровођење тог јединства и органске целине свих правних подручја. Обично се енциклопедије ограничава на кратки извод из поједињих правних дисциплина, у колико нису правне збирке самосталних монографија, као на пр. Енциклопедија Holtzendorfa или пак велика *Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, која ће бројити 52 свеске.²⁵⁾

Разуме се да је у тим великим енциклопедијама органска веза између поједињих правних дисциплина још мање подана и основана у колико јединство не извире него једино из саме природе права и из самих специјалних наука, које се морају обазирати на сродне правне појаве, ако хоће да с потребном тачношћу определе свој властити предмет.

Потреба енциклопедије се обично оправдава научним програмом, којим се прописује на универзитетма енциклопедија као увод у јуриспруденцу. То није никакав разлог, јер се дидактичним аргументима самосталност једне науке не може доказати.²⁶⁾ Као увод у јуриспруденцу је енциклопедија у садањем облику потпуно неупорабива, јер се успешно учење права не сме почети апстрактним универзалностима, него с конкретним правним одношајима. Права дидактична метода за увод у јуриспруденцу мора бити везана на свакидашње примере и мора увек из њих извађати општа правна правила: општости стоје на концу, а не на почетку правнога студија. У том нам се смислу чине потпуно оправдани приговори проф. Шершеневића противу енциклопедије.²⁷⁾ У садањем свом облику могу енциклопедије да послуже само изученом правнику, који већ познаје материју и који хоће да на кратко понови садржај поједињих правних дисциплина. Не обазируји се на дидактичке и пропедеутичке разлоге знанствена је основаност енциклопедије могућа само у смислу опште правне науке.

V. Као другу карактеристичну особину опште правне науке смо навели настојање да се пронађу у разноликости правног

²³⁾ Encyclopædia giuridica, 1917., § 40; по Filomusi Guelfi-у је правна филозофија и енциклопедија у уској вези, тако да су подручја и једне и друге истина различита, али не одвојена: правна филозофија се бави идеалном конструкцијом правних поредака и коначним узроцима свега права; уопште, сјим што је већ било или може да постане позитивним правом као универзални садржај и материјал облика права. Правна енциклопедија покушава да појмује јединство права у актуелном историјском тренутку важењег права и да прикаже то јединство на основу реалних категорија и веза, које у истину постоје у извесном народном праву.

²⁴⁾ Rechtsencyklopädie und Methodologie als Einleitung in die Rechtswissenschaft, 1920., § 1;

²⁵⁾ Издање Kohlrausch & Kaskel, Springer, Berlin.

²⁶⁾ Коркунов, I. c. § 4;

²⁷⁾ Общаја теорија права, Москва, 1910, 57—62.

искуства они основни појмови, који се увек и свуда у сваком правном феномену понављају. Питање нужних и опште важећих правних облика проблем је јуриспруденце као науке, којој је тај карактер оспораван баш због материје права која се мења. Ако је садржај правних појава подвргнут вечним променама као и сам живот, који право покушава да уреди, и увек се менјају не само материјалне правне одредбе него и материја уређења, морају неки основни појмови остати непромењени, иначе се не би могло говорити о јуриспруденцији као таквој него о више правних наука, од којих би свака имала свој појам о праву. Исто би тако била немогућа правна историја и компаративна правна наука, јер обе претпостављају основну једнакост историјскога односно компаративнога предмета.²⁸⁾ Сва се та настојања око сталних и непромењивих основних правних облика усредсређују у појму права, коме конвергира свако правно истраживање. Потребу сталности у дефиницији појма права наглашава већ Бергбом²⁹⁾.

Питање је само да ли ми можемо наћи тако опште појмове, који важе за свако правно искуство, и, који дакле нису подвргнути променама, и ако можемо, на какав начин. Следећи доследно позитивистичко учење, сматра општа правна наука, да те основне ликове може добити из искуства, дакле из дане правне материје.³⁰⁾

Тим су се индуктивним методама у тражењу општих појмова већ одавно служиле с успехом природне науке, којима потпуно следује јуриспруденца. Не може се оспоравати, да се на тај начин може доћи до општих правних појмова, који важе за велики број примера, а можда и за све право садашњости и прошлости. Питање је само, какву вредност има та универзалност? Да ли су те генерализације само релативно опште или су пак у истину универзалне и нужне. На то је питање већ Кант одговорио, кад је утврдио услове априорног сазнања.³¹⁾ Индук-

²⁸⁾ Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, 1892, 73.

²⁹⁾ *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892., 73; »nur eine Begriffsbestimmung kann die richtige, alle wirklichen Rechte aller Zeiten und Völker umschliessende sein, denn der formelle Rechtsbegriff ist selber nur einer. Der Rechtsinhalt, die massgebenden Ideen und Prinzipien der Rechte haben eine Rechtsgeschichte — der Rechtsbegriff keine.«

³⁰⁾ L. c. 79; »Um den Begriff dessen zu finden, was da ist, muss man von den Einzeldingen ausgehen, die da sind. Um also den Rechtsbegriff zu erfassen, darf man nur von dem Rechte ausgehen, das wirklich ist. Auf empirielosem Wege wird man nimmer zum Begriff des Rechtes gelangen.«

³¹⁾ *Kritik der reinen Vernuft*, ed. cit. 35—36: »Erfahrung gibt niemals ihren Urteilen wahre oder strenge, sondern nur angenommene und komparative Allgemeinheit (durch Induktion), so dass es eigentlich heissen muss: so viel wir bisher wahrgenommen haben, findet sich von dieser oder jener Regel keine Ausnahme. Wird also ein Urteil in strenger Allgemeinheit gedacht, d. i. so, dass gar keine Ausnahme als möglich verstattet wird, so ist es nicht von der Erfahrung abgeleitet, sondern schlechterdings a priori gültig. Die empirische Allgemeinheit ist also nur eine willkürliche Steigerung der Gültigkeit von der, welche in den meisten Fällen, zu der, die in allen gilt... wo dagegen strenge Allgemeinheit zu einen Urteile wesentlich gehört, da zeigt diese auf einen besonderen Erkenntnissquelle desselben, nämlich ein Vermögen des Erkenntnisses a priori.«

ција нам не може дати нужне и универзалне појмове, него само релативно опште. Нужности и универзалности не налазимо никаде у истинству, стога их па и тако марљивим апстрактирањем из дане материје не можемо досећи. Индукцијом добивени општи појмови важе само релативно за извесну материју, а не за свако правно истинство. Ако основни правни појмови имају да важе увек и свуда за свако правно истинство, смеју бити само априорни. Да ли је тако априорно сазнање могуће, друго је питање, које нас се у овом случају не тиче. Какав год био одговор, јасно је, да се тим питањем има бавити правна филозофија, а не емпиричка јуриспруденција или општа правна наука, која се служи истим методама и исто тако произлази из емпирички даног феномена. Штамлерову непролазну заслугу видимо у томе, да је и за право формулирао проблем априорног сазнања у смислу трансценденталне филозофије. Премда Штамлер по нашем мњењу није извео доследно своју теорију и особито се код одређивања правних категорија није држао трансценденталне методе, ипак је после њега за увек онемогућено свако замењивање правне филозофије с општом превном науком.³²⁾ Релативна општост не може заменити категориије. Правна је филозофија могућа само као анализа трансценденталне свести, преко које упознајемо стварајућу силу правне категориије. Ово нам не може заменити никаква па и тако општа знаност о праву, која увек остаје везана на контингентност претресаног предмета.

Том критиком опште правне науке немамо намере, да можда поричемо њену оправданост и основаност, докле год остаје у својим границама и док се не издаје за једино могућу филозофију позитивног права. Општа правна знаност и јуриспруденција спадају у исту врсту научног сазнања и разликују се само по већој или мањој универзалности. Обе служе истој сврси, наиме уређењу и уврштењу бесконачног броја феномена, који би без општих емпиричких појмова сачињавали непрегледни хаос. Технички практички значај дели те појмове ео ipso јз филозофске категориије, која већ по својој суштини не може бити емпирички дана и везана на контингентни предмет.

VI. »Rechtsphilosophie setzt... eine allgemeine Erfahrungslehre vom Recht voraus.«³³⁾ То стално понавља општа правна наука и позитивизам уопште. На једној страни позитивно право које важи, а на другој позитивно право које би морало да важи. Сазнање онога, што би морало да буде, претпоставља знање онога, што је. По нашему теоретичару општега права правна филозофија бавила се само тим идеалним правом, које представља жељено стање будућности у поређењу са садашњим и реформе потребне у садашњем социјалном положају. И како смо видели, одређивање тог идеалног права је уопште предмет правне филозофије у колико јој признаје властити делокруг и у колико је не замењује општа правна теорија. Природно пра-

³²⁾ Theorie der Rechtswissenschaft, 1911., 27 и след., 180 и след.

³³⁾ Kornfeld, I. c. 19.

во се по том позитивистичком учењу изједначује са садржаним, идеално — важећим правом. Од позитивнога се права то идеално право разликује само по већој логичној целини и прикладности за конкретне социјалне прилике.

Ако пак хоћемо да будемо доследни, морамо тим природно правним идеалним кодексима додати уопште све нацрте о реформи позитивних закона, у колико настоје да побољшају постојеће правно стање. У томе нема никакве разлике између садржајних прописа природног права и модерних предлога о реформи кривичног или трговачког закона. Толико критикована утопистика природног права показује се само као претеравање значења, које има у међусобним односима људски разум, при чему се не узимају у обзир сви остали ирационалнији елементи, који одлучују о практичној целисходности и изведивости каквог законског предлога. У суштини су сви ти садржајни идеални предлози једнаки, јер је њихова већа или мања прикладност важна за практично остваривање, а не за теоретско разликовање.

Кад би се посветила већа пажња тој теоретској истоветности правне активности *de lege ferenda* са садржајним природним правом, одстранили би се многи неспоразуми. И правној филозофији не би био дан задатак, да се бави правом које би морало да буде, у антитези с правом, које је. Први, који би се дигао противу тога, био би баш правни позитивизам, јер реформаторска делатност спада исто тако у позитивну јуриспруденцу као и сазнање постојећег права.

У истоветности природнога права с идеалним правом, коју наглашава правни позитивизам, лежи дубљи разлог. Јасно је, да га правни позитивизам са својим средствима није могао открити, јер то сазнање захтева друкчији начин гледања. По својој је суштини проблем природнога права питање о ваљаности права уопште. Не ради се о томе да конструишимо идеалне правне прописе, него се ради о сазнању последњег разлога, на коме је основана обвезна моћ позитивнога права уопште. То не можемо сазнати ако се не ослободимо даности у смислу опште правне науке и уопште све јуриспруденце. У томе је баш главни задатак правне филозофије, кога не може испунити ниједна друга наука.

Како општа правна наука одговара на питање о последњем разлогу ваљаности позитивнога права? Верна својој пољазној тачци из чињеница, мора остати у границама даних чињеница; једна се чињеница тумачи другом чињеницом, *obscrum per obscurius*; питање се само премакне, а не реши. »Von einem sollen zu reden,« каже Меркел, *hat überall einen Sinn nur mit Rücksicht auf Gebote einer bestimmten Autorität*.⁸⁴⁾ Такво схватање нормативности карактеристично је за сваки позитиви-

⁸⁴⁾ Uebersicht über die Geschichte der Rechts — und Staatsphilosophie, I. c. 90.

зам. Да оно што би морало да буде има значења само с обзиром на вредност, коју изражава, и на идеје, које остварује, питање је које позитивизам не може себи да постави, јер из самога дејства не можемо изводити идеје, које важе независно од њега. Без идеалног разлога оправдања пак је захтев нормативности обична заповест: право се изједначава са силом. Ако пођемо из даности остајемо увек у подручју емпириске, у којој можемо да утврђујемо заповести и забране, а не норме као надсубјективне идеалне вредности.

Па са свом тежњом да нагласи чистоћу методе, остаје и Келсенова нормативна јуриспруденца потпуно у делокругу опште правне науке. Нормативна јуриспруденца мора по Келсену да утврди »wie sich die Menschen verhalten sollen, gelangt so von besonderen zu immer allgemeineren Rechtsgesetzen und damit zur Bestimmung ihres spezifischen Gegenstandes, des Rechtes als eines von dem Kausalzusammenhang der Natur (oder natürhaften Gesellschaft) verschiedenen, eigengesetzlichen Systemzusammenhangs«.³⁵⁾ Као што смо већ нагласили, та полазна тачка данога и апстрактирање општих правила је заједничко целокупној јуриспруденцији уопште и истовремено је основна премиса опште правне науке. Такође смо видели, да су сви покушаји, да се образложи идеални захтев норме чињеницама, осуђени на неуспех. То важи и за Келсенову теорију, која настоји да реши нормативност позитивног права на тај начин, да га изводи из неке основне хипотетске норме. Ако се питамо о легитимности каквог правног акта, каже Келсен, утврђујемо га у општој ивишој норми, наиме у закону. Ако се јурист позитивиста пита о ваљаности самога тога закона, долази до устава и тако до неког историјски првог устава, којим се не дà више редуцирали на друге раније норме.³⁶⁾.

Сваки покушај вишег образложења позитивног права у каквој апсолутно важећој основној норми значи захватање природно-правне теорије у научну обраду позитивног права и мешиће метафизике у подручје искуства.³⁷⁾

Јасније и доследније није нико изразио теорију опште правне науке и правнога позитивизма уопште. Образложили смо већ, да наука изилази из даности феномена и да га претпоставља, док филозофија међутим покушава да објасни онај идеални прогрес, у ком се то дејство синтезом нашећа духа ствара. Могли би се dakле задовољити с тим, да Келсеново учење наведемо као доказ за нашу тезу о даности предмета у јуриспруденци, с чим не би било прејудицирано правно филозофско разматрање о тој даности. А међутим кад општа правна наука остаје у гра-

³⁵⁾ Allgemeine Staatslehre, 1925., 6.

³⁶⁾ Dass dieses erste historische Faktum den Sinn einer »Verfassung« habe, dass dieser Beschluss einer Versammlung von Menschen oder der Befehl eines Usurpators die normative Bedeutung eines Grundgesetzes habe, das wird von dem positiven Juristen, der über die Grundtatsachen nicht hinausgehen kann, vorausgesetzt. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928., 13.

ницама правне феноменологије, детерминише Келсен право као оно, што би морало да буде (Sollen), и јуриспуденцу као нормативну науку у потпуној антитези са природним наукама. По нашем скромном мнењу даност и нормативност пак не можемо здружити тако, да би у јуриспруденци била дана нормативност, на исти начин као што је у природним наукама дано битисање (егзистенција). Нормативност изражава увек одношај према идеји као нечему, што се по њеном правцу има да оствари. Ако је нормативност дана, као што мисли Келсен, онда се изједначује с обичном заповести или забраном. И ако се те заповести или забране не заснивају у идеалној апсолутној норми, онда су голи израз моћи: право постаје сила.

Ради тога Келсенова теорија не може да образложи нормативност правнога реда, него је једноставно претпоставља. За образложение нормативности не може нам помоћи никакав временски регрес, него само логични регрес на основни акт наше свести, у ком је та даност ствара. Ако тврди, да у систему позитивнога права важи свака норма због тога, јер је издана на начин, кога прописује основна хипотетичка норма,³⁸⁾ можемо на основу свакдањега искуства установити да једноставно није истина. Крајњи разлог ваљаности норме није у легитимности органа, који норму поставља, него у критерију праведности, по ком се равна. Уз легалитет норми је потребна још и унутарња идеална оправданост, јер се иначе изједначује са силом. Већ површан поглед у реферате о мотивима, којим се пропраћају законски предлози, показује нам, да се законодавац свуда позива на идеју праведности и да настоји с њом у складу уредити социјалне односе. Формално правилна делегација се једноставно претпоставља и она се сама оправдава једино праведношћу изданих норми. Али не само законодавац него се ни судија не може задовољити самом позитивношћу закона, него га уврштава у виши ред вредности, које треба да узму удела у социјалном животу. Судија, који би се одрекао таквог критичног гледања на законе и напросто примио факат закона (ако би такво пасивно прихватање било уопште могуће), био би само строј, а не човек који дели човеку правицу и кривицу.

Постављајући као највиши принцип позитивнога права опет само други фактум, Келсену се руши нормативност као идеално образложение и право се претвара у обичну заповест, истоветну са силом. Сам правни поредак губи баш онај смисао, који га карактерише као правног, наиме однос према идеји праведности. Келсен ће остати доследан одклањајући појам праведности и постављајући је изван позитивнога права.³⁹⁾

³⁷⁾ L. c. 14.

³⁸⁾ L. c. 20.

³⁹⁾ L. c. 21; »Was sie (sc. хипотетичка основна норма) zu leisten hat, ist zwar nicht gerechte Ordnung, aber eine sinnvolle Ordnung zu begründen. Mit Hilfe der Grundnorm muss sich das durch Satzung erzeugte Rechtsmaterial als ein sinnvolles Ganze begreifen, das heisst aber überhaupt vernünftig deuten lassen.«

Несхватљиво је, какав би други смисао имало право да оствари сем праведности и који би конкретни циљ могао ту идеју успешно да замени. С тим да редуцирамо сваки правни акт на основну хипотетску норму не добивамо јошничега за његову детерминацију у смислу праведности или неправедности: од позваних органа постављена норма може бити неправедна, а закон узурпатора може да буде праведан.

Та критична анализа у пракси праведности или неправедности понавља се код сваког правног акта потпуно независно од регреса на основну хипотетску норму, који као и свако друго дејство треба тумача: дејство се не може схватити помоћу другог дејства. Правни позитивизам не може дати теорију позитивног права, јер је немогуће апстрагирати од идеалних постулата, које би сваки правни ред имао да оствари.⁴⁰⁾ Идеалне вредности, које би позитивно право морало да оствари, надређене су му; однос између идеалног и позитивног права није координација, како тврди Келсен⁴¹⁾, него надређеност и подређеност. Ако се дигнемо над делокруг дејства и ако га не тумачимо као момент нашега духа, не можемо ни постанка права протумачити. А баш код питања, како настаје право, Келсенова теорија потпуно издаје, као уопште свака општа правна наука, која изилази само из чињенице. То и сам Келсен признаје.⁴²⁾

А без идеалног процеса, у ком конструирамо fieri права, остаје нам и његов фактум потпуно неразумљив. Ако хоћемо да схватимо шта је право, морамо знати како настаје. За обrazложение постанка права потребна је анализа акта у нашој свести, који ствара вредности и покушава их реализовати у чулном свету. Та основна вредност је у праву идеја праведности. Да се сила претвори у право потребан је одношај према идеји праведности, дакле према идеалном захтеву, који смер заповести или забране морају изражавати. Сама та релација према идеји праведности карактеризира неку чињеницу као правну.

Д-р Борис Фурлан,
адвокат и приватни доцент Универзитета у Љубљани

⁴⁰⁾ К целоме проблему упореди Тасић: Le principe de l' égalité dans les doctrines de Duguit et Kelsen, у Revue int. de la Droit, IV год. који на основу темељне анализе нормативне теорије долази до следећега закључка: »Ce que nous désirons relever à la fin de notre analyse critique, c'est le fait que la doctrine normativiste n'a pas pu échapper à la tendance vers le monde des valeurs objectives et même vers l'idée de droit. Et cela est tout à fait naturel, parce que la nature idéale du droit, nature normative, la pousse d'une part vers la logique pure, vers le logisches Naturrecht, d'autre part vers la norme véritable, éthique.«

⁴¹⁾ L. c. 31 и след.

⁴²⁾ »Das Faktum der Entstehung und Zerstörung des Rechts fällt außerhalb der Ebene der juristischen Erkenntnis, ist eine ihrer Voraussetzungen.« Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911., 334.

