

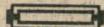
34

ГЕОРГ ЈЕЛИНЕК

Борба старог с новим правом

С НЕМАЧКОГ ПРЕВЕО И ПРЕДГОВОР НАПИСАНО

Д-р НОВИЦА КРАЉЕВИЋ



БЕОГРАД 1940

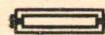
ИЗДАЊЕ ФРАНЦУСКО-СРПСКЕ КЊИЖАРЕ А. М. ПОПОВИЋ

ГЕОРГ ЈЕЛИНЕК

Борба старог с новим правом

С НЕМАЧКОГ ПРЕВЕО И ПРЕДГОВОР НАПИСАО

Д-р НОВИЦА КРАЉЕВИЋ



БЕОГРАД 1940

ИЗДАЊЕ ФРАНЦУСКО-СРПСКЕ КЊИЖАРЕ А. М. ПОПОВИЋ



Inw. бр.
344 68

Б Е О Г Р А Д

За штампарију „ЗОРА”, Космајска 24. / Телефон 29-920
Јосип Климпл, штампар, Боже Јанковића улица број 18

1 9 4 0

ПРЕДГОВОР

Георг Јелинек, један од највећих правних писаца, рођен је 1851. г. у Лайпцигу. Био је у Бечу прво доцент за филозофију права, а касније ванредни професор за међународно право. После кратког боравка на универзитету у Базелу, прешао је у Хајделберг 1890. Тамо је и умро 1911. Главно му је дело *Allgemeine Staatslehre*.

Правна и уставна држава нашла је у Јелинску свог најбољег претставника међу немачким правним писцима. Држава, која гарантује личне слободе и у којој се управа врши по законима; држава у којој скупштина бира народ од народа доноси законе који суверено нормирају живот заједнице: радње појединача и јавних органа; држава у којој парламенат контролише рад владе, једном речи правна држава — приказана је најјасније у мисли Георга Јелинека. За њега сувереност није моћ владаоца нити особина државе као такве, него право народа да управља својом судбином. У свом поменутом делу, дајући историски преглед државе, слобода појединача битан је критеријум. Његов правни систем уствари је одговор на питање: како организовати државу на бази слободе грађана.

Данас можемо рећи да уставно — правна држава претпоставља демократски поредак. Правна држава је синоним демократске државе. Са гледишта правне логике, овај тип правног и државног поретка претставља најидеалније решење уређења државе. Са гледишта социјалног о томе би се већ дало дискутовати и много је дискутовано. Истиче се да је

правна једнакост формална. Није довољно имати, према том схватању, једнака права, него и једнака срећства. Са гледишта историског развитка државе, подударност је још слабија. Правна држава је само кратка епизода у развитку живота понеких држава. Данас се врши једна значјна смена у историји поретка држава: уставно-правна држава на европском континенту налази се у кризи. Залази сунце индивидуалних слобода за које су се борила толика поколења. Још један доказ да су сви идеали релативни. Уосталом, био је простор на коме су те слободе живеле исто тако узан као што је било кратко време њиховог трајања. То не значи да слобода неће и надаље остати врховни циљ свих стремљења рода људског.

Данашње време је у знаку покрета и превирања. Тешко је рећи каква ће бити правна обележја будуће европске државе. Држава је увек тежила да се учврсти унутра и да се шире споља. Она је почела као просторно мала организација. Она се ширила с племена на племе и с народа на народ. Она је главни творац народа, језика, религија, цивилизација, култура. Без државе не би било историје.

Културни развитак учинио је зависним државе и континенте. Економске прилике, поред других фактора, учиниле су да државе имају интереса и изван својих граница. То је један од главних разлога експанзији држава. Имамо услед тога не само национално сложених држава, него и светских империја. На много места национално питање идентификује се са светском империјом. Одувек је било основно обележје ратова тежња за богаћењем путем освајања добара других народа. Тај моменат данас игра одлучујућу улогу у међународном животу.

Правник би рекао да данас наш континент живи не у правном него у фактичном стању. То је последица рата и опште несрећености државног живота. Какви ће се правни облици исчаурити, то ћемо тек видети. Никад није могао трајати поредак заснован једино на сили и држава је увек претстављала компромис између права и силе.

Борба за живот то је борба за право, и борба за право то је борба за живот: право и живот толико су повезани да се у стварности увек показују као целина. Јер право нормира живот и зато не може нико бити равнодушан према правном

поретку. У праву, као и у животу, важи правило: ништа без борбе.

У овој студији, међутим, реч је о нечем другом. Наиме, о борби двају правних поредака, који се боре за превласт: борба државе са државом као борба једног правног система с другим правним системом. Нарочито је јасно изнесена борба католичке цркве за управу световном државом, борба која се протеже кроз целу историју и која се, по свему изгледа, данас примиче крају без обзира на странку која ће победити у данашњем светском сукобу. Затим борба уставне са апсолутном држвом. Јелинек је велики историчар права. Али поред знања из сваке реченице бије свежина и дубина мисли.

У овом кратком предавању, Јелинек је много рекао. Треба читати и оно што је међу ретцима: идејно ова је студија бар два пута дебља него је то стварно.

Предавање је држано 1908 у Немачкој, у уском кругу образованих слушалаца. Можда би била потребна понека објашњења, првенствено географске и историске природе. Уствари, то је споредно. Историски детаљи не утичу на мисао дела. Мада је било одређено за узак круг, предавање је корисно сваком образованом човеку, данас вероватно више него у време кад је писано, нашој средини корисније него оној којој је намењено.

Д-р Новица Краљевић.

Борба старог с новим правом

I

Право, језик, обичаји и устав расту из целине прилика једног народа. Изграђивање ових творевина народног живота не зависи ни најмање од људске самовоље. Оне се развијају сходно својим властитим законима. Истовремено су нужне и слободне, слободне у томе смислу што не долазе споља, него потичу из саме природе народа. То је рекао Савињи, мајстор Историске школе права, у времену у коме се смрвио цео један свет и које је преживело најдубље промене у свим политичким односима. Било је уништено старо Римско царство немачког народа. Стотине земаља изгубиле су своју самосталност, а на њихово место дошли су нове државе с новим уставима. Све се то одиграло пред Савињиевим очима. Ако је он управо у тим данима, у којим је триумфовала самовоља у животу народа, прогласио учење о тихом али моћном растењу правног и државног поретка из душе народне, за то је било, поред других мотива и чежње да се у општем колебању и рушењу нађе нешто мирно и трајно што би одржавало веру људи да цела мудрост прошлости није била пуха лудост. Он је жељео да се препороћај, после невероватних догађаја који су разрушили друштвене поретке, веже за старе вредности, које су биле уздрмане силним бурама, али нису биле истргнуте из корена. Исте знамените године, у којој је историчар права Савињи порекао тадашњем поколењу способност стварања нових закона, песник, испуњен чежњом за миром, тражио је да га његов народ прати из немилих прилика у стари боли свет:

»Nord und west und Süd zersplittern.
 Throne bersten, Reiche zittern:
 Flüchte du, im reinen Osten
 Patriarchenluft zu kosten.«

Под утицајем овог романтичног расположења, које људе удаљава од живота, дододило се, на наше велико чуђење, оно што често сусрећемо у историји социјалних проблема: људи не виде оно што им је најближе, што је пред њиховим очима, или чак неће да то виде. Људски поглед упућен у даљину не види садашњост. Они траже или стварају идеалне типове, који заклањају поглед у садржину стварног живота.

Тадашње прилике потврђивале су међутим, као можда ниједна епоха историје, прастаро учење да је борба држава истовремено и борба правних поредака. Јер, победилац стиче моћ да мења правни поредак побеђенога, он то чак мора учинити било да жели присајединити покорене области или заосновати нову државу од старе државе или њених освојених делова. У таквим случајевима сила иде одиста пре права, јер се једним потезом пера може нештедимице порушити цео постојећи правни поредак и на његово место поставити други. У мањем обиму можемо посматрати нешто слично и у мирно време, приликом територијалних промена, али првенствено рату припада функција рушења и стварања правних поредака. Ова се функција нарочито оштро изражава у јавном праву, али такође и у приватном откад државе настоје да створе јединствено национално право. Ако данас важи наш грађански законик у Источној и Западној Пруској, у Позену и Шлезингу, у Елзас-Лотарингији и Хелгolandу, док Аустрија, Швајцарска и Холандија имају посебно приватно право, то је последица историских догађаја прошлог века, који су ове земље везивали с Немачком или су их раздвајали од ње. Правна историја није одређена искључиво животом културне заједнице, коју називамо народ. Историске чињенице, које долазе споља, могу врло темељно мењати и изграђивати правне поретке. При томе се често не ради о прилагођавању схватањима и традицији правне заједнице. Пре него се привикну новом брзо изменјеном стању, они које је оно погодило, осећају га као тежак ударац судбине, као горку неправ-

ду, која има само лажну маску права. Дубока трагика влада у животу оних, који не схватају, да се закони мењају не само по постојећем реду, него да их могу однети са собом валови који долазе издалека, као да их никад није ни било.

Нису, међутим, једино међународни односи разлог борби и победи једног правног поретка над другим. Изучавањем прилика у оквиру појединих правних заједница, научењак долази такође до сазнања да се њихова правна историја не развија постепено, него да има, поред мирног развитка права, и сталне борбе међу разним правним схватањима за превласт у државном животу.

Ми не говоримо о добро познатој истини да је сваки напредак у правном животу везан са разноврсним борбама. У стручној литератури као и у дневној штампи, у скупштинама и удружењима, у одборима и административним комисијама као и у парлменту бесни непрекидна дискусија приликом стварања новог права. Ова дискусије не претставља ни због тога ништа нарочито што се не ради о постојећем него о пројектованом праву. Овде не стоје у борби право против права, него покушавају нове правне мисли да потпуно легалним начином замене мисли постојећег правног поретка. Чим проговори законодавац, борба је завршена. Ново право потискује старо. Ова је истина јасна сама по себи и нема интереса да се на њој задржавамо.

Насупрот томе, изгледа као да велике револуције, које покрећу ново време, пружају у целини проблем који овде расправљамо. Али то није тачно. У великим државним преокретима новог времена није стајало право против права, него сила без права против права без сile. Тек победа сile, слично оном што смо видели у међудржавним борбама, даје јој моћ да ствара право. Они који теже државном преврату тврде одиста да имају неко више право на своја дела. Такво право није признато као право у смислу постојећег поретка, и због тога оно не важи. Кад би такво право постојало, њихова би борба била легална.

Предмет нашег посматрања има сасвим другу природу. Могућно је наиме да дођу у сукоб два правна поретка у једној истој држави од којих сваки тврди да је важеће право, а не право које тек треба да важи. Пошто почивају на су-

протним принципима, а стварно желе да нормирају исто подручје, они морају нужно да се сукобе. Премда сваки од ових поредака признаје други у извесним границама, они пак тврде да је свако прекорачење ових граница, сваки упад у властиту област другог правног реда, самовоља а не право. Пошто говоре различитим језицима и поседују сваки свој идејни круг, који није признат од другог, они се међусобно не разумеју нити се могу разумети. У борби духова нема никаквог узајамног убеђивања. Литература њихових борби намењена је изгледа само властитим присталицама. Не можемо никад убедити противника, него само ојачати веру својих присталица, једна појава, коју сусрећемо и у другим областима у којим владају непомирљиве супротности. Свака страна верује да брани своје право од друге и нема људског суда чијој би се одлуци добровољно потчиниле. То је борба између старог и новог права, борба која се не може решити познатим правилом да каснији закон укида ранији. Јер овде не стоје у огорченој борби закон против закона, него идеја против идеје, принцип против принципа. А у борби идеја и принципа не одлучује временски ред, него унутрашња вредност њихова.

Узалудно је тражити у стручној литератури подробнија начелна изучавања овог питања. Ипак је оно приказано на врло јасан начин, што нас изненађује и данас, после више векова. Али зар има проблема људског бића или људског друштва, који није на ма који начин запазио грчки дух? У једној од својих најснажнијих песама описао је Есхил Атењанима и тиме човечанству борбу између два непомирљива права реда. Ериније, према старом и до тада неоспораваном праву, позване да освете убиство мајке, приљубиле су се за стопала бегунца Ореста, коме је ново светлосно божанство Фебос Аполон поверило нову дужност осветника за оцеубиство. Пред Аеропагом појављују се стари и нови богови да већају о кривици и невиности оптуженог. Људске судије нису могле донети одлуку по препирци између стarih и нових богова о старом и новом праву: било је једнако гласова за осуду и за ослобођење. Јер је богиња Атена приступила оним који су гласали за ослобођење окривљеног. Једнакост гласова ослобађа оптуженог и тако је победило ново право



вољом високе заштитнице Атике. Али Ериније нису сматрале судску одлуку правом него силом. Њихова је песма одјекивала страховито претећим тоном:

„Поколење богова нових, ах! Ти газиш старо право
Дрзовито ногом и отимаш га из мојих руку — — —
Чуј, мајко ноћи, гнев наш!
Божанска превара, несавладива,
Прастаро право одузела је без разлога.”

Богиња Атена знала је умирити оне који претише осветом. Она је убеђивала да нису биле побеђене: једнак број гласова одлучио је ствар правилно без срамоте за њих. Највећа воља Зеусова победила је на суду. Атена је обећала богату надокнаду дубоко уvreђеним Еринијама. Дар их је одбровољио, али их није убедио. Тако се Ериније променише у благосиљајуће Еумениђане.

II

Овакве борбе, како их описује песник, доживеле су ка-
сније античке државе. Сетимо се само оне знамените борбе коју је у Риму водио *ius honorarium* против *ius civile*. Несаломљиво јединсто античког државног живота спречило је да ова борба доведе у питање опстанак самог правног по-
ретка. Због тога Историска школа није нашла никакву по-
тврду својих принципа у изучавању Римског права, јер јој се чинило да ово право претставља непрекидан и јединствен развитак од првих почетака латинске престонице до неоспорног господарења над свим средоземним народима. Ово се стање мења из основа развитком и јачањем једне вандржавне сile, која се после пада старог света постепено уздигла до неслућене снаге и која је поставила своје право као норму и меру свега права. Са беспримерном смелошћу и доследношћу римска црква развија свој поредак, који истина признаје државу, али само уколико се њено право не сукобљава с црквеним. Ако би држава друкчије радила, њени су закони неважећи, они су дело ћавола, које црква мора проклети у име божанских закона.

Огромна борба између духовног и световног поретка имала је ранијих векова друкчији карактер него у новије време. Чак и најватренији поборници државне власти нису порицали надлежност цркви да издаје обавезне норме у области која је касније призната држави, и да о овим нормама пресуђују искључиво њени судови. И световни судија био је шта више везан духовним правом. Канонес су имали исту важност као легес, касније и вишу, и допуштали су важење римског права тамо где нису била довољна властита сртства. Потпуно ослобођење световног од духовног права није слутио ниједан од најсмелијих мислилаца током дугог средњег века, нити је та помисао икад изражена у институцијама. Највиша мера, коју су претставници монархистичког државног права истицали наступом владавинским захтевима црквене курије, био је захтев једнакоправности световног са духовним мачем. Али ниједан монарх тадашњег времена није тврдио, ма колико да је ослабио цркву као Филип Лепи, у борби са Папом Бонифацием VIII, да му је Бог дао оба мача. Да духовни мач стоји под световним, и да је световни у својим радњама неовисан од духовног, то је један од великих захтева „модернизма”, како католичка црква назива духовни, морални и политички живот последњих векова.

У ово време појавио се нов сукоб, друкчији од оног који је познавао средњи век. Држава новог времена сматра као своје искључиво право да реглментира спољне животне односе, да одреди правни положај у заједници сваком појединцу као и сваком удружењу, и то право не дели ни са једном другом силом. После дугих борби и многих промена, држава данас признаје цркви уређење својих унутрашњих ствари и препушта савести њених припадника да се покоравају црквеним нормама. Али за државу има само један мач, којим она сама рукује онако како је одређено њеним поретком. *Plenitudo potestatis*, које је црква дugo држала, прешло је на државу. Ослањајући се на ову власт, држава је освоила многе области у којим је раније био забрањен улаз световној власти.

Ову нову теорију државне правне власти црква није никад признала нити ће је икад признати, јер то не може учинити а да се не одрече свог животног принципа. Она почива

на схваташу да је њено право божанског порекла и да људско право не може мењати божанско, шта више да је само она позвана да мења пролазне људске делове свог правног поретка. Да наведемо један добро познати пример. Грађански законик нормира склапање брака и допушта разведеним супружницима поново ступање у брак. Црква не може признати ове норме као право, јер она учи у *Trideturum-y*, на начин који је несумљив да је овај поступак противан Божанској праву. Исто се догађа са правима које црква захтева да би испунила своју божанску мисију. Према њеном учењу држава може угушити ова права, али их не може мењати тако да они у измененом облику важе као право. На овим широким граничним областима она може са свог становишта тврдити само то да сила иде пред правом, али никад не може признати да се сила претворила у право. Тако је стална и не-пролазна борба измену државног и црквеног поретка условљена њиховом суштином.

Ова борба, природно је, показује у разним временима и у разним државама неједнаке облике. Још данас у ратно време црква проклиње државне законе. Тако је Пије IX у говору од 22 маја 1868 огласио ништавним и неважећим као *leges abominabiles* аустријске законе из ове године који су прекршили Конкордат, а енцикликом од 5 фебруара 1875 огласио је неважећим пруске законе против Културкампфа зато што су тобоже били противни божанској црквеном уставу. Није блаже протестовала 10 августа 1906 енциклика Пија X против француског закона о одвајању цркве од државе, који је изрично оглашен злочиначким.

Могућна су међутим и дужа примирја у овом рату. Најстарија и најискуснија дипломатија света, католичка црква, налазила је начина са дивљења достојном гипкошћу да замени рат првидним миром свугде тамо где су захтевали интереси цркве. *Temporum habita ratione tolelari potest, dissimuletur* треба бирати мање зло, гласиле су формуле којим је црква омогућила својим верницима да живе у заједници нашњих држава. Црква може сuspendовати појединачни случај, а да правило остане нетакнуто, она може допустити својим синовима у једној држави оно што им у другој држави ускраћује, она може Конкордатом признати државно право

у облику привилегија, али тим не допушта сталну него привремену обуставу својих правних правила. Црква може пружити помоћ савременој држави бранећи енергично државни поредак од револуционарних напада превратничких странака. Ми верујемо да у најновијим црквеним посланицама чујемо често претећи глас Еринија, богиња освете, чије је право повређено, али такође и речи благосиљајућих Еуменићана.

Ипак се не може наћи решење сукобу између цркве и државе ни у свим сретствима ватиканске дипломатије. Црква се никад не одриче оног нашто сматра да има право на основу њене божанске мисије. Тако је Пије IX својом *Syllabus errorum* проклео *ex cathedra* све оне одредбе савременог државног законодавства о стварима које црква сматра да припадају њој.

Ниједној доктрини није успело да реши супротност између духовног и световног схватања права и да претвори у трајни мир отворени рат или привремено примирје међу њима. Новије католичке теорије, као она о индиректној пре-моћи цркве над државом, или учење о координацији, наиме једнакоправности обеју власти тако да је свака суверена у својој сфери, које теорије уосталом нису званично признате или одобрене од цркве, воде у њиховим практичним последицама схватању превласти црквеног над световним правом, јер цркви остаје врховна и последња одлука о њиховој на-длежности и она не допушта да се потчини изборном суду који би био над њима. Црква је тражила да учествује на мировним конференцијама у Хагу. Ипак она не би била у могућности да коначно реши своје сукобе с државама све кад би и учествовала у међународном суду чији је задатак да мирним путем решава сукобе и међу најмоћнијим силама. Али и оне савремене теорије о суштини права, које немају конфесионалан карактер, не могу да нађу решење овом пра-старом спору. Већ смо рекли да је у овом питању сасвим немогућна догма о мирном растењу права из народног духа. Исто важи за све теорије до најновијих, које имају намеру да нађу право право у позитивном праву. Да би се ово питање могло решити, требало би пружити непротивуречан и убедљив доказ о томе која је права вера и која је права црква.

Због тога је искључено свако решење у погледу ових ратова и примирја између цркве и државе, које би имало за циљ вечни мир. Ништа друго није могућно осим једног *modus vivendi*. Може се заступати једно или друго гледиште, као што је случај у сваком практичном решењу. Са гледишта државе, право које потиче из црквених времена, важи само уколико га и за које време призна држава. Постојећи правни поредак, разумљиво је, не треба да се мења из самовоље, него због оправданих разлога, али са гледишта надлежности државе нема никакве силе изван државе или изнад ње, која би могла ограничити државу у стварању унутрашњег правног реда. Ко ово пориче није доследан или припада другој странци.

III

Не стоји само право модерне државе наспрот старијем праву цркве. Ново време је пространо поприште оштре борбе између ранијег јавног мњења и доцнијег које настоји да га замени. Треба пре свега да испитамо велику борбу коју је имао да издржи нови државни поредак против феудално-сталешке државе. Феудална држава почивала је на мисли да је приватна својина пре државног поретка и изнад њега. Оно што ми данас зовемо државом није тада уопште постојало у овом облику. Било је односа зависности разних степена између поседника разних категорија. Краљ је врховни феудални господар. Вазал дугује верност и послушност краљу, али је однос међу њима узајаман: Феудални господар дугује такође вазалу верност, која се изражава у дужности заштите. У односу представљених власти феудална држава зна само стару германску мисао верности, али не и послушност. Дужност послушности, *obedientia*, налазимо најпре у црквеном поретку као дужност млађих према духовним старешинама.

У феудалној држави сматрале су се приватном својином не само ствари, него и права, јер се мислило да су она везана за ствари, нарочито за земљу. Поредак феудалне државе значио је господарење над стварима, што је касније названо регал, као додатак приватној својини земље. Однос између краља и вазала био је уговорне природе и због тога ограничен. Искључен је сваки прекршај слободе и својине

вазала изван границе уговора. Ова је својина, као и права која су на њој, неотуђива. Само у случају прекршаја верности вазал може изгубити феудално добро. Кад је касније ово добро постало наследно, ниједном правом наследнику није могло бити одузето наследно право против његове воље.

Поред овог поретка, који се заснивао на приватној својини и уговору, није никад заборављено господарско право или регал, које потиче из старе римске државе. Ово право је примила црква, а одговара му дужност послушности од стране поданика. По овом праву, владалац изражава своју вољу у заповестима чија важност не зависи од сагласности оних којим су заповести упућене. Легисти су се марљиво залагали за важење става да владаочева воља има снагу закона, и тврдили су, тумачећи једно место Дигеста, да је владалац изнад свих закона. Тако се изградило учење о *maiestas*, о суверености као сили која је битна особина државе и која није ограничена ниједном другом силом на земљи. Кад су промењени војни, привредни и међународни односи захтевали образовање великих држава или унутрашње јачање њихових делова, који су услед сталешког поретка били лабави и несигурно повезани, ново учење о суверености државе давало је правац владаочевој политици. Владаоци су, преводећи ову мисао у стварност, сматрали да су суверени на основу самог права, као што су држали да из права црпу своја суверена права, која су потчињене феудалне власти дотад сматрале својом властитом својином. Позивајући се на суверена права владаоца, подузет је процес одузимање поседа феудалним господарима, који је кроз апсолутистичку државу довео до данашње државе. У овом процесу нису били један према другом само два фактора сile, него два противна и неизмирљива правна система. Ако владаоци сматрају својим правом да одузимају права и ограничавају привилегије ~~сталежима~~, они који су били погођени овим мерама осећали су их не само као неугодну правну чињеницу, него као горку неправду, јер се одузимање права против воље оних којим она припадају, противило њиховим најосновнијим схватањима.

Ова победноносна борба модерне идеје о држави која је најпре утеловљена у апсолутизму, против старих феудал-

них и сталешких права, изражена је у анегдотичној краткоћи у најславнијим речима другог пруског краља, које гласе:

„Долазим до свог циља и учвршћујем сувереност и круну као Rocher de Bronse и препуштам господи јункерима да мало миришу право скупштине.” Све приговоре против његових заповести, обичавао је да пресече својим одговором: „Па ја сам краљ и господар.” Историчари су — а друкчије није могло ни бити — симпатисали са овим краљевим поступцима, који су учвршћивали и јачали државу. Сукоб правних система у овом процесу само је наговештен, али га нећемо поближе испитивати. Јункари, премда се њихова сила изражавала у јадним остацима, тешко су примали краљеве одлуке као израз несумњивог права и наспрот изреци: „Па ја сам краљ и господар”, давали су одушке свом срцу можда и прикривено речима, које су имале исти смисао као и хиљадугодишња песма Еринија. О осећајима ове врсте обавештењи смо подробно у новије време из историје Бадена. Кад је Карло Фридрих 1806 преузео посед Браисгау и позивајући се на своја суверена права објавио да је угашено право тамошње земаљске скупштине као претставника земље, претседник фон Баден бризнуо је у плач, а скупштина је уложила снажан протест против повреде сталешких права.

Прелаз из старог у нови државни поредак није извршен тако да су најдном одузета сва феудална властелинска права. Стара су права трајала све док их држава није изрично одузела. Држава је услед тога у социјалном погледу могла дugo имати изглед феудалне државе и поред свих владаочевих суверених осећања. У самој Француској, упркос томе да је Луј XIV изградио типичну апсолутистичку краљевину, тек је Револуција могла да отклони *ancien régime* са привилегијама појединих сталежа. Ова појава још оштрије долази до изражава у немачким земљама. Чак Фридриху Вилхелму I није пао напамет да сведе племство само на титулу и у војсци која је образована од племића задржали су пруски краљеви намерно феудалне успомене, тако да је ова скроз модерна установа била испуњена старим духом. Још данас официр се заклиње свом старешини да ће бити „веран, одан и појртвован”, управо истим речима, којим се некад полагала заклетва феудалном господару. Кад се 1806 срушила Фри-

дрихова држава, изгледало је да у рушевинама има довољно камена да се из феудалне државе изгради модерна држава на идеји унутрашњег државног јединства, у којој ће поједини чланови уживати законску слободу. И поред свих реформа стари правни поредак живео је и надаље у остацима државе. Тек проглашењем првог устава престаје властелинска судска власт, кад је краљевом наредбом од 2. јануара 1849 укинуто једним потезом пера више од 6.000 ових судова чиме је распуштен привилеговани судски сталеж. Али у целој области немачког Рајха уведено је уставом државно судство у пуном обиму тек после једног људског века. Међутим и данас се могу открити видни трагови старог поретка у изградњи немачке државе. У самосталним имовинским срезовима, који нису укључени ни у једну општину и у саставу првих скупштина имамо јасно продужење старог правног стања. Наиме, најмађа међу овим скупштинама, пруски горњи дом, који је саставио Фридрих Вилхелм IV саобразно својим романтичним склоностима, имао је чланова чије је биће и деловање познато само добро упућеним историчару права... На овом месту нећемо такође говорити о старим социјалним слојевима, који се запажају у источним деловима Рајха нити о њиховом политичком значају. Још данас две савезне држве показују у њиховој унутрашњој грађи, у колико их није изменило законодавство Рајха, слику старе државе, изграђене на феудалном систему и посебном праву градских корпорација, дакле дупле државе, у којој сталешка држава стоји пре-ма сувереној као у својој сferи једнакоправан уговорач.

Ма колико да је тачно да државни поредак има понеких правних остатака из ранијих феудалних времена, извесно је да су ови остатци темељно променили своју суштину чак и онда ако је садржина правног правила остала иста. Јер сувереност није значила стварну промену старог права, него правну могућност да се то право увек може изменити. Промена права вршена је наравно само онда кад се за то пружила згодна прилика. За суверена међутим нема никаквих несавладивих правних препрека, јер је принцип суверености државе недељив и беспрекоран: или је држава суверена или није. То не значи да су владаоци били тога свесни. Поједини владалац може признати извесних ограничења, која он хоће,

али она обавезују само њега, а не и оног који је одлучио да повуче све нужне последице из једног принципа, на коме је изграђено својство његове власти. Јер овде има само једна алтернатива: или је цео поредак у краљевини, који потиче из учења о суверености државе, изграђен на правним начелима, или је тај поредак од самог почетка узурпација и зато неправда.

Док је постојао стари Рајх било је одиста у неким његовим покрајинама и личностима ограничења сувереној власти о којим је Рајх морао водити рачуна. Наиме, био је у овом погледу значајан положај породица које су управљале појединим земљама. Њихови чланови били су непосредно потчињени Рајху, а не власти покрајинских поглавара. Све су ове ограде падле распадањем Рајха. Пошто није било Рајха, није било ни оних који су му били непосредно потчињени. Аутономија династија била је нормирана покрајинским правом. Чланови династије и агнати који живе у иностранству били су потчињени државној власти и нису могли захтевати бољи положај од држављана. Породични закони агната, у погледу наслеђа престола, потчињени су домаћем законодавству, које је претпостављало или признавало кућне законе династичких породица. Свака измена ових правних одредаба могла се донети само оним начином, који је прописивао устав.

Против ових принципа, који су сами по себи разумљиви, појавила се у најновије време нарочита опозиција. У питању је већ решени спор око наслеђа престола у Липеу, којом су приликом чињени покушаји да се поврати у живот старо, давно сахрањено, право. Немачке државе оствариле су много великих дела, могле су се темељно мењати у унутрашњем поретку, могле су основати Рајх који је изнад њих, али нису биле у стању да нормирају наследство престола само законом, без утицаја агната, као што је то било могућно у другим монархијама. Чак то не би могле учинити ни самом променом устава. Тако је поново проглашен наддржавни легитимитет који у потпуности веже државу.

Нема сумње да су жива таква схватања у династичким кругвима. Међутим, ствар стоји сасвим другачије у погледу њихове научне оправданости. У време док је Бизмарк још био конзервативац, сазнао је својим јасним погледом да стара

феудално-династичка легитимност не може служити као основ савремене немачке државе. Он је писао из Франкфурта 30 маја 1875 Леополду фон Герлаху, да се земљиштима која су добили данашњи немачки кнезови од суседних или домаћих сталешких старешина не може потпуно доказати право власништва и да не можемо ово питање решити без револуционарних мера. Он је касније, у својим успоменама, објаснио на сјајан начин да је мисао коју је тада назвао револуционарном, наиме да државни поредак треба да почива унутра и споља на властитој сувереној сили државе, много старија од саме Француске револуције. Оно што ми зовемо модерном државом, за Бизмарка из времена савезног парламента, јесте држава незаконитог порекла, то значи како смо већ изложили, настала је у противности са феудалном државом, која је била ограничена ванддржавним правом, али је то он ипак усвојио. Ово схватање, засновано на мислима суверености државе и међународног права, остварили су касније јасним делима Бизмарк и краљ Вилхелм приликом оснивања Рајха. Пруска држава поништила је законом право на престо Augустенбурзима, чиме је Шлезвиг-Холштајн приклjuчен Рајху. Пруска је законом приклjuчила Хановер, Курхесен и Насау и тиме узела право на престо свим династијама које су у овим земљама владале. Рат који је претходио овим до-гађајима не може се никако, са легитимистичког становишта, сматрати њиховим правним разлогом. Јер Пруска није била у рату са Шлезвиг-Холштајном, а рат од 1866 био је у пуној противности са правом Немачког Савеза, према коме су немачке државе биле обавезне да ниуком случају неће међусобно ратовати, нити је допуштено иједном члану да иступи из Савеза. Све до данас велфски легитимизам оправдава на овај начин своје захтеве према Пруској.

Ако се има у виду колико су мало историски догађаји, који су претходили оснивању Рајха, одговарали феудално-династичкој легитимности, онда је чудно што је овај легитимизам нагло створио одушевљених присталица. Ова многострана литература, данас скоро заборављена, још је увек врло интересантна не с правног већ културно-историског гледишта. Занимљиво је видети како су се чак и озбиљни људи узалудно трудили да с малом дијалектичном вештином и са

аргументима који често нису достојни дискусије, поставе нераскидиве везе модерној држави. То су били адвокати, који су по сваку цену хтели да добију спор, али не и људи науке. Зато не треба узети озбиљно њихово жарко одушевљење за ствари за које су се залагали — — — — —

IV

Вођена је још једна тврдоглава борба између два различита схватања у време кад је већ била завршена победа суверене владајачке власти над сталешким повластицама. Епоха борбе за уставну државу стоји већ иза нас у прошлости, али не тако далекој и могућно је оживети у мислима значај ове борбе. Уставна држава Европе постала је у многим земљама у оштрој супротности према теорији о апсолутној, сувереној краљевини тиме што је уставна држава изграђена на учењу да је народ извор све власти. Кад су постали неодољиви захтеви за уставним поретком у државама са чврстом апсолутном влашћу, тиме су дошли на мисао да сам монарх прогласи устав којим ограничава своју власт. Хтели су на овај начин, који је позајмљен из француске рестаурације, задовољити захтеве новог државног поретка не дирајући у основно уређење дотадашње државе. Али то је тешка заблуда. Формулом да је краљ извор и ималац све државне власти, формулом која је ушла у многе немачке уставе и која је проглашена неприосновеном нормом од Немачког Савеза за положај монарха према парламенту, није могућно научно објаснити уставну државу. Ако краљ стварно поседује супстанцу целе државне власти, онда је неразумљиво зашто је он завек обавезан да дели вршење те власти с другим. Као што је некад могао да на основу суверености преузима властелинска сталешка права, он може исто то учинити оном моћи коју му даје парламенат. Чинећи тако, он узима само оно што му по свим правима припада и такав рад је некажњив, јер не само да је он неодговоран, него онда кад нема скупшине не би било никакве могућности да министре позове на одговорност. Не треба мислити да је ово чисто теориска тврђња. Ова би логика била примењена у многим државама у почетку њене уставне епохе. Позивањем на сличне мисли били су укинути устави Сардиније, Напуља и Шпаније на које су

се владаоци свечано заклели. Дон Мигуел поништио је 1826 португалски устав коме се заклео пар седмица раније. Из истих разлога издао је Карло X своје јулске наредбе, а Ернст Аугуст суспендовао је хановерски устав, који је откроисао његов брат. Млади цар Фрања Јосиф дао је 4 марта 1849 устав својој монархији, али га је опозвао 31. децембра 1851, јер није одговарао стварним односима аустријске царевинске државе и као такав био је неспроводљив. Тада се повратио апсолутизам у појачаној форми. Данас можемо у руском примеру посматрати борбу апсолутистичке са уставном државом. Цар Никола II дао је устав својој царевини којим ограничава сам себе. Он га је не само више пута мењао, него Руси стално настоје да очувају апсолутну аутократску цареву власт.

Уставну државу као трајан поредак, који се мења по својим властитим правним одредбама, могућно је разумети само с једног сасвим другог схватања права од оног које је основ апсолутистичке државе. Учење о корпоративној природи државе изграђено у романско-канонистичкој литератури средњег века, поткрепљено германским правним мислима, поново се све јаче у новијим схватањима о држави. По овој доктрини државна сила припада самој држави, а сваки појединац, у својим јавним функцијама, без обзира на висок положај који у држави може заузети, постављен је на тај положај ради државне заједнице и има само толико моћи колико му припада сходно постојећем државном поретку. И ова основна мисао модерне државе о органском положају монарха, нашла је популарног израза у једној славној изреци пруског краља. Син овог владаоца, који се хвалио речима: „Па ја сам господар и краљ”, реко је да је монарх први слуга државе.

Ове две изреке, упоређене међусобно, не претстављају само напредак од оца до сина, као што се често догађа у смени генерација, него такође и два супротна и неизмирљива државно-правна система. Господар или слуга, или краљ стоји у држави или над државом, обоје није могућно у исто време. Фридрих Велики, човек са урођеном владалачком природом, није можда био тога свестан, јер су велики принципи увек

далекосежнији него што слуте они који су их први изговорили.

Једина логичка последица за оног који не сматра монарха као орган, него као господара државе или чак као државу, јесте овај: за господара и краља нема никаквих ограничења у правном смислу. Супротно тврђење претставља сужетну софистику и очигледну противречност. Праве консеквенце из наведених премиса налазимо у једном недавном излагању саксонског државног права, у коме је спроведена мисао да краљ као ималац највеће власти у држави не може стајати под законима и због тога не може бити везан уставом. Али краљ је обећао својом владајачком речи да ће се придржавати устава и ова је гарантија исто тако света као и закон¹⁾. Овде је у најмању руку са освежавајућом чашћу изражена немогућност правне везаности монарха уставом на основу апсолутистичке теорије. Стварно долазимо до истог резултата, ако изведемо до краја мишљење оних, који сматрају монарха имаоцем овлашћења која припадају парламенту. Ако је монарх над државом, или ако је он сама држава, онда не видимо чије право уопште може монарх повредити једностраним уклањањем устава, јер на тај начин цело питање уставних права прелази из правне науке у етику.

У нормалним приликама значај овог спора не прелази обим уске стручне литературе. У државама са стабилизованим правним поретком, данас нема много уставних повреда као што их је било прошлог столећа. И данас налазимо занесењака који мисле да има разлога као и раније за државне ударе да би се тобоже избегла стварна или змишљена зла у њеном животу. Међутим, данашња државничка мудрост је убеђена, да употребимо познату реч Пуфendorфа, да такви савети више личе целату него лекару. Избећи ужасне потресе правне свести у народу, што је увек везано с револуцијом било да она долази одоздо или одозго, јесте мера у чију се целисходност не може сумњати у вештини управљања државом. Претпоставимо теориски случај да има краљева и господара који би желели да се уздигну изнад положаја првог

¹⁾ Opitz, Das Staatsrecht des Königsreich Sachsen I, 1848, стр. 38.

слуге у држави: у овом случају нашло би се правника који би били спремни да бране овакве жеље дотичних краљева и узурпатора.

V

Оваква предвиђања наводе нас на истраживање најдубљих разлога таквих појава, које се не сусрећу само у области права. Одиста је врло интересантна чињеница да ниједан напредак, ниједна реформација идеја не може да дигне целину на ново освојену висину. Увек остане присталица старог реда, који неће под никакву цену да приступе новим схватањима. Чак и онда кад изгледа да је нова вера потпуно заменила стару, као стара црква незнабоштво, ипак су преостали јасни утицаји стarih идеја све до данас. Због тога могу прастара учења, по изгледу давно заборављена, да изненадно ускрсну из гробова у живот, или бар у привидан живот. Поред тога непрестано се мењају из истих разлога вредности којима ценимо историске појаве чак и ако се не мења наше знање о њима, јер то знање извире из односа постојећих величина према променљивим садржајима свести људских генерација.

Правни поредак није изузет од овакве несталности суда. Догматичко - правна школа немачке науке о држави предузеља је потребан посао да изгради учење о јавном праву, које би као што праву и доликује, било изван препирки и промена политичких схватања, него би му била једина жеља да пронађе трајну објективну норму. Зграда ове школе срушила се оснивањем немачког Райха. Мајстори и млађе присталице ове школе имали су осећање да је најзад, после дугих борби, на место старог политичког нереда, постављен сталан и трајан поредак. Требало је спречити да се у новом храму објективног правог сазнања чује глас политике с њеним нејасним и несигурним начелима и са њеним партиским доктринама. Али и мање увежбаније око могло је у оно класично време запазити у основним учењима мајстора супротност тачно одређеним партиским схватањима. Унитаризам, федерализам и партикуларизам, прецењивање или потцењивање надлежности парламента и друге политичке мере биле су примењиване свесно или не и на многе друге проблеме. Осим тога, време у коме је настало ово државно право, било је време почет-

ка владавине либералних идеја и странака у Рајху, што је такође овој теорији дело мање или више јединствен печат. Касније је дошла нова генерација, у чијим се политичким назорима запажала промена која почиње 1878 и која је изменама на престолу 1888 пошла новим путевима. Тада су се појавиле не само нове идеје у државноправним основним схватањима, него су оне код неких писаца долазиле тако снажно до изражaja да су сасвим бациле у позадину правно обрађивање принципијелних схватања. Место да отклоне противничко схватање убедљивим доказима, служили су се одушевљеним и некритичним потцењивањем. На тај начин прекинута је свака корисна дискусија. Поново се враћа стари начин политичког обрађивања државног права, које је оскудно пригрунuto правничким оргтачем. За многе писце државно право није предмет сазнања, него предмет схватања. Као што је у Средњем веку филозофија сматрана слушкињом теологије, данас покушавају да доведу у сличан однос државно право према партиској политици и због тога данас није лако одредити границе између научне и званичне публицистике.

Разумљиво је, код овога стања ствари, да поново вакрсавају духови минулих правних система, да помогну државно-правне адвокате отворених правних спорова. Тако се у Немачкој појављује учење о краљевству *iure divino*, као што је оно некад било проповедано, да би се дала религиозна основа владаљачком апсолутизму у његовој борби и победи у поменутом спору око престола. Стара формула понизности „по милости Божјој“, коју су монархије континента примиле од англо-саксонске Краљевине, постала је предмет правне дедукције и тако се правна мисао вратила у 16-ти век, кад су се врло озбиљно тражиле последице из суштине савеза који је некада закључио Бог са својим народом. Религиозно учење о божанској праву власти имало је велику практичну вредност у времену које је познавало једино монархистички и аристократски поредак, које је требало чувати од демократских надирања. Данас међутим кад имамо много демократских држава, мора онај, коме је државна власт у духу Светог писма божanskог порекла, нужно поставити питање да ли се божја милост свршава код Базела или чак с оне стране Океана. Тако овај модерни политички пре-

рафаелизам не може да објасни савремену државу са својим властитим претпоставкама.

Али управо ово посматрање озбиљно поставља једно друго питање. Не може се остварити захтев да правно учење о држави нема претпоставки. Увек је сам човек претпоставка својих истраживања, а овај се човек не може замислiti као *tabula rasa* на којој тек научењак има да нешто напише. Сваки појединац може приступити предмету истраживања једино у своме својству продукта бесконачног низа културних утицаја. Природно је дакле, да државно-правни писац не може бити сасвим чист од политичких схватања кад ступи у област науке. Како би неко могао да се посвети изучавању људских институција у ма коме смислу ако им пориче сваку вредност !

Ако је одиста тако, онда се мора поставити питање: како можемо сазнати праве претпоставке правног учења о држави, које ће нас водити у решавању спора између старог и новог права ?

Што се тиче последњих основа нашег истраживања немамо у праву као ни другде никаквог несумњивог знања, могућна је само извесна исповест, а у праву не можемо наћи пуно јединство те исповести као, у осталом, ни у једној другој дисциплини. У науци међутим не влада самовоља у избору ове исповести. Напротив, при дубљем посматрању показује се да, као што појединачна наука мора да заузме своје место у целини науке, тако и сваки критичан научни правац може да израсте једино из чврстог и изграђеног схватања о свету. Ко жели пробудити духове средњег века у области науке о држави, мора доказати да су они ускрсли на све стране, да се дакле мора уништити духовни рад више векова. Ко то не може учинити, а ипак жели употребити у борби за науку о држави оружје старих векова, он нас у најбољем случају може потсетити на оног јунака, који намерава да продолжи старо ритељство у новом, много друкчијем времену. Рекох у најбољем случају, јер племенити ритељ пред Манхом није био човек компромиса и себичности.

Меру, којом треба мерити вредност политичких принципа и која ће одлучити у борби старог с новим правом, треба тражити у целом знању дотичног времена. И поред

свих супротности у схватањима, које су неизбежне код одређивања вредности, ограничне су могућности оцењивања прошлости са ма ког било универзалистичког становишта. Ери није су застрашавали само оног који је веровао у њих. Зато нема више места за њих у данашњем свету.

И у будућности сигурно ће бити борби између старог и новог права. Нови историски и социјални односи отвориће у будућности нове правне системе. Недавно је један нови правни поредак, који је доскора био од многих а од неких и данас исмејаван, добио неслућене сразмере и снагу. Међународно право, ово оруђе међународног саобраћаја, који се стално јача, учинило је у последњем људском веку такве успехе, које раније генерације нису биле у стању ни предвидети. Све се чвршће стеже правна веза око цивилизованих држава, све се јаче рат и мир укаулупљују у правне границе. Показују се прве контуре федеративне организације држава. У којој ће се мери ова заједница развити, данас не можемо замислити. У савременој држави могућни су сукоби државног и међународног права и таквих спороја већ имамо. Са даљим развијком права међународне државне заједнице, ови ће сукоби вероватно бити многобројнији. И они ће се решити тако што ће се једно од ових права покорити другом. Није наш задатак да решавамо овај спор, него га препуштамо оним који долазе после нас.

Будућност није предмет науке, него веровања. Ми црпимо из прошлости веру да борба међу правним поретцима води човечанство вишем степену моралног развијка.



Inv. nr.

34468