



инв. бр.
16119

Сл. 34

57-188

БИБЛИОТЕКА
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

17.



Dr. Ханс Келсен

О ГРАНИЦАМА ИЗМЕЂУ ПРАВНИЧКЕ
И СОЦИЈОЛОШКЕ МЕТОДЕ

Превео

Dr. Славко Киршнер

БЕОГРАД
ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА
1. КНЕЗ МИХАИЛОВА 1.
1927.

Inv. №. 708/I

110708

НАПОМЕНА

Ова је расправа донекле проширено издање предавања које сам одржао у зиму 1911. год. у социјалношком друштву у Бечу. Великим је делом састављена из разних парција моје књиге: „Темелни проблеми државоправне науке“ (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1911. Упућујем на то дело које опширно обрађује дошакнући проблем методе, јер се овде у усменом предавању, којег је облик принципно задржан, след мисли само набацићи могао а морао сам одустати од онога, да нашироко разлажем савезна питања. Ово важи нарочито за наводе из литературе, јер није било особитог разлога, да се овакав шекски апарат у шексу задржи.

I 708

I.

Кад Вашу пажњу упозоравам на границе припадничке и социјолошке методе, ја сам толи свестан, да је тешко па и незгодно, што подузимам. Можда је проблематске вредности, да се праве методолошка истраживања која су сама себи сврхом, да се наиме, формално-логичке спекулације управљају само питању „како“ се зnanствено мисли, не обзирући се на оно, „што“ се мисли, на конкретни садржај. Овакове расправе свакако се много не воле нити у праву, а нити у социјологији, па и нису врло честе. И, ако је метода у зnanости нешто слично техници у уметности, моћи ће се за оправдање неког специјалисте који се не брине много за методу своје зnanости, донекле с правом казати, да баш најгори уметници нису они који о властитој техници немају појма. Могуће је да можемо постићи правилне резултате, ако нас води сигуран инстинкт, а да у томе не морамо увек и свагде мислити на онај пут који као да једини води к циљу; можда и није један једини пут, унапред одређен, који омогућује, да се постигну становита зnanствена спознања, па је могуће и одношај пута и циља зnanственог истраживања баш обрatan, и не води пут к циљу, него циљ себи на неки начин прокрчава пут. Можда и овде важе дубоке речи. Хамерлинг¹⁾ што сусрећу Психу, кад тражи свог изгубљеног Ероса и пита за пут и стазу: „Водиће те к Богу не пут него дутање!“

И ако ми је — знам — strано, да углавном препењујем проблем методе, опет сам сигуран, да је тај

¹⁾ Amor und Psyche, 4. извање.

проблем од највеће важности у становитом погледу. Мислим, наиме, на гранична подручја оних наука које погледом на свој предмет долазе у допицај, али се разликују ради разлике у том како га обрађују. Онда ће се једва моћи бити без поузданог коминаса знајствене методе, јер постоји опасност, да се властита дисциплина неприметно остави и зађе у суседно подручје т. ј. да се куша одговорити обичним средствима знајности које се тло изгубило, на питање, постављено већ у духу посве друге дисциплине — према промењеном смеру — а та друга дисциплина ради наравно својим специфичним средствима. По себи је онда јасно, да питање и одговор не могу да једно другом одговарају, те да овакав синкретизам метода не може довести до знајствених, сигурних резултата. О тому ћу имати да покажем примере.

Налазе се нарочито у далеком подручју социјалних знајности такви делови, где се две науке са-стају, једва у другу прелазе, а да неке јасне, — тако рећи — „наравне“ границе које би биле у самому објекту, не деле један део од другог. Само „уметне“ оградe могу сачувати од заблуда, а такве се често само помоћу компликованих методолошких истражи-вања могу да спознају.

Таково сам гранично подручје изабрао као пред-мет данашњег предавања. Оно је између правне зна-ности и социјологије.

Морао сам у овому своју тему ограничити у нише смерова. У првом реду нећу никако да истра-жујем све границе између правничке и социјолошке методе. Само једна, и то свакако, — како ја мислим, — врло важна граница имаће да се понуче.

Даље сам морао да увидим, да методолошка истраживања, ради своје посве апстрактне природе, нису баш подесна за предавање! Требало би посе-довати необичан дар, живим сликама и пластичким упоређењима пребогату фантазију, да би се избегла погибаво, да ће се слушаоци много раније исцрпити него тема. Зато мислим, да ће бити добро, да она методолошка питања развијем на конкретном случају

који ми се чини као пример особито подесан. Иза-брао сам за ту сврху *проблем воље*. Појам воље није мање важан за правну конструкцију него ли у со-цијологији т. ј. у социјалној психологији. Само овај део социјологије занима ме кад је одељујем од прав-не науке. Напосе је т. зв. *скупна воља* (колективна воља) важна у социјалном праву, пре свега у држав-ном праву, а уједно је и предмет социјолошких, наиме социјално-психолошких истраживања. Али је и *индивидуална воља* важан елеменат конструкције за владајућу правну науку. Једнако не може се соци-јална психологија одрећи да се прати индивидуалној вољи, кад треба да схвати душевне односе појединих, друштвено повезаних људи, а то значи, да постаје индивидуалном психологијом. И тако ће се граница коју тражим, поставити и напрама индивидуалној пси-хологији.

Уз то дозволите да напоменем, да ја ту *actio finium regundorum* подижем с *јурисичке* стране. У првом ми је реду до тога, да ослободим *стварање правних појмова* од оних елемената који су социјо-лошког обележја, а онде су протурани само услед тога, што су проблеми наонако постављани. Моји резултати хоће да буду позитивни само за правну науку. Надам се, да ће за социјологију одатле бити та корист, да ће се показати специфичко-јуридичко порекло становитих појмова, којима оперише со-цијологија. Ови појмови могу за њу постати врло опасним извором погрешака, јер им се структура темељи на начину разматрања посве различном од социјолошког.

Методолошка противност између социјологије и правне науке (од које полазим у овим разлагањима), то је противност између онога, што јесте, и онога, што треба. Како о нечему кажем: оно јест, — тако могу о истому рећи: треба да буде. У оба случаја казао сам нешто посве различно. Постојање (оно, што јесте) и требање (оно, што треба да јесте или буде) опћенити су облици мисли, под којима могу да

се обухвате све ствари. Тачно вели Simmel¹⁾: „Требање је категорија, која приступајући стварном значењу представе, овој даје неку становиту улогу за праксу, као што таква улога прати представу о постојању, непостојању, хотењу и т. д.“ Постојање је — баш као и требање — исконска категорија. Једнако као што се не може описати, шта је бивство или мишљење, тако нема ни дефиниције онога, што треба²⁾. „Требање је модус мисли као футур и прошло време, или као конјунктив и оптатив“³⁾. Принципијелна разлика ових облика мисли узроком је, да се бивство и требање показују као два одељена света. „Одатле, да ово јесте, следи додуше, да је оно било или да ће нешто треће бити, али никако и у никојем случају, да би нешто друго *шребало* бити. Може нешто да *шреба*, па опет нити је пре било, нити је сада, нити ће у будуће бити“⁴⁾. Оно, што треба, тежи да буде (сврха му је постојање: нешто *шреба* бити), али је оно управо друго него бивство.

Међусобна независност онога, што јесте, од онога, што треба, не умањује се зато, што с једног посебног гледишта, — а то ће се потање у следећем карактеризовати, — постоје узајамни односи између обојега. Противност онога, што јесте, и што треба, формално је логична, и док се остаје у границама оваког схватања, никакав пут не води од једног другому, стоје оба света један напрема другому одељена непремостивим понором. Поставимо ли питање „зашто“ нешто конкретно треба, то поди логички увек једном требању као што и питање, „зашто“ нешто јесте опет налази одговор у неком бивству. И овде могу да упутим на тачно разлагање Simmel-ово: „Уопће се оно што постоји, не може доказати, већ само доживети и осетити, па се зато и не може

¹⁾ Einleitung in die Methodenwissenschaft, Berlin 1892. стр. 8.

²⁾ Simmel I. c. стр. 8.

³⁾ Simmel I. c. стр. 9.

⁴⁾ Kitz: Seyn und Sollen, 1869. стр. 71.

извести из чистих појмова него само из таквих, који у неком делу већ садржавају оно што јесте. Оно, што треба, — односи се исто тако. Да нешто треба да учинимо, — *ако што шреба лошчки доказаши*, — онда се такав доказ изводи само тиме, да се оно подреди неком другом требању, које се претпоставља као извесно; посматрано о себи, оно је исконска чињеница, о којој можемо даље питати можда *психолошки, али никако лошчки*“¹⁾. И баш тако може се укинути онога, што треба, темељити само неким требањем.

Проучавање које није формално-логичко, него материјално-историјско и психолошко, показује, да је редовито или, најмање, врло често *садржај* заповести уједно и садржај специфичне стварности, да важи, да нешто треба, што на одређени начин доиста бива или се збивало. Говори се о „нормативној снази фактичнога“²⁾, а то је она историјска и психолошка чињеница, да се нешто појединцу представља као да то треба чинити, што су у праву и од давнина сви или већина чинили. А аналогна је чињеница, да из људске свести нестаје конкретно нешто, што је требало чинити, кад неко понашање губи у представи субјекта карактер онога, што треба да буде, пошто се оно одавно и од већине није радило. Као што квалификовано постојање постаје садржај онога што треба, настаје требање *психолошки* квалификованим постојањем, — тако се и садржај онога, што треба, губи тиме да такав садржај не постоји, уништава се наиме требање психолошки услед квалификованог не — постојања. Али се у тому мора увек задржати у свести, да такав начин проматрања — којим се оно, што треба, изводи из онога, што јесте, — не схваћа више оно, што треба, у оном формално-логичном значењу као противност оному, што постоји. Напротив се овде већ од самог почетка оно што треба, показује као специјални случај онога, што постоји.

¹⁾ Л. п. стр. 12.

²⁾ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, II. изд. 1905. стр. 329.

Јер, на које се питање овим сазнањем о нормативној снази фактичнога даје одговор? Што се тиме разјашњава? Објашњавају се фактична збивања путања или вањске природе. Тумачи се, зашто се неке заповести управљају појединцима, наиме онај стварни процес, они посебни психички акти воље којима се становите заповести (норме) управљају другима, и даље се тумаче: реално-психички акти воље оних, који се овим налозима подвргавају и по њима управљају своје властито владање; те коначно сама ова дела, што нормама одговарају. Све ово, што се хоће и ради, онет није нешто, што треба да буде, — у формално-логичном значењу, — него је то неко постојање неко фактичко психолошко или телесно збивање, садржај је требања, али није само то требање, које је само форма. Као што се историјско-психолошки по садржају оно, што треба, покушава извести из онога, што јесте, тако се настоји и оно, што постоји, протумачити из онога, што треба да буде, кад се постанак света своди на заповест надземајског створитеља „нека буде“. Овде је иста она психолошка потреба да се постави граница која логички бесконачном ланцу свега, што јесте, на почетак поставља једно „нека буде“, а онда се логички исто тако бесконачан низ онога, што треба да буде, завршава нечим што постоји. Нарочито је карактеристично, да се на питање о постанку и уништењу онога, што треба, само онда може дати одговор, ако се из тога света пређе у свет онога, што постоји: те да се, кад се исто питање постави за оно, што јесте, долази у свет онога, што треба. У тому се јасно види, да питање о постанку и уништењу онога, што постоји, испада из науке о оному, што јесте, те из њезине специфичке експликативне (каузалне) методе сазнања, као што и питање о постанку и уништењу онога, што треба, не лежи више на равнини проматрања, управљеној требању, т. ј. да то не лежи унутар нормативне методџ сазнања.

Схвати ли се оно, што треба, у строгом логичном значењу као форма у потпуној противности

према оному, што јесте, онда се то не сме идентификовати ни с једним његовим садржајем, не сме се, наиме, никакво постојање означити као требање. Нарочито се не сме, — како се то често чини, — оно, што треба, означити као акт воље, т. ј. као реално психички процес. Воља припада свету онога, што јесте, то је психичко збивање, па зато у битности различито од онога, што треба бити. Једнако не може ни деловање, па ни воља, бити требање. Јер оно, што се хоће, може да буде садржајем онога, што треба бити, баш као и оно, што се чини, — али никада то не може бити само требање. Као што треба да радим, могуће је, да ми треба нешто хтети. Могу нешто хтети, а да то не бих требао! Може се нешто требати, а да се и неће. Противности између воље и дужности могу да сам потпуно свестан. Свест, да нешто треба радити, принципијелно се мора разликовати од воље. То и онда, кад хоћу, што и треба да учиним; камо ти, кад хоћу нешто, а свестан сам, да би противно од тога требало да буде. Коначно могуће је, да треба да хоћу, али није могуће да нешто треба да *шреба*, што би логички било баш такв несмисао као и да хоћу *хйеши*.

Противност између онога што треба и што постоји, одлучна је, да се постави она принципијелна разлика свију знаности, којом сам се досада у неколико послужило. На тој се противности темељи полеза наука у експликативне и нормативне, у каузалне и нормне знаности. Како се наиме једне науке баве оним, што стварно јесте, светом који постоји, *реалношћу*, — тако су учења других управљена свету онога што треба да јесте, *идеалношћу*. Првима, експликативним каузалним знаностима задања је, да покажу, како се ствари односе у своје нужном наравном каузалном савезу, наиме настоје, да *прошумаче* стварно збивања; док је другима, т. зв. нормним знаностима или нормативним наукама циљ, да спознају, што *шреба* да буде, а не, што се у истину догађа. Ове знаности постављају правила којима се неко држање прописује, траже да нешто буде или

не буде т. ј. одређују што треба да се догоди. Каузалне или експликативне науке настоје, да докуче *природне законе*, према којима се догађаји реалног живота у истину збивају и без изнимке *морају* да се збуду; напротив тому су циљ и предмет нормативних дисциплина, — које никакво фактичко збивање неће да тумаче, — само *норме* по којима *пешто треба* да буде, што се и не мора остварити, а можда у истину и не бива.

Експликативне или каузалне су пре свега природне науке а и историјске знаности; нормативним се дисциплинама прибрајају етика, логика, граматика.

Једва ћу, мислим, наћи на отпор, ако означим социјологију, — као природну знаност људског друштва, која настоји¹⁾, да открије природне законе социјалног скупног живота и да *прошумачи* друштвено збивање какво је у стварности, — ако дакле ту социјологију назовем експликативном каузалном знаности. Могао бих пак наћи на отпор, ако правну знаност прибројим нормативним наукама јер би се то могло криво разумети, што бих одмах да разјасним. Могло би се то наиме схватити, као да ја тиме правној знаности придајем функцију нормирања, стављања норми, неовисну од функције позитивног закона; и онда би доиста с правом требало одбацити нормативни карактер правне знаности у таквом смислу. Тому међутим није тако.

„Нормативним“ у темељном значењу речи важи деловање које *ауторитаривно* ставља норме за владање субјеката; у том темељном значењу нормативно је само издавање обвезних заповести или забрана које се оснива на фактичној власти заповедања. Јер је то функција *воље*, а не мисли, — не може се никоја знаност назвати нормативном у том исконском значењу речи. Није морални законодавац она теоретска наука, звана „етиком“, него је то људска свест или воља божја или други неки ауторитет који

¹⁾ Види моје Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, стр. 6. и сл.

се замишља као носилац воље. Није знаност граматичка она сила која издаје заповести о говору, него је то социјална заједница која ствара говор. И тако није ни правна знаност нормативна у том смислу као да је она та сила, што ствара право. Напротив се овде, као у свим случајевима кад се говори о *нормативним наукама*, — овај термин мора употребити у изведеном значењу. Њиме се не може означити, нека посебна врста воље, него становити облик *мисли*, нарочити начин проматрања, који се разликује од онога других знаности својим специфичним правцем, а може се назвати нормативним, јер се обраћа свету онога, што треба да буде, и циљ му је да схвати норме. Ако се нарочито правна знаност приброји нормативним наукама, онда се мора још нагласити, да правна знаност, којој није задаћа да каузално протумачи неко фактичко збивање, може само из позитивних закона присти садржај норми или онога, што треба да буде, чему је управљено њено учење, — а не може то тражити у нарави ствари или привољеном уму, као што су чинили учитељи природног права.

Разуме се по себи, да, — говорећи о правној знаности као нормативној науци, — не мислим на све оне, методолошки врло различите, знаности које се означају тим скупним именом. Наравно се искључује правна историја, као историјска наука, и треба је прибројити експликативним дисциплинама. Као правна знаност, у правом и ужег значењу, овде се означаје само догматска правна наука, а и том се занимам само, колико ова обрађује темељне правне појмове, колико је општа наука о праву.

Важну ову границу између прегипичке и социјолошке методе, — уветовану разликом у начину, како се истраживање управља једанпут конкретном социјалном постојању, а други пут специфичном т. ј. правном учењу онога, што треба да буде, — ту границу особито лако прелазе правници. Они наиме теже тому, да *прошумаче* оно фактичко збивање кое

се правном нормом уређује. Психолошки је то настојање разумљиво у својој тежњи стварности, и у тому се види општа склоност људског духа, јер се он лакше и радије обраћа реалном него идеалном, лакше материјалном него формалном. Ма колико је оправдано и потребно, да *прошумачи* стварне догађаје међу људима, — ипак је, исто тако, недозвољено, да се ова *шумачења* покушавају средствима која их по својој природи не могу да пруже, јер су као оруђе, психичко-нормативна, т. ј. нису конструисана за то, да се објасни стварно збивање, него да се чине истраживања која настоје да спознају, што треба да буде.

II.

Пример за такво недозвољено спајање нормативног и експликативног начина истраживања, таковог погрешног синкретизма метода пружа природно право. Унутар принципно јуридичке науке и с њеном техником покушава се решење проблема, које данас обрађује социјологија, па се може означити обележјем, карактеристичним за природно право, да се на питање, постављено социјалки, одговара неком јуридичком конструкцијом. Тако проблем о постанку државе налази код свих учитеља природног права решење *правним појмом*. На то питање које тражи да се протумаче стварна социјолошка збивања, како је држава настала, познат је одговор: уговором.

У повије се је време додуше покушало, да се један или други од учитеља природног права одбрани од приговора, да је мешао каузално-експликативно протумачење државе и нормативно оправдање њезине. Можда је то донекле и успело за *Hobbesa*, у колико тај аутор, служећи се специфичном аналитички-рационалном методом, уз наравне државе, постале хисторички из одношаја сила и утемељене на тим силама, — фингира рационалну државу — *civitas institutiva*; па ову државу школе онда објашњава уговором који државу ствара не хисторички, него некако идејно. Нећу да испитујем, да ли је *Hobbes* доиста спознао ову оштру границу између експликативног и нормативног истраживања, између тумачења што је држава, и како се оправдава, — што напосе тврди *Georg Jellinek*¹⁾. Сигурно је, да већина осталих учитеља природног права на пр. *Locke*, није имала

¹⁾ „Allgemeine Staatslehre“ 3. изд., стр. 200.

појма о лучењу обију метода и постављања проблема, и да уговор нису схватили само као нормативну конструкцију којој је сирха оправдање државе, него баш као хисторичко тумачење садањих држава. Зато већина аутора сматра уговор којим се ствара држава, као историјску чињеницу које је тобоже било на почетку сваке државе.

Будући да таково тврђење нема емпирички никакве темеље, шта више је из разних разлога противно од тога вероватно, значи теорија уговора *фикцију* т. ј. тврди се фактично збивање, реалност у свесном протусловљу са стварности. И ова фикција ова знапствена лаж из нужде имаде свој темељ у синкретизму метода у недозвољеном спајању нормативног и експликативног разматрања.

Модерна позитивистичка правна наука налази, да јој је највећа заслуга што се отресла природнога права. Ипак није оној карактеристичној погрешци пристапа природнога права ни она избегла. И модерна правна конструкција показује, иако скривено иза промене терминологије, специфични ред мисли и заблуда природнога права. Један од проблема који се највише расправљају у општој правној науци, је питање који је разлог важности позитивног права и који је разлог обвезној снази правног поретка. Нећу да испитујем, да ли овако постављени проблем уопште још спада у правну науку или је можда метајуристичке природе, можда проблем етике. Уистину држе правници, да им је дужност решити тај проблем. Али је сигурно, да се проблем може поставити само нормативно, т. ј. да је овде само то питање: Зашто *шреба* да се следе правне норме? а не можда: зашто се уистину следе или не следе? разлог *важењу* који се тражи, јесте важење требања, а не бити. Јер је важење у бити т. ј. питање, зашто се људи управљају по неким нормама друштвеног заједничког живота, питање који су психички мотиви друштвеног држања, предмет искључиво социјологије, социјалне психологије, и може се решити само специфичким средствима експликативних дисциплина.

Како лакше одговарају правници на то питање о разлогу, зашто важи позитивно право, које су сами поставили? Једногласно, што се код правника ретко дешава, решава се постављени проблем формулом, посве опћенито прихваћеном, која се означаје као теорија признања. Ова вели: правне норме важе само зато и само у толико, у колико их нормама *признају* они којима су управљене. Не мислим, да сам пребацио, ако устврдим, да је ова теорија признања модерне наше позитивистичке правне науке скоро идентична с оном исмејаном теоријом уговора природнога права, — да наносе садржаје исту методолошку погрешку као ова, и с тога мора да доводи и, до исте фикције која се мора одбацити. Ако се сетимо, да је правни ред, — а пита се, зашто *он* важи, — воља или ауторитет *државе*, онда смо устали сагласје обих теорија, — осим те споредне околности, да је теорија уговора поставила питање с гледишта експликативног, а одговорила у смислу нормативног, док је модерна теорија признања на нормативно питање т. ј. на питање управљено за оправдањем, одговорила, тумачећи фактично збивање, дакле дала одговор експликативни. Јер, шта може да значи признање правног реда по субјектима права? Очито значи само неки реално-психички акт воље или просуђивања, којим се изражава пристапак норми од стране оних који су јој подложни. Потврђује се правни ред. Шта се, ипак, постигло овим реално-психичким актом признања? Јасно је, да се само протумачило, зашто норме у битности важе т. ј. протумачило се, зашто се људи по нормама фактично владају. Када се, под којим уветима збива тај акт признања? Може ли се доказати за све правне субјекте, или само за већину, са разликом или без разлике добе, спола, умне зрелости и т. д.?

На та питања дају заступници теорије признања најчудније одговоре. Јер се природно такав акт при-

¹⁾ Види ближе о том у којим: Hauptprobleme d. Staatsrechtslehre стр. 47. и сл. и 346. и сл.

знања код људи не може доказати као ни уговор о оснотку државе; људи се рађају у становити правни ред баш тако као и у државу, а објективне, у целости хетерономне правне норме „важе“ за њих без обзира на њихов пристанак. Начин, како се теорија признања даље разрађује, показује, да је тврђење да постоји неко признање по правним субјектима, очита фикција. Признање се не представља као поједини акт, него као обичајно владање према нормама, говори се о несвесном и нежељеном, индиректном и изнуђеном признању, па и код оних који су својим понашањем, противним норми, јасно манифестовали своју отпорност према правноме реду. Тврди се једанпут, да то признање постоји од стране претежне већине правних лица, другинут пак дапаче само од *pater familias*-а, којег је један модерни и уважени аутор баш за сврхе ове теорије признања ускрсио из римског права.¹⁾ Заборавља се пак само то, да се такав реално-психички акт или стање, од кога свакако не преостаје много, ако је несвестан или нежељен, може утврдити само емпиричким, социјално-психолошким истраживањем. О таквом истраживању, међутим, код правника конструктора нема ни трага. Они дакле немају права, да говоре у признању, које је у осталом баш тако невероватно, као што и уговор природног права. И овде имамо, да се тврди неко стварно збијање у свесној противности с реалношћу, т. ј. имамо баш фикцију. Јер се питање: зашто важи нешто што треба, или норма, увек може свести само на требање или норму, која је по реду виша над оном првом, — не може на питање, зашто важи правна норма, никакав одговор дати признање које значи фактично постојање. Само онда, ако би се теоријом признања изражавала мисао моралне аутономије, јер би се важност правне норме поставила у ауторитет субјекта који је признаје, та би теорија признања значила от-

¹⁾ Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe I. Стр. 136. -- Bierling треба да се сматра најистачнутијим заступником теорије признања. В. и његову: Juristische Prinzipienlehre I.

прилике: да правне норме треба следити, у колико их индивидуум признаје, т. ј. да су то по појединцу самом себи постављене, дакле аутономне норме. То би онда била посвемањна негација самосталног правног реда, подређење овога аутономној етици, посвемањне одустајање од позитивистичког стајалишта, које се карактеризује баш тиме, што узима, да су правне норме самосталне, неовисне од моралних. Тако би се дошло у крајњу противност са хетерономном природом права и посвема би се ушло у назирање природног права, којег се смеса права и морала сматра забаченом. Свакако садржаје теорија уговора, у колико се схвата као оправдање државе, исту ону аутономистичку тежњу као и теорија признања у овде изложеном значењу. Ауторитет државе који је у истини хетерономан, по фикцији се прелаже у јединку која склапа уговор, — подложност под државну власт извраћа се у добровољну подложност саме јединке, у њено аутономно обвезивање саме себе. У колико признање значи акт воље правног субјекта, који мора да се сагласи с вољом државе, израженом у правној норми, то су у теорији признања садржана сва елемента јуридикчки потребна за уговор.

III.

За правну конструкцију биле су још много значајније последице — (од оба ова досада приказана случаја), услед недовољног разлучивања између разматрања експликативног и нормативног — свагде онде, где је та конструкција била присиљена, да оперише с појмом воље. Свакому је познато, ако се само мало упутно у теорију јавног и приватног права, какова је многострана улога додељена том појму у свим деловима правне науке. Он је дакле од увек предмет и подробних испитивања и у приватноправним и казненоправним и државноправним истраживањима. То се међутим не разуме само по себи, јер се на први поглед ради о проблему који не спада у правну науку. Воља је чињеница душевног живота, па је њено истраживање ствар психолога. Правник би дакле морао да се задовољи резултатима које му даје психологија, у колико има да оперише с тим појмом. Ако ипак правници који су се проблемом воље у праву бавили, махом нису могли да се одрекну самосталног истраживања појаве воље и у том добили такве резултате који се зачудо разликују од резултата психолога, мораће за такво очигледно прекорачење компетенције постојати и неки посебни разлог. А разлог је једноставно тај, што право није могло да употреби резултате које је дала психологија, јер је онај појам воље, који се психологијом утврдио, неупотребљив за сврхе правне знаности. Сама ова чињеница могла би дати разлога сумњи, да ли правници и психолози доиста уочују исти објект, кад говоре о „вољи“. А ту сумњу хтео бих да утврдим као извесност, и да покушам укратко показати, у коме се значењу правна знаност служи термином „воља“

Овде је наш интерес у првом реду обраћен, јер се траже границе према социјалној психологији, — социјалном праву.

Камен - темељац свих држапправних конструкција јесте, — да кажемо речима великог учитеља државног права, Jellinek-a, — схватање државе као особе т. ј. као субјекта права и дужности. Подлогу пак за ту државну особност, онај супстрат који сједињава, налази модерна наука о државном праву у јединственој вољи државе. Да таква јединствена државна воља постоји, претпостављају оба смера у која се дели новија теорија о држави. Шта је дакле та јединствена државна воља? Т. зв. *органска* теорија о држави, — а само о њој хоћу да говорим, јер је најчистије и најекстремније развила ову конструктивну методу коју критикујем¹⁾, одговара на то питање тако, да, надовезујући на резултате социјалне психологије, схвата државну вољу као колективну вољу у смислу социјалне психологије, као *реалну*, стварну психичку чињеницу, која настаје заједничким животом људи у државној организацији.

Међутим социјална психологија служи се уистини појмом колективне воље исто тако као и појмом колективне свести. Али је тачно већ *Wundt*²⁾ истакнуо, да се под појмом скупне воље нема разумевати нека метафизичка супстанција која би напрема вољи јединке била различита и у односу напрема њој самостална, — него је скупна воља само израз за фактично сагласје вољних правана у појединим индивидуама, које настаје заједничким животом. Разумљиво је по себи, да је та скупна воља ипак зато стварна, „реална“, у колико означаје односе фактичних, реалних и душевних процеса.

Али се мора даље поставити питање, може ли та скупна воља коју социјологија спознаје у соци-

¹⁾ Критику државног појма и појма воље у органској државној теорији дају моји „Hauptprobleme“ стр. 172. и сл.

²⁾ Grundriss der Psychologie, 7. изд., стр. 384.

јалној заједници, бити оно, што правна наука разумева као „државну вољу“?

Оставимо за сада по страни, треба ли уопште држава да важи као социјолошка јединица и на који начин, — те не представља ли се, кад се социјолошки истражују социјални процеси који се развијају у правним границама државе, социјолошком разматрању мноштво појава, а не јединство, — или другим речима, није ли можда држава искључиво јуридика јединица и само правни појам. Доста је овде да констатујем: да моменат воље, скупне воље, никако није довољан критеријум, да се дође до оног јединства „државе“, која је за правну знаост: народ, што живи на становитом територију и под јединственим правним редом, — територијална заједница. Јер, ако се стварност само површно посматра, намеће се спознаја, да тај, као правно јединство схваћени народ државе не може бити онакова интензивна душевна заједница којој је последица сагласје вољних праваца у свим поједицима, т. ј. она социјално-психичка чињеница скупне воље. У социјално-психичком значењу постоји скупна воља само толико, колико постоји реални душевни вез услед стварних међусобних душевних односа, а не само правно јединство које нити претпоставља, нити узрокује душевно везивање или сагласје индивидуа. Душевна заједница, представљајући у смислу социјологије скупну вољу, може да се простира само на оне јединке, у којима су душевни међусобни утицаји у истину произвели једнаки правац воље. Ниједан индивиду који не показује исти квалитет воље, не може се прибродити заједници, а још се мање може неко мноштво као мањина, на коју се не би требало оствртати, подредити већини. Јер је принцип већине правни принцип, и то, — што овде не могу поближе разлагати, — средство специфичке нормативне конструкције коме нема места у експликативној методи природне знаости или социјологије.

Полаже ли се доста важност на психичке чињенице, и то важност на сагласје смерова воље, онда се народ у границама државе мора растављати на

мноштво група; и, јер се стварање идејних заједница ништа не устанља на јуридикним границама државе, морају да се стварају међу житељством пограничних крајева разних држава које живи у најужем господарском или другом саобраћају, баш тако конгломерати воља, као у унутрашњости *државних граница*; у колико ове границе нису садржане у конкретним душевним процесима људи, оне уопште и не постоје за социјолошка разматрања, т. ј. за ова разматрања која се управљају бивству реалности, а не идејности неких норама. Не мора човек бити марксист, а да му се, — на очиглед дубоких класних противности које повором деле народ државе, што сачињава јуристичку целину, — не причини фантомом таква скупна воља која душевно сједињава цели народ. Шта се по правничком схватању сматра као садржај оне државне воље, које јединство је темељ државне особности? Садржај је државне воље правни ред, т. ј. право је воља државе. У истину, само колико је правни ред јединствен, т. ј. колико је јединствено државно уређење, може се замислити јединствена личност државе, и можда је оно само формула за јединствени правни ред, организацију, што се означаје као јединствена воља државе. Али тиме сам већ превише убрзао своје излагање. За сада доста је да будемо начисто, какони се чудовишни резултати морају имати, кад се предочује та такозвана воља које је садржај тог правни ред, скуп од тисуће правних одредаба, као реална, социјално-психичка чињеница, као скупна воља државног народа! На основу таковог називања психичка воља сваког држављанина морала би садржавати целокупни правни поредак, — и то трајно, јер је перманентност правног реда који чини државну вољу, неотпустива предочба за јуридикну конструкцију.

Иза овога, што је речено, не може бити сумње, како се има методолошки квалификовати цела ова теорија која представља државну вољу као реално-психичку чињеницу, као скупну вољу: То је школски пример фикције: да се тврди нека реалност у свесној противности са стварности! И та фикција — као

плоча којом се на погибелъ упозорава, — увек показује на оно место, на коме је несрећа снашла јуристичку конструкцију! Да ова фикција произлази из мешања експликативног и нормативног начина истраживања, и како она произлази, можда се из досадањег разлагања може разабрати. Али да се то и посвему објасни, ваља продужити и истражити бит воље у правном значењу. За то треба укратко показати, у ком смислу и за коју сврху правна терминологија употребљава појам воље у државном, па и у приватном и казненом праву, и које су у оба ова последња подручја разлике напрема психолошком појму воље. Требаће да се у овоме проучи у првом реду значајна она тежња правне терминологије која ће довести на траг посебном, од психолошког различном појму воље. У говору права као да се овај израз окаменио, слично дрвету у слоју угља. Кома нису непознати дубоки савези између речи и појма, између говора и мисли, томе неће бити туђа овакова метода истраживања.

IV.

У свом специфичном приватноправном значењу јавља се воља у науци о правном послу. По претежном назору, правни је посао изјава воље. „Изјављује се воља, да би настала нека правна последица, и правни ред даје, да та последица наступи, зато, јер ју је хтео зачетник правног посла“. Тако Windscheid¹⁾ карактеризује догму о вољи. Важност ове цивилистичке догме о вољи показује се још јасније у њеној негативној формулацији. Правни је посао нештетан, „ако оно што је давалац очитовања у својој изјави означао као своју вољу, у истину није била његова воља“²⁾, т.ј. онда се не остварује она последица која се по изјави хтела постићи.

Треба одмах констатовати, да се у новије време у самој цивилистичкој литератури јавља становита опозиција против те догме о вољи, уз коју већина пристаје, и та струја углавном кулминира у спознаји, да припада правна важност и таквој изјави која не одразује стварну вољу у психолошком смислу, т.ј. да се правно деловање више или мање показује самостално од постојања једне реално-психичке воље. На овом месту природно није могуће, да се даље потпуна критика догме о вољи. Циљу којем овде настојим, достаје засада да покажем, да догма о вољи представља грубу фикцију, у колико се односи на вољу у психолошком смислу.

У првом реду може се оправдано сумњати, да ли воља странака у истину мора да буде управљена

¹⁾ Pandekten I, 9. изд., стр. 310/311.

²⁾ Windscheid, Wille und Willenserklärung, Leipzig 1878 стр. 8.

на оне правне последице које правни ред на очигледно надовезује, како то тврди догма о вољи. Јер, не наводећи многе друге разлоге, које овде не могу да разлажем, — често странкама нису познате врло компликоване одредбе правног реда. Жена радника која свој кућни уређај носи даваоцу зајмова на залог, нема појма о правним последицама које правни ред везује на изјаву коју она муче изразује. Постапак и престанак власничког, тражбеног и заложног права, ове специфичке правне последице, странке већ зато нису хтеле, јер за њих нису ни знале, јер им ни познати није разлика власничког, тражбеног и заложног права. Учени правници доиста нешто много претерују, ако претпостављају не само, као „закоподавац“, знање закона, већ и познавање правних појмова, т.ј. ако то, паравно, фингирају. — Код т.зв. *reservatio mentalis* још је очиглија разлика између онога, што се у психологији, и онога, што се у праву зове вољом, те фикција савезна с тиме. Наиме, ако нетко свесно хоће противио од онога, што изјављује као своју правну намену, ако и. пр. обећаје даровати другому неки предмет, мада је у себи чврсто одлучно да га не поклони, онда је тајнутарњи приуздавај за ваљаност правног посла посвема без важности. Обећање даровања ваљано је по јуристичком схваћању, даровање се *пресво хоће*, премда психолошки о тому не може бити речи. Методолошко је средство којим се правна наука служи, да уздржи догму о вољи и у случајевима менталне резервације, *praesumptio juris et de jure*. Воља се, мада није доказано, да је постојала, на мала се напротив тврди, да је није било, — презумира темељем права тј. фингира се. Међутим, ова презумпција воље не значи можда то, да правна наука одступа у неким изнимним случајевима од постојања праве воље у психолошком смислу, него да и не треба психичке воље, да би се правно хтео неки правни посао.¹⁾

Цивилистичка догма о вољи постаља једнабу

¹⁾ О важности појма воље у науци о заблуди, в. моје „Hauptprobleme“, стр. 129. и сл.

између квалитета правне ваљаности и воље, да се оствари правни посао. Доиста се не може из света избрисати чињеница, успркос опозиције према догми о вољи која се дигла у новије време, — да је у правној терминологији несавладива и неискорењива тенденција, да се за сваки правни посао докаже као да је предмет воље. Доказом, да у бројним случајевима *вољених* правних послова очито мањка воља у психолошком смислу, те да је правној науци једноставно немогуће њезиним специфичким средствима спознаје доказати такву вољу, — није се успело да се уништи догма о вољи која сваки ваљави правни посао проглашује, да је вољом тражен. И доиста има догма о вољи дубљу важност коју не побија никаква психолошка аргументација. Ако је *правни* мишљења, да свагде, где му је *психолог* доказао, да не постоји воља које је последица правног посла, или му непобитно предочи, да се таква воља не може доказати, — мора *фингирајући* постојност воље (и стварно је фингира не само у тим, него у свим случајевима), ако дакле цивилистичка правна наука, остајући код догме о вољи, долази до изреке: „Ипак има случајева, у којима је посао ваљан без обзира на недостатак воље. *пошто се постојање воље фингира на основу закона*,“¹⁾ онда то јасно показује, у коме правцу треба тражити решење дилеме између правне науке и психологије. Криво би било, кад би се догми о вољи одрицала свака важност; онај жилав отпор насупрот разлозима психологије открива, да та догма мора да извире из оправдане теоретске потребе. Само је толико сигурно, да догма о вољи нема *психолошког* значења, да воља, о којој та догма говори, мора да је нешто друго него ли овај појам којим се служи психологија; да то није никаква реално-психичка чињеница, никакво стварно збивање душевног живота, него творевина мисли специфички јуридичке, правна конструкција. Само зато, јер се та чињеница није спознала, јер се

¹⁾ Krainz, System austr. priv. права 4. изд. 1935. стр. 277.

занемарило, не познавајући довољно методу, како се стварају правни појмови, — да се увиди права бит те конструкције, да се буде начисто са структуром онога што се јуридикчки назива „вољом“ или „садржајем воље“, — залутало се до *фикције*, до тог тврђења неке реалне чињенице у противности са *realnoћу*.¹⁾

Тежња, иманентна стварању правних појмова, што налази изражаја у формулирању догме о вољи, треба да има дубљи разлог, и једнакба између квалитета ваљаности и воље за остварењем правног посла непобитно значење. Ако је тому тако, онда ће се морати створити одлука, да се, — противно схватању теоретичара који су се заплели у психолошком појму воље и закључују: да је посао ваљан, јер се (психолошки) хтео и, у колико се хтео, — каже: Посао се хтео, у колико иди јер је он ваљан, па је у том квалитету ваљаности спознајни разлог за особину воље. У овом се одношају одмах види, да „воља“ није психолошка чињеница. Изразом „да се хоће“, исто се тако не тврди чињеница реално-психичка или физичка, као ни изразом „правно ваљан“. А то, да цивилистичка догма о вољи и овако прекројена, на-против, да баш овако прекројена имаде свој јуридикчки смисао и не изјављује само таутолошки да су ваљани послови ваљани, — мораће показати значење јуристичког појма воље које се има позитивно извести.

¹⁾ О важности фикције унутар јуристичке методе и разлику њихову за конструкцију, в. моје „Hauptprobleme“ стр. 177. и сл.

V.

И казниено право има, једнако као и приватно, своју догму о вољи. Та догма изразује, да се оне вањске чињенице, за које правни ред прописује казну, имаду сматрати тако, као да су их кажњиви субјекти хтели, да је свака кривња — кривња воље, јер без кривње нема ни казне. Нападно је, да је и криминистичка догма о вољи у новије време наишла на отпор, баш као и приватно-правна, и да та опозиција настоји, да се поставе границе догми о вољи, јер се као облици кривње признају и друге психичке чињенице које нису управо акти воље.

Свакако се ипак остало принципијелно на том, да је кривња *психичка чињеница*. Само су се покрај оних случајева кривње у којима се *хтео* успех, разликовали и такви случајеви, у којима се додуше кажњиви успех није хтео, али се ипак могао предвиђати где је дакле кривња, не у акту воље, него у *знању*. И спознала се као трећа форма кривње — уз нагану и знање — још и *непомиња* која се тиме карактеризује, да се успех није хтео, нити предвиђао, али се *шребало* предвидети и избећи. Молим вас, да већ сада обратите пажњу на ово „требао“ које се бар по претежној савременој науци налази само у учину оног облика кривње који се назива непомињом.¹⁾

Мора се одобрити тежња новије казниено-правне теорије, да ограничи моменат воље у појму кривње, и правилна је спознаја, да су бројни кажњиви учини на које закон ставља казну, у којима посвема недостаје моменат психолошке воље. Али се ипак мора,

¹⁾ Loeffler, Die Schuldformen des Strafrechts, Leipzig. 1895, стр. 8. и 9.

аналогно као за цивилистичку догму о вољи, — поставити питање, да ли та једнакба између кривње и воље и онда мора да буде погрешна, ако се појам воље настоји схватити, не у смислу психолошком, него у специфичком правном смислу, т. ј. у смислу јасно видљивом у тенденцији правне терминологије која се у свему одваја од психологије. Даначе, нема ли се погрешка казненеправне догме о вољи тражити само у покушају психолошке пезине интерпретације.

Овако постављено питање очигледно води до принципијелне ревизије појма казненеправне кривње, како се данас обично схвата. Ова ревизија по моме је мишљењу од преке нужде, али ја не могу да вам је овде укратко изнесем. Задовољавам се с тога, да утврдим следеће.

С разлога што цео низ учина који су се из било којег разлога морали означити као кажњиви, не показује ни трага воље за кажњивим успехом, новија казненеправна теорија није ограничила појам кривње само у уске границе појма воље, него и друге психичке процесе означила као кривњу. Али се свакако принципијелно задржало мишљење, да се кривњом *смајтра* неки психички садржај који је у некој релацији с кажњивим успехом. Мисли се, да је овај појам кривње доста широк, да обухвати све случајеве који се признају као кривња! И непомњу! Само у овом случају мора да се сврха тај модерни школски појам! Јер овде нема трага, — по самим претпоставкама казнено правне теорије, — ни вољи за кажњивим учином, ни знању о њему, нити се може паћи ма какав психички акт који би показао, да постоји нека веза између субјекта и објекта кривње т. ј. нека веза са кажњивим чином. Јер како се обележује непомња по садањој науци: успех нити се је хтео, нити предвидео, али би се он био требао предвидети и избећи! Да ово покажем на примеру: железнички стражар заспи у служби, јер је нешто одвише мло. Скретница коју је требао поставити, остала је нетакнута. Услед тога настао је

сраз влакова, код којег је много људи погинуло. За ту је несрећу правно и морално *крив* стражар. Кривња је његова: непомња. Али он несрећу нити је хтео, нити предвидео. Да је на ту могућност мислио, он не би био заспао. Показује се, ако промотримо његов истински, прави душевни живот, да у њему није било ни воље за сударом, ни предојбе о томе. Али је он *шреб* да предвиди! Пристајем, али је ово, да је *шреб*, невидљиво психолошком разматрању које је управљено бивству, душевним догађајима, и не налази се у кривом стражару, него само у свести супа, правника, који просуђује тај случај. За психолошко истраживање непомња је нешто посвема негативно, јер не достаје по самој претпостави, сваки од обичу душевних аката, који једини могу да буду у релацији са кажњивим чином, јер тај учин нити се хтео, нити се на њ мислио; унапред пак *осећају* не може се, што није и предвиђено било. Морају се дакле изјаловити сви покушаји повије теорије, да докажу да је непомња психички садржај као накана и знање, јер то иде против властитих претпоставака. Ако се непомња карактеризује као недостатак пажње, дужног интереса итд., онда се она утврдила психолошки *негативно*. Тиме се само казало, — а то се по претпоставци морало констатовати, — да се психички *ништа* не збива, што би се могло довести у везу са кажњивим учином, наиме, да баш оног психичког рада *нема* који би био *шреб*. Па ипак је непомња облик кривње, Али чиме се она обележава, што јој је битност? У томе *шреб*у лежи решење. Она се може схватити само с нормативног гледишта, а никако разматрањем које је управљено *бић*, с гледишта експликативнога. Она није психолошка, него посвема правно-етичке природе. Ако се наиме из дефиниције непомње изостави оно, што се мора испустити, јер се онако изриче само, што непомња *није*, т. ј. да се успех није хтео, и да непомња није накана; даље, да се успех није предвиђао дакле да непомња није знање, — онда за каракте-

ризовање непомње не преостаје друго, него да је субјект кривње нешто *шреб*ао: да је кривац субјект једне повређене *норме*. Овде се јасно истиче сасвим нормативни карактер појма кривње.

Речица „*треба*ти“ налази се по претежној науци само у дефиницији непомње. Мислило се, да се може бити без ње, кад се утврђује појам *наказе* и *знања*. Али свакако не значи сваки успех који се хтео и предвидео, кривњу; такав успех мора да је *забрањен*. Претпоставља се, да се то разуме само по себи. Али баш у том, што је забрањено, у томе што *треба*, садржано је, што је свима облицима кривње заједничко и једино битно за појам кривње. Јер се оно што важи за непомњу као облик кривње, — тј. да она није психолошке, већ правне *нарави*, да се појам кривње добива нормативним начином проматрања онога што *треба*, а не експликативним проматрањем бити, — мора да докаже и за остале облике кривње, јер иначе по својој методолошкој структури појам кривње неће бити јединствен, осим да се задовољимо, да се под „кривњом“ једанпут разуме психолошка *чињеница*, а други пут етичко-правна конструкција. А тиме се само дошло до спознаје која се стварно разуме сама по себи, да је појам кривње уопште нормативне *нарави*, а не експликативне. Признамо ли, да суд који тврди кривњу, није могућ, ако се проматрају ствари с *гледисти* управљеног на *шума*чење фактичног *збивања* која је само закону каузалности подвргнута, ако не смемо да посумњамо у то да зоолог или психолог код својих истраживања својим специфичним методама спознања никако не долази до појма кривње, — ако стоји, да се о кривњи може говорити само у односу *напрама* *норми*, да је бит кривње повреда *норме*, а заслуге испуњење *норме*, — онда се више неће *причињати* парадоксом, да је методолошки неспојиво с посвема нормативним карактером појма кривње, да се његова битност схвати психолошким истраживањем *које* је методички експликативно. Сам суд који приписује неком *лицу* кривњу за *стаповити* *вањски* *догађај*, не исказује ништа о психичкој *чињеници*

у *нутрини* *човека*, него изриче само то, да је неком *нормом* *лицу* забрањен *вањски* *догађај*, да између обојег постоји одношај објекта и субјекта *норме*. Методолошки је од највеће важности да јасно видимо, да није нетко нешто „*крип*“, јер је то нешта хтео. Или за то знао (предвидео), него зато, јер то нешта није *шреб*ао да учини, или је *шреб*ао да спречи. Ма колико се то противило претежним схваћањима у *казненом* *праву*, мора се ипак свом снагом истаћи, да *моменат* кривње није никада у хтењу и знању или другој психичкој *чињеници*, да убојица није зато *крип* смрти уморенога, јер је намеравао да усмрти, него зато, јер је намеравано усмрћење *човека* *противно* *норми*.

Тако се углавном већ показало, *које* место *припада* психолошким *чињеницама* — као вољи и знању — *напрама* појму кривње. Значило би, да се ова *разлагања* *никако* не разуму, кад би им се хтела *приписати* *мисао*, као да би постојала *намера*, да се *ти* *моменти* посвему *избаце* из *казненоправне* *теорије*. Профињени *правни* *осећај* *тражи*, да се, колико је *могуће*, *ради* *социјално* *штетних* *успеха* *које* *правни* *ред* *треба* да *спречи*, само *такови* *људи* *кажњавају*, у којима се *обзиром* на *штетни* *успех*, *збивају* *стаповити* *акти* *воље* и *представе*, *те* да се *величина* *казне* *равна* по *тим* *психичким* *актима*. Тај *криминално-* *политички* *поступак* *испуњавају* *садашњи* *казнени* *закони* у *становитој* *мери*. *Границе* *постављене* *испуњењу* *такова* *захтева*, *налазе* се *најпре* у *нарави* *примене* *права*, у *чему* *никада* *није* *могуће* *сигурно* *установити* *психичке* *чињенице*, *него* се *увек* *вањски* *моменти* *уважају*, по *којима* се *може* *закључити* на *догађаје* *цутарности*, а у *другу* *руку* су *те* *границе* у *социјално-превентивној* *функцији* *казненог* *закона* *која* *би* се *много* *ослабила*, *ако* *би* *некажњено* *остало* *свако* *непсмљиво* *владање* *т. ј.* *сваки* *успех* *који* *се* *није* *хтео*, *ни* *предвидео*, *будући* *да* *се* *баш* *претњом* *казне* *за* *нежељене* *и* *непредвидиве* *последнице* *може* *повећати* *пажљивост* *људи*. *Онај* *тко* *зна*, *да* *ће* *бити*

кажњен и у случају, ако буде ма и само лакомислен или једноставно ненажљив, тај ће имати разлога, да напругне своје душевне силе, предвиђање и вољу. Али, ако правни ред у неким случајевима, уважаје акте воље или знања, онда то може бити само тако, да се та психичка збивања обухвате у оном чињеничном стању, на које правни пропис надовезује казну. Док се у пријашњим правним уређењима казном претило за усмрћење човека, новији правни ред прети последицом неправда само за *намеравано усмрћење*. Чињеничном стању неправда у правном пропису спада сада не само вањски догађај усмрћења, него и унутарњи, психички акт намене (одн. друге вањске чињенице, по којима се може закључивати на намену). Ако су дакле психички моменти као пола или представа узети у чињеницу неправда, онда и ови унутарњи моменти морају да предложе, баш као и вањски фактори социјално-штетног успеха, да би било неправда; онда нема „кривње“, ако ти психички моменти недостају, али само исто тако, као што кривње не би било, ако би недостајали вањски елементи чињенице неправда. Истим правом којим се тврди само о намени, могла би се код уморства моментом *кривње* означити смрт уморенога, јер психички моменти формално јуридикчки нису ништа до делови чињеничног стања неправда. Свако се право изгубило, да се само становити психички догађаји (који су у вези с вањским елементима чињенице неправда) означе као моменти кривње, кад има, како се може доказати, облика кривња који не показује никаквих таквих психичких елемената.

Спозна ли се, да се генерално не могу схватити случајеви кривње на бази психолошкој и остане ли се код строго нормативног карактера форме кривње, — онда као обележје момента кривње остаје једино то, да је субјекат кривње онај, тко је субјекат неке површене норме. Ништа се наиме друго не може спознати као заједнички елемент у три могућа облика кривње.

Али, шта значи прастара једнако између кривње и воље?

Овде морам да уметнем ред мисли које се по извору не ограничују на подручје права, него потичу и из подручја морала као уопште из свију грана нормативне спознаје. Овде постаје од важности појам *уброја*.

Онај посебни процес мишљења који је темељ да се нека чињеница становитом лицу *приписала*, изводи се на темељу *норма* т. ј. моралних или правних прописа о требању. Ова се наиме саставна дела морају разликовати у садржају сваке норме: субјекат требања т. ј. онај који треба, лице којем важи одредба, коме је норма управљена, — и објект требања т. ј. оно што треба. Кад се дакле норма примењује на чињенице реалног света, може се имати двоје: или се стварна чињеница покрива с нормом, а онда постоји збивање које садржином одговара норми, или је чињеница таква, да садржајем протуречи норми. Али ако се установило о некој стварној чињеници, упоредивши је с нормом, да се она с објектом садржаја норме покрива или да му је противна, онда се одмах поставља питање, тко је субјекат требања или норме. Тко је тому крив? гласи питање, кад је чињеница норми противна? — кому припада заслуга? кад је с нормом сагласна. На ова питања даје одговор норма, јер је у једном од њених саставних делова садржана и ознака субјекта норме. Ова веза, постављена између чињенице (објекта норме) и неког лица (субјекта норме), то је *уброј*. Од највеће је важности да се увиди, да та, на темељу норме постављена веза коју зовемо *убројем*, нити је каузална, нити телеолошка, него спајање посве осебујне природе коју можемо назвати нормативном, јер бива на темељу норме. Јер норме стварају људи, и зато је веза између субјекта и објекта норме посве арбитрарна.

Баш правни *уброј* који бива на темељу правних норма, јасно показује, како између објекта и суб-

јекта норме постоји највећа дистанција, како за то не мора да постоји нити каузална нити телеолошка т. ј. за експликативно разматрање уопће никаква веза. Тако, да останемо на подручју казненог права, мора се субјект који треба да удовољи правној норми, пронаћи тиме, да му је у казнено-правној норми за случај норми противне чињенице запређено казном. Међутим одређује на пр. један правни пропис римског права, да се има високом казном казнити власник куће, с крова које је пао неки предмет и убио, падајући, човека. Смрт пролазника уписује се у кривњу власнику куће. Не може бити сумње, да између смрти пролазника и особе власника куће не постоји или не мора постојати баш никаква веза каузална или телеолошка. Нити је власник узрочник смрти пролазника, нити је његова смрт била власнику сврха. Власник је можда далеко од своје куће, па можда нити шта год знаде о својем власништву. Па ипак постоји између њега и смрти пролазника специфичка, правном нормом утемељена веза: *уброј*.

Нека би и био идеални постулат управљен законодавству, људима који норме стварају, да учине да *уброј* буде уједно и каузални некус или телеолошка веза. Али, ипак, томе захтеву норме не морају да одговарају, и врло често тому не одговарају баш правне норме.

Сигурно има и бројних случајева, да се *уброј* продужава из једног каузалног ред, да се два каузално међусобно везана дела и *убројем* вежу једно с другим. На пр. смрт умореног с убојидом. Али би било погрешно, ако би се држало, да је принцип *уброја* овде принцип каузалности, као да се успех приписује починиоцу зато, јер та је овај каузално проузрочио. Баш се овде јасно показује, да принцип каузалности не пружа критерија зато, да се из бескрајног ланца, у коме су делови повезани каузално на све стране, издвоје баш *оба ова* који су каузално свим осталима у свему једнаки. Само норма даје овде одлучни принцип за одабирање.

Такођер је сасвим погрешно, да се тражи бит уброја у телеолошком резинању између субјекта и објекта уброја, да се тврди, да је субјект увек морао намеравати, или другим речима хтети ону чињеницу која му се приписује. Јер стоји, да се услед позитивних норма често мора приписати некому, што се никако није хтело, није било сврхом, нити се намеравало. Деликти су непомње најбољи пример. Може се тражити, да се само оне чињенице које су се управо хтеле, нормама забране, односно да се за њих прети казном. Само такав захтев нити је испуњен на подручју моралном, нити правном, и уопће му се не може удовољити. То би значило лакомислености широм отворити врата, ставити награду за непомњу. Норме не могу да траже само вањске чињенице, него могу и морају захтевати и неко унутарње држање, неко хтење и предвиђање. Не може укинути уброја, што тога није било, као што казне не ослобађа ни то, што није наступила нека вањска чињеница која је нормом наложена, него баш то доводи до казне.

Осим тога један од објеката елемената који се везују убројем, наиме субјект уброја или лице, по својој нарочитој природи уопће је неспособан, да као узрок стоји у каузалном низу или да изврши неку функцију воље, па да тако створи неку телеолошку везу. У праву, као и у етици, научили смо, да лице строго лучимо од човека. С тим, специфичким етичко правним јединством „лице“, овим субјектом уброја, није идентична биолошки — физиолошка јединица — „човек“, ова органски везана сума животних процеса. Нарочито није исто бити лице и бити човек. Али као узрок може да важи само то биолошко — физиолошко јединство — човек, могу бити само ови у јединство везана физички или психички животни процеси, а не може то бити она, за нормативни начин проматрања дана јединица: лице. Али и хтети, постављати циљеве, може само човек, а не може лице.

Уистини постоји у претежној терминологији тежња, да се као бит личности означаи воља, да се идентификују воља и лице. Не само у праву, него нарочито и у етици настоји се свести уброј на неку вољу. Управо се означаје уброј као онај суд, по којему за неку чињеницу важи, да ју је субјекат хтео. Без сумње мора се овде радити о значењу речи воља које је посвема различито од психолошког појма. Па је очито, да та тенденција што претеже у терминологији нормативних етичко-јудичких дисциплина, да се уброј увек доводи у везу с вољом, да оно, што се некому приписује, увек важи као акт воље, — долази до изражаја на специјалном подручју казненог права у оној догми која сваку кривњу проглашује кривом воље т. ј. по којој као акт воље важи све, за што се прети казном, свака правно забрањена чињеница. И ако је оправдано, да суд којим се за неко лице тврди *кривња* ради становите чињенице, значи толико, да је то лице субјекат повређене норме, онда тај суд мора да је идентичан с овим, по коме се чини уброј неке чињенице становитом лицу. Да је некто *крив* ради једног догађаја не значи ништа друго него: да се некому тај успех приписује.

Наравна је потреба, да се за дисциплине, у којима се извршује тај процес убрајања, нарочито означаи та посебна способност бити субјекат уброја — лице т. ј. она етичко-правна јединица, напрема зоолошко-психолошком значењу јединице „човек“. Уброј, којему су дела што норми одговарају, и дела норми противна, само пролазне тачке, — тражи себи — да тако кажемо — неко коначно упориште унутрине човека. Ова, унутрина људској замишљена конструкција, функцирајући као коначна шачка за уброј, и само та је, ишће терминологија етике и права назива „вољом“.

Та се крајња тачка уброја, „воља“, нипошто не мора поставити баш унутрине човека; етичко-правна јединица лица нипошто се не мора поклапати са зоолошко-психолошком. Особито треба нагласити, да је посвема у власти норме, да и нечему другому, а не појединцу човеку, прида квалитет особе или воље,

баш као што само од ње зависи, да ли ће уопште човек, и поглавито који човек, бити лице т. ј. способан да има вољу. За илустрацију реченога нека служи позната чињеница, да гдекада правни ред не признаје људским бићима способности, да буду субјекти дужности и права. Помислите на робове старијих права. Даље, да на темељу закона има субјеката дужности и права који пису људи, — уочите противности *физичких* и *јуридичких* особа.

Ова је воља у етици и праву нешто посве друго, него оно, што психологија назива тим термином. Психологија се занима *једном* од психичких функција човека уз мисао и осећање. Воља у значењу етичко-правном идентична је с оном целином која као индивидуум постаје важна за етику и право. Једно је: способност воље и способност бити лице т. ј. субјекат правног и етичког уброја, убројивост. Воља психологије емпиричка је *чињеница* која се може утврдити проматрањем самога себе, и принала свету *бићу*, — воља етике и права *конструкција* је, изведена под гледиштем норме, *требања*, којој у реалном душевном животу не одговара никакво конкретно збивање.

Спозна ли се, да је воља у терминологији етичко-правној битно различита од ове психичке чињенице која се исто тако означаје вољом, онда су одједаред уклоњене тешкоће и фикције, спојене с психолошким тумачењем дивилистичке и криминалистичке догме о вољи. Али је онда утрт пут и правилној спознаји онога, што се зове вољом државе. Јер се воља државе показује као крајња тачка уброја. Ако нека дела становитих људи не важе као чини ових лица, него као дела неке друге особе, различите од њих, т. ј. као дела државе, онда се у томе разабрати мора исти процес мисли који доводи до воље и особности ових других субјеката; предлежи само особити случај уброја. Ипак тачка уброја не пада овде у неког другог човека, него на неки начин пролази уброј кроз људе који физички делују, и кроз психичке акте њихове воље, али се не зауставља у некој другој особи као што то бива на пр. у случају одговорности за

штету коју почине деца или наместеници, а приписује се оцу или господару. Напротив се сједињују сви правци уброја у једној тачки која се замишља изван сваког човека. Државни су органи јединке којих су дела подложна таконом уброју, државна воља или држава као лице је заједничка тачка, у којој се са-стају правци уброја, произлазећи из чињеница, квалификованих као дела органа.

Јер се уброј збива темењем норма, то се из норма мора изводити материјал за то, када и под којим приликама треба неку људску радњу приписати, не оном човеку који делује, него неком заједничком субјекту који се иза њега замишља, — држави. Тако се поставља задатак, да се сав правни ред спозна као скуп правила о уброју. Ако се законом одређује, да се крадљивац има казнити по суду места, где је чин почињен, да се против онога, који не плати примњени зајам, поступа оврхом услед тужбе веровника, да сиромашао лице под становитим предпоставкама добива потпору од управних области, онда се казном, оврхом, потпором сиромаша и т. д. установљују чињенице које се немају приписати људима који физички раде, — органима, — него држави. Садржај је правних прописа, да се утврде те чињенице казне, оврхе и т. д. и њихови потањи увети, а тиме се нормирају дужности поданика и државе. Ако се вели да закон садржаје вољу државе, онда то значи толико, да закон утврђује чињенице које имају да буду деловања државе, које држава „хоће“ т. ј. које треба да се припишу држави, а не онама који физички делују, — органима. Представа јединствене државне воље или јединствене особности државе само је израз за јединство организације, за јединство правног реда, за војничку скупност и нужну нутарњу јединственост правних норма, за јединство у свету правног требања. Битност је државне воље: да је то нормативна конструкција, изведена за сврхе уброја, да она ништа заједничког нема са социјално-психолошком скупном вољом.

Једва је од највећих заблуда правне науке, да није спознала разлику психолошког и јуридичког појма воље. Настојање, да се докаже реално-психичка чињеница, где је била само конструкцијона тачка нормативног начина истраживања, — морало је да узрокује фикције које посрамљују, а толико обележавају данашње стање правне теорије.

VII.

Како је велика важност тога спознања о дво-струком значењу појма воље и даље изван граница правне конструкције, показује се (осим осталог) и тиме што се том спознајом најједноставније решава проблем слободе воље који је постао правом напасти теорије.

Разуме се по себи, да воља психолога мора бити каузално одређена, јер психологија, будући да је део природних наука које *тумаче*, не може схватити слободну вољу, а да не доведе у питање властиту своју базу спознаје, закон каузалитета. Тај закон управо и није друго, него израз за постулат *тумачења*, аксиом за то, да се схвати фактично збивање (*Windelband*). Али, једнако сигурно као што воља психолога, фактички процес душевности, мора да је каузално познана, тако је исто слободна воља нужна предпоставка свих етичких и свих јуридичких спекулација. Слободна воља и уброј у истини су једно. Док смо год обузети мишљењем, да су воља психологије и воља етике и права исти феномен, искључују се логички резултати психологије и резултати етике и правне науке. Ово протусловље које је знаменито неодрживо, решава се одмах, ако се спознало, да воља експликативне психологије која тумачи бит ствари, мора да је нешто друго по нарави својој од воље нормативне етике и правне зналости које не тумаче стварност, него утиврђују требање. Кад етика и право вољу називају слободном, онда то толико значи, да је та воља ван сваког каузалног веза. И по себи се разуме, да тај појам не садржаје никакво истинско збивање које припада свету бивства, и да би се схватио, не мора да се спозна као нужно де-

ловање некоег узрока. Та воља уопште није прикладна за неko истраживање бити које се оријентише по закону каузалитета и тражи, да се протумачи збивање. Јер је она само помоћна конструкција, изведена са гледишта нормативног за то, да се истражује требање. Ако се као воља означаи и „слободном“ прогласи способност човека да буде субјект уброја лице у смислу етике и права, онда то нема другог значења него да је та воља некако замишљена унутрини човека, идентична с лицем у значењу етичко-правном, а не с телом, физичким човеком, крајња тачка одговорног лица, почетна тачка уброја. Уставља се уброј код лица или воље и онда, ако се продужије низ један каузални ред, који иде од забрањеног успеха до телесног покрета човека који је учинио против норме, али се кроз њега пружа у бескрајност. Овде уброј издваја човека као лице из неизмерног низа узрока и последица, и поставља у „вољи“ чврсту почетну и коначну тачку. Само, уброј и без каузалног веза налази свој пут до човека. На пр. кад успех узрокован другим узроцима, веже с оним који је био лужан, да га спречи, али га није спречио. Овде је такођер воља почетна и коначна тачка уброја слободна сваког каузалног споја.

На коњу напомињем још укратко.

Тврђа, да воља у етичко-правном значењу и воља у психолошком смислу значе две посебне различне ствари, изазива питање који је разлог за ову једнаку терминологију која лако води до заблуде. Па се мора узети, да се оба појма нису развила неовисно један од другог. Али, који је савез? Могу овде да изразим само нагађање. Није немогуће, да је исконскији појам етичко-правне конструкције који је, идентичан с етичко-правним јединством особе. Баш тако, као што је, зна се, појам закона настао у политичко-правној представи, и значао у почетку наређење онога што треба, норму, па је тек одатле продро у подручје експликативних природних наука, и овде прошао метаморфозу до појма природног закона, — није искључено да се и израз воља преузео по психолошком истраживању, историски много

каснијем, и можда, јер се није довољно оштро уочила разлика спознајног објекта и правца истраживања, употребљен за неке специфичке душевне процесе, а да се ови нису различивали од оне, као воља означене, способности етичко-правне, да се буде субјекат и коначна тачка уброја. Могуће је, да је опћеним настојању предодбе за реалношћу било нарочито олакшано, да се услед локализације воље, схваћене као крајња тачка уброја, унутрини човека, представи као реално психичко збивање, што је у почетку замишљено као идеална тачка конструкције. Тако је воља, помисли појам нормативне конструкције доспела у подручје експликативног проматрања стварности. И баш та чињеница, да се воља појављује и у психологији од првог почетка као „слободна воља“, или бар као исто оно, у чему се у етици видела слободна воља, наводи на мисао, да се психологија трудила, да се етичко-јурдичка конструкција прикаже као психолошки процес.

Ову предпоставу зачудо потврђују резултати новије психологије! У новије се највише време многе гласови који одлучно побијају свако мишљење, да има неке посебне душевне функције воље, различите од предодбе и осећања. Овде не могу да се дам на разлагање ових врло интересантних истраживања. Хтео бих једино да истакнем, да је већ Münsterberg (Die Willenshandlung — 1888), један од најважнијих заступника овог психолошког правца, упутио на чудну чињеницу, да појам воље има много више улоге код етичара и правника, него ли код психолога, те да се ови много више занимају одређењем и истраживањем тог појма од психолога. Назор који ја заступа, могао би дакако лако противмачити ово привидно прелажење компетенције, али би уједно учинио схватљивим, зашто су резултати психологије тако неупотребиви за етику и правну науку.¹⁾

¹⁾ Потпуни наводи литературе налазе се у мојим „Naarprobleme“ стр. 161. и сл.

Потпуно искључење појма воље из психологије било би сигурно најсјајнија потврда оних мисли које сам имао част да вам овде изнесем. Као што се код градње тунела обе групе радника састају на месту продора, тако су се и овде сукобила аргументације, психолошка и етичко-јурјичка, да себи прокрче пут кроз неугодну теоретску за преку, кроз тај двомислени појам воље, који је скривно најстерилније знапствене борбе. Можда се не варам, ако ми се чини да већ у оним прије споменутим покушајима новије психологије чујем прве ударце чекића који се све више приближавају.

ИСПРАВКЕ

На	3.	стр.	5	редак	стоји	„Hauptprobleme“	уместо	„Hauptprobleme“
„	3.	„	6	„	„	„entuikeit“	уместо	„entwickelt“
„	5	„	2	„	„	„толи“	уместо	„тога
„	13.	„	21	„	„	„привољеном“	уместо	„прирођеном“
„	14.	„	10	„	„	„нештетан“	уместо	„ништетан“
„	16.	„	1	„	„	„постављења“	уместо	„постављењу“
„	16.	„	8	„	„	„никакове темеље“		„никакова темеља“
„	18.	„	24	„	„	„у признању“	уместо	„о признању“
