

ВРЕДНОСНА „МЕТАМОРФОЗА“ ПРАВА

Апстракт: Вредносна „метаморфоза“ права представља прелаз из чистог правног позитивизма, израженог у пукој форми права, у аксиолошко посматрање права као науке, и као друштвеног феномена који се свакодневно „дешава“.

Вредносна „метоморфоза“ права представља и аксиолошко препознавање стварности и вредности које се сједињене налазе у правној норми, а која „пролази“ кроз векове правног позитивизма.

Кључне речи: вредности, право, правни позитивизам, метаморфоза.

УВОД

У Немачкој, фебруара 1906. године Херман Канторович (*Hermann Kantorowicz*), даје овакву слику правника, то је: „виши државни чиновник с академским образовањем, седи у својој собици наоружан само једном машином за мишљење, наравно, једном од најизврснијих. Једини намештај те собице јесте један зелени сто на којем пред њим лежи државни закон. Човек му даде какав било случај, стварни или само измишљени, и сходно својој дужности он ће бити кадар да помоћу чисто логичких операција и једне тајне технике, само њему схватљиве, с апсолутном егзактношћу покаже решење које је законодавац предходно одредио у законику“.¹ Оваквој слици правника данас додајемо само још рачунар који стоји испред њега и ништа више. Такав правник не преиспитује закон, он не пита зашто, и где лежи обавезујућа снага прописа који ваља да примени. Он само следи пропис и не чини ништа више. Баш зато је и потребна вредносна „метаморфоза“ права.

Све је ово прочитовано у питању: „да ли слободарска, секуларизована држава живи од нормативних претпоставки које она сама не може да гарантује“.² Ово јесте прочитовано у том питању, али за основ вредносне „метаморфозе“ права

1 Х. Канторович, *Борба за правну науку*, Досије, Београд, 2006, 7.

2 Ј. Хабермас, Ј. Рацингер, *Дијалектика секуларизације*, Досије, Београд, 2006, 15.

ми прихватимо да: „Ако људско срце није добро, онда ни једна друга ствар не може постати добра“ (Јозеф Рацингер – папа Бенедикт XVI / *Joseph Ratzinger – Benedictus PP. XVI*). Јер ми: „Сасвим инстинктивно захтевамо да човек буде добар“.³ Зато су друштво и држава „у обавези да на посебан начин стално теже истини, да је поштују и да одговорно о њој сведоче“.⁴

1. ЗАШТО ВРЕДНОСНА „МЕТАМОРФОЗА“ ПРАВА?

Поставку за размишљање о разлозима вредносне „метаморфозе“ права налазимо у ставу да: „Ми презиремо свештеника који проповеда против свог уверења, али поштујемо судију који се својим супротним правним осећањем не да завести на погрешан пут у својој верности закону“.⁵

Али, упркос оваквом свом размишљању из 1914. године, Густав Радбрух (*Gustav Radbruch*) био је сведок потпуног „поверења“ у закон и прописе државе свога доба која је изнедрила „необично“ велике злочине, али се почетак тих и таквих злочина, баш и налазио у „немоћи“ правничког сталежа и његовом апсолутном „предавању“ закону, што он и описује следећим речима: „Својим уверењем „закон је закон“, позитивизам је разоружао немачки правнички сталеж према законима са самовољном и злочиначком садржином. При том позитивизам уопште није у стању да властитом снагом образложи важење закона“.⁶

Питање је, зашто је Радбрух морао да ово увиди тек након како то Артур Кауфман (*Arthur Kaufmann*) назива „*izkustva pred Damaskom*“?⁷ У том питању лежи трагика човека и његовог права, као и неопходна потреба за вредносном „метаморфозом“ права.

Шта подразумевамо под вредносном „метаморфозом“? Ради се о преображају идеје права коју нам даје правни позитивизам у својој искључивости, у идеју права која је за своју основу прихватла вредност.

Људска цивилизација и развој идеје права јасно указује на раздвајање нашег мишљења о томе шта је право, и шта је основа идеје права. Истовремено се у тако постављеној и у својој поставци подељеној правној теорији констатује да: “The concept of law is of great importance, and we cannot be certain that we already have a clear concept of what law is. Why should this be so? Why should there be so much dispute, both theoretical and practical, about, say, whatever the law is whatever the sovereign says it is, or whether it is what the highest court in the land has most

3 А. Либерт, *Идеја моралног*, Досије, Београд, 2006, 5.

4 Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења Католичке цркве*, Београд, 2006, 105.

5 Г. Радбрух, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд, 2007, 42.

6 *Ibid.*, 18.

7 А. Kaufmann, *Uvod v filozofijo prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1998, 122.

recently pronounced it to be?”⁸ Као и да: “Different answers to the question “What is law?” will no doubt seem appropriate to different people depending on one’s individual perspective, whether that of ordinary citizen, judge, or legislator. An ordinary citizen who sees the law as an alien presence, a bare-knuckled expression of the overwhelming power of the state, will no doubt have a different concept of what law is from the citizen or official who acknowledges the moral authority of the state and sees law as a collective expression in which everyone can participate”.⁹

У таквој подели „снага“ правни позитивизам схвата вољу државе и њену силу као свеколики извор права, те самим тим држи да је то основ обавезујуће снаге права. Зато што: „When we study law we are not studying a mystery but a well known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court“.¹⁰

Овакво мишљење наћи ће своје упориште у схватању Бенџама (Jeremy Bentham), који је и сам био позитивиста, те је сматрао, да се само у правно-позитивистичком мишљењу могу наћи објективни стандарди постојања права: „Unnatural, when it means any thing, means unfrequent: and there it means something; although nothing to present purpose... All it can serve to express is, the disposition of the person who is talking of it: the disposition he is to be angry at the thoughts of it... The mischief common to all these ways of thinking and arguing (which, in truth, as we have seen, are but one and the same method, couched in different forms of words) is their serving as a cloke, and pretence, and alimnt, to despotism: if not a despotism in practice, a despotism however in disposition: which is but too apt, when pretence and power offer, to show itself in practice“.¹¹

Дакле, „метаморфоза“ права, коју прихватамо и заступамо, покушава да из идеја које нам је усадио Творац развије једно апсолутно вредносно довршено право, и не гради од државе идола кога ваља обожавати. Пажњу правног позитивизма, изазива само воља суверена и власти која је изражена кроз правну норму, и зато он и одбацује могућност да: “spirit of man is the lamp of God. Jer: „For the Apostle says (Rom. Vii. 23): I see another law in my members, etc“.¹²

На тај начин: „The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors“.¹³ И: „If you want to know the law and nothing else you must look at it as bad man, who cares only

8 C. Johnson, *Philosophy of Law*, New York, 1993, 1.

9 Ibid., 2.

10 O. W. Holmes, Jr, *The Path of the Law*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 45.

11 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, Chap. II, Para. XIV, n. 1 in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 4.

12 St. T. Aquinas, *Treatise on Law*, Excerpts from *Treatise on Law*, Questions 90-91, 94-96 of *Summa Theologica*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 14.

13 J. Austin, *Law as the Sovereign’s Command*, from: *The Province of Jurisprudence Determined*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 31.

for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience¹⁴. Дакле, тежња позитивноправне науке је да се право сазна онакво какво старно јесте, а не онакво какво би требало бити по нечијем вредносном суду.

Да би одредили понашање субјеката према правним нормама неопходно је, сматра се у оквирима правног позитивизма, да се најпре укаже на терминолошку збрку коју изазивају термини који у себи носе поље недовољне одређености, а вредносног су порекла. Јер: „The law is full of phraseology drawn from morals...“¹⁵. Тако су на, на пример, изрази праведан или неправедан, добар и лош, узети из аксиолошког речника и најчешће се користе у научној и свакодневној похвали и осуди права и људи. А, овакво коришћење аксиолошког речника узрок је непрецизног одређења појма. Дакле, оштро се критикује претерана и олака употреба вредносних израза приликом посматрања права.

А онда се и може заузети став да: „Laws and other commands are said to proceed from superiors, and to bind or oblige inferiors“¹⁶. Након тога се тражи нова религија, нови пролазни мит јер: „Слабију стада потребна је посебна митска творевина која треба да прикрије зјапећу празнину...“¹⁷. Ову празнину покушала је да попуни формалистичка мисао која кулминира са Келзеном (*Hans Kelsen*): „Therefore, then, a definition of law, which does not determine law as coercive order, must be rejected (1) because only by including the element of coercion into the definition of law is the law clearly distinguished from any other social order; (2) because coercion is a factor of great importance for the cognition of social relationships and highly characteristic of the social orders called „law“; and, (3) particularly, because by defining law as a coercive order, a connection is accounted for that exists in the case most important for the cognition of the law, the law of the modern state: the connection between law and state“¹⁸.

За правни позитивизам било је нарочито важно да се ослободи било какве везе са вредностима, што ће се остварити у учењу Ричарда А. Познера (*Richard A. Posner*), који сматра, да филозофија морала нема шта да понуди ученим правницима или судијама у доношењу пресуда или у стварању правних доктрина. Образовани људи који су прихватили учење филозофије морала за разлику од оних који нису под њеним утицајем понашају се, према његовом мишљењу, мање морално. Морално теоретисање, не ставља добру основу за

14 Ibid., 7.

15 O. W. Holmes, Jr, *The path of the Law*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 47.

16 J. Austin, *Law as the Sovereign's Command*, from: *The province of Jurisprudence Determined*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 37.

17 X. Хелер, *Правна држава или диктатура?*, Досије, Београд, 2011, 18.

18 H. Kelsen, *Law as a Normative Order*, from: *The Pure Theory of Law*, 1967, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 66.

моралне судове и не може да од нас начини боље људе.¹⁹ Чак и када оно створило ваљану основу за моралне судове, ови не би смели да буду употребљени код доношења правних одлука. Тада правна питања не би требало проучавати из угла филозофије морала, већ их ваља посматрати са прагматичког становишта.

Овакви ставови правног позитивизма и моралног релативизма навели су нас да прихавтимо потребу за вредносном „метаморфозом“ права.

2. АСПЕКТИ ВРЕДНОСНЕ „МЕТАМОРФОЗЕ“ ПРАВА

У време владавине правног позитивизма, да би право повезали са вредностима, неопходна нам је вредносна „метаморфоза“ права. Ова вредносна „метаморфоза“ права за нас представља једну врсту *Der Kampf un dei Rechtswissenschaft*.²⁰

Вредносној „метаморфози“ права неприхватљиво је становиште правног позитивизма, према коме се свако посматрање права као вредности проглашава ненаучним, при чему се свесно остаје само на нормативном и догматичком изучавању права. А ова „метаморфоза“ потребна је да остварили вредносну основу за стварање, разумевање и критику права. Правна наука мора да предлаже вредносне садржаје правног поретка, а не да право и њего садржај, остави вољи суверена. Нама је потребна таква правна наука и такво право, а не нови мит, који су нудили сви знани диктатори: „Ми смо створили наш мит. Тај мит је вера, страст. Није неопходно да буде ставрност...“.²¹ Ово су биле Мусолинијеве (*Benito Mussolini*) речи неколико дана пре фашистичког марша на Рим, наводи Херман Хелер (*Hermann Heller*).

Зашто не говоримо о компромису са правним позитивизмом, већ о апсолутној вредносној „метаморфози“? Разлог за ово налазимо у реченици Алберта Ајнштајна (*Albert Einstein*): „Пазите се трулих компромиса“.²² Историја је показала да је сваки компромис са вољом владара, као извором права постао основ свеколиког зла које се након тога десило. Јер: „Тамо где право не би било ништа друго до вођина заповест, остало би необјашњено обавезивање и самог вође путем права...“.²³ Наше искуство даље говори о произвољности наших одлука, које почивају на произвољности и самовољи, јер: „Тек у другој епоси живота, пад човечанства одвео је до лека самовољно створених института, наиме до државе и њеног унутрашњег уређења. По том схватању, држава и право су

19 R. A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, London, 2002, 3.

20 На свој начин и у истоименом делу *Der Kampf un dei Rechtswissenschaft* Херман Канторович (*Hermann Kantorowicz*), који је додуше ово дело објавио под псеудонимом Gnaeus Flavius 1906. године, започиње своју борбу за право.

21 Х. Хелер, *Правна држава или диктатура*, 18.

22 А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, Албатрос плус, Београд, 2011. 9.

23 Г. Радбрух, *Правни и други афоризми*, 7.

толико далеко од тога да буду изворне, нужне, човековој природи одговрајуће и помоћу ње и с њом постојеће установе да нам се, напротив, показују као својевољне, свесне творевине човека, творевине не наше боље природе, већ наше искварености, позване не толико да помогну наше одређење колико да спрече наш даљи пад²⁴.

Како исправити такве недостатке наших „производа“ као што је држава која почива на таквом праву? Ми видимо правац, пут изласка из такве „правне учмалости“ у вредносној „метаморфози“ читавог права. Када ово кажемо, мислимо заиста на одвајање права од воље, или прецизније од самовоље човека, односно групе на власти, која додуше до власти може доћи и на сасвим легалан начин, на који су и многи творци тоталитарних држава долазили на власт.

Шта то вредносна „метаморфоза“ настоји да оствари? Додуше с позитивистичке разине то ће одмах бити означено као чист утопизам или „изгубљени рај“, али ми верујемо да „се историја, поготову историја права не састоји у тужном развоју све дубљег пада, него у постојаном напредовању развоја ка све већем савршенству“²⁵. Ми то савршенство налазимо у једноставном споју вредности и стварности који се може остварити у правној норми.

Правна норма као основ постојања права место је сусретања стварности и вредности. Такву правну норму ваља поставити за темељ права. Јер, се преко ње може остварити да вредности које стоје изнад нас, самим тим што су дате од Творца, буду унете и „правно оживотворене“ путем или преко правне норме. Тада вредности могу да задобију правно „рухо“ и да постану основ обавезујуће снаге правне норме, која је до тада почивала само на санкцији као основу своје обавезујуће снаге, што је краткотрајно. Ову краткотрајност правних норми показују најбоље нестални правни системи садашњег света, јер је: „свако позитивно право мртво слово, маса без душе ...“²⁶ Ту „масу без душе“ може само да промени у квалитету вредносна „метаморфоза“ права. Јер, само вредности могу да буду основ постојања и испуњења сврхом права, све остало је релативно, произвољно и нестално. Јер ће тек с вредностима право престати да буде предмет „труљења“. Овоме може да помогне и промена односа према јуриспруденцији којом се „не треба бавити као до сада, бавити као с вербалном науком, да се њен посао не исцрпљује у тумачењу утврђених речи, него да је она вредносна наука која је у служби сврха социјалног живота“²⁷. Ово потврђује и став да ниједна наука не може да буде вредносно неутрална, јер ће се наши судови тада свести на пуко чињенично описивање стања ствари. А тада се јавља у једном тренутку наког година апологетских тонова „подозривост права

24 J. J. Бахофен, *Природно право и историјско право*, Досије, Београд, 2008, 12.

25 Ibid., 14.

26 J. J. Бахофен, *Природно право и историјско право*, 7.

27 X. Канторович, *Брба за правну науку*, 91.

праву²⁸ и „побуна против права“²⁹. Ово зато што се такво право „не појављује више као израз праведности која је у служби свих, већ као производ самовоље, као неосновано присвајање права од стране оних који уз то имају још и моћ“.³⁰

Дакле, правна наука и филозофија права имају вредносни задатак. Заправо, ваља одредити „крајње формалне сврхе права, његов положај у царству културних вредности, његов утицај на начин живота...“.³¹ Ово зато што је право „спољашње регулисање људског понашања ради успостављања садржински вредносног стања“.³² Ми овим желимо да учинимо, по Ласковим (*Emil Lask*) речима, оно што Хегел одбија да учини „корак од појма вредности ка појму норме“.³³

Самим тим наша научна и практична деланост не може бити вредносно неутрална јер „ако је истина вредност, онда субјектова карактеристична теоријска делатност, сазнавање, не може бити пасивно понашање без суделовања, оно напротив, мора бити заузимање става према вредности, практичка делатност у којој је положено нешто од моралног поштовања вредности“.³⁴

На оваквој вредносној поставци права инсистира и Лео Штраус (*Leo Strauss*), када каже: „The prohibition against value judgements in social science would lead to the consequence that we are permitted to give a strictly factual description of the overt acts that can be observed in concentration camps and perhaps an equally factual analysis of the motivation of the actors concerned: we would not be permitted to speak of cruelty“.³⁵ Ово нас баш и уводи у оно стање које Штраус и назива „bitter satire“.³⁶

Вредносна „метаморфоза“ права омогућава да ствари назовемо својим именом, да се не ограничимо на једноставно понављање чињеничног стања, већ да одемо корак напред те да критички процењујемо оно што видимо, јер: „The rejection of value judgements endangers historical objectivity. In first place, it prevents one from calling a spade a spade“.³⁷ А право припада „царству смисаоних творевина, стварности условљене вредностима...“.³⁸

28 J. Хабермас, J. Рацингер, *Дијалктика секуларизације*, 35.

29 Ibid.

30 Ibid.

31 Е. Ласк, *Филозофија права и краћи списи*, Досије, Београд, 2005, 19.

32 Ibid., 34.

33 Ibid., 74.

34 Ласк, *Филозофија права и краћи списи*, 82.

35 L. Strauss, *Natural right and history*, Chicago & London, 1992, 52.

36 Ibid., 52.

37 Ibid., 61.

38 J. Биндер, *Прилог учењу о појму права*, Досије, Београд, 2008, 27.

Разлог за овакву поставку налазимо у историјском искуству. Историјско искуство нам говори да основ обавезујуће снаге мора бити нешто постојаније од воље суверена. Та воља је толико непостојана да не може да буде основ нечега што желимо да траје и обавезује. Јер: „According to Mao Tse-tung 'Political power grows out of the barrel of a gun,' Similarly, Stalin was alleged to have asked at the Potsdam Conference 'Mr Churchill, how many divisions did you say the Pope had?' But the Papacy continues while, in different ways, the communism of Mao and Stalin has been abandoned by both the Soviet Union and China. Military might has proved an inadequate defence for their ideas“.³⁹

Овакав став нам потврђује да правни системи који не почивају на вредностима немају дуготрајност, те да се неће урушити јер нису довољно централизовани, већ зато што нема вредности у њиховој основи. До њиховог урушавања не долази због мањка правне ефикасности, већ због недовољно достигнутог, прихваћеног и заштићеног нивоа вредности.

Обавезујућа снага права не може да почива на „the barrel of a gun“, већ на вредностима које су дате од Творца, те нас самим тим још више обавезују. Наше прихватање те уношење у правни систем који градимо, или наше одбијање те заснивање правног система на нечем другом, потпуно је слободно. Наравно иза овакве слободе следи и прихватање последица оваквих одлука.

Дакле, следећи разлози нас наводе на неопходност вредносне „метаморфозе“ права:

- непостојаност правних система;
- одсуство вредности у праву;
- необразложена обавезујућа снага правних норми постојећих система права;
- неиспитивање основа правила понашања, заповеди, намењених људима, путем диспозиције;
- отворено питање да ли правни системи могу да почивају на страху од санкција, као и питање шта ће се десити са поштовањем правних норми, односно диспозиције правне норме, у случају одсуства санкције или страха од ње;
- и за крај потврђивање става Св. Томе Аквинског да је право створено за зле и опаке.

ЗАКЉУЧАК

Позитивно-правни приступ праву и правној норми не може да оствари потребе човека за правом испуњеним вредносним садржајем, те човек сам по себи захтева вредносну „метаморфозу“ права. Ово захтева, јер се у свом правном формализму не може наћи ваљан темељ права, те је зато потребна вредност.

³⁹ W. L. Miller, S. White, P. Heywood, *Values and Political Change in Postcommunist Europe*, London, 1998, 3.

Тако апсолутно утемељење права ми налазимо у вредностима и вредносној „метаморфози“ права. Ова „метаморфоза“ је заправо коначно прихватање апсолутних вредности датих од Творца, те њихово коначно уношење у правне системе које ми градимо.

Ако се ипак, уз сво противљење и одбојност правног позитивизма према вредностима, и догоди вредносна „метаморфоза“ права, неће бити потребе за питањем: „Да ли право може да истисне вредности?“ Ово зато што су вредности фундамент сваког односа, те самим тим и правног. Право у којем је изведена вредносна „метаморфоза“ постаће брана против самовоље у држави.

Вредносна „метаморфоза“ не одбацује оно што јесте, али трага даље и иде за оним шта треба да буде, и тиме жели да превазиђе јаз између *Seine* и *Sollen*. Тако вредности постају мотивациона снага, те основ обавезујуће снаге правне норме. Ово нам омогућава да прави не сведемо само на нормативну технику изражену кроз процедуру и форму. Ово нам омогућава да праву приступимо на критички начин, те да га вредносно процењујемо.

Јер се правна норма не доноси због приповедања, већ због заповедања. У овом крајње позитивистичком ставу ми и налазимо упориште за вредносну „метаморфозу“ права. Јер, ако је правна норма заповед, с чим се слажемо, онда је јако важно истражити садржину те заповеди, која је још и обезбеђена санкцијом од државе.

Три су кључна момента вредносне „метаморфозе“ права:

- вредносна „метаморфоза“ у процесу стварања права;
- вредносна „метаморфоза“ у процесу примене права и
- вредносна „метаморфоза“ у процесу критике постојећег права.

У зависности од овога ми и можемо да говоримо о два правца развоја права и правних система: правац ка вредностима, правац ка просперитету и ваљаном правном систему и правац ка тоталитаризму, који почива на правилу наредба је наредба. Оно што остаје као задатак јесте започињање и свакако окончање вредносне „метаморфозе“ права како би се омогућио опстанак друштва, његове државе и његовог права.

Marko Trajkovic LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, Niš

THE VALUE “METAMORPHOSIS” OF LAW

Summary

The value “metamorphosis” of law presents the change from the pure law positivism, expressed in the pure form of law, into the axiological view of the law as the science, as well as a social phenomenon “happening on the daily basis”. Value “metamorphosis” of law presents the axiological recognition of the reality and the values which are gathered in the legal norm which “has been passing” through the centuries of the legal positivism.

Key words: *values, law, legal positivism, metamorphosis*