

**Проф. др Божидар С. Марковић**

## **О ДУАЛИТЕТУ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА**

Правни феномен се током своје историје константно јавља у два вида: у Риму као природно и као цивилно то јест позитивно право; с Процијусом и његовом школом такође као природно и као позитивно право; у новије време као објективно, социјално или идеално и као позитивно право; а кроз целу историју права као праведно и као позитивно право.

Сталан елемент тога историјског развитка је, како видимо, позитивно право, под којим се подразумева оно право које стварно важи у једној држави, тј. право које примењују судови и остали државни органи и чија је примена зајемчена организованом државном принудом. И док то позитивно право постоји у стварности, догле његови стални пратиоци и двојници — природно, објективно, идеално и праведно право — постаје само у свести људи, појединаца и друштвених заједница, с тежњом да и они постану позитивно право.

У току историје се, међутим, и само позитивно право постојано појављује у два вида: као правно правило које настаје у слободном друштву и као правно правило које друштву прописује држава. Томе двојству које постоји и у оквиру позитивног права није досад у правној науци била поклоњена потребна пажња, иако из тог двојства проистичу — како ћемо ниже покушати да покажемо — веома значајне како практичне тако и опште теоријске последице.

Постоје наиме два основна извора позитивног права, с једне стране, *друштво*, а, с друге, *држава*. Тако је позитивно право истовремено и друштвена и државна творевина која једним делом настаје у друштву, спонтано и независно од државе, док га с друге стране ствара држава као посебан и суверен орган друштва и формално независно од друштва. Из тог разлога треба разликовати и два основна облика у којима се позитивно

право јавља, односно две основне категорије норми које сачињавају позитивно право — социолошке норме и етатистичке норме.

Социолошке норме садрже право које спонтано настаје у самоме друштву као резултат друштвених законитости и независно од државе, док етатистичке норме чине онај део позитивног права које друштву прописује држава на основу свога империјума, по својим мерилима и формално независно од друштва. Обе те категорије норми постоје и делују истовремено у позитивном поретку, при чему се узајамно допуњују и преплићу, утичући једна на другу, али се међусобно и битно разликујући не само по пореклу, него и по њиховим другим особинама, снази и последицама, како ће ниже бити показано. При томе, оне често иду и у раскорак, а не ретко се међусобно и супротстављају и сукобљавају.

Тај дуалитет је у сваком случају чињеница, стално присутна у позитивном праву, те да би се о овоме добио јединствен и целовит појам, нужно је посматрати позитивно право истовремено из перспективе оба та његова вида. Што то није досад чињено узрок је и многим неспоразумима и излишним дискусијама вођеним у савременој теорији и философији права. Стога се јавља потреба да се ово двојство позитивног права и односи социолошких и етатистичких норми посебно и ближе размотре и анализирају.

Социолошке норме су производ закона природне каузалности и друштвених законитости, настају, мењају се и гасе у слободном друштву. Своју подлогу налазе у друштвеној оцени вредности појединих ствари, људских односа и циљева и на њима заснивају своје ставове и правила понашања. Социолошке норме су тако плод објективне друштвене каузалности, тј. материјалне и друштвене условљености, с једне стране, док су, с друге, резултат слободне друштвене нормативности, тј. друштвене оцене вредности и праксе о томе како се у одређеним ситуацијама треба обавезно понашати („нормативни факти“). Социолошке норме сачињавају дакле слободне друштвене чињенице, друштвена факта и фактичка понашања који постоје у друштву у датом времену, односно у тренутку њиховог реципирања од стране законодавца. Тако су социолошке норме истовремено и израз материјалне правде која постоји у друштву.

Социолошке норме стога представљају у извесном смислу и „природно право“, јер се владају по природним, рационалним, економским, етичким и осталим друштвеним објективним законитостима. Као такве оне су највише заступљене у области приватног права у којој доминирају начело аутономије воља и диспозитивне одредбе. Њихов свет су приватноправни кодекси и трговачки законици, док обичајно право представља најчистији облик у којем се социолошке норме традиционално појављују. У новије време социолошке норме су посебно заступљене у привреди и пословном саобраћају у виду трговинских и

осталих пословних, националних и међународних узанси. Томе треба додати да у категорију социолошких норми треба убрајати и правне стандарде, као што су „нормално“, „разумно“, „правично“, „добри обичаји“, *bona fides*, „пажња доброг домаћина“ и сл. Исто тако треба имати у виду да се многе, по пореклу социолошке норме, појављују и у облику етатистичких норми, наиме, у оним веома честим случајевима кад је законодавац садржину норме преузео из друштвене праксе у потпуности или делимично, било у диспозитивном или у принудном облику.

Етатистичке норме, за разлику од социолошких, резултат су идеолошких ставова које држава уноси у позитивни правни поредак путем својег сувереног империјума и оне нису производ само објективних и слободних друштвених фактора, него су у суштини плод идеолошких опредељења државе, и као такве су усмерене ка своме апсолутном остварењу, па и насупрот друштвеном фактицитету, социолошким кретањима и разлозима. За подлогу својих правила понашања оне усвајају поједине идеологије као производе људског духа, идеологије које могу бити философске, као Платонова држава, религијске, засноване на акту вере, као у исламским земљама, а најчешће политичке, као што су либерализам, комунизам, фашизам и разне диктатуре.

С обзиром на такву њихову структуру, етатистичке норме у великој мери садрже једно „не-природно“ и вештачко право, те као такве могу бити не само антисоциолошке него и нерационалне. Засноване на појединим, најчешће искључивим идеологијама, оне су заједно са овима изложене опасностима монизма и у крајњој анализи мистицизма. Етатистичке норме су иначе по правилу заступљене у јавном, државном и кривичном праву и најчешће се изражавају у облику принудних одредаба, кад су нпр. у питању организација државе и функционисање њених органа, инкриминација кривичних дела, врста и висина казне, услови кривичне одговорности и сл.

Производ слободне људске воље, етатистичке норме су великим делом ипак испуњене, мада не и везане, и постојећим друштвеним законитостима. Потребно је, међутим, истаћи да оне, преузимајући постојећи социолошки материјал, том приликом фаворизују или и апсолутизују поједине већ постојеће друштвене факторе, док друге сузбијају или их потпуно елиминишу, што је последица оцењивања њихових вредности с гледишта водећих идеја и циљева, које идеологије прихваћене од државе желе постићи. Напајајући се одређеним идеологијама етатистичке норме се тако крећу широким спектром од објективних друштвених чињеница и научних сазнања до метафизичко-мистичних идеала и циљева. Оне се као идеолошки фактор и државни императив у сваком случају надграђују на социолошку норму у виду заповести по којој се убудуће имају

обавезно понашати и сви дотле слободни друштвени чиниоци и норме.

Али социолошке и етатистичке норме се на предњи начин не само допуњују и преплићу него међусобно и утичу једне на друге. Посебно, етатистичке норме додају социолошким кретањима и један нов елемент, одређену философску, религиозну или политичку идеологију, уносећи на тај начин у друштвену стварност нешто ново, чега у њој раније није било. Тим путем етатистичке норме постају активан социолошки фактор и један од најзначајнијих носилаца друштвене еволуције. — У вези с еволуцијом треба ипак упозорити да друштвена еволуција не значи нужно и објективан друштвени напредак, с обзиром на то да напредак претпоставља перфекционистичко схватање света које наука не може да потврди. Друштвену еволуцију стога треба схватити само као промену, свакако и позитивну, у смислу све успешнијег одржавања и животног богаћења друштва и појединаца, али не и као непрекидан напредак и стално приближавање неком коначном и апсолутном циљу или идеалу. Конкретније, друштвена еволуција као резултат етатистичких норми објективно може бити и позитивна и негативна, значити како напредовање тако и назадовање друштва у целини и његових чланова.

У том процесу стапања и сједињавања, социолошка норма као друштвени императив сачињава инфраструктуру, а етатистичка норма као идеолошки државни императив представља надградњу над првом. Конкретније, кодификација свој материјал већим делом црпе из друштва, док законодавац као орган државе и њене идеологије са своје стране утиче на формирање тога друштвеног материјала. Кроз две наведене категорије норми долазе тако до израза и односи друштва и државе при формулирању позитивног права. — Ако се, дакле, етатистичке норме на изложени начин нападају на социолошким изворима, оне, с друге стране, и хране те изворе, јер својом принудном снагом утичу да се постојећа друштвена материја преображава у смислу државне идеологије. Државна идеолошка норма на тај начин интервенише у друштвену каузалност и постаје један посебно моћан материјалан извор права, као што су то и економија, религија, морална схватања, научна сазнања, заблуде, сила и остали материјални правни извори.

У етатистичким нормама стога треба разликовати два елемента: елемент узет из друштва и елемент унет у норму из државне идеологије. Удео сваког од њих ће у одређеној етатистичкој норми бити некад већи некад мањи, а често ће бивати и искључив, тако да ће поједине етатистичке норме некад бити испуњене само социолошком и понекад искључиво идеолошком садржином. Поред чисто социолошких и чисто етатистичких норми постоје тако и мешовите норме у којима су, у већој или мањој мери, заступљене обе основне категорије норми.

Заједничко је социолошким и етатистичким нормама то што и једне и друге могу бити како од позитивног или корисног тако и од негативног или штетног утицаја на опстанак и развој друштва, државе и појединца. При томе, позитивним и корисним треба сматрати оне норме које доприносе опстанку и развоју друштва, државе и појединца, а негативним или штетним норме које тај опстанак и развој угрожавају. Као примери негативних норми могу се навести норме које представљају опасност за безбедност државе, подривају друштвену кохезију, чврстину породице и брачне заједнице, производе штетне економске последице, доприносе ширењу порока и уопште уносе и подржавају патолошке тенденције у друштву и држави. Поступак сузбијања таквих негативних и штетних норми биће, међутим, различит према томе да ли је у питању елиминисање социолошке или етатистичке негативне норме.

Кад је у друштву током времена дошло до формирања нове позитивне социолошке норме на место постојеће која је услед насталих промена застарела или је постала негативна, у таквим случајевима суду треба признати право да одбије примену застареле или штетне социолошке норме и да на место ње прихвати новообразовну позитивну социолошку норму. — Ако је, међутим, у питању негативна етатистичка норма која је унета у позитивни поредак законодавним путем, она се — као израз државних суверености — може мењати и укидати искључиво путем доношења новог закона а не и судском праксом, без обзира на новонастале промене у друштву и на новоформирану супротну позитивну социолошку норму.

Услед наведене коегзистенције и интеракције социолошких и етатистичких норми настаје међу њима и могућност неслагања и сукоба, могућност стално присутна и која се у пракси не ретко и остварује, тако да „друштвено“ и „државно“ право често и противрече једно другом. Двојство позитивног права је на тај начин и извор дисхармоније између социолошке норме као израза друштвеног схватања правде и етатистичке норме као израза државне идеологије и воље.

Оно, пак, што је примарно при решавању тих сукоба између двеју категорија норми јесте да при томе апсолутни примат припада етатистичкој норми пред којом се социолошка норма има без поговора повући. Уколико се жели остати на терену правне државе, у позитивном поретку се пре свега мора поштовати воља државе као суверене власти и организатора правног поретка, без обзира да ли је, и у којој мери, та воља праведна и разумна. У таквим сукобима, који су у крајњој линији сукоби између друштва и државе, социолошка норма може важити само ако није противна постојећој етатистичкој норми или уколико је ова прихвати посебним актом, нпр. као изузетак од општег правила.

Историја права нам, међутим, пружа бројне примере који сведоче да се ови сукоби не решавају увек радикално, тј. потпуним искључењем примене социолошке норме, него се често завршавају и компромисом или синтезом етатистичке и социолошке норме, тако да обе делују упоредо. — У католичким земљама, нпр. религијска догма о нераскидивости брачне заједнице одбацује установу развода брака, али је држава под притиском захтева друштвеног живота установу развода брака омогућила приhvатањем грађанског брака. — Некад ће се обе категорије норми саживљавати и мирити у некој врсти синтезе, као у установи законског ограничавања висине каматне стопе, која представља компромис између религијске забране давања новца под интерес и друштвене и привредне потребе за кредитом и тежње за слободним уговарањем камате. — Обе врсте норми ће равноправно коезистирати једна поред друге и у области одговорности за накнаду штете: поред субјективне кривице као традиционалног основа одговорности за штету нанету другоме, данас је, опет под притиском друштвених фактора, опште усвојена и одговорност за накнаду штете без субјективне кривице а због објективног ризика подразумемијевааног повећањем опасности у савременом индустријском и високо технички развијеном друштву. — У капиталистичким земљама у којима су јавни и позитивни поредак засновани на слободној утакмици и слободи уговарања, држава све чешће интервенише принудним нормама ограничавајући те слободе ради заштите социјално слабијих, што је нарочито дошло до израза у радничком породичном и у социјалном законодавству.

Разликовање социолошких и етатистичких норми долази до изузетног практичног и теоријског значаја кад су питању еволуција права и тумачење односно примена права.

Социолошка норма је по својој природи *еволутивна категорија*, јер је заснована на слободним друштвеним чињеницама и односима који су битно променљиви. Етатистичка норма је насупрот њој константна и *нееволутивна категорија* чија је суштинска функција да се помоћу ње остваре одређени циљеви и понашања које је поставила држава као суверени творац правног поретка. Због тога је најбитнија одлика етатистичке норме управо да је статична и да се не мења под дејством друштвених узрока и кретања, него напротив да ове принуди да се по њој понашају. Последице те кардиналне разлике између двеју врста норми су од највећег како практичног тако и од теоријског значаја.

Социолошка норма, као резултат слободне игре свих друштвених фактора и сила, мења се под утицајем нових људских сазнања, технолошких изума и нових идеологија, услед којих се мењају и друштвена схватања о правди и о томе како појединци и групе треба међусобно да се понашају у новим условима заједничког живота. Тако настаје потреба да се и постојећа

социолошка норма прилагођава новој друштвеној стварности, што у свести друштва доводи до новог схватања правде и до формулисања нормe с новом садржином. — У вези с тим се одмах поставља и питање ко је надлежан тј. позван и овлашћен да ту нову социолошку норму, друкчије од важеће, проглашава за право и уводи је у позитивни поредак, односно да постојећу социолошку норму допуњава, мења и укида? За то је свакако надлежно оно исто друштво које је и стару социолошку норму под другим условима било формулисало. Друштво, међутим, као такво не располаже посебним органом који би био квалификован да у његово име легализује нову социолошку норму. У недостатку таквог друштвеног органа легализовање нове социолошке нормe треба признати суду, као у ту сврху најповлашћенијем државном органу, који по својој функцији и иначе врши посредничку улогу између државе и друштва. — Суду истовремено треба признати и право да приликом разматрања нове социолошке нормe претходно врши цензуру над њом, тј. да цени да ли је ова противна јавном поретку и постојећем правном систему као целини и да ли је штетна по друштво, па ако утврди да јесте, онда би био овлашћен да примену такве нове социолошке нормe одбије, док би у противном случају био дужан да је прихвати.

Сасвим је друкчија ситуација и поступак кад је у питању мењање етатистичке нееволутивне нормe, јер материјал етатистичке нормe може да се влада и евентуално развија искључиво у оквирима императива постављених од стране суверене државне власти и од ње прихваћене идеологије. Због тога, и на питање ко је надлежан, позван и овлашћен да допуњује, мења или укида важећу етатистичку норму мора се такође одговорити да је на то овлашћен само онај исти ауторитет који је ту норму и поставио, а то је држава са својом несоциолошком и идеолошко-догматском нормом. Другим речима, и овде је примарно питање компетенције, а не да ли је дата етатистичка норма објективно разумна, штетна или застарела. Правна држава, јединство правног поретка, начело поделе власти и правне сигурности не допуштају да се важење етатистичке нормe мења или укида под притиском развоја друштвене каузалности, еволуције или рационалних аргумената. Стога ни судови као државни органи, чија је дужност и функција да спроведе у живот посебно етатистички императив, не могу тај императив ни са којег разлога занемарити. Социолошке промене и факти који се догађају у друштву, а несагласни су с постојећим етатистичким нормама, могу се заступати и бранити у науци, јавном мњењу и у политичкој борби али се не могу уважавати и као аргументи у позитивном поретку и пред судом. Укратко, мењање и еволуција етатистичке нормe могу се вршити само законодавним путем, а социолошке нормe и путем судске праксе.

Једна даља значајна последица разлика које постоје између двеју категорија норми и нужности њиховог разликовања јесте и различит поступак при њиховом тумачењу и примени.

Због порекла и природе социолошке норме приликом њеног тумачења и примене није довољно служити се искључиво логичким тумачењем законског текста, него тај поступак треба допуњавати и кориговати и социолошким методом резоновања, заправо посматрањем чињеница и кретања у друштву, уз уважавање и прихватање позитивних промена које су у друштву настале од тренутка озакоњења социолошке норме, па до тренутка њеног тумачења, односно примене. И кад тако логичко и социолошко тумачење доведу до различитих или и супротних резултата, онда преимућство треба дати социолошком аргументу и решењу које више задовољава потребе и схватања друштва у тренутку примене норме, што у крајњој линији значи да судове у таквим ситуацијама треба овластити да донесе и одлуке супротне кодификованој социолошкој норми.

Кад је, пак, у питању тумачење и примена етатистичких норми, у обзир може доћи само логичко а не и социолошко тумачење, јер је етатистичка норма, како је напред истакнуто, непроменљива догма и као таква подложна је искључиво унутрашњим логичким дедукцијама и осталим законима затвореног формалистичког резоновања, тј. везана је логичким континуитетом. Она стога има доследно да се спроведе до краја и не допушта да се у њу путем посматрања унесе спољашњи социолошки елементи, што практично значи да ни судови нису овлашћени да под утицајем социолошких фактора и аргумената или еволуције доносе одлуке које нису у складу с постојећом етатистичком нормом или су јој противне. То је област у којој држава доминира над друштвом, односно политички разлог над друштвеним.

У прилог предњим закључцима може се навести и околност да законодавац, преузимајући одређену норму из друштва, тиме свакако на првом месту преузима њену спољашњу и видљиву садржину, али поред ове, и истовремено с њом, преузима и њена унутрашња и невидљива својства која исто тако чине суштину норме. И тако законодавац реципирајући еволутивну социолошку норму тим актом аутоматски реципира и њену еволутивност као битно и неодвојиво унутрашње својство социолошке норме. Ова се и са тог разлога има еволутивно тумачити и примењивати, будући да је и друштвени живот на којем се социолошка норма заснива и из којег потиче изразито еволутиван феномен. — Етатистичка норма, супротно социолошкој, се формално не заснива на материјалу узетом из друштва, него на вољи и циљевима које држава тежи да путем норме постигне. Тако је етатистичкој норми врховни закон остварење циља који јој је поставила воља садржана у норми а не праћење друштвене еволуције. Због такве своје интимне природе ета-



тистичка норма се има тумачити догматски и статички а не еволутивно.

Изложени дуалитет социолошке и етатистичке норме отвара, поред осталог, и општој теорији и философији права могућност за једну веома значајну и нову оријентацију. У правној науци се већ читав век води оштра полемика и расправа о природи позитивног права и о начину његовог тумачења и примењивања поводом чега су се формирала и два супротна правца: позитивистичко-формалистички и социолошко-еволутивни. Позитивисти или формалисти сматрају да позитивни поредак представља један логички и затворен систем појмова садржан у постојећим писаним законским текстовима и који је сам себи довољан тако да све оно што је ван њега није позитивно право. Социолошко-еволутивни правац, насупрот томе, заступа гледиште да поред формалног позитивног права обухваћеног законима као формалним изворима постоји и једно друго „живо право“ које свакодневно настаје у друштву и које је такође позитивно јер га друштво стварно примењује, те треба да се примењује и од стране правосудних и других државних органа.

Основни разлог и тешкоћа који на изложени начин деле присталице двају наведених правца и школа налазе се у чињеници што државно законско позитивно право, будући да је писмено формулисано правило, доиста сачињава један непомичан и затворен систем појмова који подлеже законима формалног логичког резоновања, и који је услед тога статичан. Насупрот њему, право које се континуирано ствара у друштву је отворено и динамично, те се и мења сходно законима друштвене еволуције, која није логички него контрадикторан процес. Тако је и постојећа супротност између двају правца у савременој теорији права у крајњој линији последица антиномије која постоји између формалне логике механичких закона мртвога света и еволуције као закона живота. — Од наших теоретичара права на ту капиталну чињеницу је посебно указивао Живан Спасојевић кад је истицао да тешкоћу стварају сами људи тиме што у правни феномен, који је по својој природи динамичан, уносе статичан елемент путем писменог формулисања правних норми.\*

Имајући у виду ту чињеницу и дуалитет норми позитивног права, можемо констатовати да су обе супарничке школе пале у обострану грешку тиме што су на *исти начин* третирале две различите категорије норми. Позитивистичко-формалистичка школа је све правне норме, дакле и социолошке, третирала као етатистичке и непроменљиве, док је социолошко-еволутивни правац пао у супротну грешку третирајући све норме, па и етатистичке, као социолошке и променљиве. Другачије речено,

\* В. Живан Спасојевић, *Нацрт једне опште теорије права* (Београд, 1989. Издање Српске академије наука и уметности).

позитивистичко-формалистички правац је у целом позитивно-правном поретку видео само етатистичке и статичне норме, а социолошко-еволутивни искључиво социолошке и еволутивне. То истовремено значи да позитивистичко-формалистички правац исправно поступа кад на етатистичке норме примењује формално-логички систем тумачења права, као што се, с друге стране, и социолошко-еволутивни правац налази на правом путу као социолошке норме тумачи и примењује сагласно социолошко-еволутивном методу резонувања.

Као што се може приметити ови недостаци и крајности обеју супарничких школа последице су неразликовања социолошких и етатистичких норми, што указује, поред осталог, и на то да се ни општа теорија права не може једноставно изграђивати само на социолошкој норми и њеној еволутивности као њи искључиво на статичности етатистичке норме, него да истовремено треба да обухвати обе са свима њиховим специфичностима. Јер и позитивни правни поредак сачињавају оба нормативитета и само то њихово двојство обезбеђује да се правни феномен и позитивни поредак схвате и обрађују у свој њиховој сложености и целокупности. То коначно значи да социолошке норме треба схватити и обрађивати сагласно њиховој природи, тј. социолошки и еволутивно, а етатистичке формалистички и статички, тј. уз поштовање њиховог логичког континуитета.

Тако разликовање социолошких и етатистичких норми омогућава помирење и синтезу два досад супротна правца и метода у општој теорији права. Позитивистичко-формалистички и статички метод с формалистичким резонувањем и логичким континуитетом, теорија права треба, дакле, да прихвати кад су у питању етатистичке норме, као што, с друге стране, треба да усвоји и социолошко-еволутивни правац с логичким дисконтинуитетом кад је реч о социолошким нормама.

Тиме се између осталог, на задовољавајући начин решава и класична контраверза о томе може ли се или не закон мењати и ускладити обичајем и судском праксом. На то питање треба одговорити потврдно кад је реч о укидању социолошке норме, а из разлога који су напред изнесени. Кад се, пак ради о укидању етатистичке норме, она се из супротних разлога не може ни мењати ни укидати обичајем или судском праксом, него само актом законодавца који је ту норму и прокламовао. Укратко, судови и обичај могу мењати и укидати социолошку норму, али не и етатистичку. — Тим поводом, а и иначе, треба истаћи и то да ће разликовање социолошких и етатистичких норми у пракси често наилазити на тешкоће и да неће увек бити ни поуздано.

Изложени недостаци досадашње опште теорије права дошли су до израза и код наших теоретичара који су се бавили питањем укидања закона путем обичаја. — Тако се Димитрију Матићу, који не допушта укидање закона изобичајањем или

установљавањем супротног обичаја, може приговорити да је његов став неоснован кад је у питању укидање социолошке норме, али да је на свом месту ако је предмет укидања етатистичка норма. — Примедба у обрнутом смислу може се упутити Андри Ђорђевићу који, супротно Матићу, сматра да се постојеће право може обичајним правом мењати и укидати. Та могућност постоји, као што смо видели, само у случају укидања социолошке али не и етатистичке норме. — Исто се може приговорити Ђорђу Тасићу који такође заступа мишљење да се закон може укидати обичајем, не разликујући при томе да ли је у питању укидање социолошке или етатистичке норме. Такав свој генерални став Тасић образлаже тиме да је образовање обичаја супротног закону најочигледнији доказ да су се друштвени односи изменили и да бранити то гледиште ми истовремено бранимо и јединство социјалне воље као највишу вредност и крајњи основ права и његово оправдање. Такво образложење се не би могло прихватити пошто јединство социјалне воље није за позитивни поредак највиша вредност и крајњи основ права, него је то суверена воља државе садржана и изражена у етатистичкој норми. — Као што се може запазити, и сва критикована мишљења наших теоретичара последица су неразликовања социолошких и етатистичких норми.

Како се из свега изложеног може закључити, дуалитет позитивног права је последица чињенице што позитивни правни поредак истовремено сачињавају два фактора, друштво и држава, при чему се сваки од та два фактора руководи својим посебним мерилима вредности и циљевима. Услед овога између социолошких норми и етатистичких норми настају неизбежне разлике међу којима је од основног значаја та што су социолошке норме еволутивне, док су етатистичке нееволутивне тј. статичне. Једна даља последица те основне разлике је да се при тумачењу и примени сваке од тих двеју категорија норми треба служити различитим поступцима. Исто тако треба истаћи да се ове две категорије норми, поред тога што се допуњавају и преплићу, — међусобно и сукобљавају, при чему се социолошка норма по правилу повлачи пред етатистичком, али да међу њима, под притиском друштвених сила, често долази и до компромиса и синтезе. Због свега тога је разликовање социолошких и етатистичких норми од изузетне важности како за праксу тако и за теорију права.\*

\* Питањем дуалитета у праву уопште бавили смо се и у највећем броју ранијих радова, почев с докторском тезом из 1930. године о односима правде и позитивног права. Преглед тих радова може се наћи у нашој публикацији *О позитивном и о праведном праву* (Зборник за теорију права, издање Српске академије наука и уметности, 1990, стр. 21—80). — Посебно о дуалитету позитивног права в. наше чланке: *О социолошком и о етатистичком нормативитету у праву* (у истом Зборнику, стр. 81—89) и *Односи између позитивног и праведног права* (Анали Правног факултета у Београду, бр. 1—3 за 1991. год., стр. 202—209), чланак који садржи резиме свих наших дотадашњих публикација о дуалитету права.

Božidar Marković, Profesor, Ph. D.

## ABOUT THE DUALISM OF POSITIVE LAW

### Summary

Through history positive law has steadily appeared in two ways: as the law which arises spontaneously in the free society, *independent* of the influence of the governmental power and as the result of social laws, and as the law which the state prescribes to the society on the basis of its empire. The first kind of law is made by the *sociological* and the second one by the *etatistical norms*. Both of these norm categories exist and act simultaneously in the positive order, where they mutually complement and interweave, influencing to each other. But they also differ significantly, often coming into conflict.

Sociological norms are the results of the objective natural and social causalities, i.e. social evaluations of the validity of some things and relations, while etatistical norms are the result of the ideological determination of the state. That is why sociological norms, sticking to the rules, are also rational, while etatistical norms are much more exposed to the dangers of irrationalism and mysticism. But, however, when it comes clash between them, an absolute priority belongs to the etatistical norm before which the sociological norm should withdraw without question.

To differentiate between sociological and etatistical norms is of great practical and theoretical significance, when an evolution of law and an explanation, i.e. an application of law are in question. Sociological norm is an *evolutional category*, for it is based on important variable social facts. An etatistical norm, on the contrary is a static and *nonevolutional category*, since its purpose is to achieve certain aims set by the state, as the sovereign creator of the law order. Therefore, changing of an etatistical norm can be accomplished only by means of the legislative way, while the changes of the sociological norm can also be accomplished through the court practice.

Another important circumstance which prescribes the necessity of making a difference between these two norm categories as a procedure of their explanation and application. When explaining and applying the social norm it is not only enough to use exclusively the logical interpretation of the logical text but this procedure is to be supplemented also by observing the facts and movements in society, i.e. by the sociological method of reasoning. But when explanation and application of an etatistical norm is concerned only the logical explanation can be taken into consideration for this norm is unchangeable dogma which claims the logical continuity.

Above discussed differentiation between sociological and etatistical norms finally makes it possible, in the general theory and philosophy of law, to come to reconciliation in the field of the existing conflict between positivistic — formalistic and sociological — evolutional movements. Extremes of both of these rival schools are the consequence of not making a difference between sociological and etatistical norms, and their compromise would be that sociological norms are to be understood and worked out sociologically and evolutionally, while the etatistical norms are to be worked formalistically and statistically, i.e. together with respecting their logical continuity.