Своме драгом пријатељу и пријатељу
Ђ. Тасић

Dr. ЂОРЂЕ ТАСИЋ

ПРОБЛЕМ
ОПРАВДАЊА ДРЖАВЕ

ДОКТОРСКА ТЕЗА

БРАЊЕНА 15. МАЈА 1920.

ИСПИТНА КОМИСИЈА:

Председник: г. ЖИВОЈИН ПЕРИЋ
Чланови: г. СЛОБОДАН ЈОВАНОВИЋ и
г. Dr. ТОМА ЖИВАНОВИЋ

БЕОГРАД
ДРЖАВНА ШТАМПАРИЈА КРАЉЕВИНЕ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА
1920.

ИНВ. БР.
16026

Инв. бр. 202
НАРОДНА БИБЛИОТЕКА Београд

ПРЕДГОВОР.

Овде се одштампава врло кратак извод из целог дела и један одељак (први) дела које носи назив *Проблем оправдања државе.* Али ни овај одељак није одштампан онакав какав је у том делу, већ прерађен (и прилично скраћен) да чини за себе целину и да су проблеми правних конструкција заузели главно место. Веза овог одељка са делом је у томе, што он расправља питање о основној функцији државе, стварању права. По овоме и још по томе што је дат извод из целог дела, и овај одељак (са изводом) може носити назив *Проблем оправдања државе.*

Проблем држава и право везан је за све основне проблеме државног права. Према томе, на мене је пао један тежак задатак и ја сам свестан како ни издалека нисам испунио све захтеве које овај проблем поставља. Ја се бојим да можда нисам изразио довољно јасно своју мисао, да нисам повезао довољно све проблеме један за други или можда неки испустио. Овакав рад претпоставља детаљно развијање свију тих проблема и ставља ми у задатак да то учиним.

Према ономе како је овде схваћена природа правне методе, питање држава и право обухваћено је само с једне стране. Потпуно, овај проблем може да обухвати социолошка метода. У делу ја сам се и на ту другу страну, приступачну социолошкој методи, социалну више обазрео, овде сам је пак, ориентисан ка правним конструкцијама, једва додирнуо. И с те стране поставља ми се један задатак: да проблем обухватим и по његовој социалној страни. Утеха ми је, што и горњи и овај задатак мислим да испуним доцније и да тако

потпуно развијем своје идеје и отклоним евентуална погрешна разумевања мојих идеја.

При расправљању ја сам мање више руковао само типичним теоријама. Ја свесно бирам такав начин рада, јер мислим да се само тако може видети јасно вредност идеје у свима правцима. При читању ће се опазити да сам за исту теорију употребљавао више израза. То чиним, што ми једна иста теорија при разним проблемима кроз које је проводим показује разне стране као битне. Тако, једну теорију обележавам као емпириску, поглавито онда кад је реч о правном лицу; као реалистичку кад је реч о важењу; као позитивистичко-солидаристичку, кад је реч о проблему држава и право. Другу обележавам као рационалистичку, поглавито кад је реч о правном лицу; као идеалистичку, кад је реч о важењу; као теорију државне суверености кад је реч о проблему држава и право. Као формалистичку обележавам теорију професора. Др. Ханса Келзена. Кад некад употребим израз формалистичка без имена писца, мислим по правилу на његову теорију. Ове теорије у тим разним облицима не чине увек један систем реално дат у науци, већ пре систем који би требало да постоји, логички дат. Ја сам указивао на више места на везе међу тим теоријама, али осећам да је то ипак недовољно и да би требало написати нарочиту расправу о томе.

Сматрам за дужност да изјавим топлу захвалност свом драгом и уваженом професору г. Слободану Јовановићу на указаној помоћи при раду.

ИЗВОД ИЗ ЦЕЛОГ ДЕЛА.

Правдање једне друштвене установе значи испитивати у колико она према својим функцијама које фактички врши и које може да врши задовољава извесно идеално мерило које смо ми усвојили. У овом случају, ми имамо да испитамо какве је функције по њиховој социалној вредности држава вршила до данас, какве може према својој суштини и, према томе, какве треба да врши.

Према природи критериума и према схватању суштине државе проблем оправдања државе се у науци схвата тројако. Најпре: с каквим правом држава ограничава индивидуу својом принудом? Шта индивидуа добија за то у замену? Овакво схватање је индивидуалистичко: јер по њему је слобода индивидуе највећа вредност. То је природно-правно схватање: јер по њему је слобода — право независно од државе. Пошто не можемо примити индивидуалистичко и природно-правно схватање, не можемо примити ни постављање проблема на овај начин. Затим: Зашто је потребна принуда? Овако постављен проблем у ствари значи: зашто не оставимо људе слободним? Опет је у питању слобода. По томе ово не обухвата целокупан проблем о оправдању државе. Само онда кад би се функција државе састојала искључиво у ограничавању слободе, питање о логичности ограничења слободе би се поклапало са питањем оправдања државе. Најзад: чему служи држава? То је управо проблем који има да се расправља. Ради тога треба испитати какве функције по њиховој социалној вредности држава је вршила и врши, какве може да врши и какве треба да врши.

Динамичке теорије испитују узроке због којих је држава постала. То је несумњиво потребно за овај проблем. Јасно је, ако не знамо узроке једне институције, ми не знамо управо шта је једна институција сама по себи. Али то није довољно. Ако смо констатовали узроке (психолошко-социалне), нисмо још и оправдали. За ово је потребно још и имати један критериум. То дају телеолошке теорије. Како оне логички не искључују испитивање узрока, напротив чак то и захтевају, јер разлика међу овим теоријама и динамичким је само у томе

што динамичке немају критериума за оцену, то су оне у стању да реше проблем.

Телеолошке могу бити двојаке: једне постављају идеал независно од стварности (априористичке и метафизичке), друге схватају идеал као рационализирање стварности. Ми смо за другу врсту теорија. Овде не можемо пружити разлоге, јер то чини једно од најсложенијих филозофских питања. Из тога шта је била држава, шта је сада, из тога, дакле, шта је она, изводимо шта треба да буде, ми тражимо да остане оно што јесте, али рационализирана.

На овој основи оправдање државе има и практичног значаја. Што се тиче прошлости, ми констатујемо шта је држава чинила за друштвени живот; што се тиче садашњости и будућности ми је, ако смо нашли да је држава била корисна и да то може бити према данашњим социалним условима, рационализирамо према нашем схватању о рационалном, према нашим кредностима и циљевима.

Од три типичне дефиниције државе: (1) држава је највиша организација свога доба, (2) држава је класна институција, и (3) држава је сложена друштвена организација у којој је извршена диференциација на оне који управљају и оне којима се управља, — примамо трећу. Прва даје појам државе који се не поклапа са социолошким, кад посматрамо друштвене организације у њиховом развитку, по њој је и племе држава, пошто је оно највиша организација свога доба. Друго даје социалну садржину државе која није још потпуно утврђена. Да ли је држава била увек класна, није дефинитивно доказано. Да ли ће увек бити, још мање. Прва мало даје, друга сувише. Трећа има особину да садржи елементе сигурне и прве и друге. По томе што је она диференциација на власнике и поданике, она је највиша институција свога доба. Из истог разлога она може бити и класна. По свима овим дефиницијама држава је институција (социална организација). По томе она је равнотежа друштвених сила, према нашој дефиницији, између власника и поданика. Та равнотежа је већа или мања — релативно као и све социално. Она не значи да власници имају сва права а поданици све дужности. Политичка форма не поклапа се потпуно са социалном садржином; од социалне садржине до политичне форме има једна трансформација. Равнотежа — то значи мир или примирје друштвено. Чим је држава то она има особину да централизира социалан живот. Она је то, и онда кад једна група господари другом, јер онда је таква група јача. Она је то тим пре кад је она компромис група. Већ по томе, што се ни један фактор друштвени не може одвојити од другога, држава носи карактер универзалности. У толико пре што је то највиша институција свога доба.

Ми правдамо државу у свима њеним облицима издвајајући њене битне функције, у смислу сталне и опште. Ми не правдамо једну одређену државу и државу из одређене епохе — ми правдамо државу у опште. Па као што издвајамо битне, сталне и опште функције, тако исто постављамо општи идеал држави. Али, као што ове функције могу конкретно добити различите облике, исто тако и идеал државе.

Пред чим правдамо? Пред правом, ако је право изнад државе. На таквом гледишту стоје теорије по којима је право друштвено. Држава је факт који има да се прилагоди друштвеном праву. У томе је њено правдање. Доследна, ова би теорија требала да захтева да држава постане и на праван начин. Уговорне теорије у овом смислу су најдоследније. Пред моралом, ако су право и држава једно исто или ако је држава изнад права.

По нашем схватању стална функција државе је правна. Право и држава су једно исто. Тај део тезе, скраћен, отштампавамо овде. Али и по теорији, по којој је право друштвено, држави остаје једна функција: да га формулише и примењује. Отуда с једне стране за нас правдање се чини пред моралом, с друге, држава налази оправдања у колико врши правну функцију. Према томе колико вреди правна функција за друштво, толико вреди и држава.

Право је основ за друштвени живот. Оно је организација у својој суштини спољна, али која има и унутрашње циљеве. Минимум који претпоставља право јесу два човека у једном односу. Право захтева увек права и дужности. Морал може захтевати само дужност, право захтева увек као корелат дужности право. Принуда није битно у праву. Право је организација. Право распоређује људе, утврђује границе делатности. То је битно. И по томе оно је основни друштвени фактор. Пошто је право спољна организација, оно је одређено; док је социалан морал дифузан. Право се састоји у одређеним принципима (чак и написаним), социална свест и интереси ма колико разнолики у друштву кондензују се у *једно* право. Морал међутим задржава ту разноликост и општа морална схватања ретко су одређена као правна.

Правна функција је основа за све друге државне функције. И културна функција има основа у праву. И по овоме, по форми, све су функције државне. Али по садржини све су оне културне. Кад кажемо културне, не мислимо да све имају рационалну вредност већ само на то да оне служе задовољењу потреба једне друштвене заједнице. Међу њима правна чини функцију стварања (законодавна) и примењивања права

(судска и управна).[1]) Према структури друштва до данас су биле сталне правна и војничка. Али се не може рећи да је икада само њих вршила. Не може се говорити о закону рашћења функција. Али се може говорити да држава у извесним епохама добија све већи број функција. Тако, у последње време држава је добијала све више функција, од „правне" постала је „културна". Поред свега тога војничка није изгубила од свога значаја, културна до данас није на првом месту. Растење функција у садашњости се објашњава културном диференцијацијом, снажењем радничке класе која чини притисак на државу: држава се социализира по нужди, а само по који идеалиста успе да у име идеје солидаризма и неутралисања државе у смислу њеног активног рада на изједначењу друштвених група изведе какву реформу, најзад разноврсношћу и префињеношћу потреба. Што војничка функција и данас има значаја, то се објашњава тиме, што непрекидно постоје услови за међународне сукобе. Што и правна (судска) има такав значај, то се објашњава тиме, што постоје услови за унутрашње сукобе. Ни с поља ни изнутра нема услова за друштвену равнотежу. Данас је држава у критичном стадиуму. Ако хоће да опстане и да се развија, она мора да се социализира.

Држава не може све, ни помоћу оруђа које само она има, помоћу права. За законе су потребни социални услови. Не може све ни кад ствара и примењује право ни кад врши другу културну функцију. Она је једна страна социалног живота, централизован социалан живот. Она је друштво које је добило једну нарочиту форму и нарочита средства.

Теорија по којима је право друштвено и теорије по којима је држава апсолутни извор права садрже у себи у ствари идеале. Друштво није хомогено да би се могло говорити о једном праву: у њему има више права. Ако се узме да има једно право, то је у ствари идеал. Држава није тако моћна да би могла бити апсолутни творац права. Она у опште није

[1]) Јелинек прави разлику између функције власти (obrigkeitliche) и функције социалне (sociale Tätigkeit). Прва значи стварање правних прописа и употребе правне принуде; друга, појављује се у управи: држава гради железнице, путеве, подиже школе, шири просвету у опште и т. д. У овој другој функцији она се служи својом првом функцијом или посредно, само стварајући правна правила, а непосредно се ставља на равну ногу са појединцима или се њом служи непосредно т. ј. социалну функцију врши као власт. (Allgemeine Staatslehre I, 905, стр. 622—624). Оваква подела је нетачна. И функција власти је социална, и кад би била одвојена од осталих социалних функција, као што то он сам признаје. Али, што је важније, социална функција у његовом смислу (културна како сам је ми горе назвали), као што сам признаје, захтева стварање правних правила: она се може вршити као и свака друга на основу правних правила, према томе и законодавна функција је социална, јер учествује у социалној функцији како је обележена од самог Јелинека.

социално свемоћна; кад није то социално, онда није ни у овом питању. Ако се ипак остане при томе, то је знак метафизицирања и идеализирања.

Теорије прве врсте некад су биле индивидуалистичке, сад су солидаристичке. Теорија признања је основ за све њих: и солидаризам претпоставља вољност (признање). Оне имају општи критеријум: пристанак свију индивидуа; ако држава одговара свести појединаца, онда је оправдана. То је идеал спонтаног реда. То је један формалан идеал, али не садржајан Сем тога оне никако не доказују зашто држава има вредности, ако појединци пристају на њу. Зар индивидуа има такву вредност? Све ове теорије, па и солидаристичке, имају наклоности ка анархизму више или ниже врсте. Та зар је могуће да су сви убеђени у вредност државе? Не. Још мање је могуће: у вредност једне одређене државе или једног одређеног закона. У неким својим облицима ове теорије су равнодушне према држави: она је за њих један факт. По томе је типичан етички индивидуализам који социалне организације, пре свега државу, ставља ван етичког гледишта. — Ове теорије садрже једну истину; држава треба да је спонтани ред т. ј. ред по пристанку свију индивидуа. Ми ћемо мало час видети да је држава ред и као таква она има циљ да буде савршени ред; она ће пак то бити, ако је спонтани ред. Али како ће она то постати, оне нам о томе не говоре. Сем тога оне претпостављају да држава има извесну социалну вредност и да ће ту вредност појмити свака разумна индивидуа: само тако се да разумети да могу неке од њих примити државу и поред тога што њену вредност стављају у зависност од пристанка индивидуе.

Теорије друге врсте у ствари немају критеријума за вредност државе или одбацују државу у опште. Хегелизам према свом метафизичком принципу да је све разумно, и према својој нарочитој симпатији за државу (што има узрока у томе, да је држава ред), прима државу макаква она била. Ова филозофија покушава да издвоји нарочити идеал, али она више није доследна: јер ако има идеала, онда није све разумно. У опште идеја еволуције и идеја да је у свету Апсолутни Разум у контрадикцији су. У сличној ситуацији се налази и телеолошко гледиште. У њему такође постоји контрадикција између метафизичке концепције и моралних идеала које поставља: пошто је Бог добар, није могао створити зло; постављати етички идеал значи претпостављати да у свету има зло. Дарвинистичко гледиште је наличје хегелизама. Све је разумно; основни закон да јачи побеђује такође је разуман. Према томе јачи има права да побеђује. Сваки који је на власти (који је јачи) и са правом је на власти. — Хегелизам ставља државу изнад друштва, марксизам друштво изнад државе; хегелизам

ставља на прво место јединство, марксизам борбу класа; за хегелизам је држава разум, за марксизам зло: она је класна институција, и по њему треба уништити државу и створити друштво.

Ко нема критериума за вредности, тај је фаталиста. Ништа горе од тога! Ко тврди да је јачи бољи, тај је такође фаталиста. Социализам, ако не одобрава класну државу, из тога још не излази да треба да је одбаци као буржоаску или да ће је одбацити као социалистичку. Неће је одбацити као буржоаску, ако се место ње не може ништа друго створити; неће је одбацити као социалистичку, ако друштво не може без ње. Ако је држава класна, она је то, јер је такво друштво. Уништите класе (то се може учинити уништавајући и садашњу државу), уништили сте класну државу. Али не државу, јер баш у социалистичком уређењу биће потребна јака централизација.

Какав ћемо ми критериум узети? Културу схваћену као систем вредности у хармоничном односу, као средство за усавршавање живота: свака грана има свој самосталан домен са објективним специалним условима, али под једним општим да служи животу. Право треба такође да служи животу. То му је крајњи циљ. Оно служи на тај начин, што ствара ред у друштву. То му је непосредан циљ.

Држава је једна форма у којој се појављује право. Али она је истовремено једна институција која има и других социалних функција.

Њен постанак показује нам да она служи реду. И чак кад би првобитно искључиво постајала борбом племена или група, она ипак врши функцију реда, врши је бар, као функцију примирја. Час кад постаје држава час је победе једног племена или једне групе. Боље је доћи до једног дефинитивног стања, него бити у непрекидној борби. Ако је постала пак тиме, што су створене економске класе, па је јача успела да буде јача и политички, то је једна социална нужност: мењају се само форме у којој јачи слабијега искоришћује; веза између економске и политичке моћи је таква да су апсолутно нераздвојне. Ако је постала диференцијацијом племена или због сукоба изнутра, онда је њена функција — то је сасвим јасно — ред. — Према резултату науке у овоме питању најбоље је узети да држава постаје првобитно диференцијацијом друштва и да су најчешћи случајеви да се та диференцијација састоји у борби класа или племена.

Ова функција државе се види на конкретним историским примерима како је постајала држава (пример са Јудејом, са

Русијом[1]); прелаз од феудализма у апсолутистичку државу). Једва има историских примера да је једно културно друштво остало без државе.

Данашња држава је класна у својој суштини. Државни социализам је интерес групе која је на власти. Њена граница је у приватној својини. Парламентаризам и цео социални систем има једну границу у којој се може применити. Преко те границе јавља се чисто социалан сукоб. Спас модерне државе је социализирање. Али ко ће то извести? Кооператизам и солидаризам у опште су идеалистички, или се разбијају о факт да постоје класне супротности. Модерно капиталистичко друштво је у таквом једном положају унутрашњих контрадикција, да ће утрти пут другом друштву. И кантизам и позитивизам траже преображај друштвени и приближавају се марксизму, покушавајући да се синтезирају са њим.

Држава је ред. Она треба да је савршен ред. Онда ће најбоље служити култури. Треба рационализирати државу тиме што ће се створити максимум спонтаности. То се може, према историском искуству, постићи само на тај начин што ће она претстављати одиста општи интерес: тада су сви делови уравнотежени. Људи могу бити у заблуди о свом правом интересу, али се увек буде. Историски закон је да побеђује онај који највише ради за културу, ко одржава својим напором друштвени живот. Данас су то сви људи који живе од свога рада. Спровести принцип рада — то је задатак државе.

Али да ли ће то она моћи да учини? Толико пута је била контрадикција између фактичке социалне садржине државе и идеала који јој се поставља према њеној суштини. У таквој је и данас. То је антиномија државе. Ако не може да створи сама себе вишом, створиће је друштво одоздо.

Идеална држава ће бити држава, у којој ће сви бити истовремено власници и поданици, у коме ће се (у овом смислу) поклопити држава и друштво. Она ће бити једна организација директно корисна као таква свима без разлике. Ако се дотле није могло видети јасно да је држава организација (институција, ред) за то што је служила интересу једне привилеговане групе, онда ће се видети јасно, пошто је у интересу свију група. Идеални момент пак у развитку овакве државе би био момент кад би она постала само центар споразума и кад не би била више потребна никаква принуда.

За данас је држава потребна и са својом силом. Она је потребна и у бољшевичкој Русији, чак као диктатура. По самој

[1]) Rosca (Félix de), Les Zemskié Sobors, Paris, 1899. Стварање руске државе дало је солидну основу руском друштву — то се може извући из овога дела.

теорији бољшевичкој држава постепено „изумире“. Тек са остварењем потпуног комунизма нестаје и државе, државе као силе. Али кад ће наступити тај момент? Данас је она и буржоазији потребна више него иначе: као оруђе класне борбе. Данас воде огорчену борбу две класе око државе. И тако држава данас има пуно вредности. И кад би се друштво развијало у смислу синдикализма, држава не би ни онда исчезла. Она би била та који би чинила центар споразумевања и хармонизирања међу синдикатима, и можда она би била одбрана индивидуе од притиска синдиката.

ПРВА ГЛАВА.

(Држава као правно лице и правна организација).

Увод. Проблем држава и право постављамо из два разлога. Најпре, да бисмо знали пред чим ћемо правдати државу: пред правом или моралом. Ако право претходи држави и, ако је оно више од државе, онда ће правдање бити пред правом: ако су пак право и држава исто, или је држава изнад права, онда ће правдање бити пред моралом. За тим да бисмо знали, шта држава по својим функцијама социјлно значи, да ли врши и правну функцију у таквом смислу да је она творац права, основног друштвеног фактора.

Тај проблем појављује се пред нама двојако: најпре као проблем да ли држава може бити правни субјект што значи да ли може имати права и дужности; за тим као проблем да ли држава ствара право. Од тога да ли је држава нижа од права зависи да ли може бити правни субјект. Ако је везана правом, онда је она правни субјект. Да ли је пак виша или нижа, крајњи разлог треба тражити у томе да ли држава ствара право или не — за проблем о правном субјективитету кључ је проблем држава и право. Боље рећи, проблем о субјективитету државе је примена проблема држава и право. Ипак једним делом он је независан од овога проблема: да би држава могла бити правни субјект, она треба по свом унутрашњем саставу да може то бити, треба да чини једну целину за себе, једну јединицу различиту од чланова који је сачињавају. У овом свом делу питање је чисто логичко. У другом свом делу ми ћемо овај проблем везати за проблем држава и право.

§ 1. Питање о логичној могућности правног лица је у истом положају у коме и питање о супстанци у филозофији. Једно и друго се састоји у крајњој линији у томе каква је синтетична моћ нашега ума.

Питање о правном лицу зависи од нашег гледишта о нашем сазнању, нарочито о средствима нашег сазнања. По оном схватању теорије сазнања по коме је једино средство

нашег сазнања искуство, места за апстракције у најбољем случају има као за фикције — према томе и места за правно лице; у најбољем случају оно је фикција. Фикцију пак ће употребити сваки према свом гледишту о корисности. То није више ствар науке, већ практичних гледишта. Најчешће се пак и пориче. (Типичан је случај са Дигуим који пориче овај појам као „метафизички“). По схватању по коме је прави основ сазнања ум, по коме искуство поставља само питања, правно лице је творевина људског ума, његова слободна конструкција. Са вредношћу ових филозофских концепција живе или падају и концепције о правном лицу.

По нашем схватању у процесу сазнавања учествује искуство и ум. Искуство чини основну и полазну тачку, ум прерађује материал који му пружа искуство: он издваја нарочите стране стварности и спаја их у целине. То је гледиште критичког реализма. Са овог гледишта правно лице ће постојати, ако му одговара нешто у искуству и, ако је то апстракција као и друге које чинимо. — Независно од овога важи став: ако појмови треба да служе животу, они треба да одговарају и искуству. Отуда онај, који признаје правно лице, мора признати да има извесног искуственог елемента. Онај који га признаје као корисну фикцију, мора признати какође да одговара искуству. Онај пак који пориче правно лице, пориче тиме нашу моћ апстрахирања.

И поред једне просте истине, иманентне свакој свести, у науци у питању о правном лицу врло се много лутало. Отуда је потребно осветлити целу ствар и са гледишта теорије сазнања. То лутање је дошло отуда нарочито, што се узима да реално јединство постоји само као психолошко или физичко. Међутим има и у погледу реалитета јединства један степен апстрахирања. На име може бити реалног јединства, а да оно није непосредно, као што је психолошко или материално. То је јединство реално у социалном погледу које се битно не разликује од горњег јединства. Оно постоји у колико постоје психолошко-физичка јединства, индивидуе, али међу којима постоје извесне социалне везе које их спајају у једну целину у социалном животу. Дакле у колико те социалне везе чине да их сматрамо као једно, што захтева социалан живот, у толико се разликује ова врста јединства од психолошко-физичког. Право је социалан фактор који регулише односе људи, разграничава сфере појединаца. Као такво оно се прилагођава социалном животу, социалним потребама, социалним вредностима и саобраћају.

С обзиром на то какву вредност има индивидуа у друштву у модерно доба, правни субјекти су и лица која немају *нормалне* (здраве) воље и нормалне свести. Право не тражи безусловно да један појединац има вољу и свест да би од њега

као психичког субјекта начинило правним, (као што безусловно незадовољава интересе свију појединаца). Оно безусловно тражи вољу и свест у колико мора бити у друштву извесних субјеката који имају нормалну свест и вољу (као што безусловно мора штитити интересе извесних појединаца и група). Пошто је последњи основ права психолошко-социалан, њега у последњој линији морају држати психолошко-социални факти: њега стварају нормалне свести и врше такве свести. Право по правилу штити људе са нормалном вољом и свести, али пошто у друштву има људи који немају нормалне воље и нормалне свести, оно штити из извесних разлога и такве — то су неурачунљиви правни субјекти. (Из каквих разлога, етичких и социалних у опште, овде нећемо у то улазити). У оваквим случајевима над интересима таквих лица бди какво друго лице нормалне воље и свести: један правни интерес држи нормална воља и свест. Правни субјект дакле није увек нормални психички субјект. Право не иде за психологијом у овом погледу.

Саобраћај захтева да се известан скуп лица схвати као засебна јединица. За саобраћај, према томе и за право, довољно је само то, да се с поља једна заједница људи појављује као једно хоћу, једна воља и као један интерес. Унутра, стоји психолошка воља према психолошкој, али с поља стоји једна једина воља према спољном свету. Изнутра постоје посебни интереси појединаца, али с поља постоји један општи интерес, изражен у заједничкој каси. Сам живот ствара овакве групе, овакве центре људских интереса који раде као једна воља. Људи се сами по себи удружују у овом или оном циљу. И већ сам саобраћај сматра такве центре за јединицу и људи се боре са њима или придружују као јединице. Право, констатујући да постоји једна воља и један интерес, признаје га као лице и тиме омогућава саобраћај и у овом облику.

Овакве групе, овакви центри људских интереса постају односима својих чланова. Правно лице је по свом унутрашњем саставу правни однос. Не спори се да мора постојати однос. Али се спори да тај однос мора бити и праван. То ми међутим хоћемо и можемо де докажемо. Последњи елемент правног живота је правни однос. По својој суштини право је однос. Оно је однос кад га посматрамо у његовом функцисању, као реални социални фактор. На име, људи који се налазе у правним односима, налазе се у једној врсти реалних односа. Оно је однос кад га посматрамо као норму. На име, оно регулише односе људи. Према томе, примарно је у праву правни однос. Правно лице може бити само нешто секундарно. Само, ако су правни односи добили нарочита обележја, стварају се правна лица. Само кад би унутрашњи односи били ван права, могло би се тврдити да правно лице није правни

однос. Али како је могуће да се права не тичу односи од којих у резултату се појављује једна правна институција? Оно што има правног дејства мора да је по својој природи правно. Свако правно лице сачињавају појединци. Они морају учинити један акт по коме ће бити регулисани односи међусобно да би се постигло јединство воље и интереса или који ће бити основ да законодавац регулише те односе тако да се постигне јединство воље и интереса. Правно лице сачињавају појединци који стоје у извесним односима. Ако су ти односи само фактички, они не могу никако дати правну институцију. Појединци су створили правно лице тиме што су ступили у одређене правне односе. Још јасније је кад се помене опште познати факт да се односи који састављају правно лице расправљају по правним прописима.

Према томе садрже по један део истине: најпре теорије које одбацују појам правног лица откривајући да је правни однос (A. v. Ferneck) правно лице — по нама постоји баш за то, што је правни однос; затим теорије по којима правно лице није никакво реално лице већ згодан симбол који може послужити у економском саобраћају и да у ствари ван појединих људи нема ништа друго — правно лице је реално, али у једном другом смислу, социалном. — Према томе не може се правити никаква разлика између институције и правног односа. Као институција се може обележити нешто што је ван појединаца или што је трајно. А то је правни однос. Он је ван појединаца на један релативан начин, на који једино је и могуће нешто ван појединаца. Правни однос може бити и трајан.

Питање да ли је у правном лицу битан елемент воља или интерес, изгледа да нема смисла.[1]) Без воље је немогуће правно лице, исто онако као што је немогуће без интереса. Увек има и воље и интереса. Да се докаже да је битно интерес, узима се обично као пример то да су правни субјекти умоболна лица. Умоболна лица немају нормалне психолошке воље, па су ипак правни субјекти. То је истина. Али из тога још не излази последица да је битно интерес. Воља умоболног се замењује нормалном вољом других лица. Његовом интересу ставља се у службу воља нормалних лица, нормална воља. Интерес и воља чине правну целину. Ни у овом случају правни субјект није могућ без воље. Како ће се доћи до воље, са свим је свеједно, право ће употребити сва могућа средства да интересу стави у службу вољу.

Ако не може бити речи да ли је битно воља или интерес, ако је немогуће без једног и без другог, може бити речи о

---

[1] На њих нарочито удара гласом L. Michoud, La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 906; La notion de personnalité morale, III и IV. Он стоји на гледишту да је у правном лицу битно интерес.

томе шта законодавац при стварању правних субјеката фиксира. Ту се сукобљавају три разне концепције, по једној је за законодавца у горњем смислу битно воља, по другој интерес, по трећој идеја. По нашем мишљењу живот прави компромис међу њима. Детаљно излагање овога овде не спада. Што се тиче правне конструкције, она остаје недирнута: она захтева и вољу и интерес увек. Правна конструкција, пошто има практичну страну, намеће се и законодавцу кад хоће да спроведе своју концепцију о правном субјекту: и он се мора потрудити да једном интересу нађе вољу. У ствари горња разлика између гледишта законодавца и конструкције је у разлици социалног гледишта које се интересује циљем и правног које се интересује институцијом по себи. Зато можемо рећи, са социалног гледиштасе може расправљати је ли битно воља или интерес или што друго, са правног је подједнако важно и интерес и воља. Правно лице је немогуће без воље и интереса.

§ 2. Однос једне ствари, једног лица и његове радње према норми може бити двојак: норма од њих прави или субјект или објект. Правна норма прави једно лице правним субјектом тиме, што му приписује права и дужности. Не постоји никаква логичка нужност да мора увек бити и дужности и права. Фактичко је питање да ли ће бити субјеката који имају само права или само дужности. Важно је да један има права а други дужности, да једном праву увек одговара дужност и обрнуто. Правна норма прави од једне ствари или једне радње (да ли лице може бити објект, дискутује се) правни објект тиме, што га чини садржином једног права или дужности. Кога одн. шта ће правна норма начинити једним или другим, зависи од њеног социалног циља. (С обзиром на циљ може се говорити и о томе ко треба да буде једно или друго.) Нас се овде тиче правни субјект. Правним субјектом може бити један психичко-физички субјект. Ми смо утврдили да то може бити и једна друштвена заједница.

Из самог појма правног субјекта излази прва последица да је претпоставка за постојање правног субјекта постојање правних норама. Правни субјект је сваки онај који има права и дужности. Права и дужности одређује правна норма. Правни субјект је на основу правне норме, нижи дакле од правне норме. Према томе правна норма му претходи. О правном субјекту се може говорити кад је већ створено право. Правни субјект не може бити онај који ствара право. У овом случају начин обвезивања субјекта правом може се јавити једино као самообвезивање. Самообвезивање пак спада у етичку област: морал почива на вољи субјеката која је истовремено и творац моралне норме.

С обзиром на ово, у погледу субјективитета државе, два гледишта о односу државе и права: прво, по коме право творевина друштва и друго, по коме је творевина државе, имају ове последице. Ако је право творевина друштва, држава је испод права. По томе, ако је могуће у опште правно лице, могуће је да држава буде правни субјект. По једној од теорија које стоје на овом гледишту, реалистичкој, правно лице је у опште немогуће (према томе се не може ни говорити о држави као правном лицу). По другој од њих, формалистичкој, правно лице је могуће и по њој је држава правно лице кад примењује право т. ј. кад управља и суди. И тима је исцрпљен цео проблем. Ако је право творевина државе, поставља се питање кад држава може бити правни субјект. Према горњем ставу да субјект не може бити онај који ствара право, држава у функцији стварања права не може бити правни субјект.

Из појма правног субјекта излази и *друга последица да су сви субјекти једнаки* у смислу да нема субјеката изнад права и субјеката испод права, да је према томе држава субјект једнак са свима осталим субјектима т. ј. да је и она субјект испод права као и остали.

По схватању по коме је држава виши правни субјект, она је виши правни субјект по томе, што је суверена, што има власти т. ј. што има право суверености, правне власти. Извршимо анализу овога појма. Право суверености које има држава има основа или у норми која је створена ван државе или у норми коју је створила сама држава.

Ако је први случај, онда је то у ствари право суверености које је по својој природи идеално. Ово право не може бити позитивно из овога разлога. Право државе на сувереност значи право које има држава да створи позитивно право. Пошто је држава та која ствара позитивно право, право на основу кога је она добила то право не може бити позитивно; од државе тек почиње позитивно право, позитивно право је идентификовано са државним, право пре тога је друге врсте, право које није државно, ми називамо идеалним правом. У ствари то право државе је постулат етички, религиозни или метафизички: држава треба да има права да ствара право. Не може се међутим никако узети да је то право друштвено. Јер у том случају цело позитивно право би било друштвено. Држави би могла остати као једина функција да констатује друштвено право. Друштво које би давало право држави да ствара позитивно право, могло би само оно да га ствара и у крајњој линији оно би било прави извор права, творац права.

Ако је други случај, онда држави није ни потребно да себи ствара право, то је факт да она ствара право. Чему ће држава која ствара право да прописује једну нарочиту норму којом ће дати себи то право? Она ствара право — то је факт. И то не може бити никакво право. Да ли ће себи дати то

право или не, може нас интересовати са моралног гледишта: у колико нас интересује то какво гледиште држава има о томе да ли она сматра да има право на стварање права или нема. Самим тим, што ствара право, она има права на то у том смислу да слободно, невезана ничим врши ту функцију. Али то право није право у позитивном смислу. Јер тек из тога факта да она ствара право ниче позитивно право. Сувереност државе је факт. Онај који сам себи даје права, може га дати или не, стоји до његове воље. То у ствари и није право, јер почива на његовој самовољи. У том случају воља и право су идентични: воља је извор права; она није везана и по томе она остаје самовоља. Само воља од које не зависи хоће ли бити везана може бити право. Везана воља нормом је правна воља. Та везаност не може бити изнутра т. ј. од саме воље чија је везаност у питању, јер онда је етичка, већ споља т. ј. од друге воље, онда је само правна. Норма, која везује, правна је ако долази с поља, од другог субјекта.

Утврдили смо да држава није правни субјект кад ствара право. Ако није правни субјект кад ствара право, је ли то кад врши друге јавноправне функције? Каже се: само држава има права да казни. Или појединац данас нема права да сам казни онога који је према њему учинио противправно дело. Један указ краљев није његов указ то је указ државни. Ту ради кроз краља држава: краљ ради у својству државног органа. И судије, и администратори раде као државни органи, као власти. Та власт међутим не може бити њихова већ државна. Ми знамо међутим, да све те радње имају вредности у колико су на основу права које је фундамент државе. Све друге радње су власт, у колико су на основу права, јер све друге су испод права. Све власти почивају на једној јединој, на законодавној. Право заповедања једнога министра или једнога судије има основа у праву стварања права. Сва лица, која заповедају, заповедају на основу закона. У ствари заповеда један једини орган. И ма колико имали аутономије, дискреционе власти или ма како се то иначе звало они увек раде на основу права. Право ваља обухватити у његовом целокупном процесу стварања. Њега ствара не само законодавни орган већ и сви остали. Јер административни и судски раде на основу права како га они схватају и како га умеју применити. Они истовремено примењују и развијају право. Споредно је да ли раде по праву које је законодавни орган или који други створио. Важно је да раде на основу права. Ако постоји, дакле, какво право заповедања, оно је право стварања права. Ми смо међутим доказали да се онда држава не може јављати као субјект, према томе не може ни овде. Кад се ствар посматра историски, онда се јасно види да су ове функције факта (а не право), као и законодавна, да држава на њих

нема никаквог априорног права, већ да се оне јављају услед социалних разлога у једном историском моменту. (При томе играју улогу телеолошки разлози: онај који ствара права, треба и да га брани од напада, функција стварања права и судска историски не могу бити много растављене једна од друге). — Горњи закључак би се дао избећи најпре под једним условом да се ове функције на неки начин одвоје од законодавне т. ј. да свака од њих постане самостална: у овом случају би свака од њих у ствари била законодавна. То би пак значило растројство државе. За тим под условом да имају један самосталан основ. У том случају би у ствари једна општа функција била законодавна, а ова друга законодавна изгубила свој raison d' être.

Ако се право заповедања управног и судског органа одваја у науци обично, то долази отуда, што се право заповедања схвата као материално, фактичко: сваки орган наравно заповеда, у сваком акту власти појављује се заповедање. Али за право је важан правни појам заповедања; основ заповедања. Тај основ се налази у правним нормама. Држава заповеда кроз све органе, али увек у истом квалитету, као творац права. Разлика у томе како заповеда није таква да су заповедања различитих органа квалитативно различита, већ у техничком погледу: законодавни орган заповеда апстрактно, остали конкретно. Али ни ова разлика није одсечна, од апстрактног до конкретног има прелаза. По нашем схватању је дакле заповедање свију државних органа без разлике у ствари заповедање закона. Има само један императив, императив закона. (В. § 4 IV).

Пошто су и акта заповедања, акта „власти" на основу права, она се по својој суштини не разликују од свију других аката. Разлика између тих аката и других аката државе, (приватно правних) није разлика као између аката обичне државне личности и аката суверене државне личности, већ као између једностраних аката и двостраних. Али кад су ова акта правна акта, испод права, зар држава није правно лице и при вршењу ових аката? Не, ми смо у обмани кад постављамо ово питање. Држава није та која врши ова акта, већ појединци. У колико та акта важе за државу као државна, она су конкретизирање права, она су само право, као судски и административна акта. Кроз једностранн акт државног органа држава заповеда као правни поредак. Ту управо не заповеда орган, већ врши једну функцију. Само тај његов акт је једностран у томе је његово правно обележје. Тако је увек кад држава ради по праву (управо њени органи), али кад она ради против права (кад се радње њених органа њој упишу), она је правно лице. (В. § 3 I).

§ 3. Држава није правно лице као власт. То је закључак досадашњег нашег излагања. Да ли је правно лице кад није власт?

Она може бити као таква правно лице, јер је једнака са свима осталим правним субјектима што чини битни услов за постојање правног лица. Да ли ће одиста бити, то зависи од тога да ли ће се конкретно јавити потреба да она прими на себе права и дужности. Пред собом имамо питање кад држава није власт.

Држава није власт у унутрашњим односима кад чини противправна акта и кад ради као приватно правно лице. Држава није власт у спољашњим односима као међународни субјект. По чему није власт у прва два случаја и по чему у трећем?

I. Држава је власт као творац права. Она је власт и кад примењује право: кад управља и суди. Она је власт онда у колико ради на основу права, што смо раније констатовали и ближе одредили. У колико је у сагласности са правом, у колико је у својим акцијама право, у колико конкретизира право, у толико је она власт. Она остаје материално, фактички увек власт и онда, кад ради противправно. Она заповеда са претензијама да се појединци покоре. Она их чак физички приморава да јој се покоре. Али она нема права на то, пошто је сама прекорачила границу које јој је ставило право. Држава има права да заповеда т. ј. да орган изда наредбу, учини једностранн правни акт, док ради у границама права. За нас је ово важно; заповедање на основу права, је правно заповедање. Индиферентно је то какву санкцију има један противправан акт. Она се може кретати између максимума: кад акт у опште правно не постоји, и минимума кад акт производи све последице осим што евентуално може повређени појединац материално тражити накнаду штете. Она може бити потенциална и ефективна т. ј. или се захтева да се констатује противправност или да се неко жали или је одмах, без икаквих услова противна. Један акт је на пр. неправилан према једном одређеном лицу и то под условом само, ако лице протестује у прописаној правној форми; т. ј. ако појединац одиста протестује, акт је противправан ефективно и држава није више власт, дотле он је само потенциално противправан. Појединац се понекад мора покорити заповести власти, и ако је она противправан акт за то, што јој није констатована противправност. Али кад се утврди да је противправан, акт престаје важити, појединац не би био дужан да се покори ни првог момента кад би могло да се утврди да је акт противправан. Право с једне стране не признаје никакав противправан акт, с друге стране не допушта појединцу увек у свима случајевима да му се не покори докле год се не утврди од власти да је противправан акт. Са овим ограниченьима треба схватити противправност.

Држава у овим случајевима није власт, ипак зато није увек правно лице. Она је то, у случајевима противправности кад одговара појединцима. У овим случајевима она се појављује као правни субјект, јер кад одговара, она има извесних дужности, дужности пак може имати само правни субјект. У овим ситуацијама може се говорити о њеним правима, у колико она имају основа у њеној дужности, у колико су везана за испуњавање њене дужности (ако се у опште може говорити о правима). У свима другим случајевима, кад држава не одговара, дакле и у оним кад одговара чиновник који је вршио функцију али само он, држава није правни субјект. Она у овим случајевима остаје једна друштвена организација.

Држава може да одговара за оне радње при којима је могућа противправност. Које су то радње? Пре свега, при примарном стварању права не може бити ни речи о противправности, јер тек са примарним стварањем права почиње живот права уопште. Пошто дакле није било права, не може ни бити речи о каквој правној одговорности. Али при доцнијем стварању права могућа је противправност, ако је усвојен принцип да постоји устав, ако се разликује између основног и секундарног права. На име, могући су противуставни закони. А кад је то могуће, они који би били оштећени, зашто не би могли тражити накнаду штете?

Држава као законодавац може да чини противправна акта и на један други начин. На име, она може да злоупотреби своју власт и кроз законодавно тело може да порекне своје обавезе које има на основу једног индивидуалног акта, на пр. уговора. Држава са гледишта права дужна је да испуни своје обавезе. То је принцип који излази из саме суштине права. Једини начин да их се ослободи је тај, да изда нов закон, ново правило које ће важити у опште за све случајеве уговора одн. датог индивидуалног акта. Ако она ипак се ослободи директно доносећи закон који се односи на дати конкретни случај, она је учинила очевидно злоупотребу.[1]) Она се ставила изнад основног правног принципа, дакле изнад права, тиме против права. У извесној граници су могућа противправна акта законодавног органа, према томе и одговорност државе.

Исто тако и при вршењу судске функције. У свима законодавствима важи принцип res judicata pro veritate habetur. Правни саобраћај захтева извесност. Ако нема извесности при функцији која се састоји у заштити права, и у томе да се дефинитивно утврди какви су правни односи међу појединцима, нема је нигде. Онај који примарно ствара право не одговара, јер он је тај од кога почиње право. Онај који штити право и

---

[1]) Jèze, Principes généraux du droit administratif, 914, p. 109.

утврђује какви су правни односи такође не може да одговара, јер он је тај који претставља крајње прибежиште страна у спору: негде га мора бити и то је суд. Ипак у колико се неће наношодити том основном правном захтеву извесности, могуће је отступање од принципа неодговорности државе. По најновијем француском праву држава одговара материално појединцу у случају да се у кривичноправним споровима деси ревизија пресуде, којом се пронађе да је тај појединац првом пресудом невино осуђен[1]). При вршењу судске функције само у извесној граници могућа су противправна дела, према томе и одговорност државе.

У пуној мери противправна акта су могућа при вршењу управне функције и то при административним актима. У административне акте не урачунавају се политичка акта (која се тичу међусобних односа највиших органа, парламента и владе[2]). При овим актима је искључена противправност, према томе и одговорност државе. — Пошто нема иначе никаквог разлога за ограничење примене принципа одговорности државе, то су и случајеви одговорности државе најчешћи.

(Овде смо доказивали кад су могуће противправности и кад природа функције не спречава одговорност државе, обележавајући узгред примере где она по позитивном праву одговара. Цео проблем се обухвата потпуно, кад се расправе и друга питања о одговорности. В. § 5 1).

У свима случајевима где може да се јави противправност, према томе и одговорност државе, држава одговара за акте власти, приликом вршења аката власти. Али при томе она одговара на један особен начин, на начин како се одговара у приватном праву: држава одговара новчано и она даје накнаду штете. Оно што важи за сва друга правна лица (вештачка) важи и за државу. И држава, као и сва друга правна лица, не одговара кривично.

Држава одговара приликом вршења власти, али не као власт, јер држава — ми смо то утврдили — кад врши противправна акта, престаје бити власт. Није ли тиме постала приватноправни субјект? Као правни субјект, она је једнака са осталим субјектима. Зар то није обележје приватноправног субјекта? Чак и у једној концепцији по којој има вишег и нижег субјекта, субјекта са правом суверености и субјекта без овога права, постоји разлика између јавноправних и приватноправних субјеката. Исто лице је јавноправно и приватноправно. Јавноправно је у колико носи субјективна јавна права.

[1]) G. Tessier, La responsabilité de la puissance publique, 1906, Titre préliminaire, Chapitre II.

[2]) Duguit, Traité de droit constitutionnel I 1911, § 45.— Teissier, op. cit. p. 41—43.

Разлика између јавноправних и приватноправних субјеката је разлика између субјективних јавних и субјективних приватних права. Сви јавноправни субјекти не морају имати иста права. (Неко има само активно бирачко право, други и пасивно, а неко нема никаквог). Али сви су једнаки у једноме: да су испод закона. И сви исте категорије т. ј. сви они који се налазе у истој ситуацији једнаки су међусобно. То исто важи за приватноправне субјекте. Сви приватноправни субјекти су међусобно једнаки у горњем смислу: сви субјекти који се налазе у истој правној ситуацији: сви могу имати својину и сви могу закључивати уговоре. Али и они, као и јавноправни, немају једнака права — један има више, други мање права. Апстрактно сви су једнаки, али конкретно, пошто сви нису у истој ситуацији, нису једнаки. У овом погледу изгледа да постоји супротност између јавноправне и приватноправне једнакости. Изгледа на име да су приватноправни једнаки, по логичној нужности, док јавноправни могу бити и неједнаки. У ствари, као што у јавном праву немају сви једнака права, исто тако и у приватном. Сваки од нас може наследити, али он ће наследити, ако буде у једној одређеној ситуацији. Баш онако као и у јавном праву, свако може имати право гласа, али га свако нема, све зависи од тога какви ће се услови за то поставити. На крају крајева једнакост значи у обадве области исто: сви у истој ситуацији третирају се на исти начин. То је правна, формална једнакост. Према томе из тога што је држава субјект једнак са осталим субјектима не излази никако да је она приватноправни субјект. Какав је онда она правни субјект? Одговор на ово питање овде не можемо дати. За нас је било овде важно само то да утврдимо кад се држава јавља као правни субјект. На овом последњем питању пак смо се задржали да бисмо доказали да из тога што одговара као фиск никако не излази одмах, само по себи, да је она приватноправни субјект, да дакле кад смо доказали да је субјект нисмо и доказали да је приватноправни субјект. — Ми смо само показали да је држава субјект.

По Berthélemy-у држава одговара само као приватноправно лице, кад није власт већ као сваки други појединац у саобраћају. Ово никако не одговара пракси: држава одговара и при вршењу јавноправних функција, што он у осталом сам признаје.[1]) Његова погрешка долази отуда, што при решавању питања кад држава одговара полази од тога кад је држава правно лице, место да пође од тога кад држава може да одговара. Овакву, тачну полазну тачку има Hauriou[2]). Ем-

[1]) Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, 1913, p. 77—81.

[2]) M. Hauriou, Principes de droit public, нарочито p. 92 и 255.

пириска теорија која по свом солидаризму наглашава јако одговорност државе, стављена је у тежак положај да призна да је држава правно лице. Она покушава да то избегне али без успеха.

Нашем гледишту чини се оваква замерка. Ако држава одговара при вршењу јавноправних функција, онда одговара по нужности као субјект суверености. „Ко је одговоран? Одговорна је држава као правно лице. Дакле она је одговорна за једну полициску заповест. Ако се каже да држава као правно лице нема право полиције, долази се до закључка да је држава одговорна за правни акт који она не може учинити.“[1]) Према овоме, или ваља признати отворено да је држава правно лице и онда, кад чини акта суверености или признати отворено да при вршењу јавноправних функције не може да одговара — једно од двога. Таква дилема у ствари не постоји. Они који чине овакву замерку заборављају на факт да држава одговара само за противправна акта. Кад то не би заборавили, они би сами закључили да држава онда није власт, пошто више иза ње не стоји право, које је извор њене власти. Теškоћа може бити у томе само да је држава један пут лице други пут није (Види § 4, VIII).

II. Држава је правно лице као приватноправно лице, као фиск. Она има стварна приватна права и облигациона као сваки други појединац и дужности које кореспондирају овим правима. Она има својину, службеност и т. д. Она закључује уговоре и т. д. Принципиелно, она је једнака са осталим приватним лицима. Од овога има отступања. То да је држава власт рефлектује се и у њеним приватноправним односима. Познат је факт да граница између приватног и јавног права није одсечна. У сваком случају у извесном обиму она је једнака са осталим приватним лицима. Ближе одређивање какав карактер носе та отступања с обзиром на ово не спада у обим студије. Акт суверености од акта као приватног лица увек се може јасно разликовати. Акту суверености одговара привилегисан положај државе у поређењу са положајем других приватних лица. Та два акта чине једну фактичку целину, али правно они се могу јасно разликовати: та два акта чине један сложени правни акт. Држава и појединац су у сложеном правном односу, држава заповеда појединцу и држава уговара са њим.

Кад је утврђено да је сложен акт и да је са појединцем у сложеном односу, онда је јасно да држава не мора бити у оба случаја правно лице: кад заповеда, она није правно лице; кад је на једнакој нози, она је правно лице. Могућност овакве

[1]) Бележке г. Важе Суботића са предавања проф. A. Rouzier, у Лиону.

ситуације је могућност у опште да држава буде, у једном квалитету правни субјект, у другом пак да то не буде.

Као фиск држава се појављује са заједничким патримониумом. Обично се узима да је то основ државе као приватноправног лица. Али ми смо утврдили да држава одговара као заједнички патримониум и при вршењу јавноправних функција. У обадва случаја држава одговара као фиск. Па ипак одговорности су различите врсте. У овом случају држава одговара као приватноправно лице, по прописима приватног права; у претходном као власт која је прешла границу правних прописа, по прописима јавног права.

III. У међународном праву држава се појављује при вршењу функције које су изнутра власт, али које то нису с поља, она је у односима с другим државама субјект једнак са осталима, јер кад се две организоване власти ставе једна према другој, оне су једнаке. Њена унутрашња природа даје нарочито обележје држави, али никако је не чини субјектом вишим него остали. То има само за последицу да цела област међународног јавног права има једно нарочито обележје. (У ствари међународно право је нешто што личи истовремено и на приватно и на јавно право). Држава остаје такав субјект и онда кад се појављује у овим односима са својом функцијом да ствара право. С поља и при вршењу ових функција она је једнака са осталим међународним субјектима. Она не заповеда у међународним односима, као што заповеда у унутрашњим. У свом квалитету кад ствара права изнутра, она је виша него појединац. У свом квалитету кад ствара право с поља т. ј. међународно јавно право, она је једнака са осталим правним субјектима (В. Глава друга, § 5, VII).

У међународним односима држава одговара не само новчано (накнада штете) већ и као власт. На пр. она је понекад дужна да казни кривично или грађански своје органе; или она је дужна да донесе извесне законе и т. д.

По томе што одговара и као власт изнутра она одговара и кривично у једном смислу. Али и кад одговара новчано, њена одговорност је приватноправна у нарочитом смислу.

Према свему изложеном држава се појављује у неједнаким квалитетима као правно лице. Разлика између државе као субјекта кад одговара појединцима и државе као субјекта кад одговара као фиск очевидна је. У првом случају одговара при вршењу јавноправних функција, у другом само при вршењу приватноправних функција. Очевидна је исто тако и сличност: у оба случаја она одговара и новчано. Држава као међународни субјект пак одговара и као власт изнутра и по томе се разликује од субјеката у обадва претходна случаја. Међутим одговара новчано и при повреди међународних дужности.

Опште у све три ситуације је то да је држава без суверености т. ј. да је испод права као и остали правни субјекти, јавноправни и приватноправни. Јер, као што смо видели, држава је и у међународним односима испод права. Како је и ту испод права, показаћемо у глави другој, § 5, VII.

Живот је изгледа тако сложен да га класификације на које смо навикли не могу обухватити. Она класификација на приватноправне и јавноправне субјекте са правом заповедања не само да није добра, пошто нема јавноправних субјеката са правом заповедања, већ је и недовољна.

§ 4. Држава као власт није правни субјект. Шта је онда она?

I. Формалистичка метода (Kelsen) је државу у њеној законодавној функцији, ставила ван правног гледишта у социално. Правно гледиште по њој, иде дотле, докле је држава субјект. Чим то више није, она спада у социално гледиште. За њу има двоје: или је субјект или факт, искључено је у опште да буде правни однос. Међутим онда, када је држава по овој теорији државе факт, она је у ствари правни однос. Правно гледиште треба да иде све дотле, докле и правне норме које регулишу јавноправне (овде у јавном праву) односе људи и које одређују услове стварања права. Онај који излаже позитивно право, излаже и те прописе. И ти прописи су најважнији правни прописи што је сасвим разумљиво без нарочитог развијања. Правно гледиште мора ићи и дотле. То исто можемо доказати и на други начин. Правно гледиште иде све дотле, докле има правних субјеката. Њих пак има и у државној функцији при стварању права, на име, извесни субјекти стварају право. Правно гледиште не иде дотле, докле је држава правни субјекат, већ дотле, докле има правних субјеката који врше јавноправне функције. Кад хоће да се ухвати правна природа државе, не сме да се пређе преко ових правних правила. Бацити их у социално гледиште, значи напросто негирати их. Када се пак ово прими, онда се лако прима да је држава правни однос, јер је држава састављена од правних субјеката т. ј. субјеката у правном односу. — Ово гледиште с ким дискутујемо је гледиште формализма и то баш показује његову немоћ. Формализам схвата право, као једну идеалну форму, правне норме као идеалне у оном смислу у коме кантизам схвата логичке законе. Према томе њему је страно све што је фактичко. Пошто је стварање права један реалан процес, то са свим природно стварање се ставља потпуно ван свога гледишта. Та његова особина наравно има утицаја и у питањима примењивања права.

Интересантно је, како крајњи правни формализам признаје ограниченост правне методе: правна метода по њему не може да обухвати целокупан правни живот. Она не може да обухвати нарочито процес стварања права, и тиме више

но што треба додирује се са емпириском методом. Између јуристичке методе и емпириске остаје једна врло танка преграда. Раздваја их то, што јуристичка метода признаје државу као правно лице. Али пошто држава више није никаква власт и пошто је по њој свако правно лице једна тачка урачунавања и ништа више, држава излази из оквира стварности и претвара се у функцију, држава као и да није правно лице. Док емпириски појам правног лица отворено и енергично одбацује, јуристичка је тако рећи прикривено одбацује[1]). Емпириско гледиште пак, не схвата државу као правни субјект, па ипак сматра да је оно једино правилно гледиште. Оно на име констатује емпириска факта: оно констатује најпре, да је држава диференциација на управљаче и поданике, т. ј. да је једна организација у којој има горња диференциација, затим, да је право социално, творевина друштва а не државе, најзад да они који чине државу имају дужности да се покоравају овом праву — то је све. Међутим кад постоје ови елементи треба поћи један корак даље.

Тиме што је држава, као социална диференциација на власнике и поданике, регулисана правом, тиме што сви они који чине државу, па и власници, имају дужности да се покоравају правним прописима, држава је од социалне организације постала правна. На страну овде то, што се овој теорији указује несавладљива тешкоћа да власнике подведе под право.

Формалистичка теорија не може порећи факт да постоје правни субјекти и при стварању права просто за то, јер је то факт и никаква конструкција не може од њега направити друго него што је или га порећи као и да не постоји. Емпириска пак не може порећи факт да се и власници налазе у правном поретку: ако ништа друго, они су оруђе за спровођење права. Ради овога у питању право и држава они морају да учине велике уступке. Али исто то морају и у погледу конструкције државе. Она није само социална организација, организација сама по себи, већ правна организација у којој је извршена подела права и дужности. Било да је право друштвено, било да је државно, држава је правна организација. Ако је друштвено за то, што ипак регулише односе оних који чине државу, сем тога и за то, што се мора узети бар да држава констатује право. Ако је државно за то, што у њој чак и извесни појединци као њени саставни делови стварају право — ту се и не може сумњати да је држава правна организација.

Међутим не може се никако узети да је она правни однос између органа као власти и појединаца. Ако се држава схвати као такав правни однос, онда се мора учинити прибежиште

---

[1]) В. друга глава, § 1.

или уговорној теорији или психолошком објашњавању. Однос између онога који има силе и онога који је нема, између „власти“ и појединца је најпре фактички, као што је то по својој суштини сваки однос сила. Да би постао правни, потребно је да силу признају појединци. Они је пак могу признати на два начина: или што ће закључити уговор са „влашћу“ или што ће бити убеђени да органи треба да су на власти. Данас у науци полазе последњим (другим) путем. По Ленингу (Loening[1]) овај фактички однос постаје правни онда кад буду људи који се налазе у таквом односу, убеђени у нужност тога да неко мора да господари а други да слуша. По Коркунову пак, кад буду убеђени у нужност зависности.

Ове теорије уносе у правну конструкцију елемент који ту не спада: силу. Сила сама по себи је увек факт. Тога су свесне ове теорије и отуда покушавају да пронађу известан основ за преображај силе од факта у право. Најприроднији пут је да се нађе основ у убеђењу да је та сила нужна. То међутим има вредности у питању о социалном основу права. Али онда то није тачно, јер право има основа у чистој сили. Зар је мало било таквих режима а зар их мало има? То се не може тврдити чак ни за право у опште. То питање је питање филозофије права. Правна конструкција полази од факта да постоји право. Кад постоји право, онда тек може бити речи о правном односу. Нико у правном систему нема силе, већ само права и дужности.

II. Држава је правна организација. Шта то управо значи? Потребно је да ближе ограничимо појам државе. Она је несумњиво као правна организација по својој суштини исто што и право: ред. У том погледу све што се има рећи о праву, има се рећи и о држави. Најважнији задатак је при томе да се право ограничи од морала.

О праву се не може говорити докле год не постоји ред у друштву. Али ни о моралу се не може дотле исто тако говорити. Морал регулише односе људи као и право. Чим морал поставља извесне дужности појединцу, он одређује сфере делатности. И по томе већ његов проблем је друштвени мир. То се може констатовати на „социалним“ моралима свију народа и епоха, филозофске концепције које би поставиле моралу други циљ, не познају суштину морала (као на пр. Ничеов). Али има једна разлика међу њима. То је разлика у начину како регулишу односе. Морал рачуна са вољом поје-

[1]) Der Staat, III, 1 и 2. Држава је по њему „реални правни однос између владаоца и „поданика.“ „Обавезна снага права почива на томе да људима влада претпоставља да они морају живети ради себе у стању у коме има власти, јер они могу задовољити своје животне потребе и бити заштићени само под влашћу.“ И т. д. (У Handwörterbuch d. Staatswissenschaften, Zweite Auflage, VI B.)

динца, и у најбољем случају са психолошким социалним факторима. Право је пак по својој природи једна социална организација. Право ствара организовано друштво и оно важи у организованом друштву. Право и није ништа друго него организовано друштво. Морал има за циљ мир, и мир коме тежи право, трајнији је и сигурнији мир. Али право је увек фактички један мир, макар спољашњи мир тј. макар примирје. Морал обвезује само онога који је убеђен у његову вредност. Право обвезује свакога.

Организација је једно исто што и мир или ред. У друштву у коме сваки има одређену сферу делатности и у коме правила, која то одређују, фактички важе, постоји мир или ред. Та правила, по којима функционише социалан живот или, још ближе, делатности појединаца, чине правна правила. Мир је резултат њиховог функционисања. То је социалан ефект свију тих правила. Та правила, међутим су сама суштина права, само право. У ком смислу ова правила важе, у колико садрже идеалан елемент, о томе ћемо говорити доцније (II глава, § 1).

По својој садржини та правна правила пак нису ништа друго него правни односи. Правна организација није ништа друго него један систем правних односа. Док социолога интересује правна организација као организација, као друштво у миру, правника она интересује као правна организација као систем правних односа. Ту је граница између социолошке и правне методе. Појам мира или реда према томе ближе има да одреди социологија. Садржину пак правне организације има да одреди правна наука. С погледом на садржину правне организације поставља нам се питање да ли се држава поклапа са целокупном садржином правне организације или само с једним делом. Кад одговоримо на ово питање, одредили смо дефинитивно појам државе. У садржину правне организације спадају и правни односи појединаца т. зв. приватно-правни односи. Они несумњиво имају основа у принципима које је поставила држава (ако држава ствара право) или које има да штити држава (ако друштво ствара право), дакле у каквим другим односима. Али не можемо узети да су и ти односи сама држава. Појам државе ћемо ограничити на ону садржину правних односа који чини организацију (законодавни орган, управни и т. д). Има једна сфера у којој је појединац ван непосредног удела у организацији и то је социална средина и има једна сфера у којој је појединац директно у организацији. Свако право је постало у организацији или бар свако право штити организација. По томе је свако право део организације. Али свако право при свом вршењу није у самој организацији већ ван ње међу појединцима. Сваки појединац има права да се тужи суду за повреду свога права, управо за неиспуњене дужности од

страве другог субјекта, по томе на крају крајева свако право је право, али пуно права односно дужности које има појединац такве су врсте да су ван организације. Само она права односно дужности која су директно у организацији чине државу. Та организација је „власт" државна.

По томе сви појединци који врше јавноправну функцију, ма каква она била, чине државне органе. Државни органи су и бирачи. Обичан говор сматра за органе сама законодавни, управни и судски орган. Међутим то су и бирачи, и кад се узме да они не чине једну целину са законодавним органом, (као што то узима на пр. Ђ. Јелинек). То су и они који чине избрани суд, јер чине у том квалитету део државне организације. То су и они који сведоче по дужности, јер учествују у функцији суђења, стварно онако исто као и судије. (Колико који појединац стоји у односу према телу које чини, излази из оквира ове расправе). Овим се проширује појам органа, али он се проширује по једној логичкој нужности. Некритички ум могао се само задржати на оном обиму органа како се обично схвата у животу, на улици.

По овим својим функцијама појединци чине једну целину. Њихова акта нису њихова, већ су акта која припадају целини, која имају општу вредност. Та акта не чине њихов правни субјект већ чине државу. Сама та акта су држава. Пошто та акта имају основу у праву, то она чине државу у колико су према праву. Али то би било сувише идеално. Људи могу да чине приликом најсавеснијег вршења својих функција противправна акта. Понекад несавесни људи чине ове противправности, али пошто је држава створила правни пропис по коме одговара онај у чије име се врши акт, та акта се сматрају као државна. Право врши једну социалну функцију: и отуда и поред свег строгог логичког захтева да су акта државна само она, која су у сагласности с правом, држава, ипак уступајући потребама живота, признаје и противправна акта као своја (§ 5. IV).

Овоме треба додати и то да ову правну организацију треба схватити, као и сваку социалну организацију, динамички, она није дата одједном у својој потпуности, већ постаје. Њено право постаје у времену: или се мењају стара правна правила или се развијају, детаљишу, по једној унапред утврђеној процедури. Њена акција бива у времену: да једном правном принципу који одређује акције садрже се многе могућности, које ће се реализирати записи од конкретних прилика. Ово ће све бити јасније, кад у другој глави развијемо идеју да је право нешто фактичко по својој суштини.

III. Да би држава могла функционисати, потребно је да их извесни појединци врше. Тај однос између појединаца и државних функција носи правни карактер. На име ти људи

имају права да врше државне функције, имају дакле субјективна јавна права. Држава дакле претпоставља субјективна јавна права. Без њих је она уопште немогућа, јер без њих не би била правна организација, а кад није правна организација, онда није у ствари ништа. Немогуће је замислити правну организацију, ма каква она била, у којој би појединци имали само дужности. То се не може замислити за однос између два правна субјекта као таква. Још мање се може замислити за однос који изражава једну организицију у којој се ствара право. Држава је на име таква правна организација да у њој неко мора да ствара право (ако она у опште ствара право) или да констатује право (ако друштво ствара право). Неко дакле мора имати субјективно јавно право на основу кога може учествовати у стварању права. И у опште, пошто је држава власт, неко мора имати субјективно јавно право да врши власт у њеном конкретном облику. То је за нас важно. Да ли морају тим правима одговарати и дужности, то нас се овде не тиче, као што нас се не тиче исто тако да одредимо ближе суштину субјективних јавних права.

Поред тих права која су потребна ради организације власти, постоје и права потребна за социалну акцију индивидуа. Таква су права слободе разне врсте. Слободе су право. Право су, јер и оне су на основу правног поретка, јер су одређене позитивним правом у свом конкретном облику (колике су, каквих ће последица бити, ако буду повређене и т. д.)

Извесна врста тих слобода су основи за субјективна јавна права прве врсте. Ако не постоји право слободе збора, немогуће је извршити политичко организовање и према томе немогућа су права учествовања у организацијама јавне власти, бар у њиховој потпуности. Право збора је у модерном друштву с обзиром на његову социалну структуру неопходна претпоставка за стварање законодавног органа. Друга права слободе су чисто права социалне активности. На пр. такво је право својине. (Ближе у овај проблем овде не можемо улазити.)

Најзад постоји једно право које претставља скуп одређених јавних субјективних права, које је у ствари једна сложена правна институција која се у извесним моментима појављује као јединица за себе. То је право држављанства. Њега неки погрешно сматрају за услов субјективних јавних права. Међутим оно је услов колико и свако друго право. На име, за стицање сваког права без разлике потребно је да се испуне извесни услови. Исто тако и за право држављанства. То је један елемент појма једног права, али тим се не исцрпљује нипошто само право.

Сва ова права имају заједничко то да важе према свима. По томе су ова права равна. Сваки други елемент не би био општи и због тога не може се узети као њихова карактери-

стика, кад се она посматрају сва скупа. То је међутим суштина правног поретка: једна врста од њих, прва, чини основ за стварање и примењивање (или одбрану) права, друга основ за социјалну активност и трећа основ за сва претходна права (у једном њиховом нарочито склопљеном комплексу). То је суштина правног поретка кад се он посматра у односу према индивидуи. Ова права су у ствари сва права која човек може имати у држави. Дакле, сва права су јавна по својој природи, нема никаквих приватних права, по њиховој природи. (Сва су наравно приватна, у колико припадају појединцима).

Ипак може се говорити о приватним правима. Али ти права не могу бити по својој суштини нешто друго него што су јавна т. ј. она остају јавна, али само једна перспектива јавних права, један облик, у коме се појављују. Сва јавна права се конкретизирају. Али док субјективна јавна права прве врсте која чине основ за стварање и примењивање права остају у истом облику, увек права према свима, док њихово конкретизирање директно одговара њиховој правној природи, док између права и примењивања код њих нема никакве разлике — дотле субјективна јавна права друге врсте која чине основ за социјалну активност мењају свој облик, при свом конкретизирању, она се појављују и као права према одређеним појединцима, као права међу одређеним лицима (у ограниченом броју), између права и конкретизирања код њих се јавља једна промена. На пр. докле је право бирачко увек право према свима (што се обично изражава: право према држави), дотле је право службености право према одређеним лицима. Оно је наравно и право према свима, иначе неби било право.

После свега изложеног појам државе добија овакав облик. Пошто смо појам државе ограничили само на појам организоване власти, онда њену садржину чине субјективна јавна права појединаца, потребна за организовану власт. Субјективна јавна права потребна за социјалну активност појединаца падају ван појма државе. Појам државе и појам јавних права се не поклапају. Право може бити јавно па да ипак не буде саставни део државне организације. Али и ако не спада у саму државну организацију има основа у њој: јер сва права постају у држави. Држава је основ за све могуће правне односе који се створе међу појединцима у друштву, али она није ти односи она само чини њихов основ.

Теорија државне суверености не може да нађе правни основ субјективних јавних права. Ако држава има право суверености, за индивидуу не остаје у опште никакво право. Право суверености искључује свако друго право. Свако друго право може бити само одблесак овог њеног права. Свако друго мора имати основа у овом праву државе. Међутим ово

је по својој природи — право суверености — такво, да не оставља никаквог простора за самосталност другог права. Ко је суверен, он држи све у себи. Ко је суверен, искључује у истој области сваког другог суверена. У држави може бити само један суверен: држава или индивидуа. По горњој теорији то је држава.

Узалуд Јелинек покушава да нам докаже нужност субјективних јавних права. „Свако право је однос правних субјеката. Замишљени изолирани правни носилац је неизводљива претстава. И држава може права имати само ако стоје према њој правна лица. Фактички однос постаје правни само онда, кад обадва члана и власници и поданици признају један другог као носиоца узајамних права и дужности. Однос господара према робу беше правни однос само према трећим лицима, као сваки однос једног лица према једној ствари. За роба беше моћ господара чисто фактичка моћ; пошто он не беше правни друг за њега и не беше никаква правна моћ.

Тако од постојања јавног овлашћења чланова једне државе зависи постојање јавног права уопште. Правни поредак који овлашћује само једно лице, бесмислица је. Објективно јавно право с једне и субјективно право државе с друге стране су условљени чињеницом да су власник и поданик као такво правни чланови (другови[1])". По начину како нам доказује, Јелинек нам у ствари доказује: ако постоје субјективна јавна права, постоји и држава као субјект, али не и обрнуто: ако постоји држава као субјект, нужно постоје и субјективна јавна права. Ево из ког разлога. По њему је држава виши, суверени правни субјект који ствара право. Ако је она то, ако је она творац права, она је истовремено и творац правних субјеката, она садржи у себи и све друге правне субјекте, она је субјекат који је основ и синтеза свих правних субјеката. Према томе, други правни субјекти су у њој, а не ван ње или наспрам ње. (Међутим свако спуштање државе на ниво обичног субјекта личило би на акт да Бог постане човек, био би дакле мистериозан). Због тога се не може узети да субјективитет државе условљава постојање субјективних јавних права. Али се може узети обрнуто да постојање субјективних јавних права, условљава постојање субјективитета државе. Ако постоје субјективна јавна права, значи да постоји правни поредак; међутим кад постоји правни поредак, постоје и правни субјекти; и сама држава сада може бити субјект, ако зато има практичне потребе. Али она више није виши, суверени субјект, него субјект једнак са свима осталима. Полазни став Јелинеков: да је право однос субјеката у ствари може значити само ово. Ако појам државе као вишег, сувереног субјекта не задовољава овај став,

[1]) System der subjektiven öffentlichen Rechte, друго издање, 1919, стр. 10.

који признаје и поставља сам Јелинек, то значи да овај појам није добар и да га треба одбацити. Тај став искључује појам државе као вишег, сувереног субјекта.

Исто то се може доказати и на други начин. Држава, која има право суверености, не може бити ограничена. Право суверености не значи ништа друго, него право бити неограничен, право да држава може радити шта хоће и како хоће. Ми смо раније доказали, да има само један начин да се она ограничи, етичко ограничење. За појам права је потребно међутим правно ограничење. Пошто се држава не може правно ограничити, она не пада испод права. Према томе она као таква не може бити основ права уопште, следствено и субјективних јавних права. Пошто она није испод права, зависи од њене воље хоће ли или не поштовати права индивидуе. Она правно није везана да их поштује. Таква права немају никакве гаранције и никакве стабилности. То су многи писци у немачкој и енглеској литератури отворено признали[1]).

На супротном гледишту стоје природноправне теорије које су практично добиле израза у политичком принципу народне суверености. По овим теоријама држава може вршити своје функције само у границама природних права, она је ограничена овим правима и чак служи као средство за заштиту ових права.

Емириска теорија пак (Duguit, Jèze) избацује појам субјективних јавних права. Констатујући државне функције (за њу су оне социалне), она мисли да је исцрпла све. По њој има само функција, само објективних правних ситуација, али никаквих права. Она теорија је у једној обмани. Она посматра правну организацију саму по себи, као извор свих права и дужности. Пошто из ње све потиче, онда и нема у ствари никаквих права. Као што је право социално, и права која се дају појединцу су социална. То у ствари дакле и није право већ социална дужност. Али по њој право није само социално по својој функцији, већ и по свом постојању. Отуда друштво заузима место правног поретка. А тиме се јавља и једна промена. Док је реч о правном поретку као извору права, не може се никако јавити на рачун тога, што су порекнута права појединаца, право каквог вишег субјекта, пошто је правни поредак нешто безлично. Али кад је на место поретка стављено друштво, и ако друштво није организовано, врло лако се пада на идеју да друштво једино има права. И одиста, по њој, у крајњој линији друштво је то које има једино права. И одиста, ако индивидуа има само дужности, онда друштво као извор права може бити то које има права. У правном свету постоји корелат права и дужности: једном праву одговара једна дуж-

[1]) Dr. Friedrich Giese, die Grundrechte, Tübingen 1905.

ност и обрнуто. Кад дакле индивидуа има дужности, онда друштво, пошто је творац права, као једини могућа правни субјект има права. Ту се позитивистичка теорија додирује са немачком теоријом државне суверености: по првој право има друштво, по другој држава. А кроз њих се додирују два филозофска духа: позитивистички који служи као основ горњој теорији и метафизички (Хегеловски) који служи као основ теорији државне суверености. Али то показује да позитивизам овде није остао позитивизам: он је прешао границу факата. Онај који даје право суверености држави, идеалише државу, тај чини једну метафизику (што ми развијамо у другом делу детаљно). Овај пак који даје право само друштву, идеалише друштво, и такође чини једну метафизику: од друштва чини једну метафизичку супстанцу. Друштво није хомогено да би било један субјект, оно је састављено од индивидуа или од социалних група. Правно, оно не може да вреди више него индивидуа: јер и она учествује у стварању права. То, што ствара право, то је један факт и из тога не излази никакво њено право. Етички пак никако се не може доказати да је друштво више него индивидуа. Друштво је факт као и индивидуа. Вредност друштва и индивидуе може бити само у њиховој вредности по културу или по развитак козмичког живота. Али кад се стоји на тој основи, онда се може закључити на један етички принцип по коме и индивидуа и друштво имају истовремено права и дужности. — И с обзиром на активитет индивидуе, не може се бранити ова теорија. По њој би индивидуа требала да добије све од друштва, да буде потпуно пасивна. Стварност се међутим противи томе. Друштво је узајамно утицање активних индивидуа.

Индивидуа у модерној држави има извесну сферу субјективних јавних права. То и одговара модерној правној свести. Томе факту ни теорија државне ни теорија друштвене суверености не могу да нађу правног основа. Оне међутим морају да га нађу. Кад не могу, крећући се у граници позитивног права, у којој се по њиховом мишљењу оне крећу: једна, кад узима да држава, друга кад узима да друштво има право суверености, да нађу овај основ, оне га налазе у идеалном праву. Ово је са свим природно: пошто се крећу у ствари из почетка у области природног права у горњем смислу. Оне само продужују свој пут. Истина, оне тиме чине уступке једној етичкој концепцији која је у супротности са оном од које су пошли. То они не виде. Ова супротност је очевидија код позитивистичке теорије по којој индивидуа има само дужности. По овоме нагледа да је у опште немогуће говорити о правима. Међутим претставници ове теорије ипак говоре о правима. Шта више они су врло строги у захтевима за одбрану права индивидуе (Дигуна су назвали чак и анархистом). Ствар је у

овоме. Права која има индивидуа врши их као социалну функцију. Права постоје у толико у колико служе општим друштвеним интересима. Права су социална и по своме циљу (као што су по своме основу). У ствари дакле или се социолошки објашњавају субјективна права или се поставља један етички постулат каква треба да су права и како треба да се врше. Али кад је тако, онда не треба са правног гледишта говорити о функцијама и објективним правним ситуацијама, а негирати потпуно појам субјективних јавних права, други пут пак говорити о заштити права индивидуе, чак и о праву отпора индивидуе за заштиту права. Због тога треба признати да постоје субјективна јавна права и онда тражити им један пут правни основ, други пут социалан — ово двоје треба са свим јасно разликовати.

Прелаз у етичку, управо социалну област јасно се види код Јелинека. Јелинек каже: „Они (појединци) имају своја сопствена права, која имају не као на милости суверене државе, не као њени делегати, већ они имају своја права помоћу њеног признања и као правни носиоци леже са свим изван реалног односа сила". Сопствена права која леже изван реалног односа сила су права чија је основа метајуристичка. Јелинек је основ права, као и само ограничење државе правом, нашао ван правног света у метајуристичком свету. Келзен је са свим у праву кад констатује, да је по овоме схватању ропство данас правно немогуће. У ствари оно је немогуће социално. Држава као суверена правно га може увек створити, али ограничена социално то данас више не може. Код Лабанда се овај карактер такође види до душе на један посредан начин. По њему негативан статус (Јелинеков) није правни статус т. ј., он је ван правног домашаја: то је област природне слободе. Ако је то тачно, онда констатација Дигуиева је оправдана: у почетку постоји само природна слобода, држава се обележавањем субјективних права сужава; индивидуа и држава су у супротности. Иначе несхватљиво је да Лабанд не види једну просту истину: да нема области у коју право не може продрети; и негативни статус је правни, јер га држава регулише, у колико једну сферу оставља појединцу на вољу.

§ 5. У сваком правном поретку индивидуе (извесне индивидуе, не морају све, јер је било робова) морају имати субјективна јавна права. Али колико ће их имати и како ће она бити заштићена, зависи од конкретног правног система. Модерна правна држава се одликује тиме, да даје учешћа у државној организацији маси индивидуа и да својом организацијом штити и права која је дала. Заштиту индивидуалних права постиже тиме што ставља државне органе, власт испод права, што ствара такву организацију да органи не могу изаћи на границе права или ако изађу што је створила одговорност

органа који су учинили противправна акта или одговорност саме државе. У ствари заштита права је и проширавање права. Незаштићена права и нису права. Али заштита права проширује права и у правом смислу речи, истина посредно, кроз организацију. Кад се у Француској један појединац може жалити Државном Савету и за повреду интереса, његова права су у ствари проширена. Ово се нарочито види при одговорности државе.

I. Пошто за нас она није јавни субјект, већ само правна организација, питање о ограничењу државе правом поставља се са свим просто, као питање: да ли се поједини органи могу ставити испод права, т. ј. да постоји известан надзор над њима, извесна могућност да се натерају да се крећу у границама права. Практично, тај проблем значи, да ли се управни органи могу ставити испод права. Обични законодавни орган (ако у законодавству постоји разлика између уставних и неуставних закона), може се ставити испод права, ако судски орган (или који други) има права да цени уставност или неуставност закона. Судски, у својој организацији може наћи средства у овом циљу. Индивидуална одговорност је пак и овде нужна санкција. Законодавни орган се такође ставља испод права по својој организацији. И ту постоји, у једној нарочитој форми, у форми једне врсте дисциплинске одговорности, индивидуална одговорност[1]). Овај проблем модерне правне државе, има највише практичног значаја у подвођењу администрације под закон. Неограничена правом, она може учинити велике злоупотребе, јер она држи државну акцију у својим рукама. У апсолутистичкој држави она је била или сам апсолутни владар или његово оруђе, данас, кад је влада ограничена, она може бити само испод закона. Одговорност индивидуална, одговорност државе, органи који ће пресудити спор око повреде права између појединца и државе и који ће у опште спречавати незаконска акта, обележавају модерну државу. То све у ствари ништа друго не значи него практично извођење идеје правне државе. Кад би се принцип поделе власти схватио као и принцип по коме сваки треба да се држи строго у границама своје функције, идеја о правној држави, дала би се спровести на тај начин, што би се овај принцип доследно извео: Законодавни орган треба да је испод уставног, судски и управни испод законодавног; не дати могућност организацијом да могу прећи границу и створити санкцију за случај, ако пређу.

Проблем, ставити државу испод права, добио је облик проблема самообвезивања државе, пошто су по њој органи

[1]) Једино правобитна законодавни орган који преставља почетак једног правног система не може се подвести под никакво ограничење правно, без сумње може под заштитно.

идентификовани са државом, пре свега са законодавним органом. И ту је добио онај страшни облик: како да држава која је творац права себе стави испод права? Једини пут је пут, којим је пошао Јелинек. Држава сама себе аутономно ограничава. То је у ствари, као што смо видели, етичко ограничење. А с њим упоредо иде да је држава схваћена као психички субјект, пошто само такав може бити етички.

Теорија формалистичка пак је државу ставила испод права као субјект: држава се као субјект појављује у квалитету носиоца правног поретка (а не творца). У колико је успела у томе, ми смо већ видели. Иначе, по њој је држава, кад није субјект, дакле онда кад је творац права (ако је по њој држава то у опште т. ј. ако то није друштво, в. другу главу, § I.) правни поредак као и по нашем схваћању.

Емириска се мучи узалуд да стави власнике испод социалног права. Ако су власници одиста то, онда су они потпуно самостални. Ако су они ти, који држе власт, онда су чак и творци права. Као што ћемо то показати, од њих зависи како ће констатовати социално право т. ј. солидарност (в. друга глава § II). Ко је тај ко их може натерати да се покоре социалном праву, кад од њих нема никакве више власти (јер су власници)?

II. Кад се држава схвати као правна организација, доказује се врло лако да држава може одговарати. Кад је правна организација, она се може појавити и као правно лице. Као правна организација она може бити таква да постоји једно правно правило по коме држава у извесним ситуацијама одговара. Ако је немогуће учинити прелаз од државе која је виши правни субјект, са свим је могуће учинити прелаз од државе као правне организације ка држави правном лицу. Правна организација је медиум у коме постаје правно правило и истовремено она је основ за правно лице. За то што је ред у њој је могуће да се створе правна правила, која регулишу одговорност државе. За то, што је ред, она може да постане правно лице. Кад функционише сагласно правним правилима, она је правна организација; кад учини противправна акта и за то одговара, она је правно лице. Кад је правна организација, односно правни поредак, она одређује у којим моментима и у којим ситуацијама ће држава одговарати т. ј. кад ће бити правно лице. Данас према правним схватањима и према данашњем положају индивидуе у држави, држава као правна организација је створила правна правила по којима одговара у извесним ситуацијама.

Некада држава није одговарала као апсолутистичка. Модерну правну државу одликује од ове то, да одговара. У њој држава одговара, на пр. у Француској: 1) за повреду једног права, 2) што се држава обогатила неправично (enrichessement sans cause) и 3) што се вређа принцип једнакости: под овај принцип се могу подвести сви они случајеви у којима држава даје појединцима накнаде из разлога, што су извесни појединци поднели више жртава него други.

Сви се слажу да је у првом и другом случају у питању одговорност државе, права одговорност; у другом, јер и у приватном праву постоји такав правни принцип. Што се тиче трећег случаја, по некима није у питању одговорност већ само извесна накнада коју даје држава. Решење овога питања зависи од тога је ли и у том случају у питању правни принцип, је ли и у том случају држава повредила чије право. Које је од ових гледишта тачно, нас се овде не тиче.

Пошто држава не врши сама акта већ преко својих органа, поставља се питање како да држава за противправну радњу својих органа одговара или другим речима како се противправне радње њених органа урачунавају држави као њене противправне радње. Ово тешко и суптилно питање спада ван обима ове студије. Данас је типична теорија у овом погледу теорија ризика.

Немачка теорија идентификујући органе са државом у колико раде по праву, искључује одговорност државе, противправан акт остаје акт појединца. Немогућност да се одговорност државе за јавноправне функције призна са гледишта теорије државне суверености признаје се од самих њених претставника[1]). Њихов главни разлог зато је у томе, што је држава по њима, кад врши ове функције, „суверена власт“ по чему се и разликује од осталих субјеката (и што чини основу за разликовање јавног од приватног права). Држава као суверена, као „власт“ има права да заповеда; ко пак има ово право, стављен је ван одговорности — заповедање и одговорност се искључују. А због чега управо ово? Јер заповедање у свима облицима (закон, административни и судски акт) у крајњој линији значи заповедање на основу права, јер је дакле целокупна државна акција идентификована са правом. Појединци могу чинити противправна акта, али не држава. Појединци могу одговарати, али не држава.

По формалистичкој теорији (Келзеновој) држава, и ако субјект једнак са осталима, не може да одговара из разлога, што је држава као субјект схваћена идеалистички. Она је носилац права, оваплоћење и синтеза правних норама и увек остаје у таквој улози. Она не може никако да изађе из граница права. Држава и право су једно исто. Пошто правне норме чине логичке судове, а не императиве, пошто су дакле правне норме схваћене у њиховој идеалности, то је и држава која је њихов

[1]) Типична је Michoud, De la responsabilité de l'état à raison des fautes de ses agents, 1895.

носилац схваћена у идеалности. Међутим тај принцип да држава не може одговарати, никако се не слаже са принципом да су сви субјекти једнаки. Ако је држава једнака са осталим субјектима, она мора да одговара као и остали. Не одговара ли, треба извести са свим отворено или закључак да је она фикција или закључак да је виша од осталих субјеката. Ако је држава један идеалан субјект, онда су то и остали: јер су субјекти по својој суштини увек исти, увек су по овој теорији тачке урачунавања. Али у том случају они сви су неспособни да учине противправна акта. Наравно, у овом случају ми се налазимо у свету фикција. Такав апсурдум међутим нико паметан не може да тврди. А онда, кад је тако, треба признати да и држава одговара[1]). Ако се и поред тога упорно тврди да међу свима субјектима само држава не одговара, онда се у ствари она схвата као виши правни субјект и то треба отворено признати. И онда таква држава је идеализирање. Таква држава није реална држава какву ми познајемо. Држава је друштвена организација у којој људи, радећи баш за њу и у њој као њени саставни делови, учине понекад противправна акта и ради којих по нашим концепцијама о праву пада одговорност и на државу. — На овом практичном питању се показује како кроз ову теорију идеја о вишој вредности државе, како се формалистичка теорија интимно додирује са теоријом државне суверености. (В. глава друга, § 1). Шта више она је нагласила да држава не може да одговара.

По теорији државне суверености држава не може да одговара и због тога још, што се она не може везати правом у опште. Онај који се не може везати правом, не може ни одговарати. Практично у једној форми принцип обвезивање државе правом је принцип одговорности државе. По нашем гледишту наравно она се може везати правом (в. исти параграф II,) али у смислу да је идентична са правом, али тако да ради по праву фактички и да у случају противправности одговара.

Не признавши могућност да држава одговара, и теорија државне суверености и теорија формалистичка ставиле су себе у једну тешку ситуацију. Оне не могу да објасне факт да има случајева у којима држава одговара по позитивном праву при вршењу јавноправних функција. Оне међутим не могу признати изузетке. По њима има само двоје: или држава као власт може да одговара или не може. У таквој ситуацији њихов једини логички пут је одговорност из целисходности.

Г. Слободан Јовановић, по коме државу оличава потпуно само законодавни орган, по коме је воља државна изражена

[1]) Друго је са свим питање о неодговорним субјектима, који су неодговорни не што не могу бити одговорни, већ што по правном поретку, по правним прописима не одговарају т. ј. ослобођени су одговорности.

само у праву, са свим логично закључује да држава не може да одговара. По њему, она може примити одговорност, одговорност чиновника на себе само из разлога целисходности, али не што је дужна. Пошто је по нашем мишљењу идентификовање државе са законодавним органом једино у духу немачке државноправне теорије то је и овај закључак једино у духу те теорије.

Емпириска теорија такође не може да нађе основа за одговорност. То, што она не признаје државу као правни субјект, то још није ништа. Она ће одговорност државе протумачити као одговорност лица која је чине, као одговорност свију, у толико пре што она садржи етичку идеју о солидарности. Али је опасно по њу то, што не признаје да је држава правни однос. Како би могли одговарати сви за погрешке једнога чиновника, ако не постоји између њега и свију правни однос? Ето фундаменталног питања које не може да реши ова теорија. Она је у једној чудној ситуацији. С једне стране она као солидаристичка захтева одговорност чак и законодавне власти и констатује еволуцију у овом погледу, с друге она не може да нађе основа за одговорност.

§ 6. Субјективна јавна права појединаца ми смо схватили као права у једној правној организацији. Ми смо их обележили као права које појединац има према свима члановима који чине државу. Та права нису права према држави као вишем, сувереном субјекту. Држава као таква, као виши субјект и не може ступати ни у какве правне односе.

Пошто се држава при вршењу својих јавноправних функција увек појављује као правна организација, правни поредак, то она при вршењу јавноправних функција не може бити ни у каквом правном односу са појединцима. Она остаје правни поредак, правна организација јача од појединца, један факт. Појединци који врше те функције као и појединци према којима се оне врше, несумњиво се налазе у извесним правним односима или ступају у њих. Али сама држава остаје увек само у фактичком односу, као једна организација која заповеда појединцу и која евентуално и казни. То се нарочито види при првобитном стварању права (односно државе). Право првобитно постаје фактички. Јача група односно јаче групе натурају своју вољу својом моралном или физичком силом. Дакле на један фактички начин. Кад та њихова сила добија облик правних правила, она и сама добија правно обележје: од фактичке постаје правна. На који управо начин она трпи овакву трансформацију? На тај начин што је то сада сила у једном организованом друштву, што је постала саставни део једног таквог друштва. На крају крајева на тај начин што је сила коју је имала једна група, постала општа друштвена сила, што та група сада добија силе од опште друштвене силе, од

организације. Фактичност силе преноси се на друштво да би се сила трансформирала у правну. Тиме пак од друштва у борби постаје друштво у миру, организовано друштво које ради по правним прописима и ствара чак право, али и поред тога оно задржава свој квалитет да је факт — оно што је била у почетку она то и остаје; она само мења форме. Она је друштво у почетку и то увек остаје. Али у другом моменту и у целом току док траје континуитет, друштво добија облик правног друштва, друштва које живи по извесним правним прописима. Нема никаквог разлога да друштво престане бити друштво и постане правни субјект. Нема никаквог разлога узети да друштво, и организовано, добије права на функцију да ствара право. Што друштво ствара право то је један факт. У појам права иде, да постаје у друштву: да целина заповеда појединцу. То је један социални факт и као такав остаје.[1])

Тврдити да друштво има и права може се само на основу каквих етичких постулата. Не мења ни најмање ствар што је друштво добило један нарочити облик да је држава.

Несумњиво је да иза целокупног правног система стоји једна норма упућена од државе појединцу: покори се мојим наредбама! Је ли то правна норма? Изгледа, да је и она правна, пошто је нужна основа свију других норама, пошто је нужна предпоставка за њих. У етици, норме, које су предпоставка за све остале етичке норме, оне које су делимично опште свима етичким системима, јесу етичке. Оне су њихова логичка допуна и, пошто у етичком систему влада логичност као и свуда и пошто нема разлике међу овим нормама и осталима (које чине директно садржину морала), то су оне исте врсте т. ј. етичке. Овде међутим та основна норма истина је основ за све остале, али она се не јавља са једном одређеном санкцијом т. ј. она је без санкције, док све остале имају свака своју санкцију. То је у ствари норма, до које се долази логичким испитивањем, она је допуна само у систематици, а не практично. Она је у ствари оно исто, што је у етици: треба т. ј. она није нарочита норма као правна. Она дакле може бити само етичка: треба да се покоравамо држави. Основни однос између државе као социалне организације и сваког појединца, однос заповедања и покоравања није правни, већ је етички или уопште социални.

[1]) На први поглед изгледа да постоји сличност између нашег схватања и схватања проф. Дигуи-а. Но време. Дигуи-у јача социална група која узима власт у своје руке има дужности да ради по праву т. ј. по солидарности. По нашем схватању та социална група добија дужности кад створи правна правила у друштву т. ј. кад створи организацију, рех и она је дужна да ради према тим правним правилима: јесу ли она солидаристичка или не, то је секундарно. По Дигуиу право је пре њих, а они само кладиће: по нама право почиње са њима и оно може бити чак искључиво њихов интерес и њихова воља.

По једном мишљењу ова норма, норма да се покоравамо праву, „најобимније од свију правних правила“ (Корнфелд) спада у обичајно право. Ово је сасвим у духу једне теорије, по којој је право нешто чисто фактичко: покоравање праву је право, управо његов основ. Кад се свет покорава правном систему, он се у ствари покорава овом правилу и обрнуто: то покоравање и чини од правног поредка правни („ово правилно држање чини правни поредак правним“). — Ова теорија у крајњој линији ништи разлику између морала и права или међу њима чини разлику као међу фактичким и нормативним: доследно, ништи и на овом месту. Питање по овом схватању је само у томе да ли се ова норма јавља као фактичко, као животно. Несумњиво она се појављује у извесној мери као таква. По другом мишљењу она је такође правна. Али се она садржи прећутно у самом правном систему: она је рефлекс целокупног правног система, она је резултанта свију појединих норама. — Ово је обмана која долази одтуда, што се од појмова чине ствари. Не постоји никакав рефлекс и никаква резултанта у правном свету, то је могуће само у физичком или психичком. У ствари постоји тежња сваке норме т. ј. тежња законодавца да норма важи. Законодавац иза сваке норме каже: послушај ме. Другим речима, свака норма је заповест. Или законодавац каже јоште: послушај, иначе ћу те казнити. Другим речима, норма има санкције. Ово су пак социјално-психолошка факта. С једне стране може постојати етичка дужност појединца да се покорава држави и онда, кад се не слаже са једном њеном одређеном заповешћу, с друге етичка дужност државе да врши своје функције у корист друштва. То зависи од конкретних психолошко-социалних услова једне одређене средине.

Формалистичка теорија овај однос заповедања и покоравања ставља у социално гледиште, за њу је дакле то факт, као и за нас. Али пошто је правне норме схватила као идеално логичке норме, она је принуђена да постави једну норму која захтева да се правне норме остварују. Важење права поставља као постулат (Види друга глава, § 1).

II. Како је тај однос фактички, на њему почива целокупна његова садржина, сви правни односи. И баш је то и потребно: пошто право треба да је фактичко. Негде се право и стварност морају додиривати. То је у односу који постоји између државе и појединца. Да ли ће се појединац покорити то је фактичко питање. Правна норма као један факт као једна заповест која и прети, намеће се вољи појединца да јој се покори. То је један однос, али тај однос је један факт у мору правних односа. То је спона права за реални живот. Ту пулсира социалан живот у право. Ако се просечно покоравају правним нормама они који сачињавају државу

право важи, т. ј. право постоји. Овај однос је пробни камен за право. Ако држава у својој заповести успе, онда постоји право. Она не мора успети безусловно, довољно је да успе само релативно, колико је потребно да постоји ред у друштву. Неизвршење заповести државне од стране појединца (под условом да право постоји т. ј. да просечно важи) повлачи извесне последице које су правне. Ако сам тај однос није правни, он повлачи за собом све друге правне односе. Он покреће разне органе и појединце на акције и самог оног који није послушао право ставља у разне правне ситуације (цео систем суђења и извршења казне или накнаде штете регулисан је правно). Али као што само материално извршење одлука судиских или аката другог каквог органа је факт, исто је тако и покоравање праву факт. У првом случају се појединац није хтео покорити вољно, сад, у другом случају он је то учинио невољно. Захтевање од државе да јој се појединац покори и покоравање, односно непокоравање правној норми је факт: држава и појединац су у фактичком односу.

У акту једнога чиновника и једнога органа у опште има два момента: један је момент заповедање, други је одређивање права и дужности. Први момент је фактички, други је правни, јер је он примењивање једнога правног правила, распоређивање права и дужности по правном правилу: чим је један чиновник створио акт власти, он је применио једно правно правило, дакле, применио, реализирао право. Први је чисто фактички т. ј. спада потпуно ван сфере распоређивања права и дужности. Али ипак он је тесно везан са овим чином; он је претпоставка за њега. Заповеда се да би се реализирало право. То је оруђе за право, али само није право. Чиновник кад заповеда ради као правни поредак. Појединац је онда у односу према правном поретку. Тај однос је, као што смо видели, међутим фактички. Шта ће у крајњој линији државни орган заповедати појединцу, зависи од садржине правног поретка. Садржина правног поретка се одређује социално. Да ли ће се појединац покорити једној правној норми, такође је једно социално питање. И то, најзад, што целина кроз правни поредак појединцу у опште заповеда такође је социално питање. Основ заповедања, садржина заповедања и само заповедање су ван права. Они су претпоставка правног поретка, али не улазе у сам правни поредак.

Слично се изражава Kelsen.[1]) „Ни фактичка изјава воље апсолутистичког монарха, ни стварни процес састављен од многих посебних воља закључка републиканског парламента, факта, која стоје у ланцу узрока и последице и као таква

[1]) Hans Kelsen: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes — 1920 — стр. 162.

значе моћ, нису то она факта која нас се тичу са правног гледишта. Она су само услови, под којима се једна правна норма једнаке садржине претпоставља као важећа, и само у важењу ове правне норме лежи све правно релевантно „власт“ или „моћ“. Чињеница везана за законе стварности, да један човек — као судија и извршитељ — казни, другог човека примора, та чињеница не стоји правнички у питању, већ једино правна норма, која под извесним условима такву принуду ставља као нешто што треба да је (gesollt), уређује, регулише, и норма важи, овај правни факт постоји, и кад узрочни ланац стварности, и кад ни мотивације људског поступања не показују факт једнаке садржине, и кад принуда — противправно — изостане. Није то законодавни или егзекутивни орган, како то правно просечна претстава, несвесна правнологичког основног односа, узима, „власт“, већ искључиво и једино правни поредак који је делегирао законодавни и извршни орган; и овог односа мора се човек увек сећати, кад у опште употреби персонификацију обавезних норама. Што је примитивна правна заједница без „власти“, услед тога произилази само то да је она без законодавних и егзекутивних органа који функционишу према принципу поделе рада.“ — Оваква истоветност у овом питању мога гледишта и Келзеновог у овоме, поред све разлике у схватањима, долази од истоветности гледишта о држави као правном лицу: држава као власт није правно лице, она је као целина социална организација.

III. Услов да један правни однос буде правно лице је тај да он пружи могућности да се у резултату створи једна воља. Према томе само извесни правни односи могу бити правно лице.[1]) Нас се овде тиче питање је ли држава такав правни однос да је правно лице. Држава је правни однос који може бити правно лице. То излази непосредно из тога, што је она једна социална организација, у којој је изведена подела рада, (подела функција). У држави свако врши једну функцију која није у супротности са функцијама које други врше. И та подела рада је таква да у њој има извесна јерархија или централизација. На првом ступњу стоји законодавна функција, она чини и центар и основу државе. Све друге функције се врше према праву. То је заједничка основа свију функција.

[1]) Уговор између два лица само под извесним условима може чинити правно лице. Управо уговор сам по себи не може, већ као основ за извесне правне односе може чинити правно лице. У уговору стоје две воље одвојене једна од друге. Само у односу који се створи на уговору, те две воље стапају се у једну. На пр. уговор купопине и продаје по ствара правно лице: ту остају ипак засебне воље, два одвојена правна центра са правима и дужностима. Али уговор који чини основу једног акционарског друштва, који је створио једну организацију, посредно бар, чини правно лице, јер он је крајњи извор те организације.

и отуда нема супротности међу функцијама. Ето то је та заједничка основа, што чини да у том правном односу има јединства воље. О томе пак да свака функција има за подлогу такву организацију да се врши што је могуће интензивније, пре свега да ту постоји јединство воље, не треба ни говорити нарочито. Јерархија или централизација на тој основи спроведена је кроз целокупну државну организацију.

III. Да се може без конструкције државе као сувереног субјекта, показује нам енглеско право. Док је ова конструкција постала у самом социалном животу, услед практичних потреба у животу једне државе, то се не може рећи за конструкцију по којој је држава врхи правни субјект: она је формулисање теориско практичног живота, и у најбољу руку једно од практичних средстава при стварању апсолутистичке државе (треба имати на уму да је било и других конструкција које су непосредно служиле истом циљу). Као што живот, саобраћај ствара институцију правног лица које је испод права[1]), исто тако у историји енглеског јавног права живот, саобраћај ствара конструкцију да је држава правни однос.

Држава по енглеском праву није никад била корпорација т. ј. активни правни субјект са правом суверености и остала је оно, што је била пре пет стотина година, само једна заједница, једна communitas као што је грофовија, једно пасивно друштво (Verband). Она је остала субјект, trust за кога други, trustee може вршити извесна права. Такав је субјект, који држи за њу права, круна. Њен положај је исти као што је положај на пр. грофовиског савета у грофовији, окружног савета у округу и т. д. Круна је правно лице место државе, која остаје један пасиван субјект. Отуда држава не може имати никаквих субјективних права као и обрнуто: појединац не може имати према њој никаквих субјективних права. Пошто дакле према држави као правном субјекту не постоје никаква права, то не постоји никакво јавно право. Тиме пак је избрисана свака разлика између јавног и приватног права.

Овакав правни систем је систем труста. Основно у њему је да један појединац држи једну ствар или једно право за другог. По својој суштини тај однос је облигациони, а не стварни. Тај систем се развио у више правних институција. Он је постао основа права удруживања, стварног, заложног и породичног права. То показује његову еластичност. Сви они правни институти развијали су се као институти equity

[1]) Из садашњости је згодан пример из француског права. Француски Касациони Суд је створио и приватна удружења приватноправним лицем из разлога целисходности: да не би одговарао сваки члан, он је узео, што је простије и згодније за саобраћај, да одговарају сви као целина.

(правичности), ван common law (позитивног права), и као такви они су били творевина судија.

Овај систем послужио је и у јавном праву врло подесно. Држава и њени органи у њиховом међусобном односу подведени су под ону правну категорију. Држава ни као фиск није постала правно лице, и ако као таква се јавља тек у 19 в., услед растења централизације у Енглеској, него као trustee.

Тај факт да је ова правна конструкција послужила тако дуго и за тако разне правне односе показује да она садржи у себи један битни елемент који одговара стварности, али нипошто да она одговара свима рационалним захтевима. Правне конструкције у опште не морају одговарати свима захтевима логике. Логика преко извесне границе има само теориски интерес, чисто идеалан. Кад је у питању однос органа и државе, довољно је за саобраћај с једне стране да има једно правно лице — нека је то и орган, — а не држава, с друге да орган не ради сам за свој рачун, него за државу. За саобраћај је потребно двоје: прво да има једно правно лице — то правно лице може бити центар непосредне акције т. ј. орган и друго да се зна у чијем интересу се ради, т. ј. да је тај орган државни. Оваква правна конструкција несумњиво мора да испуни још један захтев: да одговара извесним правним принципима који су већ освештани или да повуче за собом правне принципе који имају практичне вредности. Ова конструкција је у пуној мери, изгледа, испунила овај захтев. Она је била довољно еластична. Докле ће ипак моћи да служи корисно, да ли неће постати брана извесним принципима који су рационални по данашњим схватањима и односима и истовремено практични, да ли неће то постати и у будуће и да ли и можда сада није то, стоји под знаком питања.

Од ове енглеске конструкције државе као trustee до конструкције државе као правног лица нама изгледа да има само један мали корак. Ако енглеско право државу није схватило као суверену личност, одговарајући емпириском и истовремено демократском духу енглеског народа, оно је отклонило све метафизичке фантазме и идеје апсолутности и свемогућности државе. Ако је пак признало органе као личности, оно је задовољило захтеве саобраћаја — она служи и у свима оним односима у којима је по нама правно лице. Али захтевима саобраћаја и извесним практичним принципима одговара и друга логичка конструкција.

У енглеској конструкцији има једна нелогичност. Она се састоји у томе, што је направљен правним лицем онај који то у ствари није, орган место државе. Орган чини део једне веће организације, у чијем интересу ради. Имање, које се приписује за орган и на тај начин направи од органа правно лице, у ствари је имање државно. Органи као такви, као центри

воље и имање треба схватити као делове веће целине. То је једини логички пут; а кад се пође тим, оно, што је најважније, остаје. На име као што су органи испод права, исто тако је и држава испод права. Опасно је и нелогично, као што смо утврдили, признати да је држава правно лице које се не може подвести под право.

По енглеској концепцији држава је однос између органа. И то је са свим логична концепција. Али она никако не искључује постојање субјективних права. И ако не постоји однос између појединца и државе као субјекта, постоји ипак јавно право, јер ипак може да се направи разлика међу односима по њиховој природи. На пр. на основу саме те концепције могло би се узети да однос између органа чини садржину јавног права. И ако не постоје субјективна јавна права према држави као лицу, постоје субјективна права према другима као органима. Ово негирање субјективних права никако не повлачи за собом рђавих практичних последица: оно остаје само од теориске важности, права остају оно што су.

Ми овде констатујемо да је ова правна конструкција послужила практично у једној држави. Да ли су циљеви којима је она служила били увек за одобравање, то је друго питање. Ако је ова конструкција служила потчињавању колонија, противници империализма уписаће то на њену штету. Ни са тог гледишта не посматрамо практичну вредност ове конструкције. За нас је важно логичности, ми смо указали на њену ману. Што се тиче њене еластичности, и ту има ману. Кад констатујемо на пр. да је она спречила да се развије принцип одговорности државе или друге правне идеје, ограничавајући се само на примену на приватноправне односе, ми јој то приписујемо у ману. И у овом погледу конструкција правног лица (у извесним односима) је боља. По нашем мишљењу, најлогичнија и најеластичнија је конструкција по којој је држава правна организација у извесним квалитетима а правно лице у другим.

IV. Стављају нам примедбу да може бити само двоје: или је држава правно лице или није у опште. Онај који нам ставља овакву примедбу, рационалиста је: он схвата државу као једну логичну форму саму по себи ван правног живота. Правно лице је одиста једна логичка форма, али која има вредности у праву само кад је захтевају правни односи, правне ситуације, правни саобраћај или живот. Логика пружа само могућност, али она не чини правно лице. Право лице ствара правни поредак према практичним потребама. Према овоме (пошто га ствара правни поредак) унапред је искључено да држава буде правно лице у квалитету творца права. А увек иначе може то да буде кад год то саобраћај захте. Треба схватити

тај практични животни момент ове правне конструкције и онда је са свим јасно да држава може у извесним ситуацијама бити то, у другим не: практичног живота се тиче квалитет функција и правни однос у коме се држава налази. Отуда сама по себи не може се одбацити ни она концепција по којој је држава јавноправни и приватноправни субјект. Разлози против ње могу бити друге врсте. Они се састоје у крајњој линији, као што смо видели, у томе да се држава као суверени субјект не може ставити ван права.

ДРУГА ГЛАВА.

(Држава и право).

Увод. Ми смо већ утврдили у првој глави да држава не може бити правно лице у свом квалитету да ствара право. Ми можемо то исто и на други начин казати, онако како нам је потребно у другом циљу. Држава као правно лице не ствара право. С тим треба да смо на чисто одмах и пре расправљања питања држава и право. Оне дакле теорије по којима држава има право суверености унапред према овоме не решавају овај проблем. Ми смо показали идеализирање и метафизицирање ових теорија. (Нарочито прва глава, § 1). То ћемо показати на други начин и на овом питању.

Право је једна функција државе. Али по једном схватању функција државе је стварање права, по другом функција државе је констатовање права. Друго је оно схватање по коме друштво ствара право. Али ни оно само не може одвојити потпуно право од државе. Констатовати право, зар практично није исто што и стварати? Ко констатује право слободно, по свом нахођењу, он га у ствари ствара. Кад би се могла организовати контрола над таквом функцијом државе, могла би она остати „констатовање", али, пошто је то искључено, она је стварање.

Ко расправља питање о оправдању државе, тај пре свега треба да покаже државу у овој њеној функцији. Била ова или она теорија тачна о стварању права, све се слажу у томе да држава ради по праву или бар да треба да ради по праву. Право је основа за све њене функције.

§ 1. I. Право је један факт. И као за посматрање и испитивање права има само један једини метод. Право је једно исто за све оне, који га посматрају. Разлика гледишта може бити само у томе, што ће се исти факт посматрати по разним својим странама. Са једног гледишта се може апстраховати једна страна стварности, али се не може нипошто учинити фикција да та страна не постоји. Сем тога увек има један за-

јединички елемент за све могуће посматраче. Тај елемент чини суштину једне појаве. Такав елемент је у праву његово важење. Не може никако бити речи о правном важењу у супротности према фактичком важењу. Важење је једно, једне врсте. Ако право важи, онда и постоји. Право без оваког важења је contradictio in adjecto. Проблем је у томе: кад право важи? Шта је то управо важење права? Кад се утврди појам важења, онда тек могу да се гледишта разликују. Социолошко гледиште испитује социјалне узроке и садржину права у односу према социјалним појавама. Правно гледиште испитује правне институције или боље рећи утврђује правне појмове. Где ће бити граница између ова два гледишта, данас се јако дискутује.

Гледиште у правној науци које заступа идеју правног важења (формалистичка теорија) има основа да при априористичкој филозофији по којој логичке категорије важе као такве и у ствари овде, у правној области, чини једну фикцију. По њему право важи за то, што га је издао законодавац.[1]) Чим је један закон донет, он важи; каква га судба чека у животу, то је равнодушно. Кад овако неко схвати важење права, он у ствари чини фикцију као да право важи, и ако можда не важи или он верује у апсолутну моћ и вредност законодавне воље. У овом случају чак он чини једну метафизику. Наука међутим не сме да се служи фикцијама, пошто је њен циљ истина, нити метафизиком, пошто је њен циљ емпириска истина.

Овакво гледиште је само законодавца. Оно важи само за законодавца. Међутим право је право кад важи за све органе и за народ. Ми треба да схватимо важење права тако да оно обухвати гледиште свију фактора.

Овакво гледиште је гледиште само систематичара који правне норме претвара у логичке судове, па их за тим систематише. Научник бележи норме у њиховој идеалности: он претпоставља да оно што је нашао у законима издатим од законодавца важи одиста у животу. Ми хоћемо гледиште оног научника који посматра и живот права и за кога је право

[1]) Пошао по вашем мишљењу има свега три основа за важење правних норама; или психолошки (убеђење у њихову вредност, пристанак на њих) или вршење (поштовање норама) или квалитет творца норама и, пошто по Келзеновом схватању основ правних норама није ни психолошки ни вршење, остаје да је по њему основ трећи, квалитет творца норама (држава и други органи), и ако то он неће изрично да призна. По њој на више важење правних норама за разлику од моралних је хетерономно: она дакле само одређује природу важења, а не објашњава зашто је она таква, основ тога важења. Али кад год буде натерани да потражи основ, она пада на теорију да важење има основа у органима. То се јасно види у развијању система који је пошао од постанка хетерономног важења. Она толико пута показује модерних тачака са теоријом државне суверености. То смо показали већ у питању одговорности државе (прва глава, § 5, I) и то ћемо показати у овој глави, у овом параграфу и још на неким местима.

оно што је право у животу, а не само у књигама. (Идеалистичко схватање).

Правног важења дакле нема. Важење права може бити само фактичко. Али у томе су у науци претерали. За крајње реалистичко схватање правна норма важи, као што важи природни закон. Норма и закон су изједначени. Норма важи безусловно као и природни закон. (Реалистичко схватање). У социјалним појавама се у опште не може тражити безусловност. Што је још важније, да би норма била норма, потребно је да не постоји потпуно поклапање стварности са њом. И одиста кривична дела су нормална социјална појава. То се може рећи у опште за противправна дела. Потребно је само то да важи у извесној мери. Крајња граница у једном правцу је да му се власти, пре свега оне које имају за циљ заштиту права, потчињавају у довољној мери[1]).

Прво гледиште је гледиште законодавца и по томе гледиште државе. Друго је обично гледиште друштва. Ко тражи безусловност у важењу, са свим природно центар права ставља у друштво. Јер оно је тај крајњи фактор из кога ниче право и у који увире. Јер важи оно право које друштво само ствара и на које пристаје вољно: оно право чији је творац друштво посредно или непосредно.

Ово гледиште је такође гледиште једнога социолога који констатује факта. Социологија констатује само оно што фактички важи: ако има кривичноправних појава, кривично право остаје у важности, јер се примењује на ове случајеве. У првом случају је гледиште систематичара, у другом социолога; у оба теоретичара. Међутим у праву треба ухватити и ону страну која занима практичара: законодавца који ствара право и судије који штити право. Законодавац спрема унапред санкцију да би правило које он ствара, имало практичке вредности. Судија пак примењује санкције. Обадвоје претпостављају факт да појединци не буду послушни према правним правилима.

То важење је у нормалним социјалним приликама важење по правилу т. ј. има много више случајева у којима му се органи и појединци покоравају него супротних.[2])

Елемент фактичког примењивања очевидан је код обичајног права. Оно се не исцрпљује само у том елементу, али тај елемент је одлучан и при самом стварању обавезности права. Вршење је чак основа за психолошко осећање обавезне снаге тога правила.

[1]) Наравно да је ситуација у којој народ по правилу не слуша власти анормална. То би био случај једне латентне револуције.

[2]) Само у анормалним случајевима може се десити да право не важи просечно и то кад је реч о органима само у крајње анормалним случајевима. Ствар је социологије да одреди границу између реда и нереда.

Гледишта свију фактора и гледишта теоретичара и практичара обухвата оно схватање о важењу права по коме право важи фактички, али не безусловно, тако да има у њему и идеалног момента. Овакво важење пак има право које је схваћено као фактички социалан ред, као друштвена организација. Ради друштвеног реда постављају се извесна правила наоружана санкцијама. Та правила могу се по правилу стварати и имати практичног смисла, ако се по правилу и остварују. Реда у друштву не може бити без оба ова елемента.

Право је ред. Тај ред се може постићи пристанком појединаца или психолошком принудном — физичком принудом право једва што може учинити. Све зависи од његове садржине, од тога у каквом је односу та садржина према схватањима и интересима друштва. За сваки случај оно садржи санкцију чији је циљ да људе психолошки приволи да се покоре правном пропису, ако не би хтели. Санкција је једна превентивна мера. Оно, што држи право, на крају крајева је пристанак.

И чак кад би право било искључиво пристанак, оно би било ипак и заповест. Сваки правни пропис је прошао кроз организацију и тиме се одвојио од друштва у коме је и постао. На тој даљини право заповеда, захтева да му се покорите без обзира да ли сте убеђени да је оно добро, правилно или какво хоћете право.

Овакво схватање одговара праву кад се оно посматра са гледишта државе и гледишта друштва. Држава хоће јединство, друштво се ставља томе на супрот, иначе пуно противуречности. Отуда су могуће супротности у држави, али само у мери да оне не искључују јединство потребно да би постојала држава. Држава хоће да све централизира, друштво хоће да децентрализира. Отуда у самој држави поједини органи могу имати извесну аутономност: фактички положај сваког од њих добија израза у горњем схватању. Оно обухвата психолошке и објективне социалне факторе, јер ред се држи на обадва ова фактора и обадва делају кроз њега. Пошто се ред може постићи без државних судова, право је и онде где људи сами себи суде. Право је у опште овде, где два човека према једном заједничком принципу регулишу међусобне односе. „Правна норма, по којој се решавају правни спорови, норма пресуђивања, само је једна врста правне норме са ограниченим задацима и циљевима." (Gierke). Минимум организације је уговор између два једнака правна субјекта. Такву организацију претпоставља међународно јавно право.

Ако се може говорити само о једној врсти важења права, може се говорити о правном и социалном стварању права. Важење је увек једно: фактичко и нема никаквог нормативног, правног важења. Стварања такође има само фактичког, у том

смислу само једног. Али у том фактичком стварању могу се разликовати две стране, два момента. Има дакле правног стварања, али таквог да је оно једна страна фактичког стварања.

Пошто смо право схватили као фактички ред, то и стварање права треба да схватимо као фактичко. И ако нас се тиче цео процес као саставни део реда, организације, ипак тиче нас се у томе као фактички. За нас није дакле довољно то, да је законодавац издао правна правила, то да стоји написано у уставу да законе ствара краљ и парламент, ми испитујемо у колико они фактички стварају право, ми испитујемо целокупан процес до момента кад видимо једно правно правило, један закон како изгледа у животу.

По томе право постаје и при конкретизирању права; по томе не постоји апсолутне разлике, апсолутне подвојености између стварања и примењивања права, већ су они тесно повезани једно за друго, да и при самом примењивању бива стварање права. Органи који примењују право, и стварају га истовремено, што ћемо доцније детаљно развити (§ 4). Они врше два акта: стварају право тиме што од њиховог схватања садржине правног правила зависи како ће га применити, што дају једном правном правилу смисао према свом схватању; примењују га у колико врше дедуцирање права и дужности из правног правила у погледу на један конкретан случај.

Овде је стварање права схваћено као постављање правних правила. Можда би требало да се схвати у другом смислу према нашем схватању о важењу права? Пошто је право нешто, што фактички важи, можда је и конкретизирање права одн. примењивање права постојање права, јер кроз конкретизирање оно постаје фактичко? У ствари то се не може примити. У том случају би се појам стварања права поклопио са појмом важења, у ствари то било важење права. То би значило дакле побркати стварање и важење. Ради тога треба задржати горњи појам стварања.

Према овоме она теорија, која је схватила важење као правно, требала је и стварање права схватити као правно. Кад је један реални процес схваћен идеалистички, требало је и други. Важење се не да одвојити од стварања. У осталом, као што смо видели, овакво схватање о важењу има основа у томе, што по њему држава ствара право. Ово важење је правно, јер га држава одн. њени органи стварају. Чим га органи стварају, онда је тај процес, процес стварања права у домену права. Оно није отишло путем да друштво схвати као творца права, држава је остала творац његов, она је шта више идентификована са правним поретком. Али таква држава, држава као правни поредак не спада у правно, већ у социално гледиште.

(Келзен, претставник овог схватања овако ближе одређује и доказује своју идеју. Државна воља је оличена у праву. Њена воља и право су једно исто. Узети да држава ствара своју вољу значи узети да држава ствара своје право. Пошто је апсурдно узети да држава ствара своју вољу, пошто је потребно, да би могла свршити такав акт, да има претходно вољу, то је апсурдно узети да држава ствара право. То исто изражава и на други начин. Правно гледиште је гледиште урачунавања на основу правних норама. Према томе оно се може применити тек онда, кад постоје правне норме, кад су већ створене. Отуда из правног гледишта испада стварање права. По њему она је социјална. Али смисао овога код њега је двосмислен. На једном месту (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 911, ст. 410): „Процес стварања права није функција државе и права, она је претпоставка обадвога и лежи ван њихове границе". На другом месту пак (op. cit. ст. 406): „Држава и право морају се несумњиво сматрати као две разне стране исте чињенице." Један пут каже да она не припада држави већ друштву; други пут да је државна (јер је исто са њом), из чега можемо закључити да не спада само у правно гледиште — у осталом ово он на више места каже изрично. По њему је целокупна радња која се обележава као законодавна (доношење закључака Доњег и Горњег Дома, санкција владаоца и т. д.) претпоставка, услов за право, али није правна.

У овоме је тачно само то да правно гледиште не обухвата процес примарног стварања, али није нипошто тачно да не обухвата процес секундарног стварања: чим је створена основа за право, правно гледиште ступа у свој домен и нема никакве логичке нужности да се искључи отуда. Што Келзен искључује из правног гледишта целокупни процес стварања права, стварање права у опште, то долази отуда, што норме схвата идеално, као скуп логичких судова, што су дакле све норме за њега једна целина и кад се према томе говори о њиховом стварању, мисли се на стварање свију норама, постали раније или доцније у времену, јер све чине једну целину за себе, један идеалан свет ван света стварности. Кад би међутим узео правну норму као животну, као једну врсту реалитета, онда би са свим природно могао и морао поставити разлику између примарног и секундарног стварања. То показује како је његова метода крајње формалистичка: она није у стању да обухвати читаву страну правних процеса. Још ако се узме да по његовом мишљењу правна функција није државна, онда се тек види све сиромаштво ове методе! Слабост његових конструкција види се и у томе, што узима да је целокупна радња стварања права претпоставка за право, али да није правна. Кад је нешто претпоставка, није ли и саставни део онога чија је претпоставка? Претпоставке у етици

узимају се као етичке норме (Windelband). То исто треба да важи и у праву. У осталом, зар не постоје норме за ова факта? Та слабост се још рељефније види у његовом тврђењу да је нелогично да се каже да држава гласа у скупштини или да је држава та која доноси законски пројект, а да је логично да држава казни или да држава гради железнице (ст. 408). Овоме није потребан никакав коментар. Као да то није исто! Или ако хоћете, као да није нелогичније да се каже да држава доноси законски пројект! Али он хоће да нам да праве, озбиљне разлоге. По њему, ако би се узело да држава доноси законе, изашло би у случају сукоба два дома да држава има две воље, у случају сукоба посланика у једном дому да има више воља, изашао би дакле један апсурдум. Како слаб разлог! Као да се исто не може десити при суђењу, у случају сукоба нижег и вишег суда! Као да се исто не може десити у администрацији на пр. у случају спора око надлежности! И као да таквих случајева нема безброј! И као да је правни живот могућ без тога!)

Држава по свом односу према правном поретку улази у правно гледиште највише као носилац постојећих правних норама. Тек кад су норме постале, она као њихов скуп, њихова синтеза, њихов носилац улази у правно гледиште. Кад би се могло узети да држава одиста може бити само носилац правних норама, онда би могло и то бити тачно. Али то је немогуће. Држава која је носилац правног поретка, која дакле одржава у животу право, која сем тога суди и управља — са тим функцијама она ван сваке сумње улази у правно гледиште — која је толико заинтересована правом, мора бити да је она и његов творац. Разумљивије је кад се узме да држава констатује право, а не ствара га. А са свим је неразумљиво да држава буде само оруђе за одржање права. Ако га неко ствара, он га штити и примењује. Кад га неко може да створи, кад неко може да врши тако важну функцију, може и да суди и управља, може да врши и мање важне функције, судску и управну. И обрнуто ко штити и примењује право, са свим слободно, као што то чини држава у овом случају по овом схватању, тај га у ствари и ствара. Ове две функције се не могу одвојити. И, ко каже носилац, тај каже творац. Ако дакле појам носиоца уђе у правно гледиште, неизоставно мора и творац. Ако као носилац улази у правну конструкцију правног лица, улази и као творац.

Али на то ће нам одговорити претставник овога гледишта, (Келзен): држава је један идеалан субјект, такав да се не може никако говорити о њеном праву власти или суверености; она је, као што је то речено, субјект једнак са свима осталим субјектима. Она чак не може ни да чини противправна акта. Она је скуп правних правила у њиховој идеалности, као ло-

гичких судова. Таква држава наравно није реална. И онда
између ње као творца права и ње као носиоца постоји раз-
лика као између реалности и нереалности. Таква пак држава,
нереална, и не тиче нас се ништа. Таква конструкција нема
никакве вредности. То је крајњи основ да је постајање права
стављено ван правног гледишта; да су правне норме схва-
ћене идеално, као такве идентификоване са државом, и да је
на тај начин и од државе створен један идеалан субјект. Али
као такав (идеалан) у ствари није ништа реално.

У томе лежи крајња разлика између нашег схватања и
Келзеновог. За њега норме имају идеалан карактер, за нас
ове су део социјалног живота, једна врста факата. Право је
исто што и организовано друштво. Право је факт. То је фун-
даментално. Разлике у методама могу бити само у томе, што
ће се исти факт, право посматрати са два разна гледишта.
Разлика између правне и социолошке методе је у томе, што
правна студира право као организацију права и дужности
појединаца, правне односе у којима се налазе појединци, а
социолошка психолошко-социалне узроке. Обадве студирају
нешто што реално постоји. По Келзеновом пак схватању раз-
лика међу њима је што правна метода студира нешто иде-
ално, социолошка нешто реално. То је његова основна погре-
шка. Отуда последица да по њему правно гледиште не иде докле
може и докле треба да иде, на име докле је организација.

§ 2. Према схватањима о важењу права ми се опреде-
љујемо и у питању о стварању права, специјално у питању ко
ствара право. По идеалистичком схватању право идеално важи,
оно је један идеалан ред, према томе ствара га законодавац
од. држава кроз законодавни орган: Оно је створено, чим
га је издао законодавац, јер његово важење има основа само
у квалитету органа који га издаје: и оно је потпуно створено,
јер све што ће се десити при примењивању садржи се у прин-
ципима које је поставио законодавац или још боље, све има
основа у тим принципима. По реалистичком пак право фак-
тички важи, оно је један фактички ред, према томе ствара га
онај који му се и покорава, његов је извор, где је извор це-
локупног друштвеног живота, само друштво. Дакле, горња
два схватања о важењу добила су типичне облике у схвата-
њима: (1) да држава ствара право и (2) да друштво ствара
право. Теорије које узимамо за претставнике ова два схва-
тања у овом питању (ко ствара право) имају извесних специ-
алних обележја у реду теорија оне врсте која им одговара
(реалистичких или идеалистичких), али то не мења из основа
њихову природу да су једно или друго. Оне задржавају своју
особину да су идеалистичке или реалистичке на другим основ-
ним питањима (на пр. питању правног лица). Што нису остале
то и у питању важења права, то показује њихову недослед-

ност. И ми ћемо показати на једној од оних по којима дру-
штво ствара права, следствено која би требало да стоји на
гледишту реалистичком у питању важења права, како се цео
систем из темеља љуља у њеном колебању између реали-
стичког и идеалистичког важења права (између солидаризма
као факта, што одговара фактичком важењу и солидаризма
идеала, што одговара идеалном важењу). Дешава се и обр-
нуто: да су доследне у питању важења, али да нису у другом,
на пр. у питању ко ствара право. Таква је формалистичка teo-
рија која важење схвата идеално, а која се колеба између
схватања да друштво ствара и да држава ствара право. У
њеној логици је да прими друго (да држава ствара право) и
она томе и несвесно нагиње.

Ми их узимамо, дакле, какве их је наука дала и јер их
је наука дала. Од првих, теорију државне суверености и фор-
малистичку у колико јој одговара, и о којој смо у претходној
глави опширно говорили. Од других позитивистичко-солидари-
стичку (Duguit).

Путеви, којима наука мора да пође кад упорно остаје
при томе да једино држава ствара право, врло су опасни. По-
најпре, стварају се два појма постајања права: правно и ре-
ално или формално и материјално. Држава не мора ства-
рати право реално, садржајно, али га она увек ствара правно,
формално Може га стварати судија, може га стварати наука,
може га стварати реално ма који државни орган или ма ко
у друштву ма који друштвени круг; и тај га може примењи-
вати на своје односе, али оно добија вредности тек онда кад
га држава одобри. Људи могу живети по њему, па ипак да оно
нема вредности. То ништа друго не значи него да постоје два
правна система, један државни и други социални, и да се они
могу узајамно искључивати; може их држава не одобрити, а да
они ипак постоје.Или можда држава извесно право ствара све-
сно — то је право државно, а друго несвесно? Али то је мо-
гуће, ако је држава какво биће са духовним животом. Ко би
међутим могао примити такву чудовишну фикцију о држави
која свесно и несвесно ствара право. Остаје нам дакле да при-
знамо да постоје две врсте права државно и социално. — Ти-
пичан представник овога схватања Јелинек разликује право
створено и право признато од државе. Право је по томе право
ако је признато од државе. Правно стварање ништа друго не
значи него признање. За право је одиста равнодушно ко ће
формулисати правно правило. За право је важно то ко ће их
одобрити. Али шта у ствари држава одобрава? Може ли одо-
брити стварно оно, што незна? Одобрити требало би да значи
да држава активно суделује. Може ли пак држава активно
суделовати у целом социјалном животу?

Ради тога Јелинек је морао да учини ограничење да право важи само пред судовима. Но, да ли цео живот долази пред судове? Зар је правни живот само онда правни, кад дође пред суд? Напротив чак, право пред судом се појављује у својој анормалној форми: онда, кад постоји неизвесност о његовом смислу и онда, кад је оно повређено. Не треба ли да буду то изузеци у социјалном животу баш са тога гледишта, по коме право важи за цело друштво коме по обиму одговара држава? Једно право, које би пошло од тога да важи само по изузетку, било би једно нелогично право: оно би себе унапред осудило. Међутим у ствари такво важење било је одиста у историји у једној форми дуалистичког права, у Средњем Веку. Ко ће међутим загарантовати да ће право ван суда бити увек законско? Све зависи од односа државе и друштва, од моралног ауторитета државе. У колико ће право доћи пред суд не може се једном за свагда и априорно одредити. Несумњиво је ово да држава нема директне могућности да све решуди. Ни једна ни најдеспотскија држава није успевала у томе: увек остаје нешто социално, ван домашаја државе. Ко дакле под правом државе схвата право пред судом, он схвата по дужности право дуалистички.

Да би се избегао тај дуализам, покушава се да се направи разлика између државног права и социјалног као између потпуног и непотпуног: право је потпуно тек у држави, дотле оно претставља нешто непотпуно, несавршено. Оно важи ван државе, али важи у једном кругу, на једној тачки — оно потпуно важи кад важи у целом кругу, онда његова фактичка снага расте до максимума и по интензитету. Шта значи то: у целом кругу? Можда: оно је добило већи итензитет? Али то ништа не значи. Према томе у целом кругу може да значи да важи пред судовима. А онда истовремено има и највећи интензитет. Али тиме ми смо се вратили таман на оно место, одакле смо и пошли, вратили смо се на прво схватање. Важење пак према том схватању не даје гаранцију за фактичко важење права у целом кругу и за његов интензитет. И сад се може говорити о интезитету и ступњевима важења, јер сада је оно фактичко: оно важи више или мање, т. ј. људи му се покоравају више или мање; људи су више или мање убеђени у њега и т. д. Међутим кад важење схватимо у смислу важења пред државом, као пристанак државе, онда не може ни бити речи о томе, јер онда право важи или не важи.Иначе увек ћемо пасти у схватање двојног важења: ако се каже да интензивније важи, каже се у ствари да важи само пред судовима, само пред државом. Дакле, има једно важење пред државом, а друго пред друштвом. — Пошто се ни на овај други начин није могао избећи појам двојног важења, покушава се и на трећи начин (формалистичка теорија). Формално

потиче све од државе, ма како то било фактички. Све, што се деси у стварању правних норама, потиче од државе. Формално, у праву нема празнина, јер ништа нема, што није од интереса по право и нема ни једна сфера у коју држава не продире. У праву постоје извесни генерални принципи, такви принципи који обухватају цео социјалан живот и из којих се може дедукцијом извући решење за сваки конкретни случај, ма какав он био. Ништа нема у закону непредвиђено. То је у ствари пут у фикцију. Држава не може све предвидети; све што се деси у органима у ствари има само импулса од законодавног тела, али се не садржи у принципима; општи принципи обухватају све, али они нису довољни за решење конкретних питања: од њих до конкретног питања има интермедиалног ступња, има мање апстрактних принципа; конкретни случај се не може ни под један од таквих подвести, због тога је управна или судска власт принуђена да створи један такав принцип. Фикција је, дакле, рећи да је све зато у закону. Још већа је фикција свести обичајно право на закон: на вољу законодавца. Ако га држава одобри, она га одобрава, јер она има вредности по себи. Ако га не одобри, оно важи против воље државе у многим случајевима. — Дакле, ни у једној својој форми схватање да искључиво држава схвата право, не успева.

Схватање по коме је право друштвено јавља се у облику солидаристичко-позитивистичке теорије, теорије по којој је право компромис интереса, у облику уговорних теорија, кантизма или каквог другог идеалистичког схватања. Прва развијена у један систем снажно конструисан, поткрепљен са пуно чињеница, највише је у модерно доба од свију њих имала утицаја на науку. И она није само теорија, већ исто толико и опсервација факата, нарочито еволуције права у модерно доба. Њу вреди ради тога одвојити. Сем тога она је реалистичка (позитивистичка).

Ова теорија, у кратко, састоји се у овоме. Право је један социјалан фактор: где год постоји друштво, ту се јавља и право. Основни друштвени факт је солидарност у смислу узајамне зависности. Израз тога факта је право. (Право је најбоље мерило за природу и ступањ солидарности — Диркхајм). Са променом солидарности наступа и промена права: развитак органске солидарности у модерно доба је дало нарочиту физиономију праву. — Право се не јавља директно као солидаризам већ кроз свест човека.

Тај објективни социалан факт преображава се у субјективан. Са свима променама објективног факта солидарности иду упоредо и промене субјективног факта солидарности. Али право се не јавља директно ни као свест већ као закон. У закону свест о праву добија један опште социалан или организован карактер. И у закону најзад право добија и санкцију.

На тако прост начин покушава ова теорија да од солидарности доспе до права као организације. Да ли је то пут добар? Је ли он могућ?

Прва тешкоћа је у томе да се учини пут од објективно социалног факта солидарности у психичко-субјективан факт солидарности; друга тешкоћа је да се учини пут од психичког, субјективног у социално организован. Психичко субјективна солидарност је у ствари идеал. Док објективан факт солидарности може чак да значи ону солидарност, ону узајамну зависност која постоји између курјака и јагњета, дотле субјективна солидарност факт може значити само једно-солидарност у етичком смислу. Дакле, на другом свом ступњу, на који мора да се попне, појављује се солидарност као идеал. А како ће та субјективна солидарност да пређе у закон? Другим речима, како ће се учинити пут од друштва у државу? То је могуће само под условом да постоји хомогеност у друштву, да има само једне идеје о праву. Међу тим, то у ствари не постоји. Због тога немогућ је пут у закон, у позитивно право. Хоће ли пак да се то учини пошто пото, онда ништа друго не остаје него на место позитивног права ставити идеално. Како се то одиста чини, значи да се чини само по ову цену. Професор Дигуи, кад хоће да учини прелаз од објективне у субјективну солидарност, чини га на тај начин, што утврђује да човек, који живи у друштву и који једино може да живи у друштву признаје правно правило, признаје га, дакле, онако исто као што признаје и само друштво. Тиме истовремено чини пут од друштва у државу. Кад хоће пак да учини прелаз од права као идеје о праву ка закону чини га на тај начин што утврђује једноставност свести у друштву. Пошто власници имају исту свест о нужности права као и поданици, то они стварају онакво право какво оно већ постоји у друштву. У обадва случаја видимо да је хомогеност свести овај факт, на коме једино може да се држи ова теорија. Ово је пак само делимично тачно. Ово је тачно у толико, што од увек има извесних правних правила која су општа, нарочито у кривичном праву, али која су то правила, колики је њихов обим? Узмимо на пр. право приватне својине, постоји ли ту општа свест да приватна својина треба да постоји? Или опште право гласа — постоји ли ту такође општа свест? У области приватног имовинског права и државног данас је друштво подељено на два разна света, на две класе. У обичајном праву хомогеност је већа него што је у писаном праву, јер обичајно је право први ступањ у развитку права, на коме има мање друштвене диференциације него што има на ступњу писаног права. Ово схватање је по томе апсолутна супротност дарвинистичком схватању (отуда сасвим природно, да оно спада у ред оних схватања, за које је право социјално, а друго у ред

оних, за које право државно.) — У сличну погрешку пада и теорија јавног мњења. Што је то јавно мњење? Зар оно није у важним питањима различито према групама и класама? Оно постоји као опште у извесним питањима. У којима, то је питање које наука треба да решава само за себе и у вези са питањем о утицају јавног мнења на државу, пре свега на законодавни орган. У првом схватању видимо да је подједнака зависност сваког појединца од друштва у ствари један идеал који се извлачи из објективног факта, и да се на њему подиже цела солидаристичка теорија.

На становишту ове теорије не може се изједначити закон са правом. По њему је држава један факт социалан, диференцијација јаких и слабих; друштво је такође такав факт, али оно је солидарност, узајамна зависност чланова. Али пошто је држава друго него друштво, и солидарност, то је и закон друго него право. Овај исти размак који постоји између државе и солидарности, постоји и између закона и права. Закон је оно право које је постало у држави, које је, ако није постало у држави, бар прошло кроз државу. Ако је сигурно, да су закон и право једно исто увек, онда фактички и не постоји разлика међу њима; али онда не постоји ни између онога који носи закон и онога који носи право, између државе и друштва. Међу тим закон увек није у сагласности са правом. На томе стоји сам представник овога схватања. То значи да постоји извесна разлика између државе и друштва: они се не поклапају. Међутим без сумње од овога двога закон и прави је закон фактички тај који позитивно важи, право је само идеал који се поставља закону. Раставивши друштво од државе, и стављајући друштво изнад државе, ова теорија је унела идеално право на место позитивног права. То се види на пуно специалних питања.

Ради тога, што је право један облик у коме се испољава солидарност, оно треба да се појављује као опште правило: Закон је опште правило. Обавезност закона није у томе што га ствара власт, већ што је закон по својој природи солидарност. Држава одговара и за рад самог законодавног органа, пошто социална зависност (солидарност) стоји изнад целокупне државе. Одговорност државе поставља се на основу принципа риска који је у ствари један рационалан принцип. Право је принцип, норма по себи; право је у својој суштини свест о праву, све друго је споредно, случајно, непотребно, јер по овој теорији организација као битан момент у друштву испуштена је. И т. д.

Има једна група схватања која имају једну заједничку основу са солидаристичком теоријом: у колико садрже идеал о праву. Јер право није компромис, као што узима теорија компромиса. Она не почива на уговору, као што узима уго-

корна. Оно није само идеја, као што узима кантизам и остала идеалистичка схватања. (Веза међу овим схватањима се ближе развија у другом делу тезе).

Једна и друга теорија и теорија по којој је држава, и друга по којој је друштво искључиви творац садрже један део истине. Од једне и друге се може поћи као полазне тачке у правцу правилног и дефинитивног решења. По првој држава је апсорбовала друштво, по другој друштво државу. Или боље рећи, прва је државу ставила изнад друштва, држава је по њој једна апсолутна моћ или у опште једна апсолутна вредност, друга је друштво ставила према држави у исти такав положај. У ствари држава је само друштво и друштво само по себи се не јавља, већ у једној конкретној форми, дакле и као држава. Прво у ствари верује у свемоћ државе: њене норме важе безусловно, као што друга верује у такву свемоћ друштва. Међутим нити је држава нити друштво само по себи свемоћно. Једна и друга идеалишу стварност.

Права нема без државе. Пре свега то важи за политичку организацију (уставно право). Та она је управо сама држава! Држава која централизира социјалан живот, централизира пре свега право. Али државу не треба схватити апстрактно већ у односу социјалних сила, као део, као центар друштва. Права нема без државе! Али право није искључива творевина државе. Само онда, кад се правна правила схвате апстрактно, никад се фиксирају у последњем стадиуму стварања, кад се њихово важење схвати апстрактно, онда то може бити тачно. Међутим право је једна страна социјалног живота, у његовом стварању и примењивању учествује цело друштво, оно је творевина целог друштва. Треба схватити важење права на један реалистички начин, као један социјалан процес од кога је правни само један део, један изглед, аспект као што је држава један део и један изглед друштва.

Такав смисао на крају крајева имају теорије које узимају да се држава и право не могу одвојити и теорије о узајамном утицају права и државе. (На пр. теорија Gierke-а који иначе носи отисак кантизма).

Ми овде посматрамо процес стварања са правничког гледишта, по једној његовој страни. Али ми не смемо да заборавимо и на остале стране процеса, које су на крају крајева и важније. Ми овде нећемо посматрати процес како из друштва, у борби и покрету се кристалишу правне норме; ми посматрамо процес само кроз организацију, у колико делови те организације учествују у стварању права.

Теорија, по којој искључиво држава ствара право, као што ћемо видети, не може да објасни ни средњевековну ни апсолутистичку ни модерну државу. У средњем веку влада дуализам између феудалног права и права владаоца, између

римског и националног, између приватног и јавног. После дуге борбе између краља и феудних господара, између права наметнутог озго и народног права, између јавних институција или централизованих и приватних или локалних, држава најпре заузима судску власт и постепено административну и законодавну (Jellinek, Brunner, Esmein). Али зар је тиме модерно право постало једноставно, монистично? Зар се живот одиста да тако централизовати, да држава или један једини орган један центар социјални ствара право у апсолутном смислу и држи ову функцију у својим рукама. Априорно, можемо казати да је то немогуће. Ма кака била савршена организација државна: било у антидемократском било у демократском духу немогуће је да се изведе апсолутна централизација. Апсолутизам предпоставља огроман бирократски апарат да би завладао свима странама живота људи. Али, ма какав био тај апарат, ма колико се успело да се све свесно регулише, у примени својој правила се мењају и изопачавају. Апсолутистичка владавина претпоставља организацију јерархије: да над свима органима стоји један орган. Очевидно тај орган не може да изврши контролу над огромним пословима; он је дакле мора вршити посредно, само преко следећег нижег органа. Тиме пак он испушта из своје руке стварну контролу. Нижи орган добија широку фактичку аутономију. Ми знамо из историје да су полициске државе на крају крајева завршиле корупцијом самовољних чиновника „Високо је небо а далеко цар". Народ обично страда, он је сваком потчињен, па и најнижем органу. Обично онај најнижи који држи материјалну силу, и најопаснији му је. Народ онда тражи други пут, он скрива свој прави живот од ока власти, стварају се тајна друштва и што је најважније ниче нова правна свест која једнога дана експлодира у каквој револуцији. „То ће рећи, истина је, да апсолутизам није никад остварљив буквално: јер ова апсорпција свију социјалних енергија у личности једнога човека је немогућа. Апсолутизам је само једна идеална граница којој се историска стварност приближава више или мање, али је не постиже никада. Једна влада никада није друкчије апсолутна него на један релативан начин. То је Монтескије добро схватио, као што то показује његова анализа управе која се зове деспотска."[1])

То, што важи за апсолутизам, важи у опште за државу. Немогућа је апсолутна централизација, ма како уређено било друштво и ма какви били социјални услови; немогуће је и у једној социјалистичкој држави, у којој би живот био централизованији него што је данас.

---

[1]) E. Durkheim, реферат на Hitier (Joseph). — La doctrine de l' absolutisme Paris, Rousseau, 1903 у L'année sociologique neuvième année (1902—905).

Ми имамо пример за апсолутистичку државу из непосредне прошлости. У Русији „сва моћ излази (одн. излазила је) из апсолутне моћи; сва социјална функција је у непосредној зависности од центра. Иначе погледајмо ову огромну машину, не више у центар, већ на крајеве, погледајмо на елементе тако многобројне које ова бирократска организација покушава да изједначи. Не изгледа ли да њихов живот економски, правни, политички развија се чешће ван великог оквира централне администрације, која је локална и посебна. „Мужик, писаше Херцен Мишле, није познавао права и није признавао дужности друге него на спрам своје општине." — „Свет администратора остаје за поданике свет стран, често непријатељски."[1]).

Можемо лако погодити шта бива у погледу стварања права. „У апсолутној монархији не постоји никаква друга контрола осим њега (владаоца), отуда је бирократија неограничена и ствара својом рутином уставно и административно право на ванзаконском путу"[2]). При томе имају важну улогу територијални односи (даљина од центра): један управник покајински у колико је даљи од центра, у толико постаје самосталнији (за Опенхајмера је то један од разлога за постанак феудалних господара).

Како је стајала ствар у Риму, види се на први поглед из речи Р. Јеринга[3]), које иначе имају вредности и за питање о правној методи. „Али онај, који има да излаже правила јавног римског права, не би могао да се стави искључиво на апстрактно правно гледиште: треба обухватити јаван живот у његовој целокупности, да би се нашао предмет његовог изучавања" (он прави разлику између приватног и јавног права у овом погледу: приватно се може апстрактно изучавати). Он нам пружа пуно примера. Ми дајемо неке од њих овде. Сенат је правно имао само саветодаван глас, али фактички због његове социјалне вредности, због његовог моралног ауторитета он је имао (у једно време наравно) врло велику власт (liv. II. I. part p. 272). Сенат је једини могао досудити част триумфа, али кад из шикане он одби Постимију триумф, који је заслужио, и кад га Постимије сам себи додели и део трибуна га у томе подржа — то постаје правило. — Правило је било да магистрати, који држе комиције за избор својих наследника, не допусте да им се продужи мандат. За време пунских ратова један то допусти — то постаје правило. — По традицији консул сам могаше означити диктатора, али аутори то допустише и војним трибунима и то постаје правило[1]).

[1]) E. Bouglé, Les idées égalitaires, (908,) 209—220.

[2]) Hatschek Allgemeine Staatsrecht I Teil, Einleittung. cr. 12.

[3]) R. Jhering, L'esprit romain, liv. II. part. I, p. 283.

Држава, не само да није сама стварала право увек, већ она није имала увек чак ни улогу заштитника права. Судови су најпре били судови породични, судови села. Доцније они постају државни: они се јављају уз војну власт (имају порекло у власти војсковође), уз краљеву власт; или услед тога што везе међу појединим заједницама постају лабавије, јавља се потреба за једном заједничком властиа[2]). Што се тиче стварања права, она је несумњиво морала од увек имати свој сопствени поредак: државно право, јер то је битно у држави, суштина у држави. Стварање осталих грана права зависи од тога, у колико она има моћи да продре у друштво. То пак претпоставља: извесно јединство у државној организацији; да има средстава да спроводи своју вољу; да постоје извесни психички услови: мисао да држава ствара право претпоставља извесну способност за апстракције и т. д. Онде где је држава развила јаку војничку и полициску власт, право постаје државно (у Старом Веку, на пр. у Египту, нарочито пак у Атини и Риму; у Средњем Веку у Италији и Немачкој; у Риму, тек у доцније царско доба држава ствара право). Али, и кад се јавља, не јавља се у чистој форми државне воље. Његова најстарија форма изгледа да је била форма уговора (у Риму и Грчкој) доцнија форма је привилегија (у Средњем Веку). Државно право је у почетку судско право (налози на државне судове), доцније административно (најпре у Француској). Док може, држава се служи другим мањим организацијама као на пример у Енглеској општином. Главни основ за развитак у овом правцу је узајамна зависност свију друштвених органа и зависност целине од делова. У другом правцу еволуција права има три стадиума: најпре стадиум обичајног права, затим јуриспуденције и најзад законског. Ова еволуција одговара диференцирању и рационализирању друштва. У почетку рутина најниже врсте, затим рутина више врсте (у колико право ствара једна група људи која се специјализирала у томе правцу), најзад свесност стварања и стварање од једног нарочитог тела. У колико у трећем стадиуму право ствара само једно тело, у толико је начин стварања рационалнији, али у колико је састављено од људи који не резонују научно, који раде по својим интересима, стоји ниже од предходног стадиума. Али, кад се узме у обзир то, да је на пр. римски претор стварао право и развијао правне принципе према доминатним случајевима, чак по осећању правичности, никако на основу научног испитивања социјалних фа-

[1]) R. Jhering, op. cit. p. 276.

[2]) Eugen Ehrlich, Die Grundlegung der Sociologie des Rechtes, 1913, VII. Staat und Recht.

ката, а с друге стране да многe законе данас фактички стварају правни стручњаци, онда излази да је трећи стадиум виши од предходног. Прва фаза је фаза примитивних недиференцираних друштава. Друштво ту ствара право, али, пошто се индивидуа не разликује од друштва, онда као да га и сама индивидуа ствара. Друга је фаза фаза римског и енглеског права, која даје судији великог учешћа у стварању права. Данашње модерне европске државе по правилу одговарају трећој фази. Ове фазе не следују једна за другом одвојене потпуно једна од друге. У свима фазама задрже се елементи претходне фазе и овај развитак је више идеалан. То је са свим јасно у другој фази у којој је постојало обичајно право и државно право. То је мање јасно у садашњој фази, а најмање у последњој. Данас је рад судије и народно обичајно право потиснуто законом, али не и уништено. И данас постоји обичајно право, али данас је оно добило нарочиту форму, постаје под другим условима и на другим центрима, (обичајно право данас стварају великим делом државни органи. А кад га народ ствара онда га стварају поједине социалне групе, нарочито професионалне).

§ 4. У модерној држави главни орган стварања права је законодавни. Али ко је управо законодавни орган? Колико има функција, онолико има органа. Горње питање према овоме има смисао: која је то управо законодавна функција? Да ли је то само функција стварања права, законодавна у ужем смислу (назовимо је тако) или је то и бирачка? У томе је проблем. Одговор на ово питање зависи од тога какав ћемо однос констатовати између бирачког и законодавног тела.

Теорија мандата неодговара односу који постоји данас између ова два тела. Сваки посланик ради у име целе државе, по своме схватању. Он може бити у овом погледу у социално-политичкој зависности од бирача, али правно је независан, ту не постоји никакав мандат.

Теорија делегације не одговара правном саставу државе. У јавном праву поједини органи имају компетенције, а не субјективна права на функције. Према томе не може бити речи о преношењу никојих права или компетенција. Ако законодавно тело ствара законе, оно их ствара, што му је та компетенција дата уставом одн. законом а не што је бирачко тело пренело своју компетенцију на њега. Али чак кад би и могло пренети, природа ствари је таква да онога часа кад је пренета, функција губи сваку правну везу са органом из кога је поникла. Јер овде се замишља да бирачко тело врши стварно функцију бирања и да је искључено унапред да врши другу. Ако је дакле пренео функцију, он је пренео један пут за свагда. А шта то значи? Да више не припада првоме телу. Сем тога, нас се тиче шта је de facto компетенција кога органа. (То излази из нашег схватања права). Компетенција органа пак у правном систему је врло важан момент. Дакле и ту морамо применити своју концепцију о томе да је право нешто стварно. У овом случају, стварно, бирачко тело бира, законодавно ствара законе. Ту не постоји никакав однос делегације. Ту може бити какав други однос, такав који је однос двеју стварних функција.

Обадве теорије су примена идеје о народној суверености.[1]) Ако се тврди да законодавно тело ради по мандату, то има основа у томе да је бирачко тело прави извор законодавне власти. Ако се тврди да је законодавно тело добило своју власт (да му је делегирана) од бирачког, то има основа у томе да је бирачко тело прави извор законодавне власти. Бирачко тело је дакле суверено. То пак за ову теорију значи што и народ: у бирачком телу се народ налази директно организиран. Пошто ова теорија мора да схвати народ као организован, она га најприродније схвата као организован у бирачком телу. Али ту је онај гордијев чвор ове теорије. Бирачка тела нису исто што и народ. Бирачка тела могу бити са свим супротна народу. Али нека буду потпуно идентични, ипак да ли ће бити она одиста суверена, зависи од тога какву фактичку власт има над законодавном влашћу. Питање се своди на то да се нађе реална веза међу њима. Ова теорија, и поред тога има једну заслугу да налази да постоји веза између ова два органа.

Реалистичке теорије се појављују у два облика. По једној однос између ова два тела је однос између солидарности у томе смислу да бирачко тело даје социалну моћ законодавном телу да оно ради. Међутим, нама тако изгледа, кад се говори о социалној моћи, мора се говорити социолошки. Социолошки пак ствар тако никако не стоји. У бирачком и законодавном телу треба тражити социалне групе. Једна иста социална група се појављује кроз обадва тела. Може се дакле говорити о овоме, али не да цело законодавно тело добија социалну моћ од целог бирачког тела. То је непотребно изопачавање стварности. Ако пак хоће да се говори о односу целога законодавног тела према целом, мора се ствар посматрати правнички и ту не може бити речи о горњој подели послова која је социолошка. По другој теорији (Hauriou) однос међу њима је однос инвеституре: законодавно тело ради у своје име а за рачун бирачког тела одн. народа. Несумњиво је да законодавно тело ради у своје име т. ј. апсолутно слободно, како уме и може. И несумњиво је да не ради за себе. Али сумњиво је за чији рачун. Треба да ради за општи интерес, државни. Шта то значи?

[1]) Типичан Esmein, Droit constitutionel français et comparé 1903, одељак La souveraineté nationale, p. 171—185.

Узмимо најпре у садржајном смислу: треба да ради у интересу свију државних група. За тим узмимо у формалном смислу: и ако ради у интересу једне друштвене групе, ради за цело друштво које обухвата држава, а не ради за локалне интересе. Да ли ради у првом смислу питање је социолошко. По данашњој концепцији држава ради за општи интерес у формалном смислу. То је данас правни факт. И у том смислу може се примити да ради за рачун народа и, пошто је народ добио своју организацију у бирачком телу, може се рећи за рачун бирачког тела. Теорија је ухватила један важан момент, али она није исцрпла потпуно однос који постоји између ова два тела. На име, постоји једна веза између оба тела по њиховим функцијама. Од тога ко ће бирати, зависи ко ће бити изабран, у крајњој линији и какви ће бити закони. Сме ли право да пређе преко овога факта? Сем тога ова концепција специално има ту махну да није у сагласности са системом у коме се налази. Теорија равнотеже види супротност између власника и народа. Целу правну модерну организацију она објашњава овим фактом. Како је онда могуће да власници — то је на првом месту парламент — раде у интересу целине? — Ова теорија у првом моменту констатује једну правну чињеницу, у другом једну социалну. То би можда било добро. Али она их спаја у једну правну целину. То није добро: та два момента у правном систему, као, дакле, два правна момента, искључују се.

Како су решиле проблем правне теорије? Формалистика је овај орган ставила ван правног гледишта као социалан. Ми смо доказали да није у праву: јер постоји организација одн. правни однос све дотле, докле се простире бирачко и законодавно тело. Једна пак од правних теорија, (која спада у садржајне), пориче сваку правну везу међу њима. Бирачка и законодавна су две различите функције. То су две одвојене функције. Међутим питање је да ли сме правна концепција да се задржи на томе? Правна концепција мора, да би схватила однос између два органа, да се обзире и на фактички однос који постоји. У тој тежњи Јелинек је саградио своју концепцију. Он је закључио да законодавно и бирачко тело чине једну правну целину, да је бирачко тело — примарни, законодавно — секундарни законодавни орган. Бирачко и законодавно тело раде одиста у истом правцу: бирање је услов за законодавну функцију, бирачи посредно одређују законодавну функцију. (Јелинек даје и један историски аргумент: обадва тела имају порекло у народу, народ је добио тако рећи израза у два одвојена тела). Овде може бити питање само у томе да ли их треба схватити као један орган кад се узме у обзир да и сва остала тела имају учешћа у стварању закона. Какве измене у овој теорији треба учинити с обзиром на ово?

Пошто смо стварање права схватили реалистички: као фактичко стварање права, то за нас чине законодаван орган сви органи, како они који учествују непосредно тако и они који учествују посредно, како они који му дају апстрактну или неодређену форму тако и они који му дају конкретну или одређену форму. То су сви државни органи: бирачки је претпоставка и полазна тачка, судски и управни пак развијају право при његовом примењивању. Сви дакле чине једну целину. Централни је законодавни: остали или му чине основу или му помажу. Законодавни је примарни, сви други секундарни законодавни органи. У колико у примени права учествује и друштво, у колико и оно даје праву, слободно, удаљено од власти, конкретан облик, може се узети да је и сваки појединац творац права као секундарни орган. Може се узети, јер је то ствар целисходности у крајњој линији како ћемо обележити појам органа с једне и како ћемо обележити појам стварања права с друге стране.

Оваква концепција о законодавном органу од Јелинекове разликује се по томе, што смо у секундарни орган убројили и све органе, а не само бирачко тело. По нама држава са свима својим органима и сваки појединац, држава дакле која се поклапа по обиму са друштвом, претставља творца права.

§ 5. I. Материално, правила на основу којих органи доносе пресуду или издају административни акт могу бити правила како су их схватили сами ти органи: како су умели да у конкретном случају примене једно апстрактно правило и да једном неодређеном правилу дају један одређен смисао. Правила на основу којих доносе пресуду или издају један административан акт у ствари су правила како их стварају сами ти органи који их и примењују. Они им дају ближи и одређени смисао. Закон је међутим за нас правило са одређеном и детаљном садржином, правило какав смисао добије у самом животу. Увек бива на основу правила, али та правила нису оно, што су била, кад су изашла из руке законодавца. На тај начин органи који примењују право, и стварају га.

Као што је познато подела власти не одговара подели функција. Пример, којим се доказује ова идеја, треба допунити оним важним правилом: да при примени закона судски и управни органи стварају право. Тај процес се не види јасно, не види га никако онај који посматра ствари формалистички, али он постоји несумњиво. Кад развијају проблем о подели власти, обично рачунају са актима по њиховој формалној страни. Формални и материални елемент међутим поклапа се код судског и административног акта, али се не поклапа код законодавног. Правна правила су животна правила. Она постоје у једној државној организацији. Међутим немогуће је навести једну дру-

штвену организацију тако да један само заповеда а други механички врши његову заповест. То у ствари није чак ни у односу између весника и заступљеног. У приватном праву весника разликују обично од заступника по томе, што весник механички испуњава вољу заступљеног, докле заступник има своју вољу. У ствари међутим и весник у извесном обиму има своју вољу (на пр. како ће предати књигу једног господина). А камо ли у једној најсложенијој, у једној универзалној организацији каква је држава. Таква организација претпоставља аутономност делова т. ј. појединих органа. Циљ се може само тако постићи, ако се остави извесна аутономија. Живот је тако комплициран да се унапред не може предвидети све детаљно. Хтели не хтели они који дају директиву у социалном животу, они који стварају законе, остављају извесну аутономност онима који су у непосредном додиру са животом. Сем тога живот еволуира, стварају се нови односи друштвени, нове потребе — смисао правила се по нужности прилагођава новој средини. Са целокупним животом еволуира и право. Али увек остаје један центар, који даје директиву. Тај центар не може да држи цео социалан живот. То није могла ни апсолутистичка монархија. Он само даје основу и први импулс. Али чак ни само законодавно тело, бар у својим односима са владом, не држи се буквално уставних принципа. Писано право и реално право се не поклапају потпуно. Ако правници данас, кад пишу о праву једне земље, мисле на писане законе, то чине, што некритички претпостављају да ова правила и важе. Такав посао у осталом је много простији, јер не морају да чине никакве опсервације, што би иначе морали чинити, кад би имали за циљ да претставе реално право. Ова неподударност је постојала у свима историским друштвима[1]).

Право се трансформирише кад пролази кроз државне органе. Исто то бива, кад право прелази из државе у друштво. Правни живот се у нормалним срединама одиграва ван државних органа. Људи закључују правне послове и извршују своје обавезе без учешћа судова. Они чак и спорове не износе увек пред суд. Ко сме да тврди да је то право оно исто које и у законима? У сваком случају законско право ту претрпљује извесну трансформацију.

Свест о праву, док је дошла до законског права, претрпела је извесну трансформацију. Јача група одн. јаче групе су натуриле своје схватање о праву. При примењивању права друштво се јавља у својој првобитној сложености: сваки социалан круг са својим схватањем, и, по њему регулише своје односе и пресуђује спорове. Што се тиче ових последњих чак и онда, кад су у супротности правни интереси појединих група,

[1]) Типично дело, Dungern (Otto), Das Staatsrecht Aegyptens; Graz, 1911.

они увек не дођу до суда (на пр. између радника и капиталиста). Понекад је онај који је највише заинтересован једини прави бранилац права и он се бори за своје право и у борби успева, и не притичући у помоћ суду. Али и онда, кад примењују законско право, људи га не примењују онако како је дато у закону, већ како га схватају и како им диктују интереси. Не само да има даљине и мимоилажења између законског и друштвеног права, већ може бити и супротности. У историји је било пуно случајева да држава натура нову политичку организацију, и то је био по готову нормалан случај, али је било случајева да натура и нова правна схватања, супротна народу. (То су примери рецепције страних законодавстава од стране државе, и ако у народу јоште живи једно друго право). Не само да се политичка организација држала силом већ и право приватно и кривично. Али искуство нам показује да један правни систем докле не добије масе за себе, не може правилно функционисати; његова снага лежи у пристанку маса, сви други системи на крају крајева пропадају. Ипак, колико је било насилних, правних система које је народ само трпео!

II. Теорија државне суверености и социолошка јасно се разликују у свима питањима тумачења закона: у питању и положају судије према закону, о аналогији, о празнинама и т. д. Ми ћемо показати ту разлику на неколико од тих питања. Прва добија у овим питањима облик теорије „воље", друга „еволуционистичке". Теорија воље стоји на гледишту да је задатак тумачења закона да се нађе воља законодавца. Теорија социолошка пак да нађе циљ или социалну функцију закона, управо у колико је израз односа социалних сила. Пошто је воља законодавца у ствари воља државе, пошто је само у њој суверена и, пошто она носи исти карактер апстрактности, што ћемо одмах доказати, теорија воље потпуно одговара духу теорије државне суверености. Теорија социолошка пак је са свим доследна реалистичка теорија о држави: ономе, коме је стало до факата, стало је нарочито у овом питању. Истина, претставници прве државоправне теорије нису сви за решења која одговарају по нашем мишљењу њиховим основним принципима, а претставници социолошке школе још се нису сложили. Ипак не мари ништа, јер у логици прве је теорија воље, и има њених претставника који је доследно изводе. Ако је држава творац норама онда је то пре свега законодавни орган. Ако је свемоћна, онда је то законодавни орган и испод њега стоје сви други органи као испод строгог ауторитета. Ако је универзална, норма коју ствара законодавни орган мора да обухвата целокупан живот. А све су то одлике теорије воље. У социолошкој школи нема потпуне сагласности; као у свима и у овим правцима она је у стварању. Социо-

лошка школа се јавља у Француској као еволуционистичка, у Немачкој као покрет слободног права, у америчкој литератури као теорија која је за шире тумачење. У Енглеској пак сама пракса стоји на овом гледишту.

Што се тиче формалистичке теорије, она стоји, као и свуда по правилу у практичним питањима, на истом становишту на коме теорија државне суверености, она се дакле појављује као теорија воље. Одвојивши створене правне норме за себе, она је у њима нашла једини основ за целокупни правни живот: оне задржавају своју идеалност, оне безусловно важе. То се може најјасније видети из речи њеног претставника.[1])

У кратко положај судије према закону ми овако обележавамо. Може постојати један објективан смисао, општи за све, једнога закона и може постојати уз то објективан критеријум да се дође до те истине, у колико ће један судија доћи до тог објективног смисла закона, што зависи једним делом од тога у колико ће употребити објективан критеријум, увек је у питању. Такав објективан смисао и такав објективан критеријум у ствари је један идеал који се може у животу само релативно постићи. Као што у науци има једна објективна истина, али увек остаје у сумњи које од гледишта је постигло ову истину, исто тако и у правном животу, и у толико пре, јер је он живот, а не теорија: ту могу практични моменти, интереси појединаца имати удела још више него кад је у питању наука. Узалуд објективне истине, кад има више истина: толико колико има решења о једном питању. Узалуд објективне истине кад их човек скреће у правцу својих интереса, својих страсти. У науци остаје претпоставка и крајњи циљ: једно решење. Исто тако и у праву: појам закона појам законодавчеве воље је претпоставка од које се полази и крајњи циљ коме се тежи. Али то практично не значи ништа друго него да се научник у доказивању свога гледишта служи аргументима који претендују на објективност а правник, који има да пресуди један спор, позивајући се на садржину закона.

[1]) „Али ниједно, ни најнодерније правно схватање не може се одрећи постулата, да између правне примене и правног поретка постоји једна логична веза, на основу које посебна одлука се претставља као закључак, чији основни (највиши) став је општа правни став који се садржи у закону. Ова статична веза важи без обзира на то, да ли по динамици пресуђивања одлука полази из закона или се прилагођава закону. Логична веза у питању између правног реда и судске или друге државне делатности због тога је нужна, јер је један критеријум за то да је држава т. ј. државни урачунавајућа делатност и називана своју вољу радња појединих људи, по среди. Саме правни став реализиран у правној одлуци је правило урачунавања које прилагођава казну или извршење судске делатност административних власти — као радње органа, као државна акта или — што је исто — као функцију правног поретка.

(Zur Soziologie des Rechtes, Hans Kelsen, у Archiv für Sozialwissenschaft u. Sozialpolitik, XXXIV, 1912, S. 805).

Али у поређењу треба ићи до краја. Као што научник реконструише стварност и даје идеалне облике према грубом материјалу искуства, исто тако и правник реконструише оно, што је дато у закону, вољу законодавчеву. То у ствари значи кад научници говоре о континуираној вољи законодавчевој (Donato Donati) или о вољи каква би требала да буде објективно према датим социјалним условима; или замишљају да је воља законодавчева сваког момента присутна или је идеалишу; или дакле праве фикцију или један идеал. А онда зашто је потребно говорити о вољи законодавца? О њој нећемо говорити све док не буде са свим одређена, кад о њој нема сумње и кад у примени она увек добија један исти облик. То значи вољу законодавца сазнајемо a posteriori, она је оно како је формира онај који закон примењује. Пошто увек постоји једна даљина од закона као апстрактног правила до примене на конкретан случај, треба узети да је воља законодавчева оно, што од ње учине они који је примењују. Још мање ћемо говорити о вољи, кад закон који је представља чак није ни јасан. Ту ћемо сазнати за вољу законодавца a posteriori, тек кад је формира онај који закон примењује. Према томе, са нашег гледишта, ако говоримо о вољи законодавчевој, говоримо о једној унутрашњој тенденцији коју садржи закон, о једном импулсу који даје тај закон, о једној садржини која потенцијално лежи у закону[1]), од које један део носи карактер веће извесности, други карактер мање извесности; за чији један део очекујемо једнообразност у примени, свакако релативну, а други разноликост; или садржине чији смисао можемо очекивати у примени, у томе какав ће јој смисао дати надлежан орган. Према томе воља законодавчева је релативна, један део, најважнији несумњиво, у процесу стварања права. Потпуна воља законодавца изражава се у вољи судије и администратора. Закон је све што хоће разни органи: и они који се зову законодавни, као и они који се зову судски или управни.

Треба прочитати само у часопису „Архиву за правне и друштвене науке" парламентарну хронику (коју је код нас водио г. проф. Слободан Јовановић) или судску хронику, па да се види каква разлика постоји између теорије и праксе. Најпре, у самом парламенту постоје два или више гледишта, за тим теорија се не слаже ни с једним од њих. Међутим једно од њих је победило. Које нас се од свију њих тиче? Које је закон? Научник може имати потпуног права, али то је практично индиферентно. Важно је које је мишљење победило; закон се појавио у његовом облику; онакво какво је оно, такав је закон. Или, кад је реч о судским пресудама, у прво-

[1]) Слично се изражава Ж. Спасојевић у делу. L'analogie et l'interprétation, 1911.

степеном суду има два мишљења, Апелациони заузима друго гледиште, Касациони треће. Шта је право? Пресуда Касационог Суда, јер он изриче у једном конкретном случају последњу реч.

III. Ове две концепције се појављују као супротне и на питању метода тумачења. Теорија воље која не може да нађе објективан критериум за смисао закона не може ни за сличност, која је потребна да би се један непредвиђен случај ставио под исти закон под који се подводи други, предвиђен тим законом. Несумњиво свака теорија ће имати претензије да дâ објективне аргументе за један одређен критериум о сличности, али њих може бити неколико. И ови критериуми имају практичне вредности, пошто ће судија бирати оно које му се учини логичније. За којим ће поћи један судија, то је фактичко питање. Поврх тога чак и кад би се утврдио један општи критериум за сличност, у примењивању овога критериума, као увек при примењивању принципа, неће бити потпуне сагласности. То је онај исти прелаз од закона као апстрактног принципа ка његовој примени као конкретном случају. Због тога треба се задржати на ономе што је фактичко. Као што у закону има један сталан део, исто тако и у примени аналогије има донекле сталности у њеној примени.

IV. Што важи за судију, у већој мери важи за администратора, још у већој мери за управљаче. Администратор има чак и извесну сферу у којој зависи све од његове воље и његовог схватања. То је т. зв. дискрециoнална власт. Та власт није апсолутна. Администратор је дужан да ради у општем интересу. Али како ће схватити тај општи интерес, остаје њему. Он је дужан да употреби све своје знање, сву своју способност да пронађе прави општи интерес. Али пошто његова одговорност може бити само у случајевима кад он ради против интереса државе или у интересу других лица, стоји до његове воље да ближе одреди општи интерес. Другим речима њему је остављено у ствари да као једно техничко лице одреди општи интерес. Пошто судска организација може да се изведе до извесне мере, то управљачи имају у ствари аутономије где не би иначе имали. У највишим органима има највише слободе. Ту се социјалан живот и право највише додирују.

V. Са гледишта теорије воље, правила која постају мимо закона (praeter legem) сматрају се обично као конвенционална правила на супрот правним. На том гледишту стоје чак и писци, ако су заступници теорије воље, оних земаља у којима они имају фактичку силу закона или у којима обичајно право има већу вредност него писани закони (Енглеска). Та правила су за њих секундарне важности. Та секундарна природа види се нарочито у томе, што она не могу укинути један закон. Међутим несхватљиво је да та правила нису правна, кад важе као и правна. Та секундарност може само да им да нарочито обележје, али не да од њих начини правила која нису правна. Могуће је логички да она не буду у рангу закона, али логички није могуће да нису правна. Решење да нешто важи и да није правно, нелогично је. Због тога извесне теорије воље покушавају да ово избегну. Оне своде сва конвенционална правила на правна т. ј. налазе им основа у правним правилима и због тога, због основа и њих саме схватају као правна. У томе се одликује нарочито формалистичка теорија. За њу је проблем прост. У њеном духу је да све посебне правне принципе дедуцира из општих, да и најниже принципе и конкретне случајеве сведе на највише принципе, јер она иде за логичком везом принципа: ако су нижи принципи у сагласности са највишим, они имају свој основ у њима, према томе сви нижи правни принципи који важе, важе јер одговарају највишим. Иначе типичан је у том погледу Donato Donati[1]). Он пружа пример са парламентарним системом. Ево његовог духовитог објашњења парламентарног система помоћу законског права. Парламентарни систем није директно предвиђен законима, али он је предвиђен индиректно. На који начин је то учињено? По закону има краљ право да именује и отпушта министре али увек када и само када јавни интерес то захтева и на начин на који он то захтева. Шта захтева јавни интерес под датим политичким приликама? Данас је vis vitalis уставних принципа политички принцип сагласности народа и краља. Отуда краљ је дужан, под овим условима да отпушта министре само по пристанку народа. То се у овом питању постиже на тај начин, што ће постављати и отпуштати министре по пристанку народа т. ј. парламента. Овде је правни елемент дужност краља да ради у општем интересу, политичка сагласност народа и краља. Нека је тачно да је прво одиста правни принцип. Ипак се признаје да реално извесни политички принципи чине основ за правне институције. Овај политички елемент је исто толико важан колико и правни. Или другим речима, социјалан живот одређује ближе један правни принцип, принцип да краљ треба да ради у општем интересу. То је важно за наше гледиште.

Ако ова теорија није могла остати при томе да ова правила сматра као конвенционална за то, што би то било нелогично, сада, у другом облику, нарочито као формалистика не одговара фактима. Пут од норме више апстрактне ка норми мање апстрактној и од ове ка једном посебном случају није једноставан. По правилу има више раскрсница, више могућности, следствено по правилу неко има да одабере од могућности и тај је творац права у пуном смислу речи и оно што ствара

[1]) Il problema delle lacune dell' ordinamento giuridico, 1910.

мора бити право. Али и кад има само једна могућност т. ј. кад је могућ само један једини принцип, онај који га формулише, учествује такође у стварању права, јер томе је остављена слобода да га констатује како зна, према његовим схватањима. Тај један једини принцип, идеално један једини, постаје и реално један једини. То нас се међутим не тиче. — Према томе теорија воље или је нелогична или не одговара фактима. Теорија социолошка међутим и логична је и одговара фактима. Логична је, јер признаје конвенционална правила да су правна: одговара фактима, јер она је баш та којој је стало да забележи као правно све оно што фактички важи.

Што се пак противправних конвенционалних правила (contra legem) тиче, теорија воље се горди што их одбацује као правила која нису правна и која не могу бити правна. Она им признаје реално важење: та то је један факт! Али им не признаје правно важење, јер нису у сагласности са правом и као таква могу сваког тренутка да буду укинута.

Да пристанемо да је тако. Али остаје необјашњиво како их правни поредак трпи у својој средини: кад су противправна, онда не вреде никако у опште. Међутим они фактички важе у једном периоду и за то не постоји никаква одговорност и никаква санкција у опште. То, што их трпи правни поредак даје им обележје правног правила. Каква су то противправна правила које трпи правни поредак? Ако се деси да буду замењена једним законом или другим таквим правилом, што постоји у опште могућност да се на основу писаних закона укину или промене, показује да она одиста немају ону сталност и сигурност коју имају закони: непрекидно лебди над њима опасност да се који државни чиниоц позове и на њихову незаконитост. Али тиме она добијају само као правна правила једно нарочито обележје. С тога ми изводимо закључак: да ова правила, докле фактички важе, важе као правна.

То је у логици нашег схватања о праву, али и закључак теорије воље је у логици њеног схватања: она која схвата основ једног правног правила сагласност са нормом, мора одбацити свако противправно правило ма какво било као противправно: оно не важи. Али због тога баш, као што смо видели не може да објасни факт, да правила важе фактички: она је и овде ван факата. — Међутим привидно изгледа као да у крилу теорије воље има несагласности у овом питању. Као да по једној теорији је могуће да противправна конвенционална правила постану правна. У том смислу се сам претставник ове теорије изражава. Међутим дубља анализа ће нам открити да тако није у ствари.

По њој могућ је двојак однос између закона и правила ове врсте: или обичајно право (т. ј. правила конвенциална) допушта да се нешто учини или не учини, а закон наређује да се то исто не учини или учини; или пак обрнуто обичајно право наређује да се нешто чини или не чини, а закон допушта да се то не чини или чини. У првом случају обичајно право каже: можеш нешто чинити одн. можеш не чинити, ако хоћеш, законско наређује да не чиниш или обичајно право каже: можеш нешто не чинити одн. можеш и чинити, законско наређује да чиниш. У овом случају постоји координација између обичајног и писаног: оно што наређује писано право, одобрава законско. У другом случају обичајно наређује да чиниш, законско каже: можеш не чинити одн. можеш и чинити или обичајно наређује: не учини, законско: можеш чинити одн. можеш не чинити. У овом случају постоји супротност између обичајног и писаног: оно што допушта писано право, то наређује (не допушта) обичајно. У првом случају обичајно право важи, у другом не важи. Пошто је за важење обичајног права потребна његова сагласност са писаним законом, то значи да је основа важења права писани закон; у ствари у овом случају писани закон важи, а не обичајно правило. Што у другом случају не важи, разлог је што се не слаже са законом, што је противправан према писаном праву.

У овој концепцији теорија воље је признала у ствари правну природу прве врсте конвенционалних правила. Али, кад је то признала, онда је признала стварање права у једном стадијуму путем обичаја који се развија у односима органа. Али ту је граница до које она може да дође. Ми имамо међутим да идемо и даље: ми признајемо за правна и противправна обичајна правила т. ј. она која се искључују са писаним правом у колико она фактички важе.

Сличне проблеме претстављају нам и ови проблеми. Правила корпорација нису непосредна правила правна, пошто се односе само на један одређени круг људи. Али она су то посредно: у колико имају основа у јавном праву, у толико су правна. Правила која се односе на дисциплинску казну су правна, јер улазе у саму државну организацију и ако носе један специалан карактер. Између њих и кривичних не може се правити никаква фундаментална разлика. И у том смислу мора се признати да не постоји разлика између кривичноправне и дисциплинске казне. Дисциплинска је једна врста кривичних. — Црквено право може бити у својој целини као право корпорације (где је одвојена црква од државе), али није никад цело право јавно. Увек остаје један круг у коме је то право право једне корпорације. Због тога се прави конфузија кад се хоће да схвати као једна нарочита врста права, да није ни јавно ни приватно већ црквено. То треба да значи да је то право једне нарочите корпорације и по томе са једном нарочитом садржином и да у извесном обиму има аутономију.

• Један млад писац (Marc Réglade) је констатовао правна правила која су постала путем обичаја (прећутним пристанком) најпре у организацији државе: „у Енглеској ова правила организирају управу демократске владе; у Француској, она су осигурала опстанак владе стварно републиканске ударајући принципиелно на краљеве прерогативе које је Председник Републике добио по Уставу од 1875 г.; у Сједињеним Државама најзад она показују тежњу ка централизацији“[1]). Затим у функционисању: ширење уредбодавне моћи шефова државе и министара; председник добија карактер административног агента; врши се разлика у природи домена. У погледу негативног ограничавања државе правом: у Француској законску вредност има декларација права, у Енглеској улога судије. У Сједињеним законска вредност декларација права и изузетак неуставности почива на обичају. У функционисању администрације: у англосаксонским земљама индивидуа је штићена једним скупом правила обичајних која Dicey назива владом закона; у Француској се ствара тужба за ексцес власти (excès de pouvoirs), и принцип одговорности државе; у функционисању судова: граница између административног и обичног судије учињена је путем обичаја. И кад би се од ових случајева одбили многи на рачун тога, што се једни могу свести на законе као секундарни, и што се други не могу сматрати као први, већ само као политички или просто као израз односа фактичких сила, постоје несумњиво правни принципи који су постали овим путем.

У историји нашег права у почетку игра важну улогу однос фактичких сила и чини основу свега у политичкој организацији за право, конвенционална правила исто тако: све до 1844 и 1860 год. није било систематских закона, а до 1853 и 1865 г. формалних законика већ се судило по обичајном праву, савести и здравом разуму. Многе институције обичајног права ушле су у законско право. (На пр. избрани судови). И данас има важних правних правила на обичају. Право Скупштине да одбаци буџет у целини не садржи се ни у једном закону. Оно се може извући из једног политичког принципа а учвршћује се као правно праксом. Данас је пракса утврдила извесне принципе које теорија сматра за противправне. На пр. у пракси је Главна Контрола присвојила себи право да даје разрешницу министру, за извршење буџета, које по теорији припада Скупштини. Пракса Државног Савета је чешће пута у супротности са теоријом. По теорији, ступање у српско поданство бива изузетно од § 44. Г. З. по одобрењу Државног Савета; Д. С. међутим има другу праксу, он се држи формалности по уредби од 2. маја 1844. По теорији кад полициске власти врше какву судску функцију престају бити орган управне власти, по пракси Д. С. не престају. Д. С.

[1]) La coutume en droit public interne, 1919, p. 187.

сматра као административни спор и спор који се води због одбитака плате, због дневнице, због права улагања у удовички фонд и т. д., теориски то се не може оправдати и т. д.[1]). Многи закони важе, и ако су противуставни. На пр. неуставан је био чл. 13. И. З. (у супротности са чл. 114.), јер није предвидео да ће Народна Скупштина морати да слуша Д. С.; правилник Краљевског Дома од 24. Фебруара 1911. г. није такође уставан и т. д.[2]). Исто тако је било неуставних аката који су прошли као уставни. На пр. неуставан је био акт председника Народне Скупштине што није хтео да саопшти Скупштини писмо Престолонаследника Ђорђа, којим се он одриче свог дела апанаже[3]). И т. д.

VI. Немоћ теорије државне суверености показаће се и на питању о празнини закона. Најпре, шта су то празнине?

Са гледишта теорије воље могло би се узети да је сваки неодређен закон непотпун закон или чак да није закон и да према томе чини празнину: јер ко тражи вољу законодавчеву (као она), може је наћи само онда, кад је она одређена; и ко сматра да закон садржи све у себи, тај треба да захтева пре свега да закон буде одређен. Ако је закон неодређен, онда се у њега може потурити и садржина коју он у ствари нема, и чак супротно вољи законодавчевој. Те пак не може да допусти теорија воље, за коју је воља законодавчева света. Кад би она пак примила овакав појам празнине, онда би она морала признати да у закону има пуно празнина. Међутим такво признање није у њеном духу. И она одиста долази до супротног закључка: да у овим случајевима нема празнине. И она је и овде, као и на другим питањима, показала свој рационализам. Па то је онај њен манир да све сведе на вољу законодавчеву. Ради оваквог закључка пак она је принуђена да неодређен закон схвати као одређен. По њој, и онда постоји воља законодавчева, треба је само пронаћи. У ствари то ће рећи: треба да законодавац има једну одређену вољу; и пошто треба, он је и има одиста, треба је само наћи. За то што треба да је има, она закључује да је законодавац одиста и има. Али оно што је неодређено остаје неодређено и узалуд се поставља захтев да нађемо вољу законодавчеву, ми је нећемо наћи, јер је нема, јер је неодређена и ми треба сами да јој дамо један одређен смисао. Тај факт нико не може порећи, али теорија воље је принуђена да га порекне. Та кад би она признала факт, више не би била оно, што је у својој суштини: она идеализира, жели, и прави фикције. Она, као што ћемо одмах видети, своди цео правни систем на неколико принципа који, по нужности логичкој да су принципи, обухватају целокупан живот. Ти принципи садрже у себи и неодређене законе: у тим принципима доби-

[1]) [2]) [3]) Парламентарна хроника Слободана Јовановића у „Архиву“.

јају свој смисао. И поред тога, што бисмо један неодређен закон довели у везу са основним принципима, он би остао неодређен: та то се и ради у ствари, па ипак људи се не слажу у томе какав смисао има један неодређен закон и зато је и неодређен. Ми ћемо у осталом доказати одмах да није тачан горњи став и да према томе не може бити тачан у опште и доњи став — И ако би теорија воље требала да призна да неодређени закони чине празнину, она то не признаје. Према томе за њу је празнина где нема у опште никаквог принципа.

Са нашег гледишта пак неодређен закон не чини празнину; јер за нас је важно да он функционише, да је у пракси добио један смисао. За нас је дакле празнина, као и за теорију воље, где нема никаквог принципа. У томе се теорија воље слаже са нашим гледиштем, и ако по цену да не призна један факт и да ради тога учини фикцију. Да ли има таквих празнина? То је фундаментално питање. Са нашег гледишта унапред то је могуће, јер нам је јасно да је врло тешко да људски разум предвиди све случајеве који се могу десити у животу (мислимо на законе, т. ј. она правна правила које издаје законодавац). Ми не верујемо у потпуну хармоничност нашег разума и стварности ни у овом правцу.

По гледишту теорије воље пак, нарочито формалистичке, празнине у законима нема. Правни систем као и сваки други садржи основне принципе, из којих се сви други могу дедуцирати. Истина, да не би било празнине, ти принципи морају бити по својој садржини толико апстрактни да се поклапају са једном сложеном садржином какву пружа данашњи социјалан живот, али по преставницима воље, то није ништа тешко. Човек може у неколико потеза на један апстрактан начин да регулише све друштвене односе. Принцип слободе или принцип једнакости, принцип поделе власти могу да чине један потпун правни систем. Међутим постоји једна чињеница да се цео социјалан живот не може регулисати позитивно и стварно. Признајући прећутно ову чињеницу, претставници ове теорије покушавају да нам докажу да се у сваком правном принципу латентно крију принципи којим ће се попунити празнина. Једни истичу нарочито то да постоји увек орган, овај пре свега који има да пресуђује, који има дужности изрично (као у Швајцарском Грађанском Законику) или прећутно да такав случај реши како он уме и хоће или са извесним ограничењима. Други пак нарочито принцип који се састоји у томе на крају крајева да се оно, што није регулисано законом, оставља на слободу појединцима или и на њихову вољу да регулишу односе међусобно како знају.

Одиста, изгледа на први поглед да је тачно прво мишљење, да човек има једно средство: он може да створи такав један принцип који би обухватио све такве случајеве на један по-

средан начин. Ми можемо на име створити један орган који ће у таквим случајевима узети на себе да их попуни. За приватноправне ствари то би био суд; за јавноправне ствари то би могао да буде какав административни суд, у опште суд коме би се то ставило у надлежност. Али шта то значи? Нису ли онда ти органи у ствари законодавни? И зар се признањем овога факта теорија воље не ставља на један терен на који не може да се стави? У ствари тиме она признаје да закон није све предвидео и да се накнадно то има попунити. Кад се уз то још узме да се такво попуњавање т. ј. таква надлежност судова не допушта у пракси у питањима из области кривичног права у опште и важнијим питањима приватнога права, а да нема у опште могућности за суд суд који би попуњавао празнине у питањима који се тичу односа највиших органа, онда је очевидно да теорија воље не може избећи признање да има празнина. Орган који ће попунити те празнине је законодавац орган. Он би у извесним случајевима могао да, дајући закону повратну силу, попуни раније празнине. Али баш, и кад би их могао све попунити, дотле, докле их не попуни, у закону постоји празнина. Могло би се дакле прибећи једној организацији за уклањање празнина. Али баш тиме, што се њој прибегава потврђује се могућност празнина у закону.

На први поглед, кад се зна да се у кривичном праву не може примењивати аналогија (што је дошло услед тога да би се заштитила права индивидуе), изгледа да су немогуће празнине у кривичном праву. И ако ће се десити повреда каквог добра једног субјекта, ако није предвиђена у кривичном законику, она није кривично дело и судија не може да изрекне никакву казну. По томе, ма шта се десило, судија има држање као да је све предвиђено: за њега кривични законик садржи цео живот; што је изван кривичног законика, што се не налази у кривичном законику, то се њега не тиче. Али тај факт не доказује баш ништа; он је само знак да се судија ограничава у своме раду. Он никако не искључује факт да нема у животу повреда права које нису предвиђене законом и да међу њима има таквих које треба да буду предвиђене, које би требале да буду заштићене кривичноправним санкцијама. Такви случајеви су нарочито могући у несавршеним, немодерним законицима и у колико су старији у толико више[1]). То су међутим празнине.

На први поглед и друго гледиште изгледа тачно, изгледа на име да се можемо помоћи принципом индивидуалне слободе. Оно што није закон предвидео, остаје на вољу појединцу. Слобода је једна правна категорија т. зв. негативни

[1]) Претурајући српске старије часописе човек ће наићи на чланке који говоре о празнинама у нашем кривичном законику.

статус (по Јелинеку). Према томе правни систем је обухватио и такве случајеве. Све што би који нашао као празнину, то би било само по његовом мишљењу празнина т. ј. он би тиме изјавио жељу да се законски регулишу извесни социални односи који дотле нису били регулисани; али они су у ствари регулисани тиме, што су остављени у личну сферу. Овакво резоновање није у духу ове теорије, јер она је тиме признала да друштво такође ствара право. Сем тога оно је иначе погрешно. Слобода је један релативан појам: ужа или шира. Са свим је разумљиво да се може десити да буде она ограничена у једном правцу, а да не буде у другом који по социалној страни има исто толику вредност. Сем тога је важнија чињеница да ван ове сфере слободе, ван негативног статуса има и других сфера, и других статуса. У тим сферама може се десити да односе, једнаке по социалној вредности са односима који су већ регулисани, није регулисао; то пак нису ништа друго него празнине.

По резоновању претставника теорије воље довољно је измислити један једини принцип: не сме бити празнина! Ви судије и ви администратори и ви сви појединци попуните празнине на које наиђете. Али чим поставе овај принцип, они су напустили у ствари своје гледиште. Они у ствари више законе не своде само на законодавни орган већ и на све остале и на само друштво. Јер они морају им дати извесну стварну аутономију у испуњавању празнина. Колико има раскрсница од највиших до најнижих принципа! Такав принцип може поставити човек који мисли да законодавни орган чине сви државни органи и друштво. И по томе изгледа као да ми који заступамо такво гледиште не смемо закључити да има празнина у законима. У ствари тако није. Треба добро запазити у чему је проблем. Он је у томе да ли има празнина у законима, т. ј. у правилима које је издало законодавно тело. Ако дакле признамо учешће и других органа и само друштво, ми више не говоримо о таквим законима. Али и онда ми не можемо тврдити да нема празнина, и онда дакле кад говоримо о празнинама у правном систему у опште. Ту се могу јавити празнине из више разлога. Најпре, јер живот стално ствара нове односе, а људи немају готових правила у џепу а и сами принципи се развијају, као и све у свести људској и при томе они лако изостају иза односа; пракса и овде лута, удара час на једну час на другу страну, дакле неодређена је, не постоји један једини принцип, већ више који могу бити и у противречности; не ствара чак и никакав него се задовољи да реши један конкретан случај; све то тако траје или док закон не испуни ту празнину или док се не формира обичајно право. (Не треба заборавити да има сукоба интереса и схватања и да они повећају лабилност једног принципа који се ствара). За тим, у питању је увек да ли ће држава створити тако савршену организацију да ће се моћи увек попунити празнина у законима.

Али ми тај проблем нисмо третирали, већ проблем празнине закона.

У данашњим системима тешко је наћи празнине у основним принципима, али је лако наћи у секундарним и терцијерним принципима. Јелинек наводи један пример из модерне државе[1]). При другом избору Grévy-а за председника у Француској монархисте су хтеле да на противуставан начин омету избор и већина Народне Скупштине (састављена из обадва дома), којој је припадао и председник скупштине се устезала да предузме избор. Да ма какав нов уставни принцип донесе, Скупштина није могла; међутим било је раније одлучено да се донесе промена устава. Министарство је пак пре тога било дало оставку и није хтело да води послове. Ко ће вршити власт и како ће се изабрати Председник Републике? Пошто није одређена граница докле се може употребити аналогија, то има пуно случајева који се могу и не могу сматрати као празнина. На пр. питање да ли престонаследник има право на оставку, из нашег прошлог Устава. Устав ништа не каже. По својим правним квалитетима он није исто што и остали чиновници. Како ће се решити то питање? Које је тачно од оних која постоје у теорији? На сваки начин је потребно да законодавац изрично регулише ово питање.

У ранијим системима било их је још више. Типичан пример је са Русима. Петар Велики је умро, а није поставио тестаментом ко ће бити наследник престола. Међутим то је био једино правни начин. Очевидно, ово је пример законске празнине.

Историја наше политичке и правне, у опште, организације показује како правни систем обухвата социалан живот постепено мало по мало. Наше право се постепено формира, од случаја до случаја. Кад се пореди један Устав са другим, онда се рељефно пред нама оцртава несавршеност старих устава: у односу према доцнијим они не решавају многа питања и нека од њих се не могу никаквом аналогијом решити (или треба узети да се може решити све у опште аналогијом). На пр. тек Уставом од 1869. т. и закон о министарској одговорности 1870. г. министарска одговорност је први пут организована. По уставима по којима је постављен принцип министарске одговорности, како је требало организирати ту одговорност? — Тек У. 88. спомиње право владаочево на рат и мир. Шта је дотле, по ранијим уставима важило? — Тек почев од У. 69. г. у свима уставима и изборним законима налазе се прописи који дефинишу посланике као претставнике целога народа, а не само њихових бирача који забрањују императивни мандат. Шта је

[1]) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehren, 1914, с. 357—358.

важило дотле? — Све до У. 1888. г. у Скупштини се водио спор да ли је адреса акт куртоазије или политички акт. И т. д.[1]). — Све до 1844. и 1860. г. није било писаних закона: судило се по здравој памети. Истина није било празнина у том смислу, што су судови налазили реално за сваки случај. Али било је у смислу у коме ми расправљамо ово питање: није било унапред одређеног правног принципа, они се тек стварају.

Историја свију правних система и оних који су постали на један рационалан начин то показује такође (на пр. Америчких Сједињених Држава). Данас нам то еклатантно показује Руска Совјетска Република. У њој се на пр. кривично право тек формира: цео тај процес може се лако пратити и извести важни закључци филозофско-социолошки.

VII. Као што унутра, у држави, право има свој правни и истовремено свој социални основ, исто тако и споља. Унутра, у држави оно постаје фактички само првог момента, доцније према једној утврђеној форми, према правним принципима; али и онда има и свој социални корен: кроз правну форму изражава се живот више или мање, пошто је сама форма већ кондензовање друштвених односа, према томе само један друштвени фактор који је по природи такав да омогући само извесној групи изражај у правним нормама. С поља, у међународним односима има увек једна правна форма кроз коју пролази социалан живот. И ту постоје оба елемента при стварању права и ту баш увек. Јер ту, пошто има два правна субјекта која су међусобно једнака, увек је потребно да ова два саградити. Тај правни однос је по некима уговор, по другима стицај воља. Овде је равнодушно које је од ових гледишта тачно. Кроз овај правни однос се простиру интереси и идеје људи. Пошто уговор или сагласност су минимум организације, која до данас није могла да буде основа да се створи међународни суд, то цело међународно право почива највише на односима социалних сила. Ова два елемента не могу се одвојити један од другога. И по томе не може се казати да је основ само уговор одн. стицај воља. На тој основи немогуће је наћи основ међународног јавног права: оно увек остаје државно, што је сјајно констатовао Келзен. И по томе се исто тако не може казати да право почива само на социалним односима, одн. директно на њима, јер онда се испушта важан елемент независности (суверености) држава, што има практичних последица: кад се узму обадва елемента, онда се уговор појављује као социална категорија. По томе, и ако је основ уговор, међународно право је истргнуто из наручја појединих

[1]) В. Уставно Право Краљевине Србије I. Слободана Јовановића. 207, историјске делове

држава и стављено у међународну заједницу. По томе дакле што међународно јавно право има социалан корен, оно је изнад појединих држава. Тиме наравно није порекнута никако суверност држава, већ је само суверност стављена под правни поредак, као један елемент у правном поретку: држава је суверена тиме, што и за њу важе правна правила које регулишу њене односе са другим државама.

VIII. На овој основи питање о важењу обичајног права добија овакво решење. Обичајно право важи у друштву, независно од пристанка државе јер у томе је његова снага: да фактички важи; пред државним властима пак важи, ако га држава признаје. То може бити и на прећутан начин. У случају законских празнина, судија је дужан да примени обичајно право, које регулише случајеве које има један судија да реши. Обичајно право само по себи нема обавезне снаге по државу. Оно га има само у случају законске празнине, по томе, што је право, и кад је државно, социално. А међутим увек где могу држава и друштво да се допуњују у хармоничну целину, дужност је државних фактора да изведу то допуњавање. Право је ред, и све оно, што одговара реду, може се примити. Признати да обичајно право важи па ипак свести га на вољу законодавца, како чине неке теорије, значи кретати се у кругу фикције. Правити државу као творца права и истовремено обавезну снагу обичајног права самог по себи, противречно је. Само она концепција по којој је право друштвено може примити да обичајно право има само по себи обавезну силу.

IX. У погледу правног изучавања ово гледиште има пуно практичних последица. Пошто ми захтевамо да забележимо реално право, то се нећемо моћи ніпошто да задовољимо правом које је постављено као идеал који има да се постигне, правом записаним у уставу и законима. Такво, идеално, писано право несумњиво је известан резултат односа социалних снага једног датог момента, известан израз односа тих снага. Али то је само један резултат и један израз. Увек се снаге не изражавају потпуно кроз тело које ствара законе, управо изражавају се више или мање. Па и кад би се потпуно изразиле, изразиле би се онакве и у онаквом односу у каквом су биле датог момента. Оне су међутим у покрету непрекидно. Са тим покретом у снагама појављује се упоредо и покрет у законима. Они постају онакви какве их начине друштвене снаге. Ето због чега је потребно ићи и даље од писаних закона.

Има још нешто друго, врло важно. На основу једног правног принципа развијају се социалне снаге. Као што снаге обрћу законе у свом смислу, исто тако право са своје стране обрће социалне снаге у граници коју је поставило. Ако је Председник Републике у Северним Сједињеним Америчким Државама добио такав значај, такву власт, поред осталога, узрок је и то,

што га народ бира. Тај правни принцип да га народ бира има важних практичних последица да од њега и у правном погледу начини нарочито нешто што се не може видети из других постављених принципа. У овом случају има неколико ствари, али нас се тиче само то да се само из текстова не може видети једна правна институција.

Какав тежак и суптилан задатак се указује правнику кад се стоји на горњем гледишту о праву[1])!

Закључак. Рационализам се показао немоћним и у питању правног лица као и у питању држава и право.

Рационализам, који гради укочене и непокретне појмове, гради и појам правног лица у правној науци, као што гради појам супстанце у метафизици. Логика је у рационализму отишла изнад живота, преко живота и на супрот животу. Међутим она треба да остане у границама живота. Она треба да иде за животом, за потребама живота. Не постоји никаква нужност да је држава правно лице и да као таква остаје увек. Она је правно лице кад то живот захте, она је то кад односи у којима се она налази то захтевају. Рационализам је категоричан, живот је релативан. Рационализам своди свет на просте јединице, атоме, супстанце; живот је сложен, у њему нема јединица, атома и супстанца самих за себе.

У питању држава и право потврђује се једна филозофска истина да ум не може да обухвати целокупну стварност. Наши појмови су само симболи стварности, а не сама стварност. Наши принципи су само једна идеална форма према правој стварности. Између творевина ума и стварности има увек једна несагласност: не само по томе, што је ум статички, а стварност динамичка, већ што ум ствара увек вештачке творевине, што прерађује и идеализира стварност. Ово у толико више важи кад је реч о таквој сложеној стварности као што је правна, и која је у једном живом и непрекидном развитку: ту је даљина и несагласност ума већа него у иједној области. Правни принципи предвиђају стварност апстрактно, на једној великој даљини, у грубим потезима: сваки конкретни случај има нешто специфично, што не обухвата сам принцип. То је апстрактност норама. Она је велика нарочито у правном свету који је принуђен да ради много пута са оним што је просечно. Оно је до данас такво чак и у кривичном праву. Али и кад се кривично право максимално индивидуалише, остаће нешто од његове особине апстрактности. У јавном праву је, бар у једном правцу, та апстрактност нарочито велика: у њему делају социјалне групе, а не индивидуе. И у колико с једне стране је потребно да права буду потпуно обезбеђена и сфере

[1]) Добро израђене ствари оваквом методом у најновије доба су дела J. Barthélémy-a.

јасно обележене, пошто су у питању елементарни интереси, у толико је теже то постићи због тога што га држе социјалне групе. Јавно право се креће између ове две тенденције[1]). Та апстрактност је још већа, кад се посматра однос принципа према фактима у еволуцији. Живот се мења: нова факта и нови њихови односи се јављају. Апстрактност постоји не само у односу према објективним фактима, већ и субјективним. Правни принцип је практичан принцип. Он је оно, што људи од њега створе. Он је оно, како га схвати и како га хоће схватити према свом интересу човек који има да га примени. Живот, који непрестано еволуира, ствара и нова схватања као што ствара и нове односе интереса међу људима. У току еволуције људи трансформишу један правни принцип. Живот наравно захтева једну стабилност и сигурност: тиме је стављена граница трансформацији права. Али у ствари право и држи та стабилизација односа сила. Докле траје исти однос сила, траје и систем у својој основи. После тога наступа отворен судар: тежња за променом ранијег система на миран начин, по правилима ранијег система или револуцијом.

Рационализам узалуд покушава да нам докаже савршеност правних система, он у ствари идеалише стварност: она није тако проста и тако непокретна да је може формулисати један логички систем. Али тиме не поричемо вредност ума у опште. Ум људски није немоћан, и он ће имати све више удела у нашем животу, системи правни ће бити све потпунији и ближи стварности, али они никад не могу потпуно домашити стварност, од које су и они један део.

---

[1]) На марксистичкој основи се може духовито конструисати промена система у односу према социјалним силама.

Дела којима сам се служио при раду. (Споменута су најважнија. Изостављена су дела која третирају специјална питања, и ако су цитирана многа од њих у делу).

I. Дела јавног права.

Слободан Јовановић, Основи правне теорије о држави, прво издање 1905. и друго 1914.

G. Jellinek, Die allgemeine Staatsrechtslehre, треће издање 1914. год.

System der subjektiven öffentlichen Rechte, друго издање, 1919.

H. Kelsen, Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911.

Grenzen zwischen juristischer u. sociologischer Methode, 1911.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920.

Dr R. Schmidt, Allgemeine Staatslehre, 1901.

Loening, Staat у Handwörterbuch d. Staatswissenschaft, VII. B. треће издање, 1911.

Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. B., друго издање 1914.

Affolter, Studien zum Staatsbegriffe у Archiv für öff. Recht. 1902.

L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, I. 1911.

La transformation du droit public, 1913.

M. Hauriou, Les principes du droit public, 1910.

Précis de droit administratif et de droit public, 1914.

Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 5 издање, 1909.

II. Дела опште теорије права.

Krabbé, Die Lehre der Rechtssouveränität, 1906.

Jhering, Der Zweck in Rechte, пето издање, 1919.

Eugen Ehrlich, Grundlegung der Sociologie des Rechts, 1913.

J. Kornfeld, Sociale Machtverhältnisse, 1911.

V. Fr. Alexander Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, I. B., 1903.

Merkel, Die Enzyklopädie des Rechts, друго издање, 1900.

Berolzheimer, System des Rechts — und Wirtschaftsphilosophie, II. B., 1905.

Hatschek, Konventionalregeln oder über die naturwissenschaftliche Begriffsbildung im öff. Recht у Jahrbuch d. öff. Rechts, III., B. 1909.

Bierling, Juristische Principienlehre,, I. B., 1894.

Thon, Rechtsnorm u. subjektives Recht, 1878.

Binding, Die Normen und ihre Übersetzung I. B., 2. издање, 1890.

Sumner Maine, Etudes sur l'histoire des instituitions primitives, 1880.

Michoud, La personnalité morale I. t., 1906.

M. Gavrilovitch, L'état et le droit, 1911.

H. Reglade, La coutume en droit public, 1919.

Jean Cruet, La vie du droit 1908.

Vanni, Lezioni di filosofia del diritto, 1908.

III. Дела о оправдању државе.

R. Stamwler, Wirtschaft u. Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 2 издање, 1906.

Westel Woodby Willoughby, Social Justice, 1900.

Edmond Villey, La souverainité nationale, 1904.

Hoefding, Morale. Essai sur les principes théoriques et leur application aux circonstances particulères de la vie. Traduit par Léon Poitevin, 2. édition, Paris.

IV. Дела која се односе на уговорне теорије.

Rousseau, Contrat social, Garnier Frères, 1920.

Otto Gierke, Jahannes Altusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 2. издање, 1902.

Spinoza-Tractatus theologico-politicus у издању Universal-Bibliothek.

G. Plechanov, Anarchismus u. Socialismus, 1911.

Dr Paul Eltzbacher, Der Anarchismus у Handbuch der Politik I. 1912.

V. Дела метафизичка и религиозна о држави.

Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821.

Le comte de Vareilles-Sommières, Les principes fondamentaux du droit, 1889.

G. Richard, Philosophie contemporaine et la question sociale, 1914.

VI. Дела о постанку и функцијама државе.

Fr. Engels, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums u. des Staats, осмо издање, 1900.
Franz Oppenheimer, Der Staat, 1909.
Gumplovicz, Grundriss der Sociologie, 1885.
Ленин, Революција и држава, 1920.
Анонимус, Государство въ будущемъ обществѣ у издању „Впередъ“ 1877.

VII. Социолошка и историска дела из којих су узимани подаци.

Durkheim, La division du travail, 3. издање. 1911.
Bouglé, Les idées égalitaires, 2. издање 1908.
Bart, Die Philosophie der Geschichte des Soziologie I. Teil, 1894.
G. Tarde, Les transformations du pouvoir, 1899.
Kurt Breysig, Kulturgeschichte der Neuzeit, 1901.
James Mackinnon, Eine Geschichte der modernen Freiheit, autorisierte Übersetzung, Hilmar Wilman, 1911.

VIII. Правна дела из којих су узимани подаци.

Слободан Јовановић, Уставно право, 1907. и Парламентарна хроника у „Архиву“.
Dr. Коста Кумануди, Административно право Краљевине Србије, 1909.

IX.

Више часописа за јавно право и филозофију права и стручни речници.

ЖИВОТОПИС.

Рођен сам 25. октобра (по старом) 1892. у Врањи од оца Ристе Тасића, општинског писара и мајке Параскеве, рођ. Ђорђевић. Основну школу и шест разреда гимназије свршио сам у Врањи. Седми и осми разред и матуру у Трећој Београдској Гимназији. На правни факултет сам ступио школске 1911/912. Европски рат је прекинуо моје школовање. Дипломирао сам јула 1919. Усмени докторски испит сам положио марта 1920. године.