

Neven Cvetičanin

FILOZOFIJA PRAVA KARLA ŠMITA¹

APSTRAKT: Rad predstavlja teorijsko razmatranje osnova filozofije prava Karla Šmita, glasovitog nemačkog mislioca koji je autor jedne kontroverzne teorije prava, koja do današnjih dana neće prestati da intrigira stručnu javnost. Rad Šmitovoj misli pristupa na nepristrasan način, te sa njegovom teorijom prava i države, odnosno njegovom filozofsko-pravnom mišlju, vodi konstruktivan dijalog, priznajući Šmitu analitičke pogotke u definisanju odnosa politike i prava, ali i kritikujući njegovu teoriju tamo gde ona pokazuje izvesne preteranosti. Rad predstavlja simultano istraživanje Šmitove teorije i Šmitove biografije, pokušavajući da prikaže egzistencijalne i dnevno-političke razloge zbog kojih je on svoju teoriju države i prava, nastojao da saobrazi totalitarnim dnevno-političkim okolnostima unutar kojih je živio. Rad konačno donosi ocenu o dometima Šmitove filozofije prava koja je na pregledan, deskriptivan i logičan način razlikovala više nivoa pravnog mišljenja, razlikujući nivo same konstitucije političko-pravnog poretka gde pravo nije, u realnim istorijskim uslovima, odvojeno od politike i nivo samog sistema pozitivno pravnih normi. U radu se pored razmatranja osnovnih tokova Šmitove filozofije prava pažnja posvećuje i njegovom tretiranju pojedinačnih pravno-teorijskih pitanja kao što je pitanje vanrednog stanja i suverena, odnosno suvereniteta.

KLJUČNE REČI: Karl Šmit, pravno/pravo, političko/politika, prijatelj/neprijatelj, vanredno stanje, suveren

Karl Šmit (Carl Schmitt, 1888-1985.) je jedan od poslednjih velikih, monumentalnih, mislilaca države i društva, poput Kanta, Hegela, Marksa ili Vebera, koji su stigli da na svoj originalan i specifičan način promisle sveukupnost društvenih fenomena, bez obzira da li je reč o politici, pravu, teoriji međunarodnih odnosa ili filozofiji države i istorije.

¹ Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Instituta društvenih nauka za 2023. godinu koji podržava Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija.

Bez obzira što nije sistematski mislilac, Karl Šmit je izuzetno koherentan u svojim razmatranjima kako političkih, tako i pravnih fenomena. Njegovo promišljanje o pravu je neodvojivo od njegovog promišljanja o političkom kao takvom, a jedno i drugo izvire iz njegove konzervativne (ali i egzistencijalističke) antropologije, koja u sebi sadrži specifično shvatanje ljudske prirode, u čemu će biti specifična originalnost, ali i glavna mana njegove filozofije politike i prava. Kada pominjemo njegovo promišljanje o *pravu*, pod tim, jednako tako, podrazumevamo promišljanje o onom *pravnom*. Kao što Šmit razlikuje *političko* i *politiku*², *tako i mi možemo, obrađujući njegovu misao, razlikovati ono pravno (das Juristische) od prava (das Recht)*.³ *Kao što ćemo videti u ovome članku, ovo razlikovanje će biti korisno, jer će još jače istaknuti Šmitovo protivljenje svođenju prava na sistem pozitivno pravnih normi. Ono pravno se shodno Šmitovoj teoriji države i prava samo u pojmu može razdvojiti od onog političkog, dok se suštinski radi o jednoj identičnoj strukturi bivstvovanja. Svesno govorimo o strukturi bivstvovanja, a ne o nekoj pojedinačnoj oblasti bivstvovanja, jer je Šmit integralni mislilac za koga je suštinska osobina fenomena političkog da se prokazuje kroz različite oblasti – u eksplicitnoj profesionalnoj politici, ali i u pravu, bezbednosti, ekonomiji i svim ostalim bitnim segmentima ljudskog društva. Za Šmita će fenomen političkog u svojoj savremenoj varijanti nužno biti realan, sveobuhvatan, „začin“ svih drugih oblasti koje bez ovog gorkog, ali neophodnog začina, neće moći egzistirati, budući da Šmit smatra da se pravni, ekonomski i bezbednosni poretci uspostavljaju tek pošto su prethodno definisane „političke“ konstante, odnosno pošto su definisana pitanja političkog suvereniteta i legitimiteta, odnosno pitanja vlasti i njene podele na različite pod-sisteme. Tako će za Šmita *politika* i *pravo* kao discipline samo biti oblasti eksplicitnog pojavljivanja pomenutog fenomena. Upravo zbog istog korena iz kojeg rastu kako politički, tako i pravni principi, a koji je zapravo oslonjen na egzistencijalističko shvatanje ljudske prirode, nikada nećemo moći precizno odrediti na kojem se striktnom području nalazi Šmitova misao. Laičkim očima posmatrano i veoma profano govoreći, nikada do kraja neće biti jasno da li se tu radi o pravu, politici, antropologiji ili pak egzistencijalno određenoj ideologiji.*⁴

2 O Šmitovom razlikovanju pojmova *političkog* i *politike*: (Cvetičanin 2004: 167-188.)

3 Sam Šmit neće uvek insistirati na terminološkoj razlici između *pravnog* i *prava*, mada će uvek isticati etimološku razliku koja govori o dve dimenzije pravne problematike. Tako će se ponekad dešavati da on koristi termin *das Recht* kako bi označio ono *pravno*, ali uz naznake da tako korištenu reč *pravo*, treba shvatiti u smislu starogrčke reči *nomos* (koja u sebe ne uključuje samo značenje *prava*, već i *pravoga*, o čemu će više reči biti kasnije). Ipak, Šmit dosta često koristi termin *das Juristische* da bi eksplicitno označio značenje *pravnog*, a kada za ovo označavanje koristi termin *das Recht* on to prati dodatnim objašnjenjima kako bismo uvek znali smisao i važenje upotrebljenog termina.

4 To je produkt Šmitovog izvanrednog obrazovanja, ali i njegovog odbacivanja specijalističkog načina mišljenja koji bi bio svojstven pravnim pozitivistima poput Kelzena, Projsa i Krabea. Stoga će Šmit biti mnogo manje „čitljiv“ od većine ostalih pravnih autora, ali će biti mnogo

Stoga je potrebno najpre dati prikaz logike spojenih sudova onog političkog i onog pravnog kao takvih (koji nam se tako kod Šmita ukazuju kao jedan sud), da bi kasnije prešli na razmatranje pojedinih pravnih problema kod Šmita kao što su pitanje vanrednog stanja, princip suvereniteta ili shvatanje ustava. Ipak, Šmitova misao će se stalno protiviti specijalističkoj podeli tema, koje ćemo, shodno tome, ponekad morati da obrađujemo u paketu. Problem predstavlja i Šmitovo menjanje stanovišta. Razlika između takozvane „čiste” decizionističke faze njegovog mišljenja i faze takozvanog *Ordnungsdenken*-a (mišljenja poretka) će biti uočljivija u razmatranju pojedinačnih pravnih problema, nego što je to bio slučaj sa opštim odrednicama političkog i pravnog kao takvih.⁵ To trebamo, svakako, tumačiti Šmitovim staranjem za sopstvenu karijeru i njegovom očiglednom slabošću prema političkim autoritetima, kojima je njegova misao mogla zapasti za oko upravo na onim mestima gde tretira neizbežna dnevno-politička i pravna pitanja. Tako će dva ključna spisa za razumevanje njegove pravne pozicije *Politička teologija (Politische Theologie, 1922.)* i *O tri vrste pravnoznanstvenog mišljenja (Über drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934.)* počivati na različitim pravnim pretpostavkama.⁶ Olakšavajuća okolnost je što te pretpostavke nisu nužno u koliziji, već ih je moguće shvatiti kao razvojne etape jednog te istog istraživanja, koje dopušta sopstvenim rezultatima menjanje vlastite unutrašnjosti. Na takav stav nas navodi činjenica da i jedna i druga faza donose neke konstante koje su im zajedničke i koje se neće dovoditi u pitanje. To će pre svega biti protivljenje pravnom pozitivizmu i njegovoj formalizaciji prava, što proizlazi iz specifičnog shvatanja pojma *nomos*-a. Zajednička će obema fazama biti i međunarodno-pravna pozicija⁷, koja će svoje utemeljenje imati u praćenju logike *jus publicum Europaeum*-

više čitan, pogotovo među onima koji će istraživati teoriju države i prava, kao i međunarodne odnose i međunarodno pravo.

- 5 Prvu, mladalačku, katoličku fazu njegovog mišljenja možemo potpuno ostaviti po strani, jer je ona suviše doktrinarna i školska, te neće doneti uočljiviju pravnu inovativnost i u njoj će Šmit još uvek tragati za svojom originalnom koncepcijom prava, tj. pravnog kao takvog.
- 6 Što se tiče ostalih spisa koji tretiraju opšte pravnu problematiku, vredni pomenuti *Učenje o ustavu (Verfassungslehre, 1928.)* i *Legalnost i legitimnost (Legalität und Legitimität, 1932.)*. Ovim spisima on nastavlja decizionističku tendenciju započetu sa *Političkom teologijom*. Razmatranje opštih principa prava donosi i kasnije Šmitovo delo *Pravo zemlje (Nomos der Erde, 1950.)*, na kome će se još uvek osećati posledice mišljenja poretka, ali će tu, ipak, preovlađivati decizionistički faktor. Stoga ćemo u ovom radu generalno Šmitov pravni decizionizam obraditi temeljno i uzeti kao osobenost ovog autora, dok ćemo o fazi mišljenja poretka reći samo ono najnužnije, imajući u vidu konciznost i ekonomičnost čitavog rada.
- 7 Kada apstrahujemo od momenata koji izražavaju dnevno-politički interes i nužnu mimikriju unutar totalitarnog nacionalsocijalističkog sistema u delu *Međunarodnopravni poredak veleprostora sa zabranom intervencije sila stranih (tom) prostoru (Volkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte, 1942.)*, dolazimo do uvida da i ovaj spis počiva na istoj međunarodno-pravnoj logici, koju je Šmit iznosio i ranije.

a, što direktno proizlazi iz Šmitovog shvatanja pojma neprijatelja koje će naslediti iz klasične tradicije evropskog mišljenja, shodno kojoj se neprijatelj tretira kao „učesnik u dvoboju“, sa svim moralnim i pravnim konsekvensama koje iz toga proizlaze (iako će Šmitov pojam neprijatelja često biti pogrešno shvaćen i trivijalno tumačen). Stoga ćemo ovim temama posvetiti najviše pažnje u ovom radu i pokazaćemo kako se one manifestuju i u svim pojedinačno pravnim pitanjima. Tako će pisanje o decizionizmu, odnosno konkretnom pravnom poretku, pisanje o kritici pozitivizma i razmatranje pravnih pretpostavki pojmova suvereniteta i vanrednog stanja – pasti u istu tačku.

„Alles Recht ist „Situationsrecht“” – zapisuje Karl Šmit u svojoj *Političkoj teologiji*.⁸ Ova rečenica izražava srž Šmitove pravne pozicije i potrebno se na njoj zadržati. Sintagma *Situationsrecht*, međutim, ne smera samo da obrazloži jedno shvatanje prava, već pokušava da izrazi čitav jedan Weltanschauung (svetonazor) – odnosno ona se tiče pravnog kao takvog. Ako je sve pravo „situacijsko”, onda to znači da ne postoji neka nepromenljiva vanvremenska *suština* prava koja bi bila nezavisna od datih uslova, odnosno određene situacije koja je egzistencijana. Šmitova sintagma je u direktnoj vezi sa hajdegerijanskim *In-der-Welt-sein (bićem-u-svetu)* (Heidegger 1985: 58-70), shodno kojemu jedino čovek (tubiće) *ima* svet kao jedinstven horizont susretanja sa drugim ljudima (tubićima). Tu nastupa od egzistencijalista toliko isticana *situacija-u-svetu* kao raznovrsnost načina bivstvovanja tubića, koje je po svojoj strukturi nesvodivo na bilo koji od njih. Drugim rečima, čovek nema svoju fiksiranu suštinu – esenciju, već je sam porađa shodno svojoj situaciji-u-svetu, tj. obrisima svoje egzistencije. Bivajući saobrazan sa Hajdegerom, ali govoreći o drugoj oblasti, Šmit smatra da pravo ne postoji po sebi⁹, već imamo situacijsko pravo koje stalno proizvodi svoju suštinu, te tako egzistencija prethodi esenciji. Pravo nastaje ex nihilo kao uobličavanje ljudske volje i kao njena egzistencijalna reakcija na konkretne životne odnose. Šmit o tome eksplicitno kaže:

„Svaka opšta norma iziskuje normalno uobličavanje životnih odnosa na koje treba da se primeni shodno činjeničnom stanju i koje podvrgava svom normativnom regulisanju.” (Šmit 2001: 95)

Dakle, pravo nam nije dato. Dati su nam jedino „životni odnosi” koji čekaju da budu uređeni po principu formalno-pravnih normi. Međutim, ukoliko nam pravo, shvaćeno kao skup pozitivno pravnih normi, nije unapred dato, to ne znači da nam nije dato ono pravno. To pravno nam je dato samim ustrojstvom naše egzistencije, čija je osobina da iz sebe razlikuje konkretne društvene odnose (prijatelja i neprijatelja, shodno Šmitovoj terminologiji, gde oni nisu neki lični „prijatelji“ i „neprijatelji“, već oznaka pripadnosti određenoj društvenoj grupi „A“ ili grupi „B“) i da se u odnosu na

8 „Sve pravo je situacijsko pravo” (Schmitt 1922: 13)

9 Što bi bio stav prirodno pravne škole koja uči o pravima po sebi koja se stiču samim činom rođenja.

njih svrstava. Upravo će razlikovanje prijatelja i neprijatelja predstavljati, shodno Šmitovoj teoriji politike i prava, „životne odnose” i biti uslov važenja norme, budući da pravne norme mogu biti obavezujuće samo unutar nekog političko-pravnog sistema koji ih garantuje, a koji je kao „grupa A” različit od nekog drugog sistema „grupe B” u kojem te norme nisu obavezujuće. Tako će grupa *prijatelja*, u smislu „grupe A” koja konstituiše i održava određeni političko-pravni poredak u smislu njegove homogenosti i koherencije, da bi se on uopšte i mogao nazvati funkcionalnim poretkom, biti pretpostavka, ili bolje rečeno okvir, za postavljanje i primenu bilo koje pozitivno-pravne norme.¹⁰ Nemoguće će biti pretendovati na postavljanje i primenu formalno-pravnih normi u situaciji anarhije gde ne postoji dovoljno snažna politička grupa (prijatelja) koja bi mogla garantovati važenje formalno pravnog sistema. U situaciji rata svih protiv svih, gde ne postoji minimalna društvena homogenost i društveni konsenzus, nemoguće će biti konstituisati pravni sistem. Tomas Hobs nas stalno vrebaba negde iz prikrajka Šmitove misli. Na tome tragu nemački pravnik zapisuje:

„Normi je potreban homogen medijum. Ta faktička normalnost nije tek „spoljašnja pretpostavka” koju pravnik može da ignoriše; ona, naprotiv, spada u njeno iminentno važenje. Ne postoji norma koja bi bila primenjiva na kaos. *Poredak* mora da bude uspostavljen kako bi pravni poredak imao smisla.” (Ibid., istakao N.C.)

Šmit koristi reč *poredak* (*Die Ordnung* muß hergestellt sein...), što će biti temelj kontinuiteta između različitih faza njegovog pravnog mišljenja – između decizionizma i faze mišljenja poretka. Međutim, tu postoji i razlika u korištenju ove reči pre 1933. godine i dolaska nacionalsocijalista na vlast, i od ove godine do kraja Drugog svetskog rata i njihovog konačnog poraza. Kada pominje pojam „poredak” u *Političkoj teologiji*, Šmit ovaj termin koristi formalno i deskriptivno. Otuda prethodne reči treba čitati u smislu da uvek poredak kao takav (bez obzira da li je po svome unutrašnjem ustrojstvu liberalno-demokratski, komunistički ili nacionalsocijalistički), u smislu okvira, prethodi formalnom pravnom sistemu. Homogena grupa *prijatelja* je potrebna kao garant važenja pravnih normi, bez obzira da li su ti prijatelji združeni kroz međusobno prepoznavanje kao liberali, komunisti ili nacionalsocijalisti. Sa druge strane u spisima svoje „mimikrijske” nacionalsocijalističke faze Šmit često (ali, ipak, ne uvek) termin „poredak” koristi normativno u značenju poretka unutar kojega je tada delovao i kome se trudio da se ne zameri, budući da ga je to moglo dovesti u životnu opasnost. Tako će, u ovoj fazi delovanja, pod pretnjom totalitarnog „Damoklovog mača”, posve oportunistički, razraditi normativnu shemu koja argumentuje da svaki „istorijski” narod treba da prepozna svoj oblik

10 Međutim, princip pravnog neće biti određen samo kolektivnom egzistencijom *prijatelja*, već će važan faktor u njegovom formiranju biti i pojedinačna egzistencija u svojoj neponovljivosti. Tako Šmit piše: „Isto se tako mogu opaziti opšte raznolikosti ljudskih stavova (*habitus*) i u pravnoj znanosti, kao i unutar svakog drugog područja znanja; i tu ima flegmatičara i sangviničara, naravi, koje su više sklone dinamici i više statici, volutarista i intelektualista.” (Schmitt 1943.)

poretka i shodno njemu (konkretnim razlikovanjima prijatelj/neprijatelj koje on donosi) da iznađe sopstveni sistem unutrašnjih pravno-pozitivnih normi. Šmit će, ne libimo se to reći, usled moralne slabosti, sopstvenu pravnu teoriju ne samo oportunistički svesti na jednu desetinu njenog realnog opsega i time trivijalizovati, već će je pokušati staviti u funkciju jednog zločinačkog režima.¹¹ No, nemački pravnik iz doba *Političke teologije*, za razliku od ovoga koji je pisao „prigodne“ političko-pravne rasprave čuvajući sopstvenu glavu, ipak predstavlja preciznog analitičara pravnog fenomena, koji oslobođen dnevnopolitičkih briga, postavlja standarde za ozbiljno bavljenje ovom problematikom. Dakle, poredak kao homogenost koja je zadobivena usled razlikovanja prijatelja i neprijatelja (koje ne označava ništa više do razliku između homogenosti definisanog i anarhije nedefinisanog poretka), prethodi formalnom pravnom sistemu. Tako će sam proces konstitucije poretka pripadati onom *pravnom* (koje je jednako tako ono *političko*, pošto počiva na suštinski političkom razlikovanju prijatelj/neprijatelj), dok će pravni sistem kao skup formalnih normi biti *pravo*, te će to biti ono što se u svakodnevnom govoru obično podrazumeva kada je reč o pravu kao struci koja uključuje baratanje izvesnim normama. No, vidimo da za Šmita pojam pravnog nije moguće svesti na *zakon* kao puku *normu*

11 Sve to će delovati grotesknije kada imamo u vidu Šmitov intimni stav prema nacionalsocijalističkom režimu i svojoj nezahvalnoj poziciji unutar njega, o čemu se poverio svom prijatelju književniku Ernstu Jingeru (Jinger 1998:37). Vredi i postaviti pitanje da li po Šmitu „taj, njihov, nemački, nacionalsocijalistički poredak“ uključuje unutar sebe formalno pravne norme kojima se suzbija jevrejski narod (tkz. Jevrejski zakoni) zbog toga što su Jevreji u samom konstituisanju poretka prepoznati kao *neprijatelji* ili je to uništavanje naprosto okazionalno i instrumentalno? Čak i da to uništavanje proizlazi iz same definicije nacionalsocijalističkog poretka, to bi opet predstavljalo bledu, istovremeno i tragičnu i komičnu, karikaturu Šmitovog pojma neprijatelja. Jer ne samo da su Jevreji bili meta najgorih moralnih diskvalifikacija, već njima zapravo nikad nije data šansa da se bore i da budu poštovanja dostojan, častan, protivnik. Na njih se uopšte nije primenjivao takozvani „kategorički imperativ političkog“ (shodno kome su, kao u dvoboju, samo tzv. „borci“ izloženi političkoj borbi i snose konsekvence, dok su oni neutralni i neborci ostavljeni po strani), koji bi ih, čak i u slučaju da su se odbili boriti ili da su usled svog trgovačkog usmerenja „nesposobni da razlikuju prijatelje i neprijatelje“ (što je bila nacionalsocijalistička argumentacija), sačuvao od uništenja, odnosno izmestio na margine političkog polja. Šmit, kao promoter koncepcije „časnog“ neprijatelja, je na sve to ćutao, strahujući od reperkusija. Drugačije je bilo npr. sa njegovim, takođe konzervativnim, prijateljem, književnikom Ernstom Jingerom, koji je, ne odustajući od koncepcije časnog neprijatelja, pisao je nacističkim nepočinstvima i čak o njima otvoreno govorio. Videći žutu zvezdu na jevrejskim devojkama Jinger zapisuje u svoj dnevnik u februaru 1943. godine: „Osjetio sam nelagodnost i stid što nosim odor.“ Takođe, književnik Jinger instinktom hrabrog i časnog čoveka ulazi u pravnu problematiku i piše o Hitleru (koga je u svom ličnom dnevniku zbog opreznosti nazivao Kniebolo) i njegovom zločinačkom sistemu: „Postavivši Nemce iznad prava, Kniebolo je počinio prema njima najveći zločin, oduzeo je Nemcima mogućnost da budu u pravu i da se osećaju u pravu zbog nanetih im nepravdi i zbog onih koje im prete. Doista, narod je svojim odobravanjem postao sukrivac – bila je to ona podmukla, strašna i potresna nota koja se mogla čuti ispod provale radosti i orgija oduševljenja.” (oba citata preuzeta iz: Cetinić-Petris 1995: 137)

koja treba mehanički da se primenjuje, tj. na sistem pozitivnog prava. Zakon ili norma je samo jedan element pravnog i to nikako onaj pretežniji i važniji element. Normi svagda mora prethoditi *odluka* o konstituisanju poretka, odnosno odluka o uspostavljanju okvira unutar kojega norma treba važiti. Tako dolazimo do drugog i određujućeg elementa samog prava – *odluke* – kao svojevrsnog porađajućeg akta kojim se tek omogućuje primena *norme*. Karl Šmit zapisuje:

„Jer, svaki poredak počiva na nekoj odluci, pa i pojam pravnog poretka, koji se nemisaono primenjuje kao nešto što se razume samo po sebi, sadrži u sebi suprotnost dvaju različitih elemenata *pravnoga* (enthält den Gegensatz der zwei verschiedenen Elemente *des Juristischen*). I pravni poredak (Rechtsordnung), kao svaki poredak, počiva na nekoj *odluci* a ne na nekoj *normi*.” (Šmit 2001:93, Schmitt 1922:11, istakao N.C.)

Dakle, ono *pravno* sadrži u sebi dve komponente, te Šmit kritikuje pravne pozitiviste što su istaknuli samo jednu od njih, potpuno prenebrejavajući onu drugu. Posebno Kelzena on kritikuje što „dolazi do nipošto iznenađujućeg rezultata da za pravno razmatranje država mora da bude nešto čisto pravno, nešto normativno važeće, dakle, ne neka realnost ili nešto mišljeno pored i izvan pravnog poretka, već ništa drugo doli baš taj sam pravni poredak, naravno (da ovde leži problem, čini se da ne pričinjava nikakve teškoće) kao jedinstvo” (Šmit 2001:98). Jednako tako on kritikuje Krabea, koji kada „kaže da su svi javni interesi podređeni pravu, onda to znači: u modernoj državi je pravni interes najviši interes, a pravna vrednost najviša vrednost.” (Ibid:101.) Jednom rečju, Šmit odbacuje liberalno-pozitivističku identifikaciju države i pravnog poretka, tj. onoga što smo mi nazvali pozitivno-pravnim sistemom. Po Šmitu je država kao takva poredak, ali ne poredak u smislu deduktivnog sklopa pozitivnih normi, već poredak u značenju decizionističkog elementa koji svojom *odlukom* obezbeđuje okvir za važenje tih normi. Stoga on priznaje Volcendorfu da, za razliku od ostalih pravnih pozitivista, nije podlegao iluziji identifikacije države sa pravnim sistemom i da je uvideo da je ona nešto više od toga, pošto po njemu „država treba da čuva pravo; ona je „čuvar, ne zapovednik”, ali kao čuvar nije tek „slepi sluga”, nego „odgovoran garant sa poslednjom odlukom.” (Ibid:102)¹² Bez obzira na dato priznanje Volcendorfu, Šmit za razliku od njega ne misli da je država samo čuvar pozitivnog pravnog sistema, već otvoreno iznosi tezu da je ona njegov zapovednik. Jer, ne samo da *odluka* svagda prethodi *normi* čiju primenu omogućuje i koju kao takvu ne bi smela dirati, već sama *odluka* ima sposobnost *normiranja* – odnosno zakonodavnu funkciju. Odluka ničim nije obavezna prema normi i stoga je može menjati, tj. ona je čuva od svega – osim od sebe same – u čemu je zapravo manjkavost ovakvog poimanja prava i države budući da prenaglašava autoritarni momenat poretka (koji nesumnjivo

12 Šmit, čak, u nastavku, kaže za ovog svog kolegu: „Ne verujem da je Volcendorf bio svestan koliko se izrazom o „garantu s poslednjom odlukom” približio autoritarnoj teoriji države koja je ekstremno suprotna zadržnom i demokratskom shvatanju države.” (Ibid.)

postoji u svakom poretku bez obzira na njegovu ideološku denominaciju) u odnosu na njegov zakonomerni momenat (koji je, za razliku od Šmitovog stanovišta, naglašeniji u demokratskim i liberalnim teorijama države). No, Šmit je žrtva života u nestabilnoj Vajmarskoj republici koju je identifikovao sa demokratskim, nestabilnim, nefunkcionalnim poretkom i čije mane su ga oterale pravo u zagrljaj autoritarne teorije države za koju je mislio da bolje može realizovati ideju stabilnosti poretka, a time i stabilnog važenja pravnih normi, bez obzira što pravne norme mogu biti ugrožene baš od strane autoritarnog poretka. Šmita ovo ne brine jer on, potpuno na Hobsovom tragu, razočaran u nestabilni i nefunkcionalni Vajmarski demokratski poredak stalnog „rata svih protiv svih“, interes stabilnosti i funkcionalnosti poretka stavlja ispred interesa demokratskih prava građana, smatrajući da je jasno definisana državna volja važnija od nejasno definisane volje građana. Štaviše, on smatra da se menjanje normi, odnosno zadiranje u sopstveni pravni sistem, ne sme prepustiti „neprijatelju“, ali je dozvoljeno „prijateljima“, shvatajući ove pojmove sada više esencijalno, negoli deskriptivno. Pokušaćemo izložiti tok Šmitove argumentacije za prethodni stav, a onda ćemo pokušati ući u diskusiju sa nemačkim pravnikom.

Naime, Karl Šmit smatra da je situacija *vanrednog stanja* u državi egzemplarna za prezentaciju, po njemu, pravog odnosa između odluke i norme. Ukoliko je sam poredak stabilan i ukoliko njegov okvir nije doveden u pitanje, stiču se uslovi za potpuno pridržavanje formalno-pravnih odrednica pravnog sistema. To će biti *normalno stanje prava* koje se bazira na stabilnosti *pravnog* faktora koji daje potpunu definiciju svih pravnih odnosa. Već je bilo reči o tome da je „normi potreban homogen medijum“ i da to predstavlja „faktičku normalnost“ koja je unutrašnja pretpostavka važenja pozitivno-pravnog sistema. To možemo upotpuniti sledećim citatom, koji je značajniji time što dolazi iz Šmitove faze *Ordnungsdanken*-a i tako ukazuje na kontinuitet njegovog mišljenja:

„Znamo, da norma pretpostavlja *normalno stanje* i normalne tipove. Svaki je poredak, pa i „pravni“, vezan na konkretne pojmove normalnosti, koji se ne mogu izvesti iz opštih normi, već te norme oni vade iz svog vlastitog poretka i donose za vlastiti poredak.

Zakonsko regulisanje pretpostavlja pojmove normalnosti; dakle oni nikako ne nastaju iz zakonskog regulisanja, tako da je normiranje upravo bez njih potpuno nerazumljivo i da se više ne može govoriti o normi.” (Schmitt 1943:201, istakao N.C.)

Pozitivno pravne norme važe pod određenim uslovima. To su *normalni* uslovi, koji, međutim, nisu pribavljeni samim „zakonskim regulisanjem“, već mu prethode. Ovi normalni uslovi su obezbeđeni od strane poretka kao nečega strukturno drugačijeg od formalnog prava. U slučaju promenjenih uslova, odnosno ugroženosti poretka zbog kojeg bi se uvelo *vanredno stanje*, nije moguća primena pozitivno-pravnih normi. Ovo su konsekvence Šmitovog učenja o „situacijskom pravu“ koje nam kaže da modus pojavljivanja i primene onog pravnog ovisi od date „situacije“, odnosno od skupa uslova kojima je, u datom momentu, obeležena egzistencija poretka. U vanrednom stanju je po-

remećena *normalnost* uslova, koja je pretpostavka važenja pozitivnih normi, i unutar tog stanja se poredak bori da je ponovo obezbedi. Egzistencijalna situacija vanrednog stanja je drugačija od one u normalnom stanju što sa sobom povlači različit egzistencijalni odnos spram društveno-državne stvarnosti. Kao što organizam u teškoj bolesti neće moći biti lečen „redovnim” putem (npr. specifična ishrana, ležanje), već će morati biti pod jakom terapijom medikamenata ili podvrgnut nekom operativnom zahvatu, što predstavlja „vanredni” put - jednako tako će pravni poredak, u slučaju smrtne opasnosti, moći biti odbranjen – ne redovnim pravnim putem (koji je regulisan u pozitivno pravnim normama), već onim vanrednim – normiranjem putem *odluke*, odnosno određenim državniciškim „operativnim zahvatom”.¹³ Sama odluka će se, zbog toga što nije kruta kao sistem normi, znati prilagođavati zahtevima vanrednog stanja. Ovo je blisko povezano sa problematikom suverenosti, pošto će nosilac odluke u vanrednom stanju, po Šmitu, biti i onaj koji je nosilac suverenosti. Onaj koji odlučuje unutar vanrednog stanja o načinima kako ponovo uspostaviti normalno stanje, jeste suveren – pošto on svojim odlukama brani suverenost čitavog poretka, koji u tom momentu možda nije formalno-pravni poredak, ali je još uvek poredak. Tako dolazimo do čuvene i toliko puta citirane Šmitove rečenice:

„Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.”¹⁴

Međutim, trebamo se zapitati – što znači odlučiti o vanrednom stanju? To znači odlučiti o tome da je normalno stanje ugroženo, odnosno odlučiti o prestanku važenja uslova koji su omogućavali primenu pozitivno-pravnih normi, pa samim tim – odlučiti o mogućoj suspenziji neke (ili svih) od tih normi. Tako će odluku, odnosno odgovor na pitanje da li situacija iziskuje uvođenje vanrednog stanja moći ponuditi samo onaj koji zna odgovor (koji proizlazi iz prethodno konstituišuće odluke) na pitanje šta je to normalno stanje i koji su uslovi za njega karakteristični. Zoran Đinđić, prethodno citiranu i poznatu Šmitovu rečenicu, tumači na sledeći način:

„Međutim, ako pažljivije razmotrimo ono određenje, uoćićemo da na njemu najviše smeta njegova izazovna retorska oštrina. Pridemo li mu sa druge strane, ono glasi: suveren je onaj ko odlučuje šta je *normalno stanje* neke političke zajednice. Jer, tek onaj ko je u stanju da definiše uslove pod kojima norme važe, biće u stanju da prepozna trenutak u kome je njegovo važenje dovedeno u opasnost. Kada se radi o državnoj vlasti onda to definisanje nije neki sazajni postupak, nego je identično sa obezbeđivanjem uslova za važenje onih normi.” (Đinđić 1988: 81).

Suveren je onaj koji je u stanju da definiše uslove pod kojima norme važe. Ali što to znači „biti u stanju da se definišu uslovi”? Sam Đinđić, korektno interpretirajući

13 O ovim „državniciškim operativnim zahvatima” kojima se i stvaraju i brane države, odnosno politički poretci, kao i o najznačajnijim državnicišcima koji su u isti mah bili i „oćevi osnivaći” država i njihovi najsposobniji branioci u vanrednim okolnostima, smo pisali u našim knjigama: (Cvetičanin 2016, Cvetičanin, 2016a)

14 „Suveren je onaj ko odlučuje o vanrednom stanju.” (Schmitt 1922: 9)

Šmita, napominje da „to definisanje nije neki sazajni postupak”, pa samim tim nećemo biti u stanju za to definisanje ukoliko posedujemo izvesna teorijska znanja o tome kakvi su uslovi optimalni, najodrživiji, najpostojaniji itd. – za primenu datih pozitivno pravnih normi. Mi ćemo biti u stanju da definišemo uslove normalnog stanja, samo ukoliko smo sposobni da „obezbedimo” uslove normalnog stanja (tj. uslove za važne norme). Da li se radi o tautologiji? Nikako. Đinđić u svojoj interpretaciji Šmita skreće pažnju na to da nije toliko važno *znati*, koliko je važno *biti sposoban* da se „obezbedi” postojanost određene pravne, odnosno političke situacije. Tu postojanost je moguće obezbediti ukoliko smo sposobni da otklonimo sve vanredne uslove koji bi je mogli narušiti, za što je potrebno raspolagati monopolom fizičke sile. Tako će u poziciji da „obezbeđuje” uslove normalnog stanja biti samo onaj koji je u stanju da *odlučuje* o eventualnoj primeni sredstava legitimnog nasilja. Drugim rečima, suveren će biti onaj koji je sposoban za odluku. Ili onaj koji je dovoljno jak za nju, bez upliva tuđih odluka. Neko ko samo moralistički apeluje za razrešenje neke političko-pravne situacije i teorijski ukazuje na puteve njenog razrešenja, bez konkretnih sredstava fizičke sile, neće moći biti suveren.¹⁵ Drugim rečima, onaj koji neće moći izazvati dovoljno snažna grupisanja prijatelj/neprijatelj¹⁶ ne može biti suveren.¹⁷ Tako Karl Šmit zapisuje o suverenu:

„On *odlučuje* kako o tome da li postoji ekstremni slučaj nužde, tako i o tome šta *treba* da se dogodi da bi se on otklonio. On se nalazi izvan normalno važećeg pravnog poretka a ipak mu pripada, jer je nadležan za odluku o tome da li ustav *in toto* može da bude suspendovan.” (Šmit 2001:92, istakao N.C.)

Dakle, suverenu pripada *odluka*, a ona mu pripada jedino ako je obezbedio njeno sprovođenje, što povlači za sobom poziciju raspolaganja određenim monopolom fizičke sile. Bez tog raspolaganja suverenovo *treba* bi bilo neobavezujući i komičan

15 Paradoks Đinđićeve konkretne političke egzistencije u odnosu na njegovu „teorijsku“ egzistenciju u citiranom radu je upravo u tome što je sam Đinđić pokušao da nakon pada Slobodana Miloševića obezbedi „političku normalnost“, a da realno nije raspolagao monopolom fizičke sile, što je bio pokušaj koji je upravo zbog toga već unapred bio osuđen na propast. Tako će Đinđić političar zapravo skočiti u usta Đinđiću teoretičaru na paradoksalan način, gde je teoretičar zapravo realniji od političara, umesto da bude obrnuto.

16 Ta grupisanja mogu proizaći i iz moralnih apela ako su oni dovoljno snažni da nateraju ljude da se bore za njih. Ali onda ne ostajemo samo na području etike, već smo uvučeni u ono političko koje nam isporučuje konkretne neprijatelje, odnosno prijatelje, a o njihovom odnosu i konačnom suverenu koji može da ovlada političkim poljem, konačno odlučuje, kao i uvek u istoriji, realan odnos raspolaganja fizičkom silom uz paralelno zadovoljavanje uslova legitimnosti.

17 Možemo reći da je zapravo čitavo Šmitovo razlikovanje prijatelja i neprijatelja na Makijavelijevom tragu, koji kaže: „Zato su svi naoružani proroci pobedili, a nenaoružani propali, jer osim razloga koji smo naveli, narod je po prirodi kolebljiv, pa ga je lako u nešto ubediti, ali ga je teško učvrstiti u tom ubeđenju. Zato treba tako postaviti stvari da se narod, kada više ne bude verovao, može prisiliti da veruje.” (Makijaveli 1999: 24).

zahtev i kao takvo – pucanj u prazno. Kao što vidimo, nemački pravnik progovara hobsovskom silinom i potpuno vezuje pojam suverena za pojam suverene političke odluke, a sve u cilju zaštite poretka koji se ne može odbraniti prateći formalizam pozitivnih pravnih normi. Pravni sistem kao skup pozitivnih normi ne može predvideti razne situacije vanrednog stanja i slučaja nužde, te uvek dodatno normiranje očekuje od odluke koja proizvodi normu iz sebe. Ono do čega je Šmitu stalo jeste poredak koji se održava čak i kada pozitivno pravne norme prestanu da važe (tj. kada je pravni sistem uzdrman) i koji se bazira na normiranju odlukom. Tako nemački pravnik kaže:

„Pošto je vanredno stanje uvek još i nešto drugo negoli anarhija i kaos, u pravnom smislu još uvek postoji poredak, iako ne pravni poredak. Egzistencija države ovde potvrđuje nesumnjivu nadmoć nad važenjem pravne norme. Odluka se oslobađa od svake normativne vezanosti i u pravom smislu postaje *apsolutna*.” (Ibid: 94)

Vanredno stanje je pravna institucija i ne samo da ono ne stoji izvan sistema prava, već upravo ono, pošto oslobađa mogućnost za deciziju – proizvodi pravo na specifičan način. Vanredno stanje se tiče oblasti *pravnog* kao takvog i pomaže uspostavljanju *prava* kao sistema važenja pozitivnih normi. Princip pravnog je *odluka*, a princip prava je *norma*, ali prva komponenta je odlučujuća i konstituišuća. No, obe komponente su podjednako pravne, ali na različite načine. Tako Zoran Đinđić primećuje da o „modernom pojmu suverenosti, ima smisla govoriti samo pod pretpostavkom da se radi o *pravnoj državi*... ..Tamo gde društvena stvarnost nije dosledno regulisana pravnim sistemom, i gde državna vlast ne mora specijalno legitimisati svoje – ma kako široke kompetencije, razlika između normalnog i vanrednog stanja postaje difuzna.” (Đinđić 1988: 82) Prethodne reči potvrđuju da se Šmit, bez obzira kako nam to na prvi pogled izgledalo, kreće na području pravne države, doduše kao njen imanentni kritičar.¹⁸ Njegova filozofija prava je značajna upravo po tome što on ne predstavlja konzervativnu romantičnu reakciju na moderne pravne pojmove, već ih pokušava ponovo promisliti shodno principima sopstvene političke i pravne filozofije. Bez obzira što se on i tzv. teoretičari pravne države kreću na istoj teritoriji, zadatu problematiku shvataju na različite načine.

Ono što prvo upada u oči kao preteranost Šmitovog shvatanja je izjava da se „odluka oslobađa svake normativne vezanosti i u pravom smislu postaje *apsolutna*”. Ovo je važan momenat Šmitove teorije prava i države, te je potrebno obratiti pažnju na govor o apsolutnosti odluke. Ovo može biti tačka zaključivanja konstruktivnog dijaloga sa navedenom teorijom, koji smo preduzeli u ovom radu. Potpuno nam se čini razložan Šmitov argument da odluka prethodi normi i da je konstituiše, pošto je paradoksalno pretpostaviti postojanje nekog skupa vanvremenih esencijalnih pozitivnih normi koje ne bi bile produkt nekog konkretnog subjekta, a koje bi čoveku na neki

18 Možda će baš iz tog razloga Šmit biti optuživan od ekstremnih nacionalsocijalističkih krugova da želi uvesti Hitlera u „pravnu državu”.

način bile saznatljive. Norma uvek traži odluku, o njenom važenju i njenoj primeni, te je veoma teško uspostaviti objektivni sistem pozitivno pravnih normi koji bi potpuno isključio ljudski, ili neki drugi, subjektivni faktor. Taj faktor može biti sveden na minimum, ali nikada ne može potpuno nestati. Međutim, važi i obrnuto, veoma je teško u praksi održati politički poredak organizovanog življenja koji bi potpuno ovisio od subjektivnog faktora i koji bi potpuno ukinuo potrebu za izvesnim brojem normi. Ovo važi čak i za vanredno stanje, koje može važenje pozitivno pravnih normi svesti na minimum, pa čak pokušati da ih potpuno ukine, ali interes takvog postupka je opet formalno-pravni, tj. vanredno stanje se ne uvodi zbog njega samog već zbog toga da bi se stvorili uslovi normalnosti koji bi ponovo omogućili primenu pozitivnog pravnog sistema. Važno je pitanje - kako se uvodi vanredno stanje i da li je pri tom činu poštovana pravna procedura, jer se država bori i odvažuje na vanredno stanje – da bi sačuvala svoje zakone i svoj prethodni poredak pozitivno-pravnih normi, a ne da bi ga poništila - poništavanja radi. Država, ili da se preciznije izrazimo – suveren – poništava pozitivno pravni poredak, samo da bi ga ponovo uspostavio. Zoran Đinđić, nastavljajući se na teoretičare pravne države, o tome kaže:

„Prelazak sa sredstva zakona na sredstvo mera ima jedan jedini cilj: ponovno uspostavljanje stanja u kome važi pravni sistem, dakle, uspostavljanje istog onog stanja koje je u datoj situaciji bilo ugroženo. Vanredne mere po definiciji ne mogu da budu izvor novog *pravnog* stanja.” (Đinđić 1988: 85)

To znači da suverenova odluka unutar vanrednog stanja i jeste i nije *apsolutna*, tj. nije potpuno apsolutna kako bi to voleo Šmit. Sa jedne strane ona je apsolutna jer je u mogućnosti da suspenduje važenje pravnog sistema i umesto njega, ali samo unutar vanrednog stanja, uvede sopstveno normiranje. Sa druge strane ona je samim svojim zadatkom vezana za prethodno stanje i u njemu postojeći pravni sistem.¹⁹ Ta vezanost ne crpi svoju snagu iz područja (pozitivnog) *prava*, ali ona postoji kao zahtev onog *pravnog* (tj. samog poretka) da iz krize izađe strukturalno nepromenjen, čime bi svedočio ne samo snagu i postojanost, već na izvestan način i istinitost svojih institucija. Šmita možemo kritikovati na onom području gde je on zaista jak – na području *pravnog*. Međutim, on, tumačeći to *pravno* na sebi svojstven način smatra da je suveren prilikom odlučivanja o i unutar vanrednog stanja u poziciji maloga Demijurga, koji odluke donosi *ex nihilo* i koje zato imaju karakter apsolutnosti. Za Šmitovog suverena ne postoji prethodno stanje, odnosno ono ne egzistira kao pravna činjenica. Usled suverenove potpune normativne nesputanosti, koja proizlazi iz onog „*iz ničega*” (*ex nihilo*), celishodnost njegovih odluka može biti diskutabilna i one u sebi, kao poten-

19 Tako Z.Đinđić kaže: „Kompetencije aktera „vanrednog stanja” su, doduše, u jednom pravcu proširene (jer oni imaju pravo da suspenduju delove ustava i pravnog sistema), ali su u drugom pravcu veoma ograničene: njihov zadatak je konkretan i po svom sadržaju negativan, tj. ne realizovanje nekog vlastitog cilja, nego tehničko-praktično omogućavanje ustavno-pravne normalnosti.” (Đinđić 1988: 85./86)

ciju, mogu imati jednu destruktivnu komponentu, koja bukvalno može odvući sam smisao prava u to isto *Ništa*, iz kojeg, po Šmitu, ono stalno nastaje.²⁰

S druge strane ne može se poreći Šmitova pronicljivost u sagledavanju proste činjenice da svaki predak pored svoje pravne, ima i svoju političku dimenziju, koja prethodi onoj pravnoj, kao što odluka o normi i normiranju, prethodi samoj normi, koja u određeni poredak ne može da padne sa nebesa, već poredak traži svoje konkretne političko-pravne utemeljitelje i čuvare. Đindić je kritikujući Šmita formalno u pravu da je cilj vanrednog stanja zapravo očuvavanje postojećeg pravnog poretka, ali iz istorije znamo da iz vanrednih stanja ne proizlazi samo vraćanje na postojeće poretke, nego i stvaranje novih političko-pravnih poredaka, ukoliko su oni postojeći prevaziđeni. A odluka o tome se ne donosi unutar postojećeg poretka (jer bi to zapravo bilo u kontinuitetu samo menjanje forme samog starog poretka), već u pravnom »bezvazdušnom« prostoru u kome se različiti akteri bore za svoje *pravo* da odbrane stari ili uspostave novi poredak. Utoliko je Šmitova misao zapravo hiper-realistična, jer ne robuje bilo kakvoj normativnoj teoriji, pa ni onoj tzv. pravne države, već na deskriptivnom nivou realistično opisuje politički proces koji realno stoji iza procesa pravnog normiranja.

Mana ove teorije je u tome što politika potpuno može »pojести« pravo, odnosno mana ove teorije je u njenom nedostatku normativnog momenta, jer ona zapravo opisuje ono što se realno događa prilikom uspostavljanja i rušenja različitih istorijskih političko-pravnih poredaka, bez obzira na njihovu denominaciju. U tome je istovremeno i njena najveća vrlina, podsećajući nas da razni poretci, pa tako i onaj pravne države, nisu proizvod nebesa, već uvek iznova iziskuju svoje čuvare i garante.

Tako je hiper-realizam u isti mah i najveća mana i najveća vrlina Šmitove filozofije politike i prava, a da li će biti jedno ili drugo, zavisi od perspektive njenih tumača i praktikanata, dok smo mi u ovom radu ostavili mogućnost za različita »čitanja« Šmitove misli.

Neven Cvetičanin

Institut za društvene nauke, Beograd

Literatura

Cetinić-Petris, Frano (1995). „Sto godina Ernsta Jünger“, u Ernst Jünger, *Na mramornim liticama* (predgovor) (Split: Feral Tribune).

Cvetičanin, Neven (2004). *Evropska desnica između mača i zakona* (Beograd: Filip Višnjić).

Cvetičanin, Neven (2016). *Politička mehanika i veština državnštva* (Beograd: Arhipelag-Institut društvenih nauka).

20 Ovim se ponovo potvrđuje saobraznost Šmitove pravne teorije sa Hajdegerovim egzistencijalnim nihilizmom, o čemu je već bilo reči na početku ovog rada.

- Cvetičanin, Neven (2016 a). *Državništvo modernog doba* (Beograd: Arhipelag-Institut društvenih nauka)
- Dinđić, Zoran (1988). *Jugoslavija kao nedovršena država*. (Novi Sad: Književna zajednica Novoga Sada).
- Heidegger, Martin (1985). *Bitak i vrijeme* (Zagreb: Naprijed).
- Jinger, Ernst (1998). *Prvi pariski dnevnik* (Čačak: Gradac).
- Makijaveli, Nikolo (1999). *Vladalac* (Beograd: Rad).
- Schmitt, Carl (1922). *Politische Theologie* (Munchen und Leipzig: Duncker und Humblot).
- Schmitt, Carl (1943). „Tri vrste pravnoznanstvenog mišljenja“ u *Pojam politike i ostale rasprave* (Zagreb: Matica Hrvatska).
- Šmit, Karl (2001). „Politička teologija“ u Karl Šmit *Norma i odluka* (prir. S.Samardžić) (Beograd: Filip Višnjjić).

Neven Cvetičanin

Carl Schmitt's Philosophy of Law (Summary)

The paper presents a theoretical consideration of the basics of philosophy of law of Carl Schmitt, a famous German lawyer and thinker who is the author of a quite controversial law theory, which to this day will not cease to intrigue the professional researchers. The work approaches Schmitt's thought in an impartial way, and conducts a constructive dialogue with his theory of law and the state, i.e. his philosophy of law, acknowledging Schmitt's analytical results in defining the relationship between politics and law, but also criticizing his theory where it shows certain exaggerations. The paper presents a simultaneous research of Schmitt's theory and Schmitt's biography, trying to show the existential and political reasons why he tried to conform his theory of state and law to the totalitarian political circumstances in which he lived. The paper finally evaluates the value of Schmitt's theory, which in a clear, descriptive and logical way distinguished two levels of legal thought, distinguishing the very level of constitution of the political-legal order where law is not, in real historical conditions, separate from politics - and the level of the system of positive legal norms itself. In addition to discussing the basic figures of Schmitt's philosophy of law, the paper also pays attention to Schmitt's treatment of particular legal-theoretical issues, such as the issue of the state of emergency and sovereignty.

KEYWORDS: Carl Schmitt, law/legal, politics/policy, friend/foe, state of emergency, sovereign