ЕНЦИКЛОПЕДИЈА ПРАВА, 1941.

Садржај

ПРЕДМЕТ ЕНЦИКЛОПЕДИЈЕ ПРАВА

1. – Општи појам енциклопедија
2. – Како треба схватити предмет и педагошки задатак наставе енциклопедије права
3. – Потребе које треба да задовољи енциклопедија права

ПРВИ ДЕО

I. ПРАВО КАО НУЖНА ПОЈАВА У СВАКОЈ ОРГАНИЗОВАНОЈ ЉУДСКОЈ ЗАЈЕДНИЦИ

1. – Нужност и корисност друштва
2. – Нетачност теорије о природном, недруштвеном стању људи
3. – Строга принудност правила друштвеног живота у примитивним заједницама
4. – Нужност права у свакој организованој људској заједници. Његова улога у друштвеном животу

II. МЕСТО ПРАВНИХ НАУКА У ОПШТЕМ СИСТЕМУ ЉУДСКОГ НАУЧНОГ САЗНАЊА

А. Право упоређено са законима природе

1. – Разлика између правних норми и природних (биолошко-физичких) закона
2. – Главне карактеристике правне норме у поређењу са природним законима
3. – Градација у удаљености између стварности и појединих друштвених норми
4. – У чему се друштвене норме приближују природним законима

Б. Право и социологија

1. – Право посматрано у склопу социологије
2. – Социолошка метода у проучавању правних чињеница
3. – Критичан поглед на социолошку методу на правне науке
4. – Закључак у погледу употребе социолошке методе

В. Право и економија

1. – Узајамне везе и испреплетаност између права и економије
2. – Зашто се економске појаве не могу сматрати као независне од правног уређења
3. – Разлика између права и економије по предмету њиховог проучавања

4. – Међусобни утицај између правних и економских фактора

III. НЕДОВОЉНОСТ ПРАВА КАО ИСКЉУЧИВОГ РЕГУЛАТОРА ДРУШТВЕНОГ ЖИВОТА

А. Право не садржи сва правила друштвеног живота

Б. Улога религије у формирању правила друштвеног живота

В. Однос између права и морала

1. – Кратак историски преглед односа права и морала
2. – Разлика између права и морала
3. – Релативна подударност између права и морала

Г. Правда и правичност

1. – Покушаји одређивања појма правде
2. – Однос између правде и позитивног права
3. – Правичност

Д. Друштвени обичаји

IV. ГЛАВНА ОБЕЛЕЖЈА ПРАВА

1. – Општост (генералност) права. Појам правног правила
2. – Билатералност (двостраност) права. Појам правног односа
3. – Спољашњост права. Узроци спољнег важења права

V. ДРЖАВА И ПРАВО

1. – Односи државе и права посматрани са историског гледишта
2. – Да ли су модерне државе искључиви творци правних норми
3. – Везаност државе правом
4. – Принудност права

ДРУГИ ДЕО

Право посматрано у свом историском развитку

I. ОПШТЕ ТЕОРИЈЕ И ГЛАВНИ ПРАВЦИ У ИСТОРИСКОМ ПРОУЧАВАЊУ ПРАВА

1. – Циљеви и методе историског проучавања права
2. – Развитак науке о историји права
3. – Историска школа. Национално-расни правац у историји права

4. – Еволуционистичка школа
5. – Националистичко-племенски правац у историји права
6. – Упоредни правац

II. СХЕМА ПРОЦЕСА СТВАРАЊА ПРИМИТИВНИХ ДРУШТВЕНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

1. – Методе проучавања преисториског човечанства
2. – Класична теорија о првим зачецима друштвених организација
3. – Модерне теорије о првим формама друштвених организација
4. – Битне карактеристике првих друштвених група. Процес стварања и индивидуализација централне друштвене власти
5. – Прелаз од група заснованих на сродству ка политичко-територијалним заједницама

А. Кратак преглед историје римског права

1. – Значај римског права за цивилизовано човечанство
2. – Почеци и период старог права
3. – Класична периода
4. – Декаденција Рима. Јустинијанова кодификација

Б. Развитак права у Западној Европи после пропасти Западног Римског царства

1. – Стварање разних пролазних држава од племена германског порекла и њихов нестанак

В. Феудално доба

1. – Узроци и постанак феудалног режима
2. – Главне карактеристике феудалног уређења
3. – Положај цркве и градова у феудалном режиму
4. – Развитак приватног права у феудалном режиму

Г. Јачање централне власти и прелазак из феудалног друштва у сталешку државу

1. – Декаденција феудалног режима и њени узроци
2. – Јачање централне власти оличене у монархији
3. – Постанак сталешке државе
4. – Приватно право у сталешкој држави

Д. Модерно доба – Стварање типа модерне правне државе

1. – Идејни покрет XVIII века и дубоке економске промене
2. – Реформе Француске револуције
3. – Нови социјални проблеми и покрети, криза либерално-демократске државе

ТРЕЋИ ДЕО

Техника позитивног права

I. ОПШТИ ПОЈАМ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА

II. ПРАВНА НАУКА И ПРАВНА ТЕХНИКА

1. – Појам правне науке
2. – Правна техника
3. – Средства којима се служи правна техника
4. – Разлика између нормативних (примарних) и конструктивних (техничких) правила

III. ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА

Општи појам правног извора

А. ОБИЧАЈНО ПРАВО

1. – Улога и значај обичајног права у модерним правним системима
2. – Услови за постојање обичајног права
3. – Оквир и границе примене обичајног права
4. – Како се доказује постојање обичајног права

Б. ЗАКОН

1. – Општи појам закона. Закон и уредба
2. – Јерархија разних законских прописа. Однос између обичних закона и устава. Међународни уговори
3. – Доношење закона
4. – Границе важења и обавезности закона у времену и простору
5. – Разне врсте законских прописа
6. – Престанак закона

IV. ПРИМЕНА И ТУМАЧЕЊЕ ЗАКОНА

Разне врсте тумачења

1. – Законско тумачење
2. – Доктринално (научно) тумачење
3. – Судско тумачење

V. ОПШТА ПРАВИЛА ТУМАЧЕЊА

А. Традиционалне методе тумачења

1. – Законодавна намера
2. – Граматичка (текстуална) метода тумачења
3. – Логичко и систематско тумачење
4. – Неколико основних правила тумачења. Аналогија
5. – Методе правних конструкција
6. – Практични примери за остваривање метода правних конструкција у тумачењу и примени позитивних права

Б. Критика традиционалних метода тумачења. Правни модернизам

1. – Основна теза правног модернизма
2. – Критичко посматрање правног модернизма. Закључци о савременим методама тумачења

VI. ДА ЛИ ВАН ЗАКОНА И ОБИЧАЈНОГ ПРАВА ПОСТОЈЕ И ДРУГИ ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА?

VII. ПОДЕЛА ПОЗИТИВНОГ ПРАВА

А. Међународно право

1. – Опште обележје међународног права
2. – Извори међународног права
3. – Подела међународног права

Б. Подела унутрашњег права

1. – Јавно и приватно право
2. – Подела јавног права
3. – Подела приватног права

Економско комерцијална висока школа у Београду

ЕНЦИКЛОПЕДИЈА ПРАВА

Предавања
Др. СЛАВКА СТОЈКОВИЋА

БЕОГРАД, 1941
Издање Удружења студената Економско-комерцијалне високе школе
4 Балканска 4

У В О Д

ПРЕДМЕТ ЕНЦИКЛОПЕДИЈЕ ПРАВА

1. — **Општи појам речи енциклопедија.** — Реч енциклопедија се употребљава у неколико разних значења. Код старих Грка она је значила једно заокругљено знање из разних научних области, просечно културно образовање сваког школованог човека. Међутим, у своме данашњем модерном смислу, енциклопедија значи пре свега скуп свих наука сједињених у једном заједничком делу, сконцентрисано целокупно људско знање из разних научних области. Под тим именом се обично означава једно систематско и методично излагање свих наука и вештина. Са тим својим значењем је реч „енциклопедија" ушла и у обичајени свакидашњи говор; када се за неког каже да има енциклопедиско знање, тиме се хоће да истакне велика обимност и разноврсност његовог знања из свих или из великог дела области наука или вештина.

У свом другом смислу, енциклопедија служи да означава скуп елементарних појмова и општег знања из једне одређене науке или групе сродних наука. Тако се нпр. може говорити о енциклопедији математичких или природних наука. У томе се смислу она употребљава кад је реч и о енциклопедији права. Код такве врсте дела постоји тежња да се из свих разрађених и специализованих грана једне науке извуче оно што је опште и стално. То је једна врста синтетичног, скраћеног прегледа главних идеја и појмова из дотичне науке.

2. — **Како треба схватити предмет и педагошки задатак наставе енциклопедије права.** — Настава Енциклопедије права се може схватити и организовати углавном у три различита правца. На првом месту као једна општа прелиминарна наука, као увод у изучавање појединих специалних грана правних наука који има да пружи почетницима елементарне појмове и идеје заједничке за све ове посебне правне дисциплине. То се у старијим уџбеницима из ове области мислило постићи на један чисто механички начин, тј. излагањем скраћене садржине појединачних правних дисциплина, без једне синтезе која би све те изводе слила у органску целину.

По другом схватању, Енциклопедија је сматрана као једна допунска, завршна наука која има да попуни празнине настале услед недовољне координације између посебних, сувише специализованих правних дисциплина и да пружи један општи и продубљени поглед на основне проблеме права, његову суштину, циљ, порекло итд. То би била Енциклопедија права оријентисана више у једном филозофском правцу, која би претстављала не почетну већ завршну етапу правних студија. Овај правац је био нарочито заступан за време владавине школе природног права у правној науци, односно у XVII и XVIII веку.

Најзад, појавило се је у новије доба и једно треће схватање предмета и циља Енциклопедије права по коме ову науку не би требало конструисати ни као један механички скуп резимеа разних специалних правних дисциплина (грађанског, трговачког, државног, кривичног права итд.), ни као излагање чисто филозофско-метафизичких проблема права, већ као опште и систематско приказивање општих појмова о праву. У исто време стално је јачала тенденција да се право не изучава потпуно усамљено од осталих друштвених наука, само у његовој формално-логичној садржини служећи се догматским методама. Право се налази у тесној вези са осталим друштвеним наукама као што су морал, социологија и народна економија. Оно је једна друштвена појава која не треба да се посматра усамљено, већ у складу са осталим друштвеним појавама. Тако схваћена Енциклопедија претстављала би једну врсту опште правне теорије која би сукцесивно изучавала опште појмове о праву и држави, однос права према сплету осталих друштвених појава, опште линије историског развитка права, затим основне елементе правне технике тј. разне начине и техничка средства за практичну примену и остварење права.

Све новије правне енциклопедије углавном су оријентисане у овом последњем правцу. И наша предавања биће конструисана по овоме плану који најбоље одговара потребама почетника у правним студијама, као и данашњем научном и педагошком искуству.

3. — **Потребе које треба да задовољи енциклопедија права.** — Први додир младих студената са правним наукама је тежак, јер се обавља под знатно неповољнијим условима него што је то случај при почетку многих других виших студија. Нпр. код природних наука, историје, књижевности, страних језика, медицине, математике итд. пут је већ у многоме прокрчен средњошколском наставом. Прелаз на универзитетску наставу није тако отсечан, могло би се рећи бруталан, као што је случај код правних наука. Код ових се студент одједном ставља пред нов научни свет, пред читав низ нових појмова, идеја и духовних конструкција о којима дотле скоро никад није ништа чуо.

Свакако да један студент универзитета и високих школа није могао проћи кроз живот а да у безброј наврата не дође у додир са правом. Право претставља потку у коју се уноси ткиво нашег свакидашњег живота. Ниједан важнији догађај у људском животу не може се десити а да право није позвано било да га само забележи, било да му одреди форму, било да регулише његово будуће дејство. Разне чињенице породичног живота, рођење, брак и смрт; размена економских добара и услуга; однос људи према стварима спољнег света; вршење грађанских права и дужности итд., све се то обавља у оквиру постављених правних прописа. Само, у оваквој примени права лаици учествују углавном као пасивни субјекти; они се покоравају правним нормама поштујући њихов спољни ауторитет али не познавајући унутрашњи механизам њихове примене. Студија правних наука има за циљ да објасни тај унутрашњи механизам примене правних прописа, и да упозна лица која се спремају за позив правника а и привредника са основним начелима правне методе. Сваки грађанин је позван да размишља о правним прописима који претстављају правила његовог понашања у односу, како према заједници, тако и према људима и стварима. Али он то чини као лаик услед чега му поједини правни прописи изгледају по неки пут нера-

зумљиви па чак и произвољни. Међутим, право има своју логику и своју методу, укратко речено један специфичан начин посматрања ствари које је дуго животно искуство многобројних генерација искристалисало у један посебан систем људских институција и правила понашања. И у најпримитивнијим људским друштвима постојала је диференција специалног познавања права од обичног лаичког правног искуства. Стручно познавање права је често било монопол једне свештеничке касте или једне нарочите специализоване групе људи. У модерним друштвима где је компликованост правног живота и изукрштаност правних прописа још далеко већа, иако нема таквог монопола, ипак се примена права мора поверити специалној класи стручно изображених правника. Здрав разум и опште образовање несумњиво су основне ствари, нужна подлога сваког научног сазнања, али то није довољно, и за тумачење и примену права, потребна су и друга својства која се могу стећи само нарочитим студијама.

Енциклопедија права има за циљ да почетницима олакша улазак у нови свет идеја и вредности, правних појмова и конструкција какав претставља право. Не би се могло боље обележити потреба и корист једне правилно схваћене енциклопедије права него наводећи речи које је пре једног века (1840), рекао један француски министар просвете, иначе познати филозоф Виктор Кузен, а које су и данас сачувале сву своју актуелност: . . . „Кад се млади студенти појаве на нашим школама, правне науке су за њих једна нова земља чију мапу и језик они потпуно не познају. Они се посвећују прво грађанском и римском праву, не знајући добро место ових делова права у склопу правних наука и догађа се да они било стекну извесну одвратност према сувопарностима ових специалних студија, било навику за детаљима и антипатију према општим погледима . . . Одавно сви духови захтевају уводна предавања која би имала за циљ да оријентишу студенте у лавиринту правних наука, обележавајући различити и специални предмет сваке од њих и у исто време њихову међусобну зависност и присну везу која их спаја . . .“

Из свега овог што смо рекли јасно излази какав је задатак енциклопедије права. То је уводна наука која има за циљ да упозна почетнике са основним појмовима правних дисциплина и да им пружи једну солидну методолошку базу за даље студије. Она треба на првом месту да одреди место правних наука у целокупном систему људског сазнања, да покаже њихов однос према осталим наукама, да изложи све оне постојане елементе социјалне средине, који дејствују на стварање и еволуцију права. Затим, да у општим линијама изнесе развој правних идеја и институција у току историје људске мисли и друштвених установа. Најзад, да у једној складној целини пружи општи поглед на разне гране правних наука и да из тих извуче све оно што је опште и заједничко, апсолутно и непромењиво. Она се тако претставља као једна наука уопштавања, координације и опште оријентације, као синтеза појединих грана правних наука. Из ње би требало да изиђе један хармоничан оглед на целокупну структуру правних наука, поглед би истакао њихове најосновније принципе и везу која постоји између њих, приказавши у исто време право као једну органску целину. Енциклопедија права се претставља, како каже одлични белгиски правник Пикар, као једна врста опште правне граматике, као екстракт из правних наука.

ПРВИ ДЕО

I ПРАВО КАО НУЖНА ПОЈАВА У СВАКОЈ ОРГАНИЗОВАНОЈ ЉУДСКОЈ ЗАЈЕДНИЦИ

1. — **Нужност и корисност друштва.** — Човек не може живети усамљен; он има једну сталну потребу да буде у заједници са својим ближњима. Људи се групишу под дејством једног дубоког, од природе усађеног, социалног инстикта. Овај моћни нагон, који се састоји у **привлачности сличног ка сличноме** може се сматрати као један општи закон природе. То основно начело дејствује на животиње па чак и на саму мртву материју. „Свака животиња воли себи сличну" каже се у св. Писму. Изгледа дакле да је пријатељство између људи претходило праву; противно је природи да одбацујемо друштво људи који нам не чине никакво зло". (Викториа, De Indis). Привлачност сличнога ка сличном претставља дакле тенденцију која доминира целокупним редом ствари у природи.

Свакако да је инстикт социалности нарочито изражен код људског рода. У том погледу, људи су нарочито обдарени више него ма која друга жива сворења на земљи. Једино су људи способни да праве оруђа и справе којима се служе у својој борби са природним елементима; они могу помоћу њих да до огромних размера увећају своје материално благостање. Исто тако језик и говор су искључиви проналасци људског рода. Ови специфично људски проналасци претстављају моћне факторе у служби развитка нагона друштвености. Са једне стране они олакшавају саобраћај и зближење између људи; са друге стране они омогућавају индивидуалну специализацију и поделу рада стварајући тако нове везе друштвене солидарности.

У ствари, социални инстикт код човека није ништа друго до један облик његовог нагона за самоодржавањем. Ову истину је врло добро изразио француски филозоф де Боналд, који је повукао следећу паралелу између човека и животиње. Људски род није састављен само од **створених** већ од **очуваних** бића. Животиња живи у породици провизорно, само ради прокреације младунаца. Од момента кад је живот младунаца обезбеђен отац, мати и младунци живе потпуно одвојено и више се не познају. Међутим, човек, морално биће мора да живи у друштву ради одржавања деце која су рођена у породици. Животиња се рађа савршена јер добија од природе усађени нагон за личним самоодржањем; она долази на свет може се рећи обучена и наоружана тако да без нарочитог васпитања и поуке зна шта је за њу штетно а шта корисно. Човек се рађа само способан за усавршава. Он има све да научи

од друштва и од својих ближњих, јер се он не може одржати ни у физичком ни у моралном погледу ако није достигао један ступањ релативног савршенства. Ова идеја је јасно изражена већ код св. Томе Аквинског, великог католичког писца XIII века који истиче да је природа дала животињи готово одело, оружје за лов и одбрану и нагоне, док је човеку дала руке за рад, разум да би мислио и друштво за узајамно помагање. Исту идеју је изнео у 16 веку шпански теолог Витория. Пошто је изложио разлику између недостатака у природној одбрани човека и дефанзивног оружја са којим располаже неразумна животиња, он каже: „Обдаривши човека разумом и врлином, творац га је оставио слабог и мајушног, лишеног сваке помоћи, потребитог са свију страна, склоног пропасти и испунио његов живот, бедом пошто, од свога рођења, он не може да чини друго већ да указује на свој несигуран положај и да лије много суза; као што каже Јов. „Он је пун беде . . .“ Тешко усамљеном који падне рекао је мудрац, нема никога ко би га подигао; али ако су многобројни, они ће подизати једни друге“. Као што је рекао Аристотел, да би човек могао да живи ван друштва он би морао да буде или животиња или Бог, тј. нешто ниже или нешто више од човека.

Ова идеја о урођеном социалном инстикту код човека провлачи се од најранијих времена као црвени конац кроз историју људске мисли. Њу већ налазимо код Аристотела који је човека сматрао „политичком животињом“. Велики холандски правник из XVII века, отац модерног међународног права Гроциус био је мишљења да човек има једну врсту „социалног апетита“.

Код сваког човека, поред његовог индивидуалног ја постоји и његово друштвено ја кога он носи у себи од рођења до смрти. То друштвено ја није подједнако развијено код свих људи али нико не може бити потпуно лишен њега. Узалуд би било покушати да се замисли једно лице које би било потпуно одвојено од свих друштвених веза. Друштво господари, невидљиво али увек присутно над мислима и радњама и потпуно усамљеног човека. Бергсон са правом наводи из Киплингове приче пример шумског чувара, који потпуно одвојен од људи усред индиских шума свако вече облачи смокинг за вечеру, да не би изгубио у својој усамљености поштовање себе самога. Свака индивидуа живи од онога што је добила од друштва; његова интелегенција је формирана од друштва и оно је присутно у овим његовим мислима, веровањима и деловањима; језик којим говори друштвена је творевина. Друштво му даје потстрека за пун развитак његове индивидуалне енергије и морални ослонац у животној борби са природним елементима (Бергсон „Два извора морала и религије“).

Ако се у почетку људи удружују несвесно и спонтано под притиском тога друштвеног инстикта, који им је природа усадила ради одржавања њихове врсте, касније на вишим ступњевима развитка, томе се додаје и свест о огромним користима које за њих потичу из заједничке сарадње у друштву. Човек не може задовољити своје потребе и остварити своје тежње ван друштвене заједнице. Људско биће има низ врло разноврсних потреба које друштвени живот још више развија; са друге стране људске способности су диференциране што опет води ка специализацији појединаца и подели рада. Те чињенице јако дејствују у смислу појачања друштвене солидарности која постаје скоро органска.

Ово огромно увећавање животних могућности и личног благостања које појединац извлачи из сарадње са осталим члановима заједнице нарочито је истицано баш од самих економиста класичне либералне и индивидуалистичке школе. Адам Смит је доказивао да без анонимне помоћи и сарадње хиљаде непознатих лица, нико не би могао бити обучен, нахрањен и обезбеђен у погледу становања под условима који се сматрају као минимално задовољавајући у цивилизованим земљама. Он је истицао да благодарећи механизму поделе рада и колективног задовољавања потреба које омогућује модерни друштвени живот, између кућњег намештаја једног европског кнеза и намештаја једног вредног и уредног сељака у Европи има мање разлике него између намештаја овог последњег и покућства неког дивљачког краља из Африке, који влада над 10.000 голих поданика и располаже као апсолутни господар њиховом слободом и животом. Сличну идеју налазимо и код Бастиата који каже: „Немогуће је не бити изненађен заиста огромном несразмером између задовољења које човек добија од друштва и оних која би себи могао да пружи ако би био сведен на своје сопствене снаге. Ја се усуђујем да кажем да би он за један једини дан потрошио ствари, које сам не би могао да произведе ни за десет векова".

У своме чувеном делу „Подела друштвеног рада" француски социолог Диркем јасно је показао да у сваком људском друштву постоје две врсте солидарности: механичка солидарност која долази услед привлачности сличности и органска солидарност која се ствара услед поделе рада. Механичка солидарност долази као последица привлачности сличнога сличноме; она приближује и спаја људе услед тога што код њих постоји извесна заједница идеја, веровања, осећања и укуса. Напротив, органска солидарност има као свој основ не сличност већ разлику која је последица поделе друштвеног рада и специализације чланова друштва у разним функцијама. Пошто се појединци специализирају у разним врстама послова, свако од њих има потребу за осталима ради свега онога што излази из граница његове специалности.

2. — **Нетачност теорије о природном, недруштвеном стању људи.** — У току XVII и XVIII века, школа природног права заступала је гледиште да су људи, пре него што су дошли у друштвено стање, живели у природном стању, тј. усамљени без друштвених веза са својим ближњима и без друштвене стеге. Према тој теорији, друштво се појавило тек у једном доцнијем стадијуму људске еволуције кад је човек под притиском спољних животних нужности осетио потребу за удруживањем. То ступање у заједницу претстављало је ограничење дотадашње неограничене слободе (филозофи Хобс и Спиноза су тврдили да је човек у природном стању имао онолико права колико и снаге) и прихватање друштвеног реда и дисциплине. Због тога су људи закључивали једну врсту друштвеног уговора са којим су, под извесним условима, прелазили из свог дотадашњег слободног статуса у везани друштвени статус, тј. пристајали да у замену за користи које им је доносио заједнички живот ограниче своју примитивну слободу.

Теорија друштвеног уговора је претстављала први покушај научног објашњења о постанку друштва и државе. Она се већ појављује у почетку XIV века са Гибелинским писцима који су се борили против превласти и мешања цркве у световне послове државе. Њу су нарочито развијали писци који су спадали у школу природног права у XVII и XVIII

веку (Гроциус, Хобс, Жан Жак Русо). Теорија друштвеног уговора се данас може објаснити на првом месту неразвијеношћу друштвених наука и врло оскудним подацима о постанку људских друштава којима су оне располагале у то доба, а затим и извесним политичким тенденцијама њених аутора. У сваком случају данас је теорија друштвеног уговора потпуно научно осуђена. Детаљна преисториска, етнолошка и упоредно правна истраживања о пореклу људских друштава паказала су непобитно да је најпримитивнији облик људског живота на земљи био увек социалног карактера. Усамљени човек није никада постојао: то је само једна теориска хипотеза која није била остварена ни на једном ступњу људског развитка. Једини познати историски пример, где је у извесној мери образовање друштвене и државне организације одговарало начелима теорије друштвеног уговора, био би пакт енглеских исељеника склопљен 1620 на броду Mayflower, пре искрцавања на америчко тло из кога је доцније поникла конституција Сједињених Америчких Држава. Али баш сам тај пример указује да се уопште не може замислити уговорни постанак једног сасвим примитивног друштва, него већ само стварање нове државне организације у једном цивилизованом друштву. Сам појам уговора претпоставља један већ установљен правни поредак који предвиђа услове под којима се уговор може закључити и гарантује његово извршење. Уговор је правни институт чији се појам појављује тек у једном много каснијем стадијуму еволуције друштвеног и правног поретка, те је самим тим искључено да је он могао служити као база за његово стварање. Са правом је констатовао немачки правник Јелинек да је основни недостатак уговорне теорије у претпоставци да је усамљени човек, још нетакнут од цивилизације, могао одједном имати тачан и јасан појам о циљевима установа које су захтевале хиљаде година колективног искуства.

Уосталом, врло је спорно да ли је и у очима писаца који су формулисали теорију друштвеног уговора ова имала вредност једне стварне историске чињенице о постанку друштва. Речено је већ раније да су поборници теорије друштвеног уговора имали и извесне политичке тенденције и да су хтели да нађу једну рационалну базу за односе између индивидуе и друштва. Због тога њихову теорију треба пре посматрати као једну логичну хипотезу која више жели да објасни како би требало рационално регулисати односе између друштва и индивидуе, тј. да пружи решење вечитог проблема правичне равнотеже између централне друштвене власти оличене у држави и личне слободе појединаца, него као историски тачан приказ стварање прве друштвене организације. Ово схватање пробија јасно код Жан Жак Русоа који на извесним местима каже да „природно" стање можда никад није ни постојало, али да је ипак потребно поткрепити објашњење односа између појединаца и друштвене заједнице тим схватањем.

Међутим, и тако схваћена, уговорна теорија има једну сасвим релативну и чисто формалну вредност. Док она служи код Русоа као подлога за гарантију широких индивидуалних слобода појединаца према свемоћи заједнице, дотле је код Хобса на основу исте теорије изграђен систем тоталитарне и апсолутистичке државе.

3. — **Строга принудост правила друштвеног живота у примитивним заједницаама.** — Развитак друштвених наука у току XIX и XX века не само да је потпуно одбацио теорију

друштвеног уговора, већ је демантовао и стару идеју да је примитиван човек био најслободније створење које се да замислити, и да се еволуција људског живота на земљи састојала у сталном јачању друштвене стеге и поступном ограничавању примитивне људске слободе. Вероватно да је у самом почетку формирања људских заједница постојала шира слобода кретања и спонтана стваралчка активност појединаца који се је, под притиском свог социалног нагона и потребе за међусобном сарадњом, почео удруживати са својим ближњима. Али после ове прве периоде, релативно кратке, у којој је дошла до изражаја спонтана иницијатива и делатност појединаца у стварању друштвене организације, настала је фаза строге друштвене принуде и обавезног конформизма. Једанпут створено друштво да би потпуно остварило своје циљеве, развило је максимум принуде над појединцима. Да би се друштвене институције стабилизовале и консолидовале били су потребни векови драконског друштвеног притиска. Услед тога, правила друштвеног живота у примитивним заједницама су много интензивније притискивале индивиду него у савршенијим друштвеним формама, тако да је личност појединаца била потпуно апсорбована од групе којој је припадао. У тим заједницама је све, скоро целокупни морални и физички живот појединаца, почевши од заједничке вере, брака и породичних односа па до начина облачења и исхране било принудно регулисано путем обавезних друштвених правила понашања. Индивидуа је, каже Џемс Фразер један од најбољих познавалаца примитивних друштава, роб свакако не једног видљивог господара, већ прошлости, духова његових умрлих предака, пратиоца који иду за његовим стопама од рођења до смрти и воде га као са једним гвозденим прутом. Оно што су урадили претци то је модел правде, природног неписаног закона, коме се он слепо покорава и који не дискутује . . . Како примећује енглески писац Сеџвик (The methods of Ethics, стр. 273) „Карактеристика једног заосталог (inprogressive) друштва је у томе да се у њему не разликује између две следеће тачке: Правни идеал се апсолутно поклапа са обичајима и друштвено савршенство се састоји у потпуном поштовању традиционалног система правила". Улога друштва и цивилизације се састоји у постепеном ослобођавању људске личности и њене свесне воље од притиска који на њу врше у примитивном стању закони прилагођавања из животињског света. Тек у доцнијој еволуцији и преласком у савршеније форме друштвене организације, повећавала се морална аутономија индивидуе, поштовање њене личности, слобода избора и одлучивања. Противно од онога што се претпостављало у теорији друштвеног уговора, личност и индивидуална права човекова више долазе до изражаја у савршеније организованим заједницама него у примитивним срединама. Маркс је рекао на једном месту „човек је у најбуквалнијем смислу речи zôon politikon, не само друштвена животиња, већ такође животиња која се може изоловати само живећи у друштву". Сам модеран појам индивидуалних слобода је у својој суштини нешто сасвим друго него што се под тим именом могло замишљати у примитивним друштвеним организацијама. Модерне правне државе остављају појединцима много шире аутономије и личне слободе него што су то чинила примитивна друштва.

Позната је класична паралела коју је учинио француски писац Бенжамен Констан између схватања слободе у античким, грчким и римским државним организацијама и тога појма у модерним државама. Слобо-

да у античком смислу речи састојала се у непосредном и колективном вршењу суверенитета; народ је могао да одлучује на јавном месту о рату и миру, да закључује са странцима уговоре о савезу, да гласа о законима, да доноси судске пресуде, да испитује и контролише управу изабраних шефова, да их стави под оптужбу, осуди или ослободи. Али у исто време појединац који је уживао сва та права у јавном животу био је у приватном животу потпуно подјармљен ауторитету државе. Његово целокупно приватно делање било је подвргнуто строгом надзору. Ништа му се није признавало како у погледу индивидуалне независности, тако у погледу слободе мишљења, избора занимања, слободе исповедања религије. Могућност слободног избора религије изгледала је у античким државама као злочин и скрнављење. У Спарти се није могла додати једна нова жица на харфи без одобрења Ефора. У Лацедемонији младожења не може слободно да посећује своју младу супругу. У Риму цензори брижљиво мотре на све што се дешава у унутрашњости породица. Ништа није остављено слободној вољи појединаца и строго принудни обичаји регулишу најситније детаље приватног живота.

4. — **Нужност права у свакој организованој људској заједници. Његова улога у друштвеном животу.** — Нужност друштва која је детерминисана извесним биолошким условима човечјег живота на земљи, повлачи за собом и нужност права. Свака група људи, сваки друштвени живот, ма каква била примитивна њихова организација, претпостављају један минимум правила која регулишу људско понашање, међусобне односе између чланова групе и њихов однос према заједници.

Раније је било речи о солидарности која везује чланове друштва и преставља базу сваког друштвеног уређења. Право је спољни, видљиви симбол те солидарности људи који живе у друштву. Уколико су чланови једне заједнице међусобно солидарнији у толико они више одржавају разноврсније односе, било једни са другима, било са заједницом посматраном као целином. Друштвени живот, где год он има један трајнији карактер, тежи неизбежно да се организује и да добије једну јасну и одређену форму; право није ништа друго до сама ова друштвена организација изражена у ономе што је код ње најпостојаније и најодређеније. Према речима Савињија, право је сам живот људи посматран са једног одређеног гледишта. Право се налази ситуирано у средишту друштвеног живота. Друштвени живот се не може проширити и обухватити један нов домен људских односа и да се у исто време не прошири на тај исти домен и правно уређење дотичних односа. Оно што је најбитније у организацији једног друштва долази до свога изражаја у праву. Право регулише предмете који су од највиталнијег интереса по друштво, нпр. породичну организацију, право својине, права и дужности појединаца према заједници, кажњавање злочина и преступа против јавног мира и реда итд.

Могло би се приметити да поред права постоје и друге друштвене норме нпр. морал, религија, обичаји, који исто тако регулишу извесне групе социалних односа. То је свакако тачно, али остале друштвене норме не додирују у тој мери оно што је битно за опстанак и развитак заједнице. У модерним друштвима религија је више потиснута у домен осећајног живота појединаца. Што се тиче морала, он је несумњиво потребан за одржавање и кохезију друштва, али сама чињеница да су

санкције које су везане за прекршај моралних правила знатно слабијег карактера него оне које су везане за прекршај правних норми показује да им друштво не придаје исту важност.

Човек живи у заједници са свим својим урођеним инстиктима, жељама и веровањима. Њега руководи један несавладљиви инстикт ка личној срећи и благостању. Он тежи да загосподари стварима које су му потребне ради намирења његових физиолошких потреба, да заснује са осталим члановима заједнице односе који му могу користити за задовољење његових материјалних потреба и моралних аспирација. У тој својој делатности, било као индивидуа, било као члан једне уже групе у широј заједници, он неминовно мора доћи у сукоб са интересима осталих лица или група. У таквом стању ствари, социални живот би постао немогућ ако не би постојале извесне друштвене норме које би стављале границе људској активности и штитиле, како интересе појединаца, тако и колективне интересе заједнице. Право се овде појављује са једном двоструком улогом: оно ограничава интересе појединаца, али их у исто време и штити и гарантује према осталим људима као и према самој заједници. Интересантно је забележити да су теорије, које су полазиле од најсупротнијих гледишта о основу права и његовој социалној функцији, ипак долазиле до истих закључака у овом погледу. Према чувеној дефиницији Кантовој „право је скуп услова помоћу којих се слободна воља једнога може сложити са слободном вољом другога, а према једном општем закону слободе". Према Спенсеру „сваки човек је слободан да ради оно што хоће, под условом да не вређа подједнаку слободу ниједног другог човека".

Право се тако појављује пред нама у својој основној функцији као разграничење људске делатности, као линија повучена између онога што је дозвољено и онога што је забрањено.

Људи да би живели, радили и предузимали послове морају да се ослоне на извесну стабилност, на један одређен ред ствари. Они свој рад морају заснивати на предвиђањима која им омогућавају да унапред процене резултате својих напора. Сељак кад обрађује земљу, инжењер кад гради кућу, лекар кад лечи болесника заснивају своју делатност на познавању закона природе: резултати њиховог рада унапред су одређени правилним функционисањем тих закона. Природни закони престављају вечите и непромењиве истине, независне од времена и простора. Људско сазнање их постепено открива и искоришћује да побољша услове човечијег живота на земљи.

Али ако су човечија физичка природа и материјални свет који га окружује подложни неумитним законима природе, није исти случај са његовим моралним и друштвеним односима. Никакав неумитни природни закон не намеће човеку да поштује живот својих ближњих и њихову слободу, материјална добра која они искоришћавају. Међутим, појединци да би могли организовати свој живот и односе према људима и стварима, имају исто тако потребу за редом и стабилношћу као кад су у додиру са физичком природом. Кад један поверилац зајми новац дужнику он то чини само зато што има једну релативну сигурност да ће му узајмљени новац бити враћен у уговореном року. Кад се једно лице осигурава на случај смрти, оно то чини у уверењу да ће његовим наследницима бити исплаћена осигуранина итд. Право, постављајући правила људског понашања, има за циљ да људима прибави ону ста-

билност у друштвеним односима која им иначе није загарантована природним законима. Другим речима, право ствара једну друштвену дисциплину која, поред природних закона, поставља оквире делању људи и обезбеђује им једну релативну стабилност. Кажемо релативну, јер апсолутна стабилност коју имају природни закони остаје за правне норме један недостижан идеал.

Из свега овога излази да се дубоки основ и извор права налази у самој нужности ствари, а да та нужност опет потиче из самог факта постојања друштва. Ubi societas ibi jus каже једна стара латинска изрека (тамо где је друштво ту је и право). А пошто смо видели да човек не може живети ван друштва могло би се рећи са Дел. Векиом „где је човек ту је и право". Закони постоје зато што су потребни, а они су потребни зато што једно друштво не може постојати без правног поретка који сваком члану заједнице прописује његова права и дужности. Друштво не може постојати без једног утврђеног реда, иначе би односи између људи постали немогући и заједница би ускоро пала у анархију и беду која би је убрзо одвела до потпуног пропадања. То је разлог због кога се није никад видело постојање једног друштва без права. И ако изблиза испитујемо ма који тајни поредак макаквог друштва, можемо се уверити да он не изражава самовољну ћуд свемоћног законодавца, већ саму природу односа који су њим регулисани, или још боље речено материјалне услове егзистенције људи који живе у друштву. Како је рекао француски писац Мерсије де ла Ривијер у својој књизи „Природан и битан ред политичких друштава": Израз **правити законе,** преставља један врло нетачан начин говора и под овим изразом не треба подразумевати право и моћ да се измишљају, проналазе и заводе позитивни закони који не би били већ створени, тј. који не би претстављали природне последице битног реда у друштву".

Ово је резултат до кога је дошло свеколико досадашње људско искуство и идеја о нужности права налази се у свим филозофским системима, почевши од најстаријег доба људске мисли па до данас. Та идеја јасно изражена код старих грчких филозофа који су законе људске заједнице сматрали као саставни део општег природног реда ствари (natura congruens тј. у складу са природом). Њу наилазимо код римских правника, код сколастичара средњег века, код теоретичара природног права. Она ће најзад бити изванредно јасно дефинисан у чувеној изреци Монтескија: „Закони су нужни односи, који потичу из природе ствари".

Треба добро упамтити ову дефиницију јер она садржи објашњење дубоког узрока важења права, тајну извора стварне снаге закона. Закони постоје јер су потребни, а они су потребни зато што једно друштво не може постојати без извесног реда. Позната је изрека Гетеова, који је рекао да претпоставља чак да учини неправду него да подноси неред. Ова мисао је можда са нешто претеривања формулисана, али она објашњава зашто се у извесним ситуацијама људи мире и покоравају чак и рђавим и неправичним законима, претпостављајући их нереду и анархији која би довела до једног рата свију противу свакога.

Главна функција права у друштву јесте обезбеђење друштвеног мира; оно има, да разграничујући права и дужности свакога да осигура миран заједнички живот једне групе људи и да доведе у склад активност чланова те групе, остварујући равнотежу између разних изукршта-

них индивидуалних и колективних интереса. ,'Мир и безбедност, каже један француски правник Киш (Conférences de Philosophie du droit, 1928, стр. 19) претстављају прва доброчинства која Право треба да нам прибави. Чак и онда кад би били у дубоком неслагању о вишим циљевима права ми се можемо споразумети да му омогућимо да оствари ове посредне циљеве у којима смо сви заинтересовани''. Право се рађа спонтано у самим зачецима друштва као један нужан лек противу анархије, као брана противу себичних и виолентних нагона људи.

II. МЕСТО ПРАВНИХ НАУКА У ОПШТЕМ СИСТЕМУ ЉУДСКОГ НАУЧНОГ САЗНАЊА.

Разлика између каузалних (природних) и нормативних наука. Однос између права и осталих друштвених дисциплина морала, социалних обичаја, националне економије, социологије.

Природа права се најбоље може одредити упоређујући га са осталим наукама и друштвеним дисциплинама, подвлачећи при томе разлике које их међусобно одвајају и сличности које их приближују:

А. Право упоређено са законима природе

1. — **Разлика између правних норми и природних (биолошко-физичких) закона.** — Кад се ствари из ближе расмотре, може се одмах између правних норми са једне, биолошко-физичких закона са друге стране, опазити битна разлика. Физички закони су нешто што је људима од природе дато и што они не могу изменити својим разумом и вољом. Човек не може преиначити закон о земљиној тежи или Архимедово начело; он мора у сваком случају да сноси све њихове последице. Сви његови напори иду на то да открије природне законе који доминирају њиме да их што боље дефинише и да им што прецизније одреди последице. Бесмислено би било кад би он хтео да доноси суд о њиховој вредности, тј. да ли су они добри или рђави, корисни или штетни, пошто би све то било без утицаја на њихово постојање и примену. Исто тако би било бесмислено кад би људи хтели таквим законима да прибаве неку социалну санкцију, тј. да предвиде казну за оне који не поштују физичке и биолошке законе. Став науке према таквим законима је чисто описан и више пасиван; она се ограничава на просту констатацију нужних односа између извесних чињеница полазећи од принципа да један одређени узрок доводи до увек истих последица. Кад нпр. бацимо један камен ми знамо да он по закону о земљиној тежи мора да падне на земљу. Кад једно тело загњуримо у воду ми смо сигурни да ће оно истиснути количину воде која одговара његовој запремини. Природне науке имају за предмет да дефинишу чињенице и појаве, да их класирају, да открију њихове законе и међусобне односе. Оне истражују у којим случајевима је једна појава узрок другој. Због тога се ове науке зову каузалне и закони којима се они баве каузални закони.

Сасвим је различити карактер друштвених или нормативних наука у које се убраја и право. Док физичке појаве претстављају једну констатацију стварности, онаква каква јесте и каква она једино може да буде, дотле се нормативне науке баве законима који престављају извесне дужности, тј. које прописују какве људске радње **треба да буду.**

Правне норме се не идентификују са свима актима који су физички могући. Оне припадају категорији моралних вредности и не поклапају се са самим физичким постојањем чињеница. Норме су више од стварности која треба да им буде потчињена. Да би једна људска радња била у складу са правним нормама није довољно да се она може физички извршити, већ је потребно да је она и правно дозвољена. Социалне норме нису слепи и неумитни резултат природне стварности, већ су творевине људског разума и воље. Оне су остављене од друштвене заједнице у једном одређеном циљу, да би се постигла једна што праведнија и што целисходнија организација друштвених односа. Њихова главна карактеристика је њихова финалност, тј. оне теже остварењу једног циља. Оне имају за циљ да утичу на људске радње које ће се догодити, и да дозволе само она људска акта која су у складу са критријумима праведности и социалне корисности постављеним од друштвене заједнице. Међутим, физичке науке имају за циљ само да објасне узроке природних појава такве какве су, не улазећи у питање какви су крајњи циљеви природних закона. Један физичар се не упушта у испитивање саме суштине материје и енергије; један биолог не улази у проблем суштине живота. То су проблеми који остају ван домена позитивног људског научног сазнања и могу бити једино расправљани на метафизичкој бази.

Социалне норме имају за циљ да заштите извесне високе вредности, нпр. човечју личност, његов телесни интегритет, његову личну слободу, његову привредну активност, породицу, јавно здравље, општу безбедност, развитак националног богатства итд. Као такве оне су предмет једнога суда о вредности; оне не постављају као природни закони између својих елемената један апсолутни нужни, непроменљив и природно детерминисан однос, већ више однос праведности и целисходности. Појединци и заједница могу их сматрати као праведне или неправедне, као корисне или штетне, и тај суд о њиховој вредности врши сталан утицај на њихову садржину. Најзад, једно од главних обележја правних норми јесте то да су оне снабдевене санкцијама, односно извесном организованом социалном принудом. Социална норма садржи један императив који се упућује човечјој свести и слободној вољи: нпр. ти не смеш красти, не смеш убијати. Императив, снабдевен друштвеном санкцијом, потребан је за то што треба утицати на човечју свест и вољу да би оне одлучиле појединца да чини само социално дозвољена акта. Јер у моменту, кад се човек решава на једну радњу, он има психичку и физичку могућност да исто тако учини социално дозвољене као и недопуштене радње. Ако човек предузима радње које не воде рачуна о природним законима, он ће аутоматски по самој сили тих закона искусити извесне штетне последице. Ако прекрши друштвене норме, потребно је да друштво, путем своје организоване социалне принуде, казни овај прекршај, јер норме које су људске творевине не могу бити непосредно санкционисане од саме природе.

Ради бољег практичног образложења упоредимо ове две врсте закона: „Сви људи морају умрети" то је природни закон „Ти не смијеш убијати" то је једна соицална норма. Прво је закон природе, који исказује нешто што се неизоставно збива, који важи за то што се поклапа са стварношћу и који нам даје слику света онаквог какав он у ствари јесте. Други је закон који наређује нешто што се не мора неи-

зоставно догодити, који остаје на снази иако се оно што он прописује не поклапа увек потпуно са стварношћу, и који нам даје план бољег света, онаквог какав би он **требало да буде.**

Треба напоменути да кад је једна правна норма постављена, могућност њеног гажења увек постоји, пошто су акта противна правним прописима физички увек могућа. Нпр. један се човек може убити а једна ствар украсти, иако закон забрањује и кажњава убиство и крађу. Правна норма је баш зато и постављена што жели да спречи једну физички могућу али етички и социално недопуштену акцију. Због тога се каже да правне норме имају **суперегзистенцијални карактер;** иако се извесне људске радње противно овим нормама стварно дешавају тиме ове нису оборене, јер имају за циљ да реална збивања прилагоде постављеним правилима, а не постављена правила реалним збивањима. Према томе, између социалних норми и стварности увек постоји једна разлика. Кад би се оно што прописује социална норма, стално и неизбежно, по самој природи ствари догађало, онда норма не би ни била потребна.

2. — ГЛАВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНЕ НОРМЕ У ПОРЕЂЕЊУ СА ПРИРОДНИМ ЗАКОНИМА.

Из горњих излагања можемо извући следеће главне карактеристике правне норме:

а). правне норме су императиви. Оне садрже једну заповест упућено људској вољи којом се извесне радње забрањују или дозвољавају. Природни закони садрже само констатацију о извесном реду ствари у природи. Они утврђују како одређени узроци производе неизбежно извесне одређене последице;

б). правне норме су **финалне.** Оне су постављене ради постизања једног одређеног циља који се састоји у заштити извесних вредности односно у остварењу виших етичких принципа (нпр. заштита људског живота, здравља, породице, привредне активности итд.). Оне су увек донете на основу једног суда о вредности, тј. оцени да ли су извесне људске радње, са гледишта циља који се жели постићи, праведне или неправедне, штетне или корисне. Природни закони су узрочни (каузални), јер само одређују узрочну везу између појединих чињеница. Они не могу бити предмет једног суда о вредности већ само суда о постојању, тј. констатације о једном узрочном реду појава чији је крајњи циљ људима недокучив;

в). правне норме су **санкционисане.** Сваки њихов прекршај је у начелу предмет санкција организованих од друштвене власти у циљу предупређења, односно кажњавања прекршаја. Физички закони намећу се по самој природи ствари. Њихово санкционисање од стране људи било би бесмислено;

г.) правне норме су **суперегзистенцијалне.** Оне нису копије стварности већ напротив треба да јој служе као модел. Право припада категорији вредности: оно се не поклапа са физичким постојањем чињеница. Напротив, ове су му субординиране. Природни закони важе као закони само уколико се поклапају са стварношћу. Оног тренутка кад би се догодиле чињенице које су им супротне они се више не би могли сматрати као закони природе.

3. — ГРАДАЦИЈА У УДАЉЕНОСТИ ИЗМЕЂУ СТВАРНОСТИ И ПОЈЕДИНИХ ДРУШТВЕНИХ НОРМИ.

Већ смо напоменули да право није искључиви регулатор друштвеног живота. Поред права, друштвени живот регулишу још и разни друштвени обичаји и навике, морални и морално-религиозни прописи. За тренутак немамо намеру да продубљујемо ова питања већ ћемо се задржати само на једном њиховом виду, удаљености појединих друштвених норми од стварности. Са тога гледишта може се утврдити следећа градација:

а). друштвени обичаји и навике;

б). правне норме;

в). морални прописи.

а). Под друштвеним обичајима и навикама подразумевају се правила учтивости, пристојног понашања и опхођења, друштвене хигијене итд. То су правила која су непосредно поникла из друштвене стварности тако да се она скоро потпуно поклапају са њоме. Оно што се у једном друштву стално догађа и понавља по људима урођеном закону имитације, тј. просечно и нормално понашање највећег броја људи, издиже се на степен друштвене норме обавезне за целу дотичну друштвену заједницу. Удаљеност од стварности је минимална пошто су друштвени обичаји њен непосредни производ, може се рећи фотографија реалног збивања.

б). Код правних норми треба разликовати између обичајног права и писаног закона. Обичајно право се формира на сличан начин као и друштвени обичаји: нормална и дуготрајна пракса заснована на ономе што се ефективно дешавало као просечно и нормално, издиже се полако као обавезан правни пропис. И овде удаљеност од стварности не може бити велика. Тек код писаних закона појављује се могућност озбиљнијег размимоилажења између онога што треба да буде и онога што јесте, јер се често може десити да законодавац изда правне прописе који се доста удаљују од стварности свакидашњег живота. Али ни ту се не сме много претеривати, пошто закони који су сувише далеко од стварности, могу остати мртво слово на хартији. Право не сме да прописује оно што треба али никако не може да буде остварено и да тежи за неостварљивим идеалима; оно мора увек да остаје у границама стварности, водећи рачуна о материјалним и духовним могућностима друштвене средине у којој се има примењивати. Садржај правне норме одређује се синтезом између виших етичких начела и стварних друштвених могућности.

в). највећа удаљеност између стварности и норме опажа се код морала. Морални прописи се обраћају човечијој савести постављајући захтеве о савршеном понашању човека према ближњима. Оне желе да створе један идеалан тип коме се просечан човек не може увек приближити. Уколико се ради о објективном социалном моралу који је у главном утилитаристичког порекла, тј. заснован на идеји друштвене конзервације, удаљеност од стварности не мора бити велика. Међутим, она може постати огромна код религиског и рационалистичког морала. Нпр. кад хришћанска етика формулише закон: „Ви треба да будете савршени као што је Ваш отац на небу савршен", то је један морални пропис који је ретко од кога човека интегрално остварен. Али разлика

која у овом случају постоји са стварношћу није опасна по опстанак друштва, пошто непоштовање овако идеално замишљених моралних прописа не доводи у питање битне услове постојања друштвене организације; они имају за циљ морално усавршавање појединаца и заједнице које је друштву корисно али не и неопходно.

4. — У ЧЕМУ СЕ ДРУШТВЕНЕ НОРМЕ ПРИБЛИЖУЈУ ПРИРОДНИМ ЗАКОНИМА.

Притисак друштва на вољу његових чланова у смислу поштовања социалних норми даје овим нормама извесну регуларност и стабилност која их приближује природним законима. Свако друштво има дубоку тежњу да обезбеди своје трајање и опстанак. У томе циљу оно доноси законе који имају да одрже и учврсте друштвени ред. Природа је, сем тога, усадила људима инстинкт друштвености који дејствују тако да се људи осећају скоро као ћелије једног организма. Тај исти инстинкт води људе ка послушности и покоравању друштвеним нормама, одакле потиче друштвена стега и дисциплина. Притисак који друштво врши на сваког појединца у смислу поштовања утврђеног социалног реда ствара код људи навику покоравања друштвеним нормама. Чим једна индивидуа учини покушај да се удаљи од тога реда, друштвени притисак се манифестује, према природи погажене норме, било на један дифузан начин у општем неодобравању и критици, било у прецизним материјалним санкцијама; то принуђује појединца на поштовање повређене норме и враћа га ка нормалном типу друштвеног понашања. Услед тога примена друштвених правила стиче једну регуларност која их приближује природним законима. Несумњиво да је друштво састављено из слободних бића која размишљају и одлучују о својим радњама. Али та слобода налази своје границе у нужности да се поштује утврђени друштвени ред, без кога би опстанак друштвене заједнице био доведен у питање. Људски род не би могао опстати ни развијати се на земљи без организованих друштвених заједница. Људске заједнице опет не би могле опстати без друштвене дисциплине и поштовања извесног друштвеног реда. Природа која је свима живим бићима обезбедила потребне услове за опстанак и развитак, усадила је човеку друштвени нагон, као што је створила и све остале нужне елементе за нормално функционисање социалног механизма, а на првом месту тенденцију покоравања утврђеном друштвеном и правном поретку. Како дубоко примећује Бергсон (Les deux sources de la morale et de la religion, стр. 83—84). „Природа стварајући човека друштвеном животињом хтела је ову тесну солидарност, попуштајући је у мери која је била потребна да појединац развије, у самом интересу друштва, разум којим га је она обдарила" . . . „Обавеза коју налазимо у дубини наше свести и која нас, како сама реч показује, везује за остале чланове друштва, претставља везу исте врсте као она која везује једне за друге, мраве у мравињаку или ћелије једног организма. То је форма коју би ова веза имала у очима мрава када би овај постао разуман као човек или органске ћелије, која би постала тако независна у својим покретима као један разуман мрав."

Санкције које друштво даје социалним нормама, нису у своме начелу и суштини једна чисто конвенционална и вештачка творевина.

Тачно је да санкције друштвених норми немају фаталност и аутоматизам санкција које дејствују код физичких закона. Док принуда код физичких закона потиче из извора који су потпуно страни и независни од човека, дотле је друштвена принуда, иако је дело колективних друштвених снага спољашњег карактера, ипак сва прожмана људским елементима; она је резултат људских радњи кристализованих током времена у облику разних друштвених установа и традиција. Човек постаје роб ланаца које су му сами људи сковали. Како је на једном месту приметио Диркем: „Принуда не потиче из једног конвенционалног (вештачког) уређења које је људска воља, скрпивши га из разних комада, надодала ономе што је стварно; она излази из саме стварности; она је нужан производ датих узрока." Друштвена принуда је резултат колективних престава које добијају форму једне одређене политичке и социалне идеологије. Свакако да се на вишим ступњевима друштвене еволуције принуда подвргава процесу рационализације. Онда се она систематизује и каналише; тежина санкција доводи се у тачнију сразмеру са озбиљношћу повреда друштвеног реда, односно са важношћу коју друштво придаје погаженој друштвеној норми. Услед свега тога људски елеменат у друштвеној принуди долази до јачег изражаја, прикривајући скоро потпуно њен објективан и спољни карактер. Отуда се у развијеним друштвима добија утисак да су санкције друштвених норми чисто вољна и рационална људска творевина. Оне то могу и бити, али само у њиховој детаљној техничкој организацији и разрађивању; међутим, у њиховом дубоком пореклу и суштини, санкције друштвених норми јесу резултанта једног природног реда ствари, неизбежно потребног ради постојања људских друштава.

Посматране са те тачке гледишта, друштвене норме имају извесне сличности са природним законима. Друштвене институције претстављају за појединце, чланове једне одређене заједнице, објективну стварност која им се споља намеће. Несумњиво да та стварност не би постојала без њих, али исто тако њено постојање не зависи само од њихове добре воље. Друштвени ред је наметнут појединцима од стране постојеће друштвене организације. Он је постојао пре њих и има исто тако да их надживи. Поменута сличност између друштвеног реда и природних закона састоји се углавном у томе, што је само његово постојање један од природних закона људског живота на земљи, тј. људска друштва не могу постојати и напредовати без једног утврђеног друштвеног реда и социалне дисциплине потребне за његово одржавање. Али сама садржина тих друштвених закона није као код природних закона једанпут за свагда непроменљиво утврђена. Они су променљиви у времену и простору, и свако друштво одређује њихову садржину према својим повременим потребама. Школа природног права је сматрала чак да је и садржина друштвеног закона бар у својим главним линијама вечита и непроменљива, али као што ћемо доцније видети ово мишљење је било погрешно и неосновано. Право не постоји као неки вечити законик природе кога би само требало открити; оно је резултат једног беспрекидног стварања људског духа. Тачно је речено да је природно право стално утврђено и непроменљиво, немогуће као што је немогућ камен мудрости (Sternberg II, стр. 16). Правни прописи једног друштва одређени су идејом праведности која се, међутим, мења током времена. Свако друштво има свој идеал правде. Али извесна пра-

вила друштвеног живота морају увек постојати, јер она претстављају неопходни услов људског живота у организованим заједницама.

Б. ПРАВО И СОЦИОЛОГИЈА.

1. — **Право посматрано у склопу социологије.** — Социологија је релативно модерна наука која се конституисала као научна дисциплина у последњим деценијама XIX века. Она је замишљена као једна врста синтетичне науке о друштвима, која има за предмет проучавања специфично социалне чињенице, ма у коме виду се оне манифестовале. Тако би она имала да обухвати и домен већ раније самостално конституисаних наука: психологије, етнологије, историје, морала, економије и права. Оснивалац социологије, француски филозоф Огист Конт, тврдио је да је битна карактеристика друштвених појава њихова међусобна зависност и повезаност, или као што је он то назвао, консензус (склад). Према томе, по мишљењу Конта не би требало проучавати те појаве посебно са гледишта само једне од разних засебних друштвених наука, већ посматрајући друштвени живот као једну целину, пошто свака појава у једној области тога живота изазива промене у осталим. Све те појаве треба проучавати у једној нераздељивој науци-социологији, која би имала јасан поглед на једнообразност свих друштвених појава. Конт је консеквентно томе одрицао самосталност појединим наукама, нарочито економији и психологији. Са истог гледишта он је одрицао и праву његову научну самосталност. Тежња Контова је била да право сведе на једну технику вештине. Сам појам и реч право били су искључени од Конта који их је сматрао као неподударним са његовим схватањем о друштвеном уређењу, заснованом искључиво на дужностима појединаца према заједници (Врховном бићу).

Овакво апсолутно схватање није могло продрети. Теорија о консензусу друштвених појава, тј. о међусобној зависности и вези привредних, правних, моралних, религиозних и осталих друштвених чињеница несумљиво је тачна и може се сматрати као једно од основних начела модерних друштвених наука. Али из тога не излази још неизбежно, да се друштвене појаве, које у поређењу једне са другима носе известан специфични карактер, не могу нарочито проучавати са једног одређеног, посебног гледишта, водећи ипак при томе рачуна о њиховој вези са осталим друштвеним појавама. Сложеност друштвеног живота, све већа нагомиланост људског научног сазнања, захтевају специјализацију научног рада. Та је специјализација спроведена нпр. и код природних наука, па се не виде разлози из којих не би била примењена и у друштвеним наукама. Колико је ово тачно најбоље се види из чињеница, да је и сама модерна социологија осетила потребу да се подели на више грана, нпр. на економску, правну, моралну-религиозну итд. социологију.

Што се тиче права, заиста би било тешко оспорити озбиљну потребу његовог конституисања и постојања као самосталне научне дисциплине. Право није само једно теориско познавање стварних социалних узрока друштвених закона; оно на првом месту има да задовољи извесне врло важне практичне потребе друштвеног живота. То показује најбоље и чињеница да је правна наука постојала и развијала се дуги низ викова, пре него се појавила социологија као наука. Право је

регулатор друштвеног живота и његова практична примена од стране појединаца, судова, државних власти итд. захтева његово посебно обрађивање и проучавање. Уосталом, специфичност правних појава и специфичност људског правног искуства према осталим друштвеним појавама немогуће је данас објективно одрицати.

Са друге стране, правне појаве претстављају може се рећи срж и централну тачку друштвеног живота. Социални карактер правних појава је најрељефније истакнут и највише наглашен у целокупном комплексу друштвених појава. Јасно је, дакле, да се социологија мора на првом месту бавити проучавањем правних институција и обичаја, и као што је рекао један познати социолог она би требала да стави на кућу, коју жели да изгради, натпис: „да нико не улази овде ако није правник". Отуда велико место које је у савременој социологији резервисано проучавању правних појава. Шеф француске модерне социолошке школе Диркем видео је у праву видљиви симбол друштвене солидарности, огледало свих битних друштвених односа који се стварају између чланова заједнице. Други један социолог тврдио је, да су правне чињенице регулисани изглед свих друштвених ствари, да дух закона и правних обичаја претставља однос који закони одржавају са целокупним колективним менталитетом, и да је у једном смислу правна социологија просто речено целокупна социологија.

Из ових излагања излази да право претставља једну од најважнијих области социолошког проучавања. Но треба приметити да се социологија бави правом више са једног другог гледишта него практична правна наука. Њен циљ је откривање узрочних закона који владају друштвеним појавама, али њу мање интересују правна техника, тј. вештина практичног тумачења и примене позитивног права. Међутим, право је углавном једна практична и мање теориска наука, питања примене права, односно проблеми правне технике, претстављају центар правних студија. Данашња правна социологија углавном се бави оним проблемима који спадају у домен правне филозофије, историје права, и донекле правне политике. Покушаји да се она прошири и на правну технику, односно на онај део права који су старији писци назвали правном догматиком, тј. на практичну примену права на конкретне случајеве нису, по нашем мишљењу, до сада дали стварне резултате.

2. — **Социолошка метода у проучавању правних чињеница.** — Погрешно би било мислити да се проблем односа између права и социологије исцрпљује са питањем да ли право треба да сачува своју научну самосталност. Може се рећи да се овај проблем пре своди на сукоб између две методе. Заиста, није толико важно у коме ће се научном оквиру проучавати право, колико је важно како ће се, са каквом научном методом, то чинити. Због тога је модерна социологија пренела главну дискусију на методолошки терен.

Конт је хтео да избегне многобројност и подељеност друштвених наука, које нису водиле рачуна о сродности предмета својих посебних проучавања ни о повезаности и једнообразности друштвених појава. Он је стално говорио да треба извући поједине друштвене науке из „доба специјалности". Али овако замишљена социологија, већ због саме огромности свога домена проучавања, лебдела је сувише високо изнад чињеница. Њој је претила опасност да постане једна врста друштвене метафизике, или већ доста озлоглашене филозофије историје.

Ову опасност је добро уочио један од најбољих следбеника Контових Емил Диркем, прави творац модерне социологије. По његовом мишљењу, требало је што пре приступити реформи која би имала за циљ да спроведе социолошку идеју у специалне технике појединих друштвених дисциплина и да их регенерише, стварајући од њих друштвене науке у правом смислу те речи. Тиме би се постигли двоструки резултати: социологија не би била више само апстрактна метафизика а радови стручњака у посебним дисциплинама престали би да буду без међусобне везе и експликативне вредности. Ово гледање на ствари довело је до тога, да се јединство свих друштвених наука не тражи у њиховом стапању у једну огромну науку људским друштвима, већ у усвајању социолошког начина посматрања ствари, односно у примени социолошке методе у свакој од њих. Оне би ипак задржале у извесној мери своју аутономију, али би унутрашњом променом својих метода ипак остварилe извесно методолошко јединство друштвених наука.

Резултат свега тога је био тај, да је право сачувало своју самосталност, али је социолошки начин посматрања ствари вршио велики утицај на његове дотадање методе рада. Да би се одредио тачан домашај свога утицаја, потребно је укратко изложити у чему се састоји метода којом се социологија служи у проучавању социалних и правних појава.

Говорећи о разлици између природних закона и правних норми, ми смо истакли каква се метода употребљава у егзактним наукама. Та се метода састоји у проналажењу и утврђивању каузалних закона који одређују узроке и последице природних појава. При томе се у природним наукама не води рачуна о финалности, о циљу коме теже природни закони, нити се доноси суд о њиховој вредности. Метода у природним наукама састоји се у објективном посматрању чињеница, и затим у извлачењу закључака који су готово аутоматски намећу из констатованих чињеница. Међутим, као што смо већ истакли, традиционална метода употребљена у праву јесте финалистичка и нормативна. Финалистичка у томе смислу што њу руководе углавном идеали које треба остварити. Истина је да су ти идеали били врло различито схваћени од разних писаца и доктрина: метафизички код Платона, морално-филозофски код Аристотела, теолошки код претставника Цркве, етичко-филозофски у школи природног права итд. Али што је у свим тим теоријама било заједничко, то је тежња да се на основу априорно постављених начела открије оно што би требало да буде. Нормативност традиционалне методе се састојала у томе, што је њена главна брига била да постави норме, тј. правила понашања за појединце и за колективан живот друштва. Право као практична наука, а још више као вештина, има пре свега за непосредни циљ да постави правила делања по којима треба да се управљају људи. Како је једном рекао Енгелс наводећи речи из Гетеовог Фауста. „Пре него што дискутују људи делају. У почетку била је акција. И људска акција је решила тешкоће пре него што их је људска суптилност открила."

Правна наука у свом традиционалном схватању је, као што смо рекли, једна више практична вештина него теориска наука; она излаже шта треба да буде а не оно што јесте; она не поставља себи питање како је постала једна чињеница, већ како треба оправдати и образложити једно начело; она не оперише са узроцима већ са разлозима.

Схваћена као правна техника, она проучава разна средства помоћу којих се практично најбоље могу остварити извесни постављени циљеви.

Социологија на супрот томе жели да буде једна наука о чињеницама. Она, према мишљењу велике већине социолога, треба да се служи искључиво методама које су примењене у егзактним наукама. Другим речима она има да путем методе посматрања чињеница открије законе који управљају друштвеним животом и да утврди каузални однос између појединих социалних појава. „Да би се дошло до тога, каже Диркем, да се изучавају чињенице једино да би се знало шта су оне, треба доћи до схватања да су оне то на један одређени начин, а не на неки други, тј. да оне имају један постојани облик, природу из које потичу нужни односи. Другим речима треба доспети до појма закона; осећај да постоје закони јесте одлучујући фактор научне мисли". На тај начин могло би се по мишљењу појединих социологоа изградити целокупни систем права и морала заснован не на априорно постављеним етичким начелима и постулатима, већ на закључцима изведеним из посматрања и узрочне анализе друштвених чињеница. Правна наука, као и све остале друштвене науке, престала би да буде нормативна и постала би, као и природне науке каузална. Већ поменути француски социолог Диркем то јасно каже: „Наш главни циљ је да проширимо на људско понашање научни рационализам указујући на то да посматрано у прошлости, оно се да свести на односе између узрока и последице које једна, не мање рационална операција, може затим претворити у правила акције у будућности."

Али главни закључак до кога је дошла социологија то је да друштвена правила, која на први поглед изгледају производ извесних сталних рационалних етичких принципа, плански и смишљено постављених од слободне људске воље ради постигнућа извесних виших циљева човечијег живота, у ствари принудно потичу од колективне свести створене друштвеним животом. Она се намећу појединцима неумитно и аутоматски слично приоднрим законима. Карактеристичан је у овоме погледу следећи пасус Диркемов: „Колективне тенденције друштва имају своју сопствену егзистенцију. То су снаге тако реалне као и космичке снаге ма да су друге природе, оне подједнако дејствују на појединце споља ма да другим путевима . . ."

Правила друштвеног живота претстављају дакле реалности створене солидаристичким и кохезионим тежњама групе, независне од воље и слободног избора појединца са тенденцијом да их принудно обаобавежу. Друштво би било потпуно под владом друштвених правила која би у неку руку била излучена неумитно и аутоматски из самог заједничког живота групе.

3. — **Критичан поглед на социолошку методу примењену на правне науке.** — Пошто смо изложили основне принципе социолошке методе остаје да видимо каква је могућност њене практичне примене у правним наукама. Прво питање које се поставља јесте следеће: како се из простог проматрања чињеница, тј. из констатације стварности онавква каква јесте, могу извући правила о људском понашању какво оно треба да буде. Како се један каузални закон, који само објашњава узрочну везу између појединаних друштвених чињеница може издићи, без икаквог суда о његовој вредности, на степен норме која прописује пра-

вила понашања потребна да би се остварили извесни циљеви корисни за друштво, кад се већ има поћи са гледишта да се стварно дешавају људске радње супротне тим циљевима?

Ови проблеми могу се расматрати са два гледишта:

а) да ли су социолошка истраживања уопште успела да открију и поставе опште каузалне законе, у правом смислу те речи, који управљају друштвеним животом?

б) да ли се из посматрања и каузалног објашњења друштвених чињеница могу извући потребна решења практичних правних проблема?

На овако постављена питања одговор се може дати, тек пошто се претходно узму у обзир стварни резултати постигнути од социологије у погледу изналажења закона који управљају друштвеним животом.

Међутим, прва констатација која се мора у том правцу учинити, то је да се метода узрочног проучавања чињеница не може употребити у друштвеним наукама на исти начин и са истим успехом као у природним наукама. Друштвени односи су много сложенији и испреплетанији него односи у природном свету. Природне појаве су много једноставније; оне се у њиховом проучавању дају упростити и расчланити тако да се једној појави готово увек могу наћи тачно одређени узроци. У природним наукама долази се до механичког схватања узрочности према коме су узроци линеарно везани за последице. Сем тога, последице остају без реципрочног дејства на узроке, тј. произведена последица остаје без икаквог утицаја на узрок који ју је створио.

Сложеност друштвених појава чини да се ова метода природних наука, таква каква је, није могла применити у социологији. На првом месту, морало се констатовати да исти узроци не производе увек исте друштвене последице. Затим, да су готово све друштвене појаве тако комплексне природе, да су резултат комбинације истовременог дејства више разних узрока чија се респективна улога тешко може тачно утврдити. Често пута једно друштвено стање је производ комбинација разних чиниоца који се неће више никад у истом склопу поновити. Затим, постоје извесне чињенице које треба елиминисати јер су без стварног дејства. Волтер је лепо окарактерисао сву сложеност друштвених појава у своме „Филозофском речнику": . . . свака последица има очевидно свој узрок идући тако од узрока до узрока у понор вечности; али сваки узрок нема своју последицу силазећи до краја векова. Сви су догађаји произведини једни од других, ја то признајем; ако је прошлост рођена од садашњице, садашњост порађа будућност; све има очеве, али све нема увек деце. Овде је исто тако као код једног генеалошког дрвета: свака породица потиче, као што се зна од Адама, али у породици има много људи који су умрли без потомства".

Најзад, социологија је морала да прихвати теорију о међусобности узрочних акција, тј. да последица једном настала реагира на узрок који ју је створио. Један од најбољих савремених социолога Бугле постављајући овај проблем дао му је следећи одговор: „Може ли једна иста појава бити у исто време узрок и последица неке друге појаве? У друштвеној области ништа није чешће од таквих акција и реакција. У Риму, на пример, може се рећи да вера подлеже утицају државе и обратно држава утицају религије. Ништа нас не спречава, кад истражујемо ка-

кви стални односи везују наша разна деловања са друштвеним нормама да узмемо ове, било као полазну, било као завршну тачку: дело може реагирати на учиниоца а последице постати узроци."

Из овога је модерна социологија извукла закључак да се узрочна методе не може у друштвеним наукама применити на исти начин а са истим резултатима као у природним наукама. Идеја о **реципрочности узрочних деловања** (interactions causales, Wechselwirkung) између свих друштвених фактора. Друштвене чињенице су у тесној функцији са друштвеним системом чији су оне саставни део; она не могу бити објашњене кад се једна од друге одвоје. Очевидно је да у области друштвених наука где по речима Мишле-а „све утиче на све", узрочна метода не може бити тако успешно употребљена за откривање и постављање закона друштвеног живота.

У таквим околностима социологија је била принуђена да ограничи своје напоре и амбиције.У сваком друштвеном систему комплексност социалних проблема је сувише велика, да би се могла тачно одредити респективна важност узрока на постанак и еволуцију појединих друштвених установа. Услед многобројних могућих узрока треба елиминисати све оно што је случајно, пролазно или уопште без дејства, и задржати се само на ономе што је стално и ефективно. Каузални закони се могу поставити само тамо где постоји регуларност везе између узрока и последице, где се један однос потпуно идентичан понавља више пута под дејством истоветних узрока. Чињеница која је производ неке јединствене комбинације разних узрока нема изгледа да се понови више пута. Она онда постаје социолошки необјашњива. Међутим, процес развитка једног друштва има увек нечег специфичног у себи тако да се он потпуно истоветан у свим својим појединостима не понавља више код неког другог друштва. Како изврсно опажа г. Слободан Јовановић у једном скоро објављеном чланку: „Код држава истог културног круга обично се у истом историском периоду опажају слични економски, социални и политички процеси. Опет зато те процесе не би требало узимати саме за себе, независно од једне одређене државне средине, па развијати њихове карактеристичне тежње све до крајњих последица. Прогнозе добивене на тај начин, биле би само теориски тачне; у пракси, узимајући у проматрање једну одређену државу, човек никад не би био унапред сигуран да ће се те прогнозе испунити. У свакој држави поменути процеси развијају се под дугим околностима које је њен посебни историски развитак произвео."

Све ове околности упућују социологију на **стварање типова,** тј. врло општих социолошких закона који имају широко поље примене и садржавају опште истине, независне од случајних и локалних догађаја у времену и простору. Услед многобројности и сложености друштвених односа а затим и услед реципрочног дејства друштвених чињеница, социологија не може постављати законе о сукцесији оних друштвених појава које имају у себи нечег локалног и специфичног: њени закони могу обухватити само типичне друштвене појаве у њиховом процесу општег развитка.

Ови закони имају сасвим генерални карактер. Они се углавном састоје у утврђивању корелације између појединих друштвених појава, и то уколико се ради о основној структури једног друштва одређеног типа. Социолошки закони су врло ретки и сувише генерални. Тако као

њихови примери може се навести да је у патрихархалној породици власт шефа породице везана за култ предака, или да установа крвне освете опада уколико јача централна племенска односно државна власт. Затим се могу навести прелази из једног друштвеног типа у други, нпр. прелаз из матријалрхалне у патријархалну породицу, од обичајног ка писаном праву, из режима статуса у режим уговора итд.

Све ово доводи до закључка да употреба социолошке методе у праву не може дати крупних практичних резултата.

На првом месту, мора се констатовати да уколико се социолошка проучавања удаљују од примитивних друштава и приближавају модернијим типовима друштва, утолико социолошки закони постају све ређи и оскуднији. То се може објаснити тиме што друштвени односи у модерним друштвима постају све сложенији и међусобно дејство разних друштвених фактора све изукрштаније. Услед тога је све теже утврдити регуларност везе између узрока и последице која захтева понављање једног друштвеног односа под истоветним околностима. О социолошкој методи у праву може се поновити оно што је француски правник Ориу рекао за све доктрине уопште: „Зар то није закон историје доктрина да се правне теорије о једном даном друштвеном систему изграђују тек много доцније после практичног стварања овог система. Хрома као и правда, теорија издалека прати чињенице. Уосталом, она се може изградити само пошто су све чињенице биле изнете, наслагане и распоређени. („La souvairaineté nationale" Recueil de législation de Toulouse, 1912, стр. 3).

Свакако да социолошка метода може бити доста успешно примењивана при изналажењу узрока појединих друштвених процеса, ограничених и тачно одређених у времену и простору, или на проучавање правног поретка и развитка појединих друштвених установа у прошлости. Али од тога па до постављења општих закона по којима би се имала развијати друштва и поједине друштвене установе у будућности, остаје још један велики скок који социологија, бар до сада, није успела да учини. Међутим, за право посматрано као практичну науку најбитније је да му се могу пружити потребне директиве у актуелним правним и друштвеним проблимима који по самој природи ствари захтевају непосредно и брзо решење.

Ово нас доводи на другу страну проблема: како се путем социолошке методе могу решавати практични задаци правне науке и технике? Како из гомиле безбројних, врло сложених и хетерогених чињеница, извући закључке о томе какав има да буде друштвени поредак који треба те чињенице да регулише?

На првом месту, основна идеја о могућности примене методе којом се служе природне науке на друштвене науке не изгледа тачна. Између физичких и морално-правних чињеница постоји таква разлика да оно што је могуће код првих не мора бити могуће код других. Физичка природа је непроменљива и потпуно одвојена од човечјег духа. Познавали је или не и уопште ма какво мишљење ми имали о њој, физичке појаве се увек манифестују на исти начин. С обзиром на њену непроменљивост и постојаност, ми можемо са сигурношћу одредити узрочну везу између појединих појава и исто тако тачно утврдити дејство које ће наша интервенција произвести код тих појава. Међутим, код моралних и правних појава ствар стоји другојачије. Ми не можемо регулисати

једну такву појаву и да у исто време не донесемо и један суд о њој који је инспирисан нашим моралним осећањима и предрасудама. Наше посматрање социалних чињеница не може се обавити на један апсолутно објективан начин, већ само са извесном деформацијом дотичних чињеница према нашој субјективној моралној природи.

На другом месту, посматрање и прикупљање друштвених чињеница само по себи не би било од користи за правне науке; оно претставља интерес само као сирови критички материјал за испитивање оправданости и целисходности постојећих правних норми и институција материјал који после треба прерадити. Сакупљени подаци имају само значаја, уколико се на основу њих може донети један суд о вредности. А такав суд о вредности не може потећи из самих чињеница, већ из идеја и начела која стоје изнад тих чињеница и имају независно од њих своју сопствену нормативну вредност. Један француски филозоф (Royer-Collard) рекао је да нема ничег бесмисленијег од саме чињенице као такве. То се најбоље може видети из следећег примера.

Узмимо случај да се из статистика констатује да број дивљих бракова стално расте. Ова констатација би, са правног гледишта, имала интереса не да би се могло установити какви дубоки психолошки и социални узроци доводе људе да претпостављају ванбрачни живот брачном, већ да се утврди да ли то долази као последица једног сувише компликованог и нецелисходно организованог брачног законодавства. Али да би се на основу горње констатације могао донети закључак да је потребно реформисати и упростити брачно законодавство, мора се претходно прихватити као тачно, да је за друштво боље и етички оправданије фаворизовати законите бракове и смањивати број ванбрачних веза. Без тога суда о вредности, горња констатација чињеница са правног гледишта не би служила ничему. Као што се види, саме по себи, чињенице не могу дати непосредне директиве за изграђивање правних норми. Често пута то је већ примећено да се из истих статистика могу извући сасвим супротни закључци, што показује да оне саме по себи, не могу дати места неминовним закључцима. Оне претстављају само материјал помоћу кога се може, на основу једног суда о вредности, проценити оправданост и умесност једне постављене норме. Због тога је заиста тешко увидети, како истраживање друштвених чињеница и њихова узрочна анализа, могу довести до закључка какве треба да буду норме људског понашања. Право и неправо нису атрибути који су, по самој природи ствари, везани за чињенице. То су односи који се придају стварима не на основу реалних збивања у њима самима, већ на основу њихове оцене са гледишта идеално постављених норми.

Поједини социолози покушали су да нађу решење овог проблема на овај начин: критеријум да ли је један правни пропис добар или рђав требало би тражити у томе да ли је он повољан или не за нормалну равнотежу друштва. Као идеални правни пропис требало би узети просечну стварност, као нормални тип друштвеног понашања. Циљ коме би се имало тежити био би да се развије и фаворизује „нормално" а да се спрече и ограниче ненормалне, „патолошке" друштвене појаве. Другим речима, социологија би се имала угледати на биологију, и усвојити разлику коју она чини између здравља и болести, сматрајући према општем критеријуму здравог разума да је за друштво, као и за појединце, здравље добро а болест зло.

Није тешко увидети да је и овај критеријум несигуран и неодређен и да га је, на крају крајева, тешко применити без доношења једног суда вредности. То се најбоље опажа код теорије Диркема о криминалитету и нормалности злочина. Према тој теорији, злочини су и поред забране и казне које друштво прописује противу њих ипак повољни по развијање друштвене солидарности и то због антипатије коју изазивају злочинци. Друштвена реакција изазвана злочином појачава осећање друштвене солидарности и услед тога и злочин треба сматрати, са извесног гледишта, као нормалну и за друштво чак и корисну појаву. Ово са једног вишег социолошког и филозофског гледишта може бити тачно, али се из тога не може извући један закључак за практично постављање правних норми. Иако се не може оспорити да злочин и као уопште повреде правних норми претстављају једну просечну нормалну појаву њих, у интересу друштва, треба сузбијати и кажњавати. Из тога јасно излази да је нормалност једне друштвене појаве несигуран критеријум, који, сам по себи, не омогућава потребно решење практичних правних и моралних проблема.

Главна погрешна схватања односно употребе социолошке методе у праву дошла су као последица основне заблуде; сталног мешања између реалних правних радњи и чињеница какве су оне ефективно у животу догађају и правних норми које су постављене да би управљале људским радњама. Нпр. број и врсте учињених кривичних дела, разне социалне побуде и узроци из којих су она учињена, могу претстављати одличан материјал за социолошко проучавање једног друштва. Али употреба социолошке методе за одређивање и постављање кривичних норми по којима се та кривична дела имају судити, не може дати знатне практичне резултате. Како примећује добро Јелинек, право води двојни живот. „Прво као стварно вршење права, у коме случају је оно једна од друштвених снага које стварају конкретни културни живот једног народа. Али, поред тога, оно је скуп норми које су одређене да се претворе у људске радње. Право у овом последњем смислу не спада у област онога што јесте већ онога што треба да буде; оно се састоји из прописа и концепата који не служе за упознавање онога што постоји већ за оцењивање стварности."

На крају треба напоменути да је покушај који је учињен од школе „слободног права" да се социолошка метода употреби у решавању практичних правних проблема, довео до таквих резултата да су многи писци, иначе склони правном модернизму, зажалили за традиционалном методом крутог примењивања закона. Отсуство практично употребљивог социолошког материјала натерало је присталице ове школе да се послуже старим, већ сувише злоупотребљаваним неодређеним појмовима, као што су правичност, правно осећање, праведно право; ти појмови су их одвели ка чистом субјективизму, правној интуицији судија, т. званој осећајној јуриспруденцији. Доцнија еволуција школе слободног права само је показала да су замерке да она заводи једну врсту судског импресионизма, који се граничи са правном анархијом, биле оправдане. Укратко речено, та школа није успела да створи никакву сигурну и објективну методу за решавање конкретних правних проблема. Њена наивна парола о „Краљевству судија" створила је један режим у коме судије постају помоћни инструменти за непосредно спровођење у живот, не неких објективно и научно констатованих со-

циолошких закона, већ политичке и друштвене идеологије оних партија и покрета који би се налазили на власти или просто индивидуалног правног осећања појединих судија.

4. — **Закључак у погледу употребе социолошке методе.** — Изнели смо горе разлоге због којих по нашем мишљењу социолошка метода, схваћена као примена егзактне методе позајмљене из природних наука, није у стању да реши све проблеме једне нормативне науке као што је право. Метода која се састоји у описивању или тумачењу ствари онаквих какве јесу, не може бити **искључиво** употребљавана у нормативним наукама које имају за циљ да поставе и образложе оно што треба да буде. Нормативне науке имају свесно за циљ не да констатују законе који би били проста копија стварности, већ да поставе више директиве људској делатности. Задатак нормативних наука није само да се открију каузални закони о односу између друштвених чињеница, већ да се етички оправдају постулати на којима треба да почива правни и друштвени поредак. Правне норме по својој садржини нису и не морају бити неумитни, фатални производ животних услова једне одређене друштвене средине. Тежња је људи да живе једним бољим животом руководи људе да поставе норме које не примају потпуно чињенице живота онакве какве су, већ желе да ове чињенице више приближе етичким постулатима људске моралне природе. Историја људских друштва није ништа друго до стално усавршавање индивидуе, његова еманципација од елементарних животних услова који га притискују у примитивним заједницама и прелазак ка савршенијим друштвеним облицима живота, који га од тога ослобођавају.

Уосталом, модерна социологија не одриче велику улогу коју у друштвеном животу играју идеали и етичко-друштвене вредности. Крути детерминизам чињеница и фатална условљеност друштвеног поретка нису више саставни део социолошког вјерују. Нико други није више инсистирао на томе да једно друштво не може живети, развијати се без идеала, него сам Диркем. По њему је друштво велики творац идеала, који се стварају путем колективних претстава од стране заједничке друштвене свести, на начин већ раније описан. Разлика између овог социолошког и традиционалног схватања моралних и правних идеала остаје велика у погледу њиховог порекла и процеса стварања. То је један од најкрупнијих проблема социологије који смо већ додирнули у почетку, и о коме ће још бити речи кад будемо расправљали о односу између права и економије. Али, ако се апстрахује ова разлика у објашњењу порекла моралних и правних идеала, остаје ипак једно важно признање социологије да друштво не може живети без идеала. А ако се жели да идеали утичу на стварност, то се може постићи само нормативним путем.

Било би погрешно извести из овога што је речено један сасвим негативан закључак о употреби социолошке методе у праву. Напротив, под условом да буде употребљена у својим правим границама, она може бити од велике користи правним наукама.

На првом месту она је од прворазредног значаја у проучавању историје права. Историја права има за главни предмет узрочно проучавање историских појава у праву, тј. објашњење узрока правне еволуције и чињеница које су довеле до стварања разних правних система

у прошлости. Може се уосталом сматрати, да је примена социолошке методе у овој грани правних наука ствар која се не дискутује више. Потребно је само да се, при примени своје методе, социологија чува од сувише брзих индукција и претераних уопштавања. Извесне заблуде социолошке школе дошле су као последица сувише брзог генералисања, закључака, донетих на основу посматрања и изучавања обичаја примитивних људских друштава. Погрешно би било очекивати решење моралних и правних проблема у савременим друштвима, на основу закључака извучених из обичаја примитивних друштава из каменог и бронзаног доба, а на претпостављеном одржавању њиховог моралног типа код савремених и дивљачких племена из Африке и Полинезије.

Уколико се пак ради о тумачењу и примени позитивног права, тј. права које је актуелно на снази у једној одређеној држави, на конкретне случајеве из друштвеног живота, социолошка метода не може, сама по себи дати потребне директиве из разлога које смо већ раније изнели. Од тренутка, кад је једно правило друштвеног живота уздигнуто на степен правне норме која треба да у будућности регулише друштвене чињенице, појављује се тежња да такво правило добије један статички и стабилан карактер. Безбедност и стабилност правних односа захтевају да се из стално покретљивог тока друштвеног живота издвоји једно стабилно, прецизно и дефинитивно правило. За даљу будућу примену тако формулисаног правила, потребно је употребити методу која ће му сачувати, у границама могућности, релативну стабилност у непрестано покретној стварности. Традиционална правна наука и техника служиле су се у томе циљу методом логичне дедукције и систематским правним конструкцијама, заснованим на логичним концептима. Још и данас овај начин тумачења и примене позитивног права претставља основу специфичне правне методе. „Правна наука, каже Јелинек, нормативна је наука слична логици, која нас не учи шта су ствари, него како о њима мора да се мисли да би се створило једно сазнање без унутрашњих контрадикција. Иако је стварност претпоставка права и терен на коме оно има стално да издржава пробе, право је ипак чисто идеалне природе; правно правило као такво има увек само мислену егзистенцију".

Али и у овом погледу социолошка метода није остала без утицаја. Свакако, њена амбиција да непосредно из друштвених чињеница извуче правила понашања није могла бити остварена, но она је ипак много допринела да се дотадашње методе апстрактног и догматичког резоновања при тумачењу и примени права допуне, освеже и побољшају непосредним посматрањем друштвене стварности. Ма да је немогуће из самих чињеница извући посебне норме и директиве за правно и морално владање људи, ипак апстрактне идеје правде, које дају сувише опште директиве, нису довољне да саме по себи регулишу друштвене односе у свим њиховим подробностима. Практична вредност и ефикасност тих општих директива може бити оцењена само у њиховом сталном додиру са свакодневним реалним животом. Социолошко посматрање ствари, разуме се специално подешено потребама правних наука, претставља једну одличну методу да се сувише генералне правне формуле и доста апстрактни критеријуми правде што боље прилагоде друштвеним реалностима. Социолошка истраживања чињеница имају значај критичког посматрања правних норми, одн. омогућују да се испи-

та какве су стварне резултате дали већ постављени правни прописи. Већ је велики немачки правник Јеринг у другој половини XIX века скренуо пажњу на то, да један правник не сме да се испирише сувом догматиком, већ да треба да води рачуна о чињеницама друштвене стварности, или како је он то назвао „спољнем правном свету".

Изгледа нам да не би боље могли завршити излагања о односу између права и социологије него наводећи речи великог француског правника Ориу-а; оне су утолико значајније што долазе од научника који је у својим правним студијама широко искоришћавао социолошку методу: „Право ће искористити социологију као што је искористило и економску политику; она ће бити његова помоћна наука или неће њиме управљати. Не треба претеривати важност науке: она је мање значајна него вештина. Она нас учи како живимо, али ми живимо од вештине. Primum vivere. Ко зна да ли нас вештина не води ближе истини него наука".

В. **Право и економија**

1. — **Узајамне везе и испреплетаност између права и економије.** Демаркациона линија између појединих друштвених наука које имају исти предмет проучавања, живот човека у друштвеној заједници и његове односе са осталим људима, не може бити у оној мери јасна и прецизна као граница између наука које проучавају тако одељене предмете, као што је случај са физиком, ботаником, зоологијом, итд. Узмимо на пример установу својине. Она се може проучавати, на првом месту, са историског и социолошког гледишта, уколико се ради о њеном пореклу, дубоким социалним узроцима који су довели до стварања одређеног типа својине, о њеном историском развитку. Са економског гледишта, уколико се жели испитати да ли њена организација претставља, како за појединце тако и за заједницу, најцелисходније средство за производњу и поделу привредних добара. Са правног гледишта, кад треба констатовати да ли правни режим својине, тј. ширина власти признате соптсвенику, начин стицања и отуђивања, службености, њена ограничења у општем интересу итд. одговарају критеријумима праведности и целисходности. Због те повезаности друштвених појава, као што смо већ раније напоменули, оснивалац социологије Огист Конт био је противан да друштвене чињенице буду предмет проучавања засебних наука. Иако се његова теорија о консензусу друштвених појава има сматрати као тачна, ипак потребе специализације и поделе научног рада захтевају, да разни видови, под којима се појављују исте друштвене чињенице и установе, буду предмет посебних наука.

Мада се мора признати потреба посебних проучавања друштвених чињеница са правног и економског гледишта, не треба никад испустити из вида тесну везу која постоји између права и економије. Економија мора у својим истраживањима и у формулисању закључака, водити рачуна о постојећим правним категоријама и оквирима у којима се развија привредни живот. Економски фактори не дејствују у једном празном простору већ у једној правно уређеној друштвеној средини. Економија не може избећи утицај истих етичких и моралних идеја, које, у једном одређеном друштву и једној даној епохи, испиришу прав-

ни систем. Напр. беспредметно би било конструисати систем комунистичке привреде и испитивати његове економске последице у земљи, чији је правни систем заснован на начелу приватне својине и начелу слободе уговарања. Исто тако, узалуд би било доказивати све економске користи које би могле потицати из институције ропства у једном друштву, ако је ово са вишег етичког гледишта, осудило дефинитивно ову установу.

С друге стране, закључци до којих долази народна економија претстављају један од елемената на којима је засновано позитивно законодавство, и тако се и они интегрирају у општи систем правних норми. Право, које не би водило рачуна о резултатима до којих је дошла економија, било би једна сувише апстрактна наука, један суви формализам без везе са стварношћу. Економија упућује правнике да иза законских текстова виде стварност и да процене практично економско и социално дејство издатих закона. Не може се замислити једна целисходна правна организација својине, личног и хипотекарног кредита, трговачких друштава итд., која не би узимала у обзир податке из економских наука.

Тесна веза и узајамно прожимање права и економије јасно излазе из историје правних установа и економског развитка појединих народа. Нови моменти у привредном животу једног друштва захтевају и одговарајуће примене у дотадашњој правној организацији. Нпр. прелаз од једне земљорадничке натуралне привреде у систем новчане привреде са живљим разменама и развитком трговине, повлачи за собом стварање нових правних установа. Тако, код једног искључиво земљорадничког народа, на ступњу натуралне привреде, постоје у правном систему само установе које се односе на заштиту непокретне својине и најпотребнијих инструмената за рад; облигационо право које регулише размену и промет добара слабо је развијено и скопчано са строгим формалностима које коче промет. Пораст размене добара и трговинског промета захтева нове установе у облигационом праву, стварање нових уговорних форми, стално упрошћавање и ублажавање првобитног формализма. Затим, развитак индустрије и концентрација великих капитала ствара потребу за образовањем акционарских друштава, за издавањем новог законодавства о хартијама од вредности, за доношењем социалних закона о заштити радне снаге итд.

Но исто тако и постојеће правне форме каналишу привредну еволуцију у једном одређеном правцу. На пример, тешко би било порећи утицај који је сталешка организација друштва вршила на развитак индустрије и занатства, а исто тако феудални систем на начине експлоатације у пољопривреди. Познат је утицај који је католичка доктрина о забрани интереса на узајмљени новац имала на развитак економског живота у католичким друштвима. Најзад, треба истаћи и утицај друштвених колективних мишљења и претстава на само стварање појма о економској вредности ствари. „Вредност ствари, каже Диркем, зависи не само од њихових објективних својстава, већ и од мишљења које се има о њима. Без сумње да је ово мишљење одређено делимично са њиховим објективним својствима, али оно подлеже и многим другим утицајима. Ако религиозно мишљење забрањује неко пиће, на пример вино, неко месо (на пример: свињско), и ево где вино и свиње губе, потпуно или делимично, своју вредност размене".

2. — **Зашто се економске појаве не могу сматрати као независне од правног уређења!** — Често је истицано, од појединих писаца, да у економском свету дејствују извесни природни закони на које држава не може утицати својим правом. Око ове истине не би требало трошити много речи. Очевидно је да један закон не може учинити да у земљама северног појаса рађају лимунови и маслине, нити повећати количину воденог талога у сушним земљама. Али, далеко је од тога, да све економске појаве претстављају резултате слепог и неумитног дејства природних закона. Напротив, највећи број њихов долази као последица комбинованог људског рада са природом. Целокупна историска еволуција људских друштава састоји се у све већем уделу људског рада и интелигенције у рационалном и планском искоришћавању природних могућности. Овај утицај човека на природу подвучен је од једног писца, који иначе није био нароито склон да прецењује улогу људског елемента у привредном животу. У дискусији са филозофом Фојербахом, које је сматрао човека као пасиван елеменат са послушно регистровање спољних дејства природе, Карл Маркс је изнео једно супротно схватање: све што се догађа у човеку, све промене које се обављају у њему самом, претстављају не само дејство природе на човека већ, још у широј мери, његов утицај на природу. Он дејствује на природу и мењајући је, мења услове свога живота, и у исто време преображава себе самога . . .

Ако се природни закони не могу мењати правним нормама, те норме могу на разне начине, наслањајући се на друштвену принуду, управљати људском делатношћу. Тај утицај је утолико већи уколико је друштво сложеније и организованије, односно уколико се налази на вишем ступњу цивилизације.

Требало је доста времена да ова истина прокрчи себи пута у економској науци. У доба класичне либералне економије постојала је тенденција да се у овој науци поставе закони слични онима из природних наука. Тако је школа физиократа из друге половине XVIII века била заснована на идеји природних економских закона. Кенеј, оснивач школе тврдио је да „позитивно законодавство треба да се састоји у објављивању природних закона који образују ред очевидно најкориснији за људе окупљене у друштву. Само познавање ових врховних закона може стално обезбедити мир и напредак једне државе". Један од претставника либералне школе из краја XIX века француски економист Гијо овако је дефинисао економску науку: „Основана средином осамнаестог века од Кенеја, групе физиократа и Адама Смита, припремљена од људи који су проучавали монетарна питања, економска наука је извела известан број природних закона који погађају оне који их вређају са непосредним и неумољивим санкцијама . . . економисти нису веровали да у природи једино економске појаве зависе од људи и да се испољавају као свакодневна чуда; и они су констатовали универсалну и сталну координацију извесних и међу њих . . . Економска наука је међународна и космополитска као аритметика."

Ова теорија о апсолутним и вечито непроменљивим природним законима у економији, која се уосталом подудара са школом природног права заснованом на истим принципима, није се могла дуго одржати. Већ четрдесетих година прошлог века, историска школа у економији почела је посматрати ствари са релативистичког гледишта; економски

односи нису били узимани као појаве одређене природним законима, већ као резултати историског развитка на који су многи други, ванекономски фактори, утицали. Од тога доба па до данас, тенденција која види у раду човека, или још боље у колективној акцији друштва на природу, главне факторе економског живота, узимала је све више маха. Данашње теорије о диригованој привреди и аутархијским системима престављају крајње етапе те тенденције. Модеран свет у коме живимо великим својим делом резултат је људског рада. Развитком технике, сретства са којима човек дејствује на природу постала су огромна. Људи који раде и стално усавршавају технику производње постају у све већој мери господари природе, коју потчињавају себи. Како је рекао још велики француски биолог Бифон „цело земљино лице носи данас отисак човечије моћи".

Људска географија, једна нова наука пуна будућности, посматра човека као географског фактора и има за циљ да проучава акцију људи на природу. Према речима једног француског социолога (Lucien Fevbre-а у књизи „Земља и људска еволуција") оно што географ има да тражи у документима то нису подаци о улози земљишта у еволуцији људских група, ни о утицају који географски услови могли вршити на ток историје појединих народа, већ податке о томе какву су акцију народи и људска друштва могли вршити и стварно вршили на спољну средину. И он закључује: „Човеков рад, човеков рачун; човеково кретање, беспрекидна плима и осека човечанства, увек човек на првом месту а не земљиште и клима."

Учинили смо ово знатно скретање у страну да би показали колику улогу човек, односно људска друштва имају, у поређењу са природом, у стварању економских чињеница, да би из тога могли извући закључак о великом утицају права на економске појаве. Иако се извесни физички закони не могу изменити правним нормама не може се порећи велико дејство ових последњих на све људске радње као и на колективну делатност друштва у економском домену. Тешко је данас одмерити сву огромност утицаја који је држава, схваћена као један систем правних установа и правила, вршила и све више врши на економске чињенице. Економија је у крајњој анализи ствар човека и ствар друштва. А где су друштво, односно човек, ту је и право.

3. — **РАЗЛИКА ИЗМЕЂУ ПРАВА И ЕКОНОМИЈЕ ПО ПРЕДМЕТУ ЊИХОВОГ ПРОУЧАВАЊА.** — Из разлога које смо већ у неколико наврата истакли, а ради чистоте научних метода и поделе научног рада, економија и право су конституисани као две самосталне гране друштвених наука, са посебним предметима проучавања. Право и економија посматрају друштвени живот са два различита гледишта, служећи се различитим методама. Постоји један економски и један правни начин посматрања ствари.

Економија се сматра као наука о корисноме. Она посматра индивидуе уколико они предузимају радње инспирисане искључиво њиховим егоистичким мотивима. Класична економија је поставила тако звану хедонистичку хипотезу, према којој су све радње појединаца одређене искључиво егоизмом, сматраним као основном цртом људског карактера. Та је теорија конкретизована у типу homo oeconomicus-а, тј. човека који инспирисан једино себичним побудама, тежи да са што

мање трошкова и напора задовољи своје потребе. Очевидно је да се ова хипотеза не може сматрати као сасвим подударна са стварношћу. Иако се може узети као тачно, да је у већини случајева егоизам покретач људских акција, ипак се не смеју испустити из вида и друге више побуде које често руководе људе у њиховим радњама. Довољно је, не наводећи велике историске примере, обазрети се на неекономске жртве које поједини људи чине из несебичних побуда за своју породицу, у интересу каквог идејног покрета, или за спас отаџбине. Може се рећи да би више форме људског живота уопште биле немогуће, уколико људи не би били, бар у извесним моментима, способни да се издигну изнад својих себичних побуда. Међутим, ако економисти заснивају своја резоновања на хедонистичкој хипотези то је ради тога, да би истакли специфичност економског посматрања ствари према осталим друштвеним наукама. Ова апстракција допушта да се путем упрошћавања стварности установи, како би се понашао појединац кад би био руковођен само својим економским побудама. Економски мотиви су одвојени од осталих покретача људских радњи, чије се постојање не пориче, али се у економији резонује као да они први једино постоје и да представљају најчешће узроке људског делања. Другим речима, економија се труди да објасни чињенице са гледишта егоистичких, материјалистичких побуда човекових, уздржавајући се да доноси суд о њима у светлости етичких принципа. Она узима у обзир само онај део људске активности који посматра предмете спољнег света, уколико они служе за задовољење људских материјалних потреба. Све што је ван тога, уколико се ради о људској делатности у домену моралном, религиозном, уметничком итд. не подлеже економским законима и остаје страно економији. То је поступак који се често употребљава у другим наукама; тако нпр. геометрија да би поставила своја правила, изучава само облике тела, занемарујући потпуно њихова физичка и хемиска својства.

Право, међутим, посматра и оцењује људске радње са једног другог гледишта. Оно тежи да људске односе потчини правном критеријуму који се заснива на извесним моралним и етичким постулатима. Сваки морални и правни систем, да би очувао основне вредности живота, поставља правила људског понашања, забрањује и дозвољава људске радње према томе да ли оне одговарају извесним вишим етичким начелима. Ако се економија може дефинисати као наука о корисном право је онда, сведено на једну реч, наука о праведном. Само треба приметити да је домен права шири од домена економије; док се економија бави само оним радњама које имају један економски карактер у смислу који смо горе дефинисали, дотле право поставља један универзални критеријум са све људске радње. Ма каква била врста људске активности, она потпада под критеријум које право поставља о допуштеном и недопуштеном. Свако од ових људских делања напр. политичко, религиозно, научно, хигијенско итд. има као и економско своје специјалне побуде. Али сва та делања остају подређена основним друштвеним директивама које се налазе у праву и моралу. Према томе, и оне људске радње којима се специјално бави економија са свога гледишта, спадају такође у област права и морала.

4. — **МЕЂУСОБНИ УТИЦАЈ ИЗМЕЂУ ПРАВНИХ И ЕКОНОМСКИХ ФАКТОРА.** — Проблем односа између права и економије јесте један од најдискутованијих и о њему су изнете многобројне и врло различите теорије. Не може бити овде говора о свима, већ ћемо се задржати само на једној, најпознатијој, која заузима према овоме проблему сасвим супротно гледиште од онога кога смо горе изнели. Реч је о доктринама историског материјализма, односно економског детерминизма. Према овој теорији, правна организација једног друштва је предодређена његовом економском структуром. Право би било резултат материјалних услова живота, а на првом месту промена у начину и средствима производње. У друштвеној производњи људи ступају у одређене односе, који су неопходни и независни од њихове воље. Ови односи производње одговарају одређеном стању развитка материјалних и произвођачких снага друштва. Целокупан збир ових односа производње чине економску структуру друштва, стварну основу на којој се подиже законска и политичка супер-структура . . . Начин производње материјалних добара одређује општи карактер социалних, политичких и духовних процеса. Идеје о праву моралу и религији претстављале би само једну врсту секундарног рефлекса економске структуре друштва у једном датом моменту, њену пројекцију и домен права и морала. Ако се узме да је право форма, а економија садржина, онда право не би давало форму у којој би садржина добијала свој облик, већ би оно добијало свој облик од саме садржине.

На првом месту треба истаћи да, ако би ова теорија била тачна, онда би једном типу економског поретка имао увек да одговара само један исти тип правног поретка. Међутим, таква апсолутна узрочност није могла бити констатована у историји људских друштава. Напротив, у разним епохама могле су бити забележене разне комбинације економских и правних поредака. Исти економски узроци не производе увек исте правне последице. Интересантно је забележити да је ову констацију учинио нико други до сам Маркс у III књизи „Капитала": „иста економска база, бар у својим битним цртама може претстављати у стварности варијације које иду у бескрај и које долазе од безбројних емпиричких околности, природних услова, расних односа, историских утицаја итд. што се може разумети само анализом тих емпиричких околности."

Већ из онога што смо раније рекли излази да ова теорија овако једнострано формулисана није основана. Многобројне економске и социолошке студије потврдиле су нетачност оваквог схватања. Економски односи се не развијају у једном потпуно празном, правно и морално неуређеном простору. Економски моменат није примаран и најважнији чинилац који одређује све друге друштвене појаве. Идеја класичне економске школе да је човек пре свега једно економско биће, homo oeconomicus, које увек дела „економски" тј. руковођено својим егоизмом или просто речено својим стомаком, не може више опстати пред резултатима до којих су дошле модерне друштвене науке. Социолошка истраживања су показала да економске појаве не спадају искључиво у домен природних, непроменљивих економских закона, већ да су и оне, као и остале друштвене појаве, у извесној мери производ колективних мишљења, моралних и религиозних идеја. Многобројни социолози утврдили су, да су у примитивним друштвима целокупни еко-

номски живот и техника производње у тесној вези са религијом, митовима и мађијама. Примитиван човек, као што смо то већ имали прилике да истакнемо, потпуно је везан разним друштвеним ланцима. Свет у коме он живи пун је свакојаких тајанствених забрана и препрека, које му забрањују да се служи појединим предметима, алатима и животињама. Све то претставља ограничење његових жеља, спутавање његове економске активности од стране многобројних предрасуда и колективних претстава, које му се намећу у једној императивној форми. Далеко је, дакле, од тога да те предрасуде и веровања буду израз економских односа а поглавито начина производње; напротив, пре би се могло рећи да оне забрањују и ограничавају многобројне начине производње и потрошње добара. Њихов утицај, уосталом не мора бити увек негативан; нпр. енглески социолог Фрезер тврди да је припитомљавање домаћих животиња, које је после толико користило људима, дошло под утицајем религиозног момента, као последица забране издате од тотемизма да се извесне животиње убијају, изузев у свечане дане.

Нарочито су интересантне и изванредно поучне студије немачког социолога и економиста Макса Вебера о дејству религије на економске појаве. Он је дошао до закључка да свака религија има своју „економску етику" која, иако се не може узети као једини чинилац економског живота, врши на њега једно велико дејство. Овај закључак је у толико поузданији што је заснован на проучавању дејства на економску организацију економске етике шест различитих религија: конфучионизма, будизма, индуизма, јеврејства, ислама и хришћанства. Вебер је нарочито брижљиво проучио однос између протестантизма и модерног капитализма, показавши колико је дух модерног капитализма подударан са духом протестантизма ,са његовим правилима понашања и практичне животне етике. Један други француски социолог Андре Сигфрид, у своме класичном делу о Сједињеним америчким државама, исто тако је показао у којој мери се идеологија нових религиозних секта у протестантизму, као нпр. фундаментализма, одговара духу и потребама америчанске форме модерног капитализма, коме је раније класично учење протестантизма постало и сувише тесно.

Али да се вратимо на главно питање, на утицај права на формирање економских односа. У овоме погледу су студије руског научника Петражицког и немачког Р. Штамлера од одлучујућег значаја. Они су доказали да је и логички немогуће замислити примарно и искључиво дејство економског чиниоца на правне појаве. Друштвени поредак и закони који га регулишу, претстављају логичне и стварне предуслове за стварање економских односа. Економски односи су производ сарадње људи који живе у друштву, а ми смо већ видели да је сваки друштвени поредак без права немогућ. Једно друштво, у коме би свака индивидуа у својим радњама била искључиво инспирисана економским мотивима, тј. својим егоистичким побудама, претстављало би поприште једне немилосрдне и бескрупулозне животне борбе, која би водила право у анархију и узајамно истребљење. Као што је приметио један духовити француски писац, ако не би постојала никаква законска ограничења економске делатности људи, најповољнији економски акт била би крађа, пошто се њоме са најмање напора долази до једног економског добра. Јасно је, дакле, да без обавезних правила понашања која право поставља појединцима, друштвени односи и заједничка са-

радња људи уопште не би били могући." Сав привредни живот мора се испунити у правним формама, права се могу засновати и одржати само ако су заштићена од правног поретка." (Филиповић. Grundriss der Politische Oekonomie).

На крају, интересантно је забележити, да је противу претераних закључака које су извесни писци хтели извући из економског детерминизма, устао пред крај свога живота и сам најинтимнији сарадник Марксов Енгелс У једном писму из 1890 г. он овако прецизира смисао своје доктрине: „Према материјалистичком схватању историје, фактор који је, на крају крајева одлучујући у историји, то је продукција и репродукција стварног живота. Ни Маркс ни ја нисмо тврдили ништа више. Али, ако нам се ставља у уста да смо хтели рећи да је економски фактор једини одлучујући, онда се прва поставка претвара у једну шупљу, апстрактну и апсурдну фразу. Економска ситуација претставља базу али различити фактори суперструктуре-политичке форме, борбе класа и њени резултати; устави које је створила победничка класа пошто је добила битку; и разуме се одблесци свих ових борби у мозгу учесника, политичке, правне и филозофске теорије, верске институције и њихов даљи развитак у догматске системе — исто тако врше свој утицај на ток историских борби, и у много случајева одређује форме на препондерантан начин. **Постоји акција и реакција ових фактора.**"

Остаје нам да дамо један закључак нашим излагањима. Констатујући грешке и крајности у које је пао економски детерминизам не би требало претеривати у супротном смислу. Друштвени живот је сувише комплексна појава, са пуно изукрштаних утицаја, да би му се могло дати овако једноставно тумачење, приписујући појединим чиниоцима примарно и одлучујуће значење. Уколико је тешко бранити историски материјализам, каже француски социолог Леви Брил, кад он жели да подвргне сву еволуцију друштава њиховом економском животу, у толико је тачно да се ниједна серија друштвених појава, па ни она моралних и правних више од осталих, не развија независно од других серија" (La morale et la seience des moeurs, стр. 219). Човек, главни агент друштвеног живота, претставља једно сложено биће; у њему се налазе помешани и добри и рђави инстинкти, економски егоизам као и више моралне побуде. Али људско понашање у друштву је једно и недељиво. Због тога економски односи нису никад једино економски, већ су увек и морални и правни, тј. подложни и оцени са правног и моралног критеријума. Свакако да су извесни економски услови потребни да се створи повољна средина за појаву и развитак извесних правних и моралних идеја и институција. На пример, узалуд би била једна чисто морална еволуција у погледу елемената који, с обзиром на достојанство човека, треба да претстављају животни минимум друштвених маса, ако истовремено промене у материјалним условима производње не би биле у стању да омогуће стварање довољне количине економских добара потребних у ту сврху. Али, са друге стране, ако економски услови стварају повољну моралну средину за манифестацију извесних правних и моралних идеја они, сами по себи, нису у стању да те идеје произведу. За то је потребан утицај психолошких и моралних фактора, који исто толико утичу на економске факторе као и ови на њих.

У данашњем стању друштвених наука, схватање које би приписивало искључиви или одлучујући утицај једном од друштвених фактора, еко-

номском, политичком, правном или моралном не би се могло научно бранити. Модерна социологија, као што смо раније већ видели, дошла је до закључка да се теорија о линеарном, механичком односу између узрока и последице не може применити у проучавању друштвених чињеница. Место тога треба се придржавати теорије међусобности узрочних деловања, реципрочног дејства између узрока и последица. Ова научна истина можда нигде не долази до изражаја у тој мери, као у односу између економских и правних чињеница.

Право и економија не иду једно пре или иза другога већ паралелно, вршећи стално узајамни утицај. Између њих постоји једна функционална узајамна зависност. Друштвени процес је у ствари једна недељива целина. Право и економија се развијају под утицајем истих друштвених чиниоца, моралних и економских, и хране се на истом извору моралних идеја и колективних друштвених претстава.

III. НЕДОВОЉНОСТ ПРАВА КАО ИСКЉУЧИВОГ РЕГУЛАТОРА ДРУШТВЕНОГ ЖИВОТА

А. Право не садржи сва правила друштвеног живота.

Кад се иоле пажљивије посматра друштвени живот, одмах ће пасти у очи да правни системи не садрже сва правила по којима се људи управљају. Дефинишући циљ права рекли смо да оно разграничује делатност људи, повлачећи границу између онога што је забрањено и дозвољено. Али у исто време нагласили смо да право регулише најбитније интересе друштва, тј. оне чије се поштовање сматра као неопходно за опстанак друштва. Међутим, очевидно је да ван ових битних интереса постоје и други, који можда нису неопходни за опстанак друштва, али чије је поштовање ипак корисно ради одржавања друштвене равнотеже. Услед тога се поставља питање, да ли је све што право допушта ослобођено од сваке друштвене стеге и остављено потпуно слободној вољи појединаца. Да другом месту, треба расмотрити да ли при вршењу субјективних права, која су му призната од објективног правног система, појединац може ићи, без икаквих других обзира, до крајњих граница могућности које му објективно право даје. Другим речима да ли, поред позитивног права, не постоје извесна друга друштвена правила, која у извесној мери могу да утичу на његову примену.

Узмимо ради практичног примера кривични законик. Онај ко би сматрао да све што није изречно забрањено и кажњиво по кривичном законику остаје потпуно дозвољено, не би могао имати тачно мишљење о степену моралности тога друштва. Ван аката кажњивих по закону, постоје и многа друга која друштво не кажњава али морално осуђује. Закон нпр. не забрањује никоме да прекомерно пије и само пијанство као такво, ако није пропраћено са другим озбиљним изгредима против јавног мира и поретка, није кажњиво. Али лица, која се одају пићу, губе углед у очима својих суграђана и излажу се моралној осуди или порузи. Један богаташ, који одбије да пружи милостињу гладном сиромаху не чини никакву кажњиву радњу, али друштво морално реагира против таквих појава. Лице које није хтело да помогне другоме чији се живот налази у опасности, изузев у доста уско стилизованој хипотези из § 249 Кривичног законика, исто тако није, у очима закона, учи-

нило преступ. У литератури, нарочито романтичној и социалној, већ су класична два типа људи: богатог пословног човека исправног у очима закона али бескрупулозног са гледишта морала и поштења, као и злочинца пуног врлина и поштених намера, који је жртва фаталности. Закон ником не прописује да буде херој нити да има хумано срце према патњама својих ближњих. Уопште узевши, људски закони не награђују врлине појединаца већ се само ограничавају на забрану и кажњавање њихових озбиљних антисоциалних делања. Али друштвени морал не може остати равнодушан; људи инстинктивно осећају да добро и напредак друштвене заједнице зависе не само од отсуства порока, већ и од позитивних врлина њених чланова.

Узмимо примере и из других области друштвеног живота. Узајамна права и дужности између супруга и између родитеља и деце налазе се побројана у Грађанском законику. Извесне породичне обавезе санкционисане су и у Кривичном законику. Али о установи брака у једном друштву добила би се погрешна и непотпуна слика, ако би она била искључиво заснована на законским прописима. Права садржина брака и породице је испуњена моралом и друштвеним обичајима, који регулишу детаље свакодневног живота, док им закон поставља само грубо отесане, елементарне оквире. Један брак, у коме би се супрузи, ради регулисања међусобних брачних односа, стално позивали на законске прописе, не би се могао сматрати као пример идеалне и хармоничне брачне везе.

Најзад, остаје нам да испитамо и хипотезу вршења права до њихових крајњих последица, не водећи рачуна ни о каквим другим обзирима. У овоме погледу класичан је пример Шајлока из Шекспировог „Млетачког трговца" који је захтевао од суда извршења свога уговора, односно право да отсече од тела свога инсолвентног дужника ливру живог меса. Позната је и пресуда судије, који је на вешт начин, признајући важност уговора, онемогућио практично његово извршење. У вези са овим примером из књижевности вођена је дискусија између два чувена немачка правника Јеринга и Колера. Јеринг је заступао своју познату тезу изложену у његовој књизи: „Борба за право". По тој тези, дужност свакога је да се бори за право и да спречава његово гажење, ма са које стране оно долазило; то би био допринос појединца за одржавање правног поретка, његова дужност да обезбеди владавину права. Како је рекао Гете „Ко осећа да је право на његовој страни мора суровo иступити; једно учтиво право не значи ништа". Консеквентно томе, Јеринг је видео у Шајлоку једног борца за тријумф повређеног правног поретка Венецијанске републике. Разуме се да је судија морао, ако је тако било морално схватање тога времена, да огласи уговор о ливри меса за ништаван, као противан јавном моралу. Али, по мишљењу Јеринга, судија није имао право, као што је то случај у Шекспировом комаду, да призна важност уговору па да тек онда онемогући једним лукавим софизмом његово извршење. Колер је пак хвалио мудрост и хумаост судије, који није оклевао да свесно погази формални закон да би спречио једну монструозну неправду. Из свих ових примера који би се бесконачно могли умножавати, јасно излази да друштвени живот није искључиво регулисан правним прописима. Остаје нам да видимо какве је природе и специфични карактер тих осталих правила, која конкурентно са правом учествују у регулисању друштвених односа.

Б. **Улога религије у формирању правила друштвеног живота.**

Пре него би прешли на саму суштину ствари, треба да напоменемо да је диференцијација правила, која сва скупа управљају друштвеним животом, један од општих закона друштвене еволуције. У примитивним друштвима сва та правила су збијена и груписана у једну нераздвојну масу, која подједнако, са истим интензитетом и истим санкцијама, ограничава слободу понашања индивидуе. Главни центар око кога гравитирају сва ова правила јесте религија. Примитиван човек меша лако све појмове и у његовом су духу границе између појединих категорија неодређене. Он чини лако збрку између видљивог и невидљивог, између живота и смрти, између делова и целине итд. Примитивна друштва живе у једној врсти интелектуалне и моралне небулозе, у којој се религија појављује као прва кристализациона тачка идеја о добру и злу. Она врши улогу чувара свих моралних и друштвених вредности. Модерна социологија види у религиозним чињеницама порекло готово свих друштвених појава. „Религија, каже француски социолог Диркем, садржи у себи у конфузном стању све елементе који су, развијајући се и комбинујући се на хиљаду начина са њима самима, дали живота разним манифестацијама колективног живота. Наука и поезија су изишли из мотива и легенди; пластична уметност је потекла из религиозне орнаментике и из верског церемонијала; право и морал родили су се из религиозних обичаја . . .“

Француски историчар Фистел де Куланж је у своме класичном делу „Држава старог века“ (La cité antique), објављеном средином друге половине XIX века, међу првима истакао огромну улогу религије у стварању правних и друштвених установа. Он је, проучавајући установе старих Грка и Римљана, дошао до закључка да су оне необјашњиве ако се не упореде са њиховим верским идејама. „Ако сиђемо до најстаријег времена ове расе, каже Ф. Де Куланж, видећемо идеје која је она имала о људском бићу, о животу, о смрти, о загробном животу, о Богу, приметићемо присан однос између тих гледишта и приватног права: између обреда који потичу из ових веровања и политичких установа . . . Упоређење између веровања и закона показује да је примитивна религија створила грчку и римску породицу, установила брак и родитељску власт, утврдила степене сродства, освештала право својине и право наслеђа. Ова иста религија, пошто је проширила породицу, створила је још већу заједницу, град и владала је у њој као и у породици. Од ње је антички град добио своја начела, своја правила, своје обичаје, своје судство. Али с временом ова стара веровања су се променила или ишчезла; приватно право и политичке установе промениле су се са њима“...

Најзад, у новије доба, међу многобројним студијама посвећеним овом питању, треба навести закључке до којих је дошао енглески научник Џемс Фрезер у погледу утицаја веровања и празноверица на развитак установа. Он сматра да је доказао да и у примитивним друштвима религија, моћни чинилац друштвене контроле и да је њена улога била благотворна. Његови коначни закључци конкретизују се у четири следеће тачке: 1). Религија је појачавала поштовање према влади, нарочито монархистичкој и на тај начин допринела њеном трајању; 2). Она је појачала поштовање према приватној својини и тиме допринела безбедности њеног уживања; 3). Религија је појачала поштовање према

браку и тиме доприносила одржавању правила сексуалног морала; 4). Она је појачавала поштовање према човечијем животу и тиме доприносила његовој безбедности.

О пореклу религије дуго времена је владала класична теорија која је приписавала прва веровања човека, његовом страху, осећању слабости у његовим првим додирима са спољним светом. „Вечито ћутање бескрајних простора застрашује ме" говорио је Паскал. Примитиван човек је сматрао да је окружен непријатељским тајанственим силама; религија и примитивни верски церемонијал, приношење жртава итд. имали су за циљ приближење човека Боговима и да умилостиве ове страшне и моћне непријатеље који могу постати и благотворни заштитници. У примитивним друштвима, краљеви су били једна врста посредника између богова и њихових поданика, посредници чија је прва дужност била да привуку божанску наклоност на народ којим су управљали. Њихове заслуге биле су цењене према милости коју су им Богови указивали.

По најновијим социолошким теоријама, у религиозним појавама треба видети на првом месту једну симболичну манифестацију кохезионе и привлачне снаге коју друштво врши на своје чланове. Иза разних фигура и метафора, најгрубљих као и најрафинарнијих треба видети конкретну и живу друштвену реалност. Верни који верују у постојање једне више моралне снаге, од које би они зависили, нису у потпуној заблуди. Та снага постоји и она је еманција друштвеног колектива, једне више, трансубјективне стварности. Заблуда се налази у спољњем изгледу, у симболичној претстави коју тој колективној снази даје људска уобразиља. Религија је дакле на првом месту један скуп колективних појмова, посредством којих се изражава на један, више алегоричан начин, власт друштва над појединцима и нејасни али присни односи које они одржавају са њима. Религијски живот би дакле био виши облик и усредсређенији израз целокупног колективног живота. Ма како били апсурдни религиозни обичаји у примитивним друштвима, они имају свој дубоки смисао у томе што се са њима манифестује превласт друштва над појединцем; ти обичаји постају средства стављена у службу стварања и одржавања политичких и правних установа, потребних за опстанак друштва. Како је тачно приметио већ поменути енглески научник Џемс Фрезер, примитивне религије показују како „лудост тајанствено прелази у разум".

Друштвени закони не могу се, ни у очима примитивног човека, идентификовати са законима природе. Да би им прибавило потребно поштовање, друштво је морало тражити њихову санкцију у надприродним тајанственим силама у чија су постојања и ефикасност примитивни људи потпуно веровали. Мистична санкција, која се састоји из испаштања услед учињеног греха прокрчила је пут правним и моралним санкцијама. Дуго времена обе ствари су биле тесно везане; отуда се често каже „без вере и закона". „У удаљеним епохама, људска друштва појављују се обично уређена према узору божанског света тако како је он замишљен од њих. Право се напаја из теолошких прописа, или његова оскудна правила омогућују само да се задовоље непосредне потребе свакодневног живота. Подржавати богове, да би им се приближили и да би их учинили наклоњенијим, обезбедити групи континуитет и опстанак то су две идеје које управљају примитивним законодав-

ствима . . . О свима (народима) може се рећи као и о Римљанима, да је код њих грађанско право дуго остало тајна међу мистеријама и литургијама бесмртних богова, познато само свештеницима" (Declareuil, Rome et L'organisation du Droit, стр. 4—5).

Из свега овога се види велика социална улога религије у примитивним друштвима. Њено порекло се поклапа са почетком морала и интелектуалне делатности код људи. Основне категорије људске мисли, па према томе и наука, религијског су реда. Постепено, у току времена, из религије су поникле разне специалне гране људског сазнања, егзактне науке, медецина, астрономија итд. а нарочито право и морал. Људска еволуција се састоји у постепеном прелазу из нерационалне и нагонске делатности у којој осећања играју надмоћну улогу, ка смишљеном рационалном и планском поступању. Тај прелаз је тачно окарактерисан код Хегела на следећи начин: Варвари су под владом нагона, обичаја и осећања, али нису свесни тога. Тиме што је право постављено и то плански и свесно, отпада све што је случајно, осећања, претпоставке, освета, саучешће и самољубље. Тако право постиже своју одређеност и долази до свога правог места.

Несумњиво је да данас позитивно право еманциповано од религије, изузев у неким деловима породичног права, где је у појединим земљама религија још сачувала свој утицај. Морал, и ако је и он у знатној мери лаицизиран и рационализован, ипак је остао под већим утицајем религије него право. Међутим, и данас се чине покушаји да се конструишу идеални правни системи који би били инспирисани религијом. То је, углавном, случај у католичким земљама где је религија увек била значајан фактор у целокупном друштвеном животу. У томе правцу треба например у Француској нарочито забележити имена Женија, Ренара, Рипера, Лифира итд. као и нео-томистички покрет, који тежи да изврши обнову права и морала на основу традиционалне доктрине Католичке цркве прилагођене модерним потребама. Али све ове покушаје треба сматрати као субјективна схватања и личне конструкције њихових аутора. Зато, поред свега тога, треба сматрати да је, уколико се права тиче, процес његове формалне еманципације од религије свршен факат. Односно морала може се констатовати да хришћанска етика, иако је данас потиснута више у осећајан домен појединаца, ипак оставила један дубок отисак и да се основна начела друштвеног морала још увек углавном поклапају са начелима хришћанске етике. Велика историска улога хришћанства у овом погледу истакнута је од чувеног француског историчара Х. Тена (Les origines de la France contemporaine, Le regime moderne, II део, књига V, глава 3) „Допринос хришћанства модерном друштву може се оценити по томе што је оно у њега унело чедности, благости, човечности, по томе што је у њему одржало поштење, добру веру и правду . . . Ниједан законик, ниједна влада нису довољни да га замене у овој служби."

Непосредни утицај хришћанства на формирање права у хришћанским земљама, почевши од средњег века па све до великих кодификација приватног права у XIX веку, био је врло знатан. Законици донети почетком XIX века били су углавном конструисани на скелету постављеном од римског права, допуњеног и унеколико измењеног прописима канонског права Католичке цркве. Савињи је са пуно разлога указивао на заједницу основних начела приватног права између европских

народа која је дошла као последица рецепције римског права и прихватања хришћанства. Утицај хришћанске религије на право вршио се на два различита начина. На првом месту сталном морализацијом људских односа, уносећи у њих више хуманости, добре вере, поштења и савесности. Затим преношењем појединих већ формираних правних установа канонског права у приватно право. То су нпр. установа путативног брака у случају да супрузи нису били упознати са узроцима ништавности склопљеног брака; начело да накнадна несавесност прекида ток одржаја (mala fide superveniens nocet); начело да се заблуда не може истаћи против лица које је добре вере итд. Сва ова правила пресађена су из канонског права у модерно приватно право као већ створени правни институти. Свакако да се данас у модерно уређеним правним државама религија не може сматрати као аутономно и непосредно врело правила друштвеног живота, поред права и морала. Уколико она врши утицај на друштвени живот то се обавља посредним путем, што извесни прописи религиозног морала утичу на друштвени, лаички морал.

В. ОДНОС ИЗМЕЂУ ПРАВА И МОРАЛА

1. — **Кратак историски преглед односа права и морала.** — Као што смо већ напред напоменули, у примитивним друштвима појединци су потпадали под један збијен комплекс друштвених норми чију је природу било тешко одредити и прецизирати. Морал, право, религија, разне друштвене навике и обичаји, све је то претстављало једну неодређену смешу друштвених правила понашања. Сва та правила имала су скоро исту спољашну принуду (нпр. чисто приватни обичаји били су санкционисани кривичним или религиозним казнама) исти спољни узрок важења, исти карактер обавезног и објективног друштвеног конформизма. У таквом стању ствари, није се могло водити рачуна о спољним и унутрашњим узроцима њиховог важења, који чине главну разлику између права и морала.

Ни у старој грчкој цивилизацији право се није јасно диференцирало од морала и друштвених навика и обичаја. Најбољи доказ за то налази се у самом старо-грчком језику. Између респективних области права и морала, тј. између друштвених правила која не повлаче никакву спољну принуду и оних која су принудно санкционисана није било јасне границе; за обе врсте правила стари Грци употребљавали су једну исту реч „номос". Свака најбезначајнија навика, нпр. обичај да се брада и коса дотерају на један одређени начин назива се номосом; најозбиљнијем закону, нпр. оном који забрањује убиство даје се исто име. Право је у Грчкој остало у тесној зависности од реторике и морала. Сама држава је од грчких филозофа била замишљана као једна идеална установа, више васпитно-моралног него правно-принудног карактера; она је имала пре да издаје упутства и савете за један поштен и прав живот него принудне заповести.

У Риму је право постало јасно диференцирано од морала и добило сву рељефност друштвених норми снабдевених санкцијама. Али Римљани су били пре свега практични правници; они су ову разлику осећали у практичној примени права но нису је теориски јасно формулисали. У историји права дуго је дискутовано питање, да ли су римски правници имали један теориски критеријум за одвајање права од морала, али

се до једног одређеног закључка није дошло. У чувеној дефиницији основних правних начела коју је дао велики римски правник Улпијан каже се, да су та начела: поштено живети, никоме не чинити неправо, свакоме дати своје. Ово би пре могло одговарати дефиницији морала него права, из чега излази да диференцијални карактер права и морала није био теориски јасно подвучен.

Прву научну теорију о односу права и морала формулисао је Кристијан Томазијус, немачки филозоф који је живео крајем XVII и почетком XVIII века. Он је дошао до закључка, да треба чинити разлику између онога што се дешава искључиво у унутрашњости човечије свести и спољних односа човека са осталим људима и друштвом у коме живи. Све оно што се дешава у човечијој свести не спада у домен права, већ искључиво у домен морала. Ту се може радити само о дужностима које човек има према самом себи и према својој савести. Оно што се збива у унутрашњој свести човечјој не може бити предмет никакве спољне санкције која карактерише правне прописе. Право има за циљ да одржи друштвени мир и да регулише спољне односе између људи; правне обавезе дакле могу постојати само у спољашњем односу између два или више лица. Тако је Томазијус доспео до саме суштине основне разлике између права и морала. Право се бави објективном организацијом друштвеног живота и регулисањем спољних аката, који претстављају однос између два или више лица. Морал регулише субјективну свест појединаца, њихов унутрашњи духовни живот. Ова разлика је нешто одвећ грубо и отсечно формулисана; између права и морала однос је више нијансиран и састоји се не у отсечном прелазу него у постепеним преливима. Али сама језгра теорије је тачна.

Слична је база теорије великог немачког филозофа Канта. Он чини разлику између легалности и моралности људског делања. Код сваког нормативног прописа постоји заповест која има да дејствује на људску вољу у једном одређеном смислу, тј. у правцу испуњавања издате заповести. У томе дејству нормативне заповести на људско делање могу се разликовати три важна момента: побуда, правило које нормира радњу, сам спољни поступак индивидуе. Код моралних прописа постоје сва та три елемента; у људском спољном делању морал нарочито води рачуна о унутрашњим побудама које су одлучиле индивидуе да учине једну радњу. Он увек цени, на првом месту, унутрашње расположење човеково при испуњавању његових дужности. Код права постоје само два момента: правило и спољни поступак. Право не води рачуна о побудама због којих се једно лице одлучило да испуни један правни пропис; за њега је главно да је тај пропис испуњен. Нпр. кад једно лице плати свој дуг оно може то учинити из разних побуда, било зато што сматра да је морална дужност одговарати својим обавезама, било што сматра да је у његовом пословном интересу да буде тачно у извршењу својих обавеза, било што жели да избегне непријатне последице законских санкција итд. Право је према свим овим побудама индиферентно; за њега је једино меродавно то да је обавеза испуњена. Другим речима, њега интересује само спољна, објективна легалност а не унутрашња, субјективна моралност људског делања.

Без сумње да ова Кантова теорија садржи један, и то већи део, истине. Али не и сву. У већини случајева право заиста остаје индиферентно према побудама људских радњи и то је нарочито у имовинском

праву. Но у многим случајевима, и право води рачуна о томе шта се догађа у свести човечијој. У кривичном праву узимају се у обзир не само спољашни поступци, него и степен антисоцијалности намере која је руководила појединца у његовој злочиначкој радњи. При извршењу уговора често се води рачуна о доброј и рђавој вери извршиоца, што претставља више један унутрашњи психолошки критеријум. Уопште узевши, у модерном праву се придаје све већа важност унутрашњим побудама правног делања.

2. — **Разлика између права и морала.** — Један тако нијансиран и комплексан однос као онај који постоји између права и морала, не може бити одређен на основу једне опште формуле. За његову тачну дефиницију потребно је расмотрити питање са више разних гледишта.

а) **Спољашност права — унутрашњост морала.**

Рекли смо већ да је ова формула у својој основи у главним линијама тачна, али да ипак није довољна да реши проблем разграничења између права и морала. Навели смо случајеве из којих се види да ни право није увек равнодушно према томе што се догађа у свести човечијој, и да оно по неки пут води рачуна и о побудама правног делања. Само остаје увек тачно, да право узима у обзир радње које су добиле један спољни почетак извршења. Чиста намера која се споља, ван човечије свести, није ничим манифестовала, остаје ван домена права. Ма да у извесним случајевима и закон узима у обзир при одређивању казне моралне побуде једног делања, ипак он на првом месту мора водити рачуна о његовим објективним, спољним последицама. Међутим, морал води рачуна чак и о рђавим мислима противу којих захтева једну активну борбу у самој људској моралној савести. Другим речима, оно, што у главном интересује право, то је спољно понашање људи; унутрашње побуде долазе тек на друго место и то у извесним случајевима. Морал се пак интересује за спољне радње само уколико оне претстављају израз једног унутрашњег моралног расположења.

б). **Право је двострано (императивно-атрибутивно) а морал једностран (императиван).**

Заслуга за продубљену анализу ове разлике припада руском правном филозофу Петражицком. Морал императивно налаже једном лицу да чини извесне дужности. Вршење тих моралних дужности може донети користи неком другом лицу, ма да то не мора увек бити случај. Али, иако то друго лице може имати користи од вршења дотичне моралне дужности, оно тиме не стиче никакво овлашћење да захтева њено извршење. Садржина моралне норме исцрпљује се у императиву упућеном појединцу. Ствар је унутрашње савести индивидуе, коме је упућена морална заповест, да ли ће је, и према коме, извршити или не. Морал дакле само прописује дужности али не ствара права у корист одређених лица. Садржина правне норме међутим није исцрпљена самом заповешћу; у њој се налази један други елеменат, атрибуција, тј. стварање једног захтева у корист неког другог лица. Право има императивно-атрибутивни карактер, тј. оно преставља један корелативан однос у коме свакој дужности прописаној од правног правила, нужно одговара и право у корист једног другог лица да захтева извршење дужности. Упо-

ређење два примера показаће нам још рељефније ову разлику. Морал прописује као дужност да се помаже сиромашним лицима која се налазе у невољи. Али та дужност не ствара никакво право у корист једног одређеног лица да добије помоћ. Од нашег нахођења зависи да ли ћемо дати ту помоћ Петру, Павлу или Јанку, кад се ови за то буду обратили: ми им чак ту помоћ можемо дати и без њиховог изречног захтева. Међутим, кад купимо на пример један часовник, ми смо дужни да исплатимо цену уговорену за часовник лицу које нам га је продало. Та обавеза није више ствар нашег слободног нахођења и моралне оцене; часовничар има право да од нас захтева исплату погођене цене. Правна норма, дакле, поред дужности, ствара увек и корелативан захтев у корист једног или више одређених лица.

в). **Хетерономија права — аутономија морала.**

Право се састоји из прописа који регулишу односе између два или више субјеката, између оних који имају дужности и оних који стичу одговарајућа права. Да би се ти односи тачно определили, тј. да би се одредиле границе између респективних права и дужности појединих лица, потребан је један спољни ауторитет. Тај спољни ауторитет право добија прво од законодавца, који издаје правне норме, а затим од судова и органа јавне власти, који имају да обезбеде њихову практичну примену. Због кога се каже да је право **хетерономно**, тј. узрок и основ његовог важења налази се у једном спољном ауторитету који располаже и материјалном принудом. Морал је **аутономан**; он претставља једну врсту сопственог, унутрашњег законодавства сваке индивидуе. Главна његова контрола налази се у човечијој савести, која је сама себи законодавац и судија. Правни сукоби се расправљају пред једним спољашним форумом између људи, пред судовима и органима јавне власти. Морални сукоби се одигравају у самом човеку, немим диалогом између његових нижих нагона и узвишеније моралне природе. Очевидно је да у овој последњој хипотези не може бити речи о спољној материјалној принуди, о организованим друштвеним санкцијама. Лице које не испуњава своје елементарне моралне дужности, може бити изложено само једној врсти дифузне, неорганизоване друштвене санкције, која се састоји у друштвеном бојкоту, неодобравању, критици, порузи и исмевању.

3. — **Релативна подударност између права и морала.** — При проучавању основних одредаба једног правног система, мора се учинити констатација, да се правни и морални прописи подударају у врло великој мери. Највећи део правних прописа претставља у исто време и моралне дужности. У приватном праву велики број правних прописа је диктиран поштењем и моралом; у кривичном праву скоро сви деликти су у исто време сматрани као неморална делања: у јавном праву дужности државних органа и појединаца претстављају моралне, грађанске и патриотске обавезе према земљи. Али обрнуто није тачно. Многе моралне дужности нису правно санкционисане; нпр. дужности које човек има према својој савести и достојанству личности, извесне његове интимне дужности према породици и пријатељима, извесна акта социјалног милосрђа итд. Из ове констатације да право санкционише само један део моралних дужности, поједини писци су закључили да право

претставља један „етички минимум" или синоним објективног, друштвено неопходног морала. Енглески филозоф-утилитариста Јеремија Бентам претстављао је право и морал као два концентрична круга, који би имали исто средиште, али различите обиме.

Ова идеја се не може примити као тачна. Истина је да право не санкционише све моралне дужности, и да је у томе погледу његов домен ужи од домена морала. Али право зато регулише извесне односе према којима је морал индиферентан, као што је случај са знатним бројем правних правила постављених за што целисходније постигнуће извесних општих циљева. Нпр. морал је априори незаинтересован у питању да ли ће се пренос непокретне својине организовати путем тапијског система или система земљишних књига, да ли ће рок у коме треба поднети жалбу противу једног решења или пресуде бити од два или три месеца, да ли ће се при саобраћају на путу држати лева или десна страна итд. Морал може после потврдити ова правила, на основу општег начела да је морална дужност сваког човека да поштује правне прописе који су издани у општем интересу заједнице. Кант је рекао „да све дужности само зато што су дужности спадају у етику . . ." Јасно је, међутим, да право нормално не може имати супротне циљеве него што их поставља у једном даном моменту друштвени морал. Према томе, и техничка правила треба да буду издата ради што целисходнијег постигнућа једног циља који је у складу са моралом. Али овде ипак остаје разлика у степену респективног интересовања права и морала. Право, на првом месту, тежи да оствари извесне друштвене вредности, оно се стара да, пре свега, у друштву одржи један објективан поредак при чему мора водити рачуна о критеријуму друштвене целисходности и о потребама правне безбедности. Морал у ширем смислу има на првом месту у виду индивидуалне човечанске вредности, унутрашње морално савршенство индивидуе. Не треба заборавити да извесни економисти (нпр. Шмолер) сматрају са економског гледишта право као „етички максимум", тј. максимум моралне стеге коју може подносити економски живот, без уштрба по производњу материјалних добара и слободно функционисање економских закона.

Несумњиво је да код свих модерних правних система постоји тенденција да остану у тесном контакту са моралом. У правним системима свих културних земаља налазе се разне еластичне клаузуле преко којих законодавац жели да омогући сталну пенетрацију морала у право. Те клаузуле остављају доста широка врата судији да поништи правне послове противне јавноме моралу. Разуме се да при примени ових клаузула долази у обзир само објективизиран, опште признати друштвени морал, који влада у једној заједници, у једном даном маменту, а не лична морална схватања појединаца. Такве опште формуле претстављају само правни оквир и форму док садржина има да буде испуњена од стране судова, и то према моралним схватањима која преовлађују у моменту примене дотичног законског текста на конкретне случајеве. Из тих разлога одличан француски правник Рипер сматра да „морал струји кроз позитивно право као крв кроз тело". Тврђење коме би, по нашем мишљењу, требало прецизирати смисао да би се могло сматрати као тачно.

Ми смо напред навели да, на првом месту, сви морални прописи не добијају правну санкцију, а затим да право регулише извесне чиње-

нице према којима је морал равнодушан. Остаје нам још да учинимо трећу резерву у овом погледу. Између права и морала постоји несводљива разлика која долази услед њихове различите природе. Моралне чињенице су много комплексније, више нијансиране, више покретљиве него правне. Право оперише са генералним и крутим формулама; оно поставља опште критеријуме који теже да обухвате што већи број случајева. Принуђено да води рачуна само о просечном понашању индивидуе, које сматра као друштвено дозвољен минимум, право нема ону ширину и еластичност у оцењивању људског делања коју има морал. Право тражи само тај минимум, али њега тражи безусловно. И оно може спровести извесну градацију у погледу тежине и озбиљности санкција, али покрај свега тога систем правних санкција остаје крут и груб према безбројним нијансама које може добити једно морално неодобравање, критика поруга и осуда. Затим, право никад не награђује, бар не непосредно; морал, међутим, цени и награђује и изузетне акције људи који се издижу изнад просечног у виду пораста моралног и друштвеног угледа њиховог учиниоца. Због тога једна правна норма не може потпуно тачно изразити све нијансе у интензивности једног моралног веровања. На другом месту, чим један моралан пропис добије технички карактер правне норме, он се претвара у један логични концепт са тенденцијом кристализације и стабилности. Морална стварност остаје живља и покретљивија од њега и он не може да одржи сталан додир са њоме. Отуда, и они правни прописи, који су се у моменту своја доношења потпуно верно одговарали моралу једне средине, могу у току времена доћи у супротност са њим.

Услед свега овог може се појавити знатан распон између правних прописа и друштвеног морала. Тако се може често констатовати приметна разлика између строгости и благости са којим судови кажњавају један злочин или преступ, и осуде коју доноси јавно мишљење по истом случају. Опште је констатована чињеница да царинске, монополске и пореске кривице које су енергично кажњаване од закона, нису никад предмет строге моралне осуде од стране јавног мњења. Злочини учињени у афекту увек су блаже осуђени од јавног мњења него од судова, док је обратан случај са нескрупулозним и прљавим радњама које имају за циљ искључиво личну материјалну корист на уштрб других. Сем тога, закони, иако су формално на снази, могу остати практично непримењени зато што су изгубили моралну подлогу у очима јавног мњења; они могу бити тумачени у сасвим другом смислу од онога који излази из њиховог текста; најзад они могу бити примењени само са великим тешкоћама, услед реакције јавног мишљења противу њихове садржине.

Сви законодавци су свесни овог распона који може наступити између позитивног права и морала. „Како зауставити акцију времена, како се противставити току догађаја или неосетном клизењу обичаја?" питао се је велики француски законодавац Порталис. Отуда у свакоме правном систему постоје разне законске одредбе, о којима смо говорили у почетку овог одељка, у циљу да омогуће живље струјање и пенетрацију морала у право. Из истих разлога у великом броју земаља, за кривичне ствари постоји установа пороте. Али, ма да ове установе знатно доприносе да се ублажи раскорак између права и морала, он се, услед саме природе ствари, не може потпуно уклонити.

Г). Правда и правичност.

1. — **ПОКУШАЈИ ОДРЕЂИВАЊА ПОЈМА ПРАВДЕ.** — Главни утицај који морал врши на право спроводи се кроз идеју праведности. Правда претставља спону између права и морала. Она се разликује од морала утолико што је овај више субјективан, тј. одређује једнострано дужности индивидуе према другим лицима. Појам правде, међутим, одређује друштвене односе, тј. узајамна права и дужности, на једној објективној бази. Али правда се храни на изворима морала; она се састоји из оних моралних прописа који имају тенденцију да се претворе у право и још из основних моралних начела која инспиришу конкретна правила једног правног система. Правда претпоставља синтезу и равнотежу између општих друштвених интереса и моралних захтева индивидуалних људских савести; она се састоји у логичном разрађивању моралних идеја и како је рекао Гурвић правда се налази негде на средокраћи између морала и логике.

Појам правде од капиталног је значаја за правне науке, пошто је главни циљ права регулисање односа између људи на основу критеријума о праведном. Али ништа није теже него одредити у чему се тачно састоји овај појам који се стално налази на уснама људи, око кога је проливено толико крви и суза, који служи као неисцрпан извод утехе и наде у бољи живот људског рода. Према речима Дел Векиа без ње живот не би био могућ, и ако би био, њега не би вредело живети. Праведно спада у оне основне појмове који одређују дубоки смисао људског живота, као што су лепо, истинито и добро, у моралном смислу те речи; ти појмови се не могу свести на друге нити објаснити помоћу њих; они се дају више интуитивно осетити него рационално дефинисати. Овде треба још нарочито напоменути колико је тежња ка праведном једно од битних обележја нашег народа. Наша народна поезија, најчистији извор наше народне свести, препуна је изрека у којима се изражава неутољива жеђ за правдом: „Правда држи земљу и градове". „Ни по бабу ни по стричевима већ по правди Бога истинитог" итд.

Узмимо као полазну тачку алегоричну фигуру правде како су је људи кроз векове замишљали и оваплоћавали. Правда је обично симболично претстављена као једна млада девојка са теразијама и мачем у руци. Теразије су симбол правде зато што ова увек садржи идеју мира, једнакости и пропорције. Мач треба да претставља не само снагу и моћ стављене у службу правде, већ и прецизност у њеном делању; мачем треба јасно просећи на сразмерно једнаке делове предмет спора. Најзад фигура девојке означава чистоту и неподмитљивост. Често је њен поглед строг и замишљен: тиме се жели показати строга правичност, ведрина и непристрасност, подједнако и брижљиво оцењивање супротних гледишта. По неки пут је она претстављена са везаним очима, што значи да правда не треба да узима у обзир поједине личности, већ само објективне и апстрактне податке односа који треба пресудити.

Рекли смо да је од самог свог почетка појам правде садржао идеју о једнакости, пропорцији и броју. Вероватно да је, како тврди Бергсон, идеја правде поникла из система размене добара, која је постојала и у најпримитивнијим друштвима. Размена, не би била могућа, ако странке које у њој учествују нису претходно стекле мишљење да размењени

предмети имају приближно исту вредност. Из те чињенице већ се је могла створити идеја једнакости и узајамности, која је послужила као основ за проширење појма правде као регулатора и на разне остале односе између чланова групе. Она је постепено обухватила и односе између личности као један критеријум за ограничење сурових људских нагона и реакција у примитивним групама. Али математички однос једнакости, односно пропорције, на коме је правда заснована, остаје увек исти, маколико била разноликост односа које је она имала да регулише.

Ово постепено продирање правде као врховног регулатора људских односа најбоље се може пратити, према Бергсоновој схеми, у еволуцији крвне освете у примитивним друштвима. Сасвим у почетку примењује се закон одмазде: око за око зуб за зуб. На убиство се одговарало убиством, што је већ једно ограничење примитивних нагона за осветом, који имају тенденцију да увек премаше учињено зло. Према тврђењу Колера у његовој књизи „Суштина казне", „идеја испаштајуће правде утеловила се у почетку у облику одмазде; правда неће слепо бешњење, она жели једно одговарајуће причињавање бола". Затим, долази друга фаза у којој се директна одмазда замењује откупом-компензацијом, плаћеним од стране кривца односно од његовог рада. Још доцније се појављује систем утврђених тарифа по којима се имала плаћати, унапред одређена оштета, у сразмери са озбиљношћу учињене повреде. Али, у исто време појављује се и дејство социјалне диференцијације, која у појам правде уводи један нов, квалитативни елеменат. Оштета предвиђена тарифом није увек иста, већ зависи од друштвеног ранга жртве. Закон потпуне једнакости важи само у границама једне друштвене класе. Али иста штета и повреда учињена лицу које припада вишој класи захтева већи откуп и већу казну. Идеји једнакости и узајамности додаје се на тај начин још и идеја сразмере, која се управља према претпостављеној различитој вредности друштвених класа и личних заслуга појединаца. Кроз векове правда је сачувала тај релативан карактер који је добила у примитивним јерархијским организованим друштвима. Несумњиво да се је она у току времена стално проширивала у смислу идеала једне универзалније, апсолутније правде. Али на том путу правда је наишла на тешкоће и препреке постављене од егоизма појединаца и заједнице, које су далеко од тога да буду све отклоњене. Да не помињемо друге, навешћемо само освештено правило да је спас отаџбине врховни закон, у чије се име увек дозвољавају и велике личне неправде, потребне ради опстанка заједнице. А да не говоримо о неправдама које су, ради одбране својих интереса, народи увек спремни да учине једни другима. Нису узалуд Паскал и Монтењ говорили, о правди коју једна река (или планина) ограничавају.

Прва систематска, теориска анализа појма правде налази се код Аристотела. Она је била тако дубоко надахнута да и до данас, после двадесет и два века, идеје изнете од Аристотела претстављају основу за сваку дискусију о појму правде. Он разликује две основне врсте правде. Прва је **дистрибутивна** тј. **расподељујућа** правда. Она се примењује у раздеоби добара и почасти у смислу да сваки члан заједнице добије део који одговара његовим заслугама. Према томе, ако појединци нису једнаки између себе, они неће имати ни подједнаке делове.

То је, према Аристотелу, логична примена начела једнакости, пошто би оно стварно било погажено ако би различите заслуге биле награђене на потпуно исти начин. Као типични примери расподељујуће правде могу се навести: прогресивно опорезивање, тј. према респективној пореској способности плаћања, одређивање породичног издржавања према потребама издржаваног лица и према имовном стању онога који плаћа издржавање итд. Расподељујућа правда претпостављала би, по нешто форсираном поређењу Аристотела, једну геометријску размеру.

Друга врста правде била би **корективна** (исправљајућа) или још **комутативна** (изравњавајућа). Она је заснована на идеји апсолутне једнакости између добара која су предмет поређења. У овој врсти правде, свака странка налази се, једна према другој, у односу потпуне једнакости тако да свака од њих није добила више од онога што је дала другој. То би била средња тачка између штете и користи. Тип такве правде претпостављају уговори о размени добара, уговор о плаћању наднице за учињени рад итд. Она спада углавном у домен приватног имовинског права. Но она може наћи примене и у кривичном праву, у одређивању односа између злочина и казне. Ова правда је, према Аристотелу, аритметичка размера.

Ма колико да су велике заслуге Аристотела за анализу појма правде, треба констатовати да су његове дефиниције чисто формалне. И једна и друга дефиниција расподељујуће и исправљајуће правде полазе са гледишта да су појмови једнаког и неједнаког већ унапред утврђени. Аристотел у ствари каже да једнаке ствари треба третирати једнако а неједнаке неједнако, тј. у извесној пропорцији. Али из његових дефиниција не излази у чему се неједнаке ствари разликују од једнаких и каква треба да буде њихова размера. Међутим, главна тешкоћа лежи баш у томе, јер су ствари и људи по природи неједнаки, тако да би њихово изједначивање претстављало апстраховање од постојеће природне неједнакости. Горње дефиниције не дају директиве како би се имао успоставити, у појединим конкретним случајевима, однос једнакости или пропорције између различитих ствари и ситуација.

Други класичан покушај дефиниције правде учињен је од великог римског правника Улпијана. Он се састоји у два правила: „не чинити никоме неправо" и „дати свакоме што је његово" (тј. оно што му припада). И ова правила, као и дефиниције Аристотелове претстављају празан оквир, један апстрактни и генерални израз битних односа правде. Њихова генералност и апстрактност дозвољава им да се могу применити на сва друштва и у различитим епохама. Али она остају лишена конкретне садржине, што је битно у ствари. Један француски социолог је јасно доказао безсадржајност ових формула. Нпр. у првом правилу „не чинити никоме неправо" кога треба подразумевати под изразом „нико"?. У полуцивилизованим друштвима, странац није обухваћен тим изразом. Према њему су дозвољена акта насиља, пљачке, отимања без да ма ко у таквим друштвима сматра да је тиме повређено горње начело. И у модерно доба колонизаторски народи нису под речју „ником" подразумевали урођеника освојених колонија. Иста је ствар и за друго правило „дати свакоме што је његово". У друштву где постоје касте, правда се састоји у томе да се са сваким поступа према његовој касти; са браманом као са браманима, са паријама као са паријама. Најзад,

у средини XIX века услед наглог развитка индустрије жене и деца радила су по фабрикама 16 и 18 часова дневно. Не изгледа да су индустријалци тога доба имали осећај да газе правило „дати сваком што је његово". Зар нису плаћали уговорену надницу?

Како примећује Дел Векио, ако би се ова правила схватила у материјалном смислу тј. у погледу њихове садржине, ми би се стално окретали у једном кругу; место да показују она претпостављају критеријум који би ми хтели да извучемо из њих. Али њихова неутралност у погледу ма које могуће садржине претставља услов њихове универсалне вредности. Очевидно је, дакле, да конкретна садржина основних начела правде не може бити утврђена дефиницијама која важе за сва времена и за сва друштва. Садржина тих начела се мења у времену и простору, али се једно друштво не може замислити без њих. „Говорећи о осећању правде, каже Дигуи, ја имам у виду мање или више неодређен појам који људи стварају себи у једној епохи и у једној одређеној групи о томе шта је праведно а шта неправедно. Појам праведног и неправедног бескрајно је разноврстан и променљив: Али осећај праведног и неправедног је један сталан елеменат људске природе. Он се налази у свима епохама и на свима ступњевима цивилизације, у души свих људи, код најнаученијих као и код највећих незналица." (Duguit Traité du droit constitutionnel I. стр. 50).

2. — **ОДНОС ИЗМЕЂУ ПРАВДЕ И ПОЗИТИВНОГ ПРАВА.** — Појам права је тесно везан за идеју правде. Позитивно право увек претставља покушај да се практично остваре извесни идеали правде. Из тога излази известан дуалитет између идеје правде, односно идеала којима једна заједница тежи да се приближи, и њиховог више или мање успелог практичног остварења у позитивном праву. Почевши од старих грчких филозофа па до данас, кроз векове провлачила се је, у разним облицима, идеја дуализма између једне више апсолутне и идеалне правде и људских, релативних и несавршених закона. И модерна социолошка школа, поред све своје склоности ка детерминизму, истиче потребу виших друштвених идеала који концентришу жеље људи и каналишу њихове тежње; уосталом, њихова велика улога у друштвеном животу тешко да може бити прецењена. Постојање виших вредности, које су предмет општег поштовања и служе као ориентационе тачке друштвеног живота, јесте један од битних услова друштвеног моралног обнављања. Отуда закључак Диркемов „да ,се једно друштво не може створити ни обновити а да у исто време не створи идеал".

Овај распон између идеје правде и позитивног права неизбежан је из разлога, што у изграђивању позитивног правног поретка, идеја апсолутне правде није једини одлучујући елеменат. У томе процесу изграђивања учествују и други елементи који имају чак и антиномичан карактер према идеји правде. Позитивно право није искључиви производ чисте, идеалне правде. Оно је равнотежа остварена између виших етичких начела и практичних потреба друштва, одређених његовим виталним тежњама. Међу овим компонентама позитивних правних система, нарочиту пажњу заслужује начело правне безбедности.

Ми смо видели да дефиниција сталних односа правде остају празни оквири који су, у појединим друштвима и у различитим епохама, испуњени једном променљивом садржином. Није могуће улазити на

овом месту у анализу тих дубоких стварних чиниоца који утичу на стварање идеје о правди у једном друштву. Али морамо напоменути, да се у једном друштву идеје о правди која треба да влада у друштвеним односима, не стварају једним мирним и тихим процесом. Оне су резултат једне беспрекидне борбе за право, у којој учествују све живе снаге народа. Та борба има политички карактер пошто се она води на терену партијских идеологија или великих политичких и економских мистика, које заступају различита гледишта о томе како треба да буду уређени друштвени односи. Разна политичка схватања и правци као либерализам, демократија, комунизам, фашизам, национал-социјализам, хришћански социализам итд. долазе до изражаја у правним системима држава, где један од тих праваца успе да узме у своје руке политичку власт. Тенденција позитивних права зависи на један непосредан начин од промена које се догађају у политичкој организацији једне државе и у њеној општој друштвеној оријентацији. Истина је, да и поред ових осталих промена постоје извесна, сасвим општа, елементарна начела правде која одржавају известан континуитет између ранијег правног уређења и нових реформи. Али су она далеко од тога да сама по себи могу да испуне конкретном садржином један позитивни правни систем.

У овој сталној борби и смени идеја, појављује се потреба одржавања извесне стабилности друштвеног поретка и правне безбедности. Промене у политичким идеологијама могу имати непосредно и радикално дејство у политичкој организацији државе, али у домену приватног права, у породичним и имовинским односима, те промене долазе спорије и поступније до изражаја. Снага традиција и потреба заштите постојећих ситуација, успоравају темпо законодавних реформи и еволуцију моралних и друштвених обичаја. Промене се опажају тек по протеку дужих периода и, ретроспективно посматране, имају изглед лагане еволуције, чији се прави значај може оценити тек на основу резултата завршне етапе.

Овде се истиче сва вредност идеја објективне правне безбедности на којој је засновано позитивно право, кад већ оно не може да буде израз једне интегралне, апсолутне и непромењиве правде. Позитивно право захтева само једну ствар, спољашње покоравање законима; организована друштвена власт обезбеђује његово поштовање путем спољне принуде, не истражујући какве побуде руководе једно лице да поштује законе. Од тренутка кад се постави питање примене објективног права на један конкретан друштвени однос, треба да престане дискусија о моралним и политичким начелима, које појединци могу у својој субјективној свести и убеђењу сматрати као оправдана или не. Основни услов политичких и грађанских слобода јесте тај да правни поредак не буде сувише тесно везан за једно одређено морално, политичко и верско схватање, већ да према њему има извесну макар и релативну аутономију. Како каже француски правник Рипер: „Било да појединац види заједно са светим Павлом да свака власт долази од Бога, било да сматра владу друштва наметнуту природним редом ствари или еволуцијом обичаја, било да тражи у своме разуму категорички императив, или да се савија пред строгим детерминизмом чињеница, било да уздиже своју личност или да се сматра само као једна ћелија друштвеног тела, он је, са гледишта политичког друштва, слободан да изабере своју фило-

зофију, а немоћан да пркоси законима". Ове идеје и начела могу утицати на изграђивање позитивног правног система, на доношење закона; све те идеје уколико су освештане од правног система могу служити као директиве за његово тумачење и примену. Али, уколико то није случај, оне остају у домену филозофске, политичке и моралне дискусије а не у домену принудне примене права. Немачки правни филозоф Фојербах тачно је казао да позитивно право „треба да обезбеди мир у делању, док траје рат између мишљења и борба између филозофа".

3. — **ПРАВИЧНОСТ.** — У обичном говору између правде и правичности не чини се никаква разлика. Појмови правде, правице, правичности итд. узимају се обично као еквиваленти и као такви се и употребљавају. Међутим, са гледишта правне технике, постоји тенденција да се чини разлика између појма правде и појма правичности и то на следећи начин.

Правда која инспирише позитивне правне системе има један објективан и генералан критеријум. Она поставља општа начела која имају да регулишу један низ сличних односа са извесним заједничким карактеристикама. Та општа начела која теже да обухвате што већи број сличних случајева, имају увек један апстрактни карактер и посматрају све односе из једне категорије као идентичне, услед чега поступају са њима на истоветан начин. Међутим, у изванредно разноврсним људским односима тешко је наћи две ситуације које су потпуно идентичне, као што су у физичкој природи не могу наћи два листа или два црва која су потпуно иста. Општи критеријум правде као и норме позитивног права, које од њих потичу, не могу водити рачуна о томе шта је у тим бескрајно разноврсним односима случајно, изузетно и специфично. Због тога се може догодити да је један одређени случај изузетак од врсте под коју је класиран, и да тако општи критеријум правде, односно позитивног правног правила, може у својој крутој и безусловној примени довести до једне индивидуалне неправде. Нпр. закон кажњава сваку крађу или проневеру без разлике. Међутим, ма да су учинили, са једног објективног гледишта исто дело, не може се поступити исто са једним професионалним злочинцем као са једним лицем, које је дотле живело беспрекорно поштеним животом, и само принуђено изузетно тешким околностима живота (нпр. оптерећено великом породицом) учинило кривично дело. Оваквим кривцима признају се обично олакшавајуће оклности, које у ствари нису ништа друго до примена правичности у једном даном случају. У томе истоме смислу треба навести и велики покрет у модерном кривичном праву ка индивидуализацији казне, тј. њеном што тачнијем прилагођавању специјалним околностима у којима је кривац учинио кривично дело. О којим се све елементима том приликом води рачуна најбоље се може видети из § 70 нашег Кривичног законика.

Из овога што смо рекли јасно излази каква је улога правичности у једном правном систему и каква је њена разлика са појмом праведности. Она има за циљ да поправи крутост и апстрактност сувише генералних критеријума, да прилагоди те критеријуме изузетним и специфичним околностима једног случаја. У ствари, правичност је само разрађивање и индивидуализовање истих оних елемената који чине саставни део појма правде. Већ код Аристотела налазимо следећу њену де-

финицију: „Побољшање једне норме кад је она недовољна услед своје апстрактне природе". Тако схваћена правичност је нераздвојно везана за сваку здраву примену позитивног права од стране судије. Као посебан извор права, она је нарочито играла у англосаксонском правном систему једну значајну историску улогу.

Д. Друштвени обичаји

Познато је да социологија узима као критеријум за специфичност друштвених чињеница принуду коју врше на појединце не само организована друштвена власт, већ разни колективни начини мишљења, осећања и деловања. Према дефиницији Фоконе-а и Мос-а у њиховом класичном чланку „Социологија" у великој Француској Енциклопедији, у тако схваћене друштвене чињенице треба убројати све друштвене установе у широком смислу речи, тј. оне облике живота које појединац затиче потпуно утврђене пре њега, чије порекло он често не зна, којима се он има саобразити или их одбацити на свој сопствени ризик. Како каже француски мислилац Монтењ, говорећи о обичајима „али главно дејство њихове моћи је у томе да нас обухвате и зграбе тако да једва можемо да се ослободимо њиховог утицаја и да се повучемо у себе да би расправљали и размишљали о њиховим одредбама. И заиста, зато што их усисавамо са млеком од нашег рођења и што се лице света појављује у овом стању нашем првом погледу, изгледа да смо рођени под условом да следујемо њиховом току." Ту долазе поред закона, правних обичаја, моралних и религиозних прописа, разне друштвене конвенције, куртоазија, етикеција, естетска правила, укуси и стилови, технички начини производње, правила о вршењу разних заната и привредних занимања итд.

Из тог огромног сплета социалних чињеница и веза издваја се категорија друштвених обичаја, који се приближују праву, било по својим друштвеним функцијама, било по извесним својих спољним обележјима.

Под друштвеним обичајима се подразумевају низ многобројних и врло разноврсних правила понашања, из разних области социалног живота, са мешовитим обележјима, која их приближавају с једног гледишта праву а са другог моралу, али ипак чине од њих једну засебну групу друштвених правила. Међутим, разни покушаји предузети у циљу да се нађе једно специфично обележје друштвених обичаја, које би их јасно одвојило од права и морала, нису успели. То долази услед њихове несталности, покретности, прелазних форми. У примитивним друштвима, сва правила друштвеног понашања имала су тако неодређени карактер. Право, морал, верски обреди, разни прописи хигијене, упуства за одређивање земље, начин исхране, све се то налазило на истом плану. Из тога блока правила друштвеног понашања издвојили су се процесом диференцијације, који смо већ описали, право и морал. Друштвени обичаји, који ничу непосредно из друштвене стварности, служе као сирови материјал из кога се стално хране право и морал. Они су задржали индиференцирани карактер, пошто често претстављају само прелазни стадијум из кога ће се постепено претворити, било у правне, било у моралне норме. Али док не постану једно или друго, друштвени обичаји задржавају своје мешовито обележје.

Карактеристично је за прелаз из друштвених обичаја у правне норме забележити следеће примере: Обичај да се женској деци даје приликом удаје спрема и мираз није правно санкционисан у нашем законику. Постоји једна морална и природна обавеза родитеља у томе погледу, но она није гарантована правом тужбе. Ипак, тај обичај није лишен свих правних последица. Тако нпр. повериоци једног презадуженог дужника имају право да траже поништај бесплатних располагања дужникових, учињених на њихову штету. Али је од тога изузето давање мираза својој деци, које се сматра као испуњење једне природне обавезе. Исти је такав изузетак учињен за уобичајене пригодне дарове (Закон о побијању правних дела ван стечаја од 5 марта 1931 године наводи: „Поклоне о новој години, о Божићу, очевима, материцама, рођендану"). Дакле, друштвени обичаји, који нису директно санкционисани од права, ипак могу произвести извесне правне последице. Затим, давање напојница послузи и хотелима и ресторанима који је дуго времена био необавезан обичај остављен добром нахођењу гостију, све више постаје једна правна обавеза, као додатак који се урачунава уз главну цену.

Пошто је једна прецизна дефиниција друштвених обичаја по њиховом садржају немогућа, то је потребно обележити их описним путем. Они се стварају у правно нерегулисаном простору, при одређивању понашања индивидуа у разним, мање важним појединостима друштвеног живота. Примера ради, не сматрајући да тиме исцрпљујемо њихово набрајање, навешћемо следеће главне групе друштвених обичаја.

а) Правила друштвеног опхођења, учтивости и пристојности. Нпр. начин поздрављања, одређивање друштвеног ранга, понашање према старијима, према послузи, односи између верника, односи пријатељства и другарства, честитке и поклони у одређеним приликама, изјава саучешћа итд. У појединим земљама ова правила се означавају под именом „умети живети" (savoir vivre) тј. претстављају једну врсту **кодекса друштвеног живота** и кристализованог животног искуства.

б). Правила друштвене хигијене. Ту долазе у обзир правила личне и колективне чистоће. Нпр. забрана пљувања на под, један минимум личне неге, одржавање чистоће у локалима, при продаји намирница, спречавање ширења заразе, изоловање болесника, избегавање њиховог додира са здравим лицима итд. Велики број ових обичаја постао је постепено правно обавезан, путем санитетско-полицијских прописа. Знатан део међу њима ушао је у модерне кривичне законике који кажњавају кривична дела противу општег здравља (§ 254—268 нашег Крив. законика).

в). Правила друштвеног милосрђа и потпомагање разних друштвено корисних установа. Један део ових обичаја претворио се постепено у моралне обавезе доброчинства, док је други део добио карактер правних установа, пошто су држава и разна самоуправна тела преузеле на разне начине старање и бригу о сиротињи.

Друштвени обичаји претстављају углавном прелазну, привремену форму правила друштвеног понашања: они су, како смо рекли, једна врста сировог друштвеног материјала из кога се право и морал стално

попуњавају. Свакако да један део остаје дефинитивно у категорији друштвених обичаја, али оно што је битно, то је да су они по својој природи предодређени да се могу претворити у правне или моралне норме. Али обратно може бити случај; извесне друштвене конвенције које су испочетка имале моралне побуде дегенерисале су и изгубивши своју праву моралну садржину, постале су чиста спољна форма. Такав је на пр. случај са изјавама саучешћа које и данас код појединаца могу бити израз искреног унутрашњег саосећања, али често оне претстављају само једну обавезну друштвену формалност, која нема никакве везе са стварним интимним осећањима.

Друга карактеристика друштвених обичаја лежи у томе што су они врло често ограничени на један ужи круг лица, која припадају једном одређеном друштвеном сталежу. Друштвени обичаји су другојачији код сеоског становништва, другојачији код градске буржоазије, другојачији код радништва, пошто су они у тесној вези са материјалним условима живота. То диференцирање може ићи још даље, нарочито у старим, сложеним и класно издељеним друштвима. Навешћемо као пример оно што се назива „законик части" (code d'honneur), који члановима појединих друштвених сталежа или професија прописује како имају да реагирају на увреде нанете њиховој части, или како треба да испуњавају извесне своје моралне и друштвене обавезе.

Остаје нам још да изближе дефинишемо природу друштвених радчаја, што се најбоље може учинити у поређењу са сродним правом и моралом.

1). Друштвени обичаји регулишу у главном спољашне радње човека у друштву, не водећи рачуна о унутрашњим побудама које их инспиришу. Оно што је битно у њима то је спољни конформизам, тј. спољашње саображавање понашања индивидуе према осталим члановима заједнице. Како каже Монтењ: „чини ми се да . . . мудар човек треба да изнутра повуче своју душу од притиска и да је држи у слободи и у моћи да слободно суди ствари; али споља, он треба потпуно да следује затечене начине и форме. Друштво нема шта да ради са нашим мислима; али остало, као наше делање, наш рад, наше имање и наш сопствени живот, све то треба прилагодити и оставити друштвеном старању и општем мишљењу . . ." Тако нпр. оно што је битно у једној честици то није питање да ли је она дошла као израз једне искрене унутрашње радости, већ само да је учињена у једном формалном спољнем акту. Друштво, односно заинтересовано лице, неће и не може испитивати да ли се иза честитке крије једна искрена радост према туђој срећи, већ ће се задовољити са спољном фикцијом коју претставља формални акт честитања. Исто тако нико не улази у питање да ли се иза завршне формуле писма „примите уверење о мом дубоком поштовању" заиста крије једно стварно дубоко поштовање, али осуство једне такве формуле у извесним случајевима, може се протумачити као акт намерног омаловажавања.

2). Друштвени обичаји су као и право хетерономни, тј. извор њиховог важења налази се у спољном притиску друштвене средине а не у једном унутрашњем моралном императиву. Али и поред те њихове хетерономије они немају организовану материјалну принуду коју друштвена власт резервише искључиво за правне прописе. Санкције за прекршај друштвених обичаја чисто су дифузне природе, као и оне које

се примењују у погледу моралних прописа; оне се састоје у неодобравању, критици и исмевању а у извесним случајевима могу узети и оштру форму моралне дисвалификације или друштвеног бојкота. Ипак, хетерономност друштвених обичаја има за последицу да друштво у случају њиховог прекршаја оштрије и непосредније реагира него кад се ради о прекршају моралних прописа. Отуда долази да се друштвени обичаји, у погледу озбиљности и ефикасности санкција, налазе негде на средини између права и морала.

IV ГЛАВНА ОБЕЛЕЖЈА ПРАВА

Из ранијих излагања, која су имала за циљ да разграниче право са осталим наукама, било њему сродним, било од њега различитим, могу се извести закључци о општим обележјима права. То су општност (генералност) правних норми, њихова двостраност (билатералност), њихова спољашност и најзад њихова принудност.

1. — **ОПШТОСТ (ГЕНЕРАЛНОСТ) ПРАВА. ПОЈАМ ПРАВНОГ ПРАВИЛА.** — Као прву карактеристику права навели смо његову општост. Ока излази из саме природе ствари, јер правна норма, чији је циљ да регулише разноврсне правне чињенице и односе које ствара свакодневни компликовани друштвени живот, мора бити установљена на један генералан и апроксимативан (приближан) начин. Да би испунили свој задатак, закони морају садржавати решење за једну непрегледну множину појединих правних случајева. Услед бескрајне разноврсности тих односа и чињеница, право поставља сталне категорије, које имају да обухвате, на један постојан и једнообразан начин, серију сличних случајева. Строго посматрајући конкретну природу сваког односа, мора се констатовати да нема два потпуно идентична случаја. У физичкој природи нема две капљице воде, два цвета која би била потпуно идентична. Ни у праву нема два уговора, два брака која би била сасвим истоветна. Право мора занемаривати те специфичне елементе појединих правних односа и задржати се на њиховим главним заједничким карактеристикама, на ономе што је у њима једнообразно, узимајући као базу просечност, тј. оно што се у животу догађа најчешће (ad plerumque fit, in medio stat virtus — врлина се налази у средини). Несумњиво да при томе правно правило постаје сувише генерализовано, апстрактно и круто, јер не може водити рачуна о ономе што је случајно, релативно и специфично. Узмимо на пример пунолетство које је за сва лица утврђено за једно одређено доба. Закон сматра да сва лица нпр. постају умно зрела са завршетком 21 године. Међутим, ако је то тачно за врло велики број случајева, има доста лица која су потпуно зрела и пре тога доба као што може бити и оних која остају незрела и после тога доба. Али сигурност правног живота захтева једну просечну границу која се мора поштовати без обзира на индивидуалне случајеве. То се исто може рећи и за рок застарелости. Закон утврђује један крајњи рок од 24 или 30 година, после кога сва права, ако се не врше ефективно, застаревају. Ово решење се правда потребом социалног мира и реда, да се све ситуације које трају дуже времена поштују, без обзира на то што у извесним изузетним случајевима могу постојати оправдани разлози због коих је једно лице било дуго времена спречено у вршењу свога права.

Да би се ова крутост и апстрактност правног правила у извесној мери поправила, употребљава се правичност, која се како смо већ видели, појављује као поправка претеране апстрактности и општости правног правила.

2. — **БИЛАТЕРАЛНОСТ [ДВОСТРАНОСТ] ПРАВА. ПОЈАМ ПРАВНОГ ОДНОСА.** — О другој карактеристици права његовој двостраности, било је речи кад смо говорили о разлици између права и морала. Право, у објективном смислу речи, са својим императивно-атрибутивним карактером претставља једно разграничење и координацију између делатности појединаца. Оно регулише правни однос између два лица, од којих је једно активни а друго пасивни субјект, тј. ствара у корист једног лица извесну тражбину или захтев док у исто време ставља на терет другог дужност и обавезу да тај захтев испуни. Тако се правни однос појављује као веза између два лица од којих је једно у праву да тражи од другог извршење неке обавезе.

Ова конструкција се идеално примењује у тражбеном праву. Нпр. дужник је дужан да плати дуг повериоцу, радник је дужан да уз извесну уговорену награду изврши неки посао итд. Правни однос постаје на тај начин што објективно право, из фактичких односа које социални живот свакодневно ствара, издваја оне за које сматра да треба да буду правно регулисани. Став објективног права према тим фактичним односима није увек исти; има односа које оно забрањује и сузбија као антисоциалне. За друге оно се задовољава да их просто региструје такве какви су они створени од људи у оквиру њихове аутономије, остављене од објективног права. У трећу категорију долазе они односи које право регулише, како у погледу услова за њихово формирање, тако и у погледу последица које оне могу произвести. Најзад, у четврту категорију би дошли односи који не интересују право јер са гледишта социалне целисходности не постоји потреба да се регулишу; они остају у домену морала и осећања.

Теорија правних односа најбоље је формулисана од чувеног немачког правника Савињија на следећи начин: „Сваки правни однос претставља нам се као однос између два лица одређен од једног правног правила, и ово правило додељује сваком појединцу један домен где његова воља влада независно од сваке туђе воље. Отуда се сваки правни однос састоји из два елемента: 1). једне одређене материје тј. самог односа; 2). правне идеје, којом се регулише овај однос. Прво може бити сматрано као материјални елеменат правног односа, као једна проста чињеница; друго, као пластичан елеменат, онај који оплемењује чињеницу и прописује јој једну правну форму. Али сви односи човека према човеку не спадају у домен права; сви немају потребу и нису способни да буду одређени једним прописом ове врсте. Овде се могу разликовати три случаја: неки пут је однос потпуно доминиран правним прописима, неки пут само делимично, неки пут остаје ван правне сфере. Својина, брак, пријатељство могу бити узети као примери ова три различита случаја."

3. — **СПОЉАШНОСТ ПРАВА. УЗРОЦИ СПОЉЊЕГ ВАЖЕЊА ПРАВА.** — Друго обележје објективног права јесте његова спољашност. Спољашност права се може разумети у два различита смисла. На првом

месту да се правни поредак примењује само на спољно делање људи. Ми смо ово обележје већ довољно подвукли говорећи о разлици између права и морала. На другом месту у смислу хетерономије, тј. спољашњег узрока важности права. Узрок и основ важења права налази се у једном спољашњем ауторитету, који располаже и материјалном принудом. Ми смо ово питање само овлаш додирнули излажући разлику између права и морала. Међутим, пошто је ово једно од основних питања у праву и на њему се морамо дуже задржати.

а). На првом месту треба споменути теорију нормативне школе о важењу права. Она покушава да проблем реши на један формалан начин употребом чисто правне методе. По тој теорији, право је организовано степенасто, тј. ниже норме потичу из виших све док се постепено не дође до највише, основне „пранорме", из које потичу све остале. Тако нпр. наредба једног полицијског органа црпи своју важност из једне полицијске уредбе засноване на закону, који опет добија своју снагу из устава. Очевидно је да једно овакво објашњење не може задовољити онога који тражи испод форме праву стварност. Јер нормативна теорија само помера питање важности права не решавајући га. Место да поставља питање узрока важења код сваке поједине норме она га поставља само једанпут, кад се ради о важењу основне, највише норме, од које све остале потичу. Али ту се манифестује њена немоћ да објасни чисто правном методом важења основне норме, услед чега цела конструкција остаје у ваздуху. Сам шеф нормативне школе Келсен сматра да се основна норма састоји „у претварању силе у право". Покушај нормативне школе подсећа на барона Минхаузена који је хтео да се извуче из блата вукући сам себе за косу. Она сем тога није у стању да реши сукобе између норми два различита правна система, пошто остаје уско затворена у свом сопственом правном систему, са чијег гледишта она једино може просуђивати релативну важност осталих норми које су ван њега. Нормативна теорија исто тако не може да реши ни сукоб између старог и новог права које је у формирању, сукоб између законског и обичајног права и т. д.

б). Јасно је дакле, да се решење проблема може наћи само ако се напусти формални терен чистог правног резоновања и позове у помоћ социолошко-дескриптивна метода. У овом погледу постоје две теорије: т. зв. теорија силе и теорија признања.

Теорија силе полази са гледишта да право важи зато што постоји једна материална снага која је издала прописе и у стању је да тим прописима обезбеди ефективну примену. Према томе, право би важило само дотле док би имало силу за собом; оно би престало да буде на снази од тренутка када би сила која треба да обезбеђује његову примену исчезла. Другим речима, право би се идентификовало са силом и престављало би само форму и границе, која би она сама себи поставила.

Ова теорија се не може сматрати као тачна, мада у њој има извесних елемената које треба узети у обзир при одређивању узрока важења права. Са правом је примећено да би један правни поредак у коме би било потребно изнуђивати поштовање сваког појединог правног прописа, и то у сваком конкретном случају, било немогуће дуже одржати. Свакако да је у појединим случајевима и то потребно, али овде се узима у обзир оно што се дешава просечно у највећем броју случајева.

Ако се ставимо на то гледиште, можемо констатовати да је најчешћи случај да се људи спонтано покоравају, не чекајући да их неко физичком снагом на то принуди. Јасно је дакле, да право и без спољне принуде има своју сопствену унутрашњу снагу са којом се намеће људима. За многе људе извршавање правних обавеза је ствар унутрашњег осећања дужности; Сократ је сматрао покоравање земаљским законима као главну моралну врлину једног грађанина а француски револуционарни устав из 1791 је видео у томе једну од првих грађанских дужности. Чиста физичка принуда може натерати појединца на аутоматску послушност, али не може створити код њега осећање дужности и убеђење да треба да поштује законе.

Историја нам уопште не пружа пример једне трајне управе над људима која би била заснована на голој употреби физичке силе. Нема ниједне владе на свету која се не труди да своје право заповедања не заснује на извесним вишим идејама и да својим поступцима не пружи бар привидну форму легалности. Савињи је тачно видео у праву елеменат који оплемењује чињенице. Можда би баш у овим напорима да се створи макар и привидна легалност, требало видети највеће поштовање указано самосталној етичкој вредности права, јер то по речима једног француског моралисте „притворност је почаст коју порок указује врлини". У томе смислу треба разумети дубоку мисао Јерингову да је право најбоља политика силе. „Ни најјачи није довољно јак, каже Русо, ако своју силу не претвори у право а послушност у дужност".

Ова унутрашња сопствена снага права нарочито се опажа баш у ситуацијама кад је право погажено и повређено. Чињеница да је једна правна норма погажена даје праву још већу рељефност и чини још потребнијом потребу њеног постојања. Није сувише парадоксално тврђење да на пример прављењем лажних исправа, фалсификатор баш признаје и истиче вредност правне норме коју вређа, пошто је његов циљ да фалсификату прибави оне исте користи које право признаје уредним јавним исправама. Као што је рекао велики енглески правник Ф. Полок: „Право не престаје да постоји зато што је погажено, па ма и у великим размерама; кривична правда није укинута тиме што су злочинци успели да побегну од њеног прогона".

Најзад, треба још напоменути да има правних прописа који немају за собом материјалну силу у стању да издејствује принудним путем њихово поштовање па ипак им се не може одрећи карактер права. То је случај са извесним нормама уставног права које прописују дужности врховним органима државне власти и изнад којих не постоји никаква виша контрола, па следствено ни могућност непосредне материјалне санкције. Слична је ситуација у погледу правила међународног права која обавезују државе као субјекте; иза међународних прописа нема никакве организоване материјалне снаге која би могла да у случају потребе издејствује њихово принудно поштовање. Свакако да је позитивност, односно принудна сила оваквих правних прописа мања него оних који имају непосредне материјалне санкције за собом, али ипак то не умањује њихову самосталну вредност.

в). Ако се теорија која идентификује право са силом не може сматрати као основана, у њој се налазе извесни елементи које једна реалистичка теорија о узроцима важења права мора узети у обзир. Говорећи о идеји правде која инспирише разне системе позитивног права,

истакли смо њену релативност и променљивост у времену и простору. Напоменули смо да је она резултат једне сталне „борбе за право" у којој се сукобљавају разна супротна индивидуална и колективна схватања о томе шта је праведно и целисходно. Право, које има за главну функцију да обезбеди друштвени мир и поредак у коме би људи могли заједнички да раде и живе, мора да учини крај тој борби у домену позитивног права, постављајући извесна правила чија практична примена не треба да буде више предмет дискусије. То бива нормално на тај начин, што превагу добијају оне идеје које престављају просечно право убеђење највећег броја чланова заједнице. Али то само по себи није довољно. Потребно је још да они који деле те идеје имају довољно снаге да их ефективно спроведу противу евентуалног отпора оних који бране супротна гледишта. Већ код Спинозе наилази се на гледиште да је власт легитимна само у оној мери, у којој она има снаге да се наметне. Право постављања правних норми може бити признато само онима који имају довољну власт да обезбеде њихово опште поштовање. Јер правне норме, ма какав био идеални и целисходан њихов садржај, ако немају уз себе довољну снагу, да обезбеде њихову ефикасну примену у сваком случају, не би испуњавали главну функцију права, одржавање друштвеног мира. Следећи једну Паскалову мисао, може се рећи да ако је сила без права тиранија, право без силе је немоћ и анархија. Кант је умесно рекао да онај који није у стању да заштити једног грађанина од самовоље других, тај нема право ни да му заповеда.

Начело, да је један од битних услова за признање правног порекла у једној држави његова ефективност, нарочито долази до изражаја у међународном праву. По теорији о признавању нових влада које би дошле на власт револуционарним путем од стране осталих држава, сматра се да једна револуционарна влада може захтевати своје признање само ако је апсолутни господар реда и мира на својој територији. Другим речима, она се може легитимисати у очима осталих влада и успоставити редовне односе са њима, само ако се је показала способна да успостави један трајан мир и ред у својим границама. Разуме се да то није ниједини услов и да могу бити постављени и други, али је он неопходан. На исти начин се једна револуционарна влада легитимише и унутар својих граница, у очима свога јавног мњења, успостављајући што пре нарушени мир и ред, и показујући се тако као господар ситуације.

Исто тако и у случају окупације пустих, незаузетих територија које не припадају ником, међународно право се не задовољава фиктивним прокламовањем окупације, већ захтева ефективно заузеће територија. Иначе фиктивна, више симболична окупација, не производи никакво дејство према осталим државама.

Али, као што смо напред споменули, не треба сматрати да један правни поредак важи само зато што он има за собом ефективну силу која га може остварити. Наша излагања треба схватити у смислу да је један од услова за важење правних норми да се оне и ефективно примењују у једној заједници. Но код грађана једне државе мора постојати један минимум убеђења о оправданости, или бар о нужности постојећег поретка и потреби да му се они покоравају. Један правни поредак који не би одговарао правном убеђењу већине чланова једне заједнице не би могао дуго да траје, па макар имао и ефективну власт за

собом. Такво ненормално стање би се морало завршити на један од следећих начина: или би дошло до промене правног поретка и завођења једног новог који би више одговарао правном убеђењу заједнице; или би постојећи поредак успео да победи отпор и да са својим трајањем постепено створи, ако не убеђење о својој оправданости, а оно бар навику поштовања и свест о својој нужности. Али свакако да је признање правних норми од стране једне заједнице, било као резултат спонтаног убеђења о њиховој оправданости, било као резулат једног пасивног пристанка који пре свега има у виду одржавање неопходног друштвеног реда, нужан елеменат сваког правног поретка.

Овде долазимо до капиталног проблема где се налазе границе интереса појединаца у поштовању једног правног поретка? Те границе се налазе постављене између два супротна пола, потребе за друштвеним миром и редом изражене у идеји правне безбедности и осећања правде, односно правног убеђења читаве заједнице. Несумњиво да ће се, услед дубоке потребе за правном безбедношћу, људи често резигнирати да поднесу извесне неправедне законе. „Боље је да ти се и догоди неправда, каже Гете, него да свет буде без закона". Исто тако, према доктрини Св. Томе Аквинског, треба поштовати законе, чак и кад они иду противу заједничког добра, да би се одржао ред, „ради избегавања скандала и немира". Али Русо је на то приметио да ма какав мир није једини и крајњи циљ једног друштва, пошто се „мирно може живети и по апсанама". Дакле, да би се један правни поредак трајно одржао, потребно је да у њему постоји извесна равнотежа између правног убеђења заједнице и интереса који она има за одржавање мира и реда. Како се та равнотежа има остварити то је питање мере коју треба да оцене они, који држећи политичку власт у својим рукама, управљају заједницом у једном датом моменту. То управо и чини предмет правне политике и политичке вештине управљања људима.

4. — **Принудност права.** — Четврта карактеристика права је његова принудност (изнудљивост, коерцитивност). Говорећи раније о разлици између права и других правила социалног живота, ми смо истакли да је једно од главних обележја права, оно што га највише разликује од осталих правила, чињеница да је оно снабдевено спољашном материјалном принудом. Право одређује сваком појединцу границе његове делатности у односу према другим лицима и према заједници. Оно то чини у једној императивној форми, у облику наређења које је упућено слободној свести и вољи појединаца.

По самој природи ствари, код сваког правног поретка постоји једна унутрашња неодољива тенденција да се реализује путем социалне принуде. Који је разлог што се правни прописи издвајају од осталих социалних правила понашања и снабдевају материјалним санкцијама? Без сваке сумње тај, да се тим правилима признаје нарочита важност и друштвена корисност у тој мери, да је њихово поштовање сматрано као нужни услов за нормални живот и социални мир једне друштвене заједнице, тако да то не може бити остављено једино унутрашњој савести и доброј вољи грађана. Друштво их снабдева најефикаснијом санкцијом којом располаже — материјалном принудом, баш из тога разлога што не може остати равнодушно према једном, ма и усамљеном или ретком случају њиховог гажења. Битна карактеристика права према

осталим правилима социалног живота остаје увек та, да је оно једино санкционисано материјалном принудом. У колико је оно спонтано поштовано из других, чисто етичких побуда, принуда неће бити примењивана. У том случају, принудност права остаје виртуелна или латентна исто као и могућност његове повреде. Кад се каже да је право принудно, тиме се само подразумева да је принуда могућа у хипотези када је право погажено. А то је једна евентуалност коју свакодневно посматрање социалне стварности показује још увек као једну просечну, доста честу појаву.

Могућност непокоравања правним нормима од стране појединаца којима су оне упућене постоји увек. Због тога се појављује нужност спољашње санкције која има двојако дејство. Прво, **превентивно,** зато што сазнање појединаца да његова противправна радња има да повуче штетне последице по њега може утицати у смислу да се уздржи од такве радње. Друго, **репресивно,** а у исто време **реституТивно** (поправно), тј. које има за циљ: а) било да принуди прекршиоца правне норме на директно извршење његове обавезе; б). било да поврати ствари у пређашње стање и да изглади противправне последице настале услед гажења норме; в). било да обезбеди једну одговарајућу накнаду за штету насталу услед гажења норме; г). било да казни прекршиоца због антисоциалног карактера његовог акта. Француски социолог Диркем, са једног другог гледишта, дели санкције у две главне категорије. Прва се састоји у једној патњи или бар у унижењу које се наноси учиниоцу противправног акта; оне имају да га погоде у његовој имовини, у његовој части, у његовој слободи или чак у његовом животу. Друга категорија санкција се састоји у повраћају ствари у првашње стање, у успостављању поремећених односа на тај начин, било што се инкриминисани противправни акт силом враћа нормалном типу од кога је отступио, било да се ништи тј. лишава сваког дејства.

Материјална принуда права ступа нормално у дејство кад правна норма није спонтано, добровољно поштована, тј. у случају кад је већ констатована њена повреда. Санкција је последица коју право везује за повреду правних прописа. С обзиром на различите ситуације које могу настати услед непоштовања правних прописа, начин на који правни поредак реагира противу тога не може бити увек исти. Према своме дејству, санкције се могу поделити на четири главне групе:

а). У прву групу би дошле санкције које имају за циљ, да директно принуде учиниоца противправног чина да се саобрази правној норми, или да учине место њега оно што је он одбио или пропустио да учини. То је принуда у правом смислу речи или непосредна форма санкција. Ево неколико њених типичних случајева: стражарно спровођење једног лица које се није одазвало судском позиву; принудно извршење једне пресуде којом се наређује повраћај ствари неком лицу; избацивање једног закупца из стана итд.;

б). У другу групу спадају санкције које имају за циљ да изврше повраћај у стање које је постојало пре повреде правне норме. То би био случај рушења једне зграде која би била подигнута на послужном добру, противно обавези службености погледа, или наредба о објављивању пресуде, која даје сатисфакцију неправедно оклеветаном лицу итд.;

Овде спада једна врло важна категорија санкција која се састоји у ништавности, у рушљивости противправних послова, или у раскиду једног уговора. Теорија ништавности правних послова је сувише обимна да би је могли овде изложити. Према класичној теорији, треба разликовати између апсолутне и релативне ништавности или рушљивости (оборљивости) правних послова. У прву категорију би дошле оне ништавности, на коју може да се позове свако лице, и чије се постојање може констатовати по службеној дужности, без нарочите тужбе за поништење и пресуде по томе. У другу би дошли рушљиви или оборљиви правни послови чији поништај могу да траже само извесна, законом одређена заинтересована лица. Ти послови остају пуноважни све док се њихова ништавност не констатује пресудом донетом по тужби заинтересованих лица.

Примери апсолутне ништавности: меница која не испуњава све законом прописане услове, брак који није закључен у законом прописаној свечаној форми. Примери рушљивости (релативне ништавности), уговор закључен помоћу заблуде, преваре и насиља. Решење административних власти која би вређала извесна стечена права појединаца и интересе на закону засноване итд.

Најзад, овде спада и раскинуће уговора услед тога што друга страна није испунила своје обавезе. Ту се може убрајати и развод брака, ако би један од супруга погазио брачне обавезе.

в). У трећу групу би дошле санкције које имају за циљ, у случају где је директно извршење обавеза немогуће, или где је повраћај у правно стање исто тако постао материјално неостварљив, да лицу оштећеном противправном радњом прибаве једну одговарајућу накнаду. Примери: један уметник одбије да изради један уметнички објекат на шта се уговором обавезао. Друга уговарајућа страна га не може натерати да то учини директном принудом, али може зато добити судским путем одређену оштету. Један грађевинар није саградио кућу у предвиђеном року. Кућа не може више бити саграђена у уговореном року, али одговарајућа страна може судским путем добити оштету, која јој је причињена закашњењем.

Примери где је повраћај у пређашње стање немогућ: једно лице је прегажено од аутомобила и делимично или потпуно онеспособљено за рад; оно добија оштету за трошкове око лечења, накнаду за претрпљене болове, накнаду за умањену радну способност итд.

г). Кривичне и административне санкције и казне. — Губитак извесних права. — Овде долазе у обзир углавном казне које су предвиђене кривичним правом, услед тога што је противправни акт био нарочито социално штетан и опасан тако да грађанска одговорност и накнада штете не би претстављале довољну друштвену реакцију. Казне имају још своје оправдање у томе што се у таквим случајевима зло уопште не може поправити (нпр. убиство једног човека) и што треба предупредити понављање таквих, за друштво штетних и опасних дела, путем застрашивања тј. примерним кажњавањем (превентивно дејство казне).

Поред тога, као једна врста казне за прекршај правних прописа, често се примењује и губитак извесних права која је уживао кривац. Тако нпр. уз главну кривичну казну изричу се исто и акцесорне казне: губитак грађанске части која повлачи за собом губитак низа разних

права, нпр. брисање из бирачких спискова, немогућност вршења јавне службе, немогућност вршења туторских и старатељских права итд. Извесне озбиљније кривичне казне, већ саме по себи аутоматски повлаче губитак тих права.

Сем тога, постоји могућност губитка извесних приватних права, као специјална санкција за извесне недопуштене радње. Нпр. ко је вољно проузроковао смрт једног лица не може овога наследити (§ 418 Грађ. законика). Дародавац може порећи поклон, ако даровано лице покаже према њему неблагодарност „наносећи повреду његовом животу, телу, части и нарушавајући његову слободу и имање" (§ 567 Грађ. законика). Родитељска власт над децом се може изгубити ако су се родитељи показали недостојни (§ 154 и § 155 Грађ. законика) итд.

V. ДРЖАВА И ПРАВО

Стварање и постојање држава може се сматрати као једна од најважнијих правних и политичких чињеница у историји човечанства. Организовање људских друштава у државне заједнице вршило је судбоносни утицај на ток историје, и то нарочито од 16 века на овамо када се почео стварати тип модерне, чврсто организоване државне арматуре. Данас држава претставља највиши степен правне и политичке интеграције људских друштава. Она је главни и скоро искључиви оквир политичког, административног, правног и економског живота једне нације. Са гледишта организовања и интеграције друштвеног живота, држава се налази на врху лествица на којима породица, род, клан и племе образују ниже ступњеве.

Држава се може дефинисати као политичка и правна централизација једног народа извршена на одређеној територији под влашћу једне организоване владе која располаже принудом. Према овој класичној дефиницији правног појма државе, њу обележавају три следећа саставна елемента: становништво (народ), територија и организована власт.

Овако крупна и сложена чињеница која доминира друштвеним наукама, може бити проучавана са разних гледишта, социолошког, правног, економског, политичког итд. На овом месту није могуће улазити у огроман број проблема које она поставља. Ми се можемо задржати само на једном од њих, који на првом месту интересује енциклопедију права; то је проблем односа између права и државе.

Држава и право се налазе у врло тесном односу вршећи једно на друго јак узајамни утицај. Држава утиче на право на два начина: она на првом месту има монопол организоване материјалне друштвене принуде којом санкционише правне односе. Из тога потиче за њу природна тенденција да постане, ако не искључиви формални творац правних норми, а оно свакако њихов врховни координатор. Држава, као највиша правно организована власт, најбоље је опремљена да утиче на стварање и координирање правних прописа. Од свога постанка, државна власт спонтано чини све напоре у смислу да се право не може више стварати ван ње, без њеног учешћа и контроле.

Са друге стране, право врши реципрочно сталан утицај на државу, подвргавајући је постепено својим прописима. Очевидно је да, с обзиром на улогу коју држава има у стварању права, њено ограничење путем права не претставља лак и једноставан проблем. Али после једне

дуге и тешке еволуције, данас се је дошло до типа правне државе, која је, по правилу, у скоро целокупној својој делатности ограничена правом.

Присни и комплексни односи између државе и права постављају низ питања и проблема. Ми ћемо те односе испитивати са три следећа гледишта: 1) историског, уколико би се расматрало питање да ли је право претходило држави или обратно; 2) са правно-генетичког, тј. да ли је држава искључиви творац правних норми или постоје и други центри за стварање права; 3) са политичко-уставног гледишта везаности државе правом, тј. да ли правни поредак може ограничавати државу исто као и појединце.

1. — **Однос државе и права посматран са историског гледишта.** Писци који су проучавали питање историског порекла права и државе у великој већини стоје на гледишту да треба чинити разлику између права и државе, и да је право преходило држави. Право је морало постојати у најпримитивнијим људским заједницама; оно је, може се рећи, никло заједно са човеком пошто човек не може живети ван друштва а једно друштво не може постојати без права. Држава, као једна виша форма друштвеног живота у којој је већ наступила политичка диференцијација, могла се појавити тек после једног дужег процеса друштвене еволуције. Право се, међутим, појављује и у људским заједницама код којих још није дошло до такве диференцијације, тј. где још није створена ма каква религиозна или политичка власт способна да правне норме снабде организованим друштвеним санкцијама. Такве, сасвим примитивне заједнице, имају ипак једну врсту инстинктивне друштвене дисциплине, у облику неодређених правила обавезног друштвеног понашања са неорганизованим, дифузним санкцијама. Нарочито је био категоричан у заступању ове тезе чувени немачки правник Колер. По њему је право постојало пре сваке државне организације, пре сваког суда, пре сваког принудног извршног поступка; оно се налазило у души народа као осећање онога што треба и што не треба да буде. Зато нема народа без права, док има народа без судова, којима недостаје државна организација или се налази у сасвим елементарним формама.

Ово гледиште је било оспорено од других писаца који сматрају појаву права као нераздвојну од појаве државе. По тој другој тези, између права и државе постоји једна тако присна веза и узајамно прожимање да се они не могу замислити једно без другога. Нити право ствара државу нити држава право. Али право и држава, иако претстављају две аутономне стране друштвеног живота, развијају се и допуњују се узајамно. Француски правник Carré de Malberg у истом смислу каже: „Са гледишта друштвене стварности, право у истинском смислу речи, не може постојати пре државног закона пошто је суштина правног правила да буде санционисано са средствима непосредне принуде . . . Право, дакле, претпоставља јавну власт способну да принуди појединце на поштовање заповести које је сама издала" . . . Слично гледиште заузима у нашој правној науци г. С. Јовановић: „Укратко, каже он, право се не може одвојити од државе. Право је државна воља; то је скуп правила којима је држава дала обавезну снагу. Нити може бити права без државе, нити државе без права . . . Питање је сасвим излишно шта је пре постало,

право или држава; право и држава тако су нераздвојно везани једно за друго, да су само једновремено могли постати".

Очевидно је да решење овог питања зависи од онога што се има подразумевати под појмом права и појмом државе. Ако се под правом разуме просто осећање праведног или неправедног, који се налази и у души сваког појединца, или безоблична правила друштвеног понашања у примитивним друштвима, онда није тешко допустити да је право морало претходити држави. Али одговор ће бити другојачији ако се узме Јерингова дефиниција права по којој се оно састоји из два елемента: саме правне норме и остварења ове норме путем државне принуде. Исто тако, ако се под државом разуме једна већ доста усавршена организација са судовима и извршинм органима, без сумње да ће се прва теза сматрати као тачнија. Но, ако се, као што то чини Јелинек, под државом подразумева макар и најпримитивнија, сасвим лабаво организована људска заједница, која над собом нема никакве више организације, онда ће друга теза бити тачнија, пошто се право заиста не да замислити без једног минимума организованог друштвеног живота.

Кад се све ово узме у обзир, питање да ли је право претходило држави или су се обоје паралелно развијали, као две аутономне манифестације једног истог друштвеног процеса, губи доста од свога практичног интереса. Ипак, ми бисмо пре усвојили прву тезу. Тачно је да се право не да замислити без једне, макар и најлабавије друштвене организације, али би се и сувише истегао појам државе ако би се најпримитивнијим друштвеним групама придавао такав карактер. Међутим, чим се створи ма каква друштвена групација, истовремено се са њоме рађају и извесна обавезна правила понашања, пошто би без тога друштвени живот био немогућ. Само, та се правила појављују спонтано, без унапред смишљеног и одређеног циља, под непосредним притиском животних потреба. Њима у почетку недостају организоване друштвене санкције. Она немају ону позитивност у санкцијама коју имају правне норме издане од модерне државе. Примитивно право има карактер обичаја пониклих непосредно из друштвене стварности. Поштовање тих обичаја је испочетка остављено више увиђавности појединаца, односно њиховом добро схваћеном интересу, и страху од репресалија од других појединаца и група чији би интереси били повређени непоштовањем обичаја.

Данашњи појам унутрашњег права претставља производ једне друге еволуције обављене под нарочитим историским условима, углавном одређених чињеницом постојања чврсто организованих државних заједница. Право везано за државу, као њена искључива творевина, само је историски остварена категорија једног знатно ширег појма који може обухватити и разне друге врсте права створених без државе. Правила друштвеног понашања била су у примитивним групама измешана и недовољно издиференцирана; међу њима се није разликовало што припада моралу, шта религији, шта политици. Сем тога, санкције тих правила биле су друкчије него што их данас има позитивно државно право. Она су имала дифузне и непрецизне санкције, као што су релизиозне казне, искључења, репресалије итд. Али, при свем том, у њима треба видети друштвене норме које су имале да испуне исту социалну функцију као данашње право, и по томе треба да уђу у исту, шире схваћену, категорију друштвених правила.

Тек у једном каснијем ступњу развитка појављује се централна државна власт у улози арбитра а затим судије, који суди по обичајима створеним независно од државног ауторитета. Организована материјална принуда, други битни елеменат који обележава позитивно право у модерним државама, није заступљена у примитивним правним системима. Исто тако држава не учествује у стварању обичаја који претстављају готово искључиви облик права у примитивним заједницама. Али се ипак, и поред отсуства организоване принуде, овим елементарним правилима друштвеног живота не може одрицати обележје права. Изгледа нам свакако мање нелогично признати карактер правних норми овим правилима него карактер државе сасвим лабаво организованим примитивним друштвеним заједницама. Нарочито кад се још узме да су, у првим фазама свога стварања, примитивне државе дуго имале обележје сирове и бесправне снаге, једног мучног фактичког процеса организовања централне политичке власти.

Држава у правом смислу те речи, образовала се је тек на једном вишем ступњу правне еволуције, као интеграција и синтеза других ужих заједница, као што су породица, братство и племе. И за време док се друштвени живот кретао у тим уским заједницама заснованим искључиво на везама крви и сродства, било је доста правних установа као на пр. крвна освета, нарочито у фази откупа и мирења између завађених појединаца и чланова, или власт шефа породице над члановима породице итд. Заиста би било претерано приписивати обележје државе, тј. једне политичке организације оваквим заједницама, које су, међутим, већ имале извесне основе правног уређења.

2. — **ДА ЛИ СУ МОДЕРНЕ ДРЖАВЕ ИСКЉУЧИВИ ТВОРЦИ ПРАВНИХ НОРМИ.** — У модерном добу постоји тесна веза између држава и права. Тешко је данас замислити право без једне политичке организације, која му служи као ослонац; исто тако није могуће преставити себи једну државу без закона. Ово јасно излази из онога што смо рекли говорећи о спољним узроцима важности права. Право, у модерном смислу речи, захтева за своје постојање и примену организовану друштвену принуду и оно у крајњој линији мора, директно или индиректно, почивати на једној политичкој заједници која је једина у стању да успостави и трајно одржава друштвени поредак. Са друге стране, видели смо исто тако да чисто спољни притисак државе није довољан да изнуди покорност њених грађана: поред овог физичког елемента потребан је и психички, један минимум убеђења о обавезности правила чије се извршење захтева. „Да би једна држава живела и заиста напредовала, каже познате талијански правни филозоф Дел Векио, потребно је да између њених чланова постоји не само једно формално јединство, већ једна морална веза, створена из једне дубоке сличности воља. из једног стварног спајања душа, из подједнако ватрене вере у грађанску религију отаџбине". Ова психичка веза између чланова једног политичког тела као што је држава, може се створити само путем права. Држава не може постојати без закона који претстављају један комплекс правила одређен да регулише односе између појединаца и њихов однос према држави.

Идентификација између модерне државе и права дошла је као последица стварања монопола формалног издавања правних норми и

монопола организоване друштвене принуде у корист државне власти. Правне норме су оне које држава прописује, и којима, у исто време, државна власт обезбеђује извршење спољном принудом. Идентификовање права са државом најбоље се огледа у учењу нормативне школе: она сматра државу као један низ правних прописа међусобно повезаних, који постепено излазе један из другог почевши од устава па до последње полициске наредбе. За нормативну школу држава и право су једна те иста ствар. Ако се држава испитује изблиза, оно што чини државу то је систем правних норми којима су подвргнута лица настањена на њеној територији. Држава дакле није ништа друго до један скуп правних прописа који се примењују на једну групу људи настањених на једној одређеној територији. Према томе, за нормативну школу проблем односа између права и државе не би се ни постављао пошто би се они потпуно поклапали. Посматрана са чисто правног гледишта, абстрахујући остале њене функције, држава се заиста појављује као један велики кондензатор правних норми.

Потребно је ипак у овом погледу чувати се претеривања чињених у једном делу модерне правне доктрине, која сматра државу као једино и искључиво врело свих правних норми. Ова теорија има за собом ауторитет једног од највећег немачког правника XIX века Јеринга, који је тврдио да су правне норме само оне којима држава даје тај карактер.

Да би се овај проблем расветлио потребно је добро разликовати две ствари: формалну констатацију и издавање правних прописа и њихове стварне дубоке изворе.

Држава, по дефиницији, преставља највишу суверену власт на једној одређеној територији. Она држи у својим рукама монопол организоване принуде, без које ниједан правни пропис на њеној територији не може имати пуну позитивност. Очевидно је, дакле, да у границама државе не може важити ниједан позитивно-правни пропис коме држава власт не би признала то својство. Нпр. држава може допустити да на њеној територији важи право које би било створено од стране разних аутономних јединица нпр. цркава, удружења, локалних тела итд. Али право тих аутономних тела важи само утолико, уколико постоји једно изрично овлашћење или прећутна толеранција од стране државне власти.

Сасвим је логично да под тим условима држава узме у своје руке и монопол техничке обраде и издавања позитивно правних прописа. Кад важност правних прописа зависи од изричног овлашћења или прећутне толеранције државе, разумљиво је да њој припадне и монопол — издавања и утврђивања правних норми. Државно-правни позитивизам нарочито заступљен у немачкој правној књижевности XIX и XX столећа (Гербер, Лебанд, Јелинек) сматрао је право као израз државне воље. У држави се остваривало јединство правног система једног народа; држава је била сматрана као један велики котао у коме су се стапала и кондензовала сва правила друштвеног живота. Она су одатле била после дестилисана кроз разне формалне изворе права као што су устав, закони, уредбе и т. д., добијајући на тај начин званичан печат позитивности који их је снабдевао и организованом друштвеном принудом. Право се је тако појављивало као творевина једне персонализоване и суверене државе. Оно је било тесно везано за појам државе као правне личности.

По овој субјективистичкој правној теорији, целокупно право је било засновано на вољи правне личности државе.

Раније смо напоменули да је позитивно право резултанта једне сталне борбе идеја и схватања о томе шта је за једну заједницу праведно или неправедно, целисходно или нецелисходно. Држава, односно лица која у једном датом тренутку имају у рукама државну власт, врше улогу арбитра између разних супротних схватања, постављајући са прописима позитивног права један минимум обавезних правила понашања, које сви морају поштовати, без обзира на њихово лично убеђење. Тако се долази до једне равнотеже, која се има сматрати као нормално стање људске заједнице. Како умесно констатује Виноградов: једанпут постигнут мир, који је неопходан услов за ову равнотежу, не искључује редовне манифестације супарништва нити сукобе између појединаца и друштвених група, али они треба да се одигравају у оквиру одређеном од државе. Услед тога, постигнута равнотежа нема један потпуно стабилан изглед, већ више даје утисак осцилирања око једног заједничког центра. Али појмови мира и реда, који инспиришу сваку нормалну политичку комбинацију, треба да потичу из идеја компромиса и прилагођавања.

Само признавајући држави ову улогу арбитра у одређивању правила позитивног права, не би требало видети у њој једино средиште ефективног стварања права. Свакако између разних могућих правних система у једној заједници, она преставља израз оног система који одговара просечном правном убеђењу највећег броја чланова заједнице. Због тога се државном праву признаје и највећа позитивност, тј. надмоћност над свим осталим правним нормама које би се могле створити у другим групама. Али ова формална преимућства, која се признају држави у погледу техничког изграђивања правних норми, не треба да потпуно маскирају стварни процес изграђивања права који се иза тога крије.

Праву улогу државе у стварању права налазимо добро формулисану код немачког правника Гирке-а: „Данас, држава поступа као један орган који ствара право. Али тиме држава не постаје ни основни извор права, ни његов једини стваралачки орган. Дубоки извор права лежи пре у заједничкој свести о једној друштвеној егзистенцији. Свест, да је извесна ствар право има потребу, да би дошла до свог спољнег остварења као правно правило, да буде материјализована једним друштвеним изразом. Најчешће, овај израз се обавља преко државе, чија је главна улога да изрази у закону правну свест једног народа. Али и други друштвени органи могу поред државе стварати право".

Велике су заслуге модерне социолошке школе да је дала дубљу анализу процеса стварања права, указујући на то, да поред државе постоје још и друга средишта формирања правних норми. Отуда се теорија тзв. социалног права назива још и **плуралистичком.** По овој теорији, право се формира на један аутономан начин, самим колективним животом једне групе претварајући њене традиције, њене потребе, тежње и веровања у обавезна правила заједничког живота. Средина у којој се појављује ово спонтано право мора претстављати једну хомогену целину. Образовање таквих група претставља чињеницу која самим својим трајањем производи правне норме и зато се она може назвати **нормативном чињеницом.** Овакве групе које постају центри стварања

права нису само државе нити то морају бити персонализована правна лица; то су, по својој природи, органске целине које су нешто друго од простог збира индивидуа њихових чланова. Оваква органска група је на првом месту народ организован у државу, али то могу бити и разне друге уже групе, као аутономна тела, црквене организације, корпорације, удружења, синдикати итд.

Став државе према овим разним врстама спонтано створених права није исти. Највећи и најважнији део овог права држава хвата на самом његовом извору и даје му обавезни карактер позитивног права санкционисаног од државе. Један његов део је присвојен од државе али је сачувао своју аутономију. То је нпр. право створено од јавноправних тела, општина, универзитета, трговачких, индустриских, занатских и радничких комора итд. Најзад, један део права се развија слободно и независно само под туторством и надзором државе. То је случај са правом извесних црквених организација у појединим државама, или са правом приватних удружења, корпорација и друштава.

Важност проблема односа између државе и осталих центара за стварање правних норми, који је постао нарочито актуелан у послератној Европи, лепо је истакнута у једној студији талијанског професора Дел Векиа: „Поводом етатистичког схватања права". Он сматра да између ових аутономних група, које се спонтано образују у оквиру државе и саме државе нема разлике у суштини, већ само у обиму и ступњу позитивности правила створених респективно од тих група и државе. И ове групе имају дакле карактер државе само још неразвијен, у зачетку. Ако држава и те групе имају тенденцију да регулишу исту врсту односа тако да се сфере њихове правне делатности делимично поклапају, мора неминовно настати сукоб између њих. Такав сукоб према Дел Векиу може добити једно од три решења:

Државна организација може показати своју надмоћност над корпоративним групама што би довело до њиховог разбијања и уништавања. Најбољи историски пример у коме се остварила овака хипотеза пружа велика француска револуција која је уништила све корпоративне организације да „између државе и појединца не би било ничег".

Друго решење би било да из овог сукоба као победник изађу аутономне корпорације паралишући потпуно државну организацију и заузимајући њено место. Такав пример се налази у Руској револуцији из 1917 год., где су Совјети надјачали постојећу државну власт.

Најзад, треће решење састоји се у постепеном апсорбовању корпоративних организација од стране државе и довођењем њихове активности у склад са државном организацијом. Корпорације нису потпуно уништене, већ им је дато одговарајуће место у држави чији ауторитет, међутим, остаје неокрњен. Практичну примену овог решења, према Дел Векиу, претставља фашистичко уређење државе.

3. — **Везаност државе правом.** — Са гледишта државно-правног позитивизма, који је потпуно идентификовао државу са правом, решавање овог питања задавало је доста тешкоћа. Ако се узме да је право само израз суверене државне воље, како држава може бити ограничена правом које је њена искључива творевина? Кад се право схвати као државна воља, онда се она може обавезно наметнути само појединцима, док држава остаје изнад правног поретка кога она сама ствара.

Овај проблем је добио решење теоријом самоограничења (аутолимитације) државе, која је конструисана од немачке школе државног права из друге половине XIX века, а нарочито разрађена од њеног најбриљантнијег претставника Г. Јелинека. У свом дефинитивном облику ова теорија би се могла овако резимирати: Немогуће је допустити да држава није везана са правним прописима. Држава, каже Јелинек, није Бог на земљи и она је ограничена правом које сама себи прописује. Њени управни органи везани су у свом делању правним прописима издатим од стране државе. Држава исто тако може бити суђена од својих судова, који на њу примењују законе исто као и на сваког појединца. Она је слободна да законе укида и мења, али док је један закон на снази, држава и њени органи остају му подвргнути као и обични појединци.

На тај начин, држава је подвргнута закону, али ипак остаје у својој вољи суверена и неограничена. Оно што је битно код појма суверенитета то је да суверена воља може бити ограничена једино сама собом. Везујући себе законима, држава остаје суверена, јер је њена воља сама собом ограничена. Тако се мире два, на први поглед, контрадикторна појма; суверенитет државе не искључује њено подвргавање законима.

Теорија ауто-лимитације претставља једно елегантно правно решење проблема постављеног идентификовањем права и државе. У ствари, она се састоји само у логичном оправдању могућности једне правне државе. Али главно тежиште проблема не лежи у томе. Оно се поставља у питању да ли постоје какве границе државној власти односно саме садржине закона које она издаје. Јасно је да је држава везана једним законом који је издала док тај закон постоји. Али по теорији ауто-лимитације, држава је потпуно слободна да тај закон сутра укине или да га замени неким другим потпуно различитим. Држава као администратор и судија везана је са оним што је хтела као законодавац; али као законодавац она је везана само утолико, уколико не би нешто друго хтела. Питање које се овде поставља није чисто формално-правно; оно је више фактично-политичко, али га правна наука, ако жели да остане наука живе друштвене стварности, не може занемарити.

И саме присталице самоограничења државе поставили су јасно овај проблем, али му нису дале једно задовољавајуће решење. „Кад год је реч о једном праву које постоји независно од државе, каже г. Сл. Јовановић у својој класичној књизи „Држава" (стр. 102), мисли се на оне правне појмове који су заједнички свима члановима једног народа као нека врста колективне правне свести. Да колективна правна свест постоји, и да државна власт стоји по њеним утицајем то нико не спори. Али је једна ствар стојати под утицајем извесних идеја које су раширене по народу, а друга је ствар бити тим истим идејама ограничен у правном смислу речи. Државна власт не може бити ограничена идејама узетим самим за се, ма како оне биле популарне; власт може бити само влашћу ограничена".

По нашем мишљењу, једна власт не би практично могла ограничити сама себе ако за то не би имала никаквог другог критеријума до своју вољу. То би значило да је држава слободна да успостави ма какав био правни поредак, под јединим условом да такав поредак доцније и она поштује. Јасно је, међутим, да је питање какав ће правни по-

редак бити постављен, бар исто толико важно као и питање да ли ће тај поредак бити обавезан. Држава, као уосталом ни појединци, није дужна у примени позитивног права да води рачуна о правним идејама које не чине саставни део позитивних правних прописа. Али у тренутку самог издавања правних прописа, и доцније приликом њихове измене, законодавац мора водити рачуна о правном убеђењу заједнице. Његова улога је да дефинише и прецизира право али не да га створи ни из чега, самом моћи своје воље. Како је казао славни Порталис „закони-ци постају са временом; право говорећи они се не стварају".

Свакако да улога законодавца није потпуно пасивна. Правне идеје које владају у једној заједници сасвим су опште природе, оне више дају само правац у коме законодавац треба да се креће. На њему је да те опште идеје конкретизују и разради, да створи техничка правила која су потребна за њихову практичну примену. Али то је питање техничких средстава које треба употребити да би се постигао општи циљ, постављен од стране просечне правне свести већине чланова заједнице.

На другом месту, треба подвући да и сам законодавац својом делатношћу може вршити утицај на стварање правне свести једне заједнице. Он често може издати правне норме, које у тренутку кад су од њега донете не одговарају просечној правној свести. Али, својим трајањем и практичном применом оне могу постепено добити признање заједнице. Закони, сами по себи, не морају увек бити верни израз просечне правне свести, али могу утицати на њено стварање у једном одређеном смислу.

Други део:

ПРАВО ПОСМАТРАНО У СВОМЕ ИСТОРИСКОМ РАЗВИТКУ

I Опште теорије и главни правци у историском проучавању права

1. — **Циљеви и методе историског проучавања права.** — Савремени правни системи друштвених заједница нису створени једним потезом пера законодавца; они нису изишли из његове главе као богиња Минерва сва наоружана из главе Зевсове. Право које се примењује у једној држави преставља производ дугог и беспрекидног процеса историског стварања на који дејствују како утицаји спољашне средине, тако и психичке и моралне промене које су наступиле унутрашњом еволуцијом човечјег духа. Ако би се хтело учинити неко поређење, право би било састављено, као и земљина кора, из сукцесивних слојева и седимента, наслаганих један преко другог. Нико није боље изразио ту идеју од Јеринга: „Право, каже он, није мање производ историје него што су ручни занати, грађење бродова, техничке вештине; као што природа није обдарила Адамов дух са једним већ готовим схватањем о котлу, броду и пари, тако му она није подарила својину, брак, обавезне уговоре, државу. Цео морални поредак је производ историје, или да би говорили на један одређенији начин, борбе за један идеал, неуморне делатности и рада разума, који теже да задовоље потребе човека и да му помогну да се снађе у тешкоћама". (Zweck im Recht, II стр. 112).

Једна нова правна идеја никад се не остварује у правно празном простору; она преставља било преображај ранијих правних установа,

било стварање нових које се укључују у већ постојећи правни систем. Али, као што преобраћање античких храмова у хришћанске цркве, или хришћанских цркава у џамије, није у стању да измени њихову првобитну архитектуру, тако и стварање нових правних установа носи отисак општег стила ранијег правног система, кога оно само мења у појединостима. Чак и код великих револуционарних промена, поставља се питање уколико оне престављају један одлучан и нагли прекид са прошлошћу. Позната је дискусија око питања да ли је велика француска револуција у погледу стварања нових установа заиста била радикалан прекид са прошлошћу, или само убрзани наставак једне већ раније започете еволуције.

У сваком случају, право се реализује у историским и повременим категоријама, чија је садржина покретна и променљива. Правна начела могу бити општа и широка, али она нису вечита и уневирсална, јер су она производ не једне апстрактно замишљене човечије природе, непроменљиве и апсолутне, већ такве каква се она конкретно остварује у разним историским приликама. Право се реализује увек у једној конкретној историској форми. Због тога је идеја школе природног права о једном вечитом и непроменљивом праву, истом за све народе и за сва времена, данас потпуно одбачена. Исто тако и модерни покушаји да се створе извесне чисто рационално-етичке и апстрактне категорије права, које би могле да послуже као оквири за све могуће правне системе, као нпр. „Теорија правне науке" немачког правника Штамлера, остају без велике практичне вредности. Или су такве категорије довољно генералне да обухвате врло разноврсне историјске појаве права и у томе случају су оне лишене сваке конкретне садржине и практично неупотребљиве; или оне изражавају конкретну садржину једног или неколико правних система и у томе случају немају једну општу, апсолутну, научну вредност.

Историско проучавање права има на првом месту један практичан циљ. Да би се установила правна природа и одредио домашај једне правне установе, потребно је упознати се са њеним историским пореклом и развојем кроз који је прошла док је дошла у своју садашњу фазу. Правне установе посматране у својој данашњој и завршној форми, изгледају нам јединствене и просте јер смо на њих навикли. У ствари оне претстављају једну сложену целину која се постепено образовала у току векова. Када их анализирамо са историског гледишта ми можемо открити поједине њихове делове који су се лагано надовезивали једни на друге, док нису створили данашње облике тих установа. Историја се у овом случају појављује као једно од помоћних средстава за тумачење позитивног права. Као таква, она отклања незгоде које би могле наступити ако би се при тумачењу употребљавале чисто догматичка и логичка метода, тј. кад би се из једног правног текста чисто логичким путем хтели извући сви потребни закључци, не водећи рачуна о разним спољним узроцима који су довели до његовог стварања и постепене еволуције. „Ако се правна наука преда искључиво спекулацијама, каже један одлични француски правни историчар Дарест, она ће залутати; ако се затвори у изучавање једног јединог текста, макар то биле Пандекте или Грађански законик, она себе осуђује да гледа ствари без разумевања. Она може открити узроке ствари једино под условом да не заборави ниједан од законодавних споменика, да их приближи једне

другима и да их обухвати све у њиховој целини. Само тако она може разликовати, у свакој установи, апсолутни елеменат који долази до саме природе човекове и има свога основа у разуму, и релативни елеменат, који се бесконачно мења под утицајем спољних услова". Историско проучавање права може дакле послужити за што боље тумачење и примену правних прописа, и као такво чини саставни део методе тумачења позитивног права.

Поред ове, треба истаћи и једну другу корист која се постиже историским проучавањем права. При упоредном проучавању историје права код разних народа и у разним епохама њиховог развоја, може се констатовати извесна сличност и паралелност у развитку њихових правних установа. Уколико се опет утврде разлике у томе развитку, онда се могу открити и стварни посебни узроци, који су довели до те посебне еволуције. У сваком случају, историско проучавање права претставља најбољу методу за упознавање ако не прецизних закона, а оно бар општих тенденција по којима се управља еволуција људских друштава. Оно што нарочито истиче важност историје у праву, као уосталом и код свих друштвених наука, то је чињеница да су овде експерименталне методе, којима се служе природне науке, немогуће. Тај недостатак у експериментацији код друштвених наука надокнађује историја. Она нпр. омогућује да се једна иста или слична правна појава, која се догодила под разним околностима, код различитих народа и у разним епохама, проучи са свих ових различитих гледишта тако да се у комплексу чињеница открију њени стални дубоки узроци.

2. — **Развитак науке о историји права.** — Горње идеје о потреби историског проучавања права врло су старог датума. Оне се налазе већ у „Политици" Аристотеловој. Ако оне нису биле практично искоришћене, разлог треба тражити у томе, што је раније недостајало потребних историских докумената или откриће о њиховом постојању. Писани законски споменици, у раној историји човечанства, били су ретка појава, а у колико их је било, о њима је историја мало што знала. Исто тако антрополошка и етнолошка проучавања примитивних друштава, нарочито у погледу правних обичаја, уопште све што се данас подразумева под именом културне историје, претстављају грађу скорашњег датума.

Ово отсуство грађе за културну историју човечанства све до XIX века јасно је подвучено од познатог енглеског филозофа који је писао на прелазу између XVIII и XIX века, Бентама (The Book of Fallacies, I део, глава II). „У свим научним гранама, под насловом quid faciendum, влада празнина; целокупна литература времена састоји се из једне или две мршаве хронике, које садрже разне белешке о обичним догађајима: ратовима и миру, биткама, опсадама, убиствима, светковинама, смртним случајевима, рађањима, церемонијама и другим спољним чињеницама. Ретко се наиђе на једну реч, на један догађај који би могли ући у састав једног дела као што је историја људског духа — ретко на један напор у истраживању узрока, карактера или става народа. Чак кад су на крају, мало по мало, неколико ситница политичког искуства биле добивене, размера заблуда и наивних теорија, помешаних са њима, било је тако велика да се је са правом могло посумњати да ли једно потпуно ћутање не би било умесније".

Прво систематско историско проучавање права предузето је од школе глосатора и постглосатора, почевши од XI века. Инвазија варвара и сеоба народа унеле су велики духовни хаос и прекид у континуитету правног развитка. Тек у XI веку започето је са поновним проучавањем текстова римског права у циљу њихове практичне примене на потребе ондашњег живота. Глосатори су се при томе служили једном сасвим некритичном, примитивном историском методом. Они су узимали разне одломке римских текстова, који су им до руке долазили, не испитујући под каквим су историским околностима они постали, као ни тачност ни веродостојност њиховог преписа. Ти текстови су били тумачени буквално, у њиховом строго граматичком смислу, педантном анализом сваке речи, слова и запете. Објашњења и коментари стављани су као примедбе (глосе) уз римске текстове и отуда је и цела школа названа глосаторска. Али, ма како била несавршена њихова метода, глосатори се могу сматрати као оснивачи историског проучавања права.

Други важни моменат у науци историје права дошао је са великим културним покретом препорођаја (Ренесансе). Ренесанса је у својој суштини претпостављала један обновљени, продубљени додир са античком културом. И средњи век је био упознат са делима античке цивилизације, али на један погрешан начин, не схватајући њихов прави и дубоки смисао. Та дела су била грубо искоришћавана да би се задовољиле непосредне и свакидашње потребе живота. Ренесанса је унела много више критичног духа, много више схватања дубоког смисла и праве вредности споменика из античког доба.

Са Ренесансом је настала у домену историје права, француска правна школа из XVI века. Ова школа је на исте текстове римскога права (corpus iuris civilis), који су били предмет проучавања од стране глосатора, применила критичке историске методе. На првом месту, она је пошла ка директним изворима и споменицима Римског права и са упоредним проучавањем њихових разних преписа успела је, да и поред разних додатака и уметака, учињених у току времена, васпоставити оригиналне текстове. Кад је то било постигнуто показало се је, да Јустинијанов правни зборник (corpus iuris civilis) није, као што су то мислили глосатори, био јединствени законик чије су одредбе постале у исто време и на исти начин, већ да је он једна компилација текстова, разноврсног порекла и из разних епоха римског права. Тако су се поједине одредбе римског права почеле појављивати у њиховој правој, историској перспективи.

Тиме су постављени први темељи праве историске методе, чији се главни смисао састоји у релативном схватању правних текстова и установа. Тек кад се ствари посматрају у тој светлости, онда се може извући сва корист из историског проучавања права. Онда се може видети да су правне установе настале услед потреба једне епохе и да се затим постепено развијају према приликама и потребама које владају у другим епохама. Често пута, првобитни циљеви, ради чијег постигнућа су створене извесне установе, нестају или се мењају и место њих се појављују други. Услед тога наступа прилагођавање установа новим приликама и потребама. Поједини појмови и називи посматрани у историској перспективи добијају релативан смисао. Правни појам и установа породице и својине у средњем веку далеко су од тога да имају исти

смисао и садржину коју су имали у римском добу. Под истим именом крију се, у разним епохама, различите ствари.

XVII и XVIII век били су доба рационализма и природног права. По идејама које су преовлађивале у тој периоди, право, као искључиви производ људског разума, имало је један вечити и непроменљив карактер. Школа природног права, која је веровала да држи у рукама вечиту и непроменљиву истину није признавала релативност правних идеја и установа; она је одрицала утицај времена и разних спољних околности, расе, географских прилика, економских услова итд. на стварање права. Право је престављало један стални и вечити идеал који је имао да буде исти за све народе и за сва времена; ток живота имао је да управља према његовим непроменљивим формулама а не оно према конкретним потребама живота. Школа природног права заступала је гледиште о свемоћи правних идеја и неотпорности сировог материјала друштвеног живота, који је имао бити моделиран у калупима вечитих правних начела. Целокупна филозофија XVJII века, „века светлости" била је напојена тим духом. Како каже један француски писац (Ch. Adam, Philosophie en France, 1844, стр. 13) „XVIII век није хтео да ограничи свој поглед на садашњост и да задовољи потребе једног дана; ништа му није било тако туђе као схватање људских друштава, која су у вечитом мењању, о чему је он имао ускоро да се увери о своме трошку; али очекујући то он сања о непроменљивости" . . .

У конструкцији тога идеалног система природног права филозофи XVIII века су полазили од усамљеног човека, какав се по њиховом схватању, он налазио у своме „природном стању". Његови односи са осталим ближњима имали су да буду откривени путем једне унутрашње анализе, одбацујући све предрасуде и погрешно укорењена схватања, нагомилана у току историје људског развитка. Рационализам је носио у себи неодољиву тенденцију ка упрошћавању друштвених проблема, са потпуним занемаривањем васпитног утицаја друштвене средине на стварање морала и на претварање индивидуалних интереса у обичаје и правила друштвеног живота. Друштво је било тако конструисано као један скуп појединаца руковођених њиховим егоизмом: њихов добро схваћени интерес их је гонио да се удружују са осталим људима по једном смишљеном плану. Све ово објашњава индиферентност па чак и презирање које је рационализам XVJII века показивао за историју. Не само да се историја сматрала неспособна да пружи корисне поуке и закључке, већ су рационалисти и утилитаристички филозофи видели у њој извор заблуда и предрасуда који су сметали правилном резоновању. „Морам да приметим рђава дејства једне гране класичног васпитања каже Бентам. Ствара се навика, још од ране младости да се у историји римског народа јавна дела неправде, грозна у њима самима, увек обележавају са нарочитим именима, увек пропраћују са помпезном похвалом римских врлина . . . Историја Грчких република је пуна чињеница исте врсте увек престављених на један сумњив начин, да би се завели у блудњу површних духова."

Није никакво изненађење да се у таквој средини историја права није могла нарочито развијати. Али појединим великим духовима из те епохе, није измакла важност историје. Генијални филозоф Лајбниц чинио је разлику између унутрашње историје права, која би проучавала правне појаве саме за себе у изолираном ставу, не водећи рачуна о ве-

зи тих појава са осталим променама у друштвеном животу заједнице — и спољашне историје, која доводи правне појаве у везу са целокупним историским развитком народа. Према томе, да би се објаснила еволуција правних установа треба узети у обзир и опште географске, физичке и климатске услове живота, расне особине племена и народа, његову привредну активност, религију, уметност, књижевност итд.

Али историски релативизам је нарочито подвучен код Монтескија са следећом често навођеном реченицом „Закони зависе од физичких својстава земљишта, од његове климе, од квалитета земљишта, од географског положаја и величине територије, од начина живота земљорадника, ловачких или сточарских народа, од религије, од народних склоности, од богатства становништва, од његовог броја, од нарави, од обичаја". Из тога се логично наметао закључак о релативности правних установа. „Закони, каже Монтексије, морају бити потпуно својствени народу за кога су створени, тако да треба сматрати као највећу случајност, ако установе једног народа могу да буду погодне за други народ".

Ово је било речено средином XVIII века у доба пуног цветања школе природног права. Само, тек је у XIX веку било одређено да одигра велику улогу у науци историје права. Он је нагомилао огромну количину историске грађе, почевши од правних обичаја најпримитивнијих племена из Африке и Полинезије, од најстаријих историских споменика првих људских цивилизација на Истоку, па до скоро потпуног инвентара правних установа из прошлости европских народа. Паралелно са тим нагомилавањем историских факата, појавиле су се и разне научне теорије у области историје права.

3. — **Историска школа. — Национално-расни правац у историји права.** — Од својих почетака па до XIX века, правна наука се развијала углавном у знаку универзализма. Уколико је право научно обрађивало у Средњем веку и у доба Ренесансе, то је било чињено на темељу текстова Римскога права, које се сматрало као једна врста писаног разума (ratio scripta). Његова техничка супериорност над племенским обичајним правима појединих народа, ограниченим на мање области, није могла бити оспорена. Услед тога су учени правници увек заступали примену римског права; обичајно право је било брањено од самоуких правника непосредно пониклих из народа. Тако је дошло до сукоба између популарног, народног права и права професионалних људи од закона. Ма да је то обичајно право било ефективно најчешће примењивано у свакодневном животу, ипак је оно стално било потискивано од владајуће науке.

Најбољи пример за ову борбу пружа сукоб између аутономног, самониклоког германског права и универсалног римског права, који је дуго трајао у Немачкој. После дуже борбе и колебања, у XV веку се одиграо један врло важан историски догађај, рецепција (прихватање) римског права у Немачкој. Професионални правници успели су да начела и теорије из римског права спроведу чак и у домен приватног права који је дотле био резервисан искључиво за популарно германско право, примењивано од локалних судова састављених од локалних општинских часника. Али увођењем римског права, његова борба са германским правом није била завршена. Она је нарочито била жива у

току XIX века; немачки правници из области приватног права били су подељени у две групе: на романисте и германисте. Ови последњи су сматрали рецепцију римског права као велику националну несрећу за немачки народ, и трудили се да што више потисну његову примену, истичући оне правне идеје и установе које су сматране као специфично германске.

Сукоб је избио са нарочитом оштрином крајем XIX века, приликом доношења јединственог Грађанског законика за целу Немачку. Прва комисија којој је било поверена израда законика била је под утицајем романиста. Услед тога је њен пројект био инспирисан пандектним римским правом. Њен рад је изазвао велику буру протеста од стране германиста који су указивали на многобројна романистичка схватања противна германским традицијама. Наименована је затим једна друга комисија која је знатно изменила првобитни пројекат Грађанског законика у духу германистичких идеја. Најновије реформе немачког Грађанског законика, учињене по доласку национал-социјалиста на власт, састоје се углавном у укидању преосталих схватања и традиција из римског права.

Али да се вратимо на хронолошки ред излагања. Универсалистичком схватању права у средњем веку следовао је универзализам школе природног права XVII и XVIII века. Школа природног права, као што смо већ видели, сматрала је право производом универсалног људског разума, апсолутног и истог за сва времена и за све народе. Јасно је да се за време њеног трајања није могло поставити питање утицаја националног и историског елемента у стварању права.

Почетком XIX века настала је велика реакција против схватања да право и држава могу бити вештачки конструисани или прмењени, како се жели, према плановима скројеним од чистог разума. Разочарења, која су настала са протеривањима француске револуције, а нарочито култ разума усвојен за време револуционарног терора у чије се име отишло у толике крајности, пољуљали су рационализам. Велики војнички потхвати и освојења Наполеоновог пробудили су неочекивано националистичка осећања код разних народа. Све је то довело до новог поштвања нерационалних елемената људске природе, до уздизања мистицизма, уобразиље и традиције. Тако је дошло до романтичарског покрета који је обухватио све домене људске мисли и активности. Романтизам се манифестовао у књижевном и уметничком стварању, у области религије и филозофије. У области позитивних наука, романтизам је створио филологију, упоредну науку о фолклору, упоредну историју религија. У свему овоме испољавала се тежња ка обнављању дубоких народних и расних традиција, ка успостављању органских веза са прошлошћу, које је рационализам хтео да раскине. Значај народа као органске трансперсоналне целине, у свим областима људске делатности, био је нарочито уздизан. У Немачкој, романтичарски покрет је узео карактер националног препорођаја и патриотске егзалтације, која је дошла до нарочитог изражаја у списима немачког филозофа Фихтеа.

Из тога покрета је никла и немачка историска школа чији су главни преставници били Хуго, Савињи, Пухта и Ајхорн. Противно универсализму и рационализму школе природног права, историска школа је тврдила да свако право има карактер својствен народу у коме је поникло да оно није производ рационализма и планског стварања законодав-

чевог. Право се развија исто тако спонстано као и језик, и разне друге умотворине народне, које све носе специфична обележја народног духа. Место да буде створено од слободне воље законодавца, оно се имало сматрати као резултат прогресивног развоја обичаја, формираних под дејством заједничке народне правне свести. Према томе, улога законодавца, као и осталих професионалних правника састојала се само у констатацији и техничкој обради права већ створеног у колективној правној свести народа. Историска школа је полазила од једне врсте правног детерминизма; право је онакво, какво једино може да буде, тј. резултат једног неумитног историског процеса, органског израшћивања правних установа и правила. Законодавац има чисту пасивну функцију; он сам по себи нити може да створи једно сасвим ново правно правило нити да укине она која је народна свест створила. Отуда и основна теза историске школе о преимућствима обичајног права над директним законодавним стварањем.

Историска школа је оставила дубоког трага у развитку правне мисли. Њено основно учење о праву као органском производу једног безпрекидног исотриског процеса може се сматрати као дефинитивна тековина правне науке. Али њен мистични национализам, а нарочито теза да је колективна правна свест једног народа искључиво творац права, нису се могли одржати пред критичким испитивањем нових генерација правника и услед сталног напретка правне науке.

Из овог критичког става потоње правне науке према историској школи изашао је еволуционизам. Њему је било додељено да повуче границу између оних теза историске школе које су примљене као коначни резултати правне науке, и оних које нису могле издржати пробу времена. У светлости нових научних резултата, извесни претерани закључци историске школе, а нарочито њен детерминизам морали су отпасти.

Поред еволуционистичког правца из историске школе се развио и један други правац, који је потенцирао њене национално-племенске тенденције.

4. — **ЕВОЛУЦИОНИСТИЧКА ШКОЛА.** — Између појединих наука, иако су предмети којима се оне баве различити, не постоје непробојне преграде. Велика научна открића и теорије од општијег значаја до којих се долази у области појединих наука имају често одјека и у другим научним областима. Такав је био случај са теоријом еволуције свих живих бића, која је са Дарвиновим открићима завладала у другој половини XIX века у биологији. Познате су главне идеје еволуционизма; стална борба за живот која води процесу одабирања најспособнијих, прилагођавање путем наслеђа, јединство и континуитет органског живота. Многе од ових идеја нашле су плодне примене у друштвеним наукама и праву. Ту треба нарочито истаћи тезу сталне еволуције од простих ка сложенијим савршенијим формама живота, постепено прилагођавање људских бића спољним животним приликама, утицај заједничког живота у друштвеним групама на еволуцију појединаца.

Под дејством ових идеја није се могао одржати крути детерминизам историске школе. Еволуционизам је доказивао да народи нису спутани у своме развитку са извесним непроменљивим расним својствима и условима спољне средине. Напротив, они имају шире могућности свесног

прилагођавања потребама живота него појединци. Народи могу реагирати противу спољних околности и чинити свесне напоре у циљу да побољшају услове свога живота. Традиција је један моћан фактор у животу народа, али и њихова тежња са напретком тако исто. Правни напредак, дакле, не може бити сматран као фаталан производ извесних специфичних расних особина једног народа и непромењливих спољних услова његове егзистенције, већ као и резултат свесних напора појединаца или група да се друштвени проблеми решавају у духу идеја о правди и тежње за што целисходнијим друштвеним и правним уређењима. Закључак историске школе, која је одрицала законодавцу, правној доктрини и судској пракси сваку стваралачку улогу и сводила их на пасивне тумаче једног ирационалног процеса правног стварања, није могао бити усвојен. Право, као једна нормативна наука, више је него ма која друга врста људске делатности оријентисано ка постигнућу извесних виших циљева људске егзистенције. Али, мада је свакако под снажним утицајем прошлости, право претставља увек један низ свесних напора, да се постигну бољи услови људског живота у будућности.

Како је то тачно констатовао Јелинек, постанак и даљи развитак историског начина истраживања тесно је везан са победоносним напретком еволуционистичког начина мишљења у целокупној науци. Изрично или прећутно, у основи сваког историског начина мишљења, лежи уверење да историја не треба да нас учи само једном механичком низу појава него и њиховом живом стварању, процесу органског израшћивања и престанку. При томе се може десити да установа, која је првобитно створена ради постигнућа извесних циљева, доцније у току времена почне служити другим циљевима. Јелинек сматра да уколико је једна правна установа старија, утолико је вероватније да њени првобитни циљеви нису уопште, или бар нису чисто очувани. То може доћи као последица прилагођавања већ постојећих установа ново створеним односима, било по закону друштвене инерције, или зато што они у чијем интересу извесне установе постоје имају већу друштвену власт у својим рукама тако да успевају да их одрже и онда кад су оне изгубиле разлоге њиховог постојања. Али, и та промена у циљевима правних установа и њихово прилагођавање новим односима не демантују теорију еволуције. Напротив, све то показује, да се и правне установе по једном општем закону природе, управљају према стално променљивим потребама и приликама друштвеног живота. Свакако да промене у правном и политичком животу могу по неки пут довести и до неочекиваних резултата и да се дешавају револуционарни скокови; али ипак треба узети као нормални случај да се прилагођавање правних установа врши путем еволуције, у којој традиција и људска инвентивност играју подједнаку улогу.

Као једног и најрепрезентативнијег претставника правног еволуционизма треба навести славног немачког правника Јеринга. За његов став нарочито је карактеристичан пасус који смо навели у почетку овог дела наших предавања. Већ саме његове основне пароле „циљ у праву" и „борба за право" довољно показују колико је он био широко инспирисан еволуционистичким схватањем. Ма да је почео као присталица историске школе, Јеринг је брзо угледао њене слабе стране. Док је историска школа полазила са гледишта мирног „безболног" процеса рашћења и развијања права, Јеринг је сматрао да, као што је у биолошком свету еволуција резултат једне мучне борбе за опстанак, тако је у правном

свету она последица не мање тешке „борбе за право". На другом месту, док је историска школа гледала у томе процесу један неумитни и фатални резултат „народног духа", одричући сваку свесну стваралачку делатност законодавца, Јеринг је насупрот томе видео у праву стваралачку активност људи управљену ка постигнућу извесних одређених циљева.

Најизразитији и најконсеквентнији претставник даривинизма у друштвеним наукама био је енглески социолог Херберт Спенсер (1820—1903). Главне његове тезе у социологији само су примена биолошке-еволуционистичке теорије на друштвене науке. Спенсер је схватио социалност и моралност скоро на исти начин као Дарвин, тј. као битне услове опстанка за појединце. Човек да би живео мора да се прилагођава условима друштвеног живота пошто је то за њега једини начин живота. Према томе, његово морално владање у друштву претставља једну биолошку нужност, природну последицу прилагођавања средини. Без тога, сваки појединац који се не би прилагодио социалним условима живота морао би нестати путем елиминације. Томе је Спенсер додавао и дејство наслеђа; оно се састојало у томе што се генерацијама гомилало друштвено искуство, које појединци стичу о потреби живота у друштву. и преносе с једне генерације на другу. Тако је он објашњавао постанак моралних инстиката које једна индивидуа не би сама, за време свога живота, могла да стекне, већ би они на њу били пренети путем наслеђа, као сума искустава стечених од целе људске врсте. Најзад, Спенсер је сматрао људска друштва као једну врсту организма, односно као једну животну целину подложну закону еволуције. Та се еволуција састоји из прелаза од хомогеног ка хетерогеном, од простог ка сложеном од некохерентног ка кохерентном.

Најзад, треба још напоменути великог енглеског правног историчара Самнер Мена (1822—1888), који заузима једно видно место у еволуционистичкој школи. У томе погледу нарочито је карактеристична његова теорија о еволуцији од режима статута ка режиму уговора. Смисао ове теорије састоји се у следећем: у примитивним друштвима појединац је тесно везан за своју групу, његов положај се налази одређен самом чињеницом рођења и његова је воља немоћна да га измени. Он припада друштвеној класи у којој се родио, и не може се из ње никако прећи у другу. Он нема могућности да располаже добрима која не припадају њему лично већ једној широј задрузи. Затим, у примитивним групама постоји колективна кривична одговорност; један је одговоран за све а сви за једног. Индивидуа није слободна да напусти своју групу и да оде у другу. Другим речима, појединац живи у режиму статута који му је објективно наметнут и кога он целог живота не може да измени. Историска еволуција се састоји у постепеној еманципацији појединаца. Они поступно добијају могућност да одређује својом слободном вољом услове свога живота и односе према осталим члановима групе, као и према самој групи. Они стичу право индивидуалне својине и способност да лично располажу њоме по своме нахођењу; он одговара само за своје делање и казна се стално индивидуализује. Такво стање Мен карактерише као режим уговора, тј. режим у коме доминира слободна воља појединаца. У доба када је формулисана, Менова теорија углав-

ном је била тачна; данас, међутим, пре би се могла констатовати, бар у европским земљама, обрнута тенденција од уговора ка статуту.

Мен је још нарочито заслужан за примену упоредне методе у проучавању правних установа разних народа, нарочито у њиховим примитивним ступњевима развитка. Процес органског прилагођавања права нрочито се упадљиво констатује у упоређивању дубоко различитих правних обичаја као што су они из Индије, код германских села и појединих словенских народа. Код овако различитих и географски удаљених народа наилази се на сличне типове широких заједница, на породичне задруге или сеоске корпорације. Мен је, противно националистичким тенденцијама Историске школе у праву, истицао сличност ових правних установа, доказујући да њихову појаву не треба приписивати неким посебним расним и племенским особинама појединих народа, већ чињеници да је код свих људи у примитивном ступњу развитка природна тежња ка стварању заједнице јаче развијена него идеја о њиховим индивидуалним правима. Менова упоредна метода, доцније је била богато искоришћавана и примењивана при антрополошком и социолошком изучавању примитивних права.

5. — **НАЦИОНАЛИСТИЧКО-ПЛЕМЕНСКИ ПРАВАЦ У ИСТОРИЈИ ПРАВА.** — Напоменули смо већ да је историска школа била јако обојена националистичком тенденцијом. Али правни национализам није поникао са историском школом већ је постојао и пре ње. Почевши од Тацитовог дела о Германији, стално се провлачила идеја о нарочитој обдарености германских племена за стварање политичких и правних установа. Нарочито је француски политички филозоф и историчар Монтескије приписивао Германима велику улогу у стварању политичке и правне организације, која је после послужила као углед осталим европским народима. Тако је он сматрао да је средњевековно сталешко уређење германска творевина. За енглески парламентарни систем он је тврдио да је поникао у германским шумама. Уопште узевши, у његовим очима, Германи су били носиоци правне и политичке организације у многим европским државама и то путем освајања. Та Монтескијева теза била је прихваћена од немачке историске школе у Гетингену (друга половина XVIII века) а нарочито од немачког историчара Шлецера. Она је послужила доцније као база за тзв. „норманску" теорију према којој су поједини народи, међу којима и словенски, добили своје право политичко и правно уређење од Нормана, тј. од једног германског племена.

Ова теза је наишла на подршку неких писаца и филозофа у току XIX века. Ту на првом месту треба напоменути немачког филозофа Хегела (1770—1831). Хегел је вршио велики утицај на развој мисли у XIX веку. Његова филозофска доктрина била је тако пластично и широко конструисана, да се у њој могло наћи хране врло различите теорије и политички покрети. Ми ћемо се овде задржати само на његовом тумачењу процеса еволуције у светској историји, која има непосредне везе са националистичким правцем у правној историографији.

По Хегелу, у сваком периоду светске историје, поједини народи заузимају водећи положај и постају носиоци савременог ступња светског духа, који влада у дотичном историском периоду. Ти народи дају добу у коме доминирају своја културна начела и своје идеје, које обе-

лежавају то доба и чине га да се оно разликује од осталих, кад су носиоци културне и политичке доминације били други народи. Хегел је класирао народе од светског значаја који су имали водеће улоге по овом реду: источни азијски народи а поглавито Персијанци, Грци, Римљани и најзад Германи односно Немци. Према томе, модерно доба, тј. епоха у којој је Хегел формулисао своју теорију, имала се сматрати као доба културног вођства германског народа.

Други писац који је допринео националистичком правцу био је француски мислилац гроф Гобино (1816—1882) са својим делом „Оглед о неједнакости људских раса" (1853). По њему су, у преисториском добу човечанства постојале три основне расе: црна, жута и бела. По својим културним особинама црна раса је најнижа, жута осредња а бела највиша. Данашњи европски народи претстављају мешавину ових трију раса. У тој мешавини једну од главних улога су играли семити, мелези са доста црне крви. Они су, мешајући се са Грцима и Римљанима, пренели на њих доста моралних и физичких особина црне расе, што је био и узрок њихове декаденције. Латински народи нису чисте беле расе, јер су се мешали са семитима. Англо-саксонски народи имају у себи нешто жуте крви. Најчистија аријевска, бела раса престављена је, дакле, са германским народима. Гобино је сматрао да културне способности једног народа зависи од количине беле крви у његовим жилама. Његов је закључак био да будућност човечанства лежи у најчистијим преставницима беле расе — Германима.

После Гобино-а, разне теорије о утицају расе на друштвени и културни развитак народа испуњавале су социалне науке XIX и XX века.

Треба још напоменути велики утицај који су на националистички правац вршиле упоредне филолошке и фолклорне студије. Интересантно је забележити, колико су ове студије, које су, заједно са романтичарским покретом узеле велики развој крајем XVIII и почетком XIX века, много допринеле буђењу националне свести. Познато је велико дело браће Грим, оснивача модерне германске филологије и фолклора, који су за немачки народ готово значиле откриће његове националности. И словенски препорођај је отпочео истраживањем на филолошком и етичком пољу (Добровски, Копитар, Шафарик, Вук Караџић, Гај итд.) који су код словенских народа пробудили националну свест о њиховој самониклој, словенској култури.

На другом месту, између филологије и проучавања права, нарочито код народа на примитивним ступњевима развитка, постоји једна тесна веза. У језику се исто тако као у праву испољава специфичан утицај индивидуалних проналазака појединаца и колективног мишљења заједнице. И у домену права, као и у домену језика, дејствују исти психолошки и физиолошки фактори којип рестављају специфична расна обележја једног народа или племена. Тако се долази до схватања, да су и право и језик изражаји колективне националне свести појединих народа, који имају своје специфичне начине мишљења и осећаја. Ту је везу лепо уочио Вук Караџић. „Код сваког су народа најсветије ове три ствари: закон, језик и обичаји. Тим се народи један с другим рођакају, и један од другог разликују. Како народ изгуби те три ствари, он изгуби и своје име".

Али све ове идеје, пренете на осетљиви терен историске мисије појединих народа и њихових културних способности, нису могла остати

у границама строге научне објективности. У историји немачког права развила се под утицајем горњих идеја теза о правној супериорности Германа, што је опет изазвало реакцију Словена. Тако је дошло и с једне и с друге стране до претеривања и може се рећи до једне врсте научног шовинизма.

Код Хегела и Гобина словенски народи најгоре су прошли. Латинским народима признаване су културне заслуге у прошлости; германским, велика културна улога у садашњости и будућности. Словени су, међутим, сматрани као једна врста споредних народа, без прошлости и без будућности.

Ипак чуо се је један глас у прилог Словена, утолико драгоценији што је долазио са немачке стране. Немачки филозоф Хердер (1744—1803), у својој књизи „Идеје за филозофију историје човечанства" (1791), сматрао је да су и Словени позвани да у будућности одиграју једну важну улогу у светској историји. Он је то своје мишљење образлаже на следећи начин: Словени су претежно миран земљораднички народ, који није могао да дође до изражаја у једном борбеном периоду светске историје кад су ратоборнији и отпорнији народи боље пролазили од оних који су желели да живе у миру и слободи. Због тога су они много страдали од инвазија својих западних суседа Германа и источних Монгола. Али, по мишљењу Хердеровом, то стање треба да се у будућности измени: наићиће једна нова периода историје у којој ће место сталних борби завладати мир, ред и сарадња између народа. У том периоду, доћиће до изражаја конструктивне способности словенских народа; они заузимају најбогатије крајеве Европе, где ће благодарећи својој вредноћи моћи да развију пољопривреду и трговину, главне факторе у тој ери правичности, хуманости и опште хармоније међу народима.

Ове дискусије о улогама појединих народа у историји човечанства нису остале без утицаја на историографију права у Немачкој и словенским земљама. Докле се ишло у томе погледу најбоље ће показати две екстремне теорије. Прва, тзв. норманска теорија, тврдила је, да је првобитно политичко и правно уређење источних Словена (Руса) дело Варјашких кнезова, који су били норманског одн. германског порекла. Источни Словени, све до XI века, живели су у анархији, без икаквог правног уређења. На њихов позив дошли су Варјашки кнезови да заведу ред и правну организацију у њиховој земљи; они су дали Словенима основе њиховог правног и државног уређења извевши их тако из правне анархије и безвлашћа. Слична теорија била је заступана и у историографији пољског права из XIX века; поједини пољски историчари су тврдили да је пољско право било прахваћено из обичаја Немаца и Франака.

На ову ултра-германску теорију дошла је реплика са словенске стране путем ултра-словенске теорије „свевизма", коју је формулисао један историчар словенског права, пољак Мађејовски. По тој теорији, нису Германи дали Словенима, већ обрнуто, Словени Германима државно и правно уређење. Своју хипотезу, коју су доцније сами словенски историчари морали одбацити као фантастичну, Мађејовски је заснивао на гледишту да су Германи примили своје правно уређење од Германских Словена (Свева), који су допирали чак до долине Рајне. По имену тога хипотетичног народа и сама ова теорија назвата је **теоријом све-**

визма. Мађејовски је просто обрнуо све аргументе немачких научника о сличности германског и словенског права у корист своје тезе. Оба права су претстављала извесне заједничке карактеристике, али то је по Мађејевском долазило отуда што су Германи примили правно уређење од Словена а не Словени од Германа. У овом реду идеја треба поменути проналазак чувеног рукописа „Љубушин суд" 1819 године. Ова рукопис је имао да послужи као доказ о врло давном, аутономном пореклу словенског права у Чешкој. Он се завршавао са једном реченицом која би сама по себи била довољна да се посумња у његову аутентичност, јер је сувише јасно откривала тенденције његових проналазача. „Срам би био да тражимо правду од Немаца у душмана наших; у нас правда по закону светом, које право донеше оци наши". Сама словенска историографија сматрала је „Љубушкин суд" као један историски фалсификат. Али заблуде овакве врсте имају у себи много отпорности и животне снаге, па и дискусија о аутентичности овога рукописа није још закључена.

Било, како да било, овај расно-националистички правац вршио је велики утицај на упоредну историју права германских и словенских народа. Многобројних немачки и словенски правни историчари упутили су своје напоре у правцу проучавања заједничких карактеристика правног развитка појединих народа који припадају једној или другој племенској групи. Ово упоредно проучавање словенске и германске племенске групе имало је за главни циљ да утврди заједничка обележја, која се налазе у правном развитку народа једне племенске групе, под претпоставком да заједничке физиолошке и психолошке расне особине као и стална традиција код Словена, односно Германа, доводе до образовања сличних правних установа и да је све то уносило један специфичан елеменат у њихов правни развој.

6. — **УПОРЕДНИ ПРАВАЦ.** — Велики процват судија из правне историје разних народа обелоданио је једну чињеницу од прворазредног значаја: сличност и паралелност њихових правних обичаја и установа. Правни обичаји и закони различитих народа претрпели су велике промене, али су прошли кроз врло сличне фазе развитка. У великом броју случајева, и поред велике раздаљине у простору и размака у времену, између правних установа разних народа из истог културног круга који нису имали непосредних додира и узајамних културних утицаја, постоје многе заједничке црте и обележја. Упоредним историско-правним истраживањима, констатовано је да један правни институт не може бити сматран као оригинална и искључива творевина, само једног народа. Грци. Римљани, Келти, Словени и Германи имали су у основи исте идеје о праву и правичности ма да им увек нису давали исту форму. Уколико је било разлике, то је долазило отуда, што су се извесни народи брже развијали него други: али су углавном сви ишли истим путем.

„Ако се посматрају два народа у једној истој епохи, каже велики француски историчар Фистел де Куланж, човек је изненађен њиховим разликама; изгледа на први поглед да је сваки од њих имао своје сопствено надахнуће, посебне институте, једну нарочиту људску природу. Али тако не треба поредити народе. Да би се оценило да ли они личе једни на друге или се разликују потребно је посматрати их, не у истој временској периоди, већ у истим периодама њиховог развитка. Две гру-

пе становника могле су бити под владом истих установа и могли су проћи кроз исте политичке промене; зато што је једна од њих ишла спорије од друге, изгледа да се оне много разликују; истина је пак да оне личе једна на другу. Грађанско право Германа је било оно које су имала сва стара друштва, у Грчкој, у Италији па чак и у Индији" (Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, стр. 301).

Примери за ово многобројни су. Нпр. феудални режим европског средњег века налази се у савременој браманској Индији. Један снажан феудални систем постојао је у муслиманском свету; он је био дуго на снази у Јапану све до 1867 кад је почела његова ликвидација. Кина је исто тако имала у својој прошлости феудални режим. По свему томе може се закључити да феудални режим претставља један од оних општих типова политичког и друштвеног уређења, према којима се људска друштва конституишу спонтано, у једном одређеном стадијуму свога развитка, вероватно под утицајем сличних узрока и потреба.

Упоредна археологија и етнологија открили су код људи из пећинског доба, веровања и обичаје сличне онима који се могу посматрати код ондашњих дивљака у централној Африци и Полинезији. Нпр. религиозни систем тотемизма, режим матриархата, крвна освета, установа потлача (једне врсте поклона код примитивних племена из кога се доцније развио уговор) итд., за које се у почетку мислило да су само етнографски куриозитети појединих племена, показали су се, у светлости упоредног проучавања, од врло општег и скоро универсалног значаја.

Један од претеча у области упоредног проучавања права био је велики француски писац Монтескије из прве половине XVIII века. Његово класично дело „Дух закона" није ништа друго до једна огромна анкета из упоредног права. Али он је дошао сувише рано тако да се је морао служити једном несређеном и недовољно критички проученом историском грађом.

Упоредна правна проучавања била су уведена и постављена на солидну основу од правних историчара из средине и друге половине XIX века, међу којима треба нарочито поменути већ наведеног Самнер Мена, француза Дареста, Немце Поста и Колера, Руса Ковалевског итд. Компаративне правне студије биле су нарочито посвећене примитивним друштвима, тако да је наука упоредног права постала скоро синоним проучавања примитивних друштвених организација. Литература друге половине XIX века била је формално претрпана студијама ове врсте. У дугој историји људске цивилизације, први кораци се са више гледишта могу сматрати као одлучујући. У обичајима примитивних друштава налазе се зачеци друштвене и правне организације, окружени најупрошћенијим околностима, тако да се могу лакше распознати њихови основни узроци. Код њих се наилази на све клице из којих су се после развиле разна правна и морална ограничења, под којима људи још и данас живе. Како каже Диркем, објаснити једну установу значи упознати се са различитим елементима који су допринели њеном стварању, односно показати њене узроке и разлоге постојања. Али ови разлози могу се открити само ако се пренесемо у доба кад су они дејствовали, тј. кад су створили чињенице које треба разумети. Тај тренутак се налази иза нас. Једини начин да се дође до сазнања како је сваки од ових елемената постао, састоји се у томе, да се он посматра у самом мо-

менту свога постанка и да се присуствује његовом стварању: то се стварање догодило у прошлости и, према томе, може бити познато само преко историје.

Лица, која у друштвеним наукама не би водили рачуна о примитивним друштвима учинили би исту грешку као и они који би, истражујући законе материјалног света, почели тиме, што би сматрали физички свет ако једну целину место да отпочну са проучавањем његових најпростијих саставних елемената. „Другим речима, каже Мен, ако бисмо следили уобичајени ток наука, ми би смо имали да продремо толико далеко, колико је могуће, у историју примитивних друштава. Појаве које нам она показује нису тако лаке за разумевање на први поглед; али тешкоћа да се оне схвате мала је ствар у поређењу са замршеним односима на које наилазимо при проучавању компликованог механизма модерних друштава. Тешкоћа, коју имамо да схватимо примитивне установе, долази од њихове чудноватости и неотесане грубости, а не од њиховог броја или од њихове компликованости. Тешко је повратити се од изненађења које оне проузрокују кад се посматрају са модерног гледишта; али кад то изненађење прође, онда се налази да су односи малобројни и прости". (Ancien Droit, стр. 113).

Прва истраживања у овом правцу потекла су од тзв. антрополошке школе у праву; они су имали углавном дескриптивни карактер развијајући се више у ширину него у дубину. Међутим, појавом социолошке школе, ова истраживања су била прихваћена и допуњена социолошким тумачењем правних чињеница. Социологија је истакла упоредно историско проучавање права, као најсавршенију методу за сазнање општих закона еволуције људских друштава. Раније смо напоменули главну тежњу социологије да на проучавању друштвених чињеница примени егзактне методе из природних наука. Та метода се састоји у праћењу чињеница у циљу констатације закона који одређују ред њихових појава, везујући последице са узроцима. При томе, природне науке располажу са скоро неограниченом могућношћу експериментисања која дозвољава истраживачима да по својој вољи произведу низ ових чињеница у циљу посматрања и контролисања постављених закона и теорија. Међутим, правници и социолози не могу чинити такве опите. Они су ограничени на посматрање чињеница које се дешавају независно од њихове воље и све скупа претстављају историју људских друштава. Историја, дакле, претставља за социологију једино поље посматрања, једну врсту експерименталне физике друштвених наука; помоћу упоредних историских студија социологија може одвојити чињенице које су случајне, локалног и пролазног карактера, од оних које су опште и сталне, те могу послужити за постављање општих теорија о развитку људских друштава.

Из ових упоредних правних студија изашло је и једно схватање општег права, тј. скупа извесних основних правних начела која потичу из универсалних својстава људског духа, независно од промена учињених под утицајем националних, географских и политичких особености код појединих народа. Ова начела нису постављена унапред, као апстрактне категорије конструисане од људског ума, по примеру школе природног права, већ су изведена путем индукције и на основу посматрања великог броја људских друштава. Несумњиво је, да су разни народи успели да образују у току свога развитка посебне културно-расне типове

и да, услед тога, даду својим правним установама извесна специфична обележја. При стварању разних општих типова историске еволуције права који претстављају велике напоре ка уопштавању и синтези, морају се занемаривати у извесној мери географски, етнолошки, економски и политички услови под којима су се развијали поједини народи, да би се истакло оно што је у њима опште и заједничко. Сличност и паралелност правних установа код разних раса и народа показује да, поред расних и културних разлика, постоји једна основна сличност људске природе. Чувена теорија римског општег права народа — ius gentium-а о извесним правним институтима који су потребни да задовоље један минимум правних потреба сваког људског бића, почивала је на гледишту да постоје извесне заједничке црте код свих народа и раса. Цицерон констатујући сличност између обичаја и закона појединих народа говорио је о insignis humani generis similitudo, тј. о великој сличности људскога рода. Другим речима, поред спољног утицаја средине које је тако јако и са нешто претераности истицао Монтескије у своме „Духу закона" („Природа закона је да буду подвргнути свим случајностима које се догађају и које се мењају у мери како се мења воља људи"), у стварању закона и обичаја треба водити рачуна о ономе што је заједничко, стабилно и споро променљиво у основној људској природи.

На основу ових упоредних проучавања, у којима су се историја и социологија узајамно допуњавале да би објасниле магловите и замршене почетке друштвене организације, конструисана је једна општа схема друштвене еволуције, почевши од најудаљенијих времена друштвене анархије и промискуитета па до стварања првих државних организама.

II. СХЕМА ПРОЦЕСА СТВАРАЊА ПРИМИТИВНИХ ДРУШТВЕНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

1. — **Методе проучавања преисториског човечанства.** — О правној и друштвеној организацији примитивних друштава историја не располаже са обилном и потпуно поузданом историском грађом. Кад је човечанство чинило своје прве кораке у друштвеној и политичкој организацији, нико није био ту да их забележи и да о њима размишља. У недостатку довољне непосредне грађе, историја примитивних друштава је реконструисана више на основу посредних података. Ти подаци могу бити класирани у три следеће групе: а) релације — извештаји савремених истраживача о примитивним друштвима која су они могли непосредно посматрати. Како каже један француски писац Ж. Дешлет: „Извесна дивљачка племена из садашњице или она која су недавно нестала, нису прешла почетне стадијуме рудиментарне цивилизације. Код људских племена из Океаније, Африке и Америке налазе се поједине битне црте, карактеристичне за прва људска племена која су настањивала Европу. Упоредна етнографија доказује да се слични обичаји налазе код свих примитивних народа"; б) успомене и предања које су поједини народи сачували о њиховој најстаријој историји; в) оригинални споменици примитивног законодавства, као нпр. римски закон XII таблица, индиски закон Мануа, вавилонски законик Хамурабија итд.

При искоришћавању тих података треба бити врло обазрив, јер они често пута имају релативну вредност. Тако нпр. за релације о савременим примитивним друштвима дивљака у Америци, Африци и Меланезији поставља се питање уколико се таква друштва заиста могу сматрати као модел примитивних друштава. Могуће је да су данашња дивљачка племена само примерци закржљалих и дегенерисаних друштава, тј. да се не налазе у почетку свога детињства већ да су поново пала у њега. Код националних предања поставља се питање, уколико она нису била измењена расном гордошћу и тежњом да се почеци народног живота претставе у што лепшој светлости. Најзад, оригинални писани споменици су обично састављени у једној познијој периоди развитка, кад је већ постојала писменост, тако да и они не дају праву и непосредну слику сасвим примитивних обичаја. И одатле се тек кроз поједине одломке, посматрајући их као трагове кроз које се може назрети раније стање, са употребом строго критичких метода, може установити шта је стварно израз примитивних обичаја, а шта допринос из познијих епоха.

У осуству непосредних историских података, овде се мора потражити помоћ социологије. Али ни социологија није у стању да пружи историји апсолутни почетак људских друштава, који ова није забележила. Како каже француски социолог Дави „Не желећи да досегне један такав апсолутан почетак, и да одреди физиономију људског друштва у очи првог дана његове историје у правом смислу речи, било би без сумње смело, али не и бесмислено покушати да се оцртају, прикупљајући најпознатије податке етнографије, главна обележја примитивних друштава, тј. садашња дивљачка друштва која претстављају једно стање мање развијено од ма кога историског друштва из најстаријег античког доба".

2. — **Класична теорија о првим зачецима друштвене организације.** — Сматрали смо за потребно да изнесемо све тешкоће на које наилази проучавање примитивних ступњева развитка човечанства, да би се разумела размимоилажења и разноврсне теорије и претпоставке о зачецима друштвене и државне организације.

Прва, класична теорија, сматра као основ и почетак људских друштава патријархалну породицу, тј. породицу организовану под искључивом влашћу најстаријег мушког члана као старешине породичне заједнице. Сродство које везује чланове патријархалне породичне групе називамо агнатским, засновано је на заједничком пореклу, тј. на чињеници да сви сродници потичу од заједничког мушког претка или заједничког брачног пара, мужа и жене, у коме се случају не узима у обзир сродство са женске стране. У томе неузимању у обзир сродства са женске стране, лежи разлика између агнатског и когнатског система сродства. Когнатско сродство полази од једног изворног брачног пара и рачва се око њега у свим правцима као паукова мрежа. Когнатска породична група није тако хомогена и компактна као агнатска, пошто полази од два лица (мужа и жене) која опет потичу од два друга тако да имају четири предака у првом усходном степену а осам у другом. Код агнатског сродства на врху родбинске скале односно генеолошког дрвета, налази се само шеф породице, мушкарац, pater familias. Око њега се образује једна хомогена група синова, унука, праунука

изашлих из једног корена, који живе под његовом влашћу, носећи исто име.

Хипотеза патријархалне породице као основне ћелије и најпримитивнијег облика друштвене организације датира још из најудаљенијег античког доба. Платон и Аристотел су је формулисали још у IV веку пре Христа ослањајући се међу осталим на историју Циклопа опевану од Хомера. Говорећи о Циклопима, Хомер је рекао да они „немају ни скупштине за већање ни суђења, али да врше власт над њиховим женама и њиховом децом, не водећи рачуна једни о другима". То би био систем потпуно изолираних и независних породица, без икаквих међусобних веза. Теорија патријархалне породице је такође у складу са библиском традицијом и са организацијом породице у најстаријем римском праву. Цицерон је говорио: „Prima societas in ipso conjugio est". (Прво друштво лежи у самам браку).

Из те најуже групе, породице, основне друштвене ћелије, развили су се постепено шири агрегати, прво једна шира крвна заједница, нека врста велике задруге, братства или родовне заједнице, „кућа" из римског права а затим племе. Ова класична теорија о поступном развитку ужих друштвених јединица ка ширим, јасно је резимирана код Самнер Мена на следећи начин; „Дуго су се опажали трагови једног стално растећег низа група од којих се држава била првобитно образовала. Породица, кућа и племе Римљана могу бити сматрани као њихови типови и описи који су нам учињени такви су, да је тешко да у њима не видимо систем концентричних кругова, формираних постепено око једне исте тачке. Елементарна група је породица, везана влашћу најстаријег мушког претка. Скуп породица образује gens (род) одн. кућу. Скуп кућа је племе. Скуп племена образује републику. Можемо ли ми ићи за овим излагањима и тврдити да је република скуп лица везаних заједничким пореклом од шефа једне првобитне породице? Свакако ми можемо бити сигурни да су стара друштва сматрала као да потичу из једне исте лозе" (Sumner Maine, Ancien Droit).

Старијим писцима држава је изгледала као једна федерација аутономних породица, и утврђивање државне власти састојало се у ограничењу власти шефова породица. Према великом историчару Момзену, римска држава је била организована по угледу на породично уређење и у целини и у појединостима; први римски краљеви имају у држави исту врсту власти као шефови породица у својој кући. То би се исто могло рећи и за организацију многих других примитивних монархија. У великој француској енциклопедији из XVIII века могла се наћи следећа дефиниција: „Породица је једно друштво које служи као основа националног друштва, јер један народ, једна нација нису ништа друго до скуп породица".

3. — **Модерне теорије о првим формама друштвених организација.** — Међутим, новије социолошке теорије, засноване на посматрањима савремених примитивних друштава, износе сасвим другојачије хипотезе о еволуцији примитивних друштава. Модерна социолошка теорија, потпуно супротна од класичне, обрће ред ствари и сматра да мале групе произилазе из великих а не велике из малих.

На сасвим примитивном ступњу развитка, први облик друштвеног живота било би хорда, тј. група људи без икакве стабилне организаци-

је и без одређених друштвених правила. Чланови хорде водили су номадски живот бавећи се углавном ловом и риболовом, без утврђеног места становања. Никаква организација брака и породице није постојала пошто су чланови хорде живели у режиму опште мешавине (промискуитета), не познавајући никакве сродничке везе по крви и пореклу.

Прва стабилнија и прецизнија организација која је изишла из хорде била је клан, једна примитивна друштвена организација, заснована на тотемизму. Клан претставља једну групу индивидуа који се сматрају повезани између себе извесним сродничким везама. Али ово сродство не долази услед крвних веза, тј. порекла од једног заједничког претка, већ по томе, што су сви припадници клана, носиоци једног заједничког знака — тотема. Сроство између чланова тотемистичког друштва је засновано, на једној легендарној и мистичној вези; они сматрају да потичу од једног заједничког митског претка који је симболизован неком животињом, биљком или чак метеоролошком појавом, (облаком, кишом). Нпр., ако је тотем једног клана вук, чланови клана верују да сви потичу од вука односно од једног претка који се инкарнира у вука. Клан је дакле састављен од појединаца који сматрају да у себи носе исту крв али не знају какве их одређене родбинске везе спајају, тј. немају појам сроства какав ми данас имамо. Пошто у клану не постоји никаква генеалогија, знак по коме се чланови распознају као сродници и тако разликују од странаца јесте тотем. У ствари клан је једна велика породица, заснована на једној религиозној и мистичној вези, али је јасно колико је велика разлика између једне такве организације и патријархалне породице.

Између чланова клана, постојале су узајамне дужности и обавезе. На првом месту, да освете повреде и штете нанете једном сроднику (крвна освета); друго, право сваког члана на заједничку имовину; треће, право ношења заједничког имена; четврто, дужност да се учествује у заједничком култу. Врло је дискутовано питање о ексогамији и ендогамији. По извесним писцима постоји обавеза за чланове клана да узимају жене из другог клана (ексогамија), док су други мишљења да таква обавеза није ни постојала него да су се могле узимати жене из истога клана (ендогамија).

По овој теорији, тек доцније из клана је изашла ужа породица, заснована на одређеним крвним везама, одн. на чињеници порекла од једног заједничког претка. Патријархална породица, каква је организована у античком, грчком и римском праву, као и код јеврејског народа по библиском предању, претстављала би не почетну већ завршну етапу у тој еволуцији. Према великом броју писаца, првобитни промискуитет је био замењен везама крвног сротства које су потицале са материнске стране. И у клану тотем се преносио филијацијом преко матере, а не преко оца и мушких предака. Оно што чини ову претпоставку вероватном, јесте чињеница да се материнство по својој физиолошкој природи даје лакше установити него очинство. У примитивним друштвима, која тек почињу да излазе из режима промискуитета, материнство је много видљивија веза него очинство. Дакле, пре патријархалне породице, постојала би фаза матријархата у којој би центар рудуминтарне породичне организације, кристилазициона тачка друштвеног живота, била жена одн. мати.

Ма да ова теорија има доста велики број присталица, ипак не треба изгубити из вида да је она углавном заснована на хипотези, да су почеци друштвеног живота код народа аријевске расе били исти као што је случај са савременим примитивним племенима у Меланезији, Америци или Африци. Међутим, код народа аријевског порекла тотемизам остаје још увек као претпоставка, пошто нам је њихова историја позната тек од момента кад су они већ били конституисани у агнатске, патријархалне породице. Противу хипотезе о првобитном промискуитету, изјаснили су се такви ауторитети као што су Дарвин и Вестермарк. Мен допушта да је промискуитет могао претстављати прелазну фазу развитка код појединих племена, али сматра да се то не може узети као нормално стање, кроз које су морали проћи сви народи. Фаза тотемизма добија, донекле, индиректну потврду са постојањем култа предака и домаћих богова који је забележен код античке организације патријархалних породица у Грчкој, Риму, Индији итд. Тотемизмом се могу објашњавати извесне особености једног од најранијих краљевства у историји човечанства, Краљевства у Египту. Најзад, постојање свештеничке касте друида код Келта и брамана у Индији може се објаснити прелазном фазом која је наступила после распадања тотемизма. Кад се све то узме у обзир, модерна социолошка теорија ипак даје, у данашњем стању науке, још највероватније објашњење почетне фазе људских друштава.

4. — **Битне карактеристике првих друштвених група. Процес стварања и индивидуализације централне друштвене власти.** — Прве организоване друштвене заједнице, било на религиозно-мистичкој бази као тотемистички клан, било на крвној вези чланова групе, као римски gens или родовне заједнице код Словена, појаве из познијег историског развитка, имале су, као главну карактеристику, јаку кохезију и солидарност између њихових чланова.

Личност појединаца је потпуно апсорбована од групе; он усамљен не претставља никакву вредност већ се рачуна само као члан заједнице. Између чланова групе постоји дужност узајамног помагања у случају кад би један био нападнут од члана неке друге заједнице. Реакције родовне заједнице према спољним нападима, иако би ови били индивидуалног карактера, имале су увек колективно обележје. Она је солидарно одговарала за сваког свога члана, као што је и друге групе сматрале солидарно одговорним за све оно што би њихови чланови учинили. Спољни односи између племенских група носили су увек колективни карактер, а индивидуална одговорност појединаца појављивала се само у унутрашњим односима групе. Најтежа казна за члана родовне заједнице који је повредио њена унутрашња правила била је искључење, изгнанство из заједнице. Изгнан из своје групе, појединац је остао без икакве правне заштите као каква дивља звер, изложен милости и немилости чланова своје групе или осталих група. Код Грка, изгнанство се сматрало као једна од најтежих казни, скоро равна смрти. Код Римљана исто тако казна aquae et ignis interdictio (једна врста забране огњишта) која претставља искључење из заједнице, сматрана је као изванредно озбиљна.

Овде се показује дубока разлика, између модерне и старе друштвене организације. Модерно друштво полази од појединаца и поде-

шава своју организацију према његовим потребама, док примитивна друштва полазе од потребе група, којој су индивидуални интереси потпуно потчињени. Немоћ и несигурност усамљеног живота у једној суровој и варварској средини, принуђује појединца да тражи ослонца и заштите у тесној сарадњи са својим ближњима. Племена, која се налазе у стању вечитог рата са својим суседима, могу обезбедити своју тешку егзистенцију и сачувати оно што имају само у тесном јединству, подређујући потпуно своје интересе интересима целине. Један усамљени човек био би изгубљен.

У крилу саме овакве групе формирају се спонтано и пређутно, путем сталног понављања и имитације обичаји који потпуно владају појединцима. Сви се сматрају обавезним да поштују традиције предака. Индивидуе су скоро робови заједнице и потпуно спутани у својој слободи кретања. Култ предака у примитивним срединама је изванредно јак и претставља велику сметњу напретку, јер се свако новачење сматра као увреда предака која може изазвати њихов гнев и освету.

Између овако чврсто организованих група (кланова или родовних заједница) настају сукоби, који доводе до система крвне освете у коме казна мора да буде тачно, математички, одмерена према учињеном делу. То је закон талиона, који је изражен у библиској изреци „око за око, зуб за зуб". Овакав режим сталних борби и освета слаби и исцрпљује групе. Услед тога се и појављује тенденција да се крвна освета замени умиром и откупом (враждом). Неправда и причињена штета место да буду директно освећене предмет су једне накнаде, која је одређена, било пресудом једног арбитра, било касније према једној унапред утврђеној тарифи.

Интересантно је забележити, да је рат имао, на први поглед парадоксалну последицу, да доведе до измирења чланова родовних заједница и њиховог постепеног стапања у племенску, односно доцније и у националну државу. Рат захтева велике заједничке напоре, дисциплину и унутрашњу слогу; родови, кланови и племена пред заједничком спољном опасношћу која им прети, морају да забораве на све унутрашње размирице и да успоставе и унутрашњи мир, без кога би свака ефикасна спољна акција била немогућа. Цезар описујући германска племена у Галском рату наглашава да код њих нема заједничке власти над племеном у време мира, ма да су у унутрашњости појединих кланова сукоби регулисани од стране њихових шефова. Али, чим рат избије, један заједнички шеф за цело племе бива изабран, и он има право живота и смрти над члановима племена. У циљу вођења рата, више родовних група или племена окупљају се око једног врховног шефа, сматраног као најјачег и најхрабријег, коме поверавају врховно вођство и организацију ратних операција. Овај шеф има у почетку чисто војничке атрибуције, али по самој природи ствари, нарочито у случају успеха његова се власт постепено проширује. „Први краљ је био један срећан војник" казао је Волтер и у тој изреци има доста историске истине. Победа војног шефа увећава његов престиж и даје му могућност да проширује своју власт и да означи свога наследника. Он постаје поред ратног шефа, политички шеф, судија и законодавац.

Али погрешно би било мислити да је у примитивним друштвима војнички престиж, сам по себи, довољан да заснује трајну владу краљева. Релегиозан и мистичан моменат играју у оваквим срединама

тако велику улогу да се без њих не може организовати никакав друштвени ауторитет. Чувени енглески истраживач Фрезер поставио је познату тезу „о мађијском пореклу краљевства". Он је показао да се у већини примитивних друштава краљевима придаје моћ да учине да сунце сија, да падне киша, да жетва буде обилна. У том погледу је типичан пример египатског фараона, најстаријих краљева које историја познаје. Познати египтолог Море даје нам следећу слику египатског краљевства:

„Краљ није само „срећан војник", храбри заштитник свога народа на бојном пољу, сакупљивач земље који је постао најбогатији шеф у држави; он узима такође изглед једног мађионичара, који заснива свој ауторитет на низу мађијских операција. Пошто је асимиловао и сварио личност и моћ богова и фетиша, поштованих заштитника кланова и краљева, он узима обе земље, излази као сунце, даје људима воду и жетву; обезбеђује њихову сигурност несумњиво својом снагом, памећу, храброшћу али исто тако и моралним престижом који му даје у очима његовог народа стално понављање сувереног ритуала, пронађеног у корист богова чије тајне само он познаје . . . Тако се ствара за Менеса и за све фараоне династичко право на круну, засновано на савршеној идентичности са боговима, првим краљевима људи, потврђено традицијом и одржавано мађијским обичајима који дају краљу са оделом, круном и грбовима, физички изглед, сву материјалну и моралну моћ богова."

5. — **Прелаз од група заснованих на сротству на политичко-територијалним заједницама.** — Племенске групе почињу осећати, и кад је ратна опасност прошла, све пацификаторске благодати једне макар и рудиментарне државне организације која замењује унутрашње борбе и трвења једним релативним редом и миром. Сем тога, племена која не могу дуго подносити једну добровољну дисциплину изложена су потхватима оних која су дисциплиновани и чвршће организовани, тако да она као побеђена могу бити приморана да приме туђу политичку власт. То је можда био један од разлога, што су словенска племена, релативно доцније од осталих племена, могла да организују своје државе.

Тиме је извршен прелаз из родовне и племенске организације ка једној широј политичкој организацији, из које ће се постепено развити држава. Али тај прелаз није био ни лак а још мање брз. Племенске групе су дуго чувале и браниле своју аутономију. Прва племена, као и античке државице у Грчкој, била су организована по федеративном принципу. Из федерализма су изашли и први рудиментарни облици политичке власти који се налазе код примитивних племена: поред краљевства постоји и један савет старих и угледних људи (сенат) и скупштина ратника. Савет стараца је састављен од поглавица кланова организованих у дотично племе. Он врши судске и саветодавне функције. Скупштина не претставља једно политичко претставништво у модерном смислу речи, већ војничку организацију племена, скуп људи способних да носе оружје.

Важан моменат у еволуцији примитивних друштава јесте њихов прелаз од група заснованих на тотемистичком или на крвном сротству ка једној територијално-политичкој организацији. Очевидно је да се не може замислити да једно људско друштво потпуно независно од зем-

љишта на коме живи, и номадска племена су увек у извесној вези за земљиштем а под утицајем географских прилика. Тај утицај се све више појачава, уколико људске групе прелазе из ловачко-рибарског и сточарског начина живота у земљорадничку привреду. Али све док су примитивна људска друштва заснована на везама мистичког или крвног сродства, територијални елеменат игра у њиховој организацији сасвим подређену, секундарну улогу.

Међутим, кланови или више кланова и родовних заједница уједињених у племе, постепено се учвршћују на одређеном делу територије, на један сталан начин. Од тога тренутка земљиште, односно територија, замењују сротство као базу друштвене организације. Место племенске сувереност долази територијална сувереност. Мен је лепо описао дугачак процес у току кога је споро, и често са великим потресима, заједница територије заменила заједницу расе као основ националног јединства. И ту је велику промену он рељефно и сажето изразио у реченици: „Енглеска је некад била земља у којој су живели Енглези. Енглези су данас народ који настањује Енглеску."

Истовремено се обавља и процес стапања и федерације мањих група у једну ширу друштвену и политичку организацију — државу.

Централна власт која је у почетку била слаба морала је да чини компромисе са племенима, поштујући њихове обичаје и традиције. У тој пролазној фази, у току једног мучног и спорог процеса формирања државне власти, употребљавају се разна средства која су имала да амортизују сударе између родовних заједница и племенских група, као и између њихових чланова. Држава је имала дуго да се бори да би учинила крај самопомоћи појединаца и група. Централни државни органи се појављују у почетку више у улози једног врховног арбитра, који ставља на расположење завађеним странкама своје услуге, него као непосредна власт, која им безусловно намеће своје одлуке. У почетку, арбитража централне власти није обавезна већ факултативна; централна власт мора чинити велике напоре да наведе групе да ту арбитражу прихвате. Затим, пресуда арбитра нема принудну извршну снагу. За извршење пресуде постојала су само посредна сретства, свечано обећање религиозног карактера, јемство трећих лица, полагање извесне суме новаца унапред. Грчки писац Хезиод (VI века пре Христа) говори о краљевима који деле правду вршећи улогу посредника, трудећи се да путем убеђивања доведу странке до измирења. Тек после једне дуге периоде, централна државна власт је успела да наметне дефинитивно свој ауторитет и да резервише за себе искључиво вршење судских функција.

Треба напоменути да је у државној организацији судска власт претходила законодавној. И доцније, кад су државне организације постале чврће, увек су се судске атрибуције шефа државе као и војне сматрале исконским, а законодавне тек као доцније стечене. То се лако објашњава тиме, што вршење законодавних функција претпоставља много јачу централну власт и безусловну покорност законодавним прописима, док се вршење судских функција може организовати и на бази добровољног прихватања арбитраже. У том случају се стварање, или бар само јасније и прецизније формулисање правних прописа, обавља истовремено са њиховом применом на конкретне случајеве.

Тако је формално стварање права почело путем свакодневног изрицања правде у конкретним случајевима. У самом почетку племенско-државне организације, то је вршено на племенским скупштинама. Али, како је сталним порастом броја чланова заједнице истовремено растао и број правних послова, појављивале су се све веће незгоде овог система. Скупштина је постојала сувише гломазно тело да решава све многобројније случајеве. Отуда потреба да се суђење обавља у присуству неколико претставника народа, што је дало места именовању нарочитих судија као и установи пороте. Постепено, врховна судска власт се концентрише у рукама краља или верског поглавара, који ју је често сам лично вршио (пример: Француског краља св. Луја који је изрицао правду под чувеним Венсенским храстом) — или је делегирао лично од њега наименованим судијама.

А. КРАТАК ПРЕГЛЕД ИСТОРИЈЕ РИМСКОГ ПРАВА

1. — **Значај Римског права за цивилизовано човечанство.** — Рим је ушао у светску историју као мало племе сиромашних земљорадника. Почеци Рима у области права нису били много друкчији од почетка осталих примитивних друштава. Тек доцније грандиозни правни развитак показао је, да је Риму било додељено да човечанству пружи један модел правне организације, која је вековима служила као инспирација правних система великог броја народа западне цивилизације. Тачно је речено да је јеврејство дало Западном свету основе монотеистичке религије, Грчка основе филозофије и уметности, а Рим основе правне организације. Енглески правник Јенкс сматра да је модеран свет познао само два оригинална правна система, римско и енглеско право. А енглески правни историчар Мен жалио је што римско право није дубље продрло у Енглеску, пошто је оно један важан елеменат у општој маси људског знања, јер „оно прожима, напаја и мења све производе људске мисли које нису искључиво енглески". Прави значај римског права не лежи у писаним законима. И пре Римљана, код других народа на истоку; било је већ доста закона и правних правила. Довољно је само поменути имена славних грчких законодаваца Миноса, Ликурга и Солона. Само, правни прописи код тих народа претстављали су несређена и сирова правила друштвеног понашања, један минимум рудиментарне и више инстинктивне друштвене организације. Римљани су били први који су створили од права науку и вештину. Они су конструисали правне категорије, класирали правне институте, изградили правну терминологију, једном речју рационализовали правни живот подвргнувши га правилима логике. Њихове поделе и правне категорије, по којима су били распоређени правни институти, сливале су се све правне прописе у једну логичну и хармоничну целину, у један координарни правни систем. Главно обележје римског права лежи у томе, што његова еволуција и стално прилагођавање практичним потребама живота нису били резултат законодавних интервенција или лаганог и несвесног стварања обичајног права. Његов развитак је био дело правне науке и вештине римских правника, њиховог тумачења, комбиновања и упоређивања постојећих правних прописа, које они нису могли да отворено погазе и промене већ само постепено да прилагоде, њихове проницљиве анализе и

елегантне дијалектике. Elegans est то је била основна девиза римских правника.

Само њихова велика заслуга је да нису никад злоупотребљавали логику, дедукцију и апстрактну дијалектику. Сва њихова решења била су инспирисана практичним здравим разумом и осећањем мере. Рационализација друштвених чињеница и њихово подвргавање правним нормама нису никад ишли на уштрб животних потреба једног друштва у сталном развитку. Они су имали у изванредној мери смисао за стварност, за практичне потребе живота, као и прави дар за проналазак погодних техничких сретства за постигнуће својих циљева. Ретко су се и пре и после Римљана све ове особине налазиле сједињене у тој мери, као што је то био случај код њихових правника. Како каже Јеринг у своме „Духу римског права" (т. III стр. 302) „Није логика та која има право на егзистенцију, већ оно што захтева живот, друштвени односи, смисао правде, било то логично потребно или логично немогуће. Римљани би заслужили да станују у Абдери (варош у Тракији позната у класичном добу због глупости својих становника) да су увек мислили другојаче, да су жртвовали интересе живота школској дијалектици".

Поред свега овог, постоји још један крупан разлог, због чега је познавање римског права од великог интереса. Римско право је једино од античких права чија је целокупна историја могла бити потпуно реконструисана. Оно даје најпотпунију слику једног правног система, од његових најранијих почетака па до савршене зрелости и преласка у декаденцију. Разни правни институти, који још увек играју важну улогу у правном животу модерних држава могу бити следовани, корак по корак, у своме развитку и разним променама, у току дванаест векова једне од најинтересантнијих правних историја.

2. — **Почеци и период старог права.** — Из најстарије, историске познате епохе римског права, може се закључити да је процес његовог формирања трајао доста дуго пре него што је Рим ушао у историју, и да га је почетак историске периоде затекао већ доста усавршеног. Али у примитивном праву се још опажају трагови ранијих епоха, по којима се може наслутити кроз какве је разне фазе примитивно римско право прошло, пре него што је ушло у историски познату фазу свога развитка.

Као и у свим примитивним срединама, тако и код Римљана у почетку религија игра доминантну улогу у стварању права. Код Римљана у најранијој епохи право је било делимично тесно спојено са религијом, делимично састављено из обичаја. Неколико одредаба само је било изгласано путем плебисцита (једне врсте закона) од стране народних скупштина. Те три врсте правила биле су респективно назване као fas, mores, jus (верски прописи, обичаји и право). Прва категорија је обухватала правила која су сматрана као инспирисана од стране богова краљевима и свештеницима. Она су се односила на вршење култа и на извесне породичне односе. Као њихова санкција сматрали су се гњев богова или нека религиозна казна. Она су била постепено елиминисана и замењена правом. Право се касније одвојило од религије, али је доста дуго свештеничка класа вршила једну врсту монопола у постављању и примени правних прописа.

Обичаји предака су се примењивали на већину породичних односа, између мужа и жене, између чланова породице, који су били подвргнути апсолутној власти шефа породице. Право у томе добу имало је само један ограничени домен примене. Оно је штитило својину земљишта, право пољских службености и својину инструмената за рад; исто тако су биле кажњаване штете које би биле причињене лицима и стварима. Економско право, тј. регулисање пословних односа, скоро није постојало, јер зато није ни било потребе. Између земљорадника који се искључиво баве пољопривредом, као што је то био случај са примитивним Римљанима, прилике да се закључују уговори биле су врло ретке. Једино су били регулисани уговор о зајму и отуђивању породичних добара, и то зато што је први од ових послова могао имати за последицу да стави инсолвентног дужника у личну зависност од повериоца, а други зато да би се могли контролисати породични односи. Право се, дакле, бавило углавном оним пословима који су могли имати утицаја на лични статус појединаца.

У погледу процедуре за остварење права, у најранијој периоди Римскога права налазимо још јасно трагове првобитне самопомоћи. У примитивном систему процедуре, названом legis actio (законске акције-тужбе), реч тужба је била синоним свечаних формалности које је тужилац требао да испуни да би имао овлашћење да себи прибави правду за погажено право. Из тога се јасно види да је у своме почетку, римско право пре тога најпримитивнијег система процедуре, познавало систем самопомоћи, тј. право појединаца да сами предузимају потребне мере за обезбеђење својих права. Процедура законских тужби само је донела два ограничења приватне самопомоћи: прво се састојало у томе што је појединац, чије је право било повређено, био дужан да јавно констатује легитимност и основаност свога захтева. По процедури законских тужби то је имало да се учини у присуству арбитра, односно судије, који је могао да одбије своју сарадњу ако би тужба била противна верским и правним прописима. Друго ограничење било је у томе, што је арбитар или судија могао свести захтев тужиоца на једну одређену меру. Тужилац је могао добити само оштету утврђену законом или процењену од стране судије.

Један од типова тужби sacramentum врло је интересантан, јер он претставља комбиновани систем правне самопомоћи и јавног државног судства. Пред судијом се развија једна врста симулиране борбе између два парничара, судски двобој који је честа појава у свима примитивним правним системима. Тужилац тврди да је сопственик права, а тужени то оспорава. У моменту, када странке треба да дођу у директан физички сукоб, судија их зауставља. Вршење самопомоћи тиме је заустављено док се не реши ко је у праву. Странке су дужне затим да учине верску заклетву и уз то да положе једну одређену суму новца, коју губе ако се докаже да нису у праву.

Два начина извршног поступка manus injectio и pignoris capio носе сва обележја аката из система самопомоћи, тј. када држава није интервенисала у изрицању правде већ су је појединци сами себи прибављали. Извршени поступак manus injectio интересантан је што се у њему огледа сва суровост примитивних правних обичаја. Поверилац је имао да прокламује повишеним гласом износ и узрок свога дуга, хватао за гушу дужника и водио га пред судију да би од овога добио овлашће-

ње да га задржи. Пошто му је судија дао ово овлашћење, поверилац је био обавезан да свога дужника изводи на три узастопна пијачна дана, да би на њима поново прокламовао износ дуга. Од тренутка његовог хапшења па до истека рока од шест дана, дужник је могао бити ослобођен ако би платио дуг или ако би се појавило неко треће лице — vindex — које би оспоравало постојање дуга и оправданост хапшења. У отсуству плаћања дуга и појаве vindex-а, дужник је био од стране судије дефинитивно остављен повериоцу, који је имао право да га прода као роба или да га убије. Ако је било више повериоца, они су били овлашћени да дужника исеку у делове и поделе између себе (partes secanto). Pignoris capio је исто тако један начин директне акције повериоца, који ставља руку на један предмет дужникове својине, и задржава га у својој власти као залогу, све док му дужник не плати дуг.

Једна од главних карактеристика римског права из ове прве периоде развитка јесте строги формализам. То је, уосталом, битно обележје свих примитивних права, али је он код Римљана, због њиховог јаког расно урођеног традиционализма и формалистичког смисла, био нарочито развијен и дуго остао као једно од битних обележја њихове правне технике. Дубоки психолошки и социални разлози објашњавају постојање формализма у примитивним друштвима. На првом месту, код примитивних људи тешко се долази до једне одлуке а још теже се утврђује моменат кад је одлука донета. Сем тога, употреба писмених исправа је врло ретка. Зато је потребно да се тренутак закључења једног правног посла обележи на врло упадљив начин, путем опсежног спољнег церемонијала са тачним значењем, који ће остати дубоко урезан код свих присутних тако да доцније не може бити никаквог спора о природи и циљу учињеног акта. Ту се појављује и социални моменат. Да би закључени посао добио санкцију од стране племенске или државне власти, потребно је да је он обављен са јавношћу и у формама које не допуштају никакву сумњу у његово постојање и смисао. Услед свега тога, свечани церемонијал за закључење правних послова био је строго и у најситнијим појединостима регулисан, тако да је најмања погрешка повлачила њихову ништавност. Исто тако, усмене формуле које су имале бити том приликом изговорене, морале су бити строго поштоване и свака пропуштена или промењена реч, поништавала је намеравани правни посао.

Практични значај и циљ овог формализма најбоље илуструје један обичај из старог баварског права према коме је преносу имања имао увек присуствовати известан број деце. После церемоније преноса, сва пресутна деца била су обилно ишамарана да би што дуже чувала успомену на правни посао коме су присуствовали као сведоци.

Али формализам, који се може подносити у примитивним срединама где су правни послови ретка појава, постаје велика сметња у развијеном друштву са живљим темпом привредне размене. Услед тога се појављује потреба за упропашћавањем и променом сувише компликованих и крутих формалности. У римском праву, чији је конзерватизам био велики, тај проблем је био решаван путем законских фикција. Фикције су служиле да прикрију промене у правном правилу, чији је текст привидно и формално остајао исти, док је његова приктична примена у ствари била дубоко промењена. Следећи пример показаће начин на који су се фикције спроводиле практично у правном животу.

У старом римском праву продаја се увек вршила за готово путем једног поступка који се називао „mancipatio". Како је бронзана монета била тешка и вредела по тежини, то се њено мерење вршило са теразијама у присуству пет сведока. Пошто је мерач измерио новац, купац је, хватајући ствар, изговорио формулу: „Тврдим да је роб (или други предмет купо-продаје) мој према праву Квирита и да ми је тако припао са овом бронзом и овим теразијама". Затим ударивши једним парчетом бронзе у теразије да би привукао пажњу присутних, он је предавао купцу целокупну цену. Доцније, путем фикције, укинута је обавеза непосредне исплате цене. Све формалности су остале и даље исте, тј. присуство мерача са теразијама и пет сведока било је увек потребно, али је продаја била обављена са фиктивним пријемом једног парчета бронзе од стране купца што је замењивало исплату целокупне цене.

Велики напредак у развитку римског права учињен је кад је право успело да се еманципује од религије. У почетку његово познавање и тумачење спадало је у атрибуције понтифа (свештеника). Законом од XII таблица (усвојеним почетком IV века римске ере — 450 година пре Христа) редигован је један део најважнијих правних прописа који су тиме престали бити предмет искључивог сазнања свештеничких каста, и постали познати и приступачни сваком римском грађанину. Закон од XII таблица донео је потпуно изједначење свих класа римског народа у погледу права. Поред тога, што је објављивање правила обичајног права претстављало заштиту противу злоупотреба једне повлашћене олигархије, оно је још сачувало здраве народне институције од пропадања, дегенерације, наопаког тумачења и штетног проширавања. То нарочито наглашава Мен поредећи римско право са хиндуским правом. Етнологија је установила да су Хиндуси и Римљани изашли из истог расног стабла и постоји једна велика сличност између њихових примитивних обичаја. И данас се још у хиндуском праву налази један основ здравог разума који је прекривен огромним бројем нерационалних, апсурдних и сурових обичаја и злоупотреба, створених у току доцнијег развитка. Римљани су били заштићени противу овог кварења обичаја са редакцијом њиховог законика. Он је био редигован кад су ти обичаји били још здрави и један век доцније можда би то већ било касно.

Век и по доцније учињен је један нов корак ка секуларизацији права; откривене су тајне Понтифа и њихових архива, односно формуле које су се морале употребљавати у процесима, као и дани кад се могло ићи пред суд а да се не огреши о верске прописе. Од тога момента познавање и тумачење права припада независним правницима у њиховом приватном својству. Та чињеница биће од пресудног значаја за даљи развитак римског права. Римски правници, тесно везани за праксу, уживајући велики друштвени углед, постаће главни чиниоци правног усавршавања и напретка. Њихова мишљења су имала не само тумачећу већ и стваралачку снагу, тако да су сматрана као једна врста секундарног законодавства. Њихов ауторитет је био скоро изједначен са ауторитетом закона и, под императором Августом, та пракса је санкционисана тиме што је угледним правницима било признато право ius publice respondendi, тј. право да дају стручна правна мишљења у име шефа државе. Они имајући главних заслуга за високи ниво и оригиналност правне науке и вештине у Риму. Главна периода њихове активности почиње почетком II века пре Христа, а завршава се крајем III века после Христа.

После III века престаје оригинални стваралачки рад правника и настаје периода компилација. Тих пет векова доктриналне делатности претстављају најсјајнију, класичну епоху римског права.

3. — **Класична периода.** — Из ових још примитивних зачетака, услед сталног политичког, духовног и економског развитка Рима, његових додира са страним народима, настаће сјајна периода класичног римског права. Томе ће нарочито допринети развитак ius gentium-а (заједничког, општег права народа) с једне и ius honorarium-а хонорарног (преторског) права с друге стране. Ius gentium је, углавном, створено као последица потребе да се омогући склапање правних послова између римских грађана и припадника других народа са којима су Римљани долазили у додир. Ту се је показала недовољност ускогрудог и формалистичког система примитивног римског права да регулише нове привредне и трговинске односе. Дошавши у додир са страним народима, Римљани су убрзо осетили потребу да прошире своја првобитна уска схватања. Они су то учинили узимајући и делимично асимилујући правне обичаје и институте других народа. На тај начин је постало једно космополитско и опште човечанско право које је садржало у себи све елементе, тако да се доцније могло прилагођавати потребама најразличитијих раса и народа. Напоменућемо још да је по дефиницији, коју су му Римљани давали, оно сматрано „као право које је природни разум код свих људи утврдио и као оно што сви народи подједнако поштују и којим се сви народи служе".

Што се тиче другог, преторског права, треба напоменути да су претори били судије, који су при ступању на дужност (они су били обично бирани на годину дана) објављивали едикте. Ти едикти су садржавали правила на основу којих су претори имали да суде за време вршења њихових судских функција. Правила која су се налазила у Едикту односила су се на све делове приватног права. Она су често претстављала увођење новина у циљу да се попуне празнине постојећег права и да се поправе његови недостатци. Те новине су, уопште узевши, биле увек повољно примане, јер су биле инспирисане правичношћу и разлозима јавне користи. Претор је уосталом избегавао да предузме ма какву реформу, док није био убеђен да ће она бити потпомогнута од јавног мишљења и следована од праксе.

Преторско право као и jus gentium били су моћни фактори који су проширивали и допуњавали некадашње уско грађанско право примитивног Рима, ублаживали његову крутост и стално упрошћавали компликоване и свечане формалности процедуре.

Историја римског права се састоји у сталном ублажавању првобитних разлика између појединих категорија становника римске државе. У почетку, патриције, чланови курија имају своје специјално право названо право квирита које је неприступачно плебејцима. Већ закон од XII таблица укида ту разлику. Затим долази разлика између Грађанског права и општег права народа (ius gentium). Право уживају само прави римски грађани, а за остале чланове савезних или покорених народа и муниципија који немају римског грађанства (peregrini), важи ius gentium.

Разлика је између два права у томе, што је само грађанско право омогућивало уживање свих породичних и наследних права док се је право народа (ius gentium) углавном односило на имовинско и облигационо право (ius commercium) и на право приступа судовима. Едиктом

императора Каракале од 212 године после Христа, проширено је и само грађанско право на све класе становника римске империје.

Затим је и крути систем примитивног поступка законских акција замењен са много гипкијим системом формула, који је више одговарао потребама нових правних установа у сталном стварању и еволуција. У стварном праву дошло је, углавном под грчким утицајем, до стварања заложног права, покретне залоге и хипотеке. У породичном и наследном праву остварене су исто тако велике реформе и наследно право, у примитивном Риму врло рудиментарно организовано, постаће пред крај римске империје један од најсуптилнијих и најфиније разрађених делова приватног права. Али највећи успеси су постигнути у области облигационог права, што се може објаснити и чињеницом да је Рим постао центар светског саобраћаја ондашњег доба. Готово сви типови уговора који и данас постоје у приватном праву творевина су римског права класичне епохе: уговор о купо-продаји, закупу, најму, о послузи, јемству итд.

Ово велико ширење и развијање права у класичној периоди дошло је као последица промена насталих у друштвеном животу. Примитвни правни појмови могли су одговарати потребама сиромашних пољопривредника једне мале државице од неколико хиљада кв. километара, какав је био Рим у своме почетку. Освајање Италије и многобројних области преко мора направили су од римске државе највеће царство у свету. Друштвени живот претрпео је дубоке промене под утицајем многобројних узрока: развитка индустрије и трговине, пораста богатства, боравка у иностранству многобројних Римљана, војника, трговаца и чиновника, боравка у Риму лица из свих крајева Италије и осталих делова света, итд.

Затим, стварање Римске империје исто тако је много помогло ширењу идеје права; императори су имали интереса да заведу заједницу права између народа који су се налазили под њиховом влашћу. Услед тога римско право је постало много приступачније разним категоријама лица и много генералније у погледу својих правила које је требало прилагодити народима врло различитим по раси и по култури.

Потпуна правна теорија о држави и њеној власти појавила се у Риму у почетку царства (крајем првог века пре Христа). Под републиком власт је била подељена између консула и трибуна. Консули су имали imperium тј. право заповедања, а трибуни делегацију власти од плебса ради одбране и заштите његових интереса. Власт императора је постала спајањем ових двеју институција: консуларног imperium-а трибунске власти делегиране од народа. Imperium је император добијао од Сената или војске, док му је трибунска власт била делегирана путем закона који се звао lex regia.

Једном природном еволуцијом ствари, императорима је доцније признато и једно и друго својство, као права која потичу из саме његове императорске власти. То се је догодило крајем III века, под Диоклецијаном и Константином. Император је тако постао носилац суверене власти, тј. права да свима другима наметне своју вољу која изнад себе није имала никакве друге више и јаче воље. Отуда је потекло правило да римски император својом вољом ствара закон „Quod principi placuit legis habet vigorem. На тај начин је створен правни појам суверене државне власти, која ће до модерног доба остати основ јавног права

у европским па и америчким државама. Француска револуција из краја XVIII века, кад је прокламовала теорију народног суверенитета, није у томе погледу учинила никакву промену, већ је само поставила, место краља, народ као носиоца суверене власти. Суштина појма суверености остала је иста само је њен субјект промењен.

4. — **Декаденција Рима. — Јустинијанова кодификација.** — Иза ове сјајне периоде настала је у току III века општа декаденција Римске државе. После „римског мира", повољног за ширење права, настала је периода социјалног распадања. Она је била карактеризована опадањем моралног смисла код појединаца и разним другим појавама грабљивости и подмитљивости код државних чиновника. Порези су постали и сувише тешки а њихова рђава и неправична расподела их је чинила још неподношљивијим. Међутим, та тако скупа државна организација није могла да испуни своју основну дужност: да гарантује мир и безбедност својим становницима. Пред сталним навалама варвара, Римљани нису били више у стању да бране своје територије. Осуство безбедности онемогућавало је и трговину и пољопривреду. У појединим областима сопственици упропашћени ратовима и инвазијама напуштали су своју земљу да би избегли плаћање пореза. Недовољно јака централна власт није била више у стању да спречи злоупотребе у разним гранама државне управе. У исто време појављују се моћни појединци, велики сопственици латифундија, који успевају да се ставе ван закона и око којих се окупљају социјално слабији, тражећи заштиту од једног незајажљивог фискуса. Ово опште кварење обичаја манифестовало се и у области права. Сви су извори права били пресушили и остали су само закони-конституције императора. Закони долазе беспрекидно један за другим и место да зауставе опште расуло, они га само појачавају. Сви друштвени оквири попуштају; породица је ослабљена и растројена, власт шефа породице сасвим умањена, вредност уговорних обавеза разним законским интервенцијама сведена на нулу. Али здрав основ римске јуриспруденције и доктрине из класичног доба, сачуван у Јустинијановој кодификацији, преживеће ову деканденцију и из њега ће, као са једног непресушеног извора, средњи век и модерно доба црпети главне основе својих правних система.

У то доба општег расула почиње се већ осећати утицај хришћанских идеја хуманости и милосрђа на формацију права. Цар Константин је у почетку IV века имао за циљ да спроведе велику реформу друштвених обичаја и законодавства у духу хришћанских идеја. Но не треба мислити да је стално ширење хришћанских идеја довело до брзе и потпуне промене права. Његов утицај је био лаган и постепен и осетио се највише у погледу личног положаја појединаца, у породичном и наследном праву.

Најзад, у VI веку византиски император Јустинијан приступио је кодификацији римскога права. Ова кодификација спада у оквир опште административне реформе предузете од Јустинијана у циљу да се увећа правна безбедност, искорене злоупотребе чиновника и да се одузме судијама сваки изговор за непознавање и неодређеност права. Јустинијанова је кодификација састављена из четири дела: 1). Збирке законских текстова (кодекса, који се у главном састоје из царских конституција); 2). Збирке разних правних мишљења и тумачења који потичу од

чувених римских правника по свим важнијим правним питањима. Ова збирка је добила назив **Пандекта или Дигеста** (компилација текстова). Она је нарочито имала велику вредност за доцнију научну обраду права; 3). Институције су претстављале трећу збирку, која је имала да послужи за елементарну правну наставу: то је била једна врста уџбеника за студирање права; 4). Четврти део је била збирка новела Јустинијанових, тј. закона који су донети за време његове владе, после објављивања прве збирке законских текстова, тј. од 533 до 565.

Ово Јустинијаново законодавство остало је формално на снази до краја Византијског царства и вршило је велики утицај на целом Блиском истоку; тај утицај се осећао преко византиског права и у Средњевековној Србији. И у самом Корану налазе се трагови утицаја римског права. Али услед сталног слабљења државне моћи, сталних верских трвења и размирица које су апсорбовале сву духовну активност византијских научника и државника, најзад, услед сталног продирања грчког језика и грчке националне свести, класично римско право је било у сталном опадању. Пред крај Византије, средином XV века, Јустинијаново законодавство се једва може препознати у разним византијским правним зборницима и приручним књигама-изводима. На Западу, континуитет правног развитка је био прекинут инванзијом варвара и стварањем на бившој римској територији готских, лонгобардских, бургундских и франачких држава.

Б). Развитак права у Западној Европи после пропасти западног Римског царства.

1. — **Стварање разних пролазних држава од племена германског порекла и њихов нестанак.** — Људи германске расе који су срушили римско западно царство довели су собом своје обичајно право. Ово право је потицало из примитивног заједничког основа свих индоевропских народа, и по својој садржини било је, у доба у коме говоримо, на врло примитивном ступњу. Из поређења која су чињена могло се констатовати да је оно било мање развијено него римско право из доба закона XII таблица, тј. право које је постојало у Риму пре пет векова. У доба Римског историчара Тацита који је у своме чувеном делу о Германији дао тачан приказ стања у коме су се германска племена налазила у почетку хришћанске ере, германска раса није још била организована у народе; она је била тако далеко од свога националног јединства да у њеном језику није постојала одговарајућа реч за тај појам. Германи су живели као велики број независних племена са истим обичајима и истим језиком, али политички потпуно подвојено.

Као и сви народи у почетку свога развитка, тако су и Германи прошли кроз систем колективне својине земљишта са његовим периодичним поделама између породица, у циљу привредног искоришћавања и обделавања. У доба Тацитово, међутим, могло се већ констатовати постојање индивидуалне својине, која се почела стварати поред колективне.

Германски народи нису знали за закон у смислу који ми придајемо тој речи; они су живели искључиво под правним обичајима, одржаваним путем усмених предања и традиција. У погледу кривичног права они су били још на примитивном ступњу развитка. Сви злочини давали су места

крвној освети између појединаца и између породица. Али ова освета се свршавала обично плаћањем једне компензације (оштете) породици којој је припадала жртва. Међутим, већ су се у Тацитово доба могла констатовати два напретка према овом стању. На првом месту утврђене су биле тарифе о оштетама које је повлачила свака кривња; на другом месту стојала је могућност тужбе од стране жртве деликта или њеног претставника да се постигне осуда кривца да плати оштету. Јавна власт се појављивала у овом случају само као факултативни посредник између оштећеног и кривца, а не као обавезни судија.

Са доласком Германских племена у земље где се до сада примењивало римско право, као нпр. у Галији (данашњој Француској) ово није било сасвим потиснуто. Са Германским племенима завладао је систем персоналности закона, тј. сваки појединац је потпадао под закон свога племена или расе. Свако лице је носило собом закон свога племена тако да је постојала изрека, jura ossibus inhaerent тј. права пријањају за кости. Тако се нпр. на Франке примењивало франачко, на Бургунце бургундско, а на стараседеоце Гало-Римљане римско право. Овај систем је још могао како тако функционисати, кад су односи постојали између два лица исте расе, али он је постојао немугућ и изазивао велике компликације, кад су лица, између којих је постојао правни однос, припадала различитим законима.

Између германског обичајног и римског писаног права успостављен је био један сталан контакт; резултат тога додира је био да су Германи примили извесне установе римског права, док су опет римски староседеоци усвојили поједине германске обичаје. Само, римско право које се тако примењивало, није било оно из класичне, сјајне периоде; то су били одломци који су се преносили у разним искваренним и непотпуним прописима, рађеним од невештих и недовољно правно образованих преписивача и практичара. Поред тога, оно је било већ под сталним утицајем обичајног германског права. Најзад, не треба изгубити из вида да је доласком варварских народа сам начин живота постао много примитивнији. Услед тога, римско право из најсавршеније фазе развитка није више одговарало потребама времена, јер је претстављало један сувише разрађени и компликовани систем за примарне односе нове средие. Тако се створила једна врста дегенерисаног римсог права, прилагођеног елементарним потребама германских племана. Ускоро су се појавиле сумарно редиговане збирке римског и варварског права (leges romanorum i leges barbarorum). За римско право је била нарочито позната збирка која је израђена по наређењу визиготског краља Аларика II у почетку VI века Lex romana Visigothorum.

Али када су се доцније, стварањем националних држава, правне сфере територијално разграничиле, констатовано је следеће стање: на територији, који заузима данашња Немачка и у Енглеској, где Римљани никад нису били настањени у великом броју, римско право је било потпуно потиснуто од германског. У Шпанији где је једно време постојала западно-готска држава, римско право је потпуно надвладало германско. У Француској је граница између два права ишла од прилике реком Лоаром; северно од Лоаре преовлађивало је обичајно право франачког, односно германског порекла; на југу од Лоаре у тзв. земљи писаног права (pays du droit ecrit) од XII века потпуно је завладало римско право. У самој Италији, где су се доста дуго задржали Лонгобарди, нај-

обдарениј германско племе у правном погледу, лонгобардско право је било потиснуло римско право. Римско право је у Италији животарило све до XI века кад је почела његова ренесанса, благодарећи проналаску потпуног текста Јустинијановог корпус јурис цивилис-а и његовим коментарима од глосаторске школе у Болоњи. Одатле ће се римско право постепено ширити и стално потискивати германско право, све док се тај процес није завршио у току XV века, рецепцијом (усвајањем) римског права, чак и у једној чисто германској држави као што је Немачка.

У почетку VI и VII века, поред разних више или мање ефемерних германских држава, почела је да се формира на територији данашње Француске једна јака франачка држава под владом Меровиншких краљева. У то доба, политичка организација германских племана је била знатно напредовала. Германи су већ били дошли до степена организаване владавине краљева. Додуше, власт франачких краљева је била доста ограничена. Они су имали војно заповедништво, извесне судске функције и право да убирају доста мршаве финансиске дажбине. Може се рећи да су само основни елементи једне сталне државне организације већ постојали. Франачки краљеви су имали своје чиновнике, који су у њихово име у разним областима вршили судске и војне функције. Исто тако појављивали су се и први зачеци законодавне власти: франачки краљеви, а нарочито Карло Велики, издавали су тзв. капитуларе, једну врсту закона који су обавезивали све становнике њихове државе.

В. **Феудално доба.**

1. — **Узроци и постанак феудалног режима.** — Процес стварања јаких државних организација прекинут је појавом феудалног система. Франачка држава, као и разни покушаји стварања државних организација од појединих германских племена, претстављала је тип једне више површинске државне организације. Главна маса народа састојала се од слободних сељака изнад којих су се налазила властела. Властела су била везана више једним личним односом, задатом вером, за шефа државе који их је у накнаду за њихову војну и судску службу награђивао поклоном земљишних поседа. Али, према слободним сељацима, властела су имала више почасни ранг него неку стварну власт. Оно што је карактеризовало прве државне организације германских племена, то је њихова нестабилност и покретљивост. Због честих ратова, краљ и његова пратња били су у сталном покрету путујући с једног краја државе на други. Они су периодично обилазили земљу и заводили државни поредак својим доласком и привременим боравком у разним местима. Ова путовања су била нарочито потребна зато што су краљеви лично вршили судске функције. Говорећи о краљу Јовану без земље из XIII века Самнер Мен каже: „Краљ Јован је сматран за нежног суверена; али никад трговачки путник из наших дана у служби једне врло запослене и предузимљиве фирме није тако често и у току толико узастопних година толико путовао чак и служећи се железницом".

Германски народи имали су једну друштвену организацију која је претстављала погодан терен за развијање феудализма. Централна државна власт није била код њих достигла ону снагу и ауторитет коју је имала у Риму и Атини. Индивидуа није била директно потчињена централној власти; држава је претстављала једну врсту федерације поро-

дица, општина, села, великих дружина добровољно окупљених ратника под влашћу једног шефа. Шефови ових група, имајући под собом велики број потчињених, послуге, робова, сељака везаних за земљу, оружаних људи били су моћнији него краљ и држава. Права власт није лежала у монархији; она је била подељена између шефова широко организованих породица, поглавара војних дружина, поглавара општина. Појединци су имали врло велику слободу према државној власти, али су били у великој личној зависности према својим локалним и дружинским господарима.

Постепено, под дејством разних дубоких политичких, социјалних и економских узрока, дошло је у току IX и X века у западној Европи до потпуног распадања централне краљевске власти и завођења феудалног система. Слободни сељаци су били дужни да врше војну службу о свом руху и круху. Исто тако они су морали, према обичајима који су тада постојали, да о свом трошку учествују и у вршењу судских функција. То је за њих био тежак терет јер су морали да напуштају своје свакодневне послове од којих су се издржавали. Због тога су они драговољно претпостављали да се одрекну своје слободе и да ступе у једну врсту потчињеног односа према богатој и моћној властели; то им је бар обезбеђивало један минимум материјалне егзистенције и извесну личну безбедност. Како тачно каже велики француски историчар Фистел де Куланж: „Доминирајућа чињеница ове жалосне епохе, она која је испуњавала животе и све их узнемиралала била је осуство безбедности. Бранити своје добро, своју слободу, свој живот, била је велика ствар, велика тешкоћа, највиша тежња људског рода. За то није требало рачунати ни на краљеве, ни на њихове чиновнике, ни на судове. Судска администрација није давала наде. Тада је дошло оно што се догађало у свим временима и што ће се увек догодити у сличним случајевима: слаби, који се више нису осећали заштићени од јавне власти, тражили су заштиту од јаких и стављали се под њихово туторство. Патронажа је претстављала уточиште за све оне који су хтели да живе у миру". (Histoire des institutions politques de l'ancienne France, стр. 583). Очевидно је да је свако више желео да остане слободан и власник свога имања. Теориска могућност избора између независности и васалства постојала је у почетку средњег века, и у историји тога доба нема података да је неко био силом принуђен да постане васал. Али како није било могуће добити прво без другога, људи су претпостављали да буду васали. У почетку феудалног режима, све до XI века, уговори о васалству су закључивани слободно и само са доживотним трајањем. Тим уговором је васал продавао своју слободу и послушност да би купио заштиту. Доцније, ситуације створене овим уговором постале су наследне и неизмењиве. Тиме је моћ властеле још више јачала а централна власт слабила.

Са друге стране, увођење феудалног система било је проузроковало и начином ондашњег ратовања. Чести ратови су захтевали извесну врсту специјализације у војничком позиву. Затим, коњаничка војска, опремљена оклопима, показала се далеко супериорнија у техничком погледу над обичном пешадијом. Услед тога је дошло до постанка феудалне властеле, која је имала задатак да образује једну врсту професионалне војничке класе у циљу војне одбране земље. Разне економске повластице које су властели дате имале су, као почетно оправдање, потребу да јој се омогући да се искључиво посвети војном позиву и да

располаже са довољно средстава за скупу војну спрему једног оклопљеног војника. Последица свега тога била је та да су се властела све више одвајала од краљева и учвршћивала на својим земљишним поседима.. На тај начин настало је једно распарчавање и разједињавање државне власти, које претставља главно обележје феудалног режима.

2. — **Глвне карактеристике феудалног уређења.** — Основица феудалног уређења налазила се у феуду, тј. у једном земљишном поседу који је владалац или један моћан властелин уступао једном другом властелину да би овај постао његов васал. То уступање земљишног поседа било је скопчано са извесним узајамним обавезама између господара уступљеног земљишта и васала. Васал је обећавао ономе који му је давао земљу апсолутну верност и још разне услуге које се могу свести на три главне врсте: васал је био дужан да укаже своме господару војну помоћ кад би га овај на то позвао; он је имао да се подвргне његовој судској власти и да се прими судских функција под његовим претседништвом; најзад, он је имао да притекне у помоћ господару својим саветима и у извесним случајевима да му пружи финансиску потпору (феудалну помоћ — aide féodale). У замену за то господар је дуговао своме васалу верност, правду и заштиту.

Овај уговор о узајамном обезбеђењу показује колико је у феудалном друштву био измењен појам државе. Услед немоћи државе да одговори својим елементарним задацима, тј. да обезебди личну сигурност и да пружи правну заштиту, људи су се удруживали путем једне врсте друштвеног уговора о узајамној заштити, која је имала да замени немоћну државну власт. Идеја о једној објективној државној власти нестаје и њу замењује једно баштинско (патримонијално) схватање јавноправних функција. Оно се, за разлику од данашњег схватања власти у модерној држави, састојало у томе, што је вршење јавно-правних функција било спојено са приватно правним поседом земљишне својине.

Али, по самој природи ствари, феудална група се не може ограничити само на однос између два лица. Феудални господар није дао земљишне поседе само једном васалу; он је то учинио и према другима тако да је под његову власт потпао известан број васала. То је дошло као природна последица чињенице да је у добу владавине, снаге и насиља, какав је био феудални режим, требало бити моћан и богат па моћи постати шеф и заштитник. Сви ови васали који су везани за једног истог феудалног господара образују једну феудалну групу, једну врсту мале државице способне да испуни најелементарније државне функције. Услед војне службе васала, феудална група има своју војску; са њиховом судском службом она образује једну врсту суда; са њиховом дужношћу дају савете феудалном господару ствара се једна мала влада. То стварање малих држава показује да велика држава, у чијем се оквиру оне стварале, није била способна да обезбеди људима унутрашњи мир, правну и политичку сигурност.

Овако образована феудална група не може се још сматрати као потпуна. У њу су улазили, поред феудалних господара и њихових васала, и друга лица, али у споредној и потчињеној улози; то су били земљорадници или неслободни тежаци (serfs) који су добијали земљишни посед од феудалних господара или њихових васала, али под другим условима него што су се давали земљишни поседи васалима. Слободни

земљорадници су добијали земљишни посед са обавезом да чине господару дажбине, било у новцу било у натури. Поред њих су постојали и тежаци, који су били у једном полу-ропском положају, везани доживотно за посед свога господара, коме су имали да обрађују земљиште искључиво за његов рачун. Ни једни, ни други нису били активни чланови феудалне групе; они су имали у главном само обавезе и дужности а врло мало права. Са својим радом и својим дажбинама ова лица су обезбеђивала економске потребе целе феудалне групе; у замену за то они су добијали војну и социјалну заштиту феудалне групе противу насиља која би долазила са стране. Главна веза између чланова феудалне групе, овако органски образоване, била је земља; једни су је уступали а други су је добијали под извесним условима.

Али је тиме и појам својине претрпео, као и појам државе, дубоке измене. Својина није више била као у римско доба једно апсолутно и искључиво право искоришћавања и располагања стварима установљено у корист једног лица. Право својине било је исто тако распарчано као и државна власт. У феудалном систему својина се је делила на три дела: на врховну (dominium eminens) која је била чисто номинална и припадала владаоцу; директну (dominium directum) која је припадала феудалном господару и служила као база за дажбине од стране тежака утврђене у његову корист; на својину уживања (dominium utile) која је припадала ономе који је земљу обделавао. Сем тога, нико од тих делимичних сопственика није имао право слободног располагања са феудалним поседима. Онај који је непосредно обделавао земљу није то могао чинити, јер на њој је постојало право директне својине феудалног господара; феудални господар није опет могао дали феудални посед неком другом лицу пошто је васал имао на њему својину уживања. Тако су феудални поседи добили потпуно наследни карактер, тј. прелазили су са феудалног господара односно васала, на њихове респективне потомке.

Феудална група таква, какву смо је горе описали, ретко је била потпуно усамљена у феудалном систему. Феудални господар, шеф групе, могао је сам као васал да уђе у једну другу ширу групу исто тако организовану, чији је шеф био још јачи и моћнији. На тај начин долазио је целокупан његов земљишни посед као феуд у директну зависност од његовог феудалног господара, а преко њега су земљишни поседи његових васала индиректно долазили у феудалну зависност од врховног феудалног господара. Прва група се везивала за другу, друга за трећу тид. Тако се стварао феудални јерархијски систем, који се састојао из једног низа степена међусобне зависности који је почињао од ситног поседа и његовог господара па се, идући од крупнијег ка крупнијем поседу, завршавао код владаоца. Владалац је тако био сматран као врховни феудални шеф свих осталих феудалних господара, и овако установљена јерархија успела је, бар номинално, да сачува фикцију националног односно државног јединства. Доцније ће монархија, у реконституисању националног и државног јединства искористити противу феудалног режима његове сопствене принципе, присаједињавајући постепено велика феудална добра крунском домену и замењујући власт феудалних господара, краљевом влашћу.

3. — **Положај цркве и градова у феудалном режиму.** — Да би се добила јасна слика феудалног друштва, треба још истаћи специјалан положај који су у њему заузимали црква и градови.

За прва три века хришћанске ере, хришћанска црква је била час толерина час гоњена од римских императора. У тој периоди она се је била организавала да може живети самостално, немајући никаквих веза са једном паганском, нехришћанском државом. Хришћани из првих векова, чврсто организовани у тајна верска удружења све су се више одвајали од грађанског друштва и државе живећи искључиво у крилу своје цркве, која је за њих претстављала главну друштвену и политичку организацију. У том одвајању народа од државе налазила се велика опасност за римско царство које је иначе било у сталној декаденцији. Да би укинуо овај дуализам који је слабио империју, и повратио морално јединство државе, цар Константин је почетком IV века признао легалну егзистенцију хришћанске цркве, везујући је за државу и признајући јој нарочите повластице и атрибуције. Од тога момента, утицај и углед хришћанске цркве су стално расли тако, да је после пада западног римског царства, у великом друштвеном хаосу и рушевинама свих римских институција, само још хришћанска црква претстављала један чврст и нетакнут организам, који је преживео општу катастрофу.

Тај свој изузетно јак положај, као и повластице које је добила пред крај Римског царства, црква је умела да сачува и после инвазије варвара и стварања разних њихових држава у Западној Европи. Узроци тога њеног успеха могу се лако објаснити. На првом месту, то су били разлози верског карактера: утицај и престиж хришћанске вере код наивних и сирових варвара био је већи него код цивилизованих и рафинираних Римљана. Исто тако играли су важну улогу и политички моменти: црква је претстављала једну јаку и дисциплиновану организацију са већ утврђеном традицијом, која је могла бити драгоцен савезник и опасан противник за младу државну власт тек у стварању. У доба општег мрака и незнања, Црква, састављена од људи који мисле, пишу, проповедају и поучавају претстављала је главну интелектуалну и моралну снагу времена. Она је сматрала да је потребно да постоји једна јака државна власт која би је помагала у њеном раду на спасењу људских душа. Држава не би била цркви потребна кад би људи били пуни врлина; пошто то није случај, краљеви су потребни да помогну цркву у њеној борби противу греха. Феудални господари нису били довољно јаки да земене државу. Феудализам је био доба насиља, рата, разбојништва, уопште влада бруталних људских нагона и страсти које воде губитку човечје душе. Црква је проповедала божанску мисију краљева који су имали да јој олакшају вршење њеног задатка. Она им указује пуну подршку, ствара церемонијал крунисања, заклетву верности, култ краљевске милости. Због тога, краљеви, да би обезбедили помоћ и сарадњу цркве и добили њено признање, сматрају као политички опортуно не само да потврде стечене привилегије, већ да јој даду нове. Тако је црква стекла једну нарочиту ситуацију и постала снажан фактор чији ће утицај у домену и приватног и јавног права, и уопште у целокупном националном и државном животу свих европских народа, бити дуго свемоћан.

У феудално доба црква није ушла само као претставник вере и култа, као једна чисто верска организација, већ и као једна политичка установа. Стицајем разних прилика црква је успела, иако се простирала на разним државним подручјима, да се сама организује као једна врста државе и да врши извесне атрибуте државне власти. Она је стекла огромна непокретна имања која су у то доба претстављала главни извор бо-

гатства и друштвене снаге; она је имала своје аутономно законодавство које су и саме државе прихватиле и примењивале; затим је организовала своје судове, који су судили разне грађанске и кривичне процесе паралелно са државним судовима; најзад је она установила своју посебну, чврсто дисциплиновану јерархију са свештеницима и судијама која је обухватала целу државну територију и допирала до њених најзабаченијих крајева.

Феудално друштво је, дакле, било једна врло повољна средина за ширење и утврђивање политичког положаја и утицаја цркве. Она је у њему успела да стекне потпуно независан положај према државној власти. У феудалном режиму је завладала анархија у којој је била помрачена и сама идеја државе. При том општем друштвеном и политичком поремећају, као и раније при пропасти Западног царства, црква је сачувала и још више појачала своју организацију. На другом месту, црква је постала највећи сопственик непокретног имања у држави; а у феудалном режиму земљишни посед је играо одлучујућу улогу. Црквени великодостојници, у име цркава и манастира са којима су управљали, уступали су исто тако као и остала властела земљиште по општим принципима феудалног система. Тако су и религиозне установе постале центри феудалних група и ушле у општи склоп феудалног друштва.

Али, иако је то све за цркву било један нов извор власти, њена главна снага је лежала у њеним раније стеченим привилегијама, у чијем је вршењу за време феудалног режима она стекла независност коју никада пре тога није имала. Црквено судство је било проширено у огромним размерама, закорачујући дубоко у домен државног судства. Као подлога тога судства служило је канонско право које је добило једну нову ширину у примени и изванредно велики значај. За време трајања феудалног режима, сасвим ослабљена државна централна власт је престала да издаје опште законе; црква је, међутим, продужила да преко црквених сабора (концила) и преко свог врховног шефа Папе доноси законе, који су се простирали на цело западно хришћанство. Свештенство је било стекло нарочите повластице, ослобођење од пореза и осталих терета, тако да је постало један засебан сталеж, који се разликовао од обичног пучанства и био сличан властели.

У том општем распарчавању државне власти и градови су почели да се еманципују и да стичу један посебан положај. Ова еманципација која је почела крајем XI века, а нарочито се развила у току XII и XIII века, довела је до стварања градских аутономија и локалних слобода. Главни узрок овога покрета лежао је у једној природној неподударности између градског живота и феудалног режима. У градовима су чешћи додири између људи и јаче струјање идеја него по селима, довели до стварања духа слободе, услед чега се много више осећала сва грубост феудалне експлоатације. На другом месту, односи који су потицали из уступања земљишта претстављали су главну основицу феудалног режима; у градовима такви су односи били без значаја, јер се главно богатство састојало више у трговини и занатству. Са политичко-економског гледишта ни трговац, ни занатлија нису имали никакве користи већ само сметње од интервенције феудалног господара. Као што смо раније напоменули, главна корист коју су тежаци-земљорадници имали од феудалног господара састојала се у његовој војној заштити. Међутим, та заштита је много мање била потребна градском него сеоском становништву, јер

су градови били мање изложени нападу и боље организовани за одбрану. Сем тога, градови су претстављали главну привредну снагу феудалног режима. Они су били нужна допуна скученом економском животу феудализма, главни фактори његовог развитка и прогреса. Повластице и аутономије градова састојале су се углавном из права да имају своје судове и своје сопствено законодавство, које се у средњем веку сматрало као нужна последица судске аутономије. Сем тога, градови су имали фискалну аутономију, тј. право да сами преко својих органа разрезују и наплаћују порезе и таксе. Најзад, они су добили право да држе своју сопствену војску, једну врсту грађанске милиције, која је имала за циљ да одржава унутрашњи ред у градовима и да их брани од спољних напада.

4. — **Развитак приватног права у феудалном режиму.** — Што се тиче приватног права, треба напоменути да да се под феудалним режимом постепено изглубио и систем персоналности закона. За примену овог врло компликованог система била су потребна два услова. Прво, да се у сваком процесу може утврдити раса којој припадају парничари ради примене њиховог респективног личног закона. Међутим, уколико је више времена пролазило од доласка варвара и њиховог постепеног настањивања, расе су се све више укрштале и мешале, нарочито путем мешовитих бракова, тако да је све теже било установити расну припадност. На другом месту, требало је имали један стручан и извежбани судски персонал, који би био у стању да се снађе у том конгломерату и изукрштаности разних закона и обичаја. То је све било теже постићи, јер је у феудалном добу све више преовлађивао интелектуални мрак и опште незнање. Последица свега тога је била опште напуштање система персоналности закона који је постао практично неупотребљив. Место њега је настао режим територијалности обичајног права. У свакој области која је имала своју географску, историску или политичку индивидуалност, стварало се обичајно право које је имало локално обележје ограничено на ту област, али које се примењивало без разлике на сва лица која су у њој била настањена. Сасвим је природно да су као главни ослон за стварање тог локалног обичајног права служили обичаји расе која је у тој области била најмногобројнија, али су ти обичаји губили њихов лични и расни карактер и постојали чисто територијална права.

Стварању овог територијалног права допринела је још у знатној мери и чињеница да је феудалном систему постојао један огроман број потпуно међусобно одељених и независних судских власти, коју су вршили феудални господари сваки за себе. Свака од тих судских власти имала је тенденцију да у својој области примењује посебно обичајно право. Уосталом, ти обичаји су били још доста неодређени тако да се може рећи, нарочито за почетак феудалног режима, да не што само није било општих писаних закона, већ уопште никаквих прецизних и јасно утврђених правних правила.

Г). Јачање централне власти и прелазак из феудалног друштва у сталешку државу

1. — **Декаденција феудалног режима и њени узроци.** — У доба свога највећег успона феудални систем је био у тој мери завладао це-

локупним духовних животом, као и материјалном културом Западне Европе, да су све друштвене институције биле дубоко прожете његовим духом. Људима тога доба је феудални систем изгледао једно толико природно и нормално друштвено уређење, да су чак и Бога замишљали као једног врховног феудалног господара, на челу једне велике небеске војске васала. Уосталом, у сваком добу људи замишљају да установе којима се они служе претстављају један природан ред ствари, и грчки филозофи Платон и Аристотел сматрали су ропство као једну неопходну друштвену институцију.

Али и феудални режим је, под утицајем разних узрока, био већ одиграо своју истриску улогу и морао уступити места једном другом друштвеном и политичком поретку. Један од узрока који су допринели његовом паду била је и промена у техници ратовања, нарочито после проналаска барута. Феудална војска, чија је главна снага била у тешко оклопљеним коњаницима, постала је неупотребљива и морала је уступити место једној многобројнијој и лакше покретљивој пешадији. Услед тога, број је почео играти већу улогу него квалитет оружања. Али нарочито стално подизање културног нивоа и напредак опште просвећености, проналазак штампарије и културни препорођај (Ренесанса) Западне Европе, нанели су одлучне ударе једном систему који се у главном одржавао на незнању и непросвећености широких народних маса. Открића интегралних текстова римског права имало је такође крупних последица, јер се из њих могла добити јасна слика једног другог друштвеног уређења, далеко савршенијег и културнијег него што је био феудални систем.

Поред ових општих узрока пада феудалног режима постојали су и други, специјални за поједине државе. Тако је залазак феудалног режима у Француској ишао бржим темпом него нпр. у Немачкој, поред осталих околности, благодарећи политици француских краљева који су дугим и систематским радом успели да ликвидирају велике феудалне господаре и успоставе национално и државно јединство. Због тога и нестајање феудалног режима, које је уосталом било лагано и поступно, не пада у исто доба у разним европским државама.

Треба још приметити, да, као што се то често дешава при променама друштвеног уређења, социалне установе и односи створени под утицајем извесних узрока трају још доста дуго, и кад су узроци који су их створили већ одавно ишчезли. Тако су и извесни социални односи и правне установе, који су били директни продукат феудалног режима, још дуго остали на снази у нешто промењеном виду и онда кад је цео феудални систем већ давно био изгубио сваки основ свога постојања. Сталешко уређење, које је наследило феудализам, задржало је у себи још много његових остатака а нарочито у погледу земљишног поседа као и главних оквира његове сталешке поделе. Сталешка држава је генетички произашла из феудалног режима и зато је дуго носила у себи његове институције. У Француској, последњи трагови феудализма избрисани су тек великом револуцијом од 1789 године, а у неким државама они су, што се тиче режима земљишне својине, постојали још и у току XIX века.

Главна разлика између сталешке државе и феудалног режима огледала се више у јавно-правном погледу и састојала се у постепеном успостављању и јачању централне државне власти оличене у владаоцу. Тај

процес је обављен на првом месту постепеним присаједињењем великих феудалних поседа домену Круне. Самим тим је учињен један велики корак ка државном јединству; као што смо раније напоменули, основни принцип феудализма лежао је у томе што је вршење регалних суверених права прешло на феудалне господаре, разуме се у границама њихових феудалних поседа. Присаједињујући феудалне поседе домену Круне, владалац је самим тим фактом, на основу општих феудалних принципа, замењивао феудалне господаре у вршењу њихових суверених права. Уједињење великих феудалних поседа са доменом Круне већ је делимично постигнуто у оквиру феудалног уређења, а на бази његових сопствених принципа. Усредсређујући у својој личности атрибуције неколико великих феудалних господара, владалац је, може се рећи једним механичким путем, успостављао јединство централне државне власти и вршио једну врсту реконструкције државног јединства.

То је било пре свега једно политичко дело, у коме су дипломација и рат била главна средства. Али је свему томе била потребна и једна правна подлога која је требала да створи разлоге за рад дипломације и изговоре за рат, као и да пружи једну солидну јавно-правно теориску конструкцију за успостављање централне владалачке власти. Те правне принципе, легисти, тј. правници у краљевој служби црпили су из римског права. Ренесанса римског права крајем XI века, о којој је раније било речи, имала је великог утицаја не само на приватно већ и на јавно право. У Јустијановом зборнику легисти су открили модел једне апсолутне монархије са јаком административном влашћу у којој додуше није било слободе, али је било реда и организоване правде. У историској перспективи, римско царство је изгледало као држава у којој је идеја централне и суверене власти била развијена са свим својим последицама, и у којој није било места за грубости и насиља феудалног режима као и за његову анархичну подељеност. Из Јустијановог зборника се видело да је у личности римског императора била сконцентрисана пуна суверена власт, да је он сам доносио законе и преко њих заповедао свима, да је исто тако он вршио судску власт било сам, било преко својих судија, да је имао право разрезивања пореза и њихово убирање и то од свих поданика царства. Инспиришући се овим историским примером, ондашњи правници су усредсредили све своје напоре да у корист краља створе исто такву организацију која је постојала некада у корист римских императора, и у томе погледу они нису могли да се позову на један већи ауторитет него што је тада претстављало римско право као ratio scripta (писани разум).

Благодарећи специјалним приликама о којима је напред било речи, ликвидација феудалног режима са јавно правног гледишта и стварање јаке централне власти у виду једне апсолутистичке монархије биле су у Француској свршене чињенице крајем XV, односно почетком XVI века. У другим земљама, нарочито у Немачкој, где је номинално владао шеф државе који је носио титулу „императора светога римског царства" процес је био спорији. Немачки император, нарочито после Вестфалског мира (1648) изгубио је сваку ефективну државну власт. Али и тамо је ипак дошло до формирања јаких централних влада, само у ужим државним оквирима у Пруској, Баварској, Саксонској, Аустрији итд., а не на целокупном националном подручју као у Француској. Уопште

узевши, од изласка из феудалног режима осећа се извесна диференцијација у развитку западних европских народа; специални историски условиви, различите расне особине, другојачији географски положај, друге политичке прилике вршиле су све јачи утицај у смислу посебних еволуција тих народа. Али при свем томе, иако није било више потпуног синхронизма у развитку, ипак се еволуција обављала по извесним сличним историским етапама.

2. — **ЈАЧАЊЕ ЦЕНТРАЛНЕ ВЛАСТИ ОЛИЧЕНЕ У МОНАРХИЈИ.** — Реконструкција државног суверенитета и јединства манифестовала се у свима доменима државног живота. На првом месту, у погледу вршења законодавне власти. Постепено владалац преузима прекинуту традицију да доноси опште законе за целу државну територију. У почетку то се законодавство односи на успостављање мира. тј. на забрану ратова између разних феудалних господара за известан одређени рок (то се називало Treuga Dei Божје примирје). Али ти закони имају карактер данашњих међународних пактова о ненападању, донетих више са пристанком заинтересованих феудалних господара, него на основу суверене законодавне власти монарха. Право законодавне власти владара се јавља много доцније, и још у XV веку постоје трагови вршења законодавне власти од појединих моћних обласних господра.

У исто време појављује се и установа сталешких скупштина (сабора), који сарађују са краљем у вршењу законодавне власти, нарочито у погледу стварања пореских намета. Ма да је владалац задржао у своји м рукама главну законодавну власт, ипак ове скупштине нису биле обична формалност. Оне су представљале једно ограничење владаочеве власти. То се поклапало са првом фазом владалачке власти која је у почетку била умеравана не само политичким утицајем сталежа, већ и извесним општим начелима обичајног јавног права.

У стварању националног јединства и јачању централне влсти, владалац је имао у борби са феудалним господарима потребу за политичком и новчаном помоћи коју су му могли пружити само окупљени претставници свих сталежа. Те народне скупштине су једна општа појава која се, у размаку од два века (од краја XII до краја XIV века), манифестовала у свима главнијим западно-европским државама: Шпанији, Немачком царству, Енглеској и Француској. Ова подударност се не може сматрати случајном. Чињенице да су се народне скупштине почеле сазивати у приближно исто доба у свим главнијим западно-европским државама, значи да су оне биле један природан резултат општих закона историског развитка. Њихов састав је био исто тако у разним државма сличан. У њима су обично учествовали претставници три сталежа који су у феудалном систему претстављали главне друштвене снаге: свештенички, властелински сталеж, становништво из привилегисаних, еманципованих градова. Доцније, састав овог трећег елемента биће измењен и у избору претставника трећег сталежа узимаће учешће не само слободни градови већ и сеоско становништво.

Потоњи развитак ових скупштина није био исти у разним државама. У Француској, где се постепено учвршћивала једна јака, прво умерена, а затим апсолутистичка монархија, оне су губиле од свога значаја и, пошто су претстављале једну сметњу и контролу краљевој апсолутној власти, оне су престале бити сазиване. У Енглеској, напротив, оне су

узимале све већег маха и из њих се постепено развио модерни парламентарни систем. Треба напоменути да се у овим скупштинама налазе први почеци модерних политичких слобода и претставничког система.

Поред законодавне, владалац је постепено усредсредио у своје руке судску власт. Од увек је вршење судских атрибуција сматрано као једна од првих и основних дужности владара па чак за време трајања феудализма, она се од свију његових функција још и најбоље одржала. Један од главних теоричара краљевске власти, творац модерне теорије о суверенитету из краја XVI односно почетка XVII века, Боден, рећи ће да „монарх пре свега дугује правду својим поданицима". Од свију владарских функција судска је била најбрже реконструисана, и већ од XV века судије су постале инструменти преко којих владалац обавља своје судске атрибуције; судови су били органи централне власти који су изрицали правду у име краља и место њега.

На трећем месту, јачање централне краљевске власти се манифестовало у праву разрезивања и прикупљања пореза и других фискалних дажбина. У феудалном режиму то је право скоро искључиво припадало феудалним господарима. Владалац је био сведен на неспоредне приходе са својих домена. Међутим, врло рано, још у пуном јеку феудалног режима, владалац је био принуђен да тражи од феудалног господара, свога васала, помоћ у изузетним потребама, нарочито за вођење ратова (први такав порез у Француској установљен је за време крсташких ратова и био је назван по имену Сараценског краља Саладина, противу кога је био рат вођен, „Саладинов данак"). Али у таквим случајевима убирање пореза од стране централне власти вршено је тек по претходном пристанку феудалних господара. Доцније, као што смо већ видели, пристанак за убирање пореза даван је од сталешке скупштине, поглавито сазиване у томе циљу. После тога, још се дуго сматрало бар у теорији, да је за разрезивање пореза потребан пристанак народних скупштина и у томе треба тражити порекло буџетског права као главне атрибуције парламента. У Француској, право владаоца да самостално разрезује и наплаћује порезе, дефинитивно се учврстило праксом у XVII веку са потпуним тријумфом апсолутне монархије под Лујем XIV.

Најзад, треба још подвући развитак политичкоуправне власти владареве која ће постати главни инструменат модерне државне управе. И у феудалном добу постојали су извесни централни органи који су краљу помагали у вођењу општих политичких послова. Али локална управа је била доста рудиментарна. Ипак, и у доба кад је феудализам био још у пуном јеку, крајем XII века, владалац је почео слати у поједине области своје претставнике, који су у главном вршили судске функције а више узгредно административну и војну власт. Са јачањем централне власти расла је и важност ових локалних претставника краљевске власти. Они су постепено постали главни агенти централне власти у борби са феудалним господарима.

Но, ови чиновници централне краљевске власти стећи ће своју праву важност у моменту када ова буде сасвим ојачала и стала на чврсте ноге. Онда ће они постати главни њени стубови. У њиховим рукама ће бити сконцентрисана сва административна, финансиска, полицијска па и судска власт у једној области. Они ће, у име владара, и по

његовој делегираној власти, вршити надзор над свим осталим чиновништвом у својој области и одржавати у њој ред и безбедност. Из ове институције ће се постепено развити административна организација модерних држава. У току XVIII и XIX века кад се буде створио тип тзв. полициске државе, овај административно-стручни елеменат играће одлучујућу улогу у државној управи, као њен главни ослонац.

3. — **Постанак сталешке државе.** — Пошто смо изложили главне промене промене у јавно-правној структури државе, прелаз из феудалног система ка модерној држави, потребно је да се задржимо на уређењу друштва које је заменило феудализам. То је био тип сталешке друштене организације.

Социална диференцијација тј. подела на разне друштвене класе која је битна карактеристика сталешке државе, постоји и у данашњем друштву. Принцип једнакости свију пред законом на коме почива модерно либерално-демократско друштвено уређење, не укида социалну диференцијацију, већ јој само са правног гледишта не придаје никакве правне последице. Под њим она има један фактички карактер и демаркационе линије између друштвених класа стално се мењају, услед режима слободне утакмице између појединаца и могућности преласка из једне класе у другу. Правни поредак све те промене игнорише пошто он у начелу признаје иста права и намеће исте дужности свима појединцима, без обзира којој класи они припадају. Сва лица имају исту правну могућност да постану сопственици, да слободно раде или не раде, да закључују уговоре којим регулишу своје привредне односе и свој приватно-правни статус. Али та правна слобода рада и регулисања приватно правног положаја је само релативна. Она значи да нико не може бити правно принуђен да ради за другог, али не обезбеђује потпуну слободу и фактичну једнакост обеју уговарајућих страна. Услови под којима ће једно лице склопити уговор о најму своје личне радне снаге одређени су привредним законом о понуди и тражњи. Тај економски закон, међутим, доводи имовински слабије у фактичну зависност од имућнијих. Диференцијација која се врши у друштву заснива се на величини и карактеру имовине појединих лица. Стварају се класе крупних, средњих и ситних поседника а затим се диференцијација врши према природи занимања или имовине, нпр. према врсти имовине на земљишни и индустриски посед, а према врсти занимања на земљорадничке, индустриске раденике, капиталисте, трговце, слободне позиве, чиновнике итд. Само, у либерално-демократском типу државе та подела на разне друштвене класе и професије не долази до изражаја на терену права, које у принципу свима без разлике признаје иста права и дужности.

Сталешка друштвена организација разликује се од ове класне, чисто фактечке и привредно-социјалне диферцијације у либерално-демократском типу савремене државе у томе, што она класној диференцијацији придаје и извесне сталне правне последице. У сталешкој држави не постоји принцип правне једнакости свих пред законом, већ се права и дужности појединаца одређују према томе коме друштвеном сталежу они припадају. Између појединих друштвених класа постоје сталне непомичне правне преграде. Те сталешке разлике су наследне и појединац који је рођен у једној друштвеној класи треба, по

општем правилу, у њој да проведе цео свој живот. Положај једне класе, односно права и дужности њених чланова, правно су утврђени и може се рећи консолидовани. Појединац може према својим способностима, побољшати и изменити свој положај унутар једног сталежа, али сем ретких изузетака, он, као и његови наследници, по општем правилу не могу из тога сталежа изаћи. Сталешки режим није познаво начело слободе рада и избора занимања.

Сталешка држава која је непосредно изашла из феудалног режима задржала је у себи основне елементе његовог социалног уређења. Она је била заснована на његовој главној подели, на властелу и пучанство (прост народ). Поред тога, црква и свештенство задржали су свој привилегисани класни положај. Извесне промене, о којима ће бити мало после речи, биле су наступиле у саставу пучанства, али су општи положај и односи између појединих сталежа остали у главном на истим базама које су биле постављене од феудализма.

Пре свега, режим непокретне својине одн. земљишног поседа, остао је у приватно-правном погледу скоро непромењен. Иако су јавноправни односи између господара феудалних и васала засновани на феудалном уговору били потпуно ишчезли, систем феудалних дажбина је остао и даље на снази. Право својине је још било увек подељено и онај, који је обрађивао земљу, био је дужан да њене приходе дели са некадањим феудалним господарима. И други правни облици експлоатације земљишног поседа, који нису били феудалног порекла, исто тако су били засновани на подели права својине. То су били једна врста вечито нераскидљивог закупа или сталне годишње ренте. Онај који је директно обрађивао земљу (најчешће је то био случај са више генерација једне исте породице) није био и њен потпуни сопственик, јер је на његовом поседу постојао један реалан терет у виду закупа или годишње ренте једног другог лица, више формалног сопственика земљишта.

Промена је била наступила утолико, што је све мање било лица са сервилним статусом, тј. полуробова везаних вечито за земљу свога господара а у сврхе њеног обрађивања. Формално се положај тих лица изменио, јер су они почели обрађивати земљу и плаћати закуп њеном сопственику на бази једног приватно-правног односа. Али стварно, њихова ситуација се није много побољшала, јер су их претерано тешки терети и дажбине и даље притискивали.

Затим, треба још напоменути да се постепеним али сталним развитком трговине, заната и индустрије створила једна нова класа лица, која није могла потпасти под опште принципе феудалног режима чија је друштвена јерархија била заснована на земљишној својини. Али у сталешком уређењу, слобода трговине, заната и индустрије није била призната; свака привредна делатност људи била је предмет једног ауторитативног и строгог уређења. Главни принципи тога уређења били су следећи: а) све занатлије и трговци били су распоређени по корпорацијама (еснафима) ван којих нису могли да врше своју професију; б) ниједно лице није могло да почне са својим радом док није примљено у једну корпоративну организацију. Улазак је био скопчан са испуњењем врло тешких услова, установљеним не толико из стварних потреба, колико у циљу зиштите привилегија старих чланова корпорација; требало је издржати врло дуг стаж, положити тежак испит и платити високе таксе корпорацији и државној благајни; в) свака корпорација има-

ла је своје статуте где су врста и услови производње као и продаја били детаљно и стриктно регулисани. На тај начин, слобода рада и слобода конкуренције били су толико ограничени, да практично скоро нису ни постојали.

4. — **Приватно право у сталешкој држави.** — Пошто смо дали главне карактеристике сталешког друштвеног уређења, остаје нам још да изложимо основне линије развитка приватног права. Напоменули смо већ раније да је под феудалним режимом систем персоналности закона био замењен локалним, територијално ограниченим обичајним правом. Поред тога, ренесанса римског права почевши од друге половине XI века, вршила је огроман утицај на приватно право обичајног порекла. У току XII и XIII века римско право је постепено освајало терен, било примењујући се поред обичајног права, било потискујући га и мењајући га. Све до XIX века, тј. до великог покрета за кодификацију оно је остало, у једној мери која се мењала према месту и природи материје, као императивни и допуњујући закон. Све празнине у правном систему су биле попуњаване одредбама узетим из римског права. Трећи елеменат у формацији права били су закони централне власти која је ојачана све више узимала у своје руке доношење општих законских прописа за целу земљу. Најзад, четврти елеменат је представљао канонско право. Црква је беспрекидно доносила нове законе и срећивала старе. Утицај римског права осетио се исто тако дубоко у канонском праву, мада су поједине папе бојећи се овог великог и опасног конкурента у неколико маха, крајем XII и XIII века, забрањивали свештеницима и калуђерима да се баве изучавањем римског права. Канонско право, које је било формирано као један потпун и методичан правни систем, вршило је велики утицај на поједине делове световног законодавства, а нарочито на судску процедуру; сем тога оно је у појединим материјама, било непосредно примењивано као императивни закон..

Нарочиту пажњу још заслужује процес кодификације обичајног права. Обичајно право је имало, поред те добре особине да је претстављало верну слику народног духа и ту велику незгоду, с обзиром на то да није било писано већ се више одржавало усменим предањем, да је било доста неодређено и непрецизно тако да је било тешко доказивати га. Због тога се врло рано појавила потреба да се оно писмено редигује. У почетку, редиговање зборника обичајног права било је дело приватне иницијативе незваничног карактера. Доцније, у XV веку, државна власт сама је преузимала потребне мере за званичну кодификацију обичајног права. Та кодификација је имала за последицу извесно изједначење локалних обичаја. Мање важна локално-обичајна права претопљена су у веће и шире законике, а при редакцији главних зборника, под утицајем римског права, исто тако је постојала тенденција ка ублажавању разлика. Ипак, разлика између појединих обичајних права је била још увек знатна; кодификација ј често имала за последицу да ову разлику коначно консолидује, пошто је право добивши писану фирму постало мање способно за еволуцију.

Д) Модерно доба — стварање типа модерне правне државе

1. — **Идејни покрет XVIII века и дубоке економске промене.** — У току XVIII века настао је један велики покрет у политичким идејама, а пред

крај истог века и почетак велике индустриске револуције која ће у току XIX и XX века потпуно изменити услове човечјег живота на земљи па и сам изглед земљине кугле. Тај покрет у идејама који је почео знатно раније, још са школом природног права, достигао је свој врхунац у списима француских политичких филозофа Монтескија и Ж. Ж. Русо-а. У њима се налазе идеје које ће руководити људе француске револуције из 1789 и послужити као база за стварање правних система модерног доба.

Монтескије је постао славан са својом теоријом подела власти коју је формулисао у својој књизи „О духу закона" (1748). Своју теорију Монтескије је формулисао проучавајући енглеско уставно право и режим енглеских политичких слобода. Он је дошао до закључка да тајна успеха енглеског устава лежи у начелу поделе власти. Отуда његова формула: „да се власт не би могла злоупотребити потребно је да власт зауставља власт", другим речима да је потребно да главне власти у држави буду организоване тако да једна другу могу контролисати и кочити да би одржале потребну равнотежу. По Монтескију, треба разликовати три власти у држави: законодавну, извршну и судску. Оне треба да буду, према енглеском узору, потпуно раздвојене и независне једна од друге. Монтескијева анализа енглеске конституције није била сасвим тачна јер ова није почивала на потпуној и отсечној подели власти већ више на њиховој сарадњи. У ствари, парламентарни режим заснован је на сарадњи законодавне и извршне власти. Монтескијева теорија је била сувише апсолутно и отсечно формулисана, али њена језгра је била тачна; она је изражавала једно начело које је постало основ модерном уставном праву и које је већ било запажено од Аристотела и енглеског филозофа Лока. Теорију поделе власти треба разумети у смислу да од три функције, помоћу којих се изражава воља државе, законодавне, извршне и судске ове две последње треба да буду потчињене првој, која је најважнија као директан израз суверености. Затим да орган који доноси законе не треба да их примењује, јер би то претстављало опасност за слободу грађана. Монтескије је био теоретичар уставне монархије енглеског типа и као такав добио је име „оца уставности".

Жан Жак Русо је био радикалнији у својим идејама које су верније одговарале духу доба у коме је Русо живео и писао. Његова доктрина је изражена у две велике књиге „Говору о пореклу и основу у неједнакости међу људима" (1758) и још познатијем „Друштвеном уговору" (1762).

Русо је пошао од претпоставке да су људи у своме првобитно стадијуму развитка били потпуно слободни и међусобно једнаки. Порекло њихове неједнакости као и ограничења индивидуалне слободе долази од стварања политичког друштва. Међутим, Русо је признавао да је постојање једне друштвене политичке организације једна неопозива чињеница људске цивилизације, и да је повратак у природно, идеално стање, немогуће. Због тога треба у томе цивилизованом стању тражити неки еквиваленат повратку у природно стање, тј. наћи начина да се цивилизованом човеку обезбеди уживање његових природних права на једнакост и слободу. Према томе, требало је наћи једну форму људског удруживања у којој чињеница да човек припада једној заједници не уништава слободу појединаца. Идеално решење тога проблема Русо је сматрао да је нашао са његовом конструкцијом „Друштвеног уго-

вора". Русо је добро знао, да „Друштвени уговор" каквог је он замишљао није никад историски постојао, и да је стварност била у супротности са његовом идеалном конструкцијом. За њега је друштвени уговор једна рационална конструкција, један постулат разума, један не историски већ нормативан фактор. Друштвени уговор по Русо-у треба схватити на следећи начин: појединци тренутно преносе своја природна права на државу. Држава их затим враћа свима мењајући при томе њихово име: то више неће бити **природна** већ **грађанска** права. Овом врстом новације, природна права се пратварају у грађанска, а држава постаје јемац индивидуалних права које појдинци имају од природе. Дејство друштвеног уговора је дакле да сви људи остају слободни и једнаки, као у природном стању, а њихова права стичу само једну нову гаранцију од стране државе. Појединци су подвргнути само општој вољи која се изражава путем закона, створеним њиховим учешћем. Закон је израз опште воље којој имају сви да се покоравају. Сувереност закона налази свога основа у тој општој вољи коју ствара народ уколико је организован као држава. Отуда су изашле теорије народног суверенитета и начело законитости које су играле велику улогу у уставном праву француске револуције.

Упоредно са овим идејним покретом XVIII века који је имао своје изразите претставнике сем Француске и у другим земљама, обављале су се дубоке економске промене. Ограничење слободе рада и привредне делатности људи која су се још неколико могла подносити у једном друштву где је пољопривреда била главни основ економске егзистенције људи, није се више могла одржати у добу где су индустрија, економија и занати све више узимали маха. Технички проналасци, нарочито искоришћавање водене паре, који датирају из друге половине XVIII века направиле су праву економску и индустриску револуцију. Та револуција се прво обавила у Енглеској, одакле се у току XIX века распрострла и на остале државе западне Европе. Међутим, нов економски и индустријски живот није се могао развити у једном друштву које није признавало начело слободе рада и избора занимања, слободу кретања и могућност преласка из једног сталежа у други, као што је то био случај са сталешком државом. И пре Француске револуције, економисти XVIII века су критиковали стари корпоративни и еснафски режим, који је спутавао слободу рада и онемогућавао слободну утакмицу између појединаца. У Енглеској је још 1688 године прокламована једна врста декларације (Bills of right) права и гарантије индивидуалних слобода. Пример је био следован од Сједињених Америчких Држава (декларација из 1776 г.). Пред крај апсолутне монархије издан је у Француској један Едикт који је укидао трговачке и занатлијске корпорације (1776), и у извесним границама, успостављао слободу трговине и индустрије. Али индивидуалистичка доктрина која је имала своју дубоку инспирацију у школи природног права доћи ће до свога пуног изражаја са Француском револуцијом од 1789.

2. — **Реформе Француске револуције.** — Француска револуција претставља дубок прекид са дотадашњим сталешким уређењем друштва. Декларација права човека и грађанина од 1789, као и доцнији револуционарни устави, почивали су на ослобођењу појединца од свих легалних ограничења његове личне делатности, од свих његових стале-

шких веза. Ново друштво је имало да претставља скуп аутономних индивидуа, независних и слободних, са подједнаким правним и политичким статусом. Укидање свих личних разлика заснованих на рођењу; укидање свих феудалних терета и ограничења која су постојала над својином непокретних имања; слобода кретања и избора занимања, „сваки човек, каже члан 19 Декларације права човека и грађанина од 1789, може изнајмити своје услуге, своје време, али не може сам себе продати; његова личност није једна отуђива својина". Свако има слободу да ради, да склапа уговоре или да их не склапа, да бира своје занимање, с тим да му никаква врста рада индустрије и трговине не може бити збрањена ни ограничена. Никакво корпоративно правило не може спутавати слободу рада индивидуе. У револуционарном законодавству налази се забрана свих врста удруживања између лица која припадају истој професији, били да су они послодавци или радници. Чувени закон Loi Chapellier из 1791 одриче да постоје „тобожњи заједнички интереси" која би таква удружења имала за циљ да бране. „Између државе и појединаца нема ничег", коже се у мотивима овог закона. То су начела крајњег индивидуализма на којима ће почивати политичко и грађанско законодавство XIX века. Са приватно-правног гледишта, најважније последице ових идеја биле су: формална, правна једнакост свих грађана пред законом, потпуна слобода уговарања, реконструкција неограниченог права индивидуалне својине, што је са малим разликама претстављало повратак начелима римског права. Улога либералне државе имала се састојати само у томе да зајемчи сваком грађанину својину његових добара и безбедност његове личности путем одржавања спољашњег мира и унутрашњег реда. На тај начин је постала теорија о држави „жандарму" тј. држави која има да врши само полицијске и судске функције. Познати енглески теоретичари либерализма, Бентам и Стјуарт Мил, замишљали су државу као ноћног патролцију који са фењером у руци пази да се не ремети мир и ред. Остало све треба оставити слободној делатности појединаца, закону понуде и тражње, привредној утакмици. Један од економиста либералне школе XIX века Бастијат дивиће се хармонији коју постиже егоистички нагон појединаца остављен сам себи, „остварујући у општем интересу оно што стално тражи да избегне".

3. — **Нови социјални проблеми и покрети, криза либерално-демократске државе.** — Али ова либерална идила почела је да се мути већ половином XIX века. Нови проблеми, чије се решење није могло наћи у оквиру индивидуалистичке доктрине, почели су се постављати у све оштријем виду. Тако се морало признати да је иза формалне једнакости свију пред законом постојала стварна економска неједнакост између лица која закључују уговоре ради регулисања својих економских односа, и да је слобода индивидуе да ступи или не ступи у један уговорни однос у многим случајевима илузорна. Из те констатације, а под притиском маса које су стицале све већи политички утицај, дошло се до закључка да држава не може остати само равнодушни посматрач природног функционисања система формалне једнакости и слободе Од ње се мора захтевати једна активнија интервенција у образовању економских и социјалних односа, а нарочито у циљу заштите економски слабијих. Услед великог индустриског развитка изазваног крупним научним про-

наласцима, односи између људи су постали тако многобројни и изукрштани, а њихова међусобна зависност тако појачана, да чињеница да макар и само поједини од њих не врши друштвене дужности утиче на све остале.

Затим се опазило да формула законодавца француске револуције по коме „између државе и појединца нема ничег" не може више да издржи пробу социалне стварности; за то је држава морала да призна скоро неограничену слободу удруживања у циљу одбране колективних интереса разних позива и друштвених класа. Људске потребе у модерноме друштву постале су тако велике да их ни усамљени појединци, ни шире породичне групе, не могу више задовољавати већ су за то потребне заједничке организације, које групишу велики број појединаца и простиру се на целу националну територију. Ни у својој општој економској политици држава није више могла да примењује политику интегралног либерализма. Појам самосталне националне привреде, коју држава треба активно да помаже у њеним напорима и да штити од иностранства узимао је све више маха. Појавиле су се нове друштвене потребе од тако капиталног значаја као што су просвећивање народа, изграђивање објеката од опште користи; затим поштански, телеграфски и телефонски саобраћај, железнице, снабдевање водом, осветлењем и друге техничке службе, према којима држава није могла заузети само улогу незаинтересованог посматрача. Данас се не тражи од државе да само обезбеди нормално функционисање војне одбране, правосуђа и полиције, већ да сама организује или бар да контролише читав један низ нових државних функција и индустриских предузећа која су добила карактер јавних служби. Тиме се класичан појам суверене државе као власти која само заповеда знатно изменио; држава је постала још и организација која треба да пружи својим грађанима путем функционисања јавних служби, извесне услуге и један минимум материјалног благостања. Држава је постала једна врста великог друштвеног предузећа. Како каже познати француски правник Диги: „Тако је појам јавне службе заменио појам суверенитета. Држава није суверена власт која заповеда; она је група лица која располажу снагом и они треба да употребе ту снагу да створе јавне службе и управљају њима".

На овај начин држава је продрла у све области јавног и приватног живота. Од њене делатности зависи ток живота и судбине сваког појединца. Никад држава није у тој мери обухватила појединце у разним испољавањима њиховог мисленог, осећајног и материјалног живота, од колевке до гроба, као што је то данас случај.

Услед свега тога, идеја либералне државе замењена је новим схватањем по коме држава треба и мора да интервенише у скоро све домене друштвеног живота. Социјално законодавство, посебно право за разне друштвене класе и професије, релативност субјективних права више схваћених као друштвене функције, недопустљивост уговора који су противни економском поретку утврђеном од државе или извесним схватањима друштвене правде, претварање индивидуалне одговорности за учињену штету у опште обезбеђење против ризика који потиче из сваке социалне делатности, држава — подузетник, која организује и контролише читав један низ индустриских предузећа — све су то карактеристике модерне правне еволуције. Ове тенденције узимају све више маха и добијају свој крајњи израз у модерним ауторитативним покре-

тима, који издижу државу изнад свега. Како тачно каже г. С. Јовановић за нови тип ауторитативних држава „Докле вредност појединаца пада, вредност државе расте. Успех државе постао је пречи од свега; она се неда спутавати у своме раду апстрактним идејама о слободи, старо начело државног разлога дошло је поново у важност, само је нешто другачије формулисано „целина је главнија од делова"... „Нове установе наговештавају једну државу у којој би било мање слободе и права али више ауторитета и организације; једну државу која би имала више плана и савршенију технику, али која би баш с тога била принуђена да врши изједначење појединаца".

После векова једне дуге и стале еволуције, модерно право се поново враћа схватањима која су доминирала правом у почецима његовог историског развитка, кад је исто тако индивидуа била само једна мала ћелија великог друштвеног организма, потпуно апсорбована и нивелисана у комплексу разних друштвених правила најразличитије природе. Историски декор и материјални услови живота су другчији, али основне идеје сличне.

Тако се појављује право пред нама у вечитом процесу стварања и промене. Ми не знамо како ће бити право сутрашњице, али је сигурно да ће бити друкчије од овога из данашњице. Историја, показујући релативност правних установа и политичких схватања, даје људима једну велику лекцију скромности која им, по неки пут, није излишна.

Трећи део:

ТЕХНИКА ПОЗИТИВНОГ ПРАВА

I. — ОПШТИ ПОЈАМ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА

У првом делу наших предавања ми смо изложили, на један теориски и више апстрактан начин, у чему се састоји суштина права и које место оно заузима у општем систму људског сазнања, а нарочито у односу према њему сличним и сродним друштвеним дисциплинама. То те била слика права онаквог какво се оно иделно и апстрактно претставља у нашем духу, не конкретизујући се нигде у времену и простору. Таква апстрактна и теориска схема права може се односити на право ма које земље, у ма коме даном моменту, као и на једно универзално право које би обухватало целокупно човечанство, без обзира на разне временске фазе његовог развитка.

У другом делу ми смо посматрали право у светлости његовог историског развитка. Оно је већ било постављено у простору, пошто је његова еволуција била проучавана као конкретни правни развитак појединих народа, који припадају једном одређеном културном кругу. Али право није било временски ограничено, пошто је оно престављено схематички, у сталном процесу стварања и еволуције правних установа у току краћих или дужих историских периода.

Ови идејно-апстрактни и историски оквири права треба да буду испуњени једном одређенијом и конкретнијом садржином. Та се садржина може изложити само ако се приступи изучавању једног правног

поретка тачно ситуираног у времену и простору, тј. ако узмемо у обзир право како је оно остварено у једној друштвеној заједници или, у заједницама истог одређеног типа у једном даном моменту њиховог историског развитка. Као позитивно право може се сматрати само онај правни поредак који је ефективно остварен у једној политички чврсто организованој заједници. У данашњем стању цивилизације, оквир и средину у којој се остварује и конкретизује позитивно право дају у главном државе, јаке и чврсте политичке заједнице које располажу организованом социалном принудом.

Из свих тих разлога, кад говоримо о позитивном праву, ми можемо узети у обзир само право које је ефективно на снази у једној одређеној држави, Југославији, Француској, Енглеској итд. Позитивна права појединих држава могу имати и стварно имају многих заједничких начела и правила. Али с обзиром на то да се процес њиховог стварања обавља у разним срединама, под различитим географским, моралним, политичким и друштвеним условима, морала је наступити између позитивних права разних држава извесна диференцијација, не толико у општим нормативним начелима, колико у детаљним, техничо-конструктивним правилима.

Главне карактеристике позитивности једног права састоје се у следећем: 1 да је оно објављено у једној прецизној и категоричној форми; 2. да је оно ефективно примењивано у свакодневној пракси, било добровољним покоравањем појединаца, било пресудама судова и одлукама власти; 3. да је снабдевено организованим санкцијама које могу обезбедити, у случају потребе, његову принудну примену.

Позитивно право једне земље може се дакле дефинисати **као скуп свих привних правила, која ефективно регулишу делање људи, и чија је примена обезбеђена, у случају потребе, организованом друштвеном принудом.**

Наша проучавања позитивног права имаће један општи теориски и методолошки карактер тако да овде долазе у обзир питања која се, у више или мање истом виду, постављају у свима савременим системима, организованим по једном одређеном типу модерне правне државе.

II. — ПРАВНА НАУКА И ПРАВНА ТЕХНИКА

Пре него би почели са проучавањем правне технике у модерним правним системима, потребно је да се изближе упознамо са њеним основним начелима. Појам правне технике је релативно нов и он се јасно искристализовао тек почетком овог века. Његов општи смисао најбоље се може одредити када се пође од основне поделе права на науку и технику.

Ова подела правних проучавања на две велике области може се сматрати као основна чињеница у теорији и методологији модерног права. Право је на првом месту једна друштвена наука као што су морал и социологија; али у исто време оно је, као политика, и једна вештина, скуп разних техничких правила и поступака који имају за циљ да на основу научних података и научног искуства изграде позитивне правне норме за регулисање друштвеног живота. Правна наука истражује елементе које нам пружа односно намеће сама природа ствари, као ма-

теријал са изграђивањем позитивних правних норми. Правна техника нас учи како се тај сирови материјал путем смишљених поступака људског духа и воље прерађује и прелива у разна правила, калупе и категорије да би постао практично употребљив. Другим речима, наука открива и поставља опште циљеве које треба да оствари један правни поредак. Техника ствара и организује сретства са којима се ти циљеви имају практично спровести у живот. Н. пр. наука има да дође до закључка да ли је у једној држави потребно завести контролу уставности закона. Техника има да одреди начин и услове под којима ће се та контрола практично вршити.

Ово разликовање између правне науке и технике, које је, према речима једног француског правног историчара, извршило праву револуцију у правној мисли, скорашњег је датума. Ма да се ова подела имплицитно и у латентном стању налазила код појединих писаца XIX века а нарочито код Јеринга, она је формулисана јасно и са свим својим далекосежним последицама почетком овог века од стране великог француског правника Франсоа Женија. Његово велико дело које носи наслов: „Наука и техника у приватном позитивном праву" почело је излазити 1914 г. а завршено је 1924.

1. — **Појам Правне науке.** — Нико боље није изложио предмет и границе правне науке, елементе којима се има она служити за остварење својих циљева, него сам Жени у свом горе поменутом, класичном делу. Наука има за циљ да открије у огромном комплексу чињеница физичких и моралних које нас окружују, потребне елементе за изградњу правних норми. Треба пронаћи у природи ствари, она правила која ће на један обавезан и категоричан начин, снабдевен евентуално и друштвеном принудом, управљати односима између људи. У тешком и сложеном истраживању тих „датих" елемената, наука мора употребљавати све могуће изворе сазнања са којима човек располаже: не само рационалне способности људског духа већ и његову интуицију, религиозну и моралну. Под оним што је „дато". Жени подразумева разне елементе физичке и моралне стварности које условљавају, инспиришу и ограничавају норме позитивног права. Ови дати фактори могу се поделити на четири главне категорије:

а) **Стварни или природни елементи** се састоје из фактичних услова живота у којима се налази човечанство. Ту долазе у обзир све чињенице физичког и моралног света. клима, земљиште и привредна производња, анатомска и физиолошка конституција човека, његово психолошко стање, моралне тежње, религиозна осећања итд. Затим економски услови, разне политичке и друштвене снаге. Ови стварни, природни и друштвени елементи не стварају сами по себи и непосредно, правна правила, али претстављају нужну средину и дају основне контуре правним проблемима. Ако ова „дата" не могу већ сама по себи да оправдају правне норме и одреде њихов смисао, она служе као основни услови за њихово постављање.

Тако н. пр. разлика у половима претставља основ за установу брака. Затим физиолошке и психолошке разлике између мужа и жене, политички и економски услови друштвене средине одређују њихову различиту правну ситуацију. Најзад, другојачија физиолошка природа

очинства и материнства чини да се морају поставити различита правна правила за доказивање сваког од њих итд.

б) Други елеменат о коме правна наука треба да води рачуна јесте **историски.** У току историске еволуције човечанства, многобројне природне чињенице већ су биле правно регулисане. Око њих су се кристалисала разна обичајна и законска правила, која су затим била предмет научних коментара, судске праксе, свакодневне практичне примене. Оне се више не појављују чисто природном стању већ као правно регулисане установе, оптерећене комплексом правних норми и традиција које су се нагомилале у току историје. Узимајући понова за пример установу брака Жени каже: „. . . заједница полова нам се данас појављује — кад би је само оцењивали по историским чињеницама — у виду брака, установе детаљно регулисане у погледу њених услова и дејства, на начин различит према времену и земљама, али увек уређене под надзором једне друштвене власти, било религиозне било грађанске. Ово је очевидан резултат једног „трајања" које је, радећи са природом, овој додало још нову снагу . . ."

в) Али природни и историски фактори у њиховом непрерађеном стању, нису довољни да сами по себи одлуче о садржини правног правила. Одлучујући критеријум треба тражити у нечем што би се издизало изнад случајних и пролазних елемената живота. По схватању Женија, природни и историски подаци треба да буду испитани са гледишта **рационалног**, тј. са гледишта људског разума, који извлачи своје закључке посматрајући сталну човечију природу у додиру са светом. Овде се ради о извесним морално нужним постулатима који се намећу човеку кад размишља о разним елементима правних односа, са исто толико снаге као природне чињенице. Овај рационални критеријум садржао би у себи вечите и непромењиве принципе правде, тако као што су они били формулисани од школе класичног природног права у њиховом најпречишћенијем облику.

Треба напоменути да за Женија, рационални елеменат игра доминантну улогу при израђивању позитивног права пошто „у суштини право остаје рационално дело". Разум треба да пружи појам правде „који је једини у стању да успостави ред и мир у друштвеном животу".

г) Најзад последње „дато" правне науке претстављао би **идеални** елеменат. То би био динамичан фактор позитивног права који би утицао на стално његово побољшање у идеалном смислу. Под идеалним фактором треба обухватити сва стремљења и тежње које потичу, било из моралних и религиозних осећања, било из разних друштвених и политичких доктрина ка једном бољем и идеалнијем уређењу друштвених односа. За разлику од рационалног фактора који је универзалан и непромењив, овај идеални фактор је зависан од променљивог тока идеја које владају у једној средини и једној одређеној епохи. Сем тога он није прецизан, објективан и категоричан као што је рационални фактор већ више субјективан, колебљив и мање одређен.

2. — **Правна техника.** — Правна наука даје потребан сирови материјал за садржину и циљеве правних норми које треба поставити. То је у правом смислу речи **правна политика,** пошто она служи за одређивање општих циљева и директива који треба да управљају друштвеним животом. Имајући у рукама сав тај материјал и свесни циљева које

треба остварити, правници су дужни да нађу потребна техничка сретства и форме да те циљеве практично спроведу у живот. Ова подела на науку и вештину, односно технику, не постоји само у праву; она се налази у свим областима људског сазнања. Свака наука може имати своју практичну вештину, која на основу података и сазнања стечених научним студијама поставља правила за практичну примену. Тако на пример медецина искоришћава резултате природних наука и циљу практичне вештине лечења. Грађевинска и машинска техника претстављају практичне вештине, које искоришћавају поједине физичке и математичке науке у практичне сврхе итд. Како каже Литре „оно што разликује вештину од науке, то је да се наука бави само оним што је истинито, не бринући се о томе што може бити корисно; а вештина се бави само оним што може бити корисно и примењено. Пољопривреда је једна вештина која се наслања на разне науке: природну историју, геологију, хемију. Са једног другог гледишта, наука се нарочито састоји у теорији, апстракцији; а вештина у примени, пракси".

И право, посматрано у целини, појављује се као вештина заснована на науци. Као што смо имали прилике да напоменемо, у праву вештина је знатно важнија него наука, али правна вештина би радила у празном, ако се не би стално хранила на изворима науке. У праву наука даје суштину а техника форму. Ова форма, према речима Женија, претставља углавном вештачку конструкцију за коју се употребљава материјал прикупљен од науке. Техника је више дело акције него интелигенције; у њој се воља правника може кретати слободно, управљена само са већ постављеним циљевима правне организације која сугерише сретства за своје сопствено остварење. Она има за задатак да подеси правна правила потребнама живота, тј. свима могућим нијансама и непредвидљивим околностима које се могу десити. Затим да им обезбеди непосредну примену, поред свих препрека на које се може наићи.

3. — **Сретства којима се служи правна техника.** — Она су врло многобројна и није нам могуће овде направити њихов потпун инвентар. Њих карактерише углавном то што имају за циљ да бескрајну разноврсност друштвених чињеница подвргну стабилним и прецизним правилима, и да их класирају по утврђеним оквирима и котегоријама. Правна техника је принуђена да не води рачуна о безбројним нијансама које се налазе у конкретним чињеницама; она узима у обзир само битне елементе сваке од њих, стварајући тако просечне типове и калупе по којима се чињенице после распоређују. То је поступак нормализације или још тачније речено стандардизације правних чињеница, који се може обављати једино на уштрб сувише разноврсне и покретљиве стварности, дефинишући је у циљу њеног подвргавања јасним и стабилним правилима. Право овде наилази на исте тешкоће са којима се сусреће биологија кад разврстава жива бића. Строго узевши, у живом свету има само појединаца који се разликују један од других. Не постоје два човека која не би била различна један од другог а исти је случај и у животињском и биљном слету где „нема два листа у горе једнака". Биологија може да се служи појмом врсте само занемарујући те индивидуалне разлике и узимајући у обзир извесне заједничке одлике и обележја. Без тога она не би могла да се конституише као наука, јер не би била у стању да формулише опште законе. Право које ради са истим живим

материјалом, у својој тежњи да поставља општа и прецизна правила, рационална мерила и класификације има да савлада исте тешкоће. Примера ради навешћемо неколико најкарактеристичнијих поступака којима се служи правна техника у томе циљу.

а) **Претварање квалитативних појмова у квантитативне.** — То је поступак којим се служи правна техника у циљу да сведе на једну просечну и вештачки установљену заједничку меру, случајеве сличне али не и потпуно истоветне. Тако на пр. место квантитативног појма о зрелости духа сваког појединца, право употребљава чисто квантитативно мерило, године старости. Ма да сви појединци не сазревају умно у исто време, ово правило радикално упропашћава велику природну разноврсност у интересу правне безбедности. Иначе, ако би се у сваком конкретном случају имало испитивати да ли је једно лице довољно зрело да разуме домашај примљених обавеза, такво решење би претстављало много веће незгоде него једно апроксимативно правило, по коме се свако лице сматра као зрело са навршеном 21 годином. Исто ово објашњење може послужити и за застарелост која је утврђена са роковима општим за све сличне ситуације. Закон узима да су лица, која у извесном року нису чинила употребу својих права, прећутно одрекли од њих и не допушта да се доказује супротно у сваком конкретном случају.

б) **Правне категорије.** — Правна техника чини велику употребу од правних категорија. Поступак се састоји у томе што се постављају оквири и дефиниције, ван којих чињенице не могу имати никаквог правног дејства, или могу имати само последице друкчије од оних које су предвиђене за дотичну категорију. На пр. закон даје тачну дефиницију реалног права стварне службености као односа између два добра. Ако би два сопственика склопила између себе уговор који би имао исту садржину као нека службеност, али чије би трајање било ограничено на неколико година, права из тога уговора не би могла да уђу у категорију реалних, већ би остала у категорији облигационих права. Исто тако, нпр. закон предвиђа главне типове уговора, о купо-продаји, закупу, зајму, послузи итд. Један уговор, да би ушао у неку од тих категорија уговора и имао све последице које се том типу придају, мора испуњавати услове предвиђене за ту категорију. Најзад, у кривичном праву, нико не може бити кажњен ако дело које је учинио не садржи све оне конститутивне елементе који су предвиђени законом за једну категорију преступа и злочина. Ван тих категорија постоји некажњивост.

в) **Презумпције (законске претпоставке).** — Правна техника се често служи поступком презумпције који се састоји у томе да се једна чињеница узима као доказана иако је она, можда, само врло вероватна. Тако на пр. све што је забележено у једној јавној исправи сматра се као апсолутно тачно, све док се у нарочитом судском поступку не докаже супротно. Исто тако, постоји презумпација да је муж удате жене законити отац детета које се родило у браку; њему се само у изузетним случајевима допушта право одрицања очинства. Затим, правило да незнање закона никога не извињава, засновано је на претпоставци да је закон познат свакоме; противан доказ уопште није допуштен.

Разлози који наводе законодавца да поставља законске претпоставке јасни су: то је потреба реда и стабилности. Извесне чињенице је тешко и деликатно доказивати. За друге је опет потребно да не могу бити стално стављане у питање и дискутоване. Правна техника решава те проблеме стварајући, на основу онога што је највероватније, законске претпоставке, које су необориве, или се могу обарати само под извесним доста ограничавајућим условима.

г) **Фикције.** — У њима се испољава у највећој мери оно што је вештачки конструисано у правној техници. Фикције узимају да са правног гледишта постоји нешто чега у ствари није било; оне су често постављене на основу извесних имагинарних чињеница. На пр. закон сматра, са гледишта наследног права, зачето дете као да је већ рођено. — Остварење услова од кога је зависна судбина једног правног посла има ретроактивно дејство, тј. сматра се као да се је услов догодио много раније и да је дотични правни посао био пуноважан од самог почетка. — По међународном праву, страна дипломатска претставништва уживају у земљи где су акредитована повластицу екстериторијалности. Ова повластица заснована је на фикцији да земљиште и зграде где су смештена посланства чине саставни део територије државе коју она претстављају.

4. — **Разлика између нормативних (примарних) и конструктивних (техничких) правила.** — И ова разлика која је дело великог француског правника Диги-а, инспирисана је сличним идејама као подела на правну науку и правну технику.

Нормативна правила су основна начела која инспиришу један правни систем. Дубок корен ових правила налази се у свести људи који живе у једној друштвеној групи. Она су малобројна и врло опште природе. Диги на пр. сматра да се у грађанском законику, када се стави на страну породично право, налазе свега три нормативна правила: слобода уговарања, поштовање својине, обавеза да се накнади штета учињена другом услед кривице. У међународном праву то би била тзв. основна права држава: право конзервације, право на независну егзистенцију, право на једнакост.

Нормативна правила која претстављају основну базу правног система сувише су ретка, генерална и апстрактна да би могла, сама по себи, бити непосредно примењена на конкретне случајеве. Због тога су потребна техничка (конструктивна) правила, која имају за циљ да обезбеде поштовање и практичну примену нормативних правила. Како каже Диги: „Она организује мере; она доноси прописе; она утврђује надлежности и да би се све рекло у једној речи, она стварају правне путеве који треба да обезбеде санкцију правне норме."

Техничка правила су врло многобројна тако да изгледа као да сама она испуњавају целокупно позитивно право. Међутим, она су секундарна и изведена пошто је њихов задатак само да спроведу брзу, потпуну и ефикасну примену нормативних правила. Она у себи имају увек нечег вештачког, формалног и релативног пошто се не намећу по самој природи ствари као нормативна правила, већ су чисте творевине људске воље и разума, које су условљене ступањем цивилизације и тренутном политичком организацијом једног друштва.

Разлике које постоје између позитивних права појединих земаља долазе највише услед разноврсности њехових техничких правила. Насупрот томе, нормативна правила између држава које припадају истом културном кругу показују велике сличности.

III. ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА

Општи појам правног извора

Под изворима права, у ширем смислу речи, могу се подразумевати разни фактори који утичу на стварање права у једној друштвеној средини. Тако нпр. са гледишта правне филозофије или правне социологије могу се сматрати, према разним теоријама, као извори права: начела природнога права, виши принципи морала, колективна правна свест, друштвена солидарност итд. Ови разни фактори могли би се назвати **реалним, стварним** изворима права. Са гледишта историје права као **историски извори** долазе у обзир разни правни текстови и писани споменици, одлуке судова и административних власти, правна литература итд.

Овде ће бити речи само о **формалним изворима позитивног права.** Под тим изразом се подразумевају они извори права из којих потичу обавезна, императивна правила снабдевена организованим друштвеним санкцијама. Оно, што карактерише ове изворе, то је да правила која потичу из њих морају, да би имала важности, испуњавати извесне спољне, чисто формалне услове. Тако нпр. закон мора да буде усвојен и објављен по поступку и у формама које су уставом предвиђене. За обичајно право мора постојати доказ његове сталне и редовне примене као једног обавезног и санкционисаног правног правила. Оног момента када је установљено, да један правни пропис испуњава све те спољне услове и да носи печат једног формалног извора права, он се има обавезно и без дискусије примењивати, ма како се мишљење имало о његовој целисходности и оправданости. Појам формалног извора права има за циљ да, помоћу извесних његових лако распознавајућих спољних и формалних обележја, отклони сваку сумњу и дискусију о обавезној снази једног правног прописа. Исто као што на пр. печат једног државног надлештва има да отклони сумњу у аутентичност једног административног акта а отисак на новцу сумњу у његову исправност.

У данашњем стању права у државама модерног типа, као формални правни извори позитивног права признају се **обичајно право и закон.**

А. Обичајно право

1. — **Улога и значај обичајног права у модерним правним системима.** — Обичајно право је било на примитивним ступњевима цивилизације скоро једини формални извор права. Оно је дуго времена остало, ако не искључиви, а оно главни начин стварања правних правила. У историји права, ако се изузме периода Јустинијанове кодификије (VI век после Христа) све до модерног доба, тј. до краја XVIII века, писани закони се појављују као редак и доста изузетан извор

приватног права. Већи део установа приватног права које су данас детаљно регулисане писаним законима, обичајног су порекла и дуго су живеле и развијале се у форми обичајног права. Оне су, тек у завршном стадијуму своје еволуције, биле кодификоване. Са историског гледишта, обичајно право се појавило дакле као једна нужна, припремна фаза писаног права.

Међутим, обичајно право као главни формални извор права могло је да задовољи потребе ужих заједница са спорим темпом социалног и економског развитка и са рудиментарним правним односима. Обичајно право се формира врло споро, скоро нечујно и невидљиво, тако да је тешко утврдити приближно тачан моменат кад је један обичај стекао снагу обавезног правног правила. Поред тога, обичај који претставља образовање једног заједничког правног убеђења путем изричног или прећутног пристанка већег дела чланова једне групе, може се развијати само у заједницама чија хомогеност сама по себи даје могућност за стварање заједничке правне свести о нужности и обавезности обичајног права. Такви се услови наилазе само код мањих група, било на једном ужем географском подручју (обичајно право појединих провинција и градова), у једној друштвеној класи или професионалној групи (обичајно, класно право код трговачких корпорација, еснафа, либералних позива и у новије доба нарочито кад радничких синдиката).

Ти услови се ретко остварују у модерној држави створеној стапањем разних ужих група у ширу заједницу. Модерна држава је постала сувише широк оквир и сувише хетерогена средина за стварање обичајног права. Затим, образовање једне јаке централне политичке власти, оличене у модерној држави са природно изједначујућим тенденцијама, снабдевене монополом стварања права законским путем и монополом социалне принуде, исто тако претставља неповољну средину за постанак и развитак обичајног права.

Томе треба додати све већу компликованост социалних односа у модерном друштву, све већу оштрину сукоба класних интереса које треба довести у равнотежу, убрзани ритам економске и друштвене еволуције; све то скупа чини сталну и благовремену интервенцију законодавца путем писаних закона не само корисном, већ и неопходном.

Најзад, треба истаћи и чисто техничка преимућства писаних закона над обичајним правом. Обичајно право се стварало споро; оно је често неодређено и непрецизно са рудиментарном техником а његово је доказивање компликовано. Сви се ти недостатци много јаче осећају у модерном правном животу који захтева већу прецизност и одређеност у правним односима и већу брзину у њиховом регулисању. Из свега тога излази, да писани закони претстављају фрмални извор права који много више одговара потребама модерних држава него обичајно право. Из тих разлога, Јеринг, не одричући поједине слабе стране закона, ипак је сматрао као „романтичну предрасуду" мишљење оних који би у модерном добу, као нпр. претставници историске школе, претпостављали обичајно право писаним законима.

Сви су ти разлози допринели да је писано законско право потиснуло обичајно као формални извор позитивног права. У току XIX века све су државе, које припадају европском континенталном правном систему, приступили кодификацији целокупног приватног права. И у Англо-саксонском систему, где обичајно право услед посебних расних

особина, нарочитог државног и судског уређења и других услова историског развитка, још претставља важан формални извор права, писано право све више остаје терен. То се нарочито опажа у Сједињеним Америчким државама, где је старо обичајно право потиснуто врло обилним писаним законодавством.

Али у последњем стадијуму развитка, почетком XX века, појављује се нова тенденција против апсорбовања целокупног правног стварања од стране државе и апсолутне свемоћи закона. Обичајно право се понова истиче као један користан стваралачки елеменат у правном систему, пошто су и закони постали сувише спори и недовољни да одговоре све већој динамичности и све разноврснијим потребама друштвеног живота. Али то обичајно право новог типа се у многоме разликује од старог: оно се више не формира у дубини колективне свести народа да би затим лагано и поступно избило на површину и тек онда било откривено и употребљено од судске праксе и разрађено од правне науке. Процес је обратан, јер се оно сад ствара у врховима, од судске праксе и правне науке, да би се непосредно употребило за решавање конкретних случајева и тек после било, или дефинитивно ратификовано од колективне правне свести, или можда одбачено од ње.

Као закључак наших излагања о улози обичајног права у данашњим правним системима, можемо рећи да оно увек има један споредније и подређенији значај према писаним законима. Али увек постоји могућност његовог стварања поглавито путем постојане судске праксе, потпомогнуте од стране правне науке. У извесним гранама права нпр. у трговачком праву, обичајно право је и у доба највећег фетишизма писаних закона сачувало доста широко поље примене. Исто тако, обичајно право игра важну улогу и у административном и уставном праву. Модерно међународно приватно право је у главном обичајног порекла, а у међународном јавном праву део који заузима обичајно право је већи од дела писаног, конвенционалног права.

2. — **Услови за постојање обичајног права.** — Два су услова потребна: 1) први спољне, материалне природе, довољно дуга и стално понављана пракса у једном одређеном смислу; 2) други, унутрашње психолошке природе, убеђење да је таква пракса правно обавезна, тј. да је санкционисана друштвеном принудом (opinio iuris seu necessitatis).

1. — Оно што карактерише праксу која води стварању обичајног права, то је чињеница да је она створена, дуго и стално одржавана без протеста и оспоравања од стране оних који би иначе имали интереса да то чине. Што се тиче њеног трајања и броја радњи чије понављање ствара обичај, никакви прецизни услови и одређени рокови нису постављени; све зависи од оцене оних који тај обичај примењују или од надлежног суда;

2. — Други, психолошки услов, правно убеђење о његовој обавезности, претставља специфични елеменат обичајног права којим се оно разликује од обичних друштвених навика, од правила пристојности, од моралних и религиозних прописа, јер се овим последњим заинтересована лица повинују без унутрашњег уверења по њиховој правној обавезности. Ма како да су ови обичаји или просте друштвене навике распрострањени или одомаћени, они не претстављају обичајно право

у техничком смислу речи; њих људи примењују из навике, традиције или просте социалне конвенционалности, али без уверења да су они за њих правно обавезни.

Нарочиту напомену заслужују у овоме погледу уговорни обичајни или узанце на које се често позива трговачки свет приликом закључивања разних трговачких послава (уговора о закупу, најму, берзанских и банкарских закључака, поморских уговора о транспорту, уговора о осигурању итд.). То позивање се врши на основу начела аутономије воље, коју законодавац оставља странкама приликом склапања уговора. Уговорни обичаји одн. узанце, на које се странке изрично позивају, не могу бити сматрани као обичајно право, јер постају обавезни услед тога што су се странке, чинећи употребу од своје слободе уговарања, на њих добровољно позвале или их нису изрично отклониле. Међутим, карактеристика обичајног права је у томе, што је оно у сваком случају обавезно, независно од воље заинтересованих лица и што му се они повинују не по уговорној обавези већ по уверењу да је то за њих правно санкционисана обавеза.

Треба ипак приметити да је доста тешко повући границу између обичајног права и ових друштвених конвенционалних правила или трговачких узанца. Друштвени живот је у сталном динамизму и извесне друштвене навике, конвенционална правила или уговорни обичаји, могу се, у току времена, претворити у обичајно право. Обратно, обичајно право дугом неупотребом или услед стварања једне нове противне праксе, може престати да буде обавезно. Утврђивање ове стално покретне границе обичајног права мора се оставити слободној оцени судске праксе у сваком конкретном случају, што показује једну неизбежну, и може се рећи урођену несавршеност обичајног права.

3. — **Оквири и границе примене обичајног права.** — Све раније наведене околности у савременом развитку правног живота означују данас обичајном праву у свима модерним правним системима, изузев у англо-саксонском, супсидијарну, односно допуњујућу улогу.

1. — Прво ограничење обичајног права, које потиче из саме природе ствари, може бити **географско и социално.** Из разлога већ раније истакнутих, данашња држава са својом великом територијом и са многобројним и социално хетерогеним становништвом, претставља један сувише широк оквир за стварање обичајног права, које би се простирало на целу државну територију и на све класе становништва. За стварање обичајног права, заснованог на прећутној или изречној сагласности лица на које се оно односи, потребна је извесна присност и хомогеност у односима а то може потицати само од њихове просторне или друштвене блискости. За разлику од законског права, које у начелу обухвата целокупну државну територију и примењује се на све грађане без разлике, код обичајног права треба увек узимати у обзир могућност и чак већу вероватност да је локалног или корпоративно-класног карактера; често су оба ограничења комбинована, нпр. обичајно право које важи за трговце једног града.

2. — Много је још важније питање **законског ограничења** важења обичајног права. После кодификације приватних права почетком XIX века, готово у свим законодавствима је било ограничено поље примене обичајног права. Главна карактеристика свих тих законика била је њи-

хово нерасположење и неповерење према обичајном праву, и тежња да се његова примена сведе на минимум. Тако је пруски општи грађански законик од 1794 године, један од првих грађанских законика модерног доба, био оставио на снази као субсидијарни извор локалнообичајно право у једном сасвим ограниченом обиму. За будућност, законик је искључивао свако обичајно право које би стварало нова правила, или било противно постојећим законима. Француски грађански законик од 1804 (односно његов уводни закон од 30 вантоза године XII) укинуо је целокупно обичајно право које је било на снази пре његовог доношења. У погледу обичајног права које би се формирало у будућности, он није задржао никакав општи пропис. Поједини чланови законика допуштали су примену локалних обичаја у извесним специјалним и ограниченим материјама. Најрадикалнији је био аустриски грађански законик од 1811, који је својим чланом 10 потпуно укидао обичајно право, изузев у случајевима где је његова примена појединим одредбама законика била изрично дозвољена.

Треба додати да су трговачки законици појединих земаља били, у погледу примене обичајног права, доста либералнији.

Српски грађански законик од 1844, са својим § 10 признаје обичајно право као формални извор права, али само у границама празнина остављеним од писаних закона, тј. ако не би било законског прописа по коме би се један случај могао решити. Примена обичајног права дозвољена је под следећим условима: 1) ако не постоји никакав законски пропис за дати случај; 2) ако се из општих основа (принципа) постављених у грађанском законику не може путем дедукције наћи решење; 3) при примени обичајног права мора се водити рачуна о законској аналогији, тј. обичајно право се има примењивати у духу законских одредаба прописаних за сличне случајеве.

С обзиром на ове рестриктивне и доста лаконске прописе појединих закона о обичајном праву, проблем у којој се мери оно може примењивати, обилно је расправљан од правне науке у току целог XIX века. Питање да ли се обичајно право може примењивати субсидијарно (praeter legem), тј. у циљу да допуни постојеће законе и да прецизира њихову примену у материјама где њихове одредбе нису биле довољно детаљне и јасне, није стварало тешкоће. И у немачкој и у француској науци преовлађивало је мишљење да је таква примена обичајног права дозвољена и корисна. Размимоилажења су наступила кад питања да ли се може допустити примена обичајног права које се формирало у супротности са постојећим законима (contra legem). Сви су се слагали у томе да се обичајно право, противно одредбама које би садржавали закони јавног поретка, не може примењивати. Исто тако решење је било усвојено и у случајевима где су сами закони изрично предвиђали да не могу бити измењени противним обичајима, створеним после њиховог ступања на снагу. Али размимоилажење је настајало кад питања, да ли обичајно право може изменити закон који не би спадао ни у једну од ове две категорије (нпр. кад су законске одредбе диспозитивне природе). Већина немачке доктрине сматрала је да треба дати превагу новоствореном обичајном праву; француска доктрина је, углавном, заступала супротно гледиште.

Интересантно је забележити да је у Енглеској где обичајно право има тако широку примену, судови и доктрина стоје на гледишту да

обичајно право не може укинути писане законе, макар ови остали дуго времена без практичне примене.

4. — **Како се доказује постојање обичајног права.** — Обичајно право, за разлику од закона, није један формално организовани извор права. Оно се манифестује на један спонтан и неупадљив начин, тесно везано за чињенице које су га створиле, тако да га доста тешко издвојити из масе разноврсних друштвених односа и поставити као једно апстрактно и опште правно правило. Услед тога, проблем његовог сазнања и доказивања појављује се у другој практичној форми него код закона. По општем правилу, суд не чека да му странка поднесе доказ о правним прописима који се имају применити на један дани случај. Суд познаје право по службеној дужности пошто је он, по самој природи својих функција, зато одређен. То је изражено у класичној латинској изреци iura novit curia. Од странака се могу обавезно тражити докази само о чињеничном стању спора.

Пошто се обичајно право сматра као равноправни формални извор права са законима, то би услучају захтева за његовом применом имао важити горњи принцип. Међутим, у ранијим епохама, кад се водила борба за превласт између римског и обичајног права, стручни правници, присталице римског права, сматрали су да судови не треба да воде рачуна о обичајном праву по службеној дужности, пошто је оно за њих претстављало само једну чињеницу. Суд би дакле имао да се њима бави, само ако би заинтересоване стране поднеле о томе потребне доказе. Одјеци овог старог гледишта налазе се још у једној одлуци нашег Касационог суда од 1-X-1894 године, која је стала на гледиште да судови нису дужни да по званичној дужности истражују постојање обичаја.

Ово гледиште владало је све до XIX века, кад је под реакцијом историске школе било измењено. Ма да је историска школа имала јаког теориског основа да тражи да се пракса судова у погледу примене обичајног права изједначи потпуно са праксом у погледу законског права, ипак до потпуног изједначења није могло доћи због техничке разлике која постоји између ове две врсте права. Решење које је и данас у пракси и у науци усвојено може се овако резимирати: суд је обавезан да по званичној дужности истражује постојање обичајног права. Али ако суд није добро упознат њиме, он може тражити од странака, које се позивају на обичајно право, да о томе поднесу суду потребне доказе. Разуме се да странке то могу учинити и по својој иницијативи. Пошто се сматра да се овде ради о једном правном а не о фактичном питању, суд није везан ни за какве формалне доказе; његово уверење о постојању и садржини обичајног права може се створити у сваком стадијуму процеса, без обзира на неке рокове и формалности.

Б. Закон

1. — **Општи појам закона. Закон и уредба.** — Други формални извор права, закон, може се дефинисати као једно **опште и апстрактно правило издато у заповедној форми од надлежне законодавне вла-**

сти а снабдевене са организованом социалном санкцијом, којим се нешто наређује, забрањује или дозвољава.

До стварања сваког позитивног правног правила заснованог на закону, долази се следећим путем: између безбројних и комплексних чињеница друштвеног живота, законодавац издваја оне које му изгледају најважније и најтипичније да би их поставио као општа правила понашања људи и снабдео организованом друштвеном санкцијом. У циљу да се обухвати што већи број случајева, он узима у обзир опште категорије које претвара у еластичне и апстрактне формуле закона. Отуда долази прва карактеристика закона као општег и апстрактног правила, у коме држава формулише свој интерес за једну серију случајева.

У теорији се чини разлика између закона у материалном и закона у формалном смислу речи. Закон у материалном смислу био би онај који поставља једно опште правило, док би закон у формалном смислу био онај који би само формално био издат од законодавне власти, по процедури зато предвиђеној, али би по својој садржини био један индивидуални акт, тј. не би садржао једно опште правно правило, већ би се односио на неки конкретни, усамљени случај. То би био случај са законом којим се нпр. одређује помоћ једном лицу или се озакоњује административни акт о експроприацији једног лица итд.

Међутим, може се догодити обратно, да управне власти поставе општа правила у актима који са чисто формалног гледишта имају обележје управних аката, али у погледу садржине имају општи карактер закона. Таква акта управних органа, која су закони у материалном смислу речи називају се **уредбе.** У начелу, уредбе немају формалну снагу закона, тј.оне не могу мењати постојеће законске прописе. По својој природи, оне се деле на **правне** и **административне** уредбе. Правне уредбе су оне које постављају општа правила понашања за грађане тако да су директно упућене њима. Међу њима нарочиту важност имају тзв. полициске уредбе које управне власти издају на основу законских овлашћења за одржавање реда и безбедности. Административне уредбе издају се управним органима ради регулисања и организације унутрашњих административних односа. Оне интересују поданике само посредним путем, тј. уколико би ови долазили у додир са управним органима који су дужни да по тим уредбама поступају.

Правне уредбе се деле на три врсте. У прву спадају оне које имају карактер законских допуна, односно које разрађују и прецизирају општа начела постављена од законодавца а на основу законодавчевог овлашћења. То је једна врста секундарног, подређеног законодавства, које се мора кретати у границама остављеним од примарног законодавства, тј. поштујући правила са формалном законском снагом. У другом долазе **уредбе по нужди,** које имају карактер привремених закона. Оне се издају без законских овлашћења, у случају кад се у отсуству законодавног тела појави потреба за хитним доношењем једног закона. Ове уредбе нису везане за законе и могу им бити противне. Али оне имају привремени карактер и њих законодавна власт може после или укинути или дефинитивно потврдити. Најзад, у трећу категорију долазе уредбе са законском снагом које издаје управна власт на основу једне делегације законодавне власти, у циљу да се ре-

гулише једна одређена материја. Уредбе са законском снагом су и у формалном погледу потпуно изједначене са правим законима.

У другој карактеристици закона, њиховој императивној форми снабдевеној принудним санкцијама, било је речи кад смо говорили о главним карактеристикама објективног права. Ми упућујемо слушаоце на наша излагања по томе питању.

2. — **Јерархија разних законских прописа. Однос између обичних закона и устава. Међународни уговори.** — Видели смо разлику која постоји између закона и уредбе: закон има већу формалну снагу од уредбе, која претставља једну врсту секундарног, подређеног законодавства. Међутим, у начелу, закони су једнаки између себе, с том разликом што новији закони увек укида старији који му је супротан.

Међутим, у појединим државама, сматра се да има закона који претстављају такву важност за национални живот и државну организацију да би им требало дати нарочиту,изузетну снагу, тако да не би могли бити мењани на обичан начин као сви остали закони. Зато се често устави стављају изнад закона, било на тај начин што се за њихово доношење, односно мењање, установљава један нарочити орган као носилац уставотворне власти (нпр. сазивање нарочите уставотворне скупштине биране искључиво ради промене устава), било што се то право признаје нормалним законодавним органима, али се зато предвиђа нарочити поступак спорији и компликованији од уобичајеног поступка при доношењу закона. Овај други начин је усвојен у уставу Краљевине Југославије од 3 септембра 1931. О промени устава решавају Краљ и Народно претставништво, али по једном нарочитом поступку, предвиђеном у чл. 115 Устава.

Поставља се питање да ли ова изузетна важност, призната уставу над осталим законима, нема и неких других последица у погледу рада законодавне власти. Логично би било кад постоји правило да се Устав не може мењати нормалним законодавним путем, да обични закони не могу бити њему противни и тако паралисати на посредан начин његово дејство. Из тога би опит излазила последица да закони, који су супротни уставу, не могу бити ефективно примењивани и да устав мора однети превагу над неуставним законима. Ово поштовање устава би се могло обезбедити на два начина: а) прво, што би законодавној власти било забрањено да доноси законе противне уставу; б) друго, што би државни органи који имају да обезбеде примену закона, као нпр. судови, били овлашћени да контролишу уставност закона и евентуално одбију примену оних, за које нађу да су противни уставу.

Што се тиче првог правила, у начелу се сматра у свима земљама које чине разлику између уставних и обичних закона, да је законодавац дужан да поштује устав и да се уздржи од доношења неуставних закона. Али та обавеза није практично санкционисана, тако да је остављено самом законодавцу да цени да ли је закон, који он доноси, у складу или не са уставом.

Међутим, у појединим државама постоји судска контрола уставности закона, тј. право признато судовима да цене подударност закона са уставом, и да одбију његову примену у случају кад сматрају да је супротан уставу. То је систем назван „владом судија" који је добио најширу примену у Сједињ. Америчким Државама. Овај систем који је

раније био сматран као врло ефикасна заштита основних права грађана загарантованих уставом, у новије доба је доста критикован, јер се показало да може претстављати сметњу за неопходне законске реформе, диктиране потребама времена. Тако је у Сјед. Амер. Државама федерални устав, инспирисан индивидуалистичким доктринама XVIII века, постао једна препрека за доношење социалних и привредних реформи путем државне интервенције у приватне економске односе, пошто је Врховни федерални суд оглашавао за неуставне законе доношене у томе циљу.

У европским државама, по општем правилу, не постоји контрола уставности закона изузев у неким специалним случајевима, као на пр. у Швајцарској, где није дозвољена судска контрола федералних закона, али се могу контролисати закони појединих кантона да би се установило да ли су у складу са федералним уставом.

Међународне уговоре закључује по чл. 66 устава од 1931 г. шеф државе у својству шефа извршне власти. Чисто политичке уговоре закључује и ратификује сам шеф извршне власти. Али, за ратификацију и извршење свих осталих међународних уговора потребан је пристанак народног претставништва, другог чиниоца законодавне власти. Услед тога, велика већина међународних уговора, да би добила извршну снагу, мора проћи кроз законску процедуру, тј. добити форму једног унутрашњег закона. При томе народно претставништво нема исту власт као и при изгласавању обичних закона; оно не може мењати текст уговора који претставља један споразум воље двеју или више држава, већ га може само у целини усвојити или одбацити.

Међутим, и кад је међународни уговор дефинитивно усвојен од законодавне власти, он се не изједначује потпуно са осталим унутрашњим законима. Међународни уговори мењају постојеће законе који су им супротни, али обратно није случај, тј. један нов закон не би могао укинути један међународни уговор који је у важности. Уговори обично предвиђају сами рок свога трајања и начин њиховог отказа. Док уговор није престао да важи или није отказан у роковима који су њиме предвиђени, не може бити стављен ван снаге унутрашњим законом, пошто се међународне обавезе не могу ништити једностраним актом једне од уговарајућих страна.

3. — **ДОНОШЕЊЕ ЗАКОНА.** — С обзиром на важну функцију закона у једном организованом друштву, њихова израда и објављивање увек су прецизно и брижљиво регулисани. У начину на који је регулисано доношење закона налази се једна од главних гарантија грађана, чија су права и дужности одређене законима, и којима се они морају безусловно покоравати. Закон је једна од најбољих гарантија противу друштвеног нереда и анархије, али у исто време он мора бити и обезбеђење поданика противу самовоље и тираније.

Процедура за доношење закона је, по општем правилу, регулисана основним земаљским законом — **уставом.** Али та процедура може бити врло различита и зависи од опште политичке организације једне државе. Законодавну власт може вршити у малим заједницама непосредно целокупан народ, као на пр. плебисцитом у примитивном Риму или у земаљским скупштинама у малим швајцарским кантонима. Затим,

у репрезентативном систему владавине, она може припадати изабраним телима (Скупштини или Скупштини и Горњем дому — Сенату) у заједници са шефом извршне власти (монархом или претседником републике). Најзад, законодавна власт може бити усредсређена у једном лицу, као што је случај у апсолутним монархијама или диктатурама. Између ових основних система могу постојати још и разне друге варијанте.

По уставу Краљевине Југославије од 3 септембра 1931 године законодавну власт врше заједнички Краљ и Народно претставништво састављено од Народне скупштине и Сената. Право подношења законских предлога припада министрима, по овлашћењу Краља, или сваком члану Народног претставништва чији предлог помогне једна трећина чланова Сената односно Народне скупштине. Закон треба да буде примљен обичном већином и од Народне скупштине и од Сената. Ако се они, у целини или у појединостима, не сагласе, сматра се да је предлог одбачен и у истом сазиву се не може више о њему понова решавати. Ако се случај понови и у будућем сазиву, о томе законском предлогу одлучује Краљ (члан 64 Устава). Законе проглашује Краљ указом. Проглашавањем се утврђује аутентичност закона, тј. констатује се да је наведени текст, такав какав је, усвојен од свих надлежних законодавних чиниоца на Уставом прописани начин. Указ о проглашавању садржи три елемента: а) он потврђује постојање и правилност донетог закона; б) наређује његово обнародовање; в) садржи заповест упућену органима власти да закон извршују а свима заинтересованима да се закону покоравају. Он се после тога **обнародује** у „Службеним новинама". Закон добија обавезну снагу 15 дана по обнародовању у „Службеним новинама", ако у самом закону није другојачије наређено.

4. — ГРАНИЦЕ ВАЖЕЊА И ОБАВЕЗНОСТИ ЗАКОНА У ВРЕМЕНУ И ПРОСТОРУ

а) **Правило: незнање закона никога не извињава.** — Обнародовање закона има за циљ да упозна све заинтересоване са садржином закона коме они у будуће имају да се покоравају. Од тренутка кад је закон обнародован, нико се не може више позивати на то да му је закон непознат да би отклонио од себе последице непоштовања закона nemo censetur ignorare legem. § 14 Српског грађанског законика каже: „Незнање закона већ обнародованог никоме не помаже и нико се незнањем закона извинити или бранити не може". Из овога строгог начела излази да би закони требало да буду саопштени сваком лицу. Међутим, једно индивидуално саопштење би било немогуће и технички неостварљиво, те је оно замењено колективним саопштењем, у виду обнародовања законског текста у „Службеним новинама". Рок који се обично оставља између обнародовања и стицања обавезне снаге закона има за циљ да заинтересованима остави довољно времена да се упознају са његовом садржином.

б) **Закони не могу имати ретроактивно (повратно) дејство.** Ово правило се састоји у томе што закон, у начелу, доноси прописе који

се имају примењивати само у будућности, а не треба да се простиру уназад на чињенице, које су се догодиле у прошлости, и да мењају правне последице које су те чињенице коначно произвеле под владом старих закона.

По нашем уставном праву, правило да закони немају повратне снаге не везују законодавца у доношењу закона, изузев у случају установљавања нових казни (чл. 9 Устава од 1931 год. „Казна се може установити само законом и применити једино на дело за које је закон унапред рекао да ће се том казном казнити"). Оно само везује судове при тумачењу и примени закона. Другим речима, оно се не односи на доношење закона тако да би законодавац евентуално могао донети законе са повратном силом, али то би требало да буде изрично наглашено у самом тексту закона. Ако нема никакве изричне одредбе у томе смислу, судија има тумачити закон тако да му не призна никако ретроактивно дејство. Правило да закони немају повратне снаге јесте дакле једно правило које се односи на тумачење и примену закона, али не и на њихово доношење.

Међутим, иако законодавац формално није везан правилом неповратности закона, ипак извесне границе његове свемоћи леже у самој природи ствари, или у општем правном убеђењу једне заједнице. Треба имати у виду да би правна безбедност појединаца и уопште целокупног правног саобраћаја, била знатно умањена, ако би њихов лични статус и дејство већ закључених правних послова могли сваког часа бити измењени, укинути или стављени у питање услед промене воље код законодавца. Из тих разлога може се претпоставити да законодавац неће чинити изузетак од начела неповратности закона, осим у случају кад општи интерес то императивно захтева. Али та гарантија, која лежи у колективној свести, односно у реакцији јавног мишљења против неправичних закона, није правне већ више политичке природе. Она спада у домен правне политике а не правне технике.

Главне тешкоће у овоме питању не претставља само правило неповратности закона, већ његова примена на конкретне случајеве. Како спровести тачно разграничење између старог и новог закона? У правној науци овај се проблем дискутује већ више од једног века, али један сасвим сигуран и прецизан критеријум није још нађен.

Ради лакшег расправљања проблема треба разликовати три хипотезе:

1) Што се тиче прошлости, нов закон се не може враћати у прошлост да регулише чињенице које су се већ догодиле пре његовог ступања на снагу.

Од овога правила чине се три изузетка.

На првом месту, за такозване интерпретативне законе, који имају за циљ само да протумаче нејасне одредбе постојећих закона. За њих се сматра као да су донети у исто време кад и први закон које они тумаче али не мењају.

Други изузетак се односи на законе о судском поступку и судској надлежности. За њих се претпоставља, да свакако уводе једну бољу организацију судског поступка и надлежности од оне која је пре њих постојала, те их зато треба одмах ставити на снагу. Ови закони се примењују и на већ започети поступак по чињеницама које су се догодиле

пре њиховог ступања на снагу, али нису биле још дефинитивно пресуђене.

Трећи изузетак се чини у Кривичном праву. Кад један нов закон укида једну постојећу казну, или кад је само ублажује, он се примењује и на деликте учињене пре његовог ступања на снагу који још нису пресуђени. Разлог овог изузетка је јасан: било би апсурдно и нелогично изрицати једну казну у тренутку кад ју је већ сам законодавац сматрао непотребном или сувише строгом.

2. — За чињенице, које ће се догодити после ступања на снагу новог закона, примењује се искључиво његови прописи без икаквог изузетка.

3. — Трећа хипотеза претставља највеће тешкоће. Она се тиче оних правних ситуација и односа који су постали пре ступања на снагу новог закона, али продужују да производе своје дејство и после тога. Поставља се питање да ли ће те ситуације и односи и даље остати под владом старог закона, или ће бити подвргнути прописима новога закона. Неколико примера су потребни да објасне ову хипотезу.

Нов закон може променити лични статус или делатну способност једнога лица. Новим законом може се н. пр. укинути постојећа делатна неспособност удате жене, дозволити ванбрачном детету истраживање очинства које је раније било забрањено или увести развод брака, који раније није постојао. Међутим, поставља се питање да ли се нов закон има применити за одређивање способности већ удатих жена, на истраживање очинства ванбрачне деце рођене пре његовог ступања на снагу, на бракове склопљене пре новог закона?

Други пример се односи на режим својине. Да ли се закони који би укидали извесне аграрне односе, као на пр. закони о аграрној реформи који су код нас одмах после рата укинули кметовске, колонатске и тежачке односе, имају сматрати као ретроактивни?

Трећи пример се односи на односе који потичу из слободно закључених уговора. Да ли се један закон, који на пр. смањује максималну интересну стопу за све приватне зајмове има применити и на уговоре закључене пре његовог ступања на снагу, или само на уговоре закључене после његовог ступања на снагу? Исто питање се поставља и за закон који заводи принудни курс новца и забрањује златну клаузулу, тј. примљену обавезу да се новац има, и поред принудног курса, исплаћивати по његовој златној вредности.

Класична доктрина у XIX веку давала је одговоре на ова питања чинећи разлику између **стечених права** и **простих ишчекивања.** Ова разлика је била заснована на идеји да лице које ужива једно индивидуално субјективно право, регуларно стечено на основу старог закона, не може бити лишено тога права са новим законом. Без поштовања тога начела било би поколебано поверење у законитост и правну заштиту на што сви појединци имају право да рачунају. Услед тога, законодавац би требало да поштује стечена права појединаца, и у случају његовог ћутања, има се претпоставити да је таква била и његова воља.

Као пример за ову разлику између стечених права и ишчекивања навођена је следећа хипотеза: кад један закон ограничава право наслеђа до извесног степена, онда сви наследници који су добили наслеђе рођака кога иначе по новом закону не би имали право да наследе, остају и даље сопственици наслеђених добара; они имају једно сте-

чено право. Међутим, они евентуални наследници, који би тек имали да наследе једног рођака у случају његове смрти, немају више права да се по ступању новог закона позивају на права која би могла имати по старом; они су имали само проста ишчекивања (евентуалности) која се још нису била претворила у права. Њихове наде морају да нестану чим је ишчекивано право укинуто од новог закона.

Овај критеријум се показао као несигуран и доста неодређен. Изузев јасног примера у питању наслеђа који смо горе навели, по свим осталим је постојала дискусија око тога, шта се има подразумевати под стеченим правом, а шта под простим ишчекивањем. Тешкоћа око разграничења између дејства старих и нових закона је била привидно решења на тај начин, што је на место ње постављена друга, скоро исто тако велика и замршена. У разликовању између стечених права и ишчекивања лежи једна основна идеја, која је тачна у колико изражава један сасвим општи правац у коме треба тражити решење. Међутим, у директној примени на конкретне случајеве, овај критеријум се показао као недовољно прецизан тако да су разни писци, позивајући се на њега, заступали контрадикторна решења.

Затим, појам стечених права сам по себи изазива неспоразуме и погрешна тумачења. Шта се има сматрати као стечено право? Доктрина XIX века, инспирасана једним претераним индивидуализмом, давала је томе појму једно сувише широко значење које више не одговара модерним схватањима и све већој потреби законодавчеве интервенције у уређењу приватних односа. Због тога се мора напустити овај критеријум, који је данас постао практично неупотребљив, и усвојити један други, више у складу са потребама модерних друштава. Требало би поћи са гледишта да се у начелу може претпоставити да кад законодавац мења постојеће законе, то је у циљу да учини извесна побољшања и да укине извесне прописе чије одржавање није више у складу са општим друштвеним интересом и са правним схватањима заједнице. Због тога се не би могло правдати да се у будућности продужи дејство укинутог закона, и да се задрже на снази његове одредбе, које је законодавац сматрао за застареле и противне општем интересу. Према томе, нови закон би се имао одмах применити на све правне ситуације које су започеле под владом старог закона, а које још имају да произведу извесна дејства под владом новог. Свакако да нов закон не би могао поништити она правна дејства које су те ситуације дефинитивно произвеле у прошлости, јер би тада заиста имао ретроактивно дејство противно елементарним начелима правне безбедности. Тако на пр. ако би нов закон прописивао нове услове за закључивање уговора, за склапање бракова или за чињење поклона, не би се, на основу тога, могли поништити ранији бракови, уговори и поклони, који су били пуноважно учињени под владом старог закона. Али не може се рећи да закон има ретроактивно дјество, ако се не дозвољава да раније започете и створене ситуације производе у будућности извесне нове последице, које он забрањује као противне јавном поертку.

Примењујући овај критеријум на примере које смо раније навели дошло би се до следећих решења: делатна способност удате жене била би од дана ступања на снагу новога закона, за све нове правне послове искључиво регулисана његовим одредбама; али послови, већ раније закључени по старом закону, не би могли бити ретроактивно ни по-

тврђени ни поништени. Бракови закључени по старом закону, који није дозвољавао развод брака, могли би бити разведени по новом закону који би допуштао развод; један од супруга не би могао тврдити да он има стечено право на нераскидљивост брака, зато што га је склопио по закону који развод није дозвољаво. Исто тако, ванбрачно дете рођено под законом који није дозвољавао истраживање ванбрачног очинства имало би право да започне акцију за истраживање очинства, ако би један нов закон то дозволио. Ни његов отац, ни евентуално деца из закононитог брака не би могли заступати гледиште да су тиме повређена њихова стечена права.

У погледу режима својине решење је још једноставније. Сопственици не би могли тврдити да укидање кметовских, колонатских и тежачких односа вређа њихова стечена права, од тренутка када законодавац сматра да је даље постојање таквих односа противно јавном поретку. Али би закон имао ретроактивно дејство, ако би се на основу њега тражила реституција свих раније учињених дажбина и реализованих прихода, пре ступања новог закона на снагу.

Питање је сложеније кад се ради о ситуацијама створеним на основу слободе уговарања, тј. уговорима склопљеним по слободном пристанку странака. Многи писци који се слажу са горе изложеним решењима у погледу породичног права и режима својине, оклевају да исто тако решење усвоје кад се ради о слободно склопљеним уговорима који регулишу чисто имовинске односе. Они сматрају да ако би се нов закон примењивао без икаквог ограничења на уговорне ситуације, које још нису исцрпле све своје дејство предвиђено унапред и добровољно примљено од странака, он би погазио начело слободе уговарања; он би изневерио поверење које су уговарајуће странке уложиле у стабилност правног поретка у моменту закључења уговора.

По нашем мишљењу овде би требало чинити разлику у самом карактеру закона. Ако би закон био јавног поретка, тј. ако би сматрао да се одржавање извесних уговорних ситуација противи општем друштвеном интересу, онда би се његове одредбе имале применити на сва будућа дејства и последице таквих уговорних ситуација. На пр. кад би један закон смањивао интересну стопу код свих постојећих уговора о зајму, он би се имао премењивати и на уговоре закључене под законом који је дозвољавао већу интересну стопу (пример: Уредба о ликвидацији земљорадничких дугова). Исто тако, закон који би завео принудни курс папирног новца и забрањивао златну клаузулу, имао би се примењивати на све уговоре чије би извршење падало после његовог ступања на снагу. Ма каква била његова ранија обавеза, дужник има право да исплати свој дуг у папирном новцу.

За друге, чисто диспозитивне законе, тј. за оне који само замењују вољу странака ако она није јасно изражена у уговору, нов закон не би требало примењивати на већ закључене уговоре.

в). **О просторном ограничењу закона.** Закони су дело законодавца чија је територијална сувереност ограничена државним границама. Државе, које су суверене на својим територијама, независне су једна од друге. Ако би се овај принцип спровео до својих крајњих последица, дошло би се до тога да закони једне државе не би имали никакво дејство ван њене територије. Закони једне земље би били примењивани

у њеним државним границама, искључујући све друге стране законе, али у замену за то они не би имали никаквог дејства над њеним држављанима који живе у другим државама. Тако би дошло до тога да би на пр. југословенски закони били искључиво примењивани на југословенској територији на све држављане и на све странце, али ван те територије они не би имали никаквог дејства на југословенске држављане који бораве у иностранству. Међутим, све државе имају интереса да не изгубе потпуну власт над њиховим држављанима који привремено или стално бораве у иностранству. Са друге стране, један добро схваћени интерес међународног, економског и правног саобраћаја и промета добара и капитала, захтева да се странцима настањеним на државној територији призна извесна аутономија у погледу примене њиховог националног законодавства. Из тих разлога, државе су упућене на узајамне концесије у погледу примене њихових и страних закона тј. да дозволе у извесној мери примену страних закона на својој територији, да би зато добиле право да се њихови закони примењују на туђој територији. Данас све државе допуштају на својој територији, у различитим размерама, примену страних закона. Тако долази до два велика принципа; територијалности закона, који се примењује с обзиром на територију где је седиште једног правног односа, и принципа персоналности, по коме се у надлежном закону регулише дотични правни однос с обзиром на држављаност заинтересованог лица.

Међутим, све државе немају исти критеријум за респективну примену личних и територијалних закона. Услед тога долази до сукоба ове две врсте законских одредаба које имају претензију да регулишу један исти правни однос. Она грана права, која се бави сукобом закона и решава који ће се од два и евентуално више закона у стицају применити на један правни однос, назива се **међународно-приватно право.**

5. — **Разне врсте законских прописа.** — По природи својих прописа, закони се деле на две главне групе: на законе декларативног или интерпретативног карактера и на законе императивног или прохибитивног карактера.

а) Декларативни закони (ius dispositivum). Приватно право је засновано на принципу слободе појединаца да добровољно закљученим уговорима уређују своје међусобне имовинске односе. То уређивање имовинских односа остављено је слободној иницијативи и вољи појединаца. Право нема за циљ да спутава и ограничава активност људи, већ напротив да је омогућава и фаворизује. Оно се ограничива, ради сигурности правног саобраћаја, да постави извесне услове под којима воља уговарајућих странака може постичи циљеве жељене од њих. Сем тога, оно поставља извесна општа правила која имају за предмет да заштите извесне моралне и друштвене интересе. Под условом да не повреде јавни поредак и друштвени морал, појединци могу остварити све своје привредне операције. Али као опште начело остаје увек аутономија воље, која доминира целокупним имовинским правом.

Међутим, и ако појединци имају слободу да уреде међусобне односе по своме нахођењу, они је не морају увек искористити. Они могу закључивати правне послове чије правно дејство није предвиђено у свима детаљима. Имајући у виду такве случајеве, закон издаје извесне

прописе, који треба да замене вољу странака, уколико она није била довољно јасно изражена приликом закључења једног правног посла. Ти прописи су инспирисани тежњом законодавца, да дотични правни однос регулише на начин, на који би га највероватније регулисале саме уговарајуће странке, да су манифестовале своју вољу. Законодавац обично узима у обзир традиције и постојеће обичаје, тј. поставља онакве одредбе које се најчешће употребљавају у једној одређеној врсти уговора. Законски прописи у оваквој хипотези су често интерпретативне природе, тј. они тумаче каква би била вероватна воља странака да су је ове ефективно изразиле. Са друге стране, и сами појединци најчешће не регулишу детаљније своје односе у уговорима, баш с обзиром на то да ће се у случају њиховог ћутања применити законски прописи предвиђени за тај случај. У сваком случају, ова врста законски прописа је диспозитивне природе; њихова примена може бити отклоњена од странака ако оне изразе супротну вољу. Како каже § 13 српског Грађанског законика: „Воља и наредба човечија заступа закон, а **закон накнађује вољу и наредбу човечију**".

Декларативни прописи се најчешће сусрећу код разних уобичајених типова уговора као нпр. уговора о купо-продаји, закупу, послузи, зајму итд., чије су главне правне последице регулисане у колико то странке нису саме учиниле, законским прописима. Исто тако нпр. законодавац регулише, у отсуству брачно-имовинског уговора, имовинске односе између супруга.

б) **Императивни односно прохибитивни закони (ius cogens).** — Поред ових декларативних закона постоје закони којима се појединци морају безусловно покоравати, и које не могу мењати својом вољом. То су законске одредбе које су инспирисане идејом јавног поретка и објективног друштвеног морала. Већ поменути § 13 Грађанског законика у својој другој реченици каже: „Но у ономе, што се тиче јавног поретка и благонаравија не може се ништа изменити вољом нити уговом". Ове одредбе су издате на првом месту ради заштите поретка који је потребан за одржавање основних елемената друштвене организације, забрањујући све правне послове противне равнотежи интереса и социалној хармонији, привредном поретку и јавном моралу једне заједнице. Затим, да би се заштитила извесна лица која њихов узраст, душевно стање, пол итд. чине недовољно искусним и способним да бране своје интересе. Та се заштита манифестује у ограничењу делатне способности горњих категорија лица или у нарочитим формалностима при закључивању извесних правних послова. Али и овај други низ одредаба, кад се дубље анализира, исто је тако испирисан, у крајњој линији, идејом јавног поретка и објективног друштвеног морала; иако оне имају за циљ на први поглед, да бране извесне приватне интересе, ипак оне то чине зато што сматрају да је, са гледишта опште друштвене користи, потребно да ти интереси буду заштићени.

Сама идеја јавног поретка претставља један доста неодређен и растегљив појам. Закон је помиње само на један општи начин, не прицизирајући њену садржину. Уосталом, једна тачна и непромењлива дефиниција била би немогућа. Јавни поредак не само да није исти у свима државама, већ се у једној држави мења у току времена. Посматрајући ствари са једног сасвим генералног гледишта, као закони јавног

поретка могли би се обележити они који садрже прописе чије се поштовање сматра као неопходно за одржавање и нормално функционисање друштвеног, економског и политичког поретка, успостављеног у једној заједници. Ту би дошли на првом месту сви закони јавноправног карактера који регулишу радње разних државних органа, законодавних, судских и управних, организовање и функционисање јавних служби. Затим сви прописи кривичног права, а исто тако и одредбе грађанског права о накнади за учињену штету. Из приватног права, ту долазе у обзир, на првом месту, прописи породичног права који регулишу узајамна права и дужности супруга, однос између родитеља и деце, питање законског и ванбрачног очинства итд. Што се тиче имовинског права, које се углавном бави регулисањем приватних интереса појединаца, у њему су прописи јавног поретка ређи. Ипак све то што се односи на организацију права својине и других стварних права, на хипотекарни кредит, на форму послова укојима се може вршити пренос и отуђивање непокретнина: заштита странака од преваре, насиља, при склапању правних послова, итд. има се сматрати као да спада у прописе јавног поретка.

Појам јавног морала је тесно везан са појмом јавног поретка. Свака повреда јавног морала вређа опште интересе заједнице и начела њене социалне конзервације, у истој мери као повреде јавног поретка. Појам јавног морала исто тако не може бити дефинисан на један сталан и непромењљив начин. Говорећи о односу између права и морала ми смо описали стално зрачење морала на право, као и технички начин који се врши пенетрација морала у прописе позитивног права. Питање, уколико је један правни посао противан јавном објективизираном моралу, зависи од моралне свести једне заједнице у једном даном моменту. Та општа друштвено-маралне свест има да инспирише судове у њиховом оцењивању моралности појединих правних послова.

6. — **Престанак закона.** — Закони могу бити укинути на изречан и прећутан начин. Изречни начин укидања састоји се у томе, када се донесе један нов закон у коме је изречно речено да се укида постојећи закон. Прећутно или индиректно укидање долази као последица новог закона, који садржи прописе супротне постојећим законским одредбама. У случају сукоба између прописа два закона важи опште правило да новом закону треба дати превагу (lex posterior derogat priori). Такво укидање може бити потпуно или делимично, према томе да ли неслагање постоји само између појединих одредаба или у целокупном законском тексту.

У правној теорији много је дискутовано питање да ли један закон може престати да буде у снази, и ако није ни изречно ни прећутно укинут новим законом, већ само зато што су околности које су претстављале у моменту његовог доношења битне услове за његову примену доцније отпале, или зато што се је формирало једно обичајно право, супротно дотичном закону. Да би се дао одговор на друго питање треба претходно дати одговор на прво. У начелу, на прво питање требало би одговорити негативно. Ауторитет закона и сигурност правног поретка захтевају да се његова важност не може дискутовати док он није формално укинут надлежним законским путем. Заиста би велика пометња била унета у правне односе, ако би се могла оспора-

вати важност закона и на основу простог тврђења, да су они стављени ван снаге променом битних околности, под којима су били донешени. Међутим, не може се са друге стране спорити да има изузетних случајева кад је примена једног закона, услед промене прилика, заиста постала немогућа и чак директно супротна владајући правним схватањима. Како каже једна стара пословица: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, кад је престао разлог закона треба да престане и сам закон. Но ово правило треба примењивати са највећом обазривошћу. Закон би се на овај начин могао само изузетно сматрати као стављен ван снаге, ако би се тумачењем претпоставки на којима је он био заснован, дошло до закључка, да је закон сам по себи потпуно застарео, и да више не одговара новим условима друштвеног живота.

У вези са овим решењем може се дати одговор на друго питање: да ли закон може бити укинут стварањем обичајног права супротног законским прописима. Обичајно право, само по себи, не би могло укинути писане законе; али ако би се дошло до закључка да је један закон престао да важи зато, што су отпале претпоставке на којима је он био заснован, онда би се могло признати да се, ради попуњавања празнина насталих престанком дотичног закона, могло створити ново обичајно право. То обичајно право створено у празном правном простору, насталом услед престанка важности закона, могло би бити и супротно њему. Али се онда може рећи да закон није био директно укинут обичајним правом, већ је сам по себи био престао важити, јер су отпали битни разлози његовог постојања. Вероватно да исти социални узроци који су довели и до престанка важности закона, доводе и до стварања супротног обичајног права, али то не би увек морао бити случај.

IV ПРИМЕНА И ТУМАЧЕЊЕ ЗАКОНА

Закони се примењују најчешће свакодневно на тај начин што појединци подешавају своје понашање и уређују своје односе у границама постављеним од закона, не долазећи у сукоб са њима. Таква свакодневна добровољна примена не интересује правну науку и технику и није предмет њиховог проучавања. Оне се баве применом закона уколико се, услед сукоба између интереса појединаца, који се везују за супротна тумачења закона, појављује потреба да се тај сукоб расправи пред надлежним државним органима, тј. од стране судова чија је дужност и специјална функција да обезбеде правилну примену закона. Да би се пак закон могао применити на један конкретан случај, потребно је претходно утврдити његову садржину и његов смисао. Тај рад на истраживању и утврђивању законских прописа не може бити чисто механички. По самој својој природи, апстрактно генерално правило закона не може се остварити само по себи као један аутоматски механизам, већ је потребно да једна свесна и људска воља прилагоди његову примену једној даној ситуацији. Та радња која се састоји у одређивању смисла једног законског текста и утврђивању његове садржине, с обзиром нањегову примену на једно конкретно чињеничко стање, назива се тумачење закона.

Разне врсте тумачења

С обзиром на органе и лица која га врше, постоје три врсте тумачења: законско, судско и доктринално (научно).

1. — **Законско тумачење.** — Законско, или како се још друкчије назива аутентично тумачење, јесте оно које даје сам законодавац путем тако званих интерпретативних закона. По једном старом правилу римског права, само је император имао право тумачити нејасан закон који је он донео. Ejus est interpraetari legem cujus est condere, тј. право тумачења закона припада ономе ко га доноси. Ово правило је оживело у току XVIII века, са теоријом поделе власти на извршну (управну), законодавну и судску и са теоријом апсолутне суверености законодавца, као носиоца опште воље. Идеје Монтескија и Жан Жак Русоа које су инспирисале законодавство Француске револуције из 1789, тежиле су да судију претворе у аутомата који је механички имао да примењује закон такав какав је он формулисао од законодавца. Ако би се појавила нејасност или контрадикторност законских прописа, која би онемогућила њихову примену, судија није могао да их слободно тумачи, већ је морао да сачека интервенцију законодавца, да им она да прави смисао. Француско револуционарно законодавство, примењујући интегрално ове идеје, установило је у таквим случајевима обраћање судије законодавцу под именом Référé Législatif. (Декретом од 27 новембра — 1 децембра 1790). Касациони суд, установљен горњим декретом као врховни контролни орган за примену закона од стране судова, појављивао се више у улози органа законодавне него судске власти. Référé Législatif је трајао у Француској све до 1837 године.

Ове су идеје данас потпуно напуштене и нормално, тумачење закона спада у надлежност судских власти. Али законодавац има увек право да интервенише да би једним новим законским текстом прецизирао смисао постојећих закона. То се, међутим, не може сматрати као право тумачење, у техничком смислу речи, пошто у ствари законодавац замењује једно раније нејасно правило новим јаснијим, као што би сваки постојећи пропис могао укинути или заменити новим прописом. У тој радњи њега не везују општа правила о тумачењу која би иначе морао поштовати сваки други тумач закона.

Главна обележја законског тумачења јесу следећа:

1. — Научно, доктринално тумачење, није формално обавезно за судове и појединце, већ има само известан моралан или научан ауторитет. Судско тумачење се обавезно примењује само на конкретан случај који је решен пресудом. За будуће случајеве оно, као и доктринално тумачење, формално не везује никог па ни сам суд који га је први пут усвојио. Законодавно тумачење је формално обавезно за све судове и за све будуће сличне случајеве.

2. — Законско тумачење, противно општем правилу да закони важе за будућност, има повратно дејство, тј. сматра се да је нејасни пропис имао значење, које му је дато новим интерпретативним законом, још у моменту његовог доношења. Према томе, сви односи који нису били дефинитивно регулисани од дана издавања законског тумачења, већ су постали пре њега, имају дефинитивно регулисати као да је првобитан нејасан пропис имао од почетка онај смисао, који му је дат каснијим тумачењем.

2. — **Доктринално (научно) тумачење.** — То је тумачење које закону даје правна доктрина у научним расправама, коментарима закона итд., расправљајући разне правне проблеме, било оне који су се практично постављали пред судовима, било оне о којима судови нису још имали прилике да решавају. Ово је тумачење чисто теориско, и оно формално нема обавезне снаге ни за кога. Његов значај зависи од личног ауторитета правника који га је формулисао, и од саме његове унутрашње вредности и целисходности. Оно свакако врши сталан утицај на судску праксу и често јој служи као инспиратор и вођа.

3. — **Судско тумачење.** — То је тумачење које дају законским текстовима судови расправљајући један конкретан случај изнет пред њих. То је главна, свакодневна врста тумачења, пошто позитивно право у једној држави добија свој прави смисао и значај ефективном применом од стране судова.

У начелу, са формалног гледишта, судско тумачење је слободно. Сваки суд има право да усвоји оно тумачење које њему изгледа и најбоље и најправилније. Судови нису везани ни својим ранијим пресудама у сличним случајевјима, ни пресудама других судова, макар и виших. Разуме се да је ова слобода више формалне природе; уствари, кад постоји једна утврђена судска пракса, нарочито код касационог суда, мала је вероватноћа да ће судови доносити, сем у случају великих друштвених промена насталих у међувремену, пресуде супротне створеној пракси. Установа Касационих судова баш и има за главни циљ да доведе до једнообразног и сталног судског тумачења и примене закона.

V ОПШТА ПРАВИЛА ТУМАЧЕЊА

А). Традиционалне методе тумачења

1. — **Законодавчева намера.** — Основна полазна тачка традиционалне методе тумачења јесте истраживање законодавчеве намере. Пошто је закон производ једног свесног и смишљеног стварања права, главни циљ тумачења се имао састојати у томе да се пронађе у законском тексту права законодавчева воља, тј.оно што је он намеравао и хтео да постигне са својим текстом. „Закон је воља" рекао је Порталис у своме чувеном образложењу француског грађанског законика. Постулат те методе је тај да се целокупно право налази у закону. Улога тумача је имала да буде пасивна и аутоматска. Он је био дужан да стриктно и скоро религиозно поштује законодавчеву намеру, сматрајући је као саму по себи довољну да реши све садашње и будуће случајеве. Или је закон задржавао опште правило које је обухватило серију сличних случајева и онда је тумач имао да дедуктивним путем извуче из њега решење за дотичан случај; или ако у закону није било општег правила, већ је он садржавао само појединачна решења за разне случајеве, онда су се из њих путем обратне индуктивне методе имали да изведу општи правни принципи. Дошавши тако до општих правних принципа и створивши једну правну конструкцију, тумач

је имао да понова дедуктивном методом извуче из ње решење за све случајеве који би се могли подвести под ту конструкцију. У сваком случају, законодавчева воља оплођена дедуктивном и индуктивном логичном методом, садржала је у себи сва потребна решења. Тумач је имао да се уздржи сваке личне стваралачке активности, која би изменила законодавчеву вољу и дала јој једну нову садржину.

Очевидно је, међутим, да се иза тако схваћеног појма законодавчеве воље или намере налази једна фикција. Законодавац није једно јединствено, свезнајуће биће које је испитало у свим појединостима све могуће садашње и будуће реперкусије оног питања по коме је поставио једно правило. Закон је ретко дело једне усамљене јединствене воље, већ је најчешће колективна творевина већег броја људи. Да ли се код свих фактора који учествују у доношењу закона, на пр. код свих чланова Парламента који је изгласао законски текст може претпоставити јединствена и потпуно тачно одређена намера?

Овде треба рећи неколико речи о **историској методи тумачења.** Она се састоји у томе што се при тумачењу прописа који се тичу једне правне установе води рачуна о њеном историском пореклу и еволуцији. Улогу историског тумачења имали смо прилике да истакнемо у историском делу наших предавања. Овде би требало рећи нешто више о испитивању историских околности у којима је донет један законски текст, а нарочито о припремним радњама, које су претходиле његовом усвајању (на пример образложење пројекта закона, дискусија вођена у Парламенту, мишљења известиоца итд.). Међутим, што се тиче ових последњих, постоји дискусија у којој се мери они могу употребити. Очевидно је да се може прибећи припремним радњама само кад је законски текст нејасан и двосмислен; али никако није дозвољено употребљавати претходне радове и дискусију да би се из текста извукло нешто друго од онога што он јасно каже. Но и у случају нејасног текста треба поступати са највећом обазривошћу. Мишљења изнета у току дискусије око доношења закона претстављају израз индивидуалних воља, а не заједничку вољу, чији се дефинитивни облик налази записан у коначно усвојеном тексту. Ако је текст остао нејасан, вероватно да ни дискусија из које је он изашао није била много јаснија, тако да се у њој могу наћи аргументи за сва различита тумачења.

2. — **ГРАМАТИЧКА (ТЕКСТУАЛНА) МЕТОДА ТУМАЧЕЊА. —** Да би се тачно сазнала законодавчева намера, односно оно што је он хтео да каже, треба прво видети шта је он стварно рекао. Зато се има употребити на првом месту граматичка метода тумачења, тј. мора се приступити граматичкој анализи законског текста да би се открио прави смисао законодавчеве воље. Граматичко тумачење је засновано на идеји да текст одговара тачно мисли законодавчевој, и да се је овај послужио изразима који су потпуно адекватни његовој намери. Оно се састоји у истраживању смисла употребљених речи и у њиховом положају у реченици, у испитивању синтаксе у циљу да би се одредило тачно значење текста. Тако на пр. употреба свезе **и** место свезе **или** може бити од великог значаја за тумачење текста. Кад се у закону каже да је кажњиво фалсификовање неког документа **и** његова употреба, то значи да ће једно лице бити кажњено ако је учинило оба дела, тј. ако је и начинило лажан документ и послужило се њиме. Ако је, међутим,

употребљена веза **или**, онда се то има тумачити тако да је довољно учинити само једно од два дела, тј. било фалсификовати документ, било само употребити га, па да се искуси иста казна.

Речима треба давати смисао које оне добијају у свакодневној употреби, а не онај који би потицао из њиховог етимолошког порекла. Што се тиче стручних правних термина као на пример: „својина", „службеност", „друштво", „удружење", „преступ", „иступ" итд., њих треба увек узимати у њиховом техничко-правном значењу.

Овде треба, међутим, приметити да речи не садрже увек математички тачно одређене појмове са непроменљивом садржином, већ често еластична и променљива схватања. Тако на пр. речи „кривица" (кулпа), „виша сила" (вис мајор), „добра или рђава вера" (бона и мала фиде), јавни поредак, јавни морал итд. са којима често оперише законодавац нису употребљени увек у истом смислу, а и кад је то случај, њихова садржина мења се са временом: На пр. појам кривице у питању одговорности на учињену штету је другојачији, кад се ради о кривици онога који је штету учинио (§ 801 Грађанског закона), о кривици оштећеног лица (§ 905 истог законика) или кад кривица потиче од трећих лица.

Са друге стране, недостатак прецизности употребљених речи може се појавити услед тога, што су закони издати да трају дуже времена, тако да су у току њихова важења смисао речи садржаних у законском тексту мења под утицајем сталне еволуције језика, животних прилика и промене идеја. Испод привидне непроменљивости речи и њихов смисао еволуцира а са тиме заједно и смисао правних прописа. Као што лепо примећује Регелсбергер и реч моћног законодавца плаћа свој данак времену моћнијем од њега. Тако на пр. по § 681 Српског грађанског закона, онај који ствар даје под закуп или кирију дужан је ствар предати у стању способном за употребу. Није тешко замислити ову промену коју је овај појам „способно за употребу" претрпео од 1844 године па до данас, услед еволуције идеја о чистоћи, хигијени и удобности у току XIX и XX века. Слично се ствар претставља у погледу прописа за закључење уговора вербалним, усменим путем. Да ли се нпр. под појам усменог уговора, који је имао законодавац у почетку XIX века, може подвести уговор закључен путем телефона?

Најзад, треба напоменути постојање извесних појмова у праву који се називају **стандардима** које законодавац намерно оставља недовољно одређене. Стандард претствања једну општу директиву које закон даје судији или администратору, остављајући му широку слободу оцењивања у њиховој примени на конкретне случајеве. Он даје једно просечно мерило друштвеног понашања, које је способно да се прилагоди особеностима сваког појединачног случаја. Садржина тих општих правила није унапред одређена једним прецизним и крутим решењем, које судија има механички и аутоматски примењивати на све могуће случајеве без разликовања, већ је судији, у доста широким границама, призната моћ слободног оцењивања, тј. могућност да води рачуна о разним специалним околностима сваког случаја. Као примери стандарда могу се навести „добра вера", „јаван морал", појам „доброг домаћина" (В. на пр. §§ 378 и 683 Грађанског законика: „Он (уживалац) је дужан саму ствар као **добар домаћин чувати** и одржавати". — Ки-

рајција или закупац дужан је закупчеву ствар као **домаћин** по уговору чувати и одржавати").

3. — **ЛОГИЧНО И СИСТЕМАТСКО ТУМАЧЕЊЕ.** — Често пута граматичко тумачење законског текста не може, само по себи, довести до жељених резултата. Онда се прибегава тмуачењу **смисла** односно **духа** дотичног текста. Постоји једно опште правило тумачења да не треба узимати смисао сваке законске одредбе посматране усамљено, него онај општи смисао, који се добија из целокупног текста закона и из његовог генералног смисла и духа. Ово правило се може позвати на ауторитет великог римског правника Целзуса, који је осуђивао судске одлуке и правна мишљења заснована на једном усамљеном пропису, а не на целокупном законском тексту (24, Д. 1, 3). Логично тумачење полази од идеје, да законодавац није хтео унети у један законски текст контрадикторне одредбе које би се узајамно потирале; због тога све прописе једног закона треба тумачити на начин који би избегавао њихове међусобне супротности. Проширујући ту идеју на цео позитивни правни систем у једној држави, долази се до закључка да ни један цео закон не треба посматрати усамљено, већ у светлости основних принципа и тенденција који доминирају целокупним правним системом, чији је тај законски текст само саставни део. Правни систем у једној држави мора да чини једну логичну целину и, изузев сасвим јасно изражене супротне законодавчеве намере у самом тексту, треба усвојити оно тумачење које једном пропису даје складан смисао са општим принципима и идејама који прожимају и инспиришу целокупан правни систем.

Ове две методе тумачења, граматичка и логична, у ствари одговарају познатом дуализму између слова (текста) и општег духа закона. Граматичка метода истражује тачан смисао слова, а логична метода тачан смисао духа закона. О томе говори и Српски грађански законик у своме § 8 овим речима: „Смисао закона нико да не изврће, и криво да не тумачи. Сваки да пази на речи и њихово право значење па ако му се не би тако разумети дало, **онда нека погледа на друге овде изложене подобне законе** и нека испита намеру законодавца па сравнивши га са овим нека га протумачи, како се са основима здравог разума и природне правице слаже".

4. — **НЕКОЛИКО ОСНОВНИХ ПРАВИЛА ЛОГИЧНОГ ТУМАЧЕЊА АНАЛОГИЈА.** — Традиционална теорија тумачења поставила је разна правила у циљу што ефикаснијег и што рационалнијег искоришћавања логичне методе тумачења. Ми ћемо се овде ограничити да напоменемо она која се најчешће употребљавају.

Прво је правило екстензивног а друго рестриктивног тумачења. Према својој природи и улози која имају у једном правном систему, треба разликовати између општих правила и принципа и оних који претстављају само специалне изузетке од њих. За прве важи правило екстензивног тумачења, тј. општа правила и принципе треба тумачити тако да произведу своје пуно дејство у свим случајевима где њихова примена није изрично отклоњена једним супротним текстом закона. За специална правила, односно за изузетке од општих начела, важи правило рестиктивног тумачења, тј. она се имају примењивати само на

случајеве за које су нарочито доношена. Као најбољи пример зато може да послужи питање правне и делатне способности физичких лица. Општи је принцип да сва ова лица имају правну и делатну способност, а изузетак је њихова неспособност. Због тога се сваком лицу има признати способност за склапање правних послова, а неспособност може бити заснована само на једном изречном законском тексту.

Затим, долази један низ правила о аргументима правног резоновања. Прво се односи на аргумент a contrario. Тај начин аргументације се још назива expressio unius est exclusio alterius, тј. кад је нешто изречено споменуто, друго што му је супротно, искључено је из тог истог начина регулисања. Ово правило се састоји у томе што се претпоставља да кад је законодавац предвидео једно одређено решење за неки случај, онда се може закључити да је за једну различиту хипотезу он имао намеру да усвоји супротно решење. Тако на пр. кад Грађански законик у своме § 533 каже да они који су разума лишени не могу склопити уговор и проширује то и на децу испод седам година и на оне који су под туторством и старатељством, из тога се аргументом a contrario закључује, да сва остала лица која нису изрично поменута имају способност да склапају уговоре. Ма да је употреба овог правила тумачења доста распрострањена, ипак се оно не може препоручити као начин за потпуно сигурно изналажење законских решења у сваком случају. Тиме што је једно питање регулисано на један одређени начин не може се претпоставити, без неких других разлога, да се тиме хтело за супротне и различите хипотезе усвојити једно супротно решење. Често се може поставити питање, да ли један законски пропис претставља само изузетак који се не може путем аналогије проширити и на друге случајеве, или је то само једно детаљно правило, засновано на неком вишем општем принципу, тако да претставља само једну од његових конкретних примена.

То се најбоље може видети из употребе другог једног логичног аргумента a pari (ratione) заснованог на аналогији (сличности) који се састоји у томе, што се супротно од начина поступања у резоновању a contrario, путем индукције изводи из једног или више детаљних прописа у појединим случајевима један општи принцип; овај принцип се затим примењује на серију сличних случајева који нису изрично регулисани специалним законским прописима. Проста примена аргумента a pari налази се у случају асимилације између способности малолетника и способности пунолетних лица којима је одузета своје власти постављени скрбник и помоћник. Та асимилација уосталом изречно је предвиђена и самим законом (§ 183 Закона о ванпарничном поступку). Као сложенији пример употребе ове методе може се навести у нашем праву питање сукоба у наслеђу између стрица и синовице и између тетке и братанице. Решење тих сукоба је тражено у извођењу општих начела репрезентације и првенства мушке лозе над женском из одредаба §§ 396—400 Грађанског законика; пошто су из тих одредаба извучени општи принципи они су примењивани на горе поменуте случајеве који нису изрично регулисани законом.

Потребно је овде напоменути да се тумачење аналогијом не састоји само из употребе логичних аргумената које смо горе навели, већ и из њене примене у знатно ширем смислу. Код извесних писаца (на пр. немачког правника Бринца) закључци који се извлаче путем аналогије не

претстављају једну логичну нужност, већ више захтеве праведности. Други опет сматрају да се она има применити тамо где само постоји сличност у основним претпоставкама два правна прописа. Та сличност може долазити као последица не логичних већ више етичких разлога. Овако широко схваћена аналогија излази из граница нормалног тумачења закона и претставља више стварање нових прописа, него тумачење већ постојећих. Она је нарочито била употребљавана за попуњавање „празнина" у правном систему.

Најзад, треба поменути још и правило логичне методе тумачења које се састоји из употребе аргумената a fortiori. Овај аргуменат служи да се из постојања једног правила закључи да постоји једно друго правило, које законодавац није изрично формулисао, али које треба сматрати као да се само по себи подразумева, јер се оно намеће са још много више разлога него правило изрично формулисано. Тако на пр. кад се у § 687 Грађанског законика каже да је кирајџија или закупац дужан да закупљену ствар, као домаћин чува и одржава, то јест да одговара за штету која би била проузрокована његовим недовољним старањем и надзором; из тога a fortiori излази да је он одговоран за штету коју би намерно (у циљу да шкоди) проузроковао закупљеној ствари. Или кад је забрањено да се у путнички воз уводе пси, тиме се a fortiori искључују крупније и опасније животиње као нпр. медведи.

5. — **МЕТОДА ПРАВНИХ КОНСТРУКЦИЈА.** — Ово је само једна варијанта логичне, односно систематске методе тумачења, један корак даље у генерализацији правних правила путем комбиноване индукције са дедукцијом, наставак њиховог логичног разрађивања. Стварност живота је много разноврснија, комплекснија и покретљивија него што могу бити прописи законског права који је регулишу. Услед тога долази да се неминовно појављују случајеви, за које не постоји изречни правни прописи у самом тексту закона, тј. које законодавац није специално предвидео. Судови и доктрина успевају да логичном методом, чији смо начин поступања горе описали, прошире до извесне мере практичан домашај писаних правила и подведу под њих и случајеве на које законодавац није изречно мислио при редакцији закона. Али и то проширавање правних правила постаје у извесном моменту недовољно. Класична доктрина, полазећи са гледишта потпуности позитивног правног система, тј. да се целокупно право налази у закону, морала је да се послужи и другим методама да би из позитивних законских прописа извукла решења за све случајеве.

Метода правних конструкција је, дакле, никла из потребе, која постоји за законске прописе да ради свога практичног остварења добију читав низ техничких и конструктивних правила, помоћу којих би могли да управљају детаљним чињеницама друштвеног живота, у свим њиховим и разноврсним и променљивим формама. У томе циљу је традиционална метода тумачења морала да има на свом расположењу велики арсенал логичних конструкција, концепата, категорија класификација итд., да би са својим прецизним и стабилним оквирима могла обухватити покретљиву и бескрајно комплексну стварност живота. За техничку примену и разрађивање општих правних принципа долазе у обзир углавном концепти формалне логике. Отуда се ова метода често назива и **правним концептуализом.**

Данас је, после једног дугог искуства, несумњиво доказано да се ово превођење друштвене стварности у логичне концепте врши на уштрб непосредног схватања животних потреба. Али је та контрадикција између непосредног осећања животних потреба путем интуитивног сазнања са једне, и недовољности људског духа да их потпуно адекватно изрази помоћу чисто интелектуалних претстава са друге стране, која се у нешто мање акутном виду манифестује и код природних наука, скоро неизбежна и несавладљива. Традиционална доктрина је сматрала да сталност и сигурност организованог правног живота захтевају, да се он подвргне и нешто крутим оквирима логичних концепата, макар и на уштрб непосредног схватања његових врло разноврсних и променљивих потреба.

Овај основни недостатак чисто логичне методе правних конструкција се још више испољава у њеном завршном стадијуму примене. У тој завршној фази сукцесивних операција индукције и дедукције, логични концепти и конструкције потпуно се одвајају од интереса који су у почетку служили као стварна подлога, и почињу да живе једним засебним, самосталним животом. Правнички дух је потпуно победио животну материју прелазећи у стадијум чисте правне конструкције, засноване на апстракцијама одвојеним од материјалних интереса, психолошких реалности и веровања која чине првобитни субстратум сваког правног правила. Правна наука и техника оперишу са тим логичним конструкцијама као са самосталним целинама, међусобно их комбинују и систематизују. Тиме се ствара један засебан свет правних апстрактних норми у коме су друштвене реалности заступљене интелектуалним концептима. У томе свету засебних правних претстава и идеја, сви концепти имају једну сталну, условљену садржину на коју стална еволуција и променљиве форме живота немају непосредног утицаја. Правне конструкције су еминетно схематичке и статичке природе. Оне посматрају моралне, економске и социалне реалности под извесним нарочитим углом својих изграђених концепата, узимајући у обзир само оне њихове специфичне елементе, који су предодређени самом логичном садржином тих концепата.

6. — **ПРАКТИЧНИ ПРИМЕРИ ОСТВАРИВАЊА МЕТОДЕ ПРАВНИХ КОНСТРУКЦИЈА У ТУМАЧЕЊУ И ПРИМЕНИ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА. —** Из овога што је напред речено, излази да метода правних конструкција тежи да открије правна правила која имају да регулишу разне чињенице друштвеног живота помоћу чисто интелектуалних, апстрактних операција, углавном служећи се концептима формалне логике. Сама реч конструкција, употребљава се као метафора да би дала синтетичну претставу о једној интелектуалној активности људског духа, који се труди да прикупи и споји разноврсне и растурене елементе друштвене стварности у једну складну и стабилну целину.

Неколико примера узетих из судске праксе и из правне науке најбоље могу илустровати практичну примену методе правних конструкција. Ту на првом месту долази у обзир „субсумирање", тј. подвођење извесних чињеница које нису изречно регулисане законом, под једну правну конструкцију изграђену на основу појединих законских одредаба, предвиђених за друге сличне случајеве. Та ко на пр. када су се крајем XIX века почели у Француској појављивати колективни уговори о

раду, закључени између послодаваца и радничких синдиката, који дотле нису били предвиђени и регулисани од позитивног законодавства, чињени су покушаји да се они, у погледу одређивања њиховог правног дејства конструишу као један од већ познатих типова уговора. Тако су једни видели у колективним уговорима о раду, једну врсту уговора у корист трећих лица; други незвано вођење послова, трећи једну врсту заступништва (мандата) док се најзад већина није изјаснила за категорију безимених уговора (предвиђену у § 1107 француског грађанског законика). Сличне правне конструкције су чињене са уговором о осигурању живота, који исто тако није био изречно предвиђен и регулисан позитивним правом. Француска судска пракса и доктрина које су осетиле да је позитивно законодавство недовољно да одговори овој новој потреби правног саобраћаја, покушали су да нађу решење правног проблема постављеног појавом и наглим ширењем ове врсте уговора, служећи се методом правних конструкција. Тако је цео систем уговора о осигурању био изграђен на једној јединој одредби грађанског законика о уговарању у корист трећих лица. На тај начин, најпрече потребе правног саобраћаја биле су задовољене и правно функционисање уговора омогућено, али како је приметио француски правник Жени, вршећи целу ову операцију на Прокустовом кревету, чиме је био деформисан и спутаван природни развитак ове установе, бар у извесним правцима.

Најзад, као један од типичних примера систематизованих правних конструкција може се навести и теорија правне личности. Да би се омогућило разним групама људи да поседују имовину, да располажу њоме, да обављају разне правне послове у име групе, разна правна правила потребна за ту сврху груписана су око појма правне личности. Правна личност се појављује тако као једна конструкција, један интелектуални концепт створен у циљу да се извесне потребе друштвеног живота преведу на терен правне логике.

Б. Критика традиционалних метода тумачења и правни модернизам

1. — **ОСНОВНЕ ТЕЗЕ ПРАВНОГ МОДЕРНИЗМА.** — Традиционалне методе тумачења које су биле засноване на идеји да се све укупно право налази у закону, и да се цео проблем правног живота састоји у изналажењу једне презумиране и више фиктивне воље и намере законодавчеве, изазвале су једну живу реакцију крајем XIX века. Не може се, међутим, спорити позитивистичкој школи да она, и поред упорног одрицања постојања празнина у позитивном праву, није осетила потребу да се законско право прилагоди потребама друштвеног живота. Само она је веровала у неисцрпљиву моћ логике која је из законских правила била у стању да са математичком сигурношћу изведе решење за све могуће случајеве. Отуда употреба методе правних конструкција која је, путем изграђивања и проширивања логичних концепата имала да прилагоди апстрактна и општа законска правила новим социалним чињеницама. Међутим, са правом се могло поставити питање, колико су ове суптилности формалне логике могле довести до правилног решења многобројних друштвених проблема, који су се непрестано постављали еволуцијом друштвених прилика. Колико се у оваквом поступању водило мало рачуна о стварности, најбоље се може видети из тога,

што се једино на полазној тачци ових операција, у одредбама које је законодавац био издао, и то доста одавно, ради регулисања појединих тачно дефинисаних односа, налазили елементи реалности; све што је долазило после тога није било ништа друго, до низ логичних индукција и дедукција.

Ако се ипак често дешавало да су се закључци, до којих се долазило путем логичног резоновања, подударали са стварним потребама живота то је долазило отуда, што су све те конструкције биле само спољни апарат који је имао да прикрије једно ново решење, без формалног ослонца у закону. Често су пута судови и правна доктрина, руковођени потребом да дођу до једног решења које им је изгледало субјективно најбоље и најцелисходније, стварали правне конструкције да би ово њихово лично мишљење изгледало као фатални и неумитни резултат једне строго логичне правне методе. Та мешавина између формалне логике и субјективних осећања правника, доводила је до многобројних теорија. Скоро за свако компликованије питање постојало је по неколико решења и то врло често различитих, за која су њихови аутори тврдили да су резултат стриктне примене логичне методе тумачења наслоњене на законодавчеву намеру. Тиме се показало да логична метода нима ни ону добру особину која јој се обично приписивала, а то је да се са математичком сигурношћу извлачи из закона потребна решења. Онда се јасно поставило питање да ли логични концепти и правне конструкције нису само један непотребан апарат, који само отежава и компликује директно узимање у обзир и правилну оцену економских, социалних, психолошких и моралних чињеница, реалну подлогу свих правних правила. То је основна идеја која је, са мање или више среће, инспирисала разне теорије правног модернизма, школу „слободног истраживања права", школу „слободног права" итд.

Главне критике нових теорија биле су управљене против класичног схватања закона као једног апсолутног и непроменљивог извора целокупног права. По схватањима правног модернизма, текст закона, кад је једном донет и пуштен у правни саобраћај, одваја се од мисли и воље законодавчеве да би живео и развијао се својим сопственим животом. Закон, који је сматран у моменту свога доношења као израз колективне правне свести, треба да еволуира са њом и да буде тумачен, из дана у дан, у складу са том еволуцијом. Другим речима, треба узети закон као једну засебну целину, одвојену од његовог непосредног извора — законодавчеве воље — која се налази у тесној органској вези са друштвеним животом и у сталном процесу прилагођавања његовој поступној еволуцији. Према томе, они који доцније тумаче и примењују закон, не само да не би били слепо везани за првобитну законодавчеву вољу и намеру, већ би могли да форсирају законски текст да би из њега извукли ново решење. При томе би било без важности то, да законодавац није ни помишљао на таква решења; главно је да она одговарају захтевима времена у коме се тумачи и примењује закон. Приликом прославе стогодишњице француског грађанског законика 1904, тадањи први претседник француске Касације је рекао: „Судија не треба да се веже да тврдоглаво истражује каква је била пре сто година мисао творца законика, када су редиговали овај или онај његов параграф. Он треба да се упита каква би она била кад би тај исти параграф био данас редигован од њих. Он треба да има у виду да у присуству свих про-

мена, које су се десиле у току једног века, у идејама, у обичајима, у институцијама, у економском и социјалном стању Француске, правда и разум заповедају да се текст прилагоди, либерално и хумано, реалностима и захтевима модерног живота."

2. — **Критичко посматрање правног модернизма. Закључци о савременим методама тумачења.** — Међутим, не треба губити из вида да главна корист од писаних закона лежи у њиховој стабилности и прецизности. Безбедности и потреба континуитета у правном животу захтевају да се једном усвојена решења не мењају, ни сувише лако, ни сувише често. Сталност, па чак и извесна крутост у тумачењу и примени закона, претстављају у извесним приликама једну социјалну потребу, можда исто тако важну као што је стално и беспрекидно прилагођавање закона друштвеним приликама. Главна вештина у тумачењу и примени закона састоји се у разликовању између сталних и пролазних потреба једне заједнице, између субјективних мишљења оних који тумаче и прилагођавају законе о томе шта је корисно и целисходно, и стварних захтева друштвеног живота који потичу из саме објективне природе ствари. Као што тачно примећује француски правник Жени, главни творац школе слободног истраживања права у Француској, закони би много изгубили од своје вредности а правни живот од своје сигурности, ако би се закон сматрао као један празан мех, који би свако пунио по својој вољи.

У томе и лежи слаба страна нових теорија правног модернизма. Нико не може објективно оспорити оправданост и умесност њихових критика уперених противу претеране апстрактности и крутости традиционалних метода тумачења и примене закона, као и против схватања да се решење за све нове проблеме, које друштвени живот стално поставља, налазе у текстовима закона издатих пре више деценија у сасвим другим приликама. Али се мора искрено признати, да разне нове методе које су до сада предложене да замене традиционалне методе тумачења и примене закона, нису још успеле да поставе сигурне и довољно објективне критеријуме по којима тумач закона има да црпи своја решења непосредно из реалних чињеница друштвеног живота. Просто позивање на социолошку методу, која би имала да замени традиционалну методу није довољно решење за све ове тешке и компликоване проблеме. Још увек остаје да се одреди тачна садржина те методе, као и да се нађу објективна правила, која би претстављала једног сигурног вођу кроз лавиринт многобројних и изукрштаних питања друштвеног и правног живота.

У ствари, мора се признати да је објективни критеријум и правила за једну овако широко схваћену методу тешко поставити. Тумачење и примене закона нису чиста наука; то је углавном једна вештина. Као у другим сличним проблемима људског живота, добро тумачење и примена закона није толико питање унапред постављених објективних начела, колико питање умешности, такта и осећања праве мере. Модерне школе у праву поставиле су проблем тумачења и примене закона не на искључиви терен правне технике, где се он налазио под владом традиционалне методе, већ на терен правне политике, који је пре тога био искључиво резервисан за законодавца. Судија, и уопште сваки тумач закона, нису више сматрани као аутомати, који имају за задатак да,

без икаквог личног доприноса и без икаквог права непосредне оцене савремене друштвене стварности, примењују апстрактну мисао законодавчеву на поједине конкретне случајеве. Они су постали његови сарадници и помоћници, који добијају од њега једну врсту опште делегације да допуне његово дело и да га прилагоде новим приликама. Данас је јасно да би закон, такав какав је замишљен крајем XVIII вика и у току XIX века, тј. довољан за све могуће проблеме — чији се прописи могу примењивати механички и који се сами по себи прилагођавају новим ситуацијама, — требало да претставља једно такво савршенство и пуноћу садржине која би превазилазила све људске способности једног најидеалнијег законодавца. Закони не могу бити друго до скуп општих директива, чија примена на конкретна решења захтева свакодневну сарадњу једног новог посредника, стављеног у директан додир са чињеницама које треба регулисати. Тако се пред тумачима закона отвара једно широко поље друштвене стварности, одакле они имају да црпе потребне елементе за тумачење и примену закона. У те елементе долазе модерна стремљења друштва, потребе његове боље привредне организације, остваривање равнотеже интереса, разни критеријуми социалне правде и опште целисходности итд. Нека објективна правила по којима ће сви разни елементи бити узимани у обзир, оцењивани и дозирани, тешко да ће моћи бити унапред постављена, исти као што не може бити унапред одређен ни прецизан објективни критеријум кога би се имао придржавати сам законодавац при доношењу нових закона.

Из свих тих разлога, ако је неумесно и претерано тражити сва могућа решења у самом законском тексту, ипак се не може прихватити ни друга крајност у којој би се оставиле тумачима закона одрешене руке, да по својој увиђавности мењају смисао и садржину закона, са мотивацијом да он више не одговара стварним потребама заједнице. Извесне објективне гарантије у једном правном систему морају постојати и оне у данашњем стању ствари могу потицати само из закона. Основи модерних правних система морају још увек бити закони. Судска пракса и научна делатност могу имати стваралачку улогу само уколико је закон пропустио да регулише један случај, тј. уколико постоје стварне празнине у законском уређењу друштвеног живота. Другим речима може се узети као база правило које се налази у чл. 1 Швајцарског законика који гласи: „Примена закона . . . Закон влада над свим материјама на које се односи слово или дух једне од његових одредаба. У недостатку једне законске одредбе која се може применити, судија суди по обичајном праву, а у недостатку обичајног права, према правилима која би он поставио када би био позван да буде законодавац. Он се инспирише решењима освештаним од доктрине и судства".

Судија, дакле, може да приступи слободној и директној оцени друштвених чињеница које су му изнете на решавање, само ако је, и уколико то законодавац пропустио да учини. Он при томе има исту власт као и законодавац кад доноси законе. Једино ограничење које би га везивало, састојало би се у томе што би он то решење имао да тражи у светлости основних принципа и тенденција које доминирају целокупним правним системом у дотичном моменту. Правни систем у једној држави треба да чини једну хармоничну целину и решење које би поставио судија за један конкретан случај, и то под условима горе изло-

женим, треба да буде и у складу са општим тенденцијама које прожимају целокупно позитивно законодавство. Да би се избегла потпуна самовољност судских одлука, потребно је да оне, у својој стваралачкој делатности, имају извесног ослонца у аналогији са постојећим правним прописима. И сам законодавац у нормалним приликама, кад доноси нове законе, мора водити рачуна о основним начелима и духу правног поретка у који има да се интегрира нов закон.

Што се тиче прилагођавања апстрактних и генералних прописа закона индивидуалним случајевима и потребама променљиве стварности, проблем је постављен још од Аристотела, који је схватио правичност као једну нужну поправку генералности закона. Он је сматрао да се законско правило има у својој примени прилагодити свим околностима појединих случајева, као што нарочити лењир употребљаван за лесбијанске конструкције, направљен од еластичне материје, прилања уз најнеправилније контуре појединих предмета.

Од увек је, дакле, била увиђана потреба да се судији остави извесна слобода оцене у примени објективног права на конкретне случајеве. У римском је праву та могућност била призната преторима, који су је врло корисно употребљавали за ублажавање крутих и формалистичких прописа првобитног, уско схваћеног грађанског права, и за стварање промена у складу са стално новим потребама правног живота. У Енглеској је постојала установа специјалних „Судова правичности" (Courts of equity) чије име већ довољно показује главну тенденцију. Уопште узевши, све до наглог ширења писаног законског права које датира из почетка XIX века, и до триумфа апсолутне суверености закона као израза оште воље, судови су имали увек широку власт у конкретној примени права и његовом прилагођавању. У почетку XIX века, атрибуције судова у том погледу биле су знатно сужене. За то су постојали и историски разлози, углавном тежња да се ограниче злоупотребе које су чинили судови самовољним тумачењем и мењањем закона. Начело поделе власти противило се је овој узурпацији законодавне власти од стране судова. Сем тога, закони су углавном задовољавали потребе правног живота у XIX веку. Они су били још доста свеже инспирације, скоро донешени, а комплексност друштвеног живота и његов темпо развитка нису још били узели данашње размере. Због тога су судови могли да употребом логичне методе тумачења, оставши у границама које им је обележавала теорија поделе власти, ипак, колико-толико, одговоре потребама правног живота.

У модерно доба, писани закони не могу више испуњавати у правном животу све оне функције које им је додељивала теорија из почетка XIX века. Законодавна власт је преоптерећена задацима које јој поставља све већа интервенција државе у све домене друштвеног живота. Она не може више следити, корак у корак, брзу и врло нијансирану еволуцију социјалних чињеница. Услед тога, појављује се потреба да се судској пракси понова призна улога коју је она имала пре XIX века, у прилагођавању права у његовој конкретној свакидашњој примени. Али, као и код попуњавања, и то савијање општих правних правила према животним потребама не треба да буде њихово ломљење и кршење. Судови морају остати у границама одређеним општим начелима и духом законског права, дајући им једно разумно и правилно тумачење. Једно отворено гажење законских прописа, под изговором

њиховог прилагођавања новим потребама, одвело би ка једној правној анархији са безброј малих законодаваца, који би по своме нахођењу и субјективним осећањима прекрајали старе и правили нове законе, без оних потребних гарантија које важност тога посла безусловно захтева.

VI. ДА ЛИ ВАН ЗАКОНА И ОБИЧАЈНОГ ПРАВА ПОСТОЈЕ И ДРУГИ ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА!

Питање се може поставити само за научно, доктринално изграђивање права и за судску праксу.

Из објашњења које смо посветили питању тумачења и примене закона, може се добити једна приближна слика о улози коју у позитивним системима имају доктрина и судска пракса. Та улога је у модерном добу све знатнија. И доктрина и судска пракса су неопходни сарадници и помоћници законодавца у допуњавању и разрађивању позитивног права, у његовом прилагођавању комплексним и стално покретним чињеницама друштвеног живота. Али и поред тих изванредно важних функција, ипак се, ни доктрина ни судска пракса, не могу сматрати као формални извори права.

Што се тиче доктрине, њен рад може бити заиста стваралачки у изграђивању позитивног права, али њена мишљења не могу имати формалну снагу закона и обичајног права, сем ако им правни систем изрично не даје обавезну снагу правног правила. То је био случај у римском праву са конституцијом Теодосија II (426 г. после Христа) којом је био установљен тако зв. „Суд мртвих". По тој конституцији, судови су имали да се обавезно придржавају мишљења римских правника Папинијана, Гајуса, Улпијана, Павла и Модестинуса. У случају истог броја супротних мишљења, требало је дати превагу мишљењу Папинијана, који је тако био сматран као претседник овог хипотетичног суда правника већ одавно умрлих. Само, у томе случају се радило о једној врсти законодавне рецепције већ познатих мишљења правне доктрине.

У данашњим модерним системима, таква врста делегација законодавне власти правној доктрини не постоји и била би противна основним начелима државног уређења и поделе власти.

И кад би сви писци били сложни у решењу које треба дати једном питању, маколико то решење било умесно и добро засновано, ипак оно остаје необавезно, јер није санкционисано од правног система као једно формално правно правило. Утицај доктрине је дакле увек индиректан; њена мишљења често могу инспирисати судске одлуке у погледу тумачења и практичне примене позитивног права. Сем тога, доктрина може вршити утицај на законодавца при променама и реформама постојећег закона. Али њена главна функција састоји се у стварању модерног обичајног права. У данашњим хетерогеним и бројно огромним заједницама, немогуће је замислити стварање обичајног права у коме би учествовали подједнако сви чланови заједнице. Међутим, то може бити колективно дело правне доктрине у коме би класа правника, која је за то технички најспремнија и најпозванија, узимала главног учешћа.

Ситуација је нешто друкчија у погледу судске праксе. У принципу и према теорији поделе власти, која је још на снази у већем броју земаља, законодавац ствара закон док га судија само тумачи и примењује на конкретне случајеве. Пресуде судова могу имати само једно релативно дејство, ограничено на пресуђене случајеве. Ван њих оне немају никакву обавезну снагу. Чак и у случајевима, о којима је било раније речи, кад судови услед празнина у закону постављају нова правна правила као што би то учинио законодавац, та правила немају обавезне снаге за будућност и за друге сличне случајеве.

Из тога би логично излазило да судске одлуке не могу никад бити формални извор права. Тако ствар изгледа са формално-легалног гледишта. Међутим, практично се проблем поставља друкчије. Кад је једно правно питање више пута у разним споровима било предмет једног низа судских одлука, његова решења могу бити у појединим случајевима различита. Но после извесног колебања, с обзиром на неизбежну интервенцију Касационог суда који има за задатак да доведе до изједначења судске праксе, долази се до једног дефинитивног и једнообразног гледишта судова о дотичном правном питању. Од тога момента, судска пракса је утврђена и решење које је она усвојила добија вредност једног генералног и једнообразног правила. Такво правило се, по својој практичној ефикасности, иако је потекло од судске праксе, не разликује много од једног законског правила. Оно се интегрира у позитивни правни систем и постаје његов саставни део, дајући прави смисао законским прописима.

Али, иако ово право излази непосредно из судске праксе, ипак се ова пракса не може сматрати као један посебни формални извор права. Тако створено право има све карактеристике обичајног права створеног у оквиру закона. Оно је производ једног другог и лаганог процеса стварања, а тачан моменат кад је оно постало формално обавезно, не може се прецизно утврдити. Поред тога, као и све остало обичајно право, и ово створено од судске праксе, изишло је из непосредних потреба правног саобраћаја којима се оно непрестано прилагођава; оно се стабилизује сталним понављањем судских одлука и саображавањем људи у њиховом деловању начелима тога права услед убеђења да је оно обавезно. Према томе, не би требало сматрати судску праксу као један трећи формални извор права, већ само као једну специјалну форму обичајног права. У садашњим правним системима судска пракса и доктрина могу се, дакле, сматрати као главни агенти у стварању обичајног права модерног типа.

VII. ПОДЕЛА ПОЗИТИВНОГ ПРАВА

Постоје две основне поделе права:

1) на **међународно** и **унутрашње** (интерно) право; и
2) на **јавно** и **приватно.**

А. Међународно право

1. — **Општа обележја међунардног права.** — Прва подела долази као последица тога да су људска друштва у модерном добу организована у независне и самосталне државе. Свака држава има своје поли-

тичке границе, унутар којих је организован цео унутрашњи правни живот. Интерно право сваке државе регулише на начин, који дотична државна заједница сматра за најбољи и најцелисходнији, њену политичку и административну организацију, односе између државних органа и појединаца, међусобне односе појединаца итд. Али то није довољно за модерне услове живота човечанства. Између народа, и поред раздвојености услед њихових политичких граница, стварају се многобројни правни односи које треба регулисати. У модерном добу, где је контакт између народа све живљи и чешћи, где су се услови међународног живота радикално изменили услед нових техничких проналазака који су смањили удаљеност народа и индивидуа у простору, потреба за уређењем међународних односа постаје све већа. Интереси појединаца се стално проширују; они су прво били ограничени на једну мању жупу, затим на ширу област племена и најзад на државу. Данас су они проширени на целу међунарордну заједницу. Добра или рђава жетва пшенице у Канади, сукоб на Крајњем истоку, дозвола или ограничење емиграције у разним америчким државама, подела колонијлних сировина у Африци итд., све су то чињенице које могу имати великих реперкусија по животне интересе свих европских народа, те их не могу оставити равнодушним. Право које регулише те међународне интересе и односе створених изнад политичких граница разних држава, назива се међународно право.

Међународно јавно право не решава директно односе између појединаца; оно се примењује углавном само на односе између држава. Субјекти међународног права нису као у унутрашњем приватном праву појединци, већ само државе. Правила међународног права су упућена непосредно државама које су обавезне да их поштују; она се примењују на појединце посредно тј. преко њихових држава, које су дужне, уколико се та правила односе на делатност појединаца и регулишу њихова права и дужности, да их претворе у норме унутрашњег права. Приватни интереси појединаца у другим државама заштићени су на основу међународног права, путем дипломатских претставника и дипломатске интервенције. У послератној периоди запажа се тенденција да се извесна права и дужности индивидуа директно регулишу путем међународног права (н. пр. признање могућности појединцима да се директно обраћају међународним судовима).

Из тога излази да међународно право регулише права и дружности држава једних према другим, одређујући границе њихове суверене власти. У јерархији правних норми оно долази на првом месту, пошто ограничава државу у њеној слободи акције и обавезује је да извесне гране свога законодавства прилагоди својим међународним обавезама. Једна се држава не може позивати на стање њеног унутрашњег законодавства као препреку за извршење својих међународних обавеза. Она је дужна да то стање прилагоди међународним обавезама које је примила. Међународно право се не интересује целокупним унутрашњим правом једне државе, већ само оним његовим деловима који додирују међународне односе; тај део права се назива **унутрашње право међународно потребно;** у осталим доменима свог унутрашњег права, држава је потпуно слободна да организује правне односе како сама нађе за најбоље. Постоји један **резервисани домен,** у коме међународно право оставља државама пуну слободу акције.

Материја коју регулише међународно право огромно је. Ту долазе међународна територијална компетенција држава, њихова права и дужности у међусобним односима; органи преко којих државе одржавају међународне односе, затим организација разних међународних установа и њихове респективне атрибуције. Међународно право исто тако предвиђа разне начине за мирно решавање међународних сукоба установљавајући процедуре и надлежне органе за то: комисије за мирење, арбитражне судове, Стални суд Међународне правде итд. Најзад, оно се бави и регулисањем односа у случају рата; међународно право тежи да хуманизује рат постављајући извесна правила човечности за његово вођење. Његови прописи одређују положај ратујућих држава као и положај неутралних држава које не учествују у рату.

2. — **Извори међународног права.** — Главни извори међународног права су међународни уговори и обичајно право.

Уговори се закључују између држава у циљу да се споразумним путем створе, измене или укину извесни правни односи. Уговори обично стварају једно специјално право које обавезује само државе, уговарајуће странке. Такви се уговори називају двостраним (билатералним). Поред ових двостраних постоје и колективни уговори који везују већи број држава. Пакт Друштва народа је тип једног колективног уговора који везује више од 50 држава. Ти колективни уговори претстављају једну врсту међународног законодавства, јер постављају општа и апстрактна правила која личе на законске прописе. Двострани уговори, где свака држава има пред очима свој посебни интерес, више се приближују типу уговора који склапају појединци.

Обичајно право још увек претставља главни формални извор међународног права, пошто је већи његов део обичајног порекла. За стварање обичајног права у међународном животу важе исти услови као и у унутрашњем праву: дуго понављана пракса и правно убеђење да је та пракса обавезна. Исто као и у унутрашњем праву, обичајно право није увек универсално и опште, већ може бити регионлано, тј. везивати само један известан број држава. Тако н. пр. извесна обичајна правила везују само европске државе док друга опет само државе Јужне Америке итд.

Судска пракса и доктрина нису, као уосталом ни у унутрашњем праву, формални извори међународног права. Међутим, с обзиром на велики значај који има обичајно право у међународном животу, судска пракса и доктрина као најактивнији агенти у његовом утврђивању и прецизирању, играју овде још већу улогу него у унутрашњим правним системима.

Често пута је међународном праву оспораван карактер права из разлога што није снабдевено принудом, тј. што нема за собом материјалну снагу која би у случају потребе обезбедила његово извршење. Ми смо већ раније имали прилике да се позабавимо овим питањем, кад смо истакли да материјалне санкције нису једина битна карактеристика права, и да оно има и своју унутрашњу моралну вредност. Треба констатовати да међународно право заиста претставља једно још несавршено и непотпуно право, али оно ипак има несумњив карактер права. Дубоки узрок његовог важења и обавезног карактера лежи, као и код унутрашњег права, у дубокој потреби људских друштава да живе

по једном утврђеном реду без кога нема напретка и цивилизације. Можда та свест у извесним периодима људске историје није довољно развијена код појединих народа, и онда значај међународног права слаби. Ипак, кад се апстрахују поједине периоде застоја и опадања и кад се посматра општи ток историје човечанства, може се констатовати стални континуитет у развитку идеја међународног права. У сваком случају, треба приметити да међународно право, ако није снабдевено диретним санкцијама, оно располаже индиректним. Оно је пре свега засновано на реципроцитету, и држава, која не врши своје међународне обавезе, излаже се ризику да и њени спољни интереси буду на основу репресалија исто тако непоштовани и повређени од стране других држава. Затим, не треба изгубити из вида дифузне санкције које долазе од светског јавног мишљења према једној држави која стално гази све елементарне међународне обавезе. Као индивидуе, тако и народи не могу у данашњем стању цивилизације живети потпуно усамљени и одвојени од целог света. Међутим, живот у заједници културних народа претставља за сваку државу прихватање једног минимума обавеза, без којих је сваки заједнички живот немогућ. У тој чињеници лежи обавезна снага и неминовност модерног међународног права.

3. — **Подела међународног права.** — Према једној старој подели, која још датира од Гроцијуса, међународно право се дели на два главна дела, право мира, тј. право које се примењује у односима држава за време мира и ратно право, које се примењује у односима насталим услед рата. Данас постоји тенденција да се и у међународном праву усвоји подела слична подели која постоји у унутрашњем праву. Тако се чини подела на **међународно јавно, међународно приватно и међународно кривично право**.

Међународно јавно право може се поделити, по угледу на унутрашње јавно право, на уставно и административно. Међународно уставно право бави се проучавањем општих правила организације међународне заједнице, изворима међународног права, разграничењем компетенције појединих држава, њиховим органима за одржавање међународних односа итд. Ту долазе и правила о склапању и извршењу међународних уговора, затим разни начини за решавање међународних сукоба итд. Међународно административно право има за предмет организацију и функционисање разних међународних биро-а, унија и комисија (Нпр. поштанско-телеграфско-телефонске уније, међународне уније за железнички саобраћај, међунардне организације рада, комисије које управљају разним интернационализованим рекама Рајном, Дунавом итд.).

Међународно приватно право се бави сукобима закона разних држава који настају услед приватно-правних односа између појединаца. Говрећи о просторним границама важења закона, ми смо већ изнели у чему се састоји предмет међународног приватног права. Услед потреба међународног саобраћаја, државе су одустале од начела да се на њиховој територији искључиво примењује њихово национално законодавство и дозвољавају, под извесним условима, примену страних закона. У замену за те узајамне концесије, и њихови закони добијају

право примене у страним државама. Како између законодавства разних држава не постоји идентичност, неизбежно долази до сукоба закона при регулисању извесних односа који имају додирних тачака са више разних законодавстава. На пр. један талијански трговац закључи уговор о куповини дрвета у Југославији које треба да буде испоручено у Мађарској. По коме ће се праву расправити спор који би настао у извршењу овог уговора? Један југословенски држављанин жели да се ожени у Француској са енглеском држављанком, стално тамо настањеном. По коме праву ће се одредити способност вереника за склапање брака као и форма у којој ће се брак склопити? Један Енглез, који је направио свој тестамент у Холандији, умро је у Француској; по чијем праву се има одредити пуноважност тестамента? Међународно приватно право има да пружи одговор на сва та питања.

Међутим, и поред свог имена ово право није међународно у правом смислу те речи. Постоје додуше извесни општи заједнички принципи и правила који инспиришу законодавства великог броја држава. Али ти принципи су само дело једне заједничке доктрине; они немају за државе обавезан карактер, сем уколико се национално законодавство инспирише њима при постављању својих унутрашњих правила. Постоји дакле само једна заједничка међународна теорија, иначе су позитивна правила међународног приватног права суверено утврђена од националног законодавства појединих држава и чине саставни део њиховог унутрашњег права. Због тога се може говорити само о југословенском, француском, италијанском, енглеском међународном приватном праву.

Постоји тенденција да се изврши међународно изједначење правила међународног приватног права, путем закључења колективних уговора између држава. Пре рата, почевши од последње деценије XIX века, сазван је један низ конференција за међународно приватно право у Хагу, на којима је донето неколико конвенција које регулишу питање сукоба закона приликом склапања брака, његовог развода, организације туторства, указивања судске помоћи у грађанском поступку итд. После рата посао је настављен али са мање успеха. И Друштво народа почело је да се бави овим питањима, тако да су под његовим окриљем 1930 и 1931 године закључени међународни уговори о унификацији меничног и чековног права.

Међународно кривично право. — Његов предмет је да разграничи домен примене кривичних закона појединих држава. Оно, дакле, има исту функцију за кривичне законе коју има међународно приватно право за приватно право појединих држава.

Исто оно што је речено за међународно приватно право, односи се још више и на међународно кривично право. Изузев неколико сасвим општих принципа, за које се може сматрати да су међународно обавезни, разграничење надлежности кривичног законика спада у домен националног законодавства сваке државе. Као и код међународног приватног права, и у овој области постоји извесна паралелност и конкордантност прописа разних националних законодавстава у одређивању домена примене кривичних закона. Међутим, за разлику од међународног приватног права које допушта доста широку примену персоналности закона, кривично право стоји на принципу строге територијалности, тј. кривични закони се примењују без разлике на сва лица која

су учинила кривична дела на територији дотичне државе, не водећи рачуна о њоховом држављанству. Исто тако искључује се свака примена страних кривичних законика на територији друге државе. Међутим, кривична права у континенталним државама кажњавају и велики број тежих дела, које су учињена од њихових држављана у иностранству, док се англо-саксонска права држе начела потпуне територијалности.

По самој природи ствари намеће се, међутим, међународна сарадња у сузбијању криминалитета, пошто би строга примена начела територијалности довела, у извесним случајевима, да извесни злочинци, побегавши са територије на којој су извршили злочин у другу државу, остану некажњени. То се избегава на тај начин што државе закључују **уговоре о екстрадицији.** Екстрадиција се састоји у издавању криваца од државе у којој је ухапшен, држави чији су судови надлежни да му суде. Основно начело у примени екстрадиције јесте да се сопствени држављани не издају, већ се суде од националних судова. Исто тако се не дозвољава екстрадиција за војне, царинске и монополске кривце, пошто се оне сматрају да имају један изразито национални карактер. тј. вређају јавни поредак само оне државе на чијој су територији учињене. Број ових уговора је врло велики и они су закључени готово између свих држава између којих постоји нешто живљи саобраћај.

Сем тога, постоје за извесне врсте криминалитета, који узима нарочито опасан међународни картер, специалне међународне конвенције, у циљу једне шире међународне сарадње на њиховом предупређењу и сузбијању. Ту треба навести разне конвенције закључене под окриљем Друштва народа, као конвенцију о сузбијању прављења лажног новца, трговине белим робљем, трговине опојним дрогама, међународног тероризма итд. Овде се већ може говорити о правом међународном кривичном праву и о универзалности кривичне репресије, без обзира на место где је злочин учињен, и без обзира на држављанство лица, разуме се уколико су кривична дела учињена на територијама и од држављана земаља које су прихватиле ове конвенције.

Б. Подела унутрашњег права

1. — **Јавно и приватно право.** — Основна подела у унутрашњем праву јесте диференцијација између јавног и приватног права. Али, иако је ова подела опште усвојена, ипак постоје тешкоће да се нађе један прецизан критериум по коме би се јасно разликовали односи јавног од односа приватног права.

Римљани су чинили разлику на основу јавног и приватног интереса. Односи јавног права били би они у којима доминира јавни, општи интерес а приватног они у којима се ради само о једном приватном интересу. Међутим, у извесним правним односима су често јавни и приватни интереси потпуно помешани тако да тај критеријум не може функционисати. На пр. извесни административни прописи који се односе на јавни саобраћај (на пр. наређења да возила буду осветљена) издани у интересу не само општег саобраћаја него и у интересу појединаца, сопственика возила, да би се њихови објекти сачували од оште-

ћења. Са друге стране зар држава, кад на пр. закључује са приватним лицима уговор о набавци неког војног материјала, који иначе потпада под прописе приватног права, не ради у јавном интересу?

Монтескије је формулисао један други критеријум. У јавно право би спадали односи између државних органа и поданика којима они заповедају. У приватно право међусобни односи грађана. Али ни ова подела није увек тачна, јер држава често улази у односе приватног права са појединцима, на пр. кад управља државним имањем, кад закључује разне уговоре за извођење јавних радова итд. и не може се рећи да та врста односа спада у јавно право. Због тога је доста тешко одредити кад један државни орган улази у однос са појединцима, да ли он то чини у својству органа јавне власти, или у својству претставника државе посматране као приватно-правне личности.

У модерним правним државама се примењује у пракси обично следећи критеријум, ма да је и он предмет многобројних критика од стране најновије правне доктрине:

Односи јавног права су они где се држава појављује у вршењу њене суверене власти, немајући других ограничења до законе и уредбе које је сама себи поставила. Ако су оба правна субјекта државни органи, сваки од њих врши своје званичне атрибуције које су му додељене од стране устава, закона или уредбе и такав однос спада у јавно право. Кад је, међутим, само један од два субјекта државни орган, док је други приватно лице, онда такав однос спада у приватно право, ако се државни орган појављује према појединцу као равноправна странка. Чим нема те равноправности, тј. кад је садржина односа унапред одређена законима и административним прописима, на основу којих поступа државни орган као доминирајућа страна, створени однос долази у јавно право.

Овај критеријум даје само једну општу идеју о разграничењу приватно-правних и јавно-правних односа. Прелаз из приватног у јавно право састоји се у преливима и нијансама тако да се он често једва може приметити. Има случајева који се налазе на граници између ове две гране права, где је доста тешко прецизно рећи да ли се ради о једном јавно-правном или приватно-правном односу.

Услед тога поједини модерни теоретичари, као на пр. француски правник Диги и немачки правник Келсен, из различитих теориских разлога, одричу потребу постојања ове поделе и заступају идеју јединства правног поретка. Ову идеју јединственог правног поретка исто тако теже да спроведу у живот и модерна тоталитарна схватања државе. Тако на пр. национал-социалистички режим у Немачкој одбацује идеју поделе на приватно и јавно право, сматрајући је као један остатак римских правних схватања. По његовом гледишту, ниједна чињеница јавног и приватног живота не може остати страна државном интересовању и због тога не треба стварати никакву поделу између приватно правне сфере, у којој се крећу појединци, и јавно-правне, у којој би било места само за државне органе у њиховим јавно-правним функцијама. Уосталом, треба приметити да се и увођењу једног социјалистичког односно колективистичког режима састоји у потпуном замењивању приватно правних односа са јавно-правним, тј. у укидању аутономије правног живота појединаца.

Карактеристика правног развитка у модерним државама састоји се у сталном продирању јавног права у домен приватног права. То се на пр. може констатовати у погледу радничког права и социјалне заштите радника. Стална интервенција државе у односе између радника и послодаваца, регулисање радног времена, одмора, хигијенских услова рада, радничког осигурања, стварање разних административних органа и установа инспекције рада, радничких берзи, комора, итд. — претставља сталну пенетрацију јавног права у односе који су раније спадали у домен приватног права. Исто тако, интервенција државе у односе спољне трговине стварањем нарочитих установа (као на пр. Завод за унапређење спољне трговине, друштва за извоз земаљских производа, увођење система клиринга итд.) претставља ново ограничење правне аутономије појединаца и ширење јавног права да досадашње приватне односе. Све ове појаве долазе све више до изражаја у модерним тенденцијама ка аутархији и диригованој привреди.

2. — **Подела јавног права.** — Јавно право се дели на три главне групе: **уставно, административно и кривично право.**

а). **Уставно право.** — Уставно право се бави основном структуром државе и организацијом врховних државних власти. Оно се дели на три главна дела:

1). Први се део односи на форму државе, тј. на одређивање лица која ће мислити, хтети и радити у име државе. Наука уставног права проучава разне могуће облике владавине у једној држави. На пр. монархију и републику са њиховим разним варијантама, апсолутну и парламентарну монархију, олигархиску и федеративну републику итд.

2). Други део се односи на организацију и поделу власти у држави. Класична је подела на три главне власти: законодавну, извршну и судску. Законодавна власт издаје законе, тј. општа обавезна правила понашања за све грађане као и државне органе. Извршна власт има за дужност да се стара о извршавању закона а у циљу остварења задатака који су јој поверени. Она је активан елеменат државне управе, који предузима потребне мере за задовољење општих интереса. Судска власт се бави примењивањем закона, кад се примењивање одвоји од извршавања, тј. кад примена закона постане спорна. Она претставља више пасивни елеменат државне управе, који функционише тек кад га појединци или сама државна власт ставе, приликом неког спорног питања, у покрет. Начело поделе власти је први пут јасно формулисано од Монтескија, и оно се сматра као основ јавног права модерне правне државе.

3). На трећем месту, уставно право има за предмет однос између државне власти и индивидуе. У свима модерним правним државама усвојен је принцип да постоји један минимум индивидуалних права грађана, који државна власт мора поштовати.

Две основне идеје на којима почива гарантија индивидуалних права јесу правна једнакост и индивидуална слобода. Из прве идеје потиче једнакост свих грађана пред законом и судовима, подједнако право на државну службу и јавне функције, једнакост у погледу сношења пореских терета. У индивидуалне слободе спадају право слободног кретања, забрана самовољног лишења слободе, слобода трговине, сло-

бодно закључивање уговора, заштита својине, слобода савести и вероисповести, право збора и удруживања итд.

Теорија индивидуалних права поникла је и добила праву практичну примену у англо-саксонским земљама. Али она је дошла до свог најпотпунијег изражаја и стекла у континенталној Европи нову експанзивну снагу са чувеном „Декларацијом права човека и грађанина" из Француске револуције од 1789 г. Одатле је настала традиција да се у писане уставе уносе одредбе о гарантијама индивидуалних права и слобода. Декларација из 1789 г. је била инспирисана крајњим индивидуализмом. У модерним друштвима где се све више наглашава социални моменат и где је државна интервенција у разне домене друштвеног живота све јаче, ова индивидуалистичка доктрина је много изгубила од свога раније утицаја. То се јасно опажа у свим новијим уставима и у разним установама модерног јавног права.

б). **Административно право.** — Уставно право се бави основним начелима државне организације и њеним главним органима. Административно право проучава све функције државних органа, изузев оних који спадају у законодавне и чисто судске радње. Рад законодавне власти и њен однос према извршној власти регулисани су уставним правом. Што се тиче судске власти, несумњиво да би се, са гледишта правне логике, њено функционисање могло ставити у домен извршне власти. Али, по начелу поделе власти које смо горе навели, сматра се за целисходније да се судска власт одвоји од извршне. Према томе, њено делање не проучава се у административном праву.

Административне функције поверене су извршним агентима државе (државним чиновницима). Они имају да се старају о разним колективним интересима, било опште природе (тј. који се простиру на целу државну територију) што чини предмет централне државне управе, било регионалне и локалне оним који су ограничени на уже територијалне јединице, бановине, срезове и општине). Административно право се дакле бави 1) надлежношћу разних територијалних управних јединица као што су држава, бановина, срез, општина 2) организацијама разних јавних служби између којих постоји извесна специализација рада и подела функција, као на пр. полиција, народна одбрана, финансије, јавна настава, јавна хигијена, саобраћај, јавни радови итд. Постоји често и комбинација између ова два елемента надлежности; на пр. санитетска и просветна служба које су ограничене на једну ужу територијалну јединицу (бановину или општину).

Модерно административно право доминирано је идејом јавне службе. У свима цивилизованим државама, администрација има за задатак да задовољи потребе од општег интереса. Али она не задовољава све такве потребе. На пр. исхрана, одевање итд. не спадају, изузев у појединим земљама и за случај рата, у надлежност администрације. То је остављено приватној иницијативи појединаца.

Јавна служба постоји и у случајевима где је, ради редовног и сталног задовољења извесних категорија потреба од општег интереса, организован један нарочити правни режим путем закона, уредаба или правилника; овај правни режим може бити увек измењен доношењем нових закона, уредаба и правилника од стране управне власти, која је организовала поменуту јавну службу.

Постоје два начина на који администрација може задовољити ове потребе од општег интереса; 1). Администрација искључујући појединце, узима сама на себе искључиво право и дужност да те потребе задовољи. То је случај са полицијом, народном одбраном, поштанско-телеграфско-телефонском службом итд. Тада постоји монопол; 2). У задовољењу горњих потреба, поред администрације, могу учествовати и појединци, по својој приватној иницијативи. На пр. поред позоришта издржаваног од државе препуштено је и приватној иницијативи да се бави драмском уметношћу; поред јавних болница могу постојати и приватни санаторијуми и клинике; поштанска штедионица нема монопол за пријем улога на штедњу итд.

На крају, треба поменути и један важан део административног права који се бави споровима између административне власти и појединаца, насталих приликом функционисања јавних служби и услед делатности административних органа. Решавање тих сукоба поверено је не редовним судовима, већ специалним управно-судским телима, управним судовима и Државном савету.

Услед све веће комплексности друштвеног живота и огромног пораста државних функција, домен административног права се стално шири. Оно данас обухвата полицију, војну организацију, јавну наставу, јавне финансије, јавне радове, јавни саобраћај, хигијену, радничко законодавство итд. Административно право је добило тако велике размере да су се поједине његове гране почеле издвајати у самосталне дисциплине. То је на пр. случај са пореским законодавством и фискалним правом, који су предмет науке о јавним финансијама, са социалним законодавством (радним правом), комуналним правом, рударским правом итд.

в). **Кривично право.** — По своме предмету, по основним начелима која му служе као база, најзад по својим методама, кривично право претставља једну потпуно одвојену и засебну грану јавног права. Оно има за циљ да заштити државу, друштво и појединце од извесних социално опасних и штетних аката. Држава која има за задатак да обезбеди јавни мир и разна друштвена добра, личну безбедност, живот, здравље, телесни интегритет и имовину појединца — кажњава све оне радње које су уперене противу ових вредности. Правила којима се одређује кад, и под каквим условима, држава врши ово своје право кажњавања, спадају у кривично право. Ту долази дефиниција кажњивих дела, услови под којима се установљава кривична одговорност и кажњивост кривца, затим систем казни које судови могу изрицати (закон обично утврђује минимум и максимум између којих судови одређују казну за сваки случај, према ступању кривичне одговорности учиниоца дела). Поред тога, у засебном законику о кривичном поступку одређује се организација и надлежност кривичних судова и њихов поступак.

У историском делу наших предавања ми смо изнели постепену еволуцију кривичног права, почев од примитивне крвне освете која је била замењена мирењем и компензацијом, па до узимања права искључивог кажњавања од стране државне власти. Идеја на којој је засновано модерно кривично право јесте та, да не само држава има искључиво право кажњавања, већ да у њену дужност спада и иницијатива јавне тужбе и кривичног прогона противу окривљених. У кривичним процесима,

увек поред приватне тужбе, а често и без ње, јавља се државни тужилац као претставник заједнице који у име повређеног друштвеног поретка узима главну оптужбу у своје руке и тражи кажњавање кривца.

Питање основа права кажњавања је од увек било предмет дискусије. Према најстаријој теорији, основ права кажњавања је лежао у идеји одмазде, тј. кривац је требао да испашта свој злочин. Отуда је у примитивним правима тенденција да казне буду скоро математички сразмерне учињеној кривици. Затим је дошла теорија застрашивања, према којој би казна требала да има превентивно дејство и да својом озбиљношћу и тежином заплаши евентуалне злочинце. У новије доба изнета је идеја да казне лишењем слободе могу имати као резултат да за извесно време изолују кривца и учине га нешкодљивим за друштво. Најзад, у модерној доктрини кривичног права, заступа се гледиште да на првом месту треба водити рачуна о поправци кривца. Према томе, казне не треба примењивати аутоматски, већ се увек има узимати у обзир и личност кривца, ступањ његове субјективне кривичне одговорности и могућност поправке. Све би то имало да доведе до индивидуализације казне, тј. казна не би била примењивана искључиво према објективном карактеру учињеног кривичног дела, већ би се водило рачуна и о личности кривца, као и о субјективним околностима под којима је кривично дело учињено. Историја кривичног права се састоји у његовој сталној хуманизацији, и у прилагођавању казни индивидуалној одговорности кривца.

3. — **Подела приватног права.** — Приватно право се дели на **грађанско и трговачко право.** Поред тога, ту спада и **грађански судски поступак** мада ова грана има пуно додирних тачака са јавним правом, тако да је поједини писци сматрају као део јавног права.

а). Главна грана приватног права јесте **грађанско право.** О предмету и природи грађанског права, као и његовим главним поделама, било је опширније речи у нашим предавањима из грађанског права на које упућујемо своје слушаоце.

б) **Трговачко право** садржи специална правила која се односе на трговце и трговачке послове. Ово право регулише положај трговаца-физичких лица, а затим положај трговачких друштава. Затим садржи посебне прописе о трговачким пословима, о **меници** и **чеку** и најзад о **стечају.**

Трговачко право претставља једно посебно, изузетно право које се примењује на трговачке послове и на она лица којима је уобичајено занимање да такве послове чине, тј. на трговце. Оно подвргава трговце једном специалном режиму, прописујући им извесне дужности којима не подлежу остали грађани, али дајући им и извесне повластице којима се ови не могу користити. Специалне дужности састоје се, међу осталим, у уредном држању трговачких књига које олакшавају доказивање закључених обавеза и затим у уписивању у трговачки регистар. Нарочите користи састоје се у упрошћавању судског поступка; у олакшицама у погледу доказивања трговачких послова, у установи стечаја и принудног поравнања кад наступи инсолвентност једног трговца, у организовању нарочитих трговачких судова са експедитивном процедуром за трговачке спорове.

Потреба стварања посебног права за трговце и трговачке послове објашњава се следећим разлозима: Прво, за трговину је време новац и због тога треба избегавати све сувишне формалности грађанског права које успоравају темпо трговачких послова. С друге стране, трговачко право гледа у трговцу пословног човека чији је главни позив да обавља привредне операције и који је, по самој природи свога занимања, упућен да то чини свакодневно и у већим размерама. Услед тога се од трговца може захтевати већа професионална рутина и познавање домашаја правних обавеза које закључују, него од једног мање искусног лица. Њега право не мора да штити у истој мери као остала лица. Најзад, из истих разлога, професионални трговац дужан је да води своје послове уредно и савесно да би се његове обавезе у сваком тренутку могле лако, без губитка времена и сувишних формалности, констатовати. Ово је и у интересу самог трговачког кредита, без кога трговина не може живети и развијати се.

У земљама, које имају морску обалу и трговачку флоту постоји још и посебна грана трговачког права које се назива **поморско право.** Оно регулише питање својине бродова, хипотека и привилегија на њима, положај посаде брода и однос између посаде, капетана брода и бродовласника. Затим још питање уговора о преносу, осигурању, одговорност бродовласника итд.

в) **Грађански судски поступак** садржи прописе о условима и начину на који се решавају приватно-правни спорови између појединаца, или између појединаца и државе. На пр. како се може подићи приватна тужба, како се подносе докази, како се изричу пресуде итд. Ту долази и питање поступка о принудном извршењу и обезбеђењу судских пресуда, као и обавеза из исправа које су добиле клаузулу извршности.

У законима о судском грађанском поступку регулисано је и питање организације и надлежности грађанских судова, што би, међутим, спадало у чисто јавно-правне прописе.

Грађански судски поступак има један мешовит карактер тако да би се могао сматрати са извесног гледишта као једна грана јавног права. По самој природи материје коју регулише, а нарочито по интересима које штити, грађанско судски поступак би спадао у приватно право. У француској правној науци он је углавном тако и класиран. Међутим, по природи својих прописа он више спада у област јавног права, пошто се њиме одређују услови под којима држава обезбеђује заштиту правних интереса, као и услови функционисања јавне судске службе установљене у корист појединаца. Због тога се у немачкој правној науци грађанско судски поступак више сматра као део јавног права.

Крај

САДРЖАЈ:

Страна

ПРЕДМЕТ ЕНЦИКЛОПЕДИЈЕ ПРАВА

1. — Општи појам енциклопедија 3
2. — Како треба схватити предмет и педагошки задатак наставе енциклопедије права 3
3. — Потребе које треба да задовољи енциклопедија права 4

ПРВИ ДЕО

I. ПРАВО КАО НУЖНА ПОЈАВА У СВАКОЈ ОРГАНИЗОВАНОЈ ЉУДСКОЈ ЗАЈЕДНИЦИ 6

1. — Нужност и корисност друштва 6
2. — Нетачност теорије о природном, недруштвеном стању људи 8
3. — Строга принудност правила друштвеног живота у примитивним заједницама 9
4. — Нужност права у свакој организованој људској заједници. Његова улога у друштвеном животу 11

II. МЕСТО ПРАВНИХ НАУКА У ОПШТЕМ СИСТЕМУ ЉУДСКОГ НАУЧНОГ САЗНАЊА 14

А. Право упоређено са законима природе.

1. — Разлика између правних норми и природних (биолошко-физичких) закона 14
2. — Главне карактеристике правне норме у поређењу са природним законима 16
3. — Градација у удаљености између стварности и појединих друштвених норми 17
4. — У чему се друштвене норме приближују природним законима . . . 18

Б. Право и социологија

1. — Право посматрано у склопу социологије 20
2. — Социолошка метода у проучавању правних чињеница 21
3. — Критичан поглед на социолошку методу на правне науке 23
4. — Закључак у погледу употребе социолошке методе 29

В. Право и економија

1. — Узајамне везе и испреплетаност између права и економије 31
2. — Зашто се економске појаве не могу сматрати као независне од правног уређења 33
3. — Разлика између права и економије по предмету њиховог проучавања 34
4. — Међусобни утицај између правних и економских фактора 36

Страна

III. НЕДОВОЉНОСТ ПРАВА КАО ИСКЉУЧИВОГ РЕГУЛАТОРА ДРУШТВЕНОГ ЖИВОТА . . . 39

А. Право не садржи сва правила друштвеног живота . . . 39
Б. Улога религије у формирању правила друштвеног живота . . . 41
В. Однос између права и морала . . . 44
1. — Кратак историски преглед односа права и морала . . . 44
2. — Разлика између права и морала . . . 46
3. — Релативна подударност између права и морала . . . 47

Г. Правда и правичност . . . 50

1. — Покушаји одређивања појма правде . . . 50
2. — Однос између правде и позитивног права . . . 50
3. — Правичност . . . 55

Д. Друштвени обичаји . . . 56

IV. ГЛАВНА ОБЕЛЕЖЈА ПРАВА . . . 59

1.— Општост (генералност) права. Појам правног правила . . . 59
2. — Билатералност (двостраност) права. Појам правног односа . . . 60
3. — Спољашност права. Узроци спољнег важења права . . . 60

V. ДРЖАВА И ПРАВО . . . 67

1. — Односи државе и права посматрани са историског гледашта . . . 68
2. — Да ли су модерне државе искључиви творци правних норми . . . 70
3. — Везаност државе правом . . . 73
4. — Принудност права . . . 64

ДРУГИ ДЕО

Право посматрано у свом историском развитку

I. ОПШТЕ ТЕОРИЈЕ И ГЛАВНИ ПРАВЦИ У ИСТОРИСКОМ ПРОУЧАВАЊУ ПРАВА 75

1. — Циљеви и методе историског проучавања права . . . 75
2. — Развитак науке о историји права . . . 77
3. — Историска школа. — Национално-расни правац у историји права . . . 80
4. — Еволуционистичка школа . . . 82
5. — Националистичко-племенски правац у историји права . . . 85
6. — Упоредни правац . . . 88

II. СХЕМА ПРОЦЕСА СТВАРАЊА ПРИМИТИВНИХ ДРУШТВЕНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

1. — Методе проучавања преисториског човечанства . . . 91
2. — Класична теорија о првим зачецима друштвене организације . . . 92
3. — Модерне теорије о првим формама друштвених организација . . . 93
4. — Битне карактеристике првих друштвених група. Процес стварања и индивидуализације централне друштвене власти . . . 95
5. — Прелаз од група заснованих на сродству ка политичко-територијалним заједницама . . . 97

А. Кратак преглен историје римског права

1. — Значај римског права за цивилизовано човечанство . . . 99
2. — Почеци и период старог права . . . 100
3. — Класична периода . . . 104
4. — Декаденција Рима. — Јустинијанова кодификација . . . 106

Страна

Б. Развитак права у Западној Европи после пропсти Западног Римског царства

1. — Стварање разних пролазних држава од племена германског порекла и њихов нестанак 107

В. Феудално доба

1. — Узроци и постанак феудалног режима 109
2. — Главне карактеристике феудалног уређења 111
3. — Положај цркве и градова у феудалном режиму 112
4. — Развитак приватног права у феудалном режиму 115

Г. Јачање централне власти и прелазак из феудалног друштва у сталешку државу

1. — Декаденција феудалног режима и њени узроци 115
2. — Јачање централне власти оличене у монархији 118
3. — Постанак сталешке државе 120
4. — Приватно право у сталешкој држави 122

Д. Модерно доба — Стварање типа модерне правне државе

1. — Идејни покрет XVIII века и дубоке економске промене 122
2. — Реформе Француске револуције 124
3. —Нови социјални проблеми и покрети, криза либерално-демократске државе 126

ТРЕЋИ ДЕО

Техника позитивног права

I. ОПШТИ ПОЈАМ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА 127

II. ПРАВНА НАУКА И ПРАВНА ТЕХНИКА 128

1. — Појам правне науке 129
2. — Правна техника 130
3. — Средства којима се служи правна техника 131
4. — Разлика између нормативних (примарних) и конструктивних (техничких) правила 133

III. ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА 134

Општи појам правног извора

А. ОБИЧАЈНО ПРАВО

1. — Улога и значај обичајног права у модерним правним системима . . 134
2. — Услови за постојање обичајног права 136
3. — Оквир и границе примене обичајног права 137
4. — Како се доказује постојање обичајног права 139

Б. ЗАКОН

1. — Општи појам закона. Закон и уредба 139
2. — Јерархија разних законских прописа. Однос између обичних закона и устава. Међународни уговори 141
3. — Доношење закона 142
4. — Границе важења и обавезности закона у времену и простору . . . 143
5. — Разне врсте законских прописа 148
6. — Престанак закона 150

Страна

IV. ПРИМЕНА И ТУМАЧЕЊЕ ЗАКОНА 151

Разне ерсте тумачења 152
1. — Законско тумачење 152
2. — Доктринално (научно) тумачење 153
3. — Судско тумачење 143

V ОПШТА ПРАВИЛА ТУМАЧЕЊА 153

А. Традиционалне методе тумачења

1. — Законодавчева намера 153
3. — Граматичка (текстуална) метода тумачења 154
3. — Логично и систематско тумачење 156
4. — Неколико основних правила тумачења. — Аналогија 156
5. — Методе правних конструкција 158
6. — Практични примери за остваривање метода правних конструкција у тумачењу и примени позитивног права 159

Б. Критика традиционалних метода тумачења. — Правни модернизам

1. — Основна теза правног модернизма 160
2. — Критичко посматрање правног модернизма. Закључци о савременим методама тумачења 162

VI ДА ЛИ ВАН ЗАКОНА И ОБИЧАЈНОГ ПРАВА ПОСТОЈЕ И ДРУГИ ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА! 165

VII ПОДЕЛА ПОЗИТИВНОГ ПРАВА 166

А. Међународно право

1. — Општа обележја међународног права 166
2. — Извори међународног права 168
3. — Подела међународног права 169

Б Подела унутрашњег права

1. — Јавно и приватно право 171
2. — Подела јавног права 173
3. — Подела приватног права 176