

ПРИЛОГ УЧЕЊУ О ОСНОВНИМ ПОЈМОВИМА ТРИЈАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ ПРАВА И ДРЖАВЕ

Апстракт: Текст излаже основне појмове тријалистичке теорије права и државе као нове опште теорије права и државе, чији су елементи правна статика, правна динамика (теорија кружнога стварања правног поретка) и правна телеологија (теорија правних принципа). Битно ново у тој теорији је оживљавање и нова интерпретација објективнога духа као материјалног извора права, као и теорија кружнога (цикличнога) стварања правног поретка, у оквиру које се држава сагледава као јединство актуалнога (у смислу правних аката) и реалног правног поретка.

Кључне речи: Правна статика, правна динамика (теорија кружнога стварања правног поретка), правни принципи, објективни дух као материјални извор права.

Овај спис има одређену предисторију. Пре кратког времена указали смо на могућност заснивања тријалистичке теорије права као једне нове опште теорије права и државе, односно философије позитивнога права (Петровић, 2013, 183 ил.). Та теорија обухвата правну статистику (материјално право, “спољашњи” правни систем, биће права), правну динамику (кружно или циклично стварање правнога поретка, процесно право, бивање права) и правну телеологију (основне правне принципе, правну аксиоматику, “унутрашњи” правни систем, правно требање или требовање). Ти конститутивни елементи, који заједно чине право у целини или правни поредак, јављају се као „региони” у смислу Хусерлове философије (Husserl, I, 1950, 26 ил.) којима припадају различите категорије или основни појмови, но којима одговарају и три елемента Хегелове “науке логике” (Hegel, I, 1951, 49 ил., 67 ил., 119 ил.): биће (Sein), бивање (Werden) и требање или требовање (Sollen).

* milan@prafak.ni.ac.rs

Особеност или “судбина” тријалистичке теорије јесте да настаје постепено и фрагментарно, зависно од интелектуалнога сазревања и животних прилика њенога творца. Тако је најтежи и најоригиналнији њен део, правна динамика као кружно или циклично стварање правнога поретка, готово у целини изложен већ у једном нашем раду из 2010. године (Петровић, 2010, 188 и дд.), док се извесни делови правне статике налазе још у нашој докторској дисертацији (в. Петровић, 1981, 14 и дд.). Овај рад представља продужење пута на изградњи и “прочишћавању” појмова те теорије. Сваки део тријалистичке теорије има, као што смо приметили, своје основне појмове. Но, њихово исходиште налази се у правној статистици као учењу о бићу права које се, као регион, јавља као основа или претпоставка других региона правног поретка. Услед тога, постоје, унутар правне статике, основни појмови који важе у целини правног поретка. То су општи основни правни појмови. Основни правни појмови осталих региона с тога су посебни основни прави појмови. Међутим, постоје извесни основни појмови правне статике који до особеног изражаја долазе само у њој, док се у правној динамици и правној телеологији или само претпостављају или добивају преображен вид. Зато те основне правне појмове и називамо посебним основним правним појмовима правне статике.

Једно разуђено, и кадшто замршено учење о правним појмовима излаже и Тома Живановић у свом “Систему синтетичке правне филозофије”, у њеном делу који назива “Формалном синтетичком филозофијом права” (Живановић, 1959, 7 и дд.). Но, уопште узев, заслуга је опште теорије права, која се јавља у другој половини 19. века, што је у средиште својих испитивања ставила, у ствари, основне правне појмове. Овде, у првом реду, ваља споменути Бирлингову “Критику основних правних појмова” (Bierling, I,1877, II,1883). Штавише, извесни ауторитети из ове области Општу теорију права напросто поистовећују са „Системом основних правних појмова“ (в. на пример: Nawiasky, 1948, 3 и дд.). Опет, Живановићево прекрштавање опште теорије права у “формалну” синтетичку филозофију права представља промашај. Јер, постоје дакако формалистичке опште теорије права, као што је Шомлова (Somló) или Келзенова (Kelsen). Али, нису све такве. Рецимо, величанствена Дигијева (Duguit) теорија државе и права скроз-наскроз је “материјална”.

Опет, Живановић као основни правни појам узима “право као норму” (“право у логичком смислу”) и “право као скуп норми” (“право у екстензивном смислу”) (Живановић, 1959, 11 и дд.). То је такође грешка јер се не види зашто и неки други основни правни појам који Живановић наводи, не би био право, рецимо субјективно право и правна дужност (Живановић, 1959, 157 и дд.). Но, ова грешка Живановићево схватање права разоткрива

и као нормативистички догматизам, који наша тријалистичка теорија најодлучније отклања. Само, та теорија није ни “социологистичка”. Неокантовска дилема: “нормативизам” или “социологизам” — за њу је мртва и сахрањена. Јер, њен основни појам није само правно правило и институција, већ и објективни дух као материјални извор права, који је, с неокантовске тачке гледишта, непојмљив. Ако бисмо тријалистичку теорију права и државе морали да сврстамо у неки од токова правне мисли, онда би она била, уз све опасности које дефинисање носи са собом, једна врста “неоисторијске правне школе”.

Низ општих основних правних појмова започињемо са државом као субјектом правног поретка (видећемо да постоје још два основна, али посебна, појма државе: држава као институција и држава као јединство реалног и актуалног правног поретка). Нашем појму “субјекта правног поретка” у основи одговара појам “врховног властодршца” који је изложио Валтер Јелинек. Он каже (W. Jellinek, 1913, 28): “Ако је у људској заједници присутан врховни властодржац (било да је то народ, било монарх, било нека посебна друштвена класа итд.), онда оно што он нареди, треба да се извршава.” Ово је, по том писцу, “највише правило правног поретка”. Он истиче (ibid.): “Ово правило има исту неповредивост као природни закон; оно је као овај независно од стварности, стварности су само случајеви примене општег закона; револуције, стварање држава, уништења држава, уставни закони, и томе слично, сучињенична стања на која највише правило надовезује дејства.” Додуше, ово схватање потиче од великог енглеског мислиоца, нарочито државе, из 18. века, Томаса Хобса (Thomas Hobbes). Но, Хобс дотично највише правило назива “заповешћу исправног разума” (Dictamen rectae rationis) (Hobbes, 2004, I, 14, II, 1). Валтер Јелинек, напротив, не схвата га као практично правило, већ као теоријско објашњење правне стварности (W. Jellinek, 1913, 28 adn. 58). Исто тако и ми.

Следећи општи основни правни појам је правни субјект (“у субјективном смислу”). Субјекту правног претка као даваоцу заповести нужно одговара правни субјект (у субјективном смислу) као њихов прималац. У праву је Диги (Duguit, I, 1927, 452) када каже да правни субјект може бити – у првом реду – само индивидуални човек имајући свесну вољу, јер једино он може бити потчињен објективном праву. По том аутору, човек несвестан својих радњи услед старосног доба или душевне болети није субјект права, као што ни скупине људи, које право назива правним лицима, нису субјекти права; у погледу њих, ради се само о том да објективно право признаје и штити њихове интересе и циљеве које остварују. С Дигијем се слажемо утолико што су изворни субјекти права, које називамо правним субјектима у субјективном смислу, само људи свесни својих радњи. Од његових

схватања се разликујемо утолико јер сматрамо да право у секундарном смислу (о коме ће ниже бити речи) — “конструктивна правна правила” за разлику од “градивних закона правног поретка” — може одредити да и особе несвесне својих радњи те установе и задужбине могу имати “своју” вољу, с тим што се та воља јавља, према изврсној Виндшајдовој формулацији, као “воља правног поретка” (Windscheid, I, 1984, 158). С тога ту другу врсту правних субјеката, изведене, секундарне субјекте права, називамо и правним субјектима у “објективном смислу”. Иначе, разлику између градивних закона правног поретка и конструктивних правних правила сматрамо једном од најтемељнијих разлика у области правних појмова.

Правна дужност је такође општи основни правни појам. Она с логичком нужношћу происходи из појма субјекта правног поретка. Јер, изворно, правна дужност је обавеза правних субјеката да извршавају заповести субјекта правног поретка. Свака правна грана је мноштво правних дужности, са изузетком управног и уставног права где је равнотежа правних дужности и субјективних права нарушена у корист субјективних права. Овде ћемо прибећи само основном разврставању правних дужности. Те дужности могу бити било позитивне, било негативне. Позитивна правна дужност постоји када држава захтева да правни субјект нешто одређено чини; негативна, када држава правном субјекту забрањује одређено чињење. Даље, правна дужност је релативна када се састоји у обавези према одређеном лицу, као што је, у облигационом праву, обавеза зајмопримца да одређеном зајмодавцу исплати узајмљену своту новца, или, у управном праву, обавеза власника да уступи експроприсану непокретност уз узвратну исплату правичне накнаде. Правна дужност је апсолутна када је обвезнику забрањено да вређа било чије право својине или било чијих личних права. Дужност верности држављанина према својој држави такође је једна апсолутна правна дужност.

Другачије деобу на релативне и апсолутне дужности поима утемељитељ англосаксонске опште теорије права из 19. века, Остин (Austin). По њему (Austin, I, 2002, 412 илд.), релативна дужност одговара извесном субјективном праву, то јест, она се има извршити према одређеном лицу или одређеним лицима, различитим од обвезаника и суверена који је наметнуо дужност. Све апсолутне дужности су кривично санкционисане. Оне су: 1. дужности према себи (рецимо, забрана самоубиства, забрана пијанства, забрана блудничења); 2. дужности према неодређеним лицима или према суверену који је наметнуо дужност; 3. дужности које се не односе на лица, као што су дужности према Богу и забрана злостављања животиња.

Но, потоња англосаксонска теорија права сматра и те дужности релативним дужностима према суверену (в.: Holland, 2006, 1009). То полазиште сматрамо исправним, јер, као што ћемо ниже видети, држава као субјект правног поретка има, у ствари, врховна субјективна права.

Овде такође морамо заузети негативан став и спрам Живановићеве разлике између “права о праву” и “права о неправу” као основним правним појмовима (Живановић, 1959, 325 илд.). По Живановићу, “право о неправу” обухвата грађанско деликтно право, чија је санкција одштета, и кривично право, чије су санкције казне и мере безбедности. Међутим, свака повреда неке од правних дужности повлачи за собом одређену санкцију, представља дакле неправу.

Штавише, не свде се све санкције на одштету те казне и мере безбедности. Нарочито су особене управноправне дужности. Када полиција употребом физичке силе растури јавни скуп који се изродио у ремећење јавног реда и мира, или кад насилно спречи душевно болесно лице да изврши самоубиство, или када инспекција затвори угоститељску радњу због непоштовања хигијенских прописа, ради се о санкцијама у виду физичке принуде, али те санкције нису ни одштета, ни казна, ни мере безбедности. Санкције за повреду управноправних дужности сродне су, у ствари, нужној одбрани, јер њихова сврха није реакција на почињено неправу – као код грађанског деликтог и кривичног права – већ сузбијање истовремене противправне радње или спречавање да до такве радње дође.

Општи основни правни појам је и субјективно право. Врховна субјективна права јесу субјективна права државе као субјекта правног поретка. Из претходног би се могло закључити да држава нема правних дужности. Но, касније ћемо показати да такве дужности нужно постоје. Према Георгу Јелинеку (Georg Jellinek), држава има следећа основна субјективна права: право на послушност, право на признање и право на стварање права (G. Jellinek, 191, 197 илд.). Овде треба истаћи и право државе да кажњава прекршиоце својих заповести. Одатле се види да је и савремено кривично право “право о праву”, као и остале правне гране. Јер, оно се састоји од, с једне стране, извесних апсолутних правних дужности и с друге стране, права државе да изрекне одговарајућу санкцију, у виду казне и мере безбедности, против прекршилаца тих дужности. Рецимо, Кривични законик Републике Србије од 2005. године прописује у чл. 203, став 1.: “Ко туђу покретну ствар одузме другом у намери да њеним присвајањем себи или другом прибави противправну имовинску корист, казниће се новчаном казном или затвором до три године.” Зависна реченица (“Ко туђу...”) забрањује крађу формулишући дужност: “Не укради!”. Независна

реченица (“казниће се...”) изриче пак субјективно право државе да казни крадљивца.

Субјективна права могу се, с обзиром на своју правну снагу, разврстати на следећи начин: то су: прво, субјективна права државе као субјекта правног поретка, која проистиче из суштине државе и која смо малочас споменули; друго, то су субјективна права која држава зајемчује и уобличује, али није њихов творац. Тако Лабанд (Laband, I, 191, 105, подвучено у изворнику), водећи немачки теоретичар државног права из доба Немачког царства, каже: “Извесно је да суверена држава може да укине својину, феудално право, ваљаност извесних облигација, очинско право итд.; да сваки држављанин може да има свако поједино имовинско право у обиму и толико дуго колико то држава трпи. Али без обзира на то, било би наопако схватање сва имовинска и породична права појединачно означити изведеним од државе, пренесеним од ње; држава није позитивно источник и врело, творац и носилац тих права, већ је њена воља само негативно изискивање да права која држава не трпи, не могу настати или даље постојати.” А правни филозоф неохегеловац Ласон (Lasson, 1967, 208 илд., подвучено у изворнику) истиче: “Овлашћење је дакле оно што се само по себи разуме, тек ограничење потиче од права; што није забрањено, допуштено је, и под пуким становиштем права свако може да се тога држи како хоће. Али, у то овлашћење не сме нико против икога да задире; правни закон је због тога по својој суштини забрана повреде: *neminem laedere*. Правна дужност има негативно значење, да је свакоме забрањено да дотакне и омета овлашћење другог.” Као трећа врста субјективних права јављају се она која су створена прописима.

Нормативисти признају постојање само те потоње врсте субјективних права. Тако је, по Шомлу (Somló, 1917, 469), субјективно право “правном нормом створен захтев”. Према Томи Живановићу (Живановић, 1959, 184; на стр. 186 ил. налази се шира, но суштински истоветна дефиниција), субјективно право “према тома има се дефинисати... као правном нормом (*scil.* прописом принудљивим) дано овлашћење (моћ) делати (т.ј. на неку радњу)”.

Узрок нормативистичке заблуде ваља тражити у дивовском квантитативном и квалитативном расту света рада и капитала почев од 19. века. Тај свет уређен је безбројним мноштвом државних и аутономних прописа стварајућих недоглед нових субјективних права и правних дужности (в.: Ripert, 1949, 37 илд.; Ripert, 1951, 128 илд.; Ripert, 1955, 191 илд.). Опчињена тим оријашким променама, правна је наука поставила ствари с ногу на главу, прогласивши прописе, у првом реду писане законе, јединим изворима

права и “објективним правом”, а ненаучним “природно право”, “практични ум” и “народни (објективни) дух”. Највећи критичар нормативизма, Карл Шмит (Carl Schmitt), истиче (Schmitt, 1985, 276): “На тој подударности права и закона почивало је напослетку све што се током 19. века развило у један још данас делотворан систем и инвентар појмова, формула и постулата правне државе. Држава је закон, закон је држава... Унапред утврђена и претпостављена подударност и хармонија права и закона, праведности и законитости, ствари и поступка господаре до у сваку појединост правним мишљењем легалистичке државе.”

Нерешив проблем нормативизма, на коме он у ствари пада, јесу правни прописи који нису заштићени државном санкцијом у виду физичке принуде, “*leges imperfectae*”. По Остину, на пример, право је недељиво тројединство заповести, дужности и санкције. Зато за њега “*lex imperfecta*” није правно правило, већ је савет или подстицај који виши упућује нижем од себе. Додајмо да за Остина ни међународно јавно право није право, већ његова правила спадају у “позитивни међународни морал”, који налаже “опште мњење”, јер један суверен не може да заповеда другоме суверену” (Austin, I, 2002, 94, 101, 186 и дд.). Лукић такође сматра да су правне само оне норме које “имају санкцију државног насиља”; пошто норме уставнога права такву санкцију немају, онда су то норме које имају само “моралну, политичку” санкцију. А ни норме међународнога права нису, по њему, правне норме, јер су државе као субјекти међународнога права једнаке, и у том погледу се Лукић не разликује од Остина, па једна другој не могу заповедати као виши нижем (в.: Лукић, 3/II, 1995, 103 и дд., 288). Само, има нормативиста који стоје на сасвим супротном становишту, то јест, да су и “*leges imperfectae*” правне норме у правом смислу речи. До оваквога закључка Шомло долази тако што санкцији одриче појмовно обележје правне норме. Правне норме, по њему, потичу од властодршца коме стоји на располагању принуда, но које се, као и та принуда “убичајено” примењују (Somló, 1917, 143 и дд.). Но, као што прво гледиште претерано сужава појам права, тако га ово друго претерано шири. Јер, ма колико било неразумно искључити из права надлежност оних који прописују и примењују санкције, што чини прво гледиште, једнако је неразумно избрисати разлику између правних норми, с једне стране, и моралних, конвенционалних и обичајних норми, с друге стране, што следи из другог.

Међутим, ствари добивају сасвим другачији, исправан изглед, ако се место санкције одреди уз субјективно право, што ће рећи да је изворно, примарно, санкцијом заштићено субјективно право, и не правно правило. Узмимо као пример одредбу из чл. 9 Устава Републике Србије од 2006. године, која гласи: “Главни град Републике Србије је Београд.” За нормативисте,

та одредба би била "lex imperfecta". Али, та одредба у ствари изражава субјективно право највиших органа Републике Србије да своју делатност обављају у Београду, те да могу да употребе и физичку принуду против оних који би их ометали у вршењу тога права. "Leges imperfectae" спадају без даљег у правни поредак. Јер ти закони изражавају, с једне стране, субјективно право субјекта правног поретка као врховног законодавца да их донесе и, с друге стране, субјективно право правних субјеката на које се односе да их примењују или не примењују.

Старији класици правне науке давали су такође првенство субјективном праву пред правним прописима, без обзира на то да ли су сматрали да постоје извесна предржавна субјективна права или нису. Тако Хегел читује (Hegel, 1981, 75 ид. §§ 40, 41, подвучено у изворнику): "Права, као породица и држава, која за своју претпоставку имају супстанцијалне односе... Особа мора себи дати спољашњу сферу своје слободе да би била идеја... тек у својини особа је постала ум." Анселм Фојербач (Anselm von Feuerbach) разврстава права владе у четири разреда: право врховног надзора, право располагања, право суђења те право извршења свега што су она три права определила (Feuerbach, 1798, 30 идд. §14, тачка 6). Данас, нажалост, заборављени теоретичар државе и права, Швајцарац Халер, истиче да "природно стање" и даље постоји, и да у њему важи "апсолутно или природно приватно право". Држава настаје тако, што најмоћнији земљовласник са другима закључује различите уговоре о служби, и тада се ради о монархији, или када више независних земљовласника закључује међу собом задружни уговор, у ком случају се ради о републици (Haller, I, 1964, 340 идд.). Он даље вели (Haller, I, 1964, 463 идд.): "Државе су дакле само највиши ступањ природних односа о служби и задрузи или такозваних приватних односа, и разликују се од њих само независношћу или вишом влашћу и слободом својих поглавара." Изврсно је и Халерово поимање односа својине и државе (Haller, II, 1964, 57); "Следствено томе, извесно је да је својина постојала пре свих људских закона, те да често још увек постоји без њих. Ниједан једини законик није никада увео или прописао својину, напротив, закони су тек настали из својине или због ње, не да би је засновали, већ да би свакоме што је могуће више обезбедили оно што је његово. Од туда су такође још стари назвали божицу Цереру, персонификовану идеју земљорадње, Ceres legifera, пошто су тек кроз земљорадњу и својину подстакнути закони. Тако такође својина није произашла из држава, већ су, насупрот томе, државе или господарства произашли из својине (урођене или стечене)." Халеру се, ипак, може спочитнути што је међународно јавно право определио само као виши ступањ "апсолутног приватног права" (Haller, I, 1964, 341). Наиме, када

једна држава стекне земљу друге државе путем ратне окупације, што и Халер признаје ваљаним основом стицања својине када се ради о “војничким државама” (Militärische Staaten) (Haller, III, 1964, 191 и дд.), не може се сматрати приватно- правним начином стицања.

Општи основни правни појам јесте и објективни дух као материјални извор права. Откриће објективног духа дугујемо Хегелу (в.: Hegel, 1991, 389 и дд., 483 и дд.). Но, у новије време је најпотпуније тај појам развио Николај Хартман (Nicolai Hartmann) (Hartmann, 1962, 175 и дд.). При свему томе, премда нису говорили о “објективном духу”, извесни велики мислиоци градили су, ако не са њим истоветан, а оно сродан појам. Такав један појам је “перспектива”, који се јавља као један од основних појмова Ничеове (Nietzsche) философије. Тако он говори о “перспективном карактеру постојања” (Nietzsche, II, 1972, 523) као и о “перспективном” као “основном услову свега живота” (Nietzsche, III, 1972, 12). На истој равни налази се и Хусерлов (Husserl) “бесконачни временски хоризонт” света, при чему “свет” није само “свет ствари”, већ и “свет добара”, “практични свет” (Husserl, I, 1950, 59, подвучено у изворнику). У сваком случају, по Хајдеггеру (Heidegger), “хоризонт” и “перспектива” нужно су повезани (Heidegger, I, 1961, 570 и дд.). Додајмо да објективни дух не влада само светом права, већ целокупним регионом духовног бића. Објективни дух је такође носилац историје, творац морала, институција заједнице, образовања, цивилизације и културе.

Ако објективни дух појмимо као материјални извор права, онда постаје јасно да и држава као субјект правног поретка, будући репрезентант објективног духа, такође нужно мора имати и извесне дужности. С тим у вези, у праву је Кант када каже да је први акт дистрибутивне (расподељујуће) правде у грађанском друштву успостављање личног права да се пред судом истиче правоваљаност поседа (Kant, VI, 1968, 300 и дд.). Субјект правног поретка може да се понаша супротно правној перспективи објективног духа; али је тада његово понашање, премда споља, формално, правоваљано, изнутра нелегитимно. Овде ваља расудити необичну Хегелову изреку, изнесену у Предговору његове “Философије права” (Hegel, 1981, 25): “Што је умно, то је стварно и што је стварно, то је умно.” Могло би се помислити да је, по овој мисли, за Хегела свака државна власт “умна”, то јест легитимна. Зато се већ Хегел осетио побуђеним да дотичну изреку појасни. По њему, “стварност” о којој је реч, јесте стварности идеје а не ма какво постојање или егзистенција. У “Енциклопедији” (Hegel, 1991, 38 и дд., § 6, подвучено у изворнику) он пише: “Што се философског смисла тиче, треба претпоставити толико образовања да се зна,... да је постојање уопште делом појава и само делом стварност. Али такође већ уобичајеном осећању неће каква случајна егзистенција заслуживати нарочито наглашен назив нечег стварног; —

нешто случајно је егзистенција која нема већу врсноћу од нечег могућег, које исто онако може бити као што не мора... Стварност онога што је умно већ се супротставља како представи да су идеје, идеали даље ништа доли химере и философија систем таквих привиђења, тако и обратно, да су идеје и идеали нешто одвећ изванредно да би имали стварност, или такође нешто одвећ немоћно да би је себи прибавили.”

Следствено томе, заповедник гусарске лађе или коловођа разбојничке банде може над својом дружином имати већу власт него апсолутни монарх или диктатор над својим поданицима, јер тај заповедник, односно коловођа, може за најмању грешку да осуди на смрт, али, за разлику од апсолутног монарха или диктатора, он не стоји под објективним духом, већ против њега, те је зато само злочинац који заслужује најтежу казну.

Пређимо на питање садржине објективног духа као материјалног извора права.

Споменимо најпре градивне законе правног поретка, о којима смо говорили већ у нашој докторској дисертацији (в.: Петровић, 1981, 18 илд.). Ови градивни закони имају суштинску сличност са “нормативним правним правилима” или “правним нормама у властитом смислу речи” како их схвата Диги (Duguit, I, 1927, 106 илд.). Он та правила сматра “императивним” искључиво у смислу да она чине друштвени статут који нужно везује све појединце чланове скупине; она су “сам услов одржања друштвеног живота”. Зато их можемо назвати и апсолутним државним уставом. Једно такво правило је, по Дигију: “Не смеш убити другог човека уколико те није напао.” Уз то он истиче да француски Грађански законик (Code Napoléon), ако се не узме у обзир породично право, садржи само три правне норме: “слободу уговарања, поштовање својине и обавезу да се надокнади штета која је другом скривљено проузрокована”. Под њима стоје “конструктивна или техничка правна правила”, о којима Диги каже (Duguit, I, 1927, 107) да су “установљена да обезбеде у могућој мери поштовање и примену нормативних правних правила. Она организују мере; она доносе диспозиције, она прописују надлежности, те казано једном речју, она отварају правне путеве у сврху обезбеђивања санкције правне норме... Конструктивна правила такође утврђују услове под којима држалац силе може да интервенише; она опредељују његова овлашћења, дејство и домашај његових одлука... Конструктивна правна правила подразумевају постојање државе више или мање у зачетку.” Основна разлика између Дигијевог и нашег схватања састоји се у томе што Диги не примећује објективни дух, и, уместо њега, говори о “правној свести”. Тако он каже (ibid.): “Појединац има свест о том правилу (“правној норми”, М.П.), више

или мање нејасну. Али колико год примитиван био, он зна, он разуме, он има барем интуицију да ако му се не подвргне, цела друштвена група ће реаговати против њега и да она може установити правила која непосредно или посредно служе извршењу норме. И то су управо конструктивна или техничка правна правила." Само, ми такође сматрамо правну свест једним од општих основних правних појмова, с тим што је од најбитнијег значаја утврдити везу која постоји између правне свести и објективног духа. Међу градивне законе правог поретка убрајамо и предмет "устава као скупне одлуке о врсти и облику политичкога јединства", то јест, "позитивног појма устава", по схватању Карла Шмита (Carl Schmitt). Ти предмети данас углавном јесу: демократија, парламентарно- репрезентативна форма законодавства и владе, грађанска правна држава са својим принципима: основним правима и разликовањем власти (в.: Schmitt, 1970, 23 илд.).

У садржину објективног духа као материјалног извора права улазе и конкретни правни типови. Оштро и различито поимање типа изнад свега је заслуга немачког филозофа Дилтаја (Dilthey). А и савремена правна наука, која се све више удаљује од нормативизма, посвећује му растућу пажњу (в., нарочито: Engisch, 1968, 273 илд.; Larenz, 1991, 461 илд.). Тип представља синтезу индивидуалног и општег, али не случајну и произвољну. Он је једна целина која има своје структуралне законитости. Дилтај, који је та обележја типа први истакао, говори, с тим у вези, о "регуларном повезивању индивидуално различитих црта у основне форме душевног живота" (Dilthey, 1924, 241) и тај обрт на другом месту тумачи на следећи начин (ibid., 270): "У једном таквом типу на регуларан начин је међусобно повезано више обележја, делова или функција. Те црте, чије повезивање чини тип, стоје једне према другима у једној таквој узајамној релацији да присуство једне црте допушта да се закључи о другима, варијација у једној о варијацији у другој. И та типична повезивања обележја јачају у универзуму у успињућем реду форми живота, и достижу у органском и онда у психичком животу своју највишу тачку."

Логичким операцијама тип се не може открити, а нити се његови елементи могу у потпуности рашчланити у правне прописе и апстрактне појмове у њима садржане. Не може се, исто тако, појединачни случај супсумирати под тип као под норму.

Појединачан случај може се типу "подредити" постепеном селекцијом релевантних мерила. То је управо метод англосаксонских правника у примени прецедената, који у суштини нису ништа друго него типови. Идеја типа омогућује да се ставе у право светло извесни непосредни и посредни велики доприноси теорији права из прошлости. С тим у вези,

нарочито ваља мислити на Аристотелову “праву средину”, која прожима целу “Никомахову етику” (Aristotel, *Ethica Nicomacheia*, 1103b, 1109a, 1134a) и која у његовој “Политици” представља мерило разликовања “нормалних” од “изопачених” држава, као и на Кантову “идеју нормалног” коју је овај, међутим, ограничио на естетику (Kant, V, 1867, 237 и дд., §17). То “нормално”, које ни у ком случају није нешто индиферентно и ништа не казујуће, ослободио је Дилтај оквира естетике. Као на подручју естетике, тако настаје, истиче он (Dilthey, 1924, 279), “за сваки део људских испољавања живота, један тип њиховога примарног извођења. Тај тип означава његову норму, која лежи између одступања на обе стране.”

Тип у правном смислу јавља се дакле као обликујући елемент одређене правне ситуације. Далеко од тога да буду королари норми, производе типови норме из свог сопственог поретка и за свој сопствени поредак. Надовезујући се на један тип, мора норма, додуше, бити независна од одређене правне ситуације; она треба да се уздиже над њом, пошто треба да регулише многе случајеве и не један једини. Но, она може да се издигне изнад случаја који треба да регулише, само у једном одређеном оквиру и у једној ограниченој мери (в.: Schmitt, 2006, 19 и д.). Ако ту меру прекорачи, норма више не погађа ситуацију; она тада постаје неприменљива, чак бесмислена. јер она следи ситуацију у њеној унутрашњој динамици, и не обрнуто. Ако је ситуација коју треба регулисати постала сасвим другачија или анормална, ако претпостављени конкретни тип ишчезне, једна норма, ма колико она тежила да буде неповредива или вечита, не влада више стањем ствари. “*Cessante ratione legis, cessat lex ipsa!*” У том је битан смисао старог става да само актуелно оправдање, проналажење довољног разлога (*ratio vera*) норме, може утемељити њено даље важење.

Објективни дух је живи историјски дух, у сталном бивању и мени. Но, шта је његов унутрашњи покретач? На ово питање Хартман (N. Hartmann) не даје одговор. Нашли смо га у појму “*Gestalt*” немачког мислиоца, књижевника и биолога Ернеста Јингера (Ernest Jünger). На српски се “*Gestalt*” може превести као “прилика”. Но, то би било дословно значење, које не одговара суштини Јингеровог мишљења. Тој суштини више би, по нама, одговарао аристотеловско-философски израз “ентелехија”. Но напоменимо да код Јингера нема ничег о објективном духу, те да његов “*Gestalt*”, поред покретачких снага духа, “ентелехија” како их ми схватамо, обухвата и природне појаве, као што је “биљка”, “океан”, “планина Кавказ”, то јест све оно што непосредно производи из “Нераздељеног”, а то је за предсократовца Јингера првенствено “Земља” као прапочело (в.: Jünger, 13, VII/I, 2001, 134 и дд.).

Јингер је концепцију ентелехије представио 1932. године у књизи “Радник” (Der Arbeiter), која је сместа изазвала велико занимање најширих кругова немачких читалаца. Ентелехија радника замењује грађанског појединца и означава провалу елементарних снага у грађански простор (Jünger, 8, II/II, 2000, 52 илд., 125 илд.). После Другог светског рата Јингер се удаљује од ентелехије радника, она спада за њега у ентелехије “катастрофа”, “која сигурно и без странпутица корача ка својим циљевима. Огањ пропасти само је све јасније истиче. Још увек она светлуца у неизвесном титанском светлу; не слутимо у којим краљевским градовима, у којим светским метрополама ће подићи свој престо” (Jünger, 7, II/I, 2002, 301). Но, у “њеној пратњи ступају друге ентелехије — такође и такве у којима се патња оплемењује. Међу њих се убраја Незнани јунак, Безимени, који управо зато живи не само у сваком главном граду, него такође и у сваком селу, у свакој породици... Незнани јунак је још увек херој, савлађивач огњених светова, који узима на себе велике терете усред механичких уништења. Тиме је он истински наследник западних витезова” (Jünger, 7, II/I, 2002, 301 илд.) У ред ових потоњих ентелехија спада и “пролазник кроз шуму” (Waldgänger). “Шума” овде има метафизичко значење. Она “јест лука, јест домовина, јест мир и безбедност које свако носи у себи... Шума је надвременско биће... Уистину је све што се данас развија као техничка моћ, часовит сјај из ризница Бића. Ако човек успе да само на немерљиве тренутке уђе у њу, добиће сигурност... Тај добитак назвали бисмо ход кроз шуму, а човека који га постигне, пролазник кроз шуму” (Jünger, 7, II/I, 2002, 315, 317 илд., подвучено у изворнику).

Али било је сагледавања ентелехија и пре Јингера. Велики руски песник, Александар Блок, који је у октобарској револуцији 1917. године видео преокрет светске историје, написао је еп о тој револуцији “Дванаесторица”, који је преведен на све културне језике човечанства. Дванаест црвеноармејаца ступају против старе Русије коју симболизује “гладан пас”. У епу стоји:

“Ти без страха, друже, пушку стегни

И на Свету Русију потегни

На газдинску,

Домаћинску,

Угојену.”

“Ах, без крста, ах!...

...тако моћни иду снегом -

Гладни пас је – иза њих, Напред – с крвавим већ стегом,
За куршуме недосежан,
С нежним ходом надмећавним,
Снежним бисерима равним
С венцем белих ружа, чист –
Испред свих је – Исус Христ.”

Дакле ентелехија Исуса Христа предводи дванаесторицу – број дванаест симболизује дванаест апостола – који хоће да сруше хришћанство, посебно православно. Страшна мисао! Напоменимо да и Јингер спомиње Христа као “узвишену ентелехију”, али као предводника безбројних хришћана (Jünger, 13, VII/II, 144).

Николај Хартман суштину објективног духа види у “историјском важењу”. “Оно је”, вели он (Hartmann, 196, 195), “поседовање моћи над осећањима, стајање у угледу код њих, власт над људима и њихово уобличавање путем важећег... Бити жив није овде пука слика; оно изражава повесно постојање духа, његово место у садашњости, трајање и стајање у снази. Али, то постојање и стајање у снази није вечито. Оно има свој крај, као и свој почетак у историји.” Само, премда историјски индивидуум, објективни дух нема своју свест, савест и слободу воље. Њих има само поједини људски субјект. Тако Хартман каже (Hartmann, 1962, 317): “Објективни дух није уопште субјект, већ је објект, није свест, већ је предмет могуће свести.” И, опет, у вези с правом (Hartmann, 1962, 275): “И, с друге стране, само право: Постоји ли оно у формули, пропису? Где пропис није више жив у људима, када их више не носи њихова правна свест и осећање права, ту заправо више нема важећег права. Његово важење постало је спољашње; али управо оно није више збиљско и унутрашње важење. Догод одређени пропис збиљски ‘важи’ у извесној људској заједници, њега носи жива правна воља, он није ништа друго до њен израз. То не мора значити да појединац свесно хоће одређену одредбу; но, свакако, да они који заједно живе, у целини узев, одобравају постојеће право у целини и признају га као своје.”

Сви наведени ужи појмови (“осећање права”, “правна воља”) потпадају под “правну свест” као надпојам (в.и: Szabó, 1973, 225 идд.). И Диги исправно сматра да не постоји никаква “друштвена свет”, већ само једнодушно или скоро једнодушно осећање појединаца који чине друштвену скупину у питању да би друштвена солидарност била тешко изложена погибели ако поштовање правног правила не би било зајемчено употребом друштвене

силе (Duguit, I, 1927, 123 и дд., 149). Но, код Дигија нема ни помена о објективном духу као историјском уобличитељу правне свести. Али, ако прихватимо да је само појединац носилац правне свети, не значи ли то да може постојати онолико правних свести колико постоји чланова једне заједнице? Одговор на ово питање је одречан. То с тога, што сви чланови заједнице који имају правну свест, имају истоветан или у битном сличан поглед на свет.

У том правцу значења говори Хегел у “Феноменологији духа” (Hegel, II, 1832, 453 и дд.) о “моралном погледу на свет” (moralische Weltanschauung), а у његовим предавањима из естетике реч је о томе да “начини погледа на свет чине религију, супстанцијални дух народа и провлаче се како кроз уметност, тако и кроз сва остала подручја сваке живе садашњице” (Hegel, X/2, 1837, 229). Слично вели и Јасперс (Jaspers, 1971, 1) у својој “Психологији погледа на свет”: “...када говоримо о погледима на свет, онда мислимо идеје, последње и тотално човека, како субјективно као доживљај и снагу и убеђење, тако и објективно као предметно обликовани свет.” Овде се сме споменути као сродан и Хајдегеров појам “пројекта” (Entwurf). О том појму он каже (Heidegger, 1972, 145): “Пројект је егзистенцијални бивствени устав простора фактичке могућности да се буде.” У једној другој књизи он пише (Heidegger, 1978, 146) да “човек по својој суштини стоји у отвореном пројекту бића”. Дакле, о субјективизму субјекта не може бити речи када се ради о погледу на свет. По нашем мишљењу поглед на свет укорењен је у ентелехији, о којој је раније било говора. Дакле, правна свест утиче на важење права, а заузврат поглед на свет усмерава правну свест. Према томе, ради се о кружном кретању унутар важећег права.

Правне чињенице или њихове свезе, правна чињенична бића, јесу делови стварности чије је постојање од значаја за право. То могу бити људске допуштене радње, једностране, као управни акт, или двостране, као уговор, те недопуштене, као што је кривично дело, или догађаји, који наступају независно од људске воље (рођење, смрт). Правне чињенице су и правни предмети, као што су, нарочито, телесне и бестелесне ствари. Живановић под правним чињеницама разуме само околности које се јављају као основ или извор субјективних права и правних дужности” (Живановић, 1959, 218). То гледиште је преуско. Рецимо, обнародовање закона је такође правна чињеница, али на основу ње не наступају промене у свету субјективних права и правних дужности, већ само закон ступа на снагу. Правне чињенице, уопште узев, нису општи основни правни појмови. Такви појмови су само простор и време.

Право важи унутар одређеног простора. Но, у одређеној мери постоји и одступање од тог облика важења у виду екстериторијалности, или у посредном смислу, као елемент иностраности. Елемент екстериторијалности или иностраности битно је својство свих грана међународног права (међународног јавног права, међународног приватног права, међународног кривичног права, међународног управног права, међународног радног права, међународног трговинског права). На велики значај простора у праву нарочито је указао Карл Шмит. По њему, празакон, за који он употребљава грчку реч “номос”, је “простор конкретан, конститутиван акт поретка и локализације (Ortung)” (Schmitt, 1950, 13 идд., 47 идд.).

Право је у времену. Оно у времену настаје и нестаје. У праву важи начело да каснији закон укида ранији: “*Lex posterior derogat legi priori*”. О том начелу биће посебно речи у правној динамици. Од великог практичног значаја је и повратно (ретроактивно) дејство закона, то јест примена прописа на чињенице настале пре његовог доношења.

Основни појмови правне статике (материјалног права) јесу објективна правна ситуација, субјективна правна ситуација и институција.

Што се објективне и субјективне правне ситуације тиче, њихову теорију је најпре изложио Диги (в.: Duguit, I, 1927, 308 идд., 327 идд.). Овде ћемо, уз нужна објашњења и одступања, изложити његово схватање.

Објективна правна ситуација производи непосредно из правне норме, то јест позитивног закона. Касније Диги, уместо правних норми, односно позитивних закона, употребљава израз “*actes-règles*”, “акти правила”, што сматрамо исправнијим, не само зато што објективне правне ситуације могу настати и из других општих правних аката, него и зато што “акти-правила”, као правни акти који садрже правна правила, улазе у правну динамику као формални извори права. Објективна правна ситуација је, у ствари, садржина правног правила, то јест, правно правило само. Она је општа, јер је обавезна за све. Она је трајна, јер опстаје после свих њених примена на појединачне случајеве, све док не буде изрично измењена или укинута од стране законодавца или не буде изобичајена услед саморастућег преображаја унутар објективног права. Примери објективних правних ситуација изузетно су бројни како у јавном тако и у приватном праву.

Као пример из јавног права, Диги узима (некадашњи) француски изборни закон који прописује да сваки француски држављанин који је навршио 21 годину живота, мушког пола и који није потпао под удар прописаних лишења бирачког права, јесте бирач. Изравном и непосредном применом тога закона, сваки Француз достигавши прописано старосно доба постаје

бирач. Од тог часа, службена лица су дужна да интервенишу како би му дозволила да врши своје бирачке функције. Свакоме је забрањено да учини било шта што би га ометало у томе и правни путеви су отворени ради сузбијања радњи које би имале то за циљ. Та ситуација је општа као закон пошто се супротставља сваком, као што се закон намеће свима. Бирач не губи своју ситуацију када је једанпут или више пута вршио своја бирачка овлашћења; он ће их задржати догод недирнут траје закон који их је створио. Но, ситуација ће се преобразити у исто време као и закон, и попримиће све измене које је унео у њу. Пример из приватног права је објективна ситуација у којој се налази појединац рођен од родитеља сједињених брачном везом. Самом чињеницом свога рођења тај појединац стиче законску ситуацију брачног детета, која му обезбеђује укупност овлашћења која може супротставити свакоме и која ће сачувати догод закон који их је створио и уредио не буде укинут или измењен. Та ситуација проистиче одатле, што закон свакоме забрањује да предузме ма какву радњу која је вређа и правни пут је отворен у сврху престанка сваке сметње која би наступила у погледу вршења овлашћења везаних за дотичну ситуацију. Она је општа: Правни пут који подразумева отворен је против сваког ко је у ма ком виду омета и ради престанка сваке ситуације која би се установила у супротности са њом.

С друге стране, постоје ситуације које зацело представљају опште и трајне правне ситуације, али које, мада проистичу из закона, који додељује њихов домаћај и садржај, ипак настају под условом да су предузети извесни појединачни акти, које из тог разлога Диги назива "актима-условима" (*actes-conditions*). Ти акти могу да потичу било од појединца, било од службеног лица, те услед тога дотична ситуација није резултат непосредне примене закона. Те ситуације веома су честе у јавном праву. Диги на првом месту наводи као пример ситуацију чиновника, која је извесно општа и трајна, но која може постојати само након што је дошло до именовања. И у приватном праву, објективне ситуације које настају услед акта-услова изузетно су бројне. Стање брачних другова је опредељено и уређено законом. Но, оно може настати само по закључењу брака. Акт закључења брака уопште не ствара ситуацију која се појављује услед њега. Она је створена и уређена законом. Али њена примена је потчињена услови закључења брака. Диги нарочито указује на својину као на прворазредну објективну ситуацију, ситуацију општу и трајну чији је домаћај опредељен законом и која настаје само после извршења извесног акта, акта који се погрешно назива актом стицања и преноса, но који је просто-напросто услов да би се закон о општем режиму ствари применио на означену особу и на одређено добро. Диги, штавише, савремену својину, посебно

капиталистичку, назива “друштвеном функцијом” (Duguit, I, 1927,448), и то схватање му је прибавило познатост далеко ван правничких кругова.

За разлику од општих и трајних објективних ситуација, субјективно правне ситуације су специјалне и тренутне. Оне су специјалне у смислу да се на њих може позвати само једна или више индивидуално одређених особа и да се могу супротставити само једној особи или мноштву такође индивидуално одређених особа. Оне су тренутне у смислу да када је извршена радња која се за њих везује, када је једанпут примењен правни пут који је санкционише, оне нетрагом нестају и више не постоји правни пут који може бити употребљен у циљу њихове заштите. Овде се ради о сазнању да ли се стваралачки узрок једне такве ситуације налази у објективном праву или у изјави индивидуалне воље услед које је настала; да ли та изјава има искључиво предмет да определи домашај ситуације или да ли је она још к томе и ствара. За разлику од онога што се тиче објективне ситуације, домашај и садржај сваке субјективне правне ситуације је опредељен индивидуалном манифестацијом услед које се она појављује. Те манифестације Диги назива “субјективним актима” (actes subjects).

Као пример субјективних правних ситуација, Диги најпре узима оне које настају услед уговора, будући да је уговор најчешћи и најтипичнији субјективан акт. Таке правне ситуације су специјалне, индивидуалне, пошто се тичу само двојице саговорника и пошто је правни пут отворен само између њих: Сви други појединци су страни у односу на ситуацију и правни пут је за њих затворен, као да га нема. Ситуација је тренутна и привремена јер када је чиница која је њеном предвиђена, извршена, било да је извршена добровољно или под принудом као последицом правног пута, ситуација ишчезава; више нема никаквог отвореног правног пута и ствари стоје онако као да ситуација никада није постојала.

Диги наглашава да закон никада не може бити ретроактиван, имати повратно дејство. У противном, он би био противан “вишем праву” (Duguit, II, 1928, 238). Закон се примењује само на будуће чињенице и никада не може изменити субјективну правну ситуацију. Но, закон мења све објективне правне ситуације, чак и ако су настале раније, пошто те ситуације нису ништа друго до сам закон у примени и у том погледу закон уопште не производи повратно дејство. Ситуација је измењена или укинута просто зато што је закон, чије је она пуко очитовање, измењен или стављен ван снаге. Полазећи од ових закључака, решава се и питање правноснажно пресуђене ствари. Ако се услед пресуде појави објективна (у тексту: Duguit, I, 1927, 315, стоји погрешно “субјективна”) правна ситуација, та судска

одлука имаће општи или трајан домашај као правна ситуација коју је утврдила или чији је настанак условила.

Овде се јавља потреба за извесним исправкама Дигијевог схватања. Постоје, наиме, сложени правни акти, уједно субјективни акти и акти-услови. Тако је претпоставка преноса права својине често двостран субјективни акт, уговор о купопродаји, при чему у неким правима тај уговор изравно преноси право својине на проданој ствари. Таква претпоставка може бити и једностран субјективни акт, какав је завештање (тестамент). Последица тога би била, да законодавац, на пример, може да укине приватну својину у извесној грани народне економије. Али, држава би тада морала да извлашћеним сопственицима, као код експропријације, исплати “правичну накнаду”. Даље, законско наслеђивање као правни основ стицања својине је чиста објективна правна ситуација. Но, ако би законодавац укинуо или сузио законско наслеђивање те, по логици ствари, лишио права својине на наслеђеним стварима бивше законске наследнике, онда би држава морала да их обештети, слично као и у претходном случају. Јер, функција законског наслеђивања је очување опстанка надживелих чланова породице (в.: Hegel, 1981, 214 илд., §§178 илд.).

Родоначелник појма институције је Морис Ориу (Maurice Hauriou), француски професор јавног права, Дигијев савременик и противник (в.: Петровић, 1978, 161 илд.). Имао је запажене поштоваоце у области науке јавног права и ван Француске: Карла Шмита у Немачкој и Санти Романа (Santi Romano) у Италији. Ориу институцију дефинише како следи (Hauriou, 1923, 76): “Друштвена институција се суштински састоји од објективне идеје преображене у друштвено дело од стране оснивача, идеје која, затим, регрутује присталице у неодређеном броју у друштвеној средини и тако подвргава својој служби субјективне воље које се бесконачно обнављају.” Може постојати више институција националног карактера; државна управа у Француској је једна од њих (Hauriou, 1933, 13 илд., 39 илд.).

Но, сама држава је врховна институција; она је, за Ориуа, “институција над институцијама” (“l’institution des institutions”) (Hauriou, 1916, 133). За Санти Романа, институција и “правни поредак” су истоветни (Romano, 1975, 23): “Другим речима: Правни поредак, тако широко схваћен, је једна целина која се делимично покреће у складу с нормама, али пре свега сама покреће норму, слично фигурама на шаховској табли. Тако су те норму пре предмет и средство делатности правног поретка, уместо елемент његове структуре. У извесном смислу може се чак рећи да норму само реакционо одговарају битним особинама правног поретка: Барем неке од норму могу

се мењати, док сам правни поредак, у својим битним особинама, остаје очуван.”

Првенствено наш допринос теорији институције и опште теорије права и државе је сагледавање преображаја државе као субјекта правног поретка у државу као институцију и тиме правног субјекта, односно, с тачке гледишта правне динамике (цикличног стварања правног поретка) у државу као јединство актуалног и реалног правног поретка. Тај преображај називамо самообавезивањем или самоограничењем државе. Ти изрази потичу од Георга Јелинека. Но, он под њима подразумева нешто сасвим друго, а наиме ограничење државе као субјекта према самој себи (в.: на пример: G. Jellinek, 1919, 195 и дд., 234 и дд.). Међутим, обвезивање субјекта према самом себи је нешто нестварно; његова воља је и даље слободна.

Жаришну тачку институције уопште и државне институције напосе образује објективно-субјективна идеја. Тако Ориу говори о “идеји друштвеног дела”, “идеји предузећа”, “идеји државе”, “идеји отаџбине” (Nauriou, 1916, 276). Своје идеје држава остварује посредством јавних служби. Овде се удаљујемо од Дигија, који каже (Duguit, II, 1928, 59): “Држава није... власт која заповеда, суверенитет...; она је кооперација јавних служби организованих и контролираних од стране владајућих.” Дакле, у држави, за Дигија иза јавних служби и владајућих не стоји ништа више. По нама, иза јавних служби стоји државна институција и оне су њено пуко оруђе. У праву је Бињ де Вилнев (M. de la Bigne de Villeneuve, 1954, 189 и дд.), када наводи следеће нужне или збиљске државне јавне службе: службе владе, у ужем смислу; службе безбедности, финансијске службе; представничке службе; законодавне службе, у правом смислу; управне службе.

И институција је смртна. Она може да умире тако што се “празни изнутра”; то јест, када је напусти њена стваралачка идеја и она је мртва; оно што остаје само је гола форма, обездушено тело, које више не носи снага, већ уобичајеност (Nauriou, 1896, 194 и дд.). Такође, када дође до прекида у континуитету институције, поновно успостављање пређашњег стања није више могуће (Schmitt, 1985, 180). Један значајан доградитељ теорије институције вели (Renard, I, 1930, 293): “Ако је држава само гомила или федерација или пак синдикат јавних служби, ако, изнад јавних служби, од којих свака има своју сопствену сврховитост и своју унутрашњу хијерархију, не постоји држава која координише, асимилишући их и потчињавајући их, посебну сврховитост и хијерархију јавних служби, ако држава није, пре свега, спољашња и врховна власт над јавним службама, која у мери нужној за остваривање једнога главног циља, има способност да захвати у аутономију различитих јавних служби, те да их приведе себи, онда је

држава само етикета, и више нема државе...: Управни синдикализам тако схваћен није теорија државе, он је негација државе.”

Почев од Француске револуције 1789. године Западна Европа се претвара у “гробље институција”. То је још крајем 19. века уочио Ниче (Nietzsche), кога са одобравањем наводи Хајдегер (Heidegger, 1971, 66, подвучено у изворнику): “Цео Запад нема више оне инстинкте из којих расту институције, из којих расте будућност: Његовом ‘модерном духу’ можда ништа више не квари рачуне. Живи се за данас, живи се брзо, живи се веома неодговорно: Управо то назива се ‘слободом’. Оно што прави институције институцијама, презире се, мрзи се, одбија се: Верује се да постоји опасност једног новог ропства, где се само гласно изрекне реч ‘ауторитет’.”

Правну динамику у виду теорије кружног (цикличног) стварања правног поретка први пут смо изложили у већ споменутој студији из 2010. године (Петровић, 2010, 155–200). Овде ћемо је представити у краћој, али битно потпунијој форми. Наведимо најпре њене основне појмове. То су: правни акти, чињеничне правне радње, држава као јединство актуалнога (према правним актима) и реалнога правног поретка те правило да „каснији закон укида ранији“ (*lex posterior derogat legi priori*) као збиљска „пранорма“ („основна норма“) правне динамике.

Једну веома значајну теорију стварања правног поретка изложили су представници “Бечке правне школе” Меркл (Merkl) и Келзен (Kelsen). То је теорија “степенастог образовања правног поретка” (*Stufenbau der Rechtsordnung*). Поред прихватања те теорије у делима низа правних писаца: нарочито аустријских, швајцарских и француских — било је и доста покушаја њеног оповргавања. Сматрамо да су ти покушаји били неуспешни пошто теорија “степенастог образовања” садржи и истините поставке. Зато, уместо покушаја фронталног оповргавања, наша теорија правне динамике настоји да те поставке угради у себе. Меркл, наводећи и свога претходника Бирлинга (E. R. Bierling) каже (Merkl, 1923, 194 и дд., подвучено у изворнику): “У следству тога, што смо свако доношење субординисаних правних норми означили као правни посао, показују се правни послови приватног права, то јест она доношења норми којима је надређена једна или више норми једног одређеног грађанског права, само као једна врста правних послова, поред које као даље врсте наступају правни послови јавног права, чија ваљаност почива на надређеним јавноправним нормама једне одређене државе, као и правни послови црквеног права, међународног права и тако даље... Такође је и закон, који владајућа доктрина уобичајено, поред обичајног права, означава као једини извор права, само једна истакнута врста међу правним пословима јавног права... Још одвећ мало спозната чињеница да

су закон и уопште наредба јавне власти, с једне стране, и све могуће врсте приватноправних послова, с друге, не просто по последњем основу свога правног важења, него и с обзиром на врсту свога утемељења или настанка, суштински истоврсне ствари, биће на најкраћи и најударнији могући начин окарактерисани равномерном употребом наслова 'правни посао' за обе." Келзен каже (Kelsen, 1920/21, 68): "И ипак је генерални закон само један степен, ни први ни последњи степен у процесу стварања права, који почиње уставном нормом као изворним или почетном, као једним правилом за законодавство, и напредује преко закона, као једнога правила за уредбе, пресуде, управне акте, правне послове, до конкретизовања права — као економска продукција од сировине преко полуфабриката до готове робе."

У двама основним питањима Меркл, међутим, мисли исправније од Келзена. За овога потоњег, као чистог нормативисту, правни поредак чине искључиво, како он каже, "генералне" и "индивидуалне" норме (Kelsen, 1960, 240 и дд.). Меркл, прво, напротив говори о правним пословима, правним актима и формама у којима се налазе правне норме, дакле о ономе што смо назвали "актима-правилима", "актима-условима" и "субјективним правним актима", који садрже норме, али се са њима не поистовећују, јер представљају појаве реалног света. Меркл, с тога, не може бити нормативиста као Келзен, а овај потоњи уображава да је нормативиста, а, у ствари, прихватајући Мерклову теорију, то није и не може бити. Меркл, друго, поред правних аката који садрже норме, и радње њихова извршења сматра саставним делом правног поретка, употребљавајући израз "правна појава" као надпојам, чији су подпојмови, с једне стране, правни акти и, с друге стране, чисто чињенични акти њихова извршења или примене (Merkel, 1923, 218 и д.). Као што ћемо касније видети, управо ти чињенични акти представљају покретачку снагу кружног (цикличног) стварања правног поретка.

Представници "Бечке правне школе" стоје такође на исправном становишту да је слободна оцена нужан елемент конкретизације правног поретка. С тим у вези, Меркл закључује (Merkel, 1927 144, подвучено у изворнику): "Ако дакле слободна оцена није ма каква самовољно прописана установа позитивнога права, како се радо предочава, али такође није невољна слабост законске технике, превасходно језика законодавства, који мора, како се понекад уображава, да услед недостатка средстава и изражавања остави места слободној оцени, већ је правнотеоријски заснована нужност у суштини извршавања као конкретизације апстрактне норме, онда је искључено резервисање слободне оцене за управу, па чак и само првенствено административне слободне оцене у односу на слободну оцену у области других функција." Додајмо и ово. Правном акту, као акту воље,

својствен је, како истиче Диги (Duguit, I, 1927, 322, 339 илд.), “опредељујући циљ” (but déterminant). Но, управо у слободној оцени опредељујући циљ постаје правно релевантан, у смислу да његова противправност повлачи неваљаност правног акта због “злоупотребе овлашћења”. Зато смо и заузели став да је израз “оцена целисходности” исправнији од изрази “слободна оцена” или “дискрециона власт” (В.: Петровић, 1981, 49 илд.).

Уједно, нужан вид конкретизације права јесте и тумачење права. Додуше, када се ради о пуком логичко-граматичком тумачењу, тумачење је часовито и губи се у акту примене права. Но, пошто су правна правила, у целини гледано, несавршена у односу на предмет свога уређивања, пошто се, с тим у вези, неминовно јављају “правне празнине”, они који су позвани да правна правила примењују, морају да допуњавају њихову садржину, да попуњавају правне празнине, посебно систематским и циљним (телеолошким) тумачењем. Тиме они постају не само применитељи, већ и ствараоци права. Значајан пример стварања права путем тумачења нуди јудикатура Врховног суда Сједињених Америчких Држава; у њој је путем примењивања такозване “широке конструкције” (broad construction), увелико измењен првобитно важећи Устав те земље (в: Schmidhauser, 1958, 28 илд.). Напоменимо да у терминологији англосаксонске правне и политичке теорије, “конструкција”, насупрот “интерпретацији”, означава попуњавање правних празнина (Lieber, 2002, passim).

Потпуном индивидуализацијом и конкретизацијом права завршава се, по теорији “степенастог образовања”, развитак стварања права (Merkel, 1923, 220 илд.). Но, поред те низлазне линије образовања правног поретка, постоји и узлазна линија образовања права, и откриће и приказивање те узлазне линије са консеквенцама које одатле следе, представља допринос наше теорије кружног (цикличног) образовања правног поретка. Ако је један од аксиома теорије “степенастог образовања” да право само уређује услове свог стварања (“самообразовање права”, Kelsen, 1925, 98, 234), онда једино схватање кружног тока у образовању права у потпуности одговара захтеву садржаном у том аксиому.

У савременој репрезентативно-страначкој држави, узлазна линија стварања права отпочиње изборним радњама политичких странака и бирача. Политичке странке утврђују кандидате за представничка тела, док бирачи, гласајући за једне од тих кандидата, утврђују персонални састав тих тела. За теорију “степенастог образовања” овде се може радити само о примени, односно извршавању изборних закона. Међутим, без тих радњи, које се правно окончавају у доношењу неке врсте збирног акта-услова бирачког тела (Duguit, I, 1927, 367 илд.), нема ни уставотворних

ни законодавних скупштина, ни владе, те према томе ни степенасто образовања правног поретка. Овде је сасвим у праву Георг Јелинек (G. Jellinek, 1914, 554) када каже: “Ако амерички народ у Унији и саставним државама не би приступио изборима који му принадлеже, последица тога би била потпуна дезорганизација Сједињених Држава, које би остале без Конгреса, председника и тиме без осталих органа.”

Оваква узлазна линија стварања права постоји у сваком типу државе. У апсолутној монархији, у којој не постоји бирачко право, у личности владара обједињена је целокупна законодавна, извршна и судска власт. Но, да би апсолутни монарх могао да врши наведене власти, морао би да претходно буде миропомазан, крунисан и устоличен на престо, морали би дакле да буду предузети дотични реални акти предвиђени уставном објективном правном ситуацијом о законском наслеђивању престола или субјективном правном ситуацијом утврђеном завештањем (тестаментом) владаревог преминулог претходника. Уколико не би били испуњени услови утврђени дотичном објективном или субјективном правном ситуацијом, престо би остао упражњен и наступила би дезорганизација слична оној о којој је говорио Георг Јелинек.

За појам кружног тока образовања права изузетно је значајна теорија полиције. Нормативистички посматрано, полицијска делатност углавном се састоји у извршавању одређених законских и уредбених аката-правила. Али, ако полиција не успоставља и не одржава “јавни ред и мир”, “јавни поредак”, “уставом утврђени поредак”, што су све позитивноправни изрази за реални правни поредак, ниједан државни орган не би могао да доноси законе, пресуде и управне акте, нити би субјекти грађанског права могли да закључују и извршавају уговоре. О полицији Хегел каже (Hegel, 1981, 263, подвучено у изворнику): “Овде се не могу дати чврста одређења нити повући апсолутне границе. Овде је све лично, наступа субјективно мњење, и дух устава, опасност времена треба да саопште ближе околности. У ратним временима се, примерице, много тога што је иначе безопасно, има сматрати штетним. Услед тих страна, случајности и самовоље личности полиција добива нешто омражено... Али, ма колико шкодљиво то стање било, објективно гранична линија овде се не може повући.”

Јединство актуалног (у смислу правних аката) и реалног правног поретка јесте држава у смислу правне динамике (кружног или цикличног стварања права). Држава и право су дакле исто, разуме се ако се ради о праву дотичне државе.

Додуше, и за Келзена су државе и право идентични (в., на пример: Kelsen, 1999, 182 идд., 188 идд., 197 идд., 377). Само, Келзен право схвата

искључиво као укупност, као што смо већ видели, општих и појединачних “правних норми”. Следствено томе, ни држава није за њега ништа друго до један одређени нормативни поредак. То гледиште је за нас, као што се из реченога већ могло приметити, сасвим неприхватљиво. Ако би се прихватило, последице тога биле би крајње неприродне и бесмислене. Кривични законик који држим у рукама, био би држава или њен део. Цела држава могла би да стане у полице једне мање библиотеке. Француска, на пример, не би била једна држава, већ би постојало онолико француских држава колико постоји одштампаних комплета француског службеног гласника. Но, слика се сасвим мења када кривичном законнику у питању додамо законодавно тело које је власно да га доноси и мења, полицију која гони његове прекршиоце, судове који их кажњавају и затворе у којима издржавају казне на које су осуђени, када дакле државу и право сагледамо као јединство њеног актуалног и реалног поретка. Само такво гледиште омогућава поимање индивидуализације права у простору, времену и у погледу лица за која важи.

Правну динамику нужно је појмити и као процесно право. Процесно право није напросто грана права, односно шира правна грана која обухвата више ужих, и која се поима као пуко средство за остваривање материјалног права, већ је један од три конститутивна елемента правног поретка у целини. У студији из 2013. написали смо (Петровић, 2013, 198 илд., подучено у изворнику): “Процедуре нису само примене норми о надлежности и поступку. Уставотворни поступак самоорганизовања државе, законодавни и управни поступак утврђивања јавног интереса, кривични и грађански поступак утврђивања истине, поступак закључивања и приступања уговору у грађанском и међународном праву, пре свега су сам правни живот.” Пре нас, изгледа да је само Ориу увидео овакав значај процесног права, то јест процедура (в.: Nargiou, 1916, 137 илд.).

У правној динамици налази се и исправан одговор на питање односа “аката-правила” као формалних извора права. Статично-нормативистичка општа теорија права решава ово питање полазећи од схватања “хијерархије правних аката”. Тако, на пример, Лукић каже (Лукић, 3/II, 1995, 156): “Сви правни акти и правне норме у њима садржане заузимају своје место у правном поретку по начелу хијерархије — сређују се у једну лествицу виших и нижих аката, тако да на врху стоје највиши а у основи — најнижи акти.” То је израз постулата: “Виши закон укида нижи” (*Lex superior derogat legi inferiori*). Но, када се у овај однос унесе време као основни појам правне динамике, показује се да је тај постулат релативан и да већу снагу од њега има постулат: “Каснији закон укида ранији” (*Lex posterior derogat legi pri-*

ogi). Деловање овога постулата доводи и до такозваног “противправног стварања права”.

Лабанд истиче (Laband, II, 1911, 187): “Старо *ius civile* Римљана подлегло је службеним уредбама преторâ и едилâ, *ius honorarium*-у; старо народно право германских племена ишчезло је пред чиновничким инструкцијама које су меровиншки и каролиншки краљеви издавали у својим капитуларима; опште земаљско право каснијег Средњег века било је најтемељније преображено и у свим својим деловима измењено и дограђено управним уредбама градских магистрата; право наслеђено из Средњег века уступило је место сасвим новом праву, које је образовано инструкцијама и управним уредбама што су их земаљски господари упућивали својим приставима, својим рачуновођама, својим дворским и камерним судијама, речју својим чиновницима.” Оно што даје размерну трајност односима између формалних извора права, те тако противдејствује постулату “*Lex posterior derogat legi priori*”, јесу правни принципи, које разматрамо у нашој правној телеологији.

Шта је бивство правних принципа? Италијански правни философ Дел Векио и аустријски правни философ Марчић изједначају опште правне принципе са природом ствари и природним правом (Del Vecchio, 1965, 388 илд.; Марсић, 1957, 19 илд.). По нама, правни принципи одговарају природи ствари као јединству идеалне суштине и њој адекватне реалне категорије и као месту сусрета субјективног и објективног духа. И Хегел каже (Hegel, 1991, 396 илд., §502, подвучено у изворнику): “Израз природно право, који је био уобичајен за философску теорију права, садржи двосмисленост да ли је право присутно у непосредној природности или се мисли тако како је одређено по природи ствари, то јест појмом. Оно се значење некад сматрало уобичајеним; тако да је уједно било измишљено некакво природно стање, у коме би природно право требало да важи, насупротив чему би стање друштва и државе захтевало ограничење слободе и жртвовање природних права, и носило их са собом. Али, у ствари, право и све његове одредбе заснивају се на слободној личности, самоодређењу, које је баш супротност природном одређењу. Право природе је од туда постојање силе и прибављања важности насиљу, те је природно стање једно стање насилништва и неправда о коме се не може рећи ништа истинитије доли да из њега треба изаћи. Друштво је, напротив, управо једино стање у коме право има своју стварност; оно што треба ограничити и жртвовати јесте баш самовоља и насилништво природног стања.”

Врховни правни принцип, као извор легитимитета, јесте принцип друштвене солидарности. Филозоф Макс Шелер (Max Scheler) истиче да

је принцип солидарности морални априори историје и заједнице као и морални скупни идеал човечанства (Scheler, 1966, 15, 284, 364, 523, 526, 530). Са своје стране, Диги указује на друштвену солидарност као реалну категорију (Duguit, II, 1928, 60): “Државни управљачи, будући појединци попут других, обухваћени су као и други везама друштвене међузависности или солидарности. Они су дужни да испуњавају обавезе које им намеће правило засновано на тој друштвеној међузависности или солидарности...” И даље (Duguit, II, 1903, 220): “Свуда где постоји солидарност, стање удруживања, нужно се образује једно правно правило, објективно право, чији је основ, мера и предмет само то удруживање, објективно право које подразумева објективне дужности и овлашћења, који управо проистичу из тог удруживања.” Овде спадају и различите варијације принципа правде.

Поред те легитимишуће, правни принципи имају у правном поретку и стабилизујућу функцију. Тако правни принципи заштите стечених права, правне сигурности, савесности и поштења те поделе власти ограничавају повратно (ретроактивно) дејство закона (в.: Scheerbarth, 1961, 33 илд.).

Напокон, правни принципи имају и интерпретативну (тумачећу) улогу у правном поретку. Та се улога особито везује за откриће “унутрашњег правног система”, за шта заслуга првенствено припада немачким професорима грађанског права, Ларенцу и Канарису (Larenz, 1991, 457 илд., 473 илд.; Canaris, 1983, 48 илд.). Док је “спољашњи” или “апстрактно-појмовни” правни систем углавном дело законодавца, дотле развијање “унутрашњег правног система”, који се састоји од општих правних принципа као “телеолошких”, “конкретно-општих појмова” у Хегеловом смислу, представља пре свега задатак правне науке као “последњег азила” европске правне свести. Тако Карл Шмит (Schmitt, 1985, 420 илд.). Бети иде још даље и теоријску и практичну јуриспруденцију опредељује као “орган друштвене свести” (Betti, 1971, 324 илд.). Ми бисмо овде прибегли извесном сужавању и под “практичном јуриспруденцијом” видели само адвокатуру. Јер, тек захваљујући њој, примена правних принципа постаје, по речима северноамеричког правног писца Луелина (Llewellyn, 1962, 375 илд., 382), “либерална уметност” (у изворном, античко-средњовековном значењу).

Литература

Петровић, 2013 = М. Петровић, К правној природи црквенога права. Уједно заснивање тријалистичке теорије права, посебан отисак из Зборника радова „1700 година Миланског едикта“, Ниш 2013, 183 и дд.

Husserl, I, 1950 = E. Husserl, Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, I, herausg. v. W. Biemel, Haag 1950, 26 и дд.

Hegel, I, 1951 = G.W.F. Hegel, Wissenschaft der Logik, I, 1934, unv. Abdruck, Leipzig 1951, 49 и дд., 67 и дд., 119 и дд.

Петровић, 2010 = М. Петровић, О супрематичности извршно-управне власти у западним земљама и у Русији. Уједно утемељење теорије кружнога (цикличнога) стварања правнога поретка, посебан отисак из Тематског зборника радова „Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права“, I, Ниш 2010, 188 и дд.

Петровић, 1981 = М. Петровић, Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа, Београд 1981, 14 и дд.

Живановић, 1959 = Т. Живановић, Систем синтетичке правне филозофије: 1. Синтетичка филозофија права. 2. Синтетичка филозофија правних наука, Београд 1959, 7 и дд.

Bierling, I, 1877, II, 1883 = E.R. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I, Gotha 1877, II, Gotha 1883.

Nawiasky, 1948 = H. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln/Zürich/Köln 1948.

W. Jellinek, 1913 = W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, Tübingen 1913, 28.

Hobbes, 2004 = Th. Hobbes, De Cive, the latin version, New York 1983, reprinted 2004, I, 14, II, 1.

Duguit, I, 1927 = L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, I, 3-e éd., Paris 1927, 452.

Windscheid, I, 1984 = B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. v. Th. Kipp, I, 2. Neudruck 1906, Aalen 1984, 158.

Austin, I, 2002 = J. Austin, Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law, 4th Ed. By R. Campbell, I, 1879, reprinted, Bristol 2002, 412 и дд.

Holland, 2006 = Th.E. Holland, The Elements of Jurisprudence, 1896, reprinted, Elark, New Jersey 2006, 109.

G. Jellinek, 1919 = G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, Neudruck, Tübingen 1919, 197 и дд.

- Laband, I, 1911 = P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 5. Aufl., Tübingen 1911, 105, подвучено у изворнику.
- Lasson, 1967 = A. Lasson, System der Rechtsphilosophie, 1882, Nachdruck, Berlin 1967, 208 ид.
- Somló, 1917 = F. Somló, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917.
- Ripert, 1949 = G. Ripert, Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine, Paris 1949, 37 идд; Ripert, 1951 = G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme modern, 2-e éd., Paris 1951, 128 идд; Ripert, 1955 = G. Ripert, Les forces créatrices du droit, Paris 1955, 191 идд.
- Schmitt, 1985 = C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 3. Aufl., Berlin 1985, 276.
- Лукић, 3/II, 1995 = Р. Лукић, Теорија државе и права, II. Теорија права, Сабрана дела 3, Београд 1995, 103 ид., 288).
- Hefel, 1981 = G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, herausg. v. H. Klenner, Berlin 1981, 75 ид. §§ 40, 41, подвучено у изворнику.
- Feuerbach, 1798 = P.J. Anselm von Feuerbach, Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn, Henings, Erfurt 1798, 30 идд., § 14, тач. 6.
- Haller, I, 1964 = C.L. von Haller, Restauration der Staatswissenschaft, I, Neudruck der 2. Aufl., 1820, Aalen 1964, 340 идд.
- Haller, II, 1964 = C.L. von Haller, Restauration der Staatswissenschaft, II, Neudruck der 2. Aufl., 1820, Aalen 1964, 57.
- Haller, III, 1964 = C.L. von Haller, Restauration der Staatswissenschaft, Neudruck der 2. Aufl., 1821, Aalen 1964, 191 идд.
- Hegel, 1991 = G.W.F. Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften (1830), Herausg. v. F. Nicolini/O. Pöggeler, 8. Aufl., Hamburg 1991, 389 идд., §§ 483 идд.
- Hartmann, 1962 = N. Hartmann, Das Problem des geistigen Seins. Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, 3. Aufl., Berlin 1962, 175 идд.
- Nietzsche, II, 1972 = F. Nietzsche, Die fröhliche Wissenschaft, in: Werke, herausg. v. K. Schlechta, 6. Aufl. (Nachdruck), Frankfurt a.M./Berlin/Wien 1972, 523.
- Nietzsche, III, 1972 = F. Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse, in: Werke, III, herausg. v. K. Schlechta, 6. Aufl. (Nachdruck), Frankfurt a.M./Berlin/Wien 1972, 12.
- Heidegger, I, 1961 = M. Heidegger, Nietzsche, I, 2. Aufl., Pfullingen 1961, 570 идд.
- Kant, VI, 1968 = Kants Werke, Akademie-Textausgabe, Berlin 1968, 300 идд.

- Schmitt, 1970 = C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. Aufl., Berlin 1970, 23 илд.
- Engisch, 1968 = K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2. Aufl., Heidelberg 1968, 237 илд.; Larenz, 1991 = K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1991, 461 илд.
- Dilthey, 1924 = W. Dilthey, *Beiträge zur Studium der Individualität*, in: *Die geistige Welt*, in: *Gesammelte Schriften*, V, Leipzig/Berlin 1924, 241.
- Kant, V, 1867 = *Kritik der Urteilskraft*, in: *Immanuel Kant's Sämtliche Werke*, V, herausg. v. G. Hartenstein, Leipzig 1867, 237 илд. § 17.
- Schmitt, 2006 = C. Schmitt, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 3. Aufl., Berlin 2006, 19 ид.
- Jünger, 13, VII/II, 2001 = E. Jünger, *Typus, Name, Gestalt*, in: *Sämtliche Werke*, 13, VII/II, 2. Aufl., Stuttgart 2001, 134
- Jünger, 8, II/II, 2000 = E. Jünger, *Der Arbeiter. Herrschaft und Gestalt*, in: *Sämtliche Werke*, 8, II/II, 2. Aufl., Stuttgart 2000, 52 илд. 125 илд.
- Jünger, 7, II/I, 2002 = E. Jünger, *Der Waldang*, in: *Sämtliche Werke*, 7, II/I, 2. Aufl., Stuttgart 2002, 301.
- Szabó, 1973 = I. Szabo, *Les fondements de la théorie du droit*, Budapest 1973, 225 илд.
- Hegel, II, 1832 = G.W.F. Hegel, *Vorlesungen über die Aesthetik*, herausg. v. H.G. Hotho, in: *Werke*, X/2, Berlin 1837, 229.
- Jaspers, 1971 = K. Jaspers, *Psychologie der Weltanschauungen*, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1971, 1.
- Heidegger, 1972 = M. Heidegger, *Sein und Zeit*, 12. Aufl., Tübingen 1972, 145.
- Heidegger, 1978 = M. Heidegger, *Der Satz vom Grund*, 5. Aufl., Pfullingen 1978, 146.
- Schmitt, 1950 = C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln 1950, 13 ид., 47 ид.).
- Duguit, II, 1928 = L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, II, 3-éd., Paris 1928, 238.
- Петровић, 1978 = М. Петровић, М. Ориу и Л. Диги као оснивачи савремене теорије и права у Француској, отисак из Зборника за теорију права САНУ, I, Београд 1978, 161 илд.
- Hauriou, 1923 = M. Hauriou, *Précis de droit administrative et de droit public*, 12-e éd., par A. Hauriou, Paris 1933, 13 илд.
- Hauriou, 1916 = M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2-e éd., Paris 1916, 133.

Romano, 1975 = S. Romano, Die Rechtsordnung, herausg. v. R. Schnur, Berlin 1975, 23.

M. de la Bigne de Villeneuve, 1954 = M. de la Bigne de Villeneuve, L'Activité étatique, Paris 1954, 189 илд.

Hauriou, 1896 = M. Hauriou, Science sociale traditionnelle, Larose et Forcel, Paris 1896, 194 ид.

Renard, I, 1930 = G. Renard, La Théorie de l'Institution, Essai d'ontologie juridique, I, Paris 1939, 293.

Heidegger, 1971 = M. Heidegger, Was heisst Denken?, 3. Aufl., Tübingen 1971, 66.

Merkel, 1923 = A. Merkel, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine Rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig/Wien 1923, 194 ид., подвучено у изворнику.

Kelsen, 1920/21 = H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 47, 1920/21, 68.

Kelsen, 1960 = H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, 240 ид.

Merkel, 1927 = A. Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien/Berlin 1927, 144, подвучено у изворнику.

Schmidhauser, 1958 = J.R. Schmidhauser, the Supreme Court as Final Arbiter in Federal=State Relations, Chapel Hill 1958, 28 ид.

Lieber, 2002 = F. Lieber, Legal and Political Hermeneutics, Or Principles of Interpretation and Contruction in Law Politics, with Remarks on Precedents nad Authorities, Enlarged Ed., 1836, 3rd Printing, Clark, New Jersey 2004, passim.

Kelsen, 1925 = H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, 98, 234.

G. Jellinek, 1914 = G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. v. W. Jellinek, Berlin 1914, 554.

Kelsen, 1999 = H. Kelsen, General Theory of Law nad State, 1945, Reprinted, Union, New Jersey 1999, 182 илд., 188 илд., 197 илд., 377.

Laband, II, 1911 = P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., II, Tübingen 1911, 187.

Del Vecchio, 1965 = G. Del Vecchio, Lezioni di filosofia del diritto, XIII ed., Milano 1965, 380 илд.; Marcic, 1957 = R. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richerstaat, Wien 1957, 194 илд.

Scheler, 1966 = M. Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertetshik. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus, 5. Aufl., Herausg. v. M. Scheler, Bern/München 1966, 15, 284, 364, 523, 526, 530.

Duguit, II, 1903 = L. Duguit, Etudes du droit public, II: L'Etat, les gouvernants et les agents, A. Fontemoing, Paris 1903, 220.

Scherbarth, 1961 = H.W. Scheerbarth, Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte (sogenannte Rückwirkung von Gesetzen), Berlin 1961, 33 и дд.

Canaris, 1983 = Cl.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983, 48 и дд.

Betti, 1971 = E. Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica), seconda ed. A cura di G. Crifò, Milano 1971, 324 и дд.

Llewellyn, 1962 = K.N. Llewellyn, Jurisprudence: Realism in Theory and Practice, Chicago/London 1962, 375 и дд., 382.

Milan Petrović, LL.D.

Full Professor, retired

University of Niš

A CONTRIBUTION TO THE THEORETICAL STUDY ON THE BASIC LEGAL CONCEPTS

Summary

This article presents the basic concepts of the trialistic theory of law and state as a new general philosophy of law theory. The three distinct elements of the trialistic theory of law and state are legal statics (the theoretical study of the basic legal concepts), legal dynamics (the theory of the cyclic creation of the legal order) and legal teleology (the theory of legal principles). The trialistic theory generally implies the overcoming of legal normativism and positivism, and it may be designated as a “neo-historical legal school of thought”. Each of the aforesaid elements includes a set of distinctive basic legal concepts, but their ultimate outcome is to be found in the legal statics as a theoretical study about the substance of law which appears as the basis or presumption of other domains of the legal order. Thus, the concept of legal statics includes the basic legal concepts which are applicable in the entire legal order. These are general basic legal concepts. The basic legal concepts in other domains of the legal order are, therefore, special basic legal concepts. However, there are certain basic concepts of legal statics which become distinctive only within the framework of legal statics, whereas they are either assumed or transformed in the framework of legal dynamics and legal teleology. For this reason, these basic legal concepts shall be designated as special basic concepts of legal statics. A significant novelty in the trialistic theory is the revival of the conception of the objective mind as a material source of law and, consequently, the conception of the objective mind as a general basic concept in the trialistic theory of law and state. This conception, which was initially developed by Hegel, has been subjected to the author’s original and innovative interpretation in this paper. In particular, a notably original idea, which the author has already been presented in his earlier articles, refers to the legal dynamics as a process of cyclic creation of the legal order, which embodies the self-creation of law and the state as a unity of the actual (normative) and real legal order.

Key words: *legal statics, legal dynamics (theory of cyclic creation of the legal order), legal principles, objective mind as a material source of law.*

