

Садржај

I део

Претходни и основни појмови

(Појам права и фактори права)

Људски односи

Људска заједница. Држава

Друштвена правила

Постанак друштвених правила у опште

Право

Позитивно право

Објективно право и субјективно право

Разлика и сличност између правних и моралних правила

Правно и морално уверење

Заједничка дефиниција за објективно и субјективно право

Позитивно право и сила

Природно право

Фактори (чиниоци) права

Идеалан друштвени поредак, идеално право

Правда, правичност, правни осећај, правно уверење, правна свест

Целисходност

Једнакост и неједнакост

Слобода

Солидарност или међузависност

Морал

Циљ човека и људске заједнице

Политика

II део

Правна наука и правна техника

Појам правне науке и правне технике

Правни појмови

Подела објективног права

Извори права

Закон

Обичај. Судска пракса

Тумачење закона

Примена закона. Фактичко и правно питање

Законске празнине и њихово попуњавање

Субјективно право. Правни односи. Апсолутна и релативна субјективна права. Правне и противправне радње. Правне чињенице и правни послови

Субјект права и објект права

Правно стање, правни положај или правна ситуација

347

32408

3268

ГРАЂАНСКО ПРАВО

КЊИГА ПРВА

УВОД У ПРАВО У ОПШТЕ.

Dr. ЧЕД. МАРКОВИЋ
ПРОФЕСОР УНИВЕРЗИТЕТА



БЕОГРАД
ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА
1, КНЕЗ МИХАИЛОВА УЛИЦА, 1.
1928.

Предговор.

Увод у право у опште проширење је припреманог увода у Грађанско Право. Отуда наслов: Грађанско Право, књига прва.

У Увод сам унео оно што сам сматрао за потребно да унесем. Писац одређује програм свог рада.

Цитати, краћи и дужи, на доста места допуњују и расветљују сам текст, који је, због краткоће и прецизности, за којима се ишло, могао остати и непотпуни и нејасан за читаоца. Њима се, сем тога, у главном поткрепљује мишљење у тексту. Они сведоче, да изложено мишљење није произвољна конструкција, да је засновано на читању, посматрању и размишљању о прочитаном и запаженом. Сви ти цитати унесени су још више у циљу: да читаоца покрену на размишљање, да га узгред, тако рећи неосетно, упознају и заинтересују за извесна важна опште људска и друштвена питања, и да му покажу, ако га нарочито интересују, где ће о њима наћи детаљнија обавештења. Том страном, као и целим својим првим делом, Увод може послужити и не-правницима.

Ко у свој могућој мери жели да искористи и текст и цитате (мислим на почетнике), препоручујем му, да прво пажљиво прочита текст без цитата, па по том са цитатима. Ово с тога што тада не само боље схватити значај и вредност цитата, него ће их тада моći довести и у везу са текстом код кога нису наведени а коме, можда, одговарају. Има, наиме, цитата, који су се могли употребити на више места, а свакако и таквих који би пре одговарали неком другом месту.

Да жељену прецизност нисам свуда постигао, тога сам свестан, као што сам свестан и људског несавршенства у опште. Све је релативно, речено је, и тачно је, па ма колико нас тај факт онерасположавао.

Прочитao сам доста увода у право. Из њих сам свакако доста научио, тако бар мислим, али ме ниједан није задовољио. То као да лежи у самој, како би се рекло, природи Увода. Не очекујем бољи успех ни овог рада код оних који су већ осposобљени да га критички цене. Па ипак ћу изрећи једно уверење и једну наду.

Рад ће бити користан, нарочито по својим цитатима, који представљају један мали извод из дела неких мислилаца о третираним или само и посредно додирнутим питањима у Уводу. Разуме се,

„МАКАРИЈЕ“
А. Д., ЗЕМУН

32908



цитате сам унео из дела која сам стигао да прочитам и у колико сам из њих имао одговарајуће забелешке. Читалац ће се с њима донекле упознати, и то без великих жртава у времену. Оно што сам приличним трудом прикупљо, пружам и другима да се њиме користе, и потпуно сам задовољан и за случај кад би у томе била једина вредност Увода, а вредност читата је ван спора.

Надам се да ће почетник правник, који књижицу прочита, вратити се на њу и као дипломирани правник. Он ће тада, мислим, боље схватити задатак правника: да гледа друштвене односе такве какви су, и да ради на њиховом преобрађају и такве какве би, по његовом мишљењу, требали и могли да буду. Правник није само жандарм датог друштвеног поретка, него је, треба да је, и раденик на његовом преобрађају у бољи.

Др. Чед. Марковић.

18. новембра 1927. год.
Суботица.

I. ДЕО.

Претходни и основни појмови.

(Појам права и фактори права).

Људски односи.

Гдегод су људи у просторној могућности непосредног или посредног додира, подлеже двама супротним природним законима¹: закону сарадње, која иде и до пожртвовања једног за другог, и закону утакмице или борбе, која иде до искоришћења, до искључења и до уништења другога.

Из целокупне познате људске прошлости, као и из нашег личног свакодневног опажања, познато нам је, да људи већину својих материјалних и духовних потреба могу задовољити само уз сарадњу и помоћу других људи или са искључењем других људи.

Додире, саобраћаје или општења, непосредна и посредна, која у том смислу међу људима наступају већ по самој нужности њиховог постанка и (хипотетичног) опстанка, по нагону (инстинкту) или свесно, називамо људским односима.

Сви ти односи су, дакле, или односи сарадње (помоћи) или односи утакмице (борбе). Није искључено, да један исти однос истовремено има и обележје сарадње и утакмице (рад на једном заједничком послу и утакмица ко ће више и боље урадити).

С тога што је човек човеку већ од саме природе истовремено и средство² и такмац (конкурент), и помоћ и опасност, и пријатељ и непријатељ (детеубиство и оцеубиство, Кајин и Авељ, Ромуло и Рем), од увек су постојала оба та односа.

¹ Јудским правилима или законима, онима које људи постављају по својој вољи и чије извршење зависи од људске воље, противстављамо природне законе: понављање извесних природних појава (камен бачен у вис пада, ко се рађа умире) независно од људске воље и против људске воље, и с тога, нужно, неизбежно, неотклонљиво, узрочно.

² Paul Lagorrette. Le fondement du droit et de la morale. Paris 1907. P. 203. »Стари су човека сматрали као средство за себе same ; можда је то тачно, али је за себе самог добро поступати са њим тако као да је циљ. — Од конкретног случаја зависи, да ли је »homo homini lupus« (човек човеку вук) или »sacra res« (светиња).

Кад се је, и против могућности међусобног уништавања и практика истога и у прошлости и у садашњости (ратови, убиства, смртне казне), род људски не само одржао него и умножио, значи да је однос сарадње претежнији од односа уништавне утакмице. То је с тога што је живот по правилу милији од смрти, што се живот сарадњом одржава док се уништавном утакмицом излаже опасности уништаја¹.

Предмет права као науке јесте друштвени живот људи. Овај чине људски односи — односи сарадње и утакмице.

Људске заједнице. Држава.

Сем по називу, »људски род« нити је кад представљао нити представља једно јединство или једну целину. Од најстаријих познатих времена људи су живели у безброј самосталних заједница.

Под људском заједницом или људским друштвом у најширем смислу речи (не правећи разлику између речи »заједница« и »друштво«)² разумемо (теоријски неограничену) множину људских бића која осећају или знају да их везује неки, ма који општи (свима заједнички) интерес.

¹ Paul Lagorrette. П. д. Р. 150. »Животно развиће, које индивидуа жели, захтева једнако поштовање туђег живота. То је његов (човеков) добро схваћен интерес, а ако га не разуме, еволуција узима на се или да учини да он ради тако као да би то признавао или да га елиминира.«

² Ferdinand Tönnies. Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie. Dritte durchgesehene Auflage. Berlin 1920. S. 1,33. »Људске воље једне према другима стоје у многоструким односима (Beziehungen); сваки такав однос је узајамно дејство, које, у колико је од једне стране учињено или дато, од друге је претрпљено или примљено. А та дејства су или таква да су управљена (tendieren) на одржавање или да су управљена на уништење друге воље или тела: потврдна или одречна (bejahende oder verneinende). Ова теорија биће искључиво управљена на односе (Verhältnisse) узајамне потврде као на предмете свога испитивања. Сваки такав однос представља јединство (Einheit) у множини или множину у јединству. Он се састоји из унапређења, олакшања, чинидаба, које иду тамо амо, и бивају посматране као изрази воља и њихових снага. Тим позитивним односом образована група, схваћена као биће ствар (Ding), која јединствено дејствује унутра и споља (nach innen und nach aussen), зове се удружење (eine Verbindung). Сам однос, и, дакле, удружење, или се схвата (појми) као реалан и органски живот — то је биће заједнице (задруге — Gemeinschaft), или као идеална и механичка творевина (Bildung) — то је појам друштва (Gesellschaft)... Сав предан, у поверењу, скровит, искључив заједнички живот (тако ми налазимо) разуме се као живот у заједници. Друштво је јавност, свет. У заједници са својим човек се налази од рођења, везан са свим добрим и злом. У друштву се иде као у туђину. Младића одвраћају од рђавог друштва; али рђава заједница језику је непозната. О домаћем (häuslicher) друштву могу говорити само правници, јер они познају појам само једне везе (Verbindung); али домаћу заједницу са њеним бескрајним дејствима на људску душу осећа сваки који у њој учествује...«

»Теорија друштва конституише један круг људи, који, као у заједници, у миру живе и станују једни поред других, али су не битно везани (verbunden), него битно одвојени, и док тамо остају везани у пркос свим одвајањима, овде остају раздојени упркос свим везаностима.«

Alfred Vierkandt. Gesellschaftslehre. Hauptprobleme der philosophischen Soziologie. Stuttgart 1923. S. 179—183.

Самосталност је независност од другога. Може бити већа или мања (релативна), али, у колико постоји неки додир са другима, никад потпуна (апсолутна).

Која је заједница и у колико самостална, о томе се не може дати једно опште објашњење за све заједнице које су постојале и које постоје.

Таква је некад могла бити и породица, најприроднија, најужа, најинтимнија људска заједница, а извесно је да су била самостална племена, отприлике као она која су се још задржала на ниском ступњу цивилизације. У садашњици, и већ одавна, држава је представник или тип самосталне људске заједнице.

Под њом се данас у опште разуме стално настањен народ (људи, жене, деца) на једној одређеној територији под једном трајном највишом (»сувереном«) управом или влашћу.¹ Назив »држава« долази свакако од држати — држати земљу, територију, држати, имати власт на тој територији.

И у границама и преко граница једне државе, постоје и друге, и многобројне и многоврсне људске заједнице, као што су породичне, племенске, народносне, верске, класне, економске, партијске, културне, али су све оне у погледу своје видне акције према својим члановима на територији једне државе зависне од управе (управљача, властодржаца, законодаваца) те државе. Само ова има теоријски највишу и неограничену моћ физичке принуде на територији државе, и то је битно обележје које државу разликује од свих осталих људских заједница.²

¹ Од три елемента државе, народ, највиша власт и одређена територија, народ је, ако би се тако могло рећи, најбитнији, њен средишни елеменат, претпоставка за оба остала, од којих територија — једна тачно одређена територија може трајно, а највиша власт привремено оскудевати. Тако: »Дивља племена у Америци и африканским пустинама немају своју територију у правом смислу те речи, па опет она сачињавају државе са нарочитом организацијом која, ма да је доста несавршена, ипак обезбеђује племену извесан самосталан живот« (A. Weiss. Цитирано код Живојина М. Перећа: О сукобу закона у међународном приватном праву. Друго издање. Београд 1926. Издавачка књижарница Геџе Коне С. 65). — Имати у виду себе народа, повратак Јевреја из Мисира.

Hans Kelsen. Allgemeine Staatslehre. Berlin 1925. S. 22, 147. »И народи који живе номадски и нису стално настањени показују државну («систем норми») организацију... И фактички, најновији правац у науци о држави управљен је на то да беспримерно примитивну досадашњу теорију о области (Gebietstheorie) замени месном компетенцијом државе.«

За време револуције, од обарања једне до успоставе друге, нема највише власти, али ни тада држава није престала, не може се рећи да је територија тога народа за то време постала ничија. Руски народ и руска држава у односу према осталим народима и државама постојали су и за време унутарње борбе 1917. год., без обзира на то да ли су и у колико друге државе за то време признавале руску државу. — Интересантан је случај са Краљевином Србијом од краја 1915. до краја 1918. год., за време светског рата: влада и војска са нешто грађана избеглица изван државне територије, на којој највиши власт врши окупатор.

² Wilhelm Sauer. Grundlagen der Gesellschaft. Eine Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie. Berlin—Grunewald 1924. S. 417. »Држава је битна највиша принудна сила (Zwangsgewalt), остале заједнице немају тог обележја.«

Слободан Јовановић. О Држави. Основи једне правне теорије. Треће допуњено и прегледано издање. Београд 1922. Издавачка књижарница Геџе Коне.

Постоје и међудржавне (међународне) заједнице, од ужих политичких, економских и опште културних савеза до Друштва Народа. Оне постају теоријски слободним пристанком појединачних држава чланова тих заједница.

Односи сарадње и утакмице постоје не само између појединача него и између разних људских заједница, и постоје између појединача и његове као и туђе заједнице.

Друштвена правила.

Односи сарадње и утакмице одређени су природном нужношћу, природним законима, али се они одређују и свесном делатношћу човека, који је, благодарећи својој (такође природној) духовној моћи распознавања и физичкој моћи извесног прилагођавања и природе себи и себе природи (околностима, средини, милјеју), у стању да утиче на људске односе: *да појачава сарадњу и да ограничава, ублажује и у правцу корисности упућује утакмицу*.

Од увек су о томе, о сарадњи и утакмици, са самим фактом заједнице, усвајана и постављана извесна правила или закони¹ у

C. Z. »Држава и друштво (узимајући друштво као општи назив за све заједнице сем државе) разликују се као спољашња и унутрашња заједница. Држава је спољашња заједница у двојаком смислу речи: 1. у њој постоје правила којима се регулишу само радње њених чланова, а не и њихове мисли и осећаји, и 2. та су правила прописана од једне власти која не оснива своје право запољавања на слободном пристанку оних над којима се заповеда. Држава је једна заједница која се држи спољашњим правилима и спољашњим ауторитетом. Друштво је унутрашња заједница, основана на сагласности мисли и осећаја свогих чланова. Чак и онда кад се духовно јединство његових чланова објективише, и кад су постављена заједничка правила и установљени заједнички органи, друштво остаје унутрашња заједница, јер та заједничка правила одговарају унутрашњим уверењима чланова друштва, као што и ауторитет заједничких органа постоји само у колико је унутрашње признат од чланова друштва.«

Dr. Georg Jellinek. Allgemeine Staatslehre. Dritte Auflage. Berlin 1920. S. 85—89.

¹ Viktor Cathrein. Recht, Naturrecht und positives Recht. Freiburg im Breisgau 1909. S. 63. »Neukamp (Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts 1895. S. 4) с правом примећује, како су то пре њега учинили Rümelin, Eucken и Wundt, да је реч »закон« првобитно била употребљена за означење државе... Закон је принцип реда, хармоничне сарадње.«

Gustav Radbruch. Einführung in die Rechtswissenschaft. Leipzig 1919. S. 1. »Сваки поредак, који налазимо у шаренилу бића или који тежимо да створимо, позајмљује своје име од права: говоримо о природним законима, о законима мора и обичаја, о законима логике и естетике. Који положај међу свим тим врстама закона, и тиме у целокупности нашег сазијања света, заузимају закони у првобитном значењу те речи, правни закони?«

»Сви људи морају умрети. — «Не уби» (не треба убијати). Ови примери нам показују две врсте закона: законе мора и законе требања; законе, којима се исказује нешто што се неизоставно испуњава, и законе, који нешто наређују, што је могуће да остане неизвршено; законе, који важе због своје сагласности са фактичношћу догађања, и законе, који важе и против неслагања са фактичношћу; законе, који опртавају основ (Grundriss) датог света, и законе, који означавају план једног бољег. Никоме неће бити сумњиво, у коју од тих двеју класа има да уброји правне законе.«

свакој самосталној људској заједници, па су временом, у колико су самосталне заједнице поред првобитног односа борбе на смрт и живот почеле ступати и у односе сарадње и у колико је ова бивала неопходнија, постала (створена) и у односу између самосталних заједница, као и у односу људи у опште, без обзира на њихово припадништво појединачним самосталним заједницама (космополитизам).

У свом обичном (општем, редовном) смислу, реч *правило* (*норма, закон*) означава нешто што је редовно (нормално), наспрот онога што је нередовно (ненормално, изузетно). Реч правило је израз за нашу представу (појам) о ономе што је редовно, што редовно *бива* или *треба* (очекује се) *да буде*. Правилно (нормално, законито) исто је што и редовно, што одговара правилу, што је саобразно правилу. »Правилно« значи и »тачно«: подударност, поклапање, сагласност неког предмета (ствари, мишљења, суда) са мером коју имамо за тај предмет. На »правило« у смислу мере указује и истоветност корена у речима правило, правац, прав, праће, јер је и прва мера, мисли се, морала бити мера за дужину: прав штап (мотка, палица, скиптар)¹.

Сва друштвена правила изражавала су и изражавају суд (меру) људи о томе шта је допуштено а шта недопуштено, шта је наређено а шта забрањено у људским односима, и некад, у мање развијеним и мање сложеним заједницама, била су једног истог карактера, једне исте обvezности и под истим називом обичаја, божјег закона или правде. Већ од давнашњих столећа, она су и многобројна и разноврсна, јер су постали и многобројни и компликовани људски односи, и данас се разликују, како по своме постанку тако и по својој обавезности и њеним последицама, па, према томе, и по своме називу.

Једна од њих називамо *правним*, друга *моралним* у ширем смислу (морална у ужем смислу или етичка правила, правила пристојности, реда, моде), трећа *верским* (религиозним). Морална правила у ширем смислу називају се и конвенционалним или просто друштвеним (у ужем смислу): сва друштвена правила са изузетком правних.

У колико верска правила, поред замишљеног односа појединача према божanstву, за предмет имају и однос међу људима (љуби ближњега као самога себе, не чини другоме што не желиш да теби други чини, и т. д.), она улазе у групу моралних правила. С тога ће у будуће бити говора само о правним правилима и о моралним правилима као двема групама друштвених правила. Под појам морал-

Franz Oppenheimer. System der Soziologie. Erster Band. Erster Halbband. Jena 1922. S. 181. »Многи, па и научници, мисле да појам »закон« потиче од природне науке. То је заблуда. Eulenburg је показао, да је тај појам поникао из четири, и то све неприродњачко научна корена: сем из »статуарног«, где се закон употребљује у смислу »прописа« (»Satzung«), из религиозног, природног и естетичког.«

Dr. Hans Kelsen. Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Tübingen 1911. S. 62.

¹ Dr. Чед. Марковић. Законик Хамурабија. Београд 1925. Издавачка књижарница Геце Кона. С. 5 Прим. 2.

них правила обухватамо сва друштвена правила сим правних, не упуштајући се у разликовање тих правила на морална у ужем смислу, на правила пристојности, реда, моде¹.

Да се са сигурношћу одговори на питање, која су друштвена правила правна а која морална, ваља да смо начисто са појмовима право и морал. Пре тога да видимо, како постaju друштвена правила.

Постанак друштвених правила у опште.

Људска правила могу бити индивидуална или субјективна (автонома), у том смислу да индивидуа (појединачник) просто по навици понавља или се реши, »постави себи правило«, да понавља одређене радње или пропуштања (устаје сваког дана у одређено време, не потписује менице, даје или не даје милостињу и т. д.), или друштвена — усвојена или постављена у заједници за чланове заједнице (хетеронома).

Интересују нас само друштвена правила, јер су она та којима се регулишу људски односи, и од којих се једна називају правним а друга моралним.

Она су у једној заједници формулисани и изражени судови о томе какви треба да буду људски односи, усвојен или постављен ред или план (поредак) сарадње и утакмице.

Постају на два начина:

или тако што се једна појава или једно стање у људским односима, које се осећа или сматра као корисно, хоће да одржи, па се самим понављањем примају, одобравају, и у будуће очекују људске радње (у спољашњем свету опажајни телесни покрети) које су га изазвале²;

или тако што се једна одређена појава или једно одређено стање (резултат, циљ, ред, поредак) хоће да постигне и одржи, па се одређују или наређују радње, које, као узроци или средства, треба да се обнављају (евентуално и једном) врше или не врше, да би се жељена (хотена) појава или стање (поредак) у људским односима изазвало (постало, створило, и изазвано одржало).

Она постају, дакле, или тако рећи (т. ј. како се то чини на први поглед) сама собом — неприметно, инстинктивно, спонтано (као говор, песма, вера, како је то једно време учено), нагоном самоговора, и напредовања индивидуе и заједнице, просто понављањем одржања и напредовања индивидуе и заједнице, просто понављањем известних радњи (и суда о истима) — обичајно (судском праксом), известних радњи (и суда о истима) — обичајно (судском праксом), или постају, стварају се више свесно, заповешћу (наредбом, забраном) — законски.

О закону и обичају говориће се доцније.

¹ Dr. Феодор Тарановски. Енциклопедија права. Београд 1923. Издавачка књижарница Геџе Коне. С. 63.

² Vilfredo Pareto. Traité de Sociologie Générale. Édition française par Pierre Bovent. Lausanne—Paris 1917. Volume II P. 1114. »Корисност за живот у друштву, да се поступа по известним правилима, трансформира се у божанске заповести или у категоричке принципе.«

Право.

Многи истакнути правници теоретичари не устручавају се од признања, да се на питање, шта је право, још није добио ни приближно опште задовољавајући одговор¹.

Непосвећенима може то изгледати невероватно, али је тачно. Долази отуда што се реч право употребљује у већем броју посебних, често произволних и нејасних значења. Говори се о праву у опште, за разлику од силе и самовоље, с једне, и морала, с друге стране; говори се о световном и божанској праву, о праву појединачника и о праву државе, о праву народа, о међународном праву, о црквеном праву; говори се о објективном и субјективном праву; говори се о позитивном праву, о природном праву, о моралном праву², о иде-

¹ Léon Diguit. Traité de Droit Constitutionnel. Deuxième édition. Tome premier. Paris 1921. Р. 1—2. »Шта је право? Да ли треба да се појми као правило понашања које се намеће човеку у друштву или као моћ (pouvoir) која припада извесним људским вољама? Ако је право правило понашања, који је основ, објект, обим и санкција тога правила? Намеће ли се свима људима једне одређене социјалне групе, и онима који се називају власницима као и онима над којима се влада? Да ли се то правило намеће само људима у њиховим односима са члановима једне исте групе или такође у њиховим односима са члановима друге социјалне групе?

»Толико питања постављена су од кад је човек почeo да размишља о стварима социјалног живота, али, и против неизмерних напора, никада није дато позитивно решење. У свима цивилизованим државама постоје правни факултети и професори права, т. ј. етаблисмани у којима се предаје и људи чији је позив да предају оно што се назива правном науком, па ипак се још није умео дати одговор на питања стара као свет. Постоји наука са великом литературом, али нема сагласности у прецизирању њеног објекта, у одређивању њеног домена.«

Слично томе: Dr. Arthur Baumgarten (Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode. Tübingen 1920. I. S. 1), Felix Somló (Juristische Grundlehre. Leipzig 1917. S. 54), Ludwig Gumplowicz (Allgemeine Staatslehre. Dritte Auflage. Innsbruck 1907. S. 110), Dr. Ernst Max Mayer (Rechtsphilosophie. Berlin 1922. S. 53), Wilhelm Sauer (Grundlagen der Gesellschaft. II. d. S. 407), Eduard Picard (Le Droit Pur. Paris 1919. P. 26—29), François Gény (Science et Technique en droit privé positif. Première partie. Paris 1922. P. 42). . .

Georges Cornil. Le Droit privé. Essai de Sociologie juridique simplifiée. Paris 1924. Р. 1. »Речи које се најчешће употребљавају нису увек оне које најбоље разумемо. Тако је са речи »Право«. Она је на уснама свих људи, па ипак присуствујемо нешто деконцептирајућем призору еминентних научника, који, пошто су дуги и тешку каријеру посветили проучавању и предавању права, пошучавају да своје дело крунишу открићем једне дефиниције права. Треба ли додати, да се те дефиниције, плодови целог живота размишљања, ретко слажу.«

У осталом не стоји много боље ни са дефиницијама неких других појмова. Тако, на пример: »Кошко је било учитеља о држави и философа толико је дефиниција о држави. (Ludwig Gumplowicz. Allgemeine Staatslehre. II. d. S. 24); »Још није пошло за руком, да се нађе једна опште призната дефиниција основног појма економија (des Grundbegriffes Wirtschaft)«, тако да објект економије »народна или друштвена економија потпуно лежи у ваздуху« Franz Oppenheimer. II. d. S. 325; кад се за правнике каже, да по речима Канта још једнако бураже својим правима, »они се при том налазе у врло добром друштву, будући да теологи, философи, историчари нису ни у каквом другом положају.« (Julius Binder. Philosophie des Rechts. Berlin 1925. S. 215.).

² Dr. Богдан Гавриловић. О живим силама народног јединства. Српски Књижевни Гласник. Београд 1922. С. 272. »Али оне тридесет и две гранате, које су се зариле у видине нашег Универзитета... нису могле да разбију, још мање да ослабе и угасе и дух, који је 1914. г. натерао Србију, да бранећи своје морално право...«

алном праву, о праву јачега.¹ О праву говоре и правници и неправници, и често и правници као и неправници, говоре и одрасли и деца, цео свет. Све борбе између појединача, између социјалних група, између партија, између племена и народа, ратови између држава воде се за »право« — и у име »права«.

У обичном говору, реч право употребљава се и у смислу тачности или довољног разлога. Кад налазимо да је тачно оно што неко тврди, кажемо: он је у праву или он има право.

Толико употреба речи право, и без атрибута и са разним атрибутима, сама собом сведочи о неодређености појма право.

У најобичнијем и најширем смислу, под правом се разуме допуштеност (или незабрањеност) да се што чини или не чини. Каже се, на пример, имам право да држим или да слушам предавање, да купим, да продам, да певам, да спавам, да тужим, да одбијем напад на мене или на другога, једном речи: да чиним или не чиним ово или оно.

То је право по садржини: допуштене људске радње. А како се само радњама одржава људски живот, јер се њима прибављају, употребљавају, одржавају и од других бране животна добра у најширем смислу речи (материјална и морална добра), право по садржини јесте допуштено учешће у животним добрима², и сва борба за право, јесте у ствари борба за животна добра, борба за живот, па било да је људска бића воде појединачно једна с другима или групно.

Али тежиште и сва тешкоћа је у питањима: како ћемо, на случај спора, знати, шта је допуштено а шта забрањено; ко и по ком основу допушта и забрањује; ко и како регулише сарадњу и борбу; какве су последице поступања противног допуштеном или забрањеном?

Тек у одговору на та питања добићемо одговор и о разлици, у колико она постоји, између права и морала, јер, кад је реч о друштвеном моралу, по садржини између права и морала нема разлике: и морално је или поштено оно што је допуштено, а о допуштености или недопуштености говори се само у односима између људи. И правно и поштено може се, по неоспорном значењу тих речи, радити и бити само у односу према другим људима.

Кад би замислили човека без икаквог додира са другим људима, потпуно издвојеног, каквог, то је поновљено већ толико пута, историја људског рода не познаје, за њега се не би рекло, ни да има ни да нема права, ни да ради поштено ни непоштено. Обе речи постале су као друштвени суд или друштвена оцена људских радњи

¹ Слободан Јовановић. Влада Милана Обреновића. Књига прва. Издавачка књижарница Геце Коне. Београд 1926. г. С. 10, 12. »У сваком случају, ако је код Блазнавца неке љубави било, он ју је угушио или прикрио одмах, чим се јавио Кнез са својим пречим правом на девојку... Он (Блазнавац) влада у Србији по праву јачега.«

² Albert Valensin. Traité de Droit Naturel. Paris 1923. Р. 139. »Као сваку примордијалну идеју, идеју права лакше је појмити него дефинисати. Ипак, као што примећује Suarez (De legibus), узето у свом најстриктнијем значењу, право је морална способност држати једну ствар као своју или захтевати је као себи дуговану.«

с обзиром не на вршиоца радње него с обзиром на друге људе, на његове односе према другим људима. Ако то донекле, због утицаја известног смисла који је придаван речима »природно право« (сваком човеку »својствена«, »урођена«, »неотуђива« права — Русо и Декларације права човека и грађанина), на први поглед за појам »право« може бити сумњиво, значење речи »поштен« и »поштено« је ван спора, апсолутно: поштен или непоштен бити, поштено или непоштено (морално или неморално) радити може човек само према другим људима а не и према себи самоме. У потпуности исто важи и за право.

Позитивно право.

И ако је појам права јако неодређен, ипак се зна, и то приближно,¹ шта у једној заједници важи као право, шта се практикује као право.

За разлику од других назива и значења појма право, оно што важи (или је важило) као право, назива се *позитивно право*, т. ј. постојеће, важеће, постављено право (*lex lata*)² или историјско право — оно које је постало историјским развијем регулисања људских односа. Кад се говори о праву појединачних држава, појединачних епоха, увек се има у виду право у том смислу.

Али се и оно двојако дефинише, према томе да ли се посматра по форми (облику), у којој се појављује и у којој га сазнајемо, или по садржини.

Објективно и субјективно право.

Посматрано по форми, позитивно право појављује се, позитивним правом назива се скуп *извесних* друштвених правила којима се регулишу људски односи. То је тако звано *објективно право*, са *објективно* с тога што та правила постоје, мењају се, могу се од свакога сазнати, не као телесне ствари, разуме се, него као сваки други формулисан и изражен људски суд, мисао, престава или концепт. »Објективно« с тога што та правила постоје (све докле не буду изменеана или укинута) за свакога и независно од субјективног или личног схватања појединача о њиховој умености, вредности, оправданости, независно од признања или непризнања од стране појединача или појединачних социјалних група.

Посматрано по садржини, позитивно право појављује се као допуштеност (власт, овлашћење, моћ), која се по објективном праву или на основу објективног права има да се што чини или не чини,

¹ François Gény. П. д. Р. 42. »Појам права — и специјално позитивног права — изгледа да би требао да је апсолутно фамилијаран духу правника. Зар право није једини циљ њихових напора и зар би могли разумно радити на његовом реализацију, кад постојано не би били упознати са његовим бићем.«

»Међутим далеко је од тога.«

² Julius Binder. П. д. С. 764. »Позитивност права — ако се неће да доводи у везу са основом постапка и ограничи на *positio*, произвољно постављање (*willkürliche Satzung*), за што немамо повода — састоји се у томе да важи, да људи знају и примећују као емпиричко правило свога поступања.«

или, што је у ствари исто, оно је објективним правом признат (дакле и заштићен) материјални и морални интерес појединача и њихових група, признато (и заштићено) учешће у животним добрима. То је тако звано *субјективно право*, т. ј. право посматрано са стране овлашћеника, са стране субјекта или имаоца права, његово право¹.

Као што је већ речено, у обичном (не правничком, не књижевном) говору реч право разуме се у овоме другом смислу, у смислу објективног права — као допуштеност, овлашћење, моћ да се што чини или не чини, и сасвим је вероватно, да је тај назив пренешен и на групу оних друштвених правила која ту допуштеност садрже, да су, дакле, та правила названа правом, јер је њихова садржина имала тај назив², али која су то правила, по чему ћемо их разликовати од моралних правила, то из досадашњег још не знамо, сам назив нам то, разуме се, не казује.

Разлика и сличност између правних и моралних правила.

Речи, како то неки чине, да је »објективно право скуп правних правила« има вредности само онда кад је већ објашњено, или кад томе одмах следи и објашњење, која су правила »правна« правила, која се људска правила називају »правним« правилима. У противном, у дефиницији је увучен појам који тек има да се објасни, и таква дефиниција не казује апсолутно ништа. Појам који има да се објасни не може се објаснити сам собом.

Кад правних правила не би било изван закона (заповести законодавних фактора), ствар би била проста. Рекло би се: објективно право је скуп закона, правна правила су законски прописи, законодавчеве заповести. Али:

не само што је раније, пре писаних закона, постојало искључиво обичајно право, него оно добрим делом постоји још и сада у

¹ Dr. Чед. Марковић. Дигијева правна теорија. Суботица 1927. С. 6—8.

² Општи Имовински Законик за Црну Гору (од 25. марта 1888. год.) чл. 784: »Реч право, у овом Законику, треба узимати у смислу какве законите моћи и овласти (на пр. Петар има право тражити од Павла пет стотина перпера, Иван има право да прелази преко суседове земље итд.).

»Реч се право доиста, по примеру туђих језика, узима често и у смислу правила или збира правила, али се овај законик тога клони, да би се избегла забуна и неразумевање.«

Gustav Radbruch. Grundzüge der Rechtsphilosophie. Leipzig 1914. S. 50. »Објективно право доводи свој назив од субјективног права.«

Schröder. Deutsche Rechtsgeschichte. Dritte Auflage. S. 14. »Првобитно само придеј, тек у доцнијем времену као именница, употребљавана реч »Recht« означавала је прво das »Gerichtete« (Gerade), дакле субјективно право, па после »Richtung«, објективно право.«

Marcel Planiol. Traité élémentaire de Droit Civil. Dixième édition. Avec la collaboration de Georges Ripert. P. 1. »Реч право је метафора. Долази од directum, узето у свом фигутивном смислу, и означава оно што одговара правилу. Иста метафора налази се у већини модерних језика: у енглеском (right), у немачком (recht), у холандском (recht), у шпанском (derecho), у италијанском (diritto), у румунском (dreptu) и т. д., али није постојала у старим језицима, ни у грчком ни у латинском...«

»У свом основном смислу, реч »право« означава законом признату моћ (faculté) једном лицу, која му допушта да врши одређене радње.«

неким областима друштвеног живота цивилизованих народа (међународно јавно и донекле приватно право, већи део грађанској права у Војводини, наследно право у Црној Гори, у Енглеској поред приватног делимично и јавно право);

у неким законицима (скуп закона или законских прописа једне веће правне области) изрично се признају законске празнице, које судија према указању потреби има да попуни аналогијом (законском и правном), обичајним правом, по природним правилима,¹ а и »по правилу које би сам поставио кад би био законодавац²;«

у немачком грађанској праву, закон је »свака правна норма³.«

Према томе на питање, које правило називамо правним правилом, ваља одговорити без обзира на закон.

У том погледу влада сагласност о једном (претежном, највећем) делу друштвених правила која као правна правила важе у једној држави. Каже се: Правна су правила она која су снабдевена организованом санкцијом, она за која постоји организована санкција.

Под санкцијом једног друштвеног правила разумеју се штетне или, евентуално, корисне последице, које имају (треба) да наступе за извршиоца правилом недопуштене (забрањене) или, евентуално, допуштене радње. Тако, штетне последице, као санкција правних правила у садашњици, јесу казна, накнада штете, принудно извршење обавезе, неважност правног посла⁴; корисне последице као санкција једног правила изузетак су: на пример, премија за извоз извесних производа, награда за извесне радње (производијаче, одгајиваче), ослобођење од порезе, од царине.

Од ове санкције једног правила треба разликовати санкцију, о којој је реч при доношењу или стварању закона. Под њом се, код нас, разуме пристанак владаоца на закон изгласан од Народне Скупштине.

Организована санкција може постојати у организованој заједници, т. ј. у таквој у којој се зна, ко заповеда и ко слуша, ко наређује сарадњу и ко регулише сукобе између чланова заједнице. Санкција је организована, кад се зна, кад је унапред одређено:

а) које последице имају (треба) да наступе за извршиоца радње противне, односно саобразне једном одређеном правилу, и

¹ Српски Грађански Законик § 10, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich § 7.

² Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Art. 1.

³ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896. Art 2. »Закон у смислу Грађанског Законика и овог закона јесте свака правна норма.«

Од Аристотела до садашњице поновљено је толико пута и признато од многих аутора, да »Има закона са већим ауторитетом и значајем но што су писани закони.«

То су закони основани на обичајима.«

⁴ О правном послу говориће се доцније. Овде ћемо рећи да под правним послом разумејмо објективним правом допуштену људску радњу, којом се зајснива, мења или гаси неки правни однос. Овај је однос између два (или више) лица, од којих је једно власно, да од другога захтева извршење или невршење неке радње, а друго му је у том смислу обавезно.

б) које од чланова заједнице (која власт, који орган) позван (дужан, обавезан) да те последице спроведе, па, ако су штетне, и против воље извршиоца радње (принудно).

Оно што претежну већину правних правила у једној држави разликује од свих осталих друштвених правила јесте организована санкција код првих и оскудица не санкције него *организоване санкције код других*⁵. Ова друга правила, морална у ширем смислу, нису без санкције, само је њихова санкција (похвала, признавање, покуда, презирање, освета, двобој, бојкот, линч, побуна) неорганизована, дифузна, разливена: унапред се не зна, ни да ли ће, ни у ком облику, ни у ком обиму, ни од кога бити спроведена.

Са постојањем организоване санкције не треба мешати и њену примену (извођење, спровођење), која кадшто може изостати (дужник нема имовине, кривац није ухваћен, надлежан орган пропусти да изврши своју дужност, и т. д.).

Дејство санкције и код једних и код других правила у првом реду је психичко: страх од примене или нада у примену санкције,⁶ и као такво може за неке људе бити јаче код моралних но код правних правила.⁷

⁵ Dr. Чед. Марковић. Поштење и морал у праву. Архив за друштвене и правне науке (Београд). Бројеви за јануар, новембар и децембар 1922. год.

Dr. Феодор Тарановски. П. д.

⁶ Montesquieu. *L'esprit des lois*. Ernest Flammarion éditeur. Paris. »Снага људског закона долази од страха који уливају«.

Индиски заканадавац Ману: »Страх од казне је оно што свима покретним и непокретним креатурама допушта да уживају њима сопствено и што их задржава да се не удаље од своје дужности. Казна управља човечијим радом, казна га штити; казна бди кад све спава; казна је правда, веле мудраци... Све би се ствари корумпирале, све би бране биле оборене, универз би био конфузија, кад казна не би вршила своју дужност. (Цитирано код Emil Durkheim. *La division du travail sociale*. Quatrième édition. Paris 1922.).

Књига Проповедника: »Зато срце синова људских кипа у њима да чине зло« што често »подједнако бива и праведнима и неправеднима« и »што нема одмах осуде за зло дело«.

⁷ Franz Oppenheimer. П. д. S. 304. »Овај ауторитет (ауторитет санкције моралних правила у ширем смислу) јесте »Се« (»Man«). По своме пореклу несумњиво је идентично са »човек« (»Man«) и садржи, бар за наш осећај језика (Sprachgefühl), јак ауторитет предања. »То се чини«, »то се не говори«, »тако се сад носи«. То »се« велики је тиранин друштва. Његовим заповестима принешено је, откад је дворучаш постао човек, више и болнијих жртава него укупно свима деспотизма светске историје. Оно је законодавац и неумитни судија. Чак тамо где закон ослобођава, оно осуђује, често на прогонство или смрт (самоубиством или двобојем)«. — За потврду овог мишљења свакодневни живот пружа нам безброј примера.

Friedrich Wieser. Das Gesetz der Macht. Wien 1926. S. 30, 31. »Нагон, да се човек и у својим приватним стварима друштвено управља, дубоко је укорењен у људско биће, једва да има друштвене моћи која се неповредије спроводи но моћ саобраћајног обичаја (Verkehrssitte), којој се скоро без изузетка сви људи потчињавају, не само маса просечности него и они који се држе по страни, не само фино образовани него и простаци и дрски, не само будале него и мудраци...«

»Прво нам је било стало само до тога, да велике форме моћи изведемо из општег извора друштвеног успеха и да побијемо исто тако расирену као и погрешну представу, као да у питање не долази никаква друга принудна моћ до моћ спољашње силе«.

Према томе, није принуда оно што правна правила битно разликује од моралних правила него само организација принуде. Може се рећи само толико, да се принуда моралних правила претежно своди на психичку, а да је код правних правила, у већини случајева, још и физичка (принудна наплата дуга, извршење казне) и да у толико, за већину људи са мање развијеним моралним осећајем, јаче дејствује. Није ни мало поетична, али је у многоме основана изрека: Не боји се шушта Бога него батина. Савест је добра ствар, али се она с нама не рађа.

Физичка принуда не може сама собом бити битна карактеристика права и тако чинити битну разлику између права и морала већ ни по томе што је »принуда разбојника ефикаснија«⁸ од правне принуде, и што, с друге стране, »казнити не значи физички принудити на поштовање правила, јер се казна изриче за већ учињену повреду«.⁹ Најзад, принуда није битно обележје права ни с тога што је правна принуда у ствари регулисање борбе, дакле и ограничење физичке принуде.¹⁰ Може се рећи само то, да је она код правних правила извеснија и, по правилу, неизбежнија — разлика квантитативна а не битна.

Докле се не би утврдило, да су морална правила без икакве санкције, погрешно је обавезност правних правила и необавезност моралних правила истицати као битну разлику између једних и других, па је нетачна и дефиниција, по којој је објективно право скуп обавезних друштвених правила. Без обавезе не може бити ни санкције, а ову, као што је наведено, имају и једна и друга правила: и морал обавезује.¹¹

Мишљење, да морална правила имају за предмет савест људи и да се њој обраћају, а правна правила да за предмет имају спољашње радње људи, и да то чини битну разлику између једних и других, мишљење које датира поглавито од Канта (дужност по себи и за себе, добро и зло по себи и за себе, категорички императив),

⁸ Dr. Fritz Berolzheimer. System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. München 1906. III. S. 90. »Оно што се назива правном принудом по правилу само је статуирање штетних последица за случај да се поступи противно ономе што је наређено... Принуда разбојника мањом је ефикаснија од правне принуде.«

Jean Lagorrette. П. д. Р. 47. »La »Thatkraft«, le »Zwang« сами не конституишу право; без психичког елемента, идеалног, оно се само квантитативно разликује од разбојничке силе.«

⁹ N. M. Korkounov. Cours de théorie générale du droit. 20th édition. Paris. P. 112.

¹⁰ Dr. Max Ernst Mayer. П. д. S. 54. »Принудни карактер права може се бранити само тако ако се са знаменитим научницима (Lasson, Zorn, Somló) прими консеквенца, да међународно право у опште није право. А у колико се стоји на супротном гледишту, ваља истаћи, »да за право није битно да је принудом гарантовано, него да оно принуду регулише.«

Gustav Radbruch. Grundzüge der Rechtsphilosophie. П. д. S. 76. »Гледише, да се право од мора (Sitte) разликује својом изнудљивошћу, одавно је потиснуто у дефанзиву, у којој ће се тешко одржати. (Jellinek).«

¹¹ Dr. Чед. Марковић. Правна свест. Београд 1921. Издавачка књижарница Геце Коне. С. 15—17.

ваља сматрати као преживело кад је реч не о индивидуалним него о друштвеним правилима. *Сва друштвена правила, дакле и правила друштвеног морала, постају у друштву за друштво¹², за људске односе, за сарадњу и утакмицу међу људима, сва су она хетеронома, долазе с поља, намећу се човеку у друштву, а не аутонома — таква чији би извор била аутономија воље, расположење појединача.* Као што је већ поменуто, за човека, који би живео апсолутно изван сваког додира са другим људима, који би неким чудом самоникло постао и одрастао на неком пустом месту (што је, разуме се, према досадашњем искуству немогуће), могло би се рећи да за себе ради добро или рђаво, разумно или неразумно, мудро или глупо, али се, у смислу досадашњег морала и права, не би могло рећи да ради ни правно ни противправно, ни морално ни неморално, ни поштено ни непоштено, ни пристојно ни непристојно. Он би усамљен, изолован, био изван права, изван морала¹³, изван пристојности, изван реда, изван моде.

С друге стране, о побудама, о намери, о унутрашњем расположењу не води се рачуна само у моралу него, и у знатној мери, и у праву. Докле се унутрашње расположење не обелодани, разуме се, спољашњом радњом, не знамо ни да ли постоји, ни, ако постоји, какво је, па је све дотле, и сваки суд о њему немогућ («мисли су без царине»)¹⁴. Видећемо, у току излагања, да је и моралу порекло на земљи, међу људима, и да су му предмет људски односи, нешто спољашње и видио, чисто световно, и ако му се од стране цркава до некле придаје карактер надприродности.

Ма како да је и тачна и јасна напред констатована разлика између правних и моралних правила (организованост и неорганизованост санкције), и она губи карактер генералности, ако је не ограничимо на један део друштвених правила која се називају правним правилима.

Кад се пређе на »међународно јавно право«, т. ј. на скуп правила о односима између држава, отпада и та разлика између правних

¹² Рудолф фон Јеринг. Циљ у праву.

Dr. Max Ernst Mayer. П. д. S. 44. Anm. 1) »Често, нарочито од Келзена (Hauptprobleme S. 33), истакнуто различавање аутономих и хетерономих норми само је погодно да створи забуну... Сва су социјална правила за индивиду хетеронома, јер их друштво поставља«.

¹³ Julius Binder. П. д. S. 806. Аутор види у праву »Zwangsvorschuss zur Sitlichkeit (као што је за Stammler-а позитивно право ein Versuch zum richtigen Recht) и налази, да се о моралности може говорити и код човека изван друштва. »Уз то се још може, да би се избегли неспоразуми, приметити, да ја моралност не држим за битно социјалну врлину, тако да би сва етика била социјална етика. Напротив, док је право према своме појму социјално, тако да за Робинзона на једном острву не може имати права, моралност је примарно сачувата на индивидуу, пошто се она (моралност) обраћа расположењу, достојанству човека у његовом усамљивању.«

Аутор налази, да су досадашња мишљења о разлици између права и морала »ненаучна« (S. 804). Не разумем његову научност, по којој се може говорити о достојанству човека у његовој усамљености или његовом усамљивању — die Würde des Menschen in seiner Vereinzelung. Да ли би »достојанство« једног таквог човека било нешто различито и више од »достојанства« рецимо једног тигра, једне жабе или једног комарца?

и моралних правила. И поред Друштва Народа, међународне установе створене после светског рата, још не постоји организована санкција за повреду међународних »правних« правила (о сарадњи и борби између држава), те су она, према повученој разлици, пре морална него правна правила.¹⁵ Исто то важи и за један део правила о организацији државе и њене врховне управе (за »државно право у ужем смислу«, пошто је све право које важи на територији једне државе државно право у ширем смислу), у колико за повреду истих (од стране шефа извршне власти, од стране Народне Скупштине) није предвиђена организована санкција.¹⁶

¹⁴ Gustav Radbruch. Grundzüge der Rechtsphilosophie. П. д. S. 61—2. »И спољашње је понашање приступачно моралној и унутрашње правној оцени... Кривичноправни реформни покрет учи, да се у злочину расположење извршиоца.«

Dr. Max Ernst Mayer. П. д. S. 61, 62. »По садржини захтева, између права и морала увек постоји једнакост, у којој се продужује првобитна неразлучност. Изгледа да се битна разлика састоји у томе што се морал обраћа расположењу, док право захтева само радње. Али факт, да мотиви нису правно ирелевантни и да спољашње радње урачунљивих не могу бити морално равнодушне, слабе ту разлику и неки је испоравају.«

Ernst Rudolf Bierling. Juristische Prinzipienlehre. Fünfter Band. Tübingen 1917. S. 50. Anm. 42) »Погрешка учења (које у новије време једнострano наглашава Stammler), да се право односи на спољашње држање човека а морал на његово унутрашње расположење, у томе је што оно од релативне разлике чини битну.«

Vilfredo Pareto. П. д. Volume I. P. 217. »Шта више, није се нашло средство, да се право одвоји од морала... Каже нам се, да право чине правила која за санкцију имају заповести јавне власти, да морал формирају правила наметнута само савешћу. Ова дефиниција врло добро конвенира практичним питањевима адвоката и судије, али нема никакве научне вредности, јер за критеријум узима акцијенталне и променљиве елементе. Она је слична оној која би у циљу класификације птица за критеријум узела боју перја.«

Anton Menger. Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Vierte Auflage. S. 27.

Hans Kelsen. Allgemeine Staatslehre. П. д. S. 41.

¹⁵ Julius Binder. П. д. S. 557, 567, 570. »А кад важење међународног права треба засновати сасвим на његовој унутрашњој моћи и вери у њу... јасно је да се тиме тврди, да се држава само обавезује својом унутрашњом моралном а не спољашњом правном нужношћу међународног правног поретка; да се тиме наводно међународно право замисља као један део моралног светског поретка, али не као правни поредак... оно што би овде дошло у питање интернационални је морал, не интернационално право...«

»Али највећа тешкоћа је прихватање једног стварног (истинског) међународног права састави се у томе, што томе наводном међународном праву нужно оскудева један моменат, који смо познали као неопходан за појам права: моменат спољашње принуде. Ова је оскудица у најтешкој вези са оскудницом једне над-државне организације...«

»Па ипак је ово проблематично право од старине признато...«

»То не значи као да би ми спорили, да нације фактички признају норме, које одређују њихово држање у међусобном сообраћају, да се оне тих норми придржавају, јер верују да су њима обавезне. И ми те норме признајемо и као практично нужне и делимично шта више као морално нужне; ми споримо само то да су оне правне норме.«

¹⁶ Рудолф фон Јеринг. Циљ у праву. С немачког превео Александар С. Борисављевић. Београд 1894. С. 264, 265. »На моралној јачини народне правне свести почива у последњој инстанцији целокупна правна сигурност. Гаран-

А кад, и против тога, правила о односима између држава и један део правила о организацији државе, за која не постоји организована санкција, називамо правним правилима, значи: или да појам права (објективног) није везан за организовану санкцију, те ова и не чини битну разлику између правних и моралних правила, или да правним правилима називамо и таква, за која знамо да нису правна правила. Било како му драго, при истраживању и анализи појма право не може се, кад се претендује на објективност, прећи преко факта, да међу правилима, која се у опште називају правним, имамо две врсте:

a) једних, за која постоји организована санкција — савршена или потпуна правна правила;

b) других, за која не постоји организована санкција — несавршена или непотпуна правна правила.

Да између несавршених правних правила, с једне стране, и моралних правила, с друге стране, нема ни формалне (као ни са-држајне) разлике, друга је констатација. Она сведочи о узалудности свих покушаја, да се нађе одсечан, видан, објективан критеријум за разлику између свих правних правила, с једне, и моралних правила, с друге стране, ако нећемо да једном делу државног права и целокупном међународном јавном праву, која се као таква признају и на правним факултетима предају, одрекнемо и карактер и назив права.

Кад већ нема објективног критеријума за разлику између несавршених правних правила, с једне, и моралних правила, с друге стране, и кад ипак једна од њих називамо правним а друга моралним, онда критеријум, ако та подела има у опште свога оправдања, може бити само субјективан: уверење (вера, убеђење, схватање, мишљење, признање, свест, чак и жеља) о потреби или излишности организоване санкције. И збиља, за назив правила о међународним односима и једног (мањег) дела о организацији државе правним пра-

ција за правну сигурност није Устав. Ма како вештачки био написан Устав, ипак се не да такав замислити, који би државну власт спречио да закон погази... Самовољи импонује једино реална снага, која стоји иза закона. Њој импонује народ... од кога се може очекивати, да ће за своје право у коштац да се ухвати. Не мислим тим, да је тај мотив страха и бојазни једини који опредељује државну власт на вршење закона, он је само последњи, крајњи мотив, који ни тада не отказује своју услугу, кад не достаје узвишијеј мотива, т. ј. поштовање закона — закона ради.

Léon Diguit. П. д. Р. 548. Ма како да су духовита средства, која су измишљена у циљу да се на минимум сведе опасност повреде уставног права од стране властодржаца, «са разлогом је речено, да увек наступа тренутак, кога устави немају друге санкције до лојалности људи који их примењују» и, треба додати, бојазни од фактичке санкције грађана вољних и довољно снажних за одбрану уставности.

Sir Paul Vinogradoff. Principes historiques du droit. Traduit de l'anglais. Paris 1924. »Уставно право ствара обавезе на исти начин као и приватно право, али су његове санкције у погледу индивидуа које имају политичку власт изван правне: револуције, пасивна резистенција грађана, притисак јавног мишљења. Санкција за управљаче излази из опасности од таквих дејстава.«

Dr. Феодор Тарановски. П. д. С. 283, 511. — Видети Архив за друштвене и правне науке. Београд 1923. г. С. 466.

вилима изгледа да је немогуће наћи никакав други разлог до уверење, да би и та правила требала да буду, да би добро било да буду снабдевена организованим санкцијом исто тако као што су њоме снабдевена и савршена правна правила. Несавршена правна правила јесу правила која, како то неки веле, «имају тенденцију да постану обавезна правила». Тежња је да и властодрžци у држави и државе као чланови међународне заједнице буду потчињени правним правилима исто онако као и појединци у садашњој држави.

Тек после ове анализе друштвених правила може се дати коначна дефиниција онога што се назива објективним правом, при чему, разуме се, има и да се укаже на две врсте истога. Рећи ћемо, дакле, да је *објективно право скуп оних друштвених правила за која постоји организована санкција или и само уверење о потреби организоване санкције*.

Сва остала правила називамо, једном речи, моралним правилима и кажемо: *она друштвена правила, за која постоји уверење о излишности организоване санкције за иста, јесу морална правила* (конвенционална правила или друштвена правила у ужем смислу).

Досадашња анализа још је непотпуна. Ваља одговорити и на питања: чије уверење о потреби или излишности организоване санкције једног друштвеног правила истоме даје карактер правног или моралног правила; кад се зна да оно постоји; и, најзад, шта бива у случају постојања организоване санкције и уверења о излишности исте или, обратно, шта бива у случају непостојања организоване санкције и постојања уверења о потреби исте¹⁷?

Правно и морално уверење.

Да би могли говорити о постојању туђег уверења, правног и моралног као и сваког другог, треба, разумљиво је, да је оно изражено, а то се може учинити или изрично (речима или другим уobičajenim или уговореним знацима) или прећутно (другим радњама, које откривају постојање једног одређеног уверења).

О томе какви треба да буду људски односи, може имати своје уверење или мишљење сваки члан заједнице који је умно способан да размишља о људским односима.

У колико сви чланови једне заједнице имају исте основне потребе и осећаје, било би разумљиво да имају и иста уверења о међусобним односима. Али с тога што је човек човеку истовремено и средство и такмац, и што, поред једнакости у основним потребама и осећајима, постоје и веће или мање разлике у јачини и многоструаности осећаја и потреба, у физичкој и умној развијености, у склоностима, у способности, у фактичкој могућности задовољења потреба, у дисциплинованости, у тежњама и погледима на живот и свет — разумљиво је, да постоје и више мање различна уверења о томе какви треба да буду односи међу члановима једне заједнице

¹⁷ Léon Diguit. П. д. Видети Dr. Чед. Марковић. Дигијева правна торија.

и међу заједницама, што је констатовано и изрекама: сто људи, сто ћуди (*quot capita, tot sententiae*); сто села, сто адета (обичаја). Такво стање од увек је постојало у свим (и међу свим) људским заједницама, и различност у уверењима у толико је већа у колико је заједница сложенија (хетерогенија) и обимнија. Како противречна уверења не могу истовремено важити (бити спровођена, остваривана) као друштвена правила, јер се укрштају, потиру, искључују, капитално је питање: чија уверења изражавају друштвена правила?

Правилан одговор на исто добија се једино свестраним посматрањем постојања и промена друштвених правила у прошлости и у садашњости, у колико је то, разуме се, могуће учинити. Како су три врсте тих правила: *a)* савршена правна правила, *b)* несавршена правна правила и *c)* морална правила, при тражењу одговора на постављена питања (последњи став претходног поднаслова) вაља водити рачуна о констатованим разликама међу њима.

Савршена правна правила израз су уверења (воље) јачих у једној самосталној заједници, за какву се, већ је речено, у садашњици сматра држава¹. Хомерови циклопи »дају закон својим женама и својој деци«, извесно не само зато што су паметнији него што су, и свакако баш зато што су јачи; над женом и децом Римљанин је (и не само Римљанин) имао, као и над робовима, право живота и смрти; код »варвара жене и робови чине једну класу« (Аристотело); код Атињана жена је под дожivotним туторством мушких пола; у заповестима »примљеним« на Синајској Гори (које су заповести истовремено и правне и моралне) наређује се деци да поштују родитеље, не и родитељима како ће поступати са својом децом². Тако и данас: људи дају законе не само деци него и женама, и не сви једни другима (споразумно, сагласно, уговорно), него јачи слабијима и себи.

Тачност ове констатације непобитно потврђује и целокупна друштвена прошлост и постање сваког савршеног правила наших дана, па чак и онда кад оно постаје не *надгласавањем* у Народној Скупштини или диктирањем, тамо где постоји диктатура, него и судском праксом, јер судије постављају и на тим положајима одр-

жавају јачи, према чему и они припадају, *по правилу*, реду јачих. Кад се имају у виду социјалне групе, апсолутно је тачно одавна истакнуто и често понављано мишљење, да за повећање свога места у друштву и у праву слаби имају само једно средство, а то је — да постану јаки³. Одавна је са исто толико разлога речено, да правде има само међу једнакима⁴.

Ко је, у колико и зашто (чиме) јачи, колико се служи својом надмоћишћу безобзирно, искључиво у свом тренутном или трајном интересу, а колико се руководи и којим другим обзирима и осећајима, може се испитивати и на то одговарати у сваком конкретном случају, али је то равнодушно за констатацију самог факта: *да су савршена правна правила израз уверења или воље јачих*.

У том смислу, такође је апсолутно тачно мишљење, да је право (не губити из вида, да је реч о позитивном праву) »политика силе« (Јеринг)⁵, да је засновано на рачуну егоизма (Епикур)⁶, као што је тачна и Гумпловићева социјолошка дефиниција права као граница моћи двеју или више о превласт борећих се група⁷. Ако има кога да у то сумња, нека обрати пажњу не само на »државне ударе« него и на само данашње парламентарно стварање закона, и нека обрати пажњу на то да стварност не помеша са својим жељама или замисао о ономе како би требало и могло да буде са оним како бива и како јесте.

Пошто су јачи они који имају власт, т. ј. моћ (снагу, силу) да заповедају и да сламају отпор извршењу заповести, они су истовремено, самим тим, преставници самосталне заједнице (»L'Etat c'est moi — држава то сам ја«), свеједно да ли је то формално један човек, »самодржац«, више њих или »суверени народ« (данас подељен у политичке странке, на које се често чују жалбе, да се идентификују са државом и да често своје интересе издужу изнад интереса државе), можемо рећи: савршена правна правила су израз уверења или воље *преставника* самосталне заједнице. Реч »преставник« заједнице овде је употребљена место речи »власник« или »властодржац«, јер ми изгледа погоднија: и блажија је и обухвата не само врховне заповеднике (власнике, властодржице) у држави него и њене функционере, од којих неки, нарочито судије, одлучујући о праву у конкретним

¹ Ma колико да су савршена извесна правила која чине објективно право појединих цркава (црквено право), у садашњици, на територијама појединих држава иста важе у колико их државе признају (усвајају, одобравају) тако да се црква данас не може сматрати као самостална заједница у погледу стварања оних савршених правних правила, чију физичку принудну санкцију може спровести само световна власт.

² Michel Ange Vaccaro. *Les bases sociologiques du droit et de l'état*. Paris 1898. P. 230. »У сваком случају, не треба заборавити, да се традиционални обичаји (coutumes) оносима између људи највећим делом дугују јавном мишљењу јачих и моћних.«

³ Emil Walter Mayer. *Ethik. Christliche Sittenlehre*, Giessen 1922. S. 78. »Док (у Кини) продаја деце од стране родитеља није ништа ретко, и док убијање деце од стране родитеља није ништа нечуvenо, кинеска правда, која је неуморна у изналажењу рафинираних казни, измислила је најсвиредије казне за оцеубице. Деликвент се веже за колац, па му се из живота тела на десет до дранаест места изводе парчад меса, и најзад му се извади срце из живота тела. Још 1877. год. у Пекингу је на тај начин извршена осуда над више оцеубица...«

⁴ Jean Cruet. *La vie du droit et l'impuissance des lois*. Paris 1919. P. 208.

⁵ Vilfredo Pareto. П. д. Volume II P. 1561. (Видети Dr. Чед. Марковић. Правна Свест. П. д. С. 20).

⁶ Rudolf von Jhering. *Der Kampf ums Recht. Neunzehnte Auflage*. Wien 1919. (Српски превод од Христића 1875. год. и хрватски од Хинковића 1879. год.). S. 4. »Једностраност чисто научног становишта, са кога теорија (правна философија и позитивна јуриспруденција) посматра право, гледајући га више са његове логичке стране, као систем правних правила, но са његове реалистичке стране, као појам моћи (Machtbegrieff), на целокупно схватање теорије о праву утицала је, по моме мишљењу, на начин који сувише мало одговара грубој стварности права.«

⁷ Paul Janet et Gabriel Séailles. *L'histoire de la Philosophie. Les problèmes et les écoles*. Deuxième édition. Paris 1914. Епикур. »Право није мистериозног порекла; оно је засновано на рачуну егоизма и свето је у колико је корисно.«

случајевима (примена права), изналазе и дају смисао постојећим правним правилима, попуњавају законске (правне) празнине (где је то и у колико је допуштено), несвесно и свесно модификују постојећа правна правила и силом преседана стварају нова.

Исто су тако и несавршена правна правила међународног позитивног права (обичајног и уговорног) израз уверења или воље јачих, како по томе што државе у миру опште преко својих преставника, тако и по томе што у стварању правила за односе између држава преовлађује уверење (воља) јачих држава. Глас слабих и јаких до сада нису имали подједнаку тежину на теразијама правде. То може бити и добро и рђаво, према томе са ког се гледишта посматра, али је *несумњиво добро да се то зна и да се са тим рачуна*: снажни могу постати слаби и слаби могу постати снажни.

Сва остала друштвена правила, несавршена правна правила (правила без организоване санкције о дужностима — »правним« — врховне државне управе) и морална правила у ширем смислу, израз су уверења чланова једне одређене заједнице, класе, групе, и то првобитно не свих чланова заједнице него оних чланова који су у дотичној заједници утицајнији, ауторитативнији, оних који воде (у погледу женске моде често демимонткиње) и чија уверења вођени више несвесно но свесно усвајају (закон имитације), тако да она постају и њихова. И с тога код тих осталих друштвених правила и немамо јединства и одређености као код савршених правних правила, и отуда факат, да у једној истој држави истовремено постоје једна поред других противречна друштвена правила разних социјалних група и да, с друге стране, извесна друштвена правила прелазе границе поједињих држава⁸ и имају тенденцију да постану општа човечанска правила.

Кад ће и у колико ће несавршена правна правила постати савршена правна правила? *Онда и у онолико када и у колико њихови носиоци успеју да за њих придобију преставнике самосталних заједница или да сами постану преставници самосталних заједница.* Исто то важи и за прелазак моралних правила у правна у опште и обратно⁹, јер »треба имати не само врлину него и моћ да се иста оствари« (Аристотело)*.

⁷ Dr. Ludwig Gumplowicz: Soziologische Essays; Allgemeine Staatslehre; Philosophisches Staatsrecht; Geschichte der Staatstheorien, Innsbruck 1905; Grundriss der Soziologie, Zweite Auflage 1905; Sozialphilosophie, Innsbruck 1910; Der Rassenkampf, Zweite Auflage, Innsbruck 1909; Verwaltungslehre, Innsbruck 1885; Sociologie et Politique, Paris 1898; Die soziologische Staatsidee...

⁸ Montesquieu. П. д. »Између закона и морала (moeurs) разлика је у томе што закони више регулишу радње грађана а морал више радње човека.«

⁹ Dr. Чед. Марковић. Дигијева правна теорија. С. 15. Диги понавља, у разним обртима, да »једно морално или једно економско правило постаје правно правило у тренутку кога постоји једнодушан или квази једнодушан осећај индивидуа, које чине посматрану социјалну групу, да би социјална солидарност била тешко компромитована, ако поштовање тога правила не би било гарантовано употребом социјалне снаге«; једно социјално правило постаје правно правило, »кад маса индивидуа, које чине дату социјалну групу, схвата и пристаје да против повредиоца правила може бити примењена социјално организована санкција.« А да би се имало правно правило, потребно је да санкција правног

Заједничка дефиниција за објективно и субјективно право.

Кад се следује општем (не правничком) значењу речи право — допуштеност или овлашћење да се што чини или не чини, и кад се стави на позитивистичко или реалистичко становиште, да људска бића у истини имају онолико власти или учешћа у животним добрима колико им признају (дају) преставници самосталне заједнице, којој припадају, објективно и субјективно право могли би се сажети у ову заједничку дефиницију:

Право је власт, коју преставници једне самосталне заједнице признају људским бићима¹.

Под ову дефиницију могло би се подвести свако позитивно право које је ма кад или ма где постојало или постоји.

правила употребом колективне снаге буде саобразна осећају који се у датом тренутку има о комутативној и дистрибутивној правди, да је не — санкција тога правила противна томе двојном осећају, јер акт који врећа правило чини напад на један од два облика правде. Свест код масе индивидуа једне дате групе, да је једно морално или економско правило битно за одржање социјалне солидарности, свест да је праведно да се санкционише, то су два битна елемента формирања и трансформирања правног правила».

* Неће остати незапажено, да се у горњем излагању мешају појмови »уверење« и »воља«. Несумњиво је да између тих појмова постоји разлика, али разлика која се, кад је реч о постајању и промени друштвених правила, не може, изгледа ми, свуда и довољно прецизно истаћи, што, у осталом, за саму ствар и нема великог значаја. Ради се о томе, чије уверење или чија воља игра пресудну улогу у постајању и промени права, а за то питање, беззначајно је, каква је психолошка разлика између уверења и воље.

Човек ради и по свом уверењу и против свог уверења, и по својој вољи и против своје воље. Уверење је пасивно, прешавши у активност, оно је воља. Да ли је воља саобразна уверењу, да ли је она активност уверења или је противна уверењу, питање је конкретног случаја. Имати у виду, да се о једној истој ствари могу имати различна уверења, према томе са ког се становишта ствар посматра. Кад, на пример, потписује мировни уговор, чије ће одредбе за њега чинити правила међународног права, преставник државе може имати уверење да је уговор неправичан, да га понижава, да је за њега тежак, али у исто време и уверење, да је под датим околностима уговор испак користан, целисходан, јер би му продужавање рата било штетније. Он га потписује и против свог уверења и по свом уверењу, и против своје воље и по својој вољи. Да ли ћемо рећи, да је тај уговор израз уверења или израз воље уговорача, за саму ствар је сасвим свеједно.

¹ Ова дефиниција, као што се то и на први поглед види, нема ничега заједничког са тако званим теоријом признања: Ernst Rudolf Bierling. П. д. I. S. 20. »Право у правничком (juristischem) смислу јесте све што људи, који у ма којој заједници живе, узајамно признају као норму и правило заједничког живота. Од свих других врста норме правне норме разликују се тиме и само тиме што се са унапред смишљеним циљем, као норма и правило спољашњег, признају у одређеном кругу људи, и то од људи који томе кругу припадају као од чланова према члановима.«

A. Esmin. Éléments de droit constitutionnel français et comparé. Sixième édition. P. 35. »Правила која регулишу односе међу људима постају правна само онда кад су их они признати и снабдели санкцијом.«

Dr. Georg Jellinek. Allgemeine Staatslehre. П. д. S. 335. »Правне норме показују ова битна обележја:

1. То су норме за спољашње држање људи једних према другима.
2. То су норме које произлазе од неког спољашњег признатог ауторитета.
3. То су норме чија је обавезност гарантована спољашњим чињеницама.«

Која је људска заједница и у колико самостална, ко су и у колико преставници заједнице (законодавци, судије), на који ће начин (*quod principi placuit legis habet vigorem*, обичај, судска пракса, закон), колико и какво овлашћење преставници заједнице признати (дати) и којим људским бићима (члановима заједнице или и странцима), зависи од општег стања материјалне и моралне цивилизације и културе² заједнице. На сва та и друга питања може се одговорити само кад се проучава једна одређена заједница у једном одређеном времену.

Преимућства ове дефиниције била би:

a) отпала би разлика између правничког и народског значења речи право (ма да се, ваља приметити, при свакодневној употреби речи »право« не помишља на његово порекло, т. ј. не помишља увек на то од кога овлашћење долази);

b) отпало би мешање овлашћења (субјективно право) и правила о истом (објективно право = закон, обичај, судска пракса), а то би било не само корисно, јер се, кад се изговори или напише реч »право«, не би морало питати, шта се под тим разуме, »објективно или субјективно право«, него би било и правилније, јер овлашћење је *садржина а правила форма*;

c) била би повучена разлика између права и морала, јер је у дефиницији истакнуто, да то овлашћење долази од *преставника* једне самосталне заједнице, и отпало би разликовање права према савршеним и несавршеним правним правилима, те се не би ни постављало питање, да ли су несавршена правна правила више правна или су више морална правила.

»Право« и »правно правило« (закон или законски пропис, правило обичајног права или судске праксе) две су ствари, па би добро било избећи, да се и називом не мешају³.

Позитивно право и сила.

Констатовати, да позитивно право (правна правила — законска и обичајна — која *већ постоје*, која као таква важе и редовно се примењују, она по којима се људски односи »правно расправљају)

² Оба израза, »цивилизација« и »култура«, употребљују се, да се обухвати све што се под њима разуме, па било да имају посебна значења или да су синоними. Видети Franz Oppenheimer. П. д. Erster Band. Erster Halbband. S. 424—442. »Оба су појма колебљива у језику отприлике тако јако као појмови држава и друштво. Час се без разликовања употребљују као синоними, час један аутор дефинише као културу баш оно што други назива цивилизацијом и обратно...«

Dr. Stanislaus Dnistrjanskyj. Kultur, Zivilisation und Recht. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. XXI. Band. Heft 1.

³ Келзен (Dr. Hans Kelsen. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911. S. 496, 663), за кога је и објективно и субјективно право једно исто правно правило (Rechtssatz), ограда а не и оно што је ограђено, принуђен је да води рачуна и о субјективном праву:

»Субјективно право подника јесте правно правило у свом односу према оним лицима, од чијег се захтева чини зависним у правилу изражена воља државе за неку радњу;«

»Субјективно право државе јесте правно правило у односу државе према свим другим лицима која се правним правилом обавезују.«

постаје силом, да се одржава и мења силом, значи просто констатовати стање ствари, факта таква су, оно што *јесте*, а не значи бити обожавалац и пропагатор бруталне силе¹.

Сила може бити физичка или спољашња, а може бити идејна, морална или унутарња, може бити оправдана или неоправдана, али без силе (снаге, моћи), и до сада претежно физичке (у коју се, на kraju, и морална мора преобрратити, ако ће да важи), није постојала ниједна самостална људска заједница, није постала ниједна држава, није било реда². У колико је њена примена мање неопходна, у колико је заједница савршенија, интимнија, идеалнија, постојанија. Такву заједницу желимо, на њеном остварењу треба према својим могућностима да радимо, али нам то не смета, да ствари видимо у пуној светlosti.

»Наше је право на врху наших мачева«, одговорили су Гали Римљанима; »Народно и државно јединство браниће народни бајонети, који су га и створили«, узвикну је (у фебруару 1926. год.) један сељак посланик у Народној Скупштини Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. А што се таквом, позитивном праву слабији покоравају (на пример Илиоти и Шпартанци, Индијанци и Енглези, Мароканци и Французи, »буржоазија« и комунисти у Русији, комунисти и »буржоазија« у другим државама), с тога је што им је и такав поредак, поредак по позитивном праву, кориснији од борбе, и живот, ма био и бедан, милији од смрти: »Страх животу каља образ често«. Они га признају, али то признање, најмногу, изнужено, важи и веже до промене снага или до промене уверења, до саживљења са таквим поретком.

Погрешно је одавна и врло често понављано питање: Иде ли сила испред права или право испред силе?

¹ У свом већ поменутом делу (Sir Paul Vinogradoff. Principes historiques du droit. Traduit de l'anglais. Paris 1924. P. 101) Виноградов (и он сада већ појејни) учинио је велику неправду покојном Гумпловицом, називавши га »модерним обожаваоцем бруталне силе«. Погрешка његова у колико је већа, што од толиких Гумпловићевих дела (Allgemeine Staatslehre, Philosophisches Staatsrecht, Geschichtliche der Staatstheorien, Grundriß der Soziologie, Sociologische Essays, Socialphilosophie, Die soziologische Staatsidee, Der Rassenkampf...) наводи само дело Der Rassenkampf у првом издању (1883. год.), *не цитирајући место, из кога би се такас суд могао извести*. Погрешка је његова тешка и с тога што он зна, да су *наука и морална предика две потпуно различне ствари*. И у његовом делу нашло би се више места, из којих би само лајиц, ограничивши се на та места, и за њега, Виноградова, и са исто толико разлога, могао рећи да је »обожавалац бруталне силе«, каквим је епитетом он почаствовао пок. Гумпловицу. Такво је једно већ цитирano место о изванправној санкцији (Прим. 15) под називом Разлика и сличност између правних и моралних правила). Такво је, поред осталих и следеће, које је у ствари потпуно тачно: реализација права »зависи у крајњој линији од фактичних услова и од расподеле постојећих снага« (р. 106).

Имам утисак, да поштовани и за Правну Науку много заслужни Виноградов није ни читao Гумпловићева дела, него да га је поменуо по неком необјективном и непријатељском приказу.

² Dr. Ludwig Gumplovic. Поменута дела. Dr. Friedrich Wieser. Das Gesetz der Macht. Wien 1926.

Dr. Чед. Марковић. Законик Хамурабиа. Београд 1926. Издавачка Књижарница Геце Коне С. 6, 29, 30.

Са гледишта постјања позитивног права, одговор је несумњив: Сила ствара позитивно право и, у том смислу, сила иде испред права.³

³ Wilhelm Sauer. Philosophie der Zukunft. Zweite Auflage. Stuttgart 1926. S. 365, 366. »Културно, социјално-философски, јуристички основни закон гласи: вредност ; историјско-социолошки : сила (Macht). У свету чињеница одлучује сила, у свету норми, напротив, вредност. Под паролом »сила или право« распамтила се страсна прецирка међу странкама, та је парола загрејала духове, али је разјашњење изостало. Вишесличарске странке заступале су принцип силе : највише развијање моћи државе. Бизмарт и Ниче, међу собом тако различни, отеловили су чисту мисао силе. Међународно право засновано је на принципу силе ; његов правни карактер је оспорен, победоносан рат објављен као социјални идеал. А заступници правног становишта исмејани су као идеалисти и сањалице. Сила треба да је пресудна у животу појединача као и народа. »Право је сила« или »сила иде испред права«. — У овом збуњујућем говору много је тачног, али тачног само са историјско-социолошког становишта, нетачног са нормативног становишта. Спор је, дакле, решљив само за философију померања становишта и промене погледа (für die Philosophie der Standpunktverschiebung und Blickänderung). Ко чињенице хоће да опише, мора доћи до признања принципа силе. Без сумње, не остварује се увек оно што је право и добро, не увек вредност и култура ; ко то спори, затвара очи пред стварношћу. Сила се про- бија, а она се не мора нужно поклапати са вредношћу. Победа силе једнака је по значају са развијањем, са чињеницом. И стога је закон силе (das Gesetz der Macht) само један особени изражај историјског и социолошког основног закона, само наличје закона сазнања истине ; стога принцип силе радо заступају људи који у »стварности стоје«, који »рачунају са чињеницама«, који живот узимају такав какав је, док принципу вредности, природно, други нагињу, мислиоци, напредњаци и поправљачи света, то не морају бити само сањалице и фантасте.

» Оправдана су оба становишта, становиште силе и становиште вредности : оправдана су оба правца погледа, оздо навише у систему, као и обратно. И кад смо до сада у овом делу главно интересовање обратили мисли вредности и културе, то не значи, разуме се само по себи, да не признајемо гледиште силе и често смо га истицали. У животу, као и у природним догађајима, одлучује сила, то није »случај«, него, као и вредност, један закон, закон чињенице, закон снаге. У животу увек одлучује већа снага, спољашња или унутарња, или обе. Одлучује снага тела и мишља, издржљивост, здравље. У животу заједнице не одлучује »општа воља«, не што је могуће већа сагласност (тако звано »јавно мишљење«), не већина, не предање или »традиција«, — све су то обрти или огрубљене мисли норме, права или морала (der Sitte) ; у заједници одлучује сила или бар пробуђеност осећаја силе, вера у њу, страх од ње ; одлучује вођство, од њих више боље, пре јаче, оно које тешње и дуже везује. Општа воља није воља заједнице, јавно мишљење није право мишљење оних које вође заступају, воља странке није воља чланова странке, у свима случајевима такође ни гледиште већине или чак претежне већине. — Ко би то мислио, меша чињеницу и конструкцију, на место стварности ставља Као да (Alsob). У свима случајевима одлучује само једна мањина, не ретко једна незната на мањина, каткад одлучује само један. Такође и у демократијама, у областима морала и јавног мишљења тако је. А ко су вође ? Они који знају да развију највећи утицај : час штампа, час велики капитал, час раскош и сјај, час јача плућа, час јача рука, — свакако сви за којима маса јури ; а маса се управља по моди као помодарка, и покреће се према ветру као справа за показивање ветра. То је историјско-социјолошки закон (Grundgesetz) у емпиричкој боји : Modedame, Wetterfahne.

»А то је сазнање, то је истина. Молткејова горка реч »успех има судећи глас« (der Erfolg hat eine richtende Stimme), погрешна је у формулисању, јер успех не сме никад »судити«, судити сме само вредност. Али историјско-политички схваћена садржи тачну мисао : успех одлучује о будућности (*über den Werdegang*) једног народа, не право, не стварна културна вредност. Да, о самом праву одлучује успех — наиме са историјско-социолошког становишта : револуција може створити право. Човечанство је то често доживело ; та је истина несумњива. Чувар старог права може јуристички осудити овај начин образовања

Кад је већ силом створено позитивно право, као израз уверења или воље јачих о односима међу члановима заједнице, онда се та стваралачка сила ставља у службу томе и таквом праву⁴ и врши потврђеном (постављеном) реду, само се сада назива заштитом права или правном силом, а свака друга њој противна сила, као и она сама, кад се врши противно или не врши саобразно постављеним правилима, назива се противправном, безакоњем, насиљем, безвлашћем, самовлашћем или просто силом⁵.

Законитост је поредак у коме власти поступају по законима⁶, а ови су, и онда кад су и у колико су неправедни⁷, »интелигенција без страсти⁸«.

новог права, тада он изриче суд вредности са темеља старог права, заузима друго становиште и окреће поглед на другу страну, али чињеницу не може оспорити. И право мора имати силу, ако ће да постоји, као све у свету. Успех не судећи, али фактички одлучујући глас.

⁴ Ernst Immanuel Bekker. Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung. Berlin 1910. S. 109. »Право је поредак већ задобијене моћи (der Macht) и заштита тога поретка против повреда (Strörungen), како их свакодневни живот собом доноси«.

жivot собом доноси». Wilhelm Sauer. Grundlagen der Gesellschaft. Eine Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie. Berlin — Grunewald 1924. S. 473. »Држава сиље (Der Machtstaat) није заштита слабих и чувар правде, него баш заштита јаких, одржавање сиље, обезбеђивање садашњег стања... Јер какви су људи, они се никад не могу ликвидити принудне сиље, какву само држава својом моћи и својом себичношћу може пружити«.

може пружити«.

5 Рудолф фон Јеринг. Циљ у праву. П. д. I. С. 242—249. »У појму норме као такве лежи једино то да је она обавезна само за онога на кога је управљена, а никако да и свога аутора обавезује. У том правцу, т. ј. у погледу на њену апстрактну важност, она увек зависи од његове воље — нема ниједног закона који је непроменљив. Али друкчије стоји он наспрам норме, докле она важи, т. ј. у погледу на њену примену. Намера, у којој ју је он издао, може дотле ићи да се он уздржава од сваког мешања и пачања у исту, да, дакле, и он сам хоће да је поштује. У том случају, кад је он признаје и за себе самог, називам је двостраном обавезном нормом. Такав је облик норме у уређеном правном поретку, онде где владају закони. Једнострano обавезна норма — за оне којима се заповеда а не и за онога који заповеда — јесте облик права наступњу деспотије... (Ту се све објективно право, тачно примећују неки аутори, састоји из једне једине норме — правила : quod principi placuit legis habet vigorem ... што власталац хоће има силу закона. Ч. М.).

»Такво стање, у коме место закона случај влада, називамо у области права самоволом, и изричено над њим морално проклетство.

»Право, у потпуном смислу те речи, јесте, дакле, двострано обавезана сила закона, сопствено потчињавање државне власти законима које је она сама издала ...
... негази ради против закона, али не самовољно

»Поданик, који закон погази, ради против закона, али не самовољно. Самовоља је неправо претпостављених, она се разликује од неправа потчињених тим што има силу и власт за се, док их право потчињених има према себи... Као што ни сенке није било пре светлости, тако ни самовоље пре правака.«

⁶ Rudolf Stammler. Wirtschaft und Recht. II. d. S. 473—507. »Критеријум за разлику између права и самовоље (Willkür) јесте обавезност заповести. Право постоји, кад су заповешћу, докле постоји, обавезни и заповедник и они којима је заповеђено, самовоља — кад заповедник заповешћу није обавезан, кад од ње гове воље зависи, хоће ли или не по њој поступити.

»Против моје дефиниције права (неповредљиво суверено обvezујуће хо-
тење — unverletzbar selbstherrlich verbindendes Wollen), које се од самовољне при-
нудне заповести разликује само неповредљивошћу за време свога постојања,

Једном већ створено, позитивно право мења се (замењује другим, укида) или *правно* (законски, легално), на начин предвиђен (одређен прописан, уобичајен) самим њим, или *противправно*, илегално, насиљно (државним ударом, револуцијом, ратом). »Повреди ли закон појединац, учинио је деликт ; кад то учини њих хиљаду, побуна је, кад га повреди сто хиљада — револуција, и гомила, ако је довољно многобројна, у самој својој снази први једно право изнад све легалности, јер мисли да у себи носи нову легалност⁹«.

Најкоренији преокрети у државном правном поретку (свежедно да ли прогресивно или регресивно, и без обзира на факторе који су их изазвали) вршени су и врше се насиљно. Ниједна држава (у данашњем смислу државе) није друкчије постала. Историја је преобилна примерима, а и садашњост није оскудна. Будући да је један поредак користан онима који су га створили, односно онима који временом ступе у њихов положај заповедника и власника, он се никада не би мењао, кад би промена зависила од њихове добре воље и сентименталности према правничности.¹⁰ »Људи не црвене

може се приговорити, да према појму права не би било никакве објективне сигурности против његове произвољне промене.

»На то одговарам, да такве сигурности заиста нема...«

»Правна правила могу истаћи захтев, да, докле постоје, не буду вређана : да буду неповредљива, докле не буду замењена другим правом. Тиме се довољно разликују од простих заповести, којима сам заповедник неће да буде везан«

⁷ Summa lex saepe summa iniuria.

Књиге пророка Исаија. Тешко онима који постављају законе неправедне и који пишу неправду, да одбију од суда убоге и да отимају правицу сиромасима народа мојега, да би им плен биле удовице и сироте грабеж.

⁸ Aristote. La Politique. Traduction française. Paris. Librairie Garnier Frères. »Тако, кад се хоће да закони заповедају, то је хтети да заповедају једино бог и здрав разум ; али кад се супериорност да човеку, то значи дати је истовремено и човеку и животињи. Жеља има нечега бестијалног ; страсти квари, изопачује најбоље магистрате и најбоље људе ; интелигенција без страсти, то је закон...«

»Има закона са више авторитета и већег значаја но што су писани закони : то су закони засновани на обичајима.« —

По Тациту, код Германа више вреде обичаји, него код других народа писани закони (plus valent ibi mores quam alibi bona leges).

⁹ Jean Cruet. La vie du droit et l'impuissance des lois. Paris 1918. P. 218.

Vilfredo Pareto. Traité de Sociologie Générale. П. д. Volume II P. 1376. »Није довољно рећи, као што многи чине, да је злочинство оборити сваку легитимну владу, јер би онда требало дефинисати, шта је легитимна влада. У истини, од Луја XVI до Наполеона III, и од Наполеона III до Републике, непрекидно су следовале владе које су долазиле обарањем постојеће владе, тако зване легитимне, и које су, по том, тврдиле, да су исто тако легитимне и још легитимније...«

¹⁰ Rudolf Stammler. Wirtschaft und Recht. П. д. S. 502—510.

Dr. Чед. Марковић. Правна Свест. Београд 1921. Издавачка Књижарница Геце Кона. С. 18—21.

François Gény. Science et Technique en droit privé positif. Première partie. Paris 1922. P. 114, 115. »По сведоцби искуства, најодлучнији прогреси цивилизације и права стечени су само по цену револуцијак.

Vilfredo Pareto. П. д. Volume II P. 1404, 1405. »Ко би тврдио, да је промена увек штетна, да је стабилност највеће добро, требало би, следствено, да буде спреман да докаже : или да би било корисно, да су људска друштва остала у

да на друге примењују оно што не сматрају ни праведним ни корисним за себе« (Аристотел).

Можемо бити незадовољни тим стањем ствари, може нам оно причињавати душевни бол »вишег« и »разумног бића«, може се рећи: са софистима, да онда права у опште и нема ; са Аристотелом и другима, да за себе нема и право онај који има силу ; са Дигием, да није вредно ни један тренутак учити право, ако је оно сила, — али, са становишта позитивног права, онога које у једној држави (и међу државама) важи и по коме се »правно« расправљају људски односи, нема нам другог одговора : *сила сама собом није право, али она, физичка и морална, ствара позитивно право, она га одржава и она га мења.*

О неком праву поједињих људи или људских група, које би они имали да, пре, изван или против већ постојећих правила позитивног права, стварају нова, не може бити ни речи са становишта позитивног права : како по томе, што се позитивним правом назива скуп извесних већ постојећих, већ створених људских правила, тако ни по томе, што тада не би било апсолутно никакве разлике између силе и права. Тврдећи, у своје време, да своју власт доводе од божанства, властодрžци и законодавци (Хамураби, Мојсије, Нуја Помпилије...) самим тим признавали су, да законе *не дају по неком свом праву*, него по праву неке више силе, и по праву које имају од ње.¹¹ »Моћне је од увек одржавала глупост масе« (Паскаљ, Шилер) и *потребе ове да буде вођена.*¹²

стању варварства, или да се је прелазак из тог стања у садашње цивилизовано стање извршио или би се могао извршити и без револуција...

»Не може се тврдити у опште, ни да је стабилност увек корисна, ни да је промена увек корисна. Треба испитати сваки посебан случај, ценити корисно и штетно, и видети да ли корисно премаша штетно и обратно.«

Leonard Nelson. System der philosophischen Rechtstheorie und Politik. Leipzig 1924. S. 571. »У ствари : Иста партија, која је у име права на револуцију оборила аутократу, не може, кад је већ дошла на власт, вршити ову у име никаквог другог права до истог права, да влада, које је оспорила обorenom режиму, — истог права, на које се је онај позивао као на право против револуције и које се од сада појављује у новом kostimу : као право против — противреволуције. Оно је — ако у опште такво постоји — исто право на власт (владање), које се у руци за власт бореће се партије назива »право револуције«, у руци победоносне партије, напротив, »право владе«. И оно је — ако у опште такво постоји — исто право на власт, које се у устима оне зове »право против револуције«.

J. Makarewicz. Einführung in die Philosophie des Strafrechts. Stuttgart 1916. S. 118. »У средини између политичког злочина и политичког херојског дела стоји — успех.«

Dr. Harald Höffding. Ethik. Leipzig 1901. S. 527. »Позитивна законска одредба може изгубити свој етички карактер не само тамо где влада деспотизам, него и тамо где влада тромост у име права. Позитиван закон може бити сметња поретку који захтева етички закон, а задовољење етичког поретка не мора чекати да се важеће право бољим поретком замени путем који су прописали државни закони. У свакој напредној реформацији и револуцији наступа етички пробој, који разбија ограде позитивног закона. Под обичним приликама, етички закони могу на тих и миран начин прећи у облике позитивног права, али се може накупити толико етичке експанзивне снаге, да магновена експлозија постане нужна. Даље, конфликт ће наступити, и то као етичка нужност, не само кад позитивно право стоји врло ниско, него и онда кад етички закон стоји врло високо.«

Природно право.

Неодређеност појма »природно право« јавља се већ са првим познатим противстављањем истога позитивном праву, и толика је, да није претерано рећи:

*Под природним правом разуме ко шта хоће.**

1. Подела на друштвене (конвенционалне) и природне законе, у смислу позитивног и природног права, датира од грчких мислилаца названих софистима.

»Полазна тачка морала као и политичке софиста јесте основно разликовање, које чине између природе и обичаја (*coutume*). Супротност између природних закона и друштвених закона, коју је изрично проглашавао Хипиас, поновили су истим изразима сви софисти, али сваки је интерпретира на свој начин. То је с тога што ништа није тако неодређено као »природа«, а софисти су пропустили да је дефинишу. Најбољи смишо, који се има дати тој речи, без сумње је смишо разума, који смишо та реч узима доцније у речнику Сократа и софиста. Изгледа да је тако схвата већ Прата-

¹¹⁾ Victor Cathrein. Recht, Naturrecht und positives Recht. Freiburg im Breisgau. 1909. S. 254, 261. »Откуда људско друштво или људска власт (*Obrigkeit*) узима право да нас обвеже? Одговор може само гласити: Сама природа или творац природе даје јој то право...«

»Ко на крају неће да се ослони на природно-правне принципе, тај доследно мора самовољу и физичку надмоћ подићи на крајњи извор права.« —

Аутор, један од најистакнутијих преставника католичке правне философије, мисли да је ту консеквенцу избегао, кад је на место самовоље или физичке надмоћи ставио природу или њеног творца. Зар самовоља и физичка сила нису у природи (зар нису природне), и зар се аутор није могао одлучити: или за природу или за њеног творца, ако су му то два различна појма? Заронити главу у песак, попут ноја, не значи избећи опасност, у овом случају — избећи непријатну истину за поборника »природног« права, онога које искључује силу у стварању, одржавају и преобрађују права.

¹²⁾ Wilhelm Sauer. Grundlagen der Gesellschaft. П. д. S. 213. »Вође су они који а) имају највећу моћ у заједници и б) на чланове заједнице најбоље (у смислу тога положаја моћи) умеју да утичу.

»Вође треба да буду они који

а) имају највећу вредност за заједницу и

б) на чланове заједнице умеју (у смислу те вредности) да утичу.«

* S. Raffalovich. Bentham. Principes de législation et d'économie politique. Paris. P. 75—79. »Примитивни смишо речи закон, јесте вулгарни смишо, јесте волја законодавца. Природни закон је фигуративан израз; природа се замишља као биће, приписује јој се овака или онака диспозиција, која се фигуративно назива закон...«

»Што има природног у човеку, то су осећаји патње и задовољства, то су склоности... Треба правити законе баш ради тога да се те склоности субдију. Место да се (склоности) сматрају као закони, треба их потчинити законима... Кад би постојао природни закон, који би све људе упућивао на њихово опште добро, закони би били бескорисни. То би значило употребити треску да се подупре храст; то би значило упалити свећу да се појача светлост сунца...«

»Не може се резоновати са фанатицима оружаним природним правом, које сваки разуме како му се свиди, примењује како му конвенира... Место да се закони испитују по својим дејствима, место да се цене као добри или рђави, приврженци природног права посматрају их у њиховом односу према тобожњем природном праву, т. ј. они резоновању искуства супституишу свакојаке шимере своје маште.«

гора кад каже, да је природа свима људима дала осећај праведног и неправедног, и кад политичку једнакост заснива на тако постављеној једнакости. Тако је, изгледа, још схватају Алцидам и Лив кофорон, кад означавају као противно природи: један разлику, коју друштвени закони постављају између слободног човека и роба, други разлику, коју предрасуда поставља између разних класа грађана¹.

Римски правници говоре о природном праву, ономе коме природа учи сва жива бића (*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*), о праву народа (*ius gentium*) — она друштвена правила која истовремено постоје код свих народа (*quo omnes gentes utuntur*), и, најзад, о грађанској праву (*ius civile*) — ономе које важи само за римске грађане.

Учење о природном праву као производу разума (*рационализам*) достиже, са истом неодређеношћу,² врхунац у 17. и 18. сто-

¹⁾ Paul Janet et Gabriel Séailles. П. д. Р. 396.

Alfred Fouillé. Histoire de la Philosophie. Dix-septième édition. Paris 1926. Р. 151. 152. »На истом том принципу разума, који истовремено конституише човека и универз, Стоицизам поставља своју теорију природног права. »Правна наука, вели Цицерон у првој књизи »De legibus« инспиришући се Стоицизмом, не излази из преторских едиката или из закона дванаест таблица, него из самог основа философије: *ex intima philosophia*; а филозофија нас учи, да у свима људима има један заједнички разум; тај разум је закон. То је неписани закон, о коме је говорио Сократ, закон, који је рођен са нама и у нама, који нисмо примили ни научили, који није други у Атини, а други у Риму. За Стојика је право право (*le vrai droit*) еманација тога истинског закона. Право је универзални разум. Оно је старије и више од законодавства, која га усвајају, али га не стварају. Правда не почива на народним установама и законима. Ако би воље народа, или великаша, или краљева одређивале праведно и неправедно, оне би могле учинити праведним плачку, браколомство, кривоклењство; шта мари, ако је тиранин један сам човек, више њих или сви? Што је неправедно, остаје неправедно, а тамо где нема правде, нема права: »*Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius*«.

»Робови! узвикује Сенека; боље реци људи. Робови! реци другови. Робови! реци компањони ропства... Онај, кога називаш робом, рођен је исто тако (*de la même semence*) као и ти, ужива исто небо, дише исти ваздух, живи и умире као и ти.«

²⁾ Ludwig Gumplowicz. Geschichte der Staatstheorien. П. д. S. 102. »Тома Аквијански (1227.—1274.) налази, да је биће права разум, али како је, као што је познато, »разум врло растегљив појам, и све могуће може бити право. — S. 177. Hugo Grocius (1583.—1645.). Јудском разумом одговарајуће стање за заједницу јесте извор права разума или природно право. То је право тако непроменљиво, да га ни сам Бог не може променити. — S. 197. Hobbes (1588.—1679.). У природном стању, саможивост је једини покретач делања и с тога влада борба свих против свих. — S. 211. Spinoza (1632.—1677.). »Под правом и уредбом природе не разумем ништа друго до природни правила сваке поједине индивидуе, која (правила), по нашим појмовима, индивидуу природно одређују, да на извесан начин постоји и дела. На пример, рибе су од природе одређене да пливају, да велике пројдиру мање... Јер је извесно да се право природе (природно право) протеже таман толико, колико њена (индивидуе) моћ... Природно право сваког човека не одређује разум него пожуда. — S. 228. Don Locke (1632.—1704.). У природном стању влада »природни закон здравог разума«. Овај учи све људе, који хоће да се поуче, да, пошто су сви једнаки и независни, један другоме не треба да штете.«

Jean Jacques Rousseau (1712.—1776.), који је, како се тврди, имао врло велики утицај на постанак француске декларације права човека и грађанина, конфузан је, и, у свом толико чуvenом делу *Du Contrat Social*, пре спори, изгледа

ми, но што заступа природно право : »Човек је рођен слободан и свуда је у оковима... Социјални поредак је освештано (*sacré*) право, које служи за основу свима другима. Али то право не долази од природе ; оно је засновано на конвенцијама (уговорима).

»Најстарије од свих друштава, и једино природно, јесте друштво породице. Деца су везана за оца само докле је потребан да би се одржала. Чим та потреба престане, природна веза испчезава. Деца ослобођена дужности, коју су дуговала оцу, отац ослобођен старања, које је дуговао деци, сви подједнако постају независни. Породица је, ако се хоће, први модел политичких заједница ; шеф је слика оца, а сви, будући рођени слободни и једнаки, своју слободу отуђују само за своју корист... Сила је створила прве робове ; њихов кукавичлук (*lâcheté*) их је перпетуирао.

»Јачи није никад доволно јак да увек буде господар, ако силу не преобрati у право, а послушност у дужност. Отуда право јачега, право узето иронично по изгледу, а стварно постављено као принцип. Али зар нам се никад неће објаснити та реч. Сила (*la force*) је физичка моћ (*puissance*) : не видим, каква моралност може резултирати из њених последица. Попустити сили, акт је послушности, невоље ; то је, највише, акт мудрости. У ком смислу може то бити дужност ? »Прелаја из природног стања у грађанско стање производи код човека врло значајну промену, постављајући у његовим понашањима *правду на место инстинкта* и дајући његовим радњама *моралност, која им је (људима) раније оскудевала*. Тада је само глас дужности следовао физичком нагону и право апетиту, човек, који је дотле водио рачуна само о себи, види се принуђен да поступа по другим принципима и да консултира свој разум пре него што послуша своје склоности...«

»Што је саобразно реду, јесте то по *природи ствари* и независно од људских конвенција. Сва правда долази од Бога, једино је он њен извор ; али кад би умели (могли) да је добијемо са толике висине, не би нам били потребни ни влада ни закони. Без сумње, постоји правда која произлази из *самог разума*, али да ту правду примишмо, треба да је узајамна. Јудски посматране ствари, због *оскудице природне санкције закона* правде су узакудни међу људима ; они само чине добро рђавога и зло праведнога, кад овај по њима поступа према свима, а нико по њима не поступа према њему.«

Alfred Fouillé *La science sociale contemporaine*. Cinquième édition. Paris 1910. P. 6, 13. »Теорија социјалног уговора, добро интерпретирана, не посматра држа ву такву какву је била него такву какву може да буде и треба да буде...«

»Друштво само треба посматрати са гледишта чистог права, као уговор о удружењу.«

Alfred Fouillé. *Histoire de la Philosophie*. II. d. R. 389. »Хтели су да Русовљеве доктрине учине одговорним за злочине терора. Ево, напротив, како Русо унапред осуђује тај режим : »Нека нам се каже, да је добро да један сам човек пропадне за све, дивићу се томе суду у устима часног и врлог патриота, који добровољно иде у смрт за спас своје земље ; али ако се мисли, да је влади допуштено да жртвује једног невиног човека за спас множине, ту максиму сматрам за најодвратнију од оних које је тиранија пронашла... Далеко од тога да један треба да страда за све, сви су ангажовали своје животе и своја добра за одбрану свакога од њих, да би појединачна слабост увек била заштићена јавном силом и сваки члан целом државом. Пошто би, рецимо, издојили из народа једну индивидуу за другом, потражите од партизана те максиме да боље објасните, шта разумеју под државом, и видећете да ће је на крају свести на један мали број људи, који нису народ него слуге народа.« (*Article Economie politique dans l'Encyclopédie*).«

Vilfredo Pareto. P. d. Volume I. P. 225—246. »Гроције вели : »Да се почне са правом, оно се састоји у извесним принципима здравог разума (*De la Droite Raison*), по којима познајемо, да ли је нека радња морално часна или нечасна, са нужном сагласношћу (*convenance*) или несагласношћу са Разумном и Друштвеном Природом ; и следствено да Бог, који је творац Природе, наређује или забрањује такву радњу...«

»То је увек начин дефинисања једне непознате другом непознатом. Од природних закона упућују нас на оно што је часно ; од онога што је часно на *convenance*, и да не водимо рачуна о тој фамозној разумној природи, коју дољно не разликују од оне која то није !... Да се сазна здрав разум, шаљу нас природи ствари, а да би сазнали природу ствари, шаљу нас здравом разуму.«

лећу (*школа природног права*) и озакоњава се декларацијама права човека и грађанина.³

Потискује га учење о праву као производу народног духа формираног променљивом историјом народа (*историјска правна школа*)⁴, али се оно ипак одржава код већине савремених преставника Правне Науке : код једних, па код неких и од оних, који га споре, прећутно — под видом позивања на »природу ствари«, или у опште на »право«;⁵

³ У Уставу Пенсиљваније (северо-америчке државе) од 4. марта 1776. год. каже се : Сви су људи на исти начин слободни и независни рођени и имају извесна *природна* сама по себи важећа и неизменљива права.

По Уставу Виргиније (такође северо-америчке државе) од 12. јула 1776. год. сви су људи од природе слободни и независни, имају извесна *урођена права*, којих се, ступајући у грађанско стање, никаквим уговором не могу одрећи, а још мање на штету својих потомака.

Та су права : право на слободу, право својине, најзад право да теже за срећом и за благостањем. Свака влада постоји само за добро народа. Најбољи облик владавине је онај који најбоље служи томе народу и који пружа највеће гарантије против рђаве управе. Чим једна влада не одговара тим својим задацима, већини заједница стоји незастариво и неопозитивно право, да исту реформира, измени или уклони, на сваки начин, који је погодан за јавно добро. —

Видети цитат из француске декларације права човека и грађанина, под насловом Циљ човека и заједнице.

Alfred Fouillé. *Histoire de la Philosophie*. II. d. R. 391. »Француска философија 18. столећа резимирала се у Декларацији независности Сједињених Држава и у Декларацији права човека. Њој се дугују велике моралне и социјалне реформе, које су у свет уведене француском револуцијом. Што се тиче експреса и злочина ове револуције, они нису били примена, него, напротив, најфлагrantнија повреда принципа, које је философија поставила.«

⁴ Friedrich Karl v. Savigny (1779.—1861.). *Über den Beruf unser er Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* (1814.). Nachdruck nach der dritten Auflage. Freiburg i. B. 1892. S. 5—9. »Где први пут налазимо изворима потврђену историју, грађанско право већ има један одређен карактер, својствен народу као и његов језик, обичај (*Sitte*), облик управе. Ове појаве немају посебно биће, оне су само појединачне снаге и делатности једног народа, у природи нераздвојно везане и само нашем посматрању изгледају као посебна својства. Што их спаја у једну целину, јесте заједничко уверење народа, исти осећај унутарње нужности, који искључује сваку мисао на случајно и произвољно постајање.«

»Како су постале ове функције народа, којима су они сами постали индивидуе, на то питање не може се одговорити на основу историје. У првом, изворима потврђеном стању грађанског права, оно живи као језик у свести народа. Право расте са народом, преображава се са њим и најзад изумира, чим народ изгуби своје особености. Али ово унутарње напредовање има, и у времену културе, велику тешкоћу за посматрање. Ово нас води новом гледишту на развијање права. Код више културе, наиме, све се више одвајају делатности народа, и што је иначе пословано заједнички, сада врше појединачни сталежи. Као један такав сталеж појављује се и правници. Право се сада образује у језику, узима научан правап, и као што је рађено живело у свести народа, сада припада свести правника, који у тој функцији престављају народ. Биће права је од сада више вештачко и замршеније, будући да има двојак живот, с једне стране, као део целог народног живота, што не престаје бити, с друге стране као особена наука у рукама правника...«

»Закључак овог гледишта јесте да све право постаје на начин, који владајућа, не сасвим погодна реч означава као обичајно право, то ће рећи да се право ствара прво обичајем и народним веровањем (*мишљењем*), па онда јуриспруденцијом, дакле свуда унутарњим, тихим снагама, не самовољом законодавца.«

G. F. Puchta. *Cursus der Institutionen*. Zehnte Auflage. Nach dem Tode des Verfassers besorgt von Paul Krüger. Erster Band. Leipzig 1893. S. 15, 17. »Јудско право претпоставља заједничку свест као извор. Једно правило је правно

зато што је у заједничком уверењу оних за које важи као тако признато. Право је заједничка воља правних другова. Свест, која чланове једног народа пројима као заједничка свест, која је с њима рођена, и духовно их чини члановима тога народа, једном речи, народни дух је извор људског или природног (насупрот божанског) права, правних уверења, која се у појединим члановима испољавају... Право не ствара држава, она, напротив, претпоставља правну свест, претпоставља право, чија је заштита њен главни задатак. Држава претпоставља право, али му је опет она допуна.

право, али му је онега додука». Rudolf von Jhering. Der Kampf ums Recht. II. d. S. 10—12. »Као теоријско гледиште погрешно, али безопасно, садржи оно (Савињи—Пухтино учење), као политичка максима, једну од најсудбоноснијих заблуда, које се могу замислити, јер на пољу, на коме човек треба да ради, и треба да ради са пуном, са јасном свешћу циља и са напором свих својих снага, тести га тиме да ствари иду саме од себе, да он најбоље чини, ако скрсти руке и у блаженом поверењу сачека, шта ће се постепено на светлост дана појавити из табожијег праизвора права: националног правног уверења... Историјска школа у истини је романтична, т. ј. на погрешном идеализирању прошлих стања почивајућа престава, да се право, слично пољској биљци, ствара без бола, без муке, без дела. Суррова стварност учи нас противном, и то не само мали део исте, који сами имамо пред очима и који нам скоро свуда пружа слику непријатељског рваша данашњих народа, — утисак остаје исти ма где у прошлост да погледамо. Тако Савињевој теорији остаје само преисторијско време, о коме немамо никаквих података... Обавештење документоване историје гласи: постанак права редовно је праћен, као и рођење човека, јаким порођајним боловима.«

⁵ Victor Cathrein. П. д. S. 219, 220. »Бергбом (Bergbohm. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. 1892.) поставио је себи задатак, да код новијих правних филозофа и правника потражи природно-правне трагове и да докаже, да и они који речима побијају природно право фактички су му одани (huldigen) и не ретко се на исто насллањају. И доказ му је потпуно успео. Из свих културних земаља приводи многобројне сведоце, па вели : »Вера у природно право изван позитивног права још није изумрла, него је, напротив, у пуном цветању ... Хидри је одсечена једна глава — на њеном месту израсло је десет«.

»Из те чињенице Бергбом изводи »озбиљну дужност«, »да се борба против одавна потцењиваног непријатеља сваке здраве правне науке најзад предузме и најенергичније спроведе«, и да се »коров природно право« без поштеде »истреби«.

»Ми не мислим да је он своју намеру постигао; његово богато дело пре може послужити као потпора природног права... Подмукла иронија судбине је хтела, да један новији учитељ права (Neukamp, Einleitung in eine Entwicklungs-geschichte des Rechts S. 29, und Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I. 548 A. 12 und S. 207 unten) код Бергбома открије исту погрешку, коју Бергбом другима пребапује. Најкamp мисли, наиме, да је и Бергбома ухватио на при-родно-правним стазама«. —

Колика пометња још и данас влада у употреби речи »право« у опште, т. ј. без икаква атрибута, и од стране најистакнутијих преставника савремене правне науке, показује, на пример, и Henri Capitant. У свом делу *Introduction à l'étude du Droit Civil* (Quatrième édition. Paris 1923.), на страни 34. и 35. вели, да је »илузија природног права несумњива и као таква признати је данас од свих (?) аутора«, а већ на страни 66. пише: »Само у случајевима у којима може бити конфликт, супротности између приватног интереса и општег интереса, законодавац има право да изда наређења, која се, ма да регулишући однос између појединача, намећу њиховој вољи.«

»Законодавац има право!«! Какво и од кога? И кад законодавац у тим случајевима »има право«, ко му га и на основу чега забрањује у другим случајевима? —

Исто тако Жез (G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*. 2. éd., 1914. p. 108-131. Наведено код François Gény. *Science et Technique*. П. д. IV. P. 235), који спори природно право, вели: »ако је Парламенат изнад закона није изнад права? Ког права?

Објашњење за ту недоследност можемо наћи само у *идеји права*, замисли о праву какво треба да буде и које служи за оцену или мерило позитивног права, будући да та оцена може бити само изван онога што се цени. Можда је то само

код мањег броја свесних приврженика изрично. Но и код ових појам природног права је и сувише неодређен. Тако, природно право је: универзални и непроменљиви принцип људског разума⁶, одговара природи човека и природи ствари;⁷ универзално, нужно, непроменљиво, важи за све људе свих времена и свих земаља, његове основне норме јесу: треба свакоме дати што је његово и не треба никоме да чиниш неправо;⁸ природно право је непосредно из осећања повреде црпљено право.⁹

други назив за оно што једни називају природним правом, *неодољив утицај непомирљивости са поретком* који постоји и замисли о другом бољем.

Тако, на пример, Гумиловић (Philosophisches Staatsrecht. II. d. S. 149, 150) : »Праву је својствена тенденција, да се од свог творца, државе, све више ослобођава, да се ослободи од њеног утицаја, да, још више, да се према држави испостави као самостална моћ«, или Felix Somlò (II. d. S. 119.) : »у ткају социјалних назименничких утицаја право може постати један од духова, којих се, кад су једном дозвани, не можемо да ослободимо«.

⁶ Rudolf Stammler. Wirtschaft und Recht. II. d. S. 170. »Да се разум почев са рођењем одојчета у природно нужном процесу развија, као пубертет или седа коса, и да онда као »људска природа« постоји равномерно код свих људи, зато не само да оскудева сваки егзактан доказ, него је шта више простијим искуством утврђено противно.«

⁷ François Gény. П. д. II. Seconde partie. Р. 330. »У основу, право остаје битно рационално дело. Фактички такође, пиво све научне елаборације права увек је почивао у разликовању правила од стране разума који посматра живот, одакле произлази оно што се специјалније и прецизније назива природним правом... Р. 416. Ми смо задржали и поставили, у првом реду, битну идеју класичног природног права, јер наше капитално тврђење почива на признању принципа, које разум изводи из природе човека, постављеног према свету, и који се (принципи), према свом пореклу, као и у својој сопственој битности, појављују универзални и непроменљиви...«

8 Victor Cathrein. П. д. S. 13. »Од најстаријих времена, у којима је почело да се философира, до у најновије време било се у уверењу да постоји извесна сума општих правних појмова и правних принципа, који су општи добро свих народа у свима временима и нужна претпоставка и темељ сваког позитивног постанка права. Ти општи појмови и принципи назвати су природно право, и сматрало се за задатак правне философије, да се то природно право свестрано схвати и разјасни у свом бићу, својим основима и својим односима према позитивном праву... Тако историјска правна школа потпуно је прекинута са прошлочију и оспорила биће истинског природног права, које постоји пре и независно од сваког позитивног права. Свако истинско право је (по њој) продукт историјског развића... S. 222—225. Природно право је универзално, нужно, непроменљиво, важи за све људе свих земаља. Основне норме истога јесу: Треба свакоме дати што је његово и не треба никоме да чиниш неправо. Остале норме су оне које се са нужношћу изводе из ових двеју. »Из природног права изводе се сви позитивни закони«. S. 248. Узрок отпадања (des Abfalls) од природног права чини отпадање од Хришћанства, које је (отпадање) у крајњој конвенцији одвело порицању личног Бога. —

Овде је неизбежна напомена: Значи ли, да је природно право »универзално« само у Хришћанству?

Видети цитат аутора овде у прим. 11) под насловом Позитивно право и сила.

⁹ Dr. Ehrich Jung. Das Problem des natürlichen Rechts Leipzig 1912. S. 16, 18, 31, 35, 38, 43, 170, 171. »Откуда долазе одлуке које нису црпљене из досадашњег (aus dem überlieferten) права... Довољна је констатација, да све одлуке (Urteilsprüche) нису изведене из закона, него да многе одлуке (пресуде)

2º Kad se pod правом (објективним) разуме скуп извесних друштвених правила, и кад се ипак говори о неком природном праву, све што можемо констатовати преко трајне замисли о истом (и то је један факт), јесте то да по самој природи или од саме природе међу људима истовремено постоје и односи сарадње (до пожртвовања) и односи утакмице (до уништења), и да је, према томе, природни закон за људске односе истовремено и закон сарадње и закон утакмице, једне и друге на све могуће начине.

Кад се под правом разуме допуштеност или моћ да се што чини или не чини (субјективно право), и кад ту допуштеност хоћемо да доведемо од природе, саобразно је стварности кад кажемо, да од природе свако људско биће има допуштеност (могућност), да чини све што је у стању по својој физичкој и духовној способности и моћи.¹⁰

У оба случаја, природно право као природни закон своди се, реално посматрано, на вољу јачега (»Вук на овцу своје право има«) и, на крају, поклапа се са променљивим позитивним правом, које је, као што смо видели, израз воље јачих. Преко тога, »природно право« спада у област моралисања и идеалисања.

представљају »изрицање права праксе« (*Rechtssprechungen der Praxis*), при чему нас само омот (*Hülle*) тумачења закона, у који се новачења праксе редовно заојевају, више не сме варati. Позивање на правичност не значи ништа друго до обраћање последњем, за сада само осећајно свесном темељу правног осећања... Свуда где пресуда (суд) није заснована на поједином позитивном закону него позивом на саобраћајну потребу, на стање интереса, природу ствари, правичност, правду и т. д., фактички одлучно, прави *ratio sufficiens cognoscendi* јесте у томе што је појединачан исход испитан на најопштијим темељима правног осећања, и ово је одлучило на једну или на другу страну...

»Нужност таквих одлука, код којих се на питање о конкретном праву или неправу мора одговорити без ослонца на историјско предање (случaj такозваних законских празнина : *Code civil Art. 4, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für Kaisertum Österreich § 7*, Српски Грађански Законик § 8. — Ч. М.), дакле први пут (neu) из појединог случаја, чини стално отворен улаз за првобитно, неизведенено, непосредно из осећања прпљено право, за природно право, које важи у тој заједници, јер одређени луди са извесним урођеним или стеченим особинама, који заједно живе на једном одређеном економском и општем културном ступњу, у тим и тим случајевима један од другог захтевају извесну меру узајамног обзира; за оно природно право, које, дабоме, није стајало од почетка написано на зvezдама, које, такође, није божанским прстом усађено у људска срца, али које се морало развити из заједничког њиховог живота и узајамног утицаја људи који живе у једној заједници.

Julius Binder. П. д. S. 759. »Тиме Јунг утврђује емпиричко важење тога природног права, али и превиђа да тиме проблем природног права још није схватио, да излаже само проблем позитивног права и техничке јуриспруденције, наиме проблем попуњавања тако званих празнина у праву. Али откад је Кант своје природно право, не водећи рачуна о »емпиричким принципима позитивног права«, учинио простом нормом оцене за позитивно право, за правног философа не може бити сумње, да важност тога природног права има искључиво идејно значење, и у толико римски (италијански) правни философ Del Vecchio учи правилно, да је реалитет природног права надемпирички, а не онтологшки«.

¹⁰ Alfred Fouillé. Extraits des Grands Philosophes. Neuvième édition. Paris 1926. P. 187. Хобес: »У природном стању допуштено је свакоме да чини све што му је по вољи.

»Први и основни закон природе је да треба тражити мир, ако се може имати, а тражити помоћ од рата, ако је немогуће имати мир.«

Учење о природном праву у смислу једнакости свих људских бића имало је и свога оправдања и благотворног дејства као реакција против неједнакости створених и одржаваних позитивним правом, али је лишено сваке реалности, у колико је се под њим преко замисли, жеље, идеала¹¹ о томе какви би могли и требали да буду људски односи, на место оних какви су по позитивном праву, разумевао један тачно одређен поредак, који би већ до сада владао у сва времена и код свих народа.¹²

¹¹ Alfred Fouillé. L'idée moderne du droit. П. д. Р. 297, 384. »Илузијом, која је општа целом 18. столећу, о тобожњем природном стању, овде се је помешао циљ са полазном тачком, будућност са садашњошћу, идеал са стварношћу ; не рађамо се слободни и једнаки, рађамо се да будемо слободни и једнаки. Да је слобода и једнакост саобразна правој природи човека, то је неоспорно ако се прими са Аристотелом, да је истинска природа једног бића у вишем циљу коме аспирира, а не у његовом садашњем несавршенству ; да је природа, на пример, једног дрвета, да достигне пуноћу свога развића и да се издигне према небу ; да је природа једне животиње да реализује лепоту свога рода ; да је природа човека да буде сјајна интелигенција и пуно активна воља. Али ако су слобода и једнакост циљ природе, они нису стање природе...

»Видели смо, право, нарочито такво како га је представила демократска философија у Француској, са научног гледишта је само идеал... Погрешка ове философије, постављајући га одмах као актуелну реалност, била је у томе што није имала доволно јасну свест о свом властитом идеализму. Она је непрестано говорила о природном праву, док је требало говорити о идејном праву, јер природа не познаје право, и право се јавља само у људској мисли. Ова несавршенства теорије повукла су практичне погрешке... заборав реалности, природе, историје ; тенденцију, да се будућност пројцира у садашњост или у саму прошлост, и да се се зброва оно што ће бити са оним што је било ; ексклузивну љубав за декларације принципа и занемареност примена, претерано ниподаштавање интереса и сile, тих нужних органа права ; укратко — експеси ентузијазма удруженци са оскудицом позитивног духа.«

Jean Lagorgette. П. д. Р. 94, 97.

Alfred Fouillé. Extraits. П. д. Р. 168, 169. *Montaigne*; »Ништа није подложније непрестаној промени (agitation) ио што су закони.

»Шта ће нам рећи, у овој ствари, философија? Философи су интересантни, кад, да би дали неку извесност законима, веле да има неких који су утврђени, вечни, непокретљиви, које зову природним... Јер оно што би нам природа била у истини наредила ми би несумњиво следовали општом сагласношћу... Ништа нема у чему би свет био тако различан као у обичајима и у законима...«

»Ништа није тако одвратно замислити као што је — јести свога оца. Народи, који су у старо време имали тај обичај, сматрали су га као израз поштовања и љубави.«

¹² Dr. Theodor Sternberg. Einführung in die Rechtswissenschaft I. Methoden und Quellenlehre. Berlin und Leipzig 1920. S. 15, 16. »Раније је као идеал Правне Науке важила таква наука, која би пронашла »право по себи«, т. ј. која би на путу чистог (природно-законском или разумно-очигледном) саглавија открила право, које се са природно-законском или разумно-очигледном саглавија открила право, које се са математичким правилима налази у природи ствари и које је с тога позвано да вечно важи владајући светом (природно право). То је, разуме се, бескрајно привлачна мисао ; а супротна мисао, да је данас право што сутра може бити неправо, или да је код нас право што је у суседној земљи неправо, понекоме изгледа несносна и разорава му веру у право у општи. Па ипак је мисао о природном праву противречност у себи. Јер право, као оно што би требало да буде, као унутарње и лично човеково, као морално, не може бити у природи као нешто што се може сазнати, него може бити само дело духа, створено у вољи. На оно што постоји, на појаве природе, никад се не могу применити судови добар и рђав, прав и

3º Првобитна мисао о природном праву нити је била, нити је код поборника природног права и доцније могла бити, да су сви људи фактички једнаки, него је била, и као таква претходила је хришћанском учењу,¹³ да од природе нема поделе људи на слободне и робове, на господаре и слуге, избране и варваре. Рећи, да су од природе сви људи слободни и једнаки, да од природе имају једнака права, у суштини је исто што и рећи, да од природе људи један према другоме немају никаквог другог до оног »права« које јача животиња има над слабијом; исто је што и рећи, да подела људи на слободне и робове, слуге и господаре, избране и варваре није дело природе него дело човека, да се, према томе, та подела не заснива ни на чему вишем, светом, неприосновеном, непроменљивом, неодољивом, него на људској сили, — а кад се то констатује и прими или усвоји, силу силом одбити — природно је и донуштено је (*vim vi repellere licet*) и фактички владало је у сва времена, те је излишно даље истраживати, доказивати или порицати »право« на отпор против угњетавања.

Стоји то да свако људско, као и свако друго живо биће, има природни нагон самоодржања и (посредно) продужења своје врсте, и да за то нужни услови од природе свима подједнако стоје на расположењу,¹⁴ али је немогуће констатовати да људско биће од саме природе има још и неко »право« на живот, неко »право« које не би имала и друга живица бића почев од најситнијег првића до најјаче животиње.¹⁵ А признати јачима, зато што су јачи, неко право

неправ, добро и рђаво је само хотење; хотење, избор, оцена новим хотењем омогућава критику онога што постоји.

»Могу утврдити, шта се има сматрати као добро и рђаво, право и неправ. Право се никад не налази, оно се ствара, ствара моралном решеношћу и полетом људске душе. Природно право је немогуће, немогуће као камен мудрости, који је исто тако природним догађањем требао да створи оно што је могуће самотворачком духу.«

¹³ Посланица Апостола Павла Галатејима. Гл. 3. »Нема ту Јеврејина ни Грка, нема роба ни господара, нема мушких рода ни женских, јер сте ви сви једно у Христу.«

¹⁴ Ludwig Gumplowicz. Geschichte der Staatstheorien. П. д. С. 88. »Какво чудо, ако у даљем развијању таквих начела (јеванђелских) црквени оци излажу учења, која су у длаку једнака модерном комунизму и социјализму. Тако Свети Василије (у 4. веку) довикује богаташима: »Јадници... шта називате ви својим богатством? Од кога сте га добили? Ви поступате као онај човек у позоришту који се жури да заузме сва места, и само хоће да спречи друге да не уђу, задржавајући за своју употребу оно што за све постоји. Чиме постају богаташи богати, ако не што у посед узимају ствари, које припадају свима.«

»Земља је била дата свима заједнички, пише Свети Амброзије (340.—397.), зашто је, ви богаташи, присвајате искључиво за себе. Природа је све створила за све; природа је створила заједништво. Узурпација је створила приватно право.«

¹⁵ Brissot de Warwil (Recherches philosophiques sur le droit de propriété et sur le vol, considérés dans la nature et dans la société. Paris 1870.) тврди да право својине, у природном стању, постаје из потребе и са њом ишчезава; да тако човек (и, са човеком, биљке и животиње) има право својине на све што може задовољити његове потребе, али да његово право престаје кад престане његова потреба. Следствено, лопов, који краде под притиском потребе, само се враћа природном праву (наведено код Charle Gide et Charle Riste. Histoire des doctrines économiques. Troisième édition. Paris 1920. Р. 342.).

над слабијима, зато што су слабији, значи просто напросто бруталну силу назвати правом. Против тога се је устало са првобитним учењем о природном праву свих људских бића, што је исто и што треба разумети у смислу порицања власти човека над човеком као неког од природе или божанства датог и светог, неповредивог права. У томе је сва суштина најстаријег учења о »природном праву«, а на том становишту, јер је реално, и ми сви (који размишљамо о људским односима) стојимо и поред свих неспоразума у речима:

Силу силом одбити — природно је и право је¹⁶.

4º Људи су једнаки од природе у толико што на исти начин долазе на свет и сви подједнако подлеже смрти; једнаки су у толико што сви нормални имају исте основне (елементарне) физичке и душевне потребе, приближне способности за физичко и умно развијање, исте основне осећаје радости и бола, праведног и неправедног, исту основну моћ сазнања добра и зла.

На основу тога и желети и захтевати друштвени поредак, у коме би свако људско биће имало и правну и фактичку могућност задовољења својих основних потреба и потпуно развијање својих физичких и духовних способности, разумљиво је, човечно је, природно је. Тај захтев је природан, али сам собом није неко право него факт, и у том правцу замишљени поредак је не стварност него замисао, представа, жеља, или, ако се хоће, замишљено, идејно, морално, идејно право. Оно је моћ, несавладљива моћ идеје (и, у том смислу, и стварност — постојање идеје), но под претпоставком: да овлада духовима оних који су јачи или су у стању и хоће да постану јачи.

¹⁶ Schopenhauer. Die Welt als Wille und Vorstellung. Reklamsuniversalbibliothek I. S. 437. »У истини, о праву се никада не би говорило, кад не било неправа.«

Dr. Ehrich Jung. П. д. С. 65 »Реакција појединог интересента на понашање које осећа као повреду, потпомогнутог осећањем других незаинтересованих, физичком помоћи своје родбине и најзад организоване целине јесте првобитна појава правног живота. S. 69. Није држава створила казнену принуду, и ако је она данас врши, него повређени. Од радикалне критике друштва на државу упућено питање, какво право она има да казни, упућено је на погрешну адресу. Држава само регулише реакцију повређенога и његовог братства.«

Georges Cormil. П. д. Р. 21. »Зачетак идеје права је у инстинктивној реакцији на неправо, које нам је други учинио.« Слично Gaston и Richard, које цитира: »Полазна тачка (праву) је прохибитивна интервенција, у циљу да се избегне конфликт.«

G. Tarde. Les transformations du Droit. Étude sociologique. Huitième édition. Paris 1922. Р. 13. »»Рефлексни инстинкт одбране, вели Letourneau, биолошки је корен идеја права«. Да појмови, о којима је реч, имају биолошки корен, ништа инстинктивије; али да је тај корен једино и принципијелно рефлексни инстинкт одбране, то је много мање доказано. По нашем мишљењу такође је, и пре свега, инстинкт симпатије први и неопходан услов сваке социјалне групе, преносном комуникацијом емоција, жеља и идеја.«

Ernst Immanuel Bekker. П. д. С. 35. »Из првобитно нејасних осећаја развија се низ правилно понављајућих се радњи, не заповеда час син а час отац, и у колико син чешће слуша, у толико се у њему појачава осећај да мора да слуша. Ту је праизвор права.«

5º Кад се има у виду све до сада познато позитивно право, немогуће је тврдити, да је истим и један једини људски однос у сва времена и код свих народа подједнако био регулисан, па, према томе, ни да је постојало једно универзално и непроменљиво право људског разума, који је, и сам променљив, само један од фактора или чинилаца у постајању и преобрађају права. Убијање новорођенчади, ствараца и старица, спаљивање жена по смрти мужева, продаја и размена жена, продаја деце, убијање и сахрањивање робова са лешом господара (да му послуже и у другом свету), суђење умрлима и животињама, суђење вештицама и чаробњацима, разне службе и зараде по храмовима, и т. д., и т. д., практиковало се по обичајном праву и по моралу код многих племена и народа.¹⁷ И сам још једнако у многоме ненадмашни Аристотело (»отац« политичке и економске науке) тврдио је, вероватно савесно, да су људи од природе слободни и робови,¹⁸ док је за неке његове савременике

¹⁷ Emil Walter Mayer. П. д. S. 20. »Заиста, не може се спорити, да су моралне норме по својој садржини различне у различним људским групама. То признају, и шта више емфатично наглашавају и такви истраживачи који иду за тим да докажу извесну подударност тих норми. Тако пише и сам E. Bechér (Die Grundfrage der Ethik, 1908): »Дивергенција питања савести је фрапантна. Скоро се може рећи да нема никакве одвратности (Scheufllichkeit) и никаквог злочина, који ма где и ма кад не би налагале савест и дужност. Убијање, палење и пустошење, клање незаштићених, жена и деце, без обзира на кривицу или невиност, плачка и издајство, разузданост и оргије важе као саобразне дужности или бар не противне савести; истовремено савест налага строге заповести у погледу радњи, које ми сматрамо за морално равнодушне.«

¹⁸ Aristote Politique. П. д. Књига прва, глава прва, друга и трећа. »Постоји такође, од природе и ради одржавања рода, једно биће које заповеда и друго које слуша, јер онај кога интелигенција чини способним да предвиђа — природно има ауторитет и власт господара, онај који има само физичку снагу да извршује — природно је да треба да се покорава и да служи, тако да је интерес господара исти као и интерес роба...«

»Други држе, да је власт господара над робом противна природи. Сам закон, веле они, поставља разлику између слободног човека и роба. Та разлика је неправедна, пошто је насиље...«

»Ко не припада самоме себи него другима, а ко је ипак човек, тај је роб од природе. Човек припада другоме, кад је ствар која се поседује, и ако је човек; ствар која се поседује, оруђе је које служи за употребу и које је одвојено од тела коме припада...«

»Ми тврдимо, да од природе постоје робови и слободни људи, да та разлика постоји код извесних бића, кад је и праведно и корисно за једнога да је роб, за другога — да заповеда, да треба онај да се покорава а овај да заповеда *по свом природном праву*, т. ј. са апсолутним ауторитетом... Сасвим је противно, кад од природе нису достојни један другога, него кад је један роб а други господар силом закона и као последица насиља (*Овде мисли на случај кад би варварин заробио Атињанина*)...«

»Ратна вештина је у неку руку природно средство за прибављање имовине (капитала, богатства), јер је вештина лова само један део те вештине, онај (део) којим се треба служити против дивљих животиња или против људи који, одређени природом да се покоравају а одбијају да се потчине, тако да сама природа декларира, да је такав рад праведан.«

Paulin Malapert. Leçons de Philosophie. Tome II., Paris, 1911. P. 218. 219. »Чео стари век сматрао је ропство не само као нужну, него као легитимну установу, и скандал је за људски разум што су велики духови, један Аристотело, на пример, трудили се да га оправдају. У старом веку само су га стојици формално осудили... Познато је да је до половине деветнаестога столећа трговина

та подела противприродна.¹⁹ По идеалисти Платону, према робу, који се брани и при том убије слободног човека, треба поступати као према оцеубици. Ето грађацког закона, узвикује Монтескије, који забрањује природну одбрану. »Бентам је у законима видео толико неправде... Та факта су, вели Мил, била позната свима адвокатима, свима судијама. Пре и после те епохе, та факта нису причинявала никакав приметан немир у савестима тих учених људи и нису их спречавала да сваком приликом понављају, да је енглески закон савршенство људског разума.«²⁰ За Катрајна, савременог преставника католичке правне философије и великог поборника природног права (»реалних и ефикасних, сталних и непроменљивих правила људског разума«), ублажено ропство није противно природном праву,²¹ а Хришћанска Црква је ропство, које је у неким европским државама формално укинуто тек у другој половини 19. столећа, не само одобравала него преко својих

принципа вршена са прећутним одобрењем, често са очевидним саучешништвом влада најцивилизованијих нација. Серваж, ублажена форма ропства, преживело је у Француској до Револуције, у колонијама је укинуто тек 1848. год., а у Русији, може се рећи, упркос чувеном указу који га је укинуо, оно је фактички још положај хиљадама сељака. Али још има више или мање тешких и посредних повреда слободе: разне врсте најамног рада могу чинити неку врсту делимичног серважа.«

¹⁹ Vilfredo Pareto. П. д. Volume I. P. 558.—560. »Аристотелова теорија о природном ропству је такође теорија модерних цивилизованих народа, којом правдају своја освојења и своју владавину над народима које називају народима *nigre race*. Као што је Аристотело говорио, да има људи који су од природе робови и других који су од природе господари, да је у реду да први служе а други заповедају, и да је то ствар праведна и свима корисна, исто тако и модерни народи, који се почаствују епитетом *цивилизованих*, веле да има народа који по природи треба да господаре, то су они, и других који треба да се, не мање по природи, покоравају, то су они које хоће да експлоатишу, и праведно је, у реду и за све корисно, мисле, да они владају а они други да служе. Отуда излази да је један Енглез, један Немац, један Француз, један Белгијанац, један Италијан, који се бори и умире за своју отаџбину, херој, али да је један Африканец, који има смелости да брани своју отаџбину, одвратни бунтовник и издајник. Европљани извршују своју свету дужност уништавања Африканца, као у Конгу, да би их научили да се цивилизују... Мачка ухвати миша и поједе; али не вели да то чини за добро миша; она не проглашава дормане једнакости свих животиња, и не подиже хипокрите очи према небу да обожава Творца света.«

²⁰ Alfred Fouillé. Histoire de la Philosophie. П. д. P. 148—151. »Платонов и Аристотелов морал имали су две заједничке мане, неодвојиве једна од друге: прво, подређујући индивидуу држави, ови философи нису се обзирали на унутарњу слободу људске личности; друго, постављајући везе пријатељства и филантропије само између грађана државе, тим везама су давали само ограничено пространство и нису довољно генералисали титулус човека. С једне стране, дакле, недовољна идеја моралне индивидуалности; с друге стране, и са истог разлога, недовољна идеја моралне универзалности. Прогрес који је остао да се изврши, био је да се човек постави на место грађанина, и самим тим *човечанство* на место *државе*. То је било дело стоицизма.«

»Стоици су титулус човека засновали не на праву државе него на слободи и разуму...«

»Светски сам грађанин, рекао је већ Цицерон: Civis sum totius mundi.«

²¹ S. Raffalovitch. Bentham. Principes de législation et d'économie politique. Paris. P. IV., V.

преставника и практиковала.²² »У почетку 19. столећа, за време редакције *Code civil-a* (француског Грађанског Законика), сматрало се да је »осигурање живота одвратан пакт или лакомство, које шпекулише са животом грађана, близко злочину који може да уништи живот.« То су речи Порталиса, једнога од најсјајнијих редактора законика. Сада је закључење тога уговора постало особито похвалан акт увиђавног оца породице²³ и т. д., и т. д.

Принципи људског разума, дакле, нити су универзални нити непроменљиви²⁴, а његов непосредан утицај на понашање појединача и народа много је мањи но што се то обично представља²⁵.

»Природа човека«, схваћена у ужем смислу — као природа биолошког бића, остаје, у главном, иста, али је више но наивно говорити о природном праву које одговара »природи ствари«, јер ова није нешто јединствено, него скуп свих датих околности и погодба за људске односе, а те околности и погодбе су и временом и просторно променљиве, па је, дакле, немогуће да остане непроменљиво право, ако ће да одговара, да буде саобразно »природи ствари«.

»Природно право са променљивом садржином«, фраза која је потекла од Штамлера (обновиоца правне философије у Немачкој) и коју многи некритички понављају, не значи ништа, ако не једну пометњу више²⁶.

²¹ V. Cathrein. *Moralphilosophie*. 4. Auflage. Наведено код François Gény. *Science et Technique*. П. д. II. Р. 236, 327.

²² Salomon Reinach. *Orpheus. Histoire générale des religions*. Paris 1918. Р. 298. et s. »Још у 15. веку папа је лајцима и свештеницима потврдио право да држе робове«.

Juliüs Ofner. *Das soziale Rechtsdenken*. Stuttgart 1923. S. 74. »Још 1910. год. један баварски бискуп позвао се, против тражења сељака да се слободно користе шумом, на речи апостола Павла: »Ко је слуга, треба да остане слуга«.

²³ Georges Cornil. П. д. Р. 56.

²⁴ Dr. Чед. Марковић. Забрана или слобода војног побачаја. Суботица 1925. С. 11, 12.

²⁵ Dr. Gustave Le Bon. *Les opinions et les croyances*. Paris 1917. Р. 103. У борби између рационалне и ефективне логике, прва је скоро увек победљена. Р. 43. Кант је хтео да морал заснује на разуму. Међутим, међу разним изворима морала, разум скоро никад не фигурира. Р. 417. Ни у једној епохи није се на разум толико полагало као за време револуције. Прокламован је за божанство и подигнут му је храм. У ствари нема периоде у којој је разум играо слабију улогу. Р. 104. Рационална логика није дело природе него човека против природе... Прави циљ науке је постојана борба против природних неправди.

²⁶ Dr. Rudolf Stammller. *Wirtschaft und Recht*. П. д. S. 159. По ранијем учењу: »Природно право је право које својом садржином одговара природи«, но, S. 173., »Нема ниједног правила, које би својом позитивном садржином постојало a priori«, и S. 174. »Стари учитељ природног права погрешили су што су истраживали одређено право апсолутног значаја; али би они били основано радили да су тежили за природним правом са променљивом садржином: то су таква дата правила, која под емпирички условљеним околностима садржи теоријски право право (*ein theoretisch richtiges Recht*). У свом делу *Die Lehre von dem richtigen Recht* (Berlin 1902. S. 23.) вели: »Право право (*Das richtige Recht*) није изван позитивног (*gesetzten*) права као нека норма са неправним захтевима; оно појамно није идентично са жељеним правом према праву које је историски постало; његова особеност није у особеној врсти фактичког поретка. Право право

70 »Вечити проблем природног права« још је, како то излази из досадашњег прегледа, на дневном реду и остаће, у овом или оном виду,²⁷ све дотле докле буде било људи које духовно не задовољава позитивно право и који, место релативизам, непрестано променљиве мере интереса и снаге траже једну објективну, апсолутну, од силе и ћуди независну меру за људске односе²⁸.

И поред све релативности људског осећаја и људског разума, та мера, у колико се у опште може имати, у њима је, у људском разуму и осећају, а у природи је само у толико у колико је човек, са свим својим својствима, природно створење и људско друштво природна појава. Она је у човеку, мери људских односа и позитивног права као, како је одавна речено, и свих других ствари.

Фактори (чиниоци) права.

Факторима или чиниоцима права називамо све оно (околности, погодбе, услове, чињенице, силе, стања) што утиче на постанак и промену права.

То су, с једне стране, и у ширем смислу, све многобројне погодбе за опстанак и напредовање човека, јер је објективно право скуп правила о сарадњи и утакмици људи у присвајању, употреби, произвођењу, расподели и одржању животних добара у најширем смислу, материјалних и нематеријалних, а од количине и својстава тих добара, као и начина њихове производње, расподеле и одржања, биће зависна и људска сарадња и утакмица (никоме се не забрањује да дише ваздух, да се сунча, да пије воду тамо где ове има у изобиљу), па и друштвена правила о истима. Уз то иде и друштвени поредак, такав какав једног датог момента постоји. Све те факторе називаћемо, једном речи, природним и историским факторима.¹ С

је позитивно право, чија садржина има нарочите стварне особине; оно се односи на све право, на бивше, на постојеће, на будуће; оно значи *критичку оцену историски израстајуће правне садржине*, будући да ову систематски дели као право или као неправу (*als richtig oder unberechtigt*).

François Gény. П. д. II. Seconde partie. Р. 227, 228. »Дело Р. Штамлера известно представља најзначајнији монумент последње генерације немачких правника... У Француској познат је по привлачној (*saisissante*) формули »природно право са променљивом садржином«, која носи варљив изглед јасне идеје са правном дубином (*sous une profondeur vide*)«.

²⁷ Francesco Conseneti. *La réforme de la législation civile*. Paris, 1913. Р. 50. »Нова концепција природног права сматра природно право не као нешто апсолутно и непокретљиво, него као релативан израз етичко-правних идеалности једне историјске периде; сматра да оно произлази не из иманентних способности људског духа него из оног дела права, које није кодификовано, али које ипак постоји у латентном стању у моралности, у кутимама и у обичајима.«

²⁸ Dr. Arthur Baumgarten. П. д. II. und III. S. 580. »Релативизам је принцип беспринципијелности.«

1) *Материјалистичко схватање историје*, па, дакле, и права, састоји се у томе што се у формулирању друштвеног поретка претежан, скоро искључив значај придаје материјалним добрима и борби за иста, класној борби.

Gustav Radbruch. *Einführung*. П. д. S. 33, 34. »Правна наука двадесетог столећа изгледа да ће поново да преузме предања осамнаестог столећа. Но у међувремену научили смо се већој скромности, прво од историске правне школе,

друге стране, фактор права је и сам човек са својим осећајем и разумом,² који су такође, поред све своје основне постојаности, производ многобројних других фактора и резултат вековног развића у борби са природом и у сарадњи и утакмици између појединача у људским групама и ових међу собом³. Овде ћемо, са неколико речи, указати само на овај други фактор.

на онда од материјалистичког схватања историје... Материјалистичко схватање историје, које су засновали Карло Маркс и Енгелс, теориски темељ социјалистичког програма, показало нам је узрок или бар један од узрока промене правних погледа. Свагдашњи правни погледи су у истини само израз свагдашњег односа снага у класној борби и са тим односом непроизвољно дејство опште привреде (Wirtschaft) и у крајњој линiji технике. Право није форма, у коју се штоф социјалистичких односа даје волјно стегнути, него форма, коју тај штоф неодоливо прима. Законодавац не може социјалним развићем управљати, али га може лакше и брже удејсти, и убрзати порођајне муке времена».

Rudolf Stammler. *Wirtschaft und Recht*. П. д. S. 237. »Формула, коју је Енгелс поставио о материјалистичком схватању историје, а која је постала т. р. легална дефиниција, гласи «Материјалистичко схватање историје пољази од основног правила, да је производња и, поред производње, размена њених производа, новог свега друштвеног поретка; да се у сваком историски наступајућем друштву расподела производа, и са њом социјална подела на класе и сталеже управља према томе шта се и како се производи и како се произведено разменjuje»...

Rudolf Stammler. *Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft* (Die Kultur der Gegenwart. Teil II. Abteilung VII. Leipzig-Berlin 1913. S. 9—13). Материјалистично схватање историје јесте учење и систем мисли, које су теку последње време тачније и дубље посматране; оно само постоји отприлике од пре једног столећа. Али се још не може рећи, да су образовани људи редовно упознати са материјалистичким схватањем историје. Сразмерно је мало познато, па се и у академском предавању дисциплинама, које га додирују, слабо узима у обзир. А материјалистичко схватање историје постало је фундамент најзначајнијег покрета садашњице — социјализма, чије право разумевање зависи од те социјалне теорије, која има да се исправи»...

² Franz Oppenheimer. П. д. Erster Band. Zweiter Halbband. S. 937. »Присталице ортодоксног економског схватања, нарочито поборници материјалистичке философије историје, тврде, као што је познато, да су све идеологије, дакле и религија, потпуно зависне од материјалне подлоге, специјално од прилика произведења. Против тога мишљења противници су се позвали нарочито на чињенице водење. Тако и пр. Barth вели: «Са свом својом вештином ти религиозни мислиоци не умеју да објасне само једно: зашто присталице различних вероисповести, чланови различитих сект и онда остају верни својој вери, кад то њиховом економском интересу, којим су наводно руковођени, не само није повољно него је супротно. Зашто су Хусити отишли у иностранство, т. ј. у беду, место да промене своју вероисповест... Кад би мало размислили, марксисти би нашли, да сем економских интереса има и других сила».

Dr. Arthur Baumgarten. П. д. II. und III. Teil. S. 544., 559. »Не сумњамо, да социјолошки закони постоје, али исто тако не сумњамо, да су ти закони немоћни да људе спрече, да својим слободним делом врше одлучан утицај на своје добро и зло...

»Модерне емпириске науке нису поднеле доказ против надприродног, него су својим практичним успехом определиле човечанство да не признаје никакве друге богове поред себе.«

J. Péitch. *De la mathérialisation des droits privés* (Видети Архив за друштвене и правне науке, од 25. августа 1925. С. 72.—75.). »Ево у чему је заблуда социјолошке или еволуционистичке доктрине. Социјални феномени не могу се ставити, у погледу улоге човековог духа, у исти ред са физичким феноменима. У истини, социјални феномени су у великој мери подложни акцији човековог духа, који се тако у односу према природним феноменима испољава као специјалан закон, који конкурише природним законима, те друштво не иде сасвим ни путем

обележеним природним законима, ни путем који му обележава закон назван човечјим духом: друштво узима средњи правци, који му одређује истовремена акција тих двеју врста закона. И у колико се социјални феномен више приближује духу, у толико је мање под акцијом физичких закони, а како се правни феномени битно одликују својим интелектуалним карактером, следује да закон назван човечјим духом има највише утицаја на правне феномене: ту је специјално значајна ствараљачка улога човековог духа. Не порицуји, да су и правни феномени, будући и сами у природи, такође, у извесној мери, потчињени природним законима, можемо рећи да је човек, поступајући рационално, главни творац права, у овом домену мали Бог.«

Alfred Fouillé. *Histoire de la Philosophie*. П. д. Р. 556. »Са гледишта истинске научне социјологије, економске потребе извесно врше енорман утицај на социјални покрет, али хтети да оне господаре свим, значи полу-истину надувати тако да је учине истинском заблудом. Материјалне потребе нису само фактор историје; идеје, такође, јесу сице, а општи осећаји који прате опште или универзалне идеје, међу главним су силама. Историски материјализам је само једна страна историје, историски идеализам друга је страна, унутрањија, све више и више господарећи у колико цивилизација напредује у смислу правде.«

³ Montesquieu. П. д. I. *Livre premier. Chapitre III.* »Закон, у опште, јесте људски разум, у толико што он влада свим народима; а политички и грађански закони сваког народа само су особени случајеви, у којима се примењује тај људски разум.«

»Они (закони) треба да су тако својствени народу за који су донесени, да је врло редак случај да закони једне нације конвенирају за другу нацију...«

»Треба да су саобразни физичким особинама земље, клими студеној, жаркој или умереној; својству земљишта, његовом положају, његовој величини, начину живота народа, земљорадника, ловаца, пастира; треба да су саобразни степену слободе коју устав (конституција) може да поднесе; религији становништва, њиховим склоностима, њиховом имовном стању, њиховом моралу, њиховим обичајима. Најзад, они имају однос међу собом, са својим пореклом, са предметом законодавца, са поретком ствари о којима су. У свим тим погледима треба их посматрати... Сви ти односи чине скуп онога што се назива *дух закона*«

Rudolf von Jhering. *Geist des römischen Rechts auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Erster Teil. Sechste Auflage Leipzig 1907. S. 45, 46. »Тако је дух народа и дух времена такође и дух права.«

»Као што је теже сазнање духа него тела, тако је теже и испитивање тога психичког момента — духа права него тела (правила) права. Док се правна правила видно налазе на површини, док се правни институти и правни појмови својом практичном применом скоро сами од себе намећу свести, оне гонеће снаге права (фактори права) почивају у најдубљој унутрашњости права, делују крајње постепено, пружају истину цео организам (права), али редовно се ни на једној тачки не појављују тако јасно, да би их нужно морали опазити. Никаква практична потреба не принуђава да их човек буде свестан, јер нису ништа практично, нису правна правила него само квалитети, карактерне прте правних института, опште мисли, које као такве нису способне за примену, него су на образовање практичног правила извршиле одлучан утицај... Као биљка, која видно ништа спољашње не прима у себе, ишак из земље и ваздуха први сву своју храну, тако и свако право елементе свога живота непрестано добија из земљишта (Erdreich), у коме се корени, и из атмосфере, у којој расте. Док се то збива, наше тупо (stumpfes) око не види, али кад се је десило, преко дејства долазимо до сазнања узрока...«

(Имати у виду, да се у садашњици врло често говори о »духу закона«, али да се при том не мисли на факторе (реалне изворе) права него на *pravis* *смисао* закона, према Улпијановој изреци: *scire leges non est verba easum tenere sed vim ac potestatem*. Но у погледу »духа закона« у овом другом значењу имати у виду Јерингову примедбу (S. 46.): Већ је са многим, који је пошао да тражи дух неке ствари, тај дух збијао заједљиву шалу, мамио га час тамо, час овамо, и место себе дао му у руке фантом, који се је само тражио и никоме трећем могао учинити као оно што је требало да је. Исто важи и за »дух закона«, како га разумеју Монтески и Јеринг.«

Edmond Picard. П. д. Р. 237, 238. »Фактори који функционишу у формирању разних права многобројни су... Ево их, не свих (ко би се у мистерији

Човек *осећа* (*осећај*, *осећање*), *хоће* (*воља*) и *распознаје* (*разум*). Анализом својих сопствених осећаја и посматрањем других долази се до констатације (сазнања): да су извесни елементарни осећаји израз нагона самоодржања и преноса живота; да између извесних осећаја (*љубави*, *сажаљења*, *частољубља*, *дужности* и т. д.) и нагона самоодржања долази до сукоба; да наспрот навици (*другој природи*) и тежњији мировања (*инерција*, *непокретљивост*) дејствује тежња за побољшањем датог стања (*«боље — непријатељ је доброга»*) и за променом; да између осећаја и разума, у колико се је развио, постоји сукоб и узајамни утицај. Све се то може назвати доживотном борбом човека са самим собом (Исто срце има хиљаду одлука — Овид; У њ' ратује душа са тијелом — Његуш), доживотном борбом као јачим или слабијим одјеком свих фактора средине и људске природе. Ма колику вредност и уздање у свој тој борби полагали на разум или људску моћ распознавања предмета, узрока и последица, добра и зла, а то чинимо и морамо чинити ако нећемо да се предамо фатализму, »посматрање нажалост доказује, да разум врши незнатањ утицај у животу народа као и у нашем свакодневном животу«.⁴ Примера за то имамо, на сваком кораку, у свом властитом животу као и у животу народа.

Воља (хотење) ствара се и створена се извршује (тесним по-
кretима односно уздржањем истих) под једностраним или компро-
мисним утицајем осећаја и разума, и увек је управљена: или на
задовољење неке стварне или замишљене потребе, прибављање
неке стварне или замишљене користи (задовољства, сујете — добра)
или на отклањање неке стварне или замишљене штете (невадовољ-
ства, бола, жалости — зла). Изазива је (проузрокује) осећај или
предвиђање неке потребе (*побуда, мотив, узрок*) и тежња да се
иста задовољи (*циљ*). Потреба је, dakле, узрок, побуда или мотив
воље: задовољење потребе је циљ воље.

И урок (побуда) и циљ одигравају се у унутрашњости човека, а исто тако и одлука о извршењу или неизвршењу радње за постигнуће циља, која (одлука) може бити свесна (као резултат оцене

ствари усудио тврдити да није пропустио ниједан), него највиднијих за нашу ограниченошт: раса, милје, страна интрузија, имитација, правници великанси, атавизам, претечништво (*le Progénisme*), правна техника, густина становништва, солидарност социјалних класа. Р. 254. Велики правници су, као и сви велики људи, или пророчке претече, или проницљиви аналитичари, или моћни генерализатори... Сви су донекле Прометеји».

François Gény. П. д. П. Р. 370, 371. У сваком правном систему ваза разликовати четири врсте фактора: *реални* или строго природни, *историски*, *рационални* и *идеални*.

G. Baudry — Lacantinerie. Traité théorique et pratique de droit civile. Supplement par Julien Bonnecase. Tome premier. Paris 1924. P. 396—398. »По најма су два реални извора правних правила: један експериментални извор (фактори социјалног милјеа и перманентна људска природа) и један рационални извор (изражава се појмом Права).

⁴ Видети прим. 24) у претходном наслову.

* Видети прим. 24) у претходној глави.
Vilfredo Pareto. П. д. Volume II. P. 1351. »У опште... логично експериментална резоновања играла су незнатну улогу у организацији друштва... Јуди се покрећу много више осећајима по резоновањима.«

погодности средстава, корисних и штетних последица извршења или неизвршења радње) или несвесна (спонтана, рефлексна, без размишљања, без оцењивања). Према особини циља, радња може бити проста, једноставна, сама собом довољна (уморан човек седне да се одмори) или сложена, средство скопчано са другим средствима, са другим радњама и предметима радњи (болестан човек залаже акције да дође до новца ради куповине и употребе лека у нади — жељи — на оздрављење).

изјеви — на здравље). Из сопственог искуства сви знамо, да се, кад смо стављени у положај да бирајмо између два предмета, можемо одлучити за један као и за други (могу на овом месту да говорим о томе, а могу и на другом; могао сам, као свршени матурант, да се ушишем на правни факултет, а могао сам и на који други; могу да сачекам природну смрт, а могу и да прекратим живот). Ту могућност бирања између два или више предмета, између извршења једне или друге радње, могућност која постоји код сваког нормалног човека, називамо слободом воље или слободном вољом.

На том схватању почива целокупан правни и морални поредак — поредак у коме је људима допуштено или забрањено да што чине или не чине.

Да ли је човек стицајем околности, нужно, узврочно, т. р. фатално одређен да учини ово или оно, да избере само једно или само друго (*детерминизам*), не знамо, али из искуства знамо да можемо да се одлучујемо, изгледа нам да то чинимо по својој слободној вољи, те с тога и држимо, сматрамо, да нисмо само оруђе узрочности или неке више силе (*индетерминизам*)⁵, и само са тог становишта човек

⁵ Dr. Harald Höffding. П. д. S. 99. »Врло често се под »слободом« воље разуме слобода избора, моћ бирања. Избор не претпоставља неважност закона узрочности. Претпоставља само да човек има представе о различним могућим радњама, о којима се размишља, т. ј. које се међу собом упоређују. Одлука за радњу која се има извршити не почива тада на тренутном нагону или на усамљеним афектима него бива одређена унутрашњом дебатом између многострукости представа и осећаја. »Слобода« и овде не значи супротност нужности, него су- ротност слепоћи.» IV. M. Ethik. Stuttgart 1912. Dritter Band. S. 51. »Индентерми-

Wilhelm Wundt. Ethik. Stuttgart 1912. Dritter Band. S. 31. »Индегрим-
нистичко схватање воље почива на етичким и моралним мотивима. Без психо-
лошког детерминизма немогуће су психологија и остале духовне науке (Gei-
steswissenschaften)«.

Franz Oppenheimer. II. d. Erster Band. Zweiter Halbband. S. 613, 776. »Не може се замислiti социологија, која са свом одлучношти не стоји на стапишту детерминизма. Један је од њених главних задатака да покаже, како ме- ханички детерминизам прелази у социјално психолошки ...

«Не - слобода воље полазна је тачка све социјалне науке. Не - слобода воље не значи ништа друго но да се воља, несвесна као и свесна, у строгој каузалности проузрокује свим околностима (*durch die gesamte Verumständung*) т. j. свагдањним «милјеом» човека скупно са његовим наслеђеним и стеченим својствима».

Paulin Malapert. П. д I. Р. 464. Факт је искуства, да човек може модификовати своје понашање, обуздати своје склоности, вршити мање више строгу контролу над својим тежњама, потчинити их више мање цврстој дисциплини. П. Р. 478. Ова владавина собом, која од индивидуе чини личност, која је истински чува од ропства њеној сопственој природи, милјеу, околностима, јесте оно што се зове слободом. Р. 510. Свест, каже се, даје нам интимно и директно искуство

је са својим осећајем и разумом један фактор, видно активни фактор права. Стојећи и стављајући се на супрот свима осталима, (било да њих прилагођава себи или себе њима), он је »ковач своје среће« и, разуме се, друштвеног поретка.

Какви ће бити односи човека према човеку зависи од његових осећаја и од његовог разума, од њиховог конкурентног дејства, на постанак воље и остварење исте, нормално и у крајњој линији од тога како човек схвата свој властити интерес (корист и штета, добро и зло), који је, у истини, ако неискључиви, извесно »највећи монарх на земљи«. Како осећај према другима варира од љубави и потпуне равнодушности до неодољиве и неутољиве мржње, од самопРЕГРЕВАЊА до најгрубљег себичњаштва, од благости, милосрђа, сажаљења и херојства до свирепости и кукавичлуга, и како и разум варира од ограничености до дубоке проницљивости, нормални односи међу члановима једне групе и међу овима у крајњој линији били су и биће како то, у границама физичке могућности, хоће они који су јачи у заједници и међу групама, а они хоће оно на што их гоне њихови осећаји и њихов добро или рђаво схваћен интерес.

Као што је опште познато, подлеже промени, у извесној мери, и природне погодбе за постанак људског рода, и техничка средства за искоришћење истих, и саобраћај међу људима (проширује се т. р. на Човечанство), и осећај и моћ распознавања добра и зла, и, са свим тим, промена једног тренутка датих снага и промена интереса, па је разумљиво, да са променом фактора права и само право подлежи променама.

Идеалан друштвени поредак, идеално право.

Идеал је крајњи циљ (мета) коме човек свесно тежи у правцу своје одређене делатности, замишљено савршенство објекта тежње.

Какав друштвени поредак може желети нормалан човек, па да у том поретку ни он ни његови најмилији не буду изложени опасности лишења животних добара (у најширем смислу) и да од стране других не буду искоришћавани као проста оруђа за друге, или, другим речима, какав друштвени поредак може престављати и желети нормалан човек, па да њему и његовим најмилијим доживотно буду зајемчена животна добра, а да мизерија буде онемогућена, у колико је она долазила и у колико долази од људских односа?

о слободи... Кад одлучујемо, констатујемо подједнаку могућност двеју супротних радњи између којих можемо бирати. Р. 520. Афирмација слободне воље само је хипотеза, за коју је показано да је могућа и да се боље но супротна мири са извесним бројем психолошких и моралних дана. Р. 524. Слобода се не доказује као ни детерминизам.

Léon Diguit. П. д. Р. 217. »Поставља се метафизички проблем слободе. Може ли човек слободно бирати између ствари које се постављају пред њега или је нужно одређен елементима којих није у стању да се ослободи? Солуција је човечно немогућа, јер је проблем чисто метафизичког карактера. Немамо да га испитујемо. Давољно је рећи да човек има свест да бира, и да ствари изгледају да теку тако као да би слободно бирао.«

Мислим, да као савршен или идеалан друштвени поредак сваки нормалан човек може преставити и желети само такав поредак у коме би и он и његови најмилији, као и сви остали, радио (*у колико без рада нема животних добара*) по својој способности а животна добра уживао по својој потреби и сразмерно са осталима, као што је то и сада у свакој нормалној* породици, како је било и како се то још донекле практикује (код Индуза и код Јужних Словена) у породичним задругама.¹

* Под »нормалном породицом« разумем такву, у којој сви чланови раде по својој способности и животна добра, заједничким радом прибављена, ужијају по својој потреби, и ништа више.

¹ G. Tarde. П. д. Р. 72, 147. »Идеалан тип демократије је такав какав је још престављен, по нашем мишљењу, славенском задругом... Природно право, ако се под њим разуме правичност, подједнака правда, *indiligeante et douce*, јесте генерализација тога односа као што су унутарњи односи примитивне социјалне групе, као што су узајамна права и обавезе, између браће, сабраће (*confrères*), уско зближених суграђана.«

Видети прим. 1. под насловом Правда. —

О задрузи видети : Sir Paul Vinogradoff П. д., Слободан Јовановић : Светозар Марковић. Друго издање. Београд 1920. С. 123. —

Буда, Христос, Русо, Кант, Спенсер, Кропоткин, Фује, Штамлер... Не чини другом што не желиш да теби други чини, и чини другима што желиш да теби други чине = Поступај по правилу, које би могло бити уздигнуто на закон за свако разумно и слободно биће, по правилу које би поставио, кад би ти сам истовремено био и грађанин и законодавац у друштву људског рода = заједница слободно хотећих људи. —

Слободан Јовановић. Влада Милана Обреновића : Књига прва. С. 24. 25. »Један од главних чланова либералног вјерују... наш народ није замишљао државу друкчије него као заједницу слободних људи.« —

Rudolf Stommel. Wirtschaft und Recht. П. д. С. 568—620. »Социјални идеал јесте заједница (*Gemeinschaft*) слободно хотећих људи. У главном исто Wilhelm Sauer. Grundlagen der Gesellschaft. П. д. С. 239. »Die Kulturphilosophie lehrt als letztes Ziel eine Gemeinschaft in der doch wiederum alle Individuen selbstständig vertreten sind, eine Kulturgemeinschaft freischaffender Persönlichkeit.« —

Alfred Fouillé. La science sociale contemporaine. П. д. Р. 39, 40, 409. »Социјална правда, највиши циљ (*objet*) државе, прво је схваћена као сразмерна расподела добра или зала по заслуги, као дистрибутивна правда.

»Пошто је породица била прво порекло друштва, стари, а наших дана и ауторитативне, аристократске и монархистичке школе, преставиле су државу по моделу породице, са дистрибутивном правдом ауторитативне форме; то је значило изгубити из вида факт, да је породица асоцијација између неједнаких, док држава треба да буде асоцијација између једнаких грађана...«

Како се са овим приговором (који може бити оправдан према онима који придају владаоцу апсолутну власт негдашњег оца породице) против породице као идеалног модела државе слаже ауторова синтеза правде и братства : »Браћа смо, јер добровољно акцептирамо један исти идеал ступајући у друштво, и јер се обавезујемо да формирамо једну исту породицу? Да ли и дете већ самим рођењем »добровољно акцептира« један исти идеал и »обvezује се« да формира једну исту породицу? Код постављања друштвеног идеала потпуно су излишне фикције. —

Dr. Giuseppe D'Aguano. Die Ideale der Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft (Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie. Band III. S. 69, 221). »Нећемо се задржавати да говоримо о следећој формули (правде) : »од свакога по његовим снагама, свакоме по његовој потреби«, јер ова не може (?) бити остварена ни у једном правно конструисаном друштву; она се пре односи на комунистичко-анахристичко друштво, како га замишљају Бакуњин и Кропоткин...«

»Принцип, у коме се по нашем мишљењу може наћи принцип правде... јесте принцип солидарности.«

Скуп замишљених правних правила, која би такав поредак регулисала, чинио би објективно идеално право, а власт која би се на основу истих имала, субјективно идеално право — право које одговара социјалном идеалу.

Нема ниједног нормалног човека, који не осећа и не зна шта је право. Исто тако, мислим, нема ниједног нормалног (просечног) човека који такав друштвени поредак, сличан поретку у нормалној породици и породичној задрузи, не би претпоставио садашњем поретку, само кад би размислио о томе да се, у садашњем поретку, једнога дана он или његова деца могу наћи и без имања, и без способности за рад, и без средстава за рад, и без икакве друге помоћи до евентуално милостије добрих људи. А да се сазна могућност тајког стања, не треба много оштроумности. Довољно је пажљиво читати дневне листове и не проћи затворених очију поред не тако малог броја бедника сваке врсте. Треба само испитати даље и ближе изузроке и ближе и даље последице њихове беде, па се неће моћи избеки закључак, да против беде, која долази од људских односа и која погађа и само друштво, данас доживотно није обезбеђено ни једно људско биће, па ма колико да му је тренутно завидан материјални и у опште друштвени положај.

Већ сам факт, да су не само постојале и да још и сада постоје такве више мање уске породичне заједнице, него да су и делимично увођене и да се делимично и у извесним правцима и облицима уводе изван породице (исхрана становништва за време глади,² општински кошеви, аграрна реформа још код Грка и Римљана, отпустна година код Јевреја, заједничка својина земље и средстава производње,³ државни и самоуправни домени и предузећа, болнице, народне кујне и купатила, преносишића, домови за напуштену децу, за старце и старице, војна обавеза, прогресивна пореза, пореза на наслеђе, радничко законодавство⁴ и т. д.) сам собом вођује против приговора,

² Законик Хамурабија. П. д. С. 39, 40. Хамураби, који своје »поданике храни за време глади, обезбеђујући, у миру, у Вавилону, њихову исхрану«, издао је закон »да се обезбеде удовиће и сирочад«.

³ Dr. Васиљ Поповић. Општа историја новога века. Београд 1927. С. 11. »Инкина држава била је уређена теократско-комунистички. Слично као у старом Египту, сва је земља припадала владару... Ту је сву земљу народ обраћао као кулуком... Ламе су биле државна својина. Држава их је распоређивала за кукулком... Није било приватне својине осим накита. Земља је била интензивно обрађена и материјална је култура стајала високо.«

⁴ Gustav Ratzenhofer. Soziologie. Leipzig 1907. S. 20, 22, 95, 165. »Како приближујући век учи, социјализирању се не може избећи, ма да се слободна индивидуалност мора сматрати као језгро животне жеље и као једини пут ка људском усавршавању. Баш је задатак социологије да испита, како је могуће да се води рачуна о социјалној нужности без штете за слободу личности...«

»Одрицање у интересу опште користи, то је моралност...«

»У развију цивилизације примећујемо постепено приближавање од права силе преко права својине, изведеног у крајњој линији из сile, ка праву рада...«

»Развиће права рада је језгра цивилизације. А ово питање мора бити тако решено да радник стекне право; доброчинства и милостије... дејствују деморалишући и не воде циљу.«

да је идеалан друштвени поредак, тако како је копиран на породичним односима а не просто замишљен или измишљен, лишен сваке реалне подлоге и сваке могућности за приближење истоме и да је, према томе, утопија.

С обзиром на многостраност и многоврсност животних потреба и животних добара, на велику и све већу компликованост људске сарадње и утакмице, на мјогоbroјност и многоврсност људских група и на укорењеност навика, — несумњиво је да постоје велике тешкоће на путу за потпуно остварење идеалног друштвеног поретка, и несумњиво је да су свесно и непоступно чињени покушаји у том правцу пропадали (париска комуна, бољшевизам), ма да нису остали без извесних корисних последица; алије, с друге стране, с обзиром на промену општих погодаба производње (нарочито техничких), на неоспорну могућност еволуције људских осећаја,⁵ навика (данас се, на пример, у опште констатује, да нема потребе да се канибалство забрањује законима*) и разума, такође несумњиво, да све те тешкоће, ма како да су огромне, нису природне нужности⁶

»Одушељење, које се још данас има за слободу, јер је она још увек у борби са неправедном принудом, обратиће се некад праведној принуди, која праведно расподељују рад, доколицу и уживаше.«

Michel Ange Vaccaro. П. д. Р. 316. »Буржоазија мисли, савесно, да јој је мирна савест кад је учинила нешто мало милостије. Она мисли, сем тога, да мирно може спавати, кад има судија и жандаре који бде за њу, и кад су браве на тамницама, пуним злочинаца, солидне. Али то је права илузија. Историја нас учи да је мали добро организован број људи увек господарио над глупим и слепим масама.«

⁵ Friedrich Wieser. Das Gesetz der Macht. П. д. »Ни доцнија столећа неће више моћи осећати као моралан наш правни поредак. Очита неједнакост правног поседа, при којој се наш осећај умирује, осетиће се као грубо угњетавање сиромашних.«

Michel Ange Vaccaro. П. д. Р. 199. »Као што се материјски инстинкт, постао из потребе одржавања врсте, често манифестије у крист туђе деце и проширује на све који пате и који су слаби, исто ће се тако осећаји наклоности и филантропије пробудити и у случају где буде оскуђевао субстрат корисности, који их је изазивао, и вршиће свој благотворни утицај и на оне које хладни разум не призна за достојне тога. То су срећна предсказања која нам искуство прошлости диктира за будућност... Да се отресемо жалости која притискује нашу епоху, ми проричемо боља времена.«

* Појава, у 1927. год., у Чешкој, циганске канибалске банде, абнормалност је у нашем добу.

⁶ Leonard Nelson. System. П. д. С. 587. »Што овде тврдимо јесте то да нема природног закона који стоји на путу остварењу идеала права, или да, како Кант у одбрану Платонове републике вели, сметње за остварење правног уређења државе »не произлазе неизбежно из људске природе, колико од занемаривања правних идеја законодавства.«

Alfred Fouillé. Extraits. П. д. Р. 335, 336. Condorcet. »Наше наде о будућем стању људског рода могу се свести на ове три тачке: уништење неједнакости између народа, прогреси једнакости у једном истом народу, најзад стварно усавршење човека...«

»Има ли предела на глобу, чија би природа била осудила становнике, да никад не уживaju слободу, да никад не употребљују свој разум?...«

»Да ли ће се људи приближити томе стању... у коме би сви могли, развићем својих способности, прибавити сигурна средства за задовољење својих потреба; у коме би, најзад, ступидност и мизерија биле само случајеви (des accidents) а не редовно стање једног дела друштва?...«

и стога нису несавладљиве за сва времена.⁷ Није ли данашња држава у многоме организација сарадње у интересу свих, као што је некада била организација владавине скоро искључиво у интересу власника.⁸ У погледу међународних односа довољно је упозорити на међународно ратно право и на међународни Црвени Крст у садашњости и на варварство у прошлости,⁹ па да се уочи несумњиво, ма да и мучно и за наше жеље и сувише споро кретање ка Човечности и ка Човечанству.¹⁰

»Најзад, зар се род људски неће побољшати?

»Одговарајући на ова три питања, наћи ћемо, у исткуству прошлости, у посматрању прогреса који су до сада учиниле наука и цивилизација, у анализи тока људског духа и развића његових способности, најјаче мотиве за веровање, да природа није поставила никакву границу нашим надама«.

P. 565. Stuart Mill. »Нема никога, чије мишљење заслужује тренутак пажње, који би могао сумњати да се већина великих позитивних зала овога света по својој природи могу избеги, и да се та зла, благодарећи продолжењу побољшања људских ствари, неће субити у уске границе«.

⁷ Auguste Comte. П. д. IV. Р. 79. »Да је грчким философима анонсирано укидање ропства и потчињавање слободног човека раду, који је сматран за ропски, није смелији мислиоци не би се устезали да проглашују апсурдност такве утопије, на чију основаност ништа није указивало«.

Слободан Јовановић. Влада Милана Обреновића. Књига прва. П. д. С. 26. »Крајем педесетих година, када су се либерали јавили, њихов програм (Народна Скупштина, одговорност министара, слобода штампе) чинио се неостварљив.«

⁸ »Држава је при својој првој појави ратна држава, пљачкашка држава. Није ништа друго до систем којим владајућа мањина потчињену већину држи у стези и по могућству пљачка и искоришћује (Müller—Lyer. Die Phasen der Kultur. Цитирано у пomenутом делу Oppenheimer-a. Erster Band. Zweiter Halbband. S. 1056.).

⁹ Ludovic Beauchet. Histoire du droit privé de la République Athénienne II. Paris 1897. Р. 394, 410. »У Атици, у којој је било, просечно, у V и VI столећу пре Христа 30.000 грађана мушки пола, ропског становиштва било је, по свој вероватноћи, бар 300.000 глава...«

»Опште је практикован обичај да се, по заузећу неке вароши, борци поубијају, а жене и деца одведу у ропство. И сам Ксенофон признаје, да је то вечно правило међу људима...«

Стари Завет : И завојшише на Мадијанце, како заповеди Господ Мојсију, и побише све мушкиње. Побише и цареве мадијанске и децу њихову и запленише сву стоку њихову и све благо њихово. А места њихова у којима живљаху и гробове њихове све попалише огњем. И све робове и вас плијен, људе и стоку узвеше и поведоше Мојсију... И Мојсије се разгњеви на војводе, на тијеснуке и стотинаре, који се враћаху с војске. И рече им Мојсије : я што остависте у животу све жене? Зато сада побите сву децу мушки и све жене побите које су поднеле човека. А девојке које не познаше човека оставите!«.

¹⁰ Alfred Fouillé. Extraits. П. д. 430. Hegel : »Универзални дух је истовремено супстанција и негација националних духова. Служи се ратом да их уништи, докле само несавршено реализује рационалну државу : кретање универзалне историје има за циљ да реализује апсолутну државу, савршену државу, у којој дух стиче свест да је апсолутан, циљ историје као и природе.«

Schäffle (Abriss der Sociologie. S. 24 : »Шта је према свему исткуству садржина циља народне заједнице? Култура! Куда циља развиће народа? На опште одомаћивање лица у све већу споља и унутра све мирнију заједницу, т. ј. на све већу цивилизацију« (Цитирано у пomenутом делу Oppenheimer-a. Erster Band. Erster Halbband. S. 425.).

Dr. Ludwig Gumplowicz. Der Rassenkampf. П. д. S. 186, 259. »Историски процес је амалгамирање хетерогенога а не диференцирање хомогенога. Разуме се да човек мора, кад узме у вид ову тенденцију историског кретања, доћи до

Сваки нормалан човек, и ту је, и поред све субјективности, објективност¹¹ и апсолутност идеалног права, осећа¹² и зна шта је праће, те је идеално право мерило позитивног права.¹³ А што се ово још у многоме не поклапа са својом мером, не долази отуда што његови носиоци (творци и одржаоци) не би осећали и знали шта је праће, него што имају уверење, узимајући тренутно за трајно, да је, њима лично или идеји за коју су они, стање по позитивном праву корисно или са буди кога разлога целисходно. Они се, у стварању

закључчка, да ће некад »постојати само једно стадо«; али, према досадашњем току историје у том погледу, такав тренутак лежи у тако недогледној даљини, да још у садашњици можемо слободно, без бојазни да ће нас чињенице икада демантовати, означити »вечну« борбу раса као закон историје а вечни мир као сан идеалиста.

¹¹ Alfred Vierkandt. П. д. S. 401. »Објективност значи «извесна» независност од свагдашњих или трајних стања посматраоца (des Beeinflussten)... Најнижи ступањ састоји се у независности од привременог расположења или тренутне наклоности... Виши ступањ објективности значи независност од наклоности или расположења у опште«.

¹² Rudolf Jering. Циљ у праву. П. д. »Субјективни наравствени осећај није историски primus него posterius реалног, практичним циљевима створеног света... Циљ је творање свега права«.

Richard Loening. Über Wurzel und Wesen des Rechts. Jena 1907. S. 28. »Није логички разум и није циљ за којим се разумно иде, као што је учио Јеринг, него је људски осећај творање свега права.«

Ако се има на уму, с једне стране, да је људски осећај истовремено и урођен (инстинкт) и стечен, и, с друге стране, да циља, за којим иде, човек може бити и свестан и несвестан, није тешко помирити тако супротна мишљења Јеринга и Ленинга. Човек је истовремено и осећајно и разумно биће, дела и осећајно и разумно, осећај и разум утичу један на други, оба су чиниоци права.

¹³ Ch. Beudant. Le droit individuel et l'état. П. д. Р. 12—15. »Врло често реч право употребљује се у смислу закона, и тада тачно одговара латинској речи *ius*, као израз за *quod iussum est*... Кадшто, да би се избегао сваки неспоразум, то право (оно што је заповеђено) назива се позитивним правом, т. ј. право које је постављено људским законима и обичајима, и које је, следствено, ван спора, извесно и постојано... У једном више апстрактном смислу, реч право изражава идеал правде, крајњи циљ коме треба да тежи идеалној прави. Тако схваћено, право није више закон, оно законом доминира и инспирише га, уздиже се до истраживања спекулативне истине, припада философији или, још више, оно је сама философија... Тако схваћеном праву, да би се избегао сваки неспоразум, често се даје назив природног права, т. ј. онога које постоји изван и изнад закона: *ideal*. Природно право, позитивно право, то је теза и антитеза.«

Alfred Fouillé. L'idée moderne du droit. П. д. Р. 387. »Домен правог права (du droit proprement dit) јесте идеал, домен силе и интереса јесте реалност... Сила и интерес без права, био би идеал без живота. Али у ствари и сам је идеал једна сила, јер покреће човечанство и, у извесној мери, може покренути цео свет; он је интерес, јер је непрестана потреба мисли и сталан објект жеље. Сајмим тим је један од фактора људске еволуције.«

Ludwig Gumplowicz. Allgemeines Staatsrecht. П. д. S. 13—20, 357, 425—431. »Човек има само таква и она права, која му држава признаје и која он у држави себи извођује; друга никада није имао и никада их неће имати, упркос свим правним философијама и свим библиотекама природног права.«

»Моралност је непресушниви, као и сам живот неисприви извор права, које се изражава кроз медијум закона.«

»Праву је својствена тенденција, да се од свог творца, од државе, све више ослобођава, да јој се противставља као самостална сила (*Macht*), као права идеја... Оно тежи за самосталношћу и независношћу од државе, па у тој тежњи иде и даље — да државу себи потчини.«

и одржавању једног датог поретка, не питају толико шта је право колико шта им је корисно, јер, по народној изреци, и ђаво, оличење злога људске природе, зна шта је право, али чини оно што му је мило.

На питање, шта је право у конкретном случају, није увек лако одговорити, али ће се правилан, или бар приближно правилан одговор добити само онда кад се онај који га даје стави у положај подједнаке наклоности или потпуне незаинтересованости за оне у чијем је односу то питање постављено, или кад се онај који одговор даје стави у положај онога или оних на које тај одговор, односно мера или суд који одговор изражава, има да се примени.¹⁴ Имајте једну меру за себе и за другога и знаћете шта је право. Но, разуме се, има и случајева *нужде*, случајева у којима се поставља питање: један или други. У њима ће, ако је немогуће за судију узети коцку (слепи случај), и у најсавршенијем правном поретку одлучити снага или љубав (пожртвовање), јер је ту искључена једна иста мера. Кад су се два бродоломника докопала једне даске, која може одржати само једнога, питање спасавања је: један или други.

С обзиром на људску природу, апетит, гњев, необузданост, страст, није искључено, да би и у таквом поретку, т. ј. у поретку реалисаног социјалног идеала, било појдинаца, у сваком случају несразмерно мање него у садашњици, који би поступали противно допуштеноме. Од њих би се друштво морало, као и до сада, бранити казном.¹⁵ Идеална казна, у колико је неизбежна, била би она која би кривца у истини поправљала или, у најгорем случају, безопасним за друштво чинила са што је могуће мање по друштву бескорисне патње за кривца.

Правда, правичност, правни осећај, правно уверење, правна свест.

1. Основно значење појма правда потиче од осећајне једнакости свих људских бића и своди се на једну исту меру (праву, симбол скриптар; равнотежу = једнакост, симбол теразије) у расподели

¹⁴ Léon Bourgeois. *Solidarité*. 9th Edition. Paris, 1922. P. 136. »Ако се је послодавац ставио на гледиште раденика, ако се је исто тако раденик ставио на гледиште послодавца, шта наступа самим тим. То да су једног дана нужно заједнички (en commun) мислили, то да је тога тренутка њихова свест (conscience) постала заједничка, и акт који ће извршити тога тренутка одговараје мисли о правди једнога и другога, то ће бити социјални акт мисли о правди, мисли која је свима општа.«

Alfred Fouillé. *L'idée moderne du droit*. П. д. 306. Наша свест (conscience) може се поставити на место других; то је, по превасходству оно што се може назвати интелектуалном објективацијом, и то је први основ моралне објективације, оне правде која се састоји у томе да се човек мишљу и акцијом постави на место другога. Свест нас индивидуализира и универзализира, појимајући се у мени и пројицирајући се у вама, у свима.«

¹⁵ J. Péritsch. *Rapport sur la protection légale de non-coupables*. Paris, 1926. Edition Godde. P. 19. »У хришћанској философији непрестано се спори право друштва да казни кривце...«

»Несумњиво, овај хришћански идеал, који несравњиво надмашује садашње стање људске културе, остаће још врло дugo времена pium desiderium, али се још од сада може бар делимично остварити.«

добра и зла међу људима, првенствено међу члановима једне заједнице.¹ Она је у људским односима, сарадњи и утакмици, »саобразност ономе што је право«, а шта је право — и осећа и зна сваки човек: право је — немати две мере, једну за себе а другу за другога²; право је — да човек не чини другоме што не жели да други њему чини, и, позитивно, да чини другоме што жели да други њему чини.

Ма колико да је опште и мало одређено то објашњење, које нам даје сама људска осећајност, извор појма прав и правда³ (од којих и реч право доводи своје порекло) и које је старо т. р. као и људско друштво, иссрпније и јасније нису могли дати ни највећи светски мислиоци.⁴

¹ Franz Oppenheimer. П. д. Erster Band. Erster Halbband. S. 295—298. »Ми -- интерес даје, наиме само општи садржину правде по Нелзоновом »закону одмеравања« (»Gesetz der Abwägung«), т. ј. без обзира на личност. Али тиме се још нема једно правило за појединачан случај или за групу једнаких случајева.

»Ова правила правде образују се према једном нарочитом типу. Већ Vierkandt истиче чињеницу, коју је приметио Адам Смит, да су при конфлктичним сами парничари руковођени „тривијалним“ мотивима, то ће рећи инстинктивним импулсима, док су посматрачи задахнути „вишијим“ мотивима, т. ј. осећајима организованим око апстрактних појмова. Откуда долази то? Врло просто отуда што незаинтересован трећи под истим углом види оба парничара, признаје им исту потребу и исто право.

»Незаинтересован и с тога непартачан трећи је у »дечијој соби«, у којој смо нашли корен све правде, мати и на више ступњу и отац. Родитељи, задахнути ми -- интересом и из њихове надмоћне снаге потичућим нагоном самоважења, уплећу се у конфлкт, одузимају од пројдрљивца у колико је овај сувише зграбио, да то даду оплаканом брату или сестри, стављају своју надмоћну снагу на вагу, кад је дошло до туче између деце, раздавају их, кажњавају јаче који своја природна оружја сувише безобзирно употребљавају, и милују и теше — такође са наградама — слабијега. То већ важи за дечију собу животиња, и у колико више за дечију собу човека, где једно поред другог живе више деце различних година старости, и где уз то долазе реч која опомиње, прекорева, хвали, излагање разлога пре свега за укор и похвалу, казну и награду...«

»Нагон за правду није, дакле, човеку урођен као »морални инстинкт«, као што је инстинкт тражења хране као антрополошко-зоолошка чињеница, него је скроз социјална творевина, и ако вероватно предљудско-социјалног порекла.«

² Слободан Јовановић. Влада Милана Обреновића. Књига прва (1868.—1878.) Београд, 1926. С. 230. »Културни напредак за њега (Адама Богосављевића) није значио много: његов је идеал била што потпунија једнакост, па макар уред опште сиротиње. Кад сељак живи о хлебу и сиру, нека тако живи и чиновник. То истиније култура, али то је правда — правда онаква како је схватају прimitивни људи.«

³ Dr. Harald Höffding. П. д. S. 1., 96. »Етички судови садрже оцену људских радњи« и »Етичка оцена постаје у почетку као излив (Ausbruch) осећаја.«

Erwin Rießler. Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen. München, Berlin und Leipzig, 1921. S. 89. »Асоцијација право и једнако изгледа да је опште добро Индогермана. На њој почива Платонов појам правде. Без сумње је да ни Римљанима није страна.«

Видети примедбу 12) у претходном наслову.

⁴ Prof. Dr. Max Rümelin. Die Gerechtigkeit. Tübingen 1920. S. 14.—17. »Покушаји решења (питања, шта је право) могу се, према полазној тачки, разделити у три групе, и ако се различна мишљења међу собом додирују и многоструко везују. Једни одлучно гледиште траже у једнакости, која се опет може разумети на разне начине. За друге, »сваком своје« састоји се у праведној накнади (Vergeltung), т. ј. у подели користи и зла, награде и казне, према заслуги и кривици. »Сваком своје« нема да значи »свакоме једнако«,

Традиционална дефиниција философа и правника, по којој је правда постојана и непрестана воља дати сваком своје (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique trahiendi*)⁵, још мање може задовољити, како с тога што је у њој реч о правди као о врлини⁶ (правда није »воља«), тако и поглавито с тога што остаје отворено питање, шта је чије, јер се, у главном, сва борба између људи и води око питања, шта је чије (шта, какво право и каква дужност коме припада), а у тој борби правда има да послужи не као врлина него као мерило (идеално мерило) допуштенога и недопуштенога⁷. Све докле се не одговори на питање, шта је чије, та традиционална учењачка дефиниција правде, најтежег и најважнијег друштвеног проблема⁸, остаје и сувише магловита ако не и потпуно *празна фраза*⁹.

Ако би се под »сваком своје« разумело оно што коме припада по постојећим људским законима, онда би то била законска правда,

нега свакоме према његовоме раду. Трећа група доводи правду у непосредну везу са појмом права или са циљевима људског заједничког живога, било да је виде у целисности за добро заједнице, или у сагласности са моралним поретком, или са свагда датим условима и народним схватањима, или, најзад, у чисто формалном правцу у смислу мисли о заједници.

Да. Цел Марковић. Правна свест. П. д. С. 24.—32.

Dr. Чед. Марковић, Правна сљед. Н. д. — Julius Binder. П.д. S. 362.—409. »Сви народи културног света познају појам правде, па ишак је спор о њему још неокончан«.

правде, на шта је споменуто. Ch. Beudant. П. д. Р. 280. »Те велике речи, право, правда, разум, нејасно су само за оне који њихов смисао траже само у свом незнавњу или у својој предрасуди (*présomption*); запитајте угњетене, који су се од свих времена на њих позивали, да ли су никада сумњавали у њихово значење.«

Aristote. *La Politique*. П. д. »Јуди који су у нижем положају непрестано же за једнашћу и за правдом, док они су јачи на то никако и не мисле«.

⁵ Revue Historique de droit français et étranger. Juillet-Septembre 1926. p. 581. »Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi (Ulpie); Iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem (Cicéron).

»Извори из којих су позајмљени елементи ових дефиниција су грчког стил-
ког порекла. Ове дефиниције постале су традиционално учење (лекција) правдес-
таве. Срб. У првом вијеку расподеле права и дужности

⁶ Wundt, P. d. III. S. 176. »У одговарајућој расподели права и дужности међу појединачне правне субјекте, расподели која одговара свагдашњим социјалним и хуманим условима, постоји она врлина, коју је већ језик довео у најинтимнију везу са правом, правда«.

⁷ Gustav Schmoller. Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre. Erster Teil. München-Leipzig. 1919. S. 75. »Идеја правде, у дугом развићу израђена већ од Јевреја, Грка и Римљана, па од новијих културних народа, религије, философије и позитивног права, надовезујући се на најплеменитије осећаје, игра у свом друштвеном животу, пре свега такође у економском, меродавну улогу; она за сваки друштвени живот даје идеална мерила, по којима се испитује, у колико стварност одговара „праведном“; она прати наше економске и друштвене радње и подргава их стално обновљаној критици«.

⁸ Dr. Giuseppe D'Aguano. П. д. S. 70. »Од најтежих друштвених проблема најважнији свакако је проблем правде, јер он у себи садржи основне погодбе социјалне равнотеже«.

⁹ Victor Cathrein (П. д. S. 175.), један од савремених представника природног права, има друго мишљење: »Suum cuique нису изумели римски правници, него су га узели из опште људске свести. Сваки човек зна шта са тим хоће да каже, кад своје захтева за себе и другима даје њихово.«

која се састоји у правилној примени закона, али појам правда без икаквог атрибута (божија, људска, законска, комутативна, дистрибутивна, социјална) мерило је закона, јер је од свих времена констатовано, да закони могу бити неправедни: пророк узвикује, тешко онима који постављају и пишу неправедне законе, а философи и правници су нашли, да највиши закон може бити највећа неправда (*summa lex saepe summa iniuria*).
правило т. ј. као такво које ап-

2. У колико закон, као опште правило, т. ј. као такво које апстрактно има да важи за све приближно једнаке, типичне случајеве, не води рачуна о особености или индивидуалности појединог конкретног случаја, он у својој примени на сличне, типичне, али стварно неједнаке случајеве постаје неправедан (*summa lex saepe summa iniuria*). Кад се то запавило, створен је (постао је), насупрот појму праведан, појам правичан. Он изражава осећај праведнога у том смислу, да се на конкретан случај има применити не општа мера него мера која одговара специјално томе случају (индивидуализирање), другим речима: да се истом мером не мери оно што није једнако, него да се једна општа мера има и примењује само на оно што је једнако, а да се за неједнако пронађе мера која му одговара¹⁰. Правичност (*aequitas*, *équité*, *equity*, *Billigkeit*; *ius est ars boni et aequi*) је правда саобразна конкретном случају.

3. Правду разликују, почев од Аристотела, на комутативну и дистрибутивну. Комутативна би требала да важи за пословне односе међу појединцима: један од другог треба да добију једнаку вредност за оно што један другом дају или чине; дистрибутивна треба да важи у односима заједнице према појединцима: заједница појединцима треба да даје награду и да одмерава казну према њиховој заслуги. Однос појединца према заједници регулише законска правда: појединац дугује заједници оно што му закони налажу. Законитост је, у осталом, »општа форма правде¹¹, т. ј. сви ти односи треба да су регулисани законом и да одговарају закону.

4. У новије време на дневном је реду социјална правда. Под њом се, у колико се може схватити, шта се тим изразом хоће да каже¹²

¹⁰ Aristote. La Politique. П. д. Р. 67., 111., 112. »У политичкој конституцији као и у другим вештинама, немогуће је да су све појединости маркиране са тачном прецизношћу, јер она мора да се служи општим изразима, док радње предпостављају увек нешто особено и индивидуално...«

»Изгледа да је једнакост правда, и заиста јесте ; али једнакост није правда за све него само за оне који су једнаки. Та се разлика уклања, не питајући се за кога, и суди се рђаво. То је с тога што се суди о себи и што се је скоро увек рђав судија у својој властитој ствари.«

¹¹ Léon Diguit. П. д. Р. 52, 53.
Cathrein. П. д. С. 52.—54.

¹² Malapert. П. д. II. Р. 202., 208. »Под социалном правдом разумем ону која треба да регулише односе између индивидуе и друштва или државе, ону коју врши друштво ...» и да се у њој не извршију накази за оно што је учинило некој члану друштва.

»Економску мизерију, стање потчињености, на које су осуђени извесни чланови друштва, повреда права, злоупотреба силе... не могу се отклонити индивидуалним милосрђем него правном и социјалном реорганизацијом, што је права дужност социјалне правде, којој нико нема права да избегне«.

права дужност социјалне правде, који је
Höffding. П. д. S. 359., 362., 373. »Супротност између оних који располажу
имањем и оних који располажу само радном снагом историско је продужење

разуме, у главном, захтев, да се друштво, т. ј. држава, по друштвости стара о својим сиромашним члановима, да ублажује и отклања класну борбу, штитећи при том слабије.

примитивне поделе рада између господара и робова. Та супротност и њене последице условљавају социјално питање. Заhtев дистрибутивне правде је заhtев социјалне организације, у којој би индивидуе могле да се допуњују место што се међусобно боре».

Wundt. П. д. III. S. 110. »Социјални проблем је етичко питање. Односи поседа и радног саобраћаја, како их је створила модерна култура, очигледно су врло погодни за појачање извесних мотива неморалнога. Јер стање данашњег друштва има тенденцију за стварање двеју друштвених класа, које у себи спајају у два супротна правца животне услове неморалности: имућне класе без занимања, чији се циљ живота састоји у уживању, и класе без имања и без позива, која се исцрпљује у напору за ускраћеним уживањем. Шта помажу реформе васпитања, докле трају те штетности. Само правни поредак, који реформира само друштво, може ту произвести преокрет. Уверење, да то мора наступити, нимало се не сме ослањати на чињеницу, да је наше данашње стање производ двају фактора, који један другом не одговарају, једног правног схватања, који свој извор има у сада делимично прешивелим односима, и множине нових културних елемената, који се старим појмовима само насиљно могу подредити«.

Dr. Eugen v. Philipovich. Grundriß der politischen Ökonomie. Zweiter Band. Erster Teil. Elfte Auflage. Tübingen 1920. S. 163. »Проблеми који обухватају економски, духовни, морални, политички живот великог дела (радног) становништва, стоје у најужој вези са целом структуром друштва, тако да радничко питање чини само један део општег, социјалног питања«.

Dr. Manfred Bott-Bodenhausen. Formatives und funktionales Recht in der gegenwärtigen Kulturrkrise. Beiheft No. 20 für die Mitglieder der internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Berlin 1926. S. 153. »Социјално питање је посматрано културно-друштвено питање о положају појединца према целини и о његовом учешћу у култури. Оно је посвељудски проблем и тиме ствар душе културе (der Kulturseele).«

»Економско питање је само питање о положају појединца у економском бићу и о његовом учешћу у животним добрима. Оно је само ствар чула. Економско питање значи што и социјално питање само дотле докле је економски положај основ друштвеног поретка и тиме меродаван за учешће у култури. «Са одвајањем економске од психолошке стране економско питање губи своје основно значење. Богат и сиромах истина су супротност, али из тога не излази да она има нарочити значај. Задатак права је, не да ову супротност отклони него да је учини беззначајном«.

Wilhelm Sauer. Grundlagen der Gesellschaft. П. д. S. 323. »Социјално питање« тиче се искључиво побољшања односа (стања) класе радника (радници, намештеници, нижи чиновници).

Franz Oppenheimer. П. д. Erster Band. Zweiter Halbband. S. 676. »Са најшиг становишта, социјално питање поставља се овако: »Може ли се једно друштво (Gesellschaft) поставити на такве основе, да је сваки појединача својим влаштвом (Handlungsweise) које је солицититим интересом свуда гоњен на поступање (Handlungsweise) које је пријарно са друштвеним интересом?... Човек као морално биће продукт је пријарно са друштвеним интересом?... Другарски (genossenschaftlicher) дух« и »општа моралка које га окружују...« Другарски (genossenschaftlicher) дух« и »општа моралност« су идентични. Они су зависни од организације друштва (Körperforschung)«.

Auguste Comte. Philosophie positive. Résumé par Emil Rigolage. III. Sociologie. Paris. Ernest Flammarion éditeur. P. 62. »Будући да је маса наше врсте одређена, несавладљивом фаталношћу, да остане састављена од људи који живе од свакодневног рада, социјални проблем састоји се у томе да се побољша положај те огромне већине, а да се она не декласира и да се не поремети општа економија«.

Michel-Ange Vaccaro. П. д. Р. 313. »Дубоки и савесни писци сагласно налазе, да је економски положај модерног плаћеника гори од положаја роба«.

Како је још и Хамураби сматрао за своју дужност, поред осталога и то, да спречи моћнога да не угњетава слабога, да се стара за исхрану поданика у гладним годинама, да понизи охоле и заштити удовице и сирочад, и како те исте и сличне захтеве садрже и појмови правда и правичност, »социјална правда« је садржином исто што правда и правичност, нова је само по називу.¹³ У име ње траже се и обећавају социјалне реформе: материјално и морално подизање и заштита слабијих.

Сва је правда људска правда = друштвена = социјална правда.

5. Говори се о правном осећају, о правном уверењу, о правној свести. Разлика између њих је психолошка: разлика која постоји, и у колико постоји, између осећаја, уверења и свести.¹⁴ Њихов објект, т. ј. оно о чему су, може бити, и јесте, и оно што је прање и само позитивно право.

¹³ Kainz-Pfaff-Ehrenzweig. System des österreichischen Privatrechts. Fünfte Auflage. Erster Band. S. 43, 44. »Држава има пуно разлога да надзира слободно (обичајем, судском праксом) постајање права и да се помоћу закона побрине, »да јаки слабоме не штети«, јер правна историја учи, што се на први поглед може учинити парадоксно, да је баш неограничено обичајно право најјаче унапређивало интересе моћнијих, дон је законодавство од првих почетака заштиту слабијих — ма да кадшто само привидно — поставило као један од најодличнијих својих задатака. Нова је само модерна реч »социјално«: пре сто година још се није говорило о »социјалним задацима приватног права«, о »социјализирању права«, о социјалном идеалу«. Просто позивањем на правду и правичност оправдавало се оно што се данас поставља као »социјални постулат«.

Dr. Чед. Марковић. Законик Хамурабија. П. д. С. 10, 29, 62.

¹⁴ Erwin Riezler. Das Rechtsgefühl. П. д. S. 23. »У употреби у говору не влада јасна разлика између правног осећаја и правне свести (или правног уверења), а ни научно посматрање не може да постави строг критеријум за њихово разликовање. Израз правни осећај више ће се оправдавати и може се пре употребити тамо где се у психичком комплексу когнитивни елементи повлаче иза емоционалних, израз правна свест више тамо где се тај однос обреће. Али се јасно обележје разлике из те пропорције не може извести већ с тога што квалитативно разноврсне психичке елементе не можемо квантитативно одмерити једне другима. Извесно је да правни осећај, и кад би хтели да га конструишумо у смислу супротности према правној свести, никада није сасвим независан од престава. Они иду једно с другим као што је и на пољу етичке области свест (Gewissen-conscientia) језиковно и стварно у вези са знањем (Wissen-scientia)«.

Richard Loening. Über Wurzel und Wesen des Rechts. П. д. »Унутрашњи фактор, који у нама може произвести и производи преставе сагласности, постоји у онју психичкој функцији која нам самим постојањем даје извесност о истинитости своје садржине, која (функција) не треба даљег доказа зату истину, и такав доказ никако не допушта: он (унутрашњи фактор) састоји се у људском осећају, који, по тој страни његове манифестијације (хармонија људског делања са датим чињеницама — конформитет), означавамо као правни осећај.«

»Правне представе, о којима је до сада говорено, карактеришу се, ближе посматране, као осећајни доживљаји (Gefühlsvorgänge); у колико прелазе у свест, зовемо их правна свест, у колико нам дају извесност своје истинитости, своје истинитости за нас, правно уверење.«

Julius Ofner. Das soziale Rechtsdenken. П. д. S. 1, 29, 30. »У данашње време, право се схвата у два смисла: позитивно право, које се састоји у постављеним правилима (Satzungen) и обичајима једног народа, и етичко право, које свој основ има у правном осећају...«

»Правни осећај појединца је нејасан, колебљив, зависан од свакојаких психичких утицаја... Вечити психички извор, из кога струји мисао права,

Осећај, уверење и свест о ономе што је праће мерило су позитивног права (»праведни« и »неправедни« закони); осећај, уверење и правна свест о позитивном праву одблесак су и мерило примене позитивног права и утицаја те примене на друштвени живот у опште, они су израз правне сигурности (законитости), а оскудица истих израз је правне несигурности (незаконитости)¹⁵.

јесте животни осећај човека, задовољство и патња. Што човеку ствара задовољство, у клици је право, што му ствара патњу, у клици је неправо...

»Уверење је једно стање у мишљењу у опште, учвршћено мишљење, првенствено појмљено (*verständen*) као мишљење, које је искуством и размишљањем учвршћено, разумно (*vernünftige*) уверење. Оно истина мора бити спремно, да се поправи даљим опажањем и размишљањем, али је ипак крајња тачка до које мишљење човека може продрети у правцу извесности. Објективно истинито је само апстракција, човек може доспети најдаље до уверења. Али учвршћено мишљење чини снажним и постојаним (*fest*), оно је специфично људска форма снаге. Оно чини снажним и одлучним и у делању, из њега израста верност, према себи и према другоме. Оно се од свести (*Gewissen*) разликује тиме што је свест (*Gewissen*) само критична, оно позитивно и дело снажно (*taatkraftig*)... Из живота мишљења, из уверења живих људи бије увек нови млађи права«.

Friedrich Wieser. П. д. S. 121, 191. »Мудрост говори разуму, право мора задовољити правни осећај...«

»Што називамо међународним правом, у најбољем случају јесте постајуће право или је морални захтев из висине људског осећања.«

Léon Diguit. П. д. Р. 41—56. »Осећај социјалности и осећај правде, то су два елемента који чине да се у духовима формира, једног датог момента, свест да је извесно правило правна норма... Правда није рационална идеја, апсолутна, откријена разумом. То је осећај својствен људској природи... Самим тим што постоји људско друштво, свест о правди постоји код свих, вишке или мање јака, али извесна. Она постоји чак и код оних који је најотвореније вређају, само ако нису у патолошком стању... Једно правило постаје правно правило у тренутку у коме маса духова има осећај да је поштовање тога правила тако битно за одржавање социјалне солидарности да захтева организовану санкцију истога... То стање свести је финално творачки извор права, и та свест јесте правна свест.«

¹⁵ Живојин М. Перећ (Један поглед на еволуционистичку правну школу. Глас Срп. Краљ. Академије. LXXIV С. 122—164) мисли, да је правна свест расположење појединца да се, у питању унапређења друштвених односа, послуже једино оним средствима која актуелна друштвена организација допушта, а по Штамлеру (Rudolf Stammller. *Wirtschaft und Recht*. П. д. С. 502—510) правна свест је свест о томе да постоје право важи за све, обавезује све, и оне који га дају, стварају, и оне којима је наметнуто, све дотле докле не буде замењено новим, свеједно да ли ће та замена бити извршена легално или нелегално.

У својим поменутим делима, Kampf ums Recht (српски превод) и циљ у праву, Јеринг вели, у првом, да су правна свест и правно уверење апстракције науке, а да је снага права у осећању као и снага у љубави (с. 40), у другој реч је о правној свести народа. Она је свест о томе да се непоштовањем и угрожавањем туђега права не поштује и угрожава и моје сопствено (с. 263—268), и да на јачини народне правне свести, почива, у последњој инстанцији, целокупна правна сигурност.

Dr. Чед. Марковић. Правна Свест. П. д. С. 18—32. Правна свест јесте свест о праву које постоји и о праву које би требало да постоји, а то значи свест коју индивидуа има о себи и својим односима према осталим члановима јединице, свест о интересима и условима који је везују за јединицу, свест о томе како је дошло до тих услова и односа, и свест о промени истих, о начину и последицама промене. Као таква, свест се диже изнад осећаја. Они су јој услов, она њихов регулатор. Идеја је замисао, престава, свест је разум, знање, распо-

Правни осећај, правно уверење, правна свест нису, разуме се, нешто што се са нама рађа. Они се временом, животом у породици и у друштву, јављају, и намећу и стичу, почев са првим распознавањем људских односа, а кад се већ једном формирају — врше утицај моћног фактора и у промени и у примени¹⁶ позитивног права.

Целисходност.

Правда је саобразност ономе што је праће, а целисходност је саобразност средстава циљу.

Кад је реч о циљу као једном одређеном поретку који хоће да се постигне у људским односима, он може бити праведан или неправедан. И кад је праведан, средства, која се употребљавају за његово постигнуће, у колико их чине људски односи, могу бити праведна (правично обештетити досадашње сопственике од којих се одузима земља) или неправедна (одузимање земље без накнаде, убијање присталица досадашњег режима и т. д.). Праведност циља не може правдати неправедност средстава. Што је и докле је неправедно, остаје неправедно за сва времена.

знавање, расуђивање. Такве правне свести, потпуне, има код мањег броја чланова јединице, док сви чланови имају осећај и идеју о праву...

»Ја правду сматрам као чист народно-правни појам, као базу сваког права које хоће да се уздигне над самовољом и силом, и с тога и народну правну свест сводим на свест о правди...«

»Као што се сви слажемо у питању, која је од две линије (на табли повучена права и крича линија) права а која крича, исто тако сви ми знамо шта је право а шта неправо у односу човека према човеку, члана јединице према јединици и обратно, и шта је праће у сносу јединице према јединици. Право је кад имам исту меру и за себе и за другога. Право је, дакле, чинити другима што човек хоће да њему други чине, и негативно, не чинити другом што човек не жели да њему други чини.«

»У томе је народни осећај, идеја, свест о правди и о праву. С тог гледишта народ суди о законима, да ли су праведни или неправедни, и о путу и начину, на који неправедни треба да се укину...«

¹⁶ Wilhelm Sauer. Das juristische Grundgesetz. Stuttgart 1923. S. 31. »Правни основни закон јесте правни израз за само психолошки опредељив, а правно нејасан и разливен (*verschwommene*) »правни осећај«. Без »здравог правног осећаја« и тиме без правног основног закона (више користи но штете, а ако не може бити без штете — онда што мање штете) правник (*Voll-Jurist*) не може вршити успешан рад. Здрав правни осећај даје му шта више смелости, да у ретким нарочито особеним случајевима пресуди и *protiv* закона, т. ј. против специјалног закона. Ако је одлука сагласна само са основним законом! тада одговара смислу права, духу закона...«

J. v. Kirchmann. Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Издање од 1919. год. Wittenburg (Meckl). S. 14, 15. »Особитост предмета правне науке показује се и у томе, да право није само у знању него и у осећању, да њен предмет своје седиште има не само у глави него и у грудима...«

»Осећај није никада и никаде критериј истине; он је продукт васпитања, обичаја, занимања, темперамента, дакле и случаја.«

Adolf Dyroff (Naturrecht und Psychologie. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. XVI. Band. Heft 3. S. 326, 327) мишљења је, да термин правни осећај, који је и сувише неодређен а да би могао бити термин, треба са храбром одлучношћу потпуно одбацити (*ausmerzen*). Бољи би био израз правни

Вековно искуство учи нас, да »нужда закон мења«¹ и да је »велика раздаљина између философског идеала и стварности« (Марко Аурелије), али нам ни оно ни наше резоновање не казују, да »циљ правда средство«, ма да се у пракси већина људи клања успеху, не распитејући се много за средства, којима је исти постигнут (»макиавелизам«)².

У примени, т. ј. у животу, између правде и целисходности, између опште допуштенога и у конкретном случају кориснога, влада непрестани сукоб, који су Римљани изразили изрекама: нека се врши правда, ма пропао свет (*fiat iustitia, pereat mundus*), и — спас државе нека је највиши закон (*salus rei publicae suprema lex esto*). Да ли се у конкретном случају ради збиља о спасу државе, или је »спас државе« изговор за спровођење интереса појединих социјалних група, фактичко је питање. Овде се задовољавамо констатацијом факта, да су правда и целисходност (корисност, опортунитет) два фактора у одређивању конкретног друштвеног поретка³. Они могу дејствовати и у истом правцу, јер може бити (и требало би да је) и целисходно оно што је праведно, али врло често дејствују и у супротним правцима, и онда је правац друштвеног поретка у правцу јаче силе.

такт. Али шта је такт? »Такт је природно осећање«, веле неки. Али шта је то? »Такт је здрав људски разум?« А шта је он?

¹ Dr. Gustav Le Bon. П. д. »Изнад фантазије деспота и законодавца, који непрестано доносе законе да реформирају друштво, влада суверени господар — Нужда«.

² Никола Макиавели. Владалац. Превео са италијанског Миодраг Ристић. Београд 1907. С. 10. Заиста је природна и обична ствар желети и задобити нешто, и увек, када то раде људи који у томе могу да успеју, биће хваљени, или бар неће бити кућени; али када не могу, а жуде да то учине ма по коју цену, у томе лежи погрешка и осуда. С. 40. Не може се ипак назвати врлином убијање својих суграђана, издавање пријатеља, недржање дате речи, или бити без саучешћа и без вере. С. 70. Многи су замишљали републике и могонархије које се никада нису виделе ни познале у истини. Јер је толико далеко од онога како се живи до онога како би требало живети, да онај који, у место онога што се чини, ради оно што би требало чинити, доживљује пре своју пропаст него успех: јер човек, који хоће увек, у свима приликама, да буде добар, мора да пропадне међу толиким који нису добри. Потребно је, дакле, једном владајућу, који хоће да се одржи, да се навикне да може бити рђав, и да се тим служи, према потреби. — Тако, треба изгледати благ, веран, човечан, чистан, религиозан, и бити то; али бити и спреман, и моћи и умети, затреба ли, не бити такав, променити се у супротност. С. 80. У радњама свих људи, а нарочито владалаца, противу којих се не може судски поступати, гледа се на циљ. Нека се, дакле, владалац труди да побеђује и да сачува државу, средства ће се увек сматрати часна, и свако ће их хвалити, јер се гомила задобија спољашњошћу и исходом ствари, а у свету само постоји гомила, а мањина излази када је већини потребно да се на кога ослони.«

³ François Géry. П. д. IV. Quatrième et dernière partie. Paris 1924. Р. 25, 26. »Конфликт интереса чини основ правних проблема...«

»Морални осећај правде, с једне, практични обзор корисности, с друге стране, престављају основне елементе социјалног поретка који има да се реализује правом.«

Једнакост и неједнакост.

Људи су међу собом истовремено и једнаки и неједнаки, и од природе и по друштвеном уређењу.

Од природе једнаки су, апсолутно једнаки, по факту рођења и смрти: на исти начин сви се рађају (отац и мати, порођај) и на исти начин, једном за свагда и без обзира на проведени живот, гаси се њихово биће. Као људска бића сви имају исте елементарне потребе, сви осећају бол и задовољство и, редовно, сви избегавају једно и траже друго; сви нормални чланови једног друштва осећају и знају (ма да често друкчије раде), шта је право (праведно, једнако), сви имају јаче или слабије развијену моћ (способност) распознавања добра или зла¹.

Али су, исто тако, људи од природе и неједнаки: женски и мушки пол, доба старости, физичка и умна развијеност и способност, јачина склоности, апетита.

Од саме природе, већ је поновљено, људи су и упућени једни на друге, зависни једни од других, и упућени једни против других, те су истовремено подједнако природне (ни праведне ни неправедне, ни моралне ни неморалне, ни правне ни противправне) и најинтимнија сарадња и најсвирепија борба.

Ова природна упућеност људских бића једних на друге и једних против других довела је до разних видова једнакости (у производњи и потрошњи сразмерно способности и потреби, у породици; у сношењу терета сразмерном имовном стању, у држави; једнакости пред законима после укидања ропства и сталешке поделе) и неједнакости (слободни и робови, разноправне касте и сталежи, класе, богати и сиромаси, грађани и странци) међу њима и у друштвеном уређењу, које се, стојећи под утицајем квантитативно и квалитативно промењљивих фактора, и само непрестано мења у појединостима.

Поред свих неправилности и привидног застоја у променама, кад се посматра историски процес развића људске заједнице није тешко констатовати: да се круг упућености људи једних на друге

¹ Alfred Fouillé. Extraits. П. д. Р. 10. *Budha*. »Онај је мудрац који не види разлику између тела једног принца и тела једног роба... Битно је у овом свету оно што се такође може наћи у телу роба (врлина) и што мудри треба да по-здраве и поштују...«

»Браман је рођен од жене исто тако као и чандала (парија). Где видиш, дакле, разлог да један треба да буде племић а други простак. Нема четири класе него само једна.«

P. 12. Философија у Персији *Zoroistre*. — »Слава нека је Хому (Hom), који чини да је геније сиромашнога по величини раван генију богатога. Слава Хому, који чини да је разум сиромаша раван разуму богаташа.«

P. 16, 17. *Confucius*. »Виши човек ожалошћава се због своје немоћи, не ожалошћава се због тога што га људи игноришу и запостављају.«

»Људе треба волети свом снагом и пространством своје љубави.«

»Виши је човек онај који је подједнако благонаклон према свима људима.«

»Нека виши човек гледа све људе... као своју браћу.«

P. 124. *Sénèque*. »Помислите, да је човек кога зовете вашим робом рођен од истога семена као и ви, да ужива исто небо, да дише исти ваздух, и, као ви, живи и умире... Своје преценте сводим на један: »Поступајте с вашим млађима као што би желели да с вами поступају ваши старији.«

све више проширује (од уског припадништва искључиво једној породици, једном племену, до *tako reči* светског грађанства — декларација права *човека и грађанина*); да се сукоби, ма да нужно неизбежни, умањују и ублажују; и да се неједнакости, у колико долазе од људске воље, све више изравнавају. Тада процес у опште посматраном друштвеном поретку називамо прогрес или еволуција.

Слобода.

Слобода у најширем смислу јесте осуство спољашњег притиска, »осуство спољашње принуде«, »моћ да се чини све што се хоће кад се није спречено«.

Човек може бити слободан фактички, правно и морално.

1º Фактички или природно слободан је онај човек чија природна могућност кретања и делања није спречена од стране других људи, онај који може да се креће и да чини или не чини све што би по својој природној способности могао да чини или не чини.

Да се тако схваћена фактичка слобода човека подудара са фактичким ропством многобројним природним силама (у које спадају и остали људи) и са фактичком немогућношћу дужег опстанка, ствар је и сувише очигледна. Чему би служила фактичка слобода новорођенчету, изнемоглом старцу, болеснику, докле би се одржао и најснажнији човек кад би се нашао сам пред зверовима, какви би му били и остали људи, исто тако слободни са своје стране (»вук на вука ни у гори неће«, а још и данас »усамљен човек више страхује од сусрета у шуми са човеком но са дивљом звери«). Ван сумње је да би тако слободан човек, у колико му је стало до голог живота, завидео робу и робијашу. Бедна би била таква фактичка слобода, па је и са тог гледишта погрешно учење, да се сви људи рађају слободни а да су свуда у оковима (Жан Жак Русо), као што је погрешно и тврђење, да су »сви људи од природе слободни и независни« (чл. 1. Устава северо-америчке државе Виргиније од 12. јуна 1876. год.).

Ко размисли о слободи у природи, извесно неће пожелети да буде »слободан к'о птица на грани«, која је, у ствари, непрестано у страху за свој живот. Још мање ће наћи, да су људи независни једни од других. Независност, на пример, новорођенчета само је биолошка. Сва његова независност од других у томе је да остављено само себи умре независно од других¹.

2º Правно слободан је онај који није, слично ствари или животињи, у власти другога. У том смислу сви су људи (у т. зв. цивилизованим државама) данас слободни.

Обим слободе одређен је конкретним правним поретком, који је, пре свега и ма колико био неправедан, као израз воље јачих, у ствари ограничење фактичке слободе јачих². Вавилонски краљ Хамураби

¹ Rudolf Stommel. Wirtschaft und Recht. П. д. S. 212. »Социјални живот је спољашње регулисана сарадња људи. За социјалну науку природна слобода не постоји као предмет испитивања.«

² Leonard Nelson. П. д. S. 21. »Проблем слободе почиње ту, где се такво ограничење слободе показује као нужно.«

дао је закон, да »спречи моћнога да не угњетава слабога«; писање римског закона дванаест таблица захтевали су плебејци; у дискусији са Сократом, реторичар Горгијас вели: »У већини ствари природа и закон су супротни једно другом... По мени, множина, слаби људи су направили законе... Они веле да је ружно и неправедно имати више него други, и радити да се постане моћнији, значи учинити се повиним неправде. Будући слабији, сматрају се мислим, врло срећним да све буде једнако.« Истинске слободе може бити тамо где владају закони: Сви смо, рекао је Цицерон, робови закона, да би могли бити слободни (*omnes legibus servi sumus, ut liberi esse possimus*).

Како је правни поредак променљив, варира и обим правне слободе — допуштености да се чини што правом (позитивним) није забрањено.

Сужавање фактичке слободе позитивним правом може иći до границе, преко које је смрт милија од живота. Редовне последице прекорачења те границе јесу побуне и револуције.

Вековна учења о слободи и ограничењу исте формулисана су у Декларацији права човека и грађанина (од 2. октобра 1789.): »Слобода се састоји у томе да се чини све што другоме није штетно. Тако, вршење природних права сваког човека нема других граница до оних које осталим члановима друштва осигуравају ужијавање истих тих права. Те границе само законом могу бити одређене.« На место речи »природних права«, која смо огласили за илузију, ставићемо речи »фактичке слободе.«

3º У смислу друштвеног морала, човек је слободан, у колико му то друштвени морал допушта: слободан је да чини или не чини све што му друштвени морал не забрањује.

О моралној слободи човека говори се и у смислу владавине разума над осећајима (нагонима, жељама, страстима). У том погледу, уопште се признаје, да се осећаји разумом могу донекле обуздати, да се човек у том правцу може власпитати, али се тврди, да разум осећаје не може непосредно ни изазвати ни угушити³. Човек је прво осећајно, па тек онда разумно биће. Слабост разума у односу према осећајима изражена је и у молитви: Не наведи нас у искушење!

Владавина разума је више у отклањању искушења но у господарењу осећајима.

Солидарност или међувисност.

У новије време (почев са осамнаестим столећем) у употреби је реч солидарност (међувисност). »Долази од латинског *solidum*, што изражава идеју целокупности, целе ствари, неподељене¹. »У садашњици реч солидарност појављује се сваког тренутка, у поли-

³ Gustave Le Bon. П. д. Р. 152. »Једна од великих заблуда нашег времена јесте мишљење, да образовање изједначује људе. Велики број политичара и универзитетлија, снабдевених дипломама, имају менталитет варвара, и не могу у животу имати за вођу друго што до душу варварина.«

¹ Marcel Planiol. Traité élémentaire de Droit Civil. Septième édition. Tome deuxième. Paris. 1917. P. 228.

тичким говорима и списима. Изгледало је прво да се узима у смислу просте варијанте трећег израза републиканске девизе: братство. Она му се све више и више супституише².

Факт је да су људи зависни једни од других, како по сличности, јер имају исте потребе, које могу задовољити само у сарадњи једни с другима (»механичка солидарност«), тако и по различности, јер имају различне способности и различне потребе, које такође могу задовољити сарадњом: применом свих способности и разменом добра која имају, за добра у којима оскудевају (»органска солидарност«).³ Солидарност је и »позитивна« и »негативна«⁴: што користи једнима може користити и другима (корисни проналасци користе свима људима, богата жетва у једном делу света спасава од глади и стапнике другог дела света), и што штети једнима може штетити и другима (заразне болести једних преносе се и на друге, рат може утицати штетно и на неутралне државе). Али при свем том не треба губити из вида ни факт, да међу људима, и њиховим групама, баш због сличности њихових потреба, способности, апетита, истовремено може постојати и искључивост. Док, на пример, између два бродоломника, који су се нашли у једном чамцу, постоји међузависност, јер само сарадњом могу одржати чамац да се не преврне, дотле између два бродоломника, који су се докопали једне мање даске, постоји искључивост, јер даска може остати на површини само под теретом једног од њих. Свакодневно можемо посматрати сличне примере и без бродоломника.

Парола солидарности: »Један за све, сви за једнога« може важити само као принцип жељене сарадње у произвођењу животних добара и у одбрани од опасности. Тада принцип заснивати на упоређењу људског друштва са живим организмом (органска теорија), на упоређењу које датира још од Мененија Агрипа, и сувише је наивно. Нити су појединци оно што су ћелије у организму, нити су поједине друштвене групе у кругу једне заједнице оно што су поједини органи у живом организму⁵.

Изван свог значења у праву (солидарне тражбине и обавезе), појам речи солидарност још је и сувише неодређен⁶.

² Léon Bourgeois. Solidarité. 9^e édition. Paris 1922.

³ Émile Durkheim. La division du travail social. Quatrième édition. Paris 1922.

⁴ T. H. Mac. Carthy. Le Président Wilson. Paris 1918.

⁵ Michel Ange Vaccaro. Les bases sociologiques du droit et de l'état. Paris. P. XX. »Да се поруши свака сличност између људског социјалног агрегата и животињског организма, довољно је приметити, да је у животињском организму расподела хране разним организмима у директној сразмери са њиховим физиолошким радом, док је у људском друштву скоро увек противно.«

Dr. Чед. Марковић. Дигијева правна теорија. Суботица 1927. С. 27.

⁶ Vilfredo Pareto. П. д. Volume I. P. 223. Volume II. P. 901, 998. Реч солидарност је довољно неодређена »да јој сваки може дати значење какво жели...« Апостоли солидарности чине врло добро што употребљују неодређене изразе; али, у оскудници другог доказа, само то било би довољно да покаже узалудност њихових претензија да нам даду научна резоновања... Немогуће је озбиљно резоновати са људима, који употребљују тако неодређене, тако магловите изразе, чији смисао ни сами не знају«.

Charles Gide et Charles Riste. П. д. P. 693—724. »Не само да је изгледало да се та идеја појављује са свих страна, него је изгледало да долази баш у же-

Морал.

Смисао речи морал, неморал, морално, неморално, магловит је, еластичан¹, и зато се те речи тако често и употребљују. Ипак се, сведеном анализом прилика у којима се и за које се употребљују, долази до констатације, да у обичном говору, у коме књишку реч »морал« замењују, у главном, народске речи »поштење« и »честитост«, у крајњој линији значе што и корист (морал), односно штета (неморал), која од понашања (радњи или нерадњи) једних може (или се замиља да може) наступити за друге, а која се, корист односно штета, не жели са гледишта (интереса) посматране заједнице². При

јевном тренутку да задовољи све који више нису били за индивидуалистички либерализам, а који је ипак одбијао колективизам и етатизам. То је застава коју су истакле различне школе и која служи да се оправдају кадшто врло дивергентни циљеви.

Живојин М. Перећ. Егоизам, солидаризам, алtruizam. Чланак у часопису Хришћански Живот од јуна 1922. год. (Београд). С. 356—362. »Шта је солидарност и солидаризам? Ови термини долазе, мислим, из Приватног Права: солидарни дужници су они дужници, за које се каже да сваки дугује за све, а сви дугују за свакога. Пренесена у друштвене односе, солидарност значи: сваки члан друштва ради и дела за све остале чланове друштва, а сви чланови друштва ради за сваког појединачног члана. Сваки део целине функционише за целину, а целина функционише за сваки део. Ако појединачни делови престану да функционишу и целина престаје да функционише, и vice versa, ако би целина престала да функционише, престао би да функционише и сваки део... Солидарност у крајњој линији, такође је егоизам, само егоизам који се одмах не види, прерушен егоизам. Онај ко ради из солидарности, ради, такође за самога себе, за свој лични интерес...«

Видети Alfred Vierkandt. П. д. S. 184—200.

¹ Vilfredo Pareto. П. д. I. P. 205. »Феномени означени у обичном говору изразима религија, морал, право, имају велики значај за социологију. Столећима дискутују људи о њима, а нису успели ни да се споразумеју о смислу тих појмова. О њима се даје врло велики број дефиниција, а пошто се ове не слажу, људи су принуђени да различне ствари означавају истом речи, што је одлично средство да се не разумеју.«

Levy-Bruhl. La morale et la science des moeurs. Sixième édition. Paris. P. 101. »Реч »морал« може се узети у три смисла:

1. »морал« се назива скуп концепција, судова, осећаја, узуса (usages), који се односе на узајамна права и дужности међу људима, који су (судови, осећаји, узуси) признати и у опште респектовани у датој периоди и у датој цивилизацији;

2. »моралом« се још назива наука о тим фактима, као што се физиком назива наука о природним феноменима;

3. најзад »моралом« се још може назвати примена те науке. — Код старих Мисираца, чија историја почине на пет до шест хиљада година пре наше ере, »Од најстаријих времена морал је сматран као добра и хвале вредна наука, али толико обрађена (rebattue), да се само по форми може подлатити« (Gaston Maspero).

² Höffding. П. д. S. 127. »Свака етичка мисао (Gedankengang) води на крају до једне тачке, где се показује, да је крајњи разлог за одобравање једне радње тај што се на ком месту у свету производи задовољство или бол.«

Max Ernst Mayer. П. д. S. 46. »Моралу припадају оне норме чије поштовање савест изискује. Савест... т. ј. одјек (exo) социјалних захтева; она брани интерес заједнице против себичности индивидуе.«

Rudolf фон Јеринг. Циљ у праву. П. д. C. 136. »Наравственост је друштвени егоизам.«

Paul Lagorrette. П. д. P. 148, 187. »Док су једни аутори унапред одбијали, као неморално, декомпозицију моралних појмова, други су их огласили за не-

том се и не помиšља на штету, која би независно од реакције друштва (или божанства)³, од »неморалне« радње могла наступити лично сводљиве, јер нису озбиљно покушавали њихово свођење или им је директан покушај остао неуспешан...

»Право, дужност, своде се у основу на животне индивидуалне или социјалне интересе«.

Vilfredo Pareto. П. д. II. Р. 1186. »Може се рећи да је историја морала и законодавства историја покушаја, чињених да се како тако измире корист лична и корист другога или друштва«.

Franz Oppenheimer. П. д. Erster Band. Zweiter Halbband. S. 580. »Знамо да се у сваком тренутку као морално осећа оно што користи групи«.

Spinoza. Éthique. Tradition nouvelle de Raoul Lantzenberg. Paris. Р. 4. Спиноза: Радити апсолутно морално (par vertue) није ништа друго до бити вођен разумом, живети и одржати своје биће (ова три израза имају исто значење) према принципу тражења своје властите користи (Livre IV. Théorème XXVII).

»Мечников: (Essais optimiste. Paris 1907. Постоји и српски превод): Са прогресом знања, морално владање и корисно владање идентификоваће се све више и више«.

Georges Clemanceau (L'Illustration. Journal hebdomadaire 25. Septembre 1926. Au soir de la pensée). »Основ универзалног морала резимира се у једну прсту формулу. Морамо живети са нашим ближњима. Живети на њихову штету, живети на њихову корист, или узајамно помажући се.

»Не постоји људско створење, коме није потребно друго људско створење; то је поларна звезда наше хуманости«.

Professor J. Makarewicz. П. д. S. 44, 45. »Свака социјална норма почива на социјалном утилитаризму. Оно што је друштвено корисно чини полазну тачку сваке друштвене институције... Што је за социјалну групу као такву штетно мора она схватити као рђаво, што јој је корисно, као добро. Морално једнако је да се заједници корисним, неморално преведено да »друштвено штетно«, то су први основи друштвеног живота и истовремено етике«.

Alfred Vierkandt. П. д. S. 61, 266, 394. »Друштво ће у опште неку радњу (ein Können) допустити и признати само ако му је она ма како корисна или опште вредносна«.

Gustav Ratzenhofer. Positive Ethik. Die Verwirklichung des Seinsollenden. Leipzig 1901. S. 240. »Кад етичари оно што би у друштву требало да буде траже у алtruizmu или несебичности, они губе из вида практични свет. Несебичност као реална особина човека не постоји, што зна сваки који схвата интересну природу човека...«

Herbert Spencer. Justice. Traduit par E. Castelot. Paris 1903. Р. 59. »Ма Канта (»Поступајте само по правилу за које би могли желети да постане општи закон«) класирају у антиутиларисте, он је посредно утилариста.« — И по Шопенхауеровом мишљењу, које је тачно, Кант је »еудемонизам више привидно но стварно прогнао из етике« и његов (Кантов) морал је »просто пре-рушење теолошког [морала]« (Schopenhauers Werke. Reklamsuniversalbibliothek. No. 2801—2805a, b. S. 497, 566).

³ Сав религиозни морал почива не на алtruizму него на чистом интересу друштва и појединца, на користи и штети, на страху од казне и на нади у награду, па потпуно реалном егоистичком правилу: дајем да ми се да, чиним да ми се чини.

Пета књига Мојсијева. Гл. 5. Поштуј оца и матер своју, као што ти је заповедио Господ Бог твој; да би се продужили дани твоји и да би ти добро било на земљи. Гл. 6. А кад те доведе Господ Бог твој у градове велике и добре, које ниси зидао, и у куће пуне сваког добра, које ниси пунио, и на студенце ископане, које ниси копао, и у винограде и у маслињаке, које ниси садио, и станеш јести и насиши се, чувај се да не заборавиш Господа, који те је извео из земље Мисирске, из куће ропске. Господа Бога својега бој се и њему служи.« (Видети: G. Ratzenhofer. Sociologie. Leipzig 1907. S. 227, 228).

за извршиоца исте. Тако, на пример, ко се преко практикованог (убичајеног) деколтеа лежерно обучен појави у друштву, поступа неморално (непристројно), али не зато што би, рецимо, могао назепсти, него за то што би другима у ма ком виду могао бити штетан или бар непријатан; ко лаже, поступа неморално, јер они које лаже могу од обмане претрпети неку штету; ванбрачно затрудњење »неморално је«, с тога што је понегде девојка мати имала мању вредност као објект продаје и што ће, у данашњици, издржавање ванбрачног детета⁴ пасти на терет друштву, које хоће радне руке и војнике, али одгајене о трошку појединца, и. т. д. Моралне су радње једног лица оне које су његовој групи корисне (обманути непријатеља групе, врлина је; убити што више непријатеља по цену личне опасности, херојство је), неморалне или рђаве су оне које су групи штетне⁵.

Јеванђеље по Матеју. Гл. 4. Покажте се, јер се приближи царство небеско. Гл. 5. Радујте се, јер је велика плата ваша небеска. Гл. 10. Ако вас ко не прими нити послуша речи ваших, заиста вам кажем: лакше ће бити земљи Содомској и Гоморској у дан страшнога суда него ли граду ономе. — А ко се одрече мене пред људима, одрећи ћу се и ја њега пред оцем својим који је на небесима. Гл. 12. Који није самном, против мене је. Гл. 13. И послаће син човечији анђеле своје, и сабраће из царства његова све који чине саблазни и који чине безакоња. И бациће их у пећ огњену: онда ће бити плач и шкргут зуба. Тада ће се праведници засијати као сунце у царству оца мојега. *Ко има уши да чује, нека чује.*

Коран. Гл. IV. Они који слушају Бога и пророка, они ће од Бога примити красну награду. О верни, будите стрпљиви, будите стални и бојте се Бога. Ви ћете бити срећни. Несреће једнако ће обасипати невернике због њихових дела. Казна ће их снаћи на овоме свету, а страшнија их чека на другом. Ево каква ће бити градина обећана онима који се боје Бога: градина орошена текућим водама (Не губити из вида да се проповеда у Арабији); храна њених плодова неисцрпна је, а њени су хладови вечни. Такав ће бити свршетак верних а огањ неверних. —

(Видети Hans Vaihinger. Die Philosophie des Als Ob. Fünfte und sechste Auflage. Leipzig 1920. S. 68). —

Будући да је човек створио Бога по подобију своме, и сувише је наивно порекло морала тражити у религији, која је и сама дело човека. »Теорија, по којој су моралне норме постале са религијом или из религије произашле, није само специјалитет теологије; она је одомаћена и у философији, нарочито у енглеској и у скотској. У старој, извелсталој форми она каже, да су моралне норме као готове заповести утишнуте у религиозну свест човечанства, а да при том искуство није играло никакву улогу. Једном речи, и не покушава се да се објасни, како се је то психолошки десило. У том облику, ова теорија поклапа се са априористично-интуитивистичком, подлежи истим критичким приговорима, и с тога је, и без обзира на то што не може водити рачуна о оправданим елементима других теорија, неодржива. Могло би се и грубље рећи: у том погледу та теорија значи бегство у *asylum ignorantiae* (Dr. Emil Walter Mayer. П. д. S. 35.). Видети цитат истог аутора под насловом Циљ човека и људске заједнице.

⁴ Ми смо данас врло захвални материма Хомера, Мојсија, Ромула... Нико од нас не долази на помисао да их назове неморалним, и ако су их, може бити, савременици третирали као што и ми третирамо ванбрачне матере.

Paul Lagorrette. П. д. Р. 232. »Без срама, у осталом кадшто саветника злочина, који пада на материнство изван брака, зар би се са толико бриљивости избегавала прокреација тамо где матери и детету није обезбеђена природна потпора. Таква прокреација од велике је штете и за матер и дете и за друштво.«

⁵ За Шопенхауера, који вели: »Moral predigen ist leicht, Moral begründen schwer« (морал је лако предиковати, али тешко засновати га), основ морала је у сажаљењу. Радње, којима се другима чини добро само из сажаљења, из милосрђа, без икаквих егоистичких побуда, једине су од моралне вредности. Отсуствост сваке егоистичке мотивације критеријум је радње од моралне вредности (Schopenhauer's Werke. П. д. S. 584.—594.).

Прослављају оне који погину у рату или на каквом другом друштвено корисном послу; православна и католичка црква ускраћују религиозну сахрану самоубицама. Моралне радње одобравају се, допуштају, захтевају, подстичу, неморалне се осуђују, сузбијају.

Моралан или неморалан, поштен или непоштен, пристојан или непристојан, честит или неваљао нико није према самом себи, него увек и једино у односу према другима. Радња, коју вршим, за мене лично може бити добра или рђава, паметна или непаметна, мудра или лакомислена, корисна или штетна, свеједно да ли трајно или само тренутно, да ли по природи (прејео се и покварио стомак, назебао и разболео се) или због евентуалне друштвене реакције⁶ (ко једном слаже, други пут му се не верује и кад истину каже), али никад морална или неморална, поштена или непоштена. Могу, разуме се, знати, бити свестан тога да радим поштено или непоштено, па и онда кад ми и у колико ми то мерило не би било наметнуто од друштва (»сви се рађамо у стању моралне ступидности«)⁷ него од моје индивидуалности, у колико се она манифестију као реакција на милије, у који спада и суд других људи.

Од увек је неморалан онај који безобзирно спроводи своје личне интересе или прохтеве, и од увек је самопрегоревање и пожртвовање за друге морално, највиша врлина, јер је друштву, групи у којој се живи, корисно. Пожртвовање за младунце својствено је и животињама. Без њега се не би одржале. У њему је, у инстинкту, у том природном закону у користи рода, врсте, групе, порекло и људске моралности — самопрегоревања, пожртвовања, алtruизма⁸.

⁶ Vassago. П. д. Р. 446. »Кадгод се једна индивидуа уздржава од неке радње, која може бити штетна човеку, чини то не с тога што ту радњу, по себи, сматра за штетну и недопуштену, него с тога што страхује од реакције, која би му могла проузроковати веће зло од добра које жели да постигне. —

Из личног искуства знамо, да човек поступа морално не само из личног рачуна, него и врло често по самој навици, по својој »другој природи«, с тога што је тако научен, навикнут, што тако »ваља«, »приличи«, »пристоји«, »не ваља«, »не приличи«, »не пристоји«... не распитујући се при том о корисности или штетности таквог свог поступка за себе лично, и радећи тако чак и онда кад је извесно, да ће му радња бити штетна. Сва вредност моралног и у опште социјалног васпитања и почива на тој могућности образовања навици, да се извесне радње врше или не врше без обзира на корист или штету вршиоца у сваком конкретном случају. Таква навика свакако се образује под утицајем изгледа на корист или штету, али се свакако образује и имитацијом, адаптирањем: да радимо као и други, да своје поступке саобразимо средини.

⁷ Levy—Bruhl. П. д. Р. 151, 191.

⁸ Alfred Fouillée. Histoire de la Philosophie. П. д. Р. 552. »Код животиња, Г. Epinas (Sociétés animales) налази све врсте друштва: он показује како престава колективног ми дејствује на животињу, да њене радње упути не више у чисто егоистичком смислу него у алtruистичком смислу. Првиrudimentи моралности показују се у животињском свету, у ком се види да се индивидуа жртвује за породицу и за групу. Многобројна посматрања, која је Г. Епина прикупљо, служе за потврду његове тезе, важе не мање за моралисту но за социолога. Закључак је, да борба за живот није једини закон животињског света и да, напротив, закон алtruизма и пожртвовања ублажује (y vient faire échec) brutalну борбу за егзистенцију...«

»Ми мислимо да се треба чувати од претераних психолошких аналогија друштва са индивидуом, како је то учињено са физичким аналогијама друштва са животињским организмом.«

Хришћани свој морал, јеванђелски морал, сматрају за најувишији. Ни његов основ није незаинтересованост, ни на страни друштва, ни на страни онога који поступа саобразно том моралу (а таквих хришћана можда ни данас нема много више но што их има међу члановима других религија). Напротив, порекло су му и *стварни* основ не алtruizam алtruizam ради него добро или рђаво схваћен интерес утилитаризам⁹, који говори све језике и игра све улоге, па и улогу незаинтересованости (Rochefoucauld). »Братство је заједница интереса« (W. Sauer) и »Веза која спаја друштво није љубав него интерес, и у толико је та веза солиднија« (Felix Le Dantec). У светском рату имали смо не само хришћане против хришћана, него и Словене и хришћане на страни Не-Словена и не-хришћана против Словена и хришћана.

Морал је оцена људских радњи у односу према другима, оцена добра и зла у људским односима.

Према томе да ли је оцена усвојена у опште, код већине ако не и код свих чланова једне заједнице, или је оцена коју има и даје један члан заједнице, морал је општи, друштвени, или је индивидуалан (евентуално класни, групни, субјективан)¹⁰: »Атињани«, рекао је Сократ (на 400 година пре Христа), »ја вас поштујем и волим, али ћу се пре повиновати Богу него вама.«

Помиње се и религиозни морал, и под њим се разуме оцена радњи једног лица према божанству, или и према другим људима, али оцена у смислу заповести или правила која, по веровању, откровењем избраним људима (Мојсије, Христос, Мухамед, Буда, Кон-

⁹ Höffding. П. д. S. 20. »Да се оцени етика првобитног хришћанства, треба имати у виду да њен најдубљи мотив није била човечанска љубав, него живо одушевљено очекивање, да је небеско царство близу и да предстоји крај свих људских ствари.«

За Огиста Кента (П. д. IV), »хришћански морал не почива на алtruizmu него на egoizmu: спасење не других него себе самога. — Речима Јеванђеља: »Ко не призна мене на земљи, нећу ни ја њега, кад будем са десне стране оца својега«, изражена је позната саобраћајна максима: дајем да даш, чиним да чиниш (do ut des, facio ut facias). Има их велие, да је религиозни морал меница вучена на Бога (Видети Dr. Чед. Марковић. Правна Свест. П. д. С. 49, прим. 48).

¹⁰ Paul Lagorrette. П. д. Р. 242. »Моралне оцене нису различне само с оне стране планине или реке: у једној истој земљи се разликују према страни на којој се човек налази. Бандит се поноси својим занатом исто тако као чистан човек својим ; према томе, да ли се је тужилац или тужени, мисли се бело или црно, и можда је доволно да се обрну улоге па да се сутра обрне мишљење. Шта је, дакле, неморално, антисоцијално ? Треба ли очајавати, да ће се наћи и учинити да се усвоји један критеријум добра ?

»Доктринарне концепције, теориске формуле нису једноличније. Један се морал ослења на задовољство, срећу, корисност, други, строжији, »осуђује извесна задовољства и не одобрава ни једно«. Један морал проповеда тражење земаљских добара, дуг живот и »благословен децом«, други све своје бриге окреће према спекулацији и контемплацији. Овај изгледа да претима жртвује садашњу генерацију, онај изгледа да је посвећује припреми будућих генерација. Овде култ Отаџбине, тамо човечанства. Старо доба обожавало је тело ; хришћанство га занемарује у корист душе ; данас нам се саветује интегрално развијање.

»Из ове разноликости треба ли извести закључак о контрадикцији ? Далеко од тога. Изгледа да је у логици да идеали варирају пошто такође варирају и околности: то је принцип релативности услова живота.«

фучије, Зороастар...) потичу (посредно) од самог божанства. И та правила увек за циљ имају друштвену корисност, свеједно да ли више друштвену или индивидуалну¹¹.

За означавање допуштенога у политичким односима у употреби је назив *политички морал*. Употребљује се назив *јавни морал*, који треба да је исто што и политички морал, а може да значи што и општи морал — супротност индивидуалном (субјективном, »приватном«) моралу — или морал који важи за јавне односе на супрот моралу који важи за приватне односе (приватан морал), по угледу на јавно и приватно право, о којима ће се говорити доцније.

Сви ти разни називи сведоче, да се нема један прецизан појам о моралу. У Етици, учењу о добру и злу од људских радњи, говори се, више мање, о свим врстама морала. Овде је реч само о друштвеном моралу, јер, по реалистичком и, мислим, једино правилном схватању, сав морал, као и право, »постаје у друштву за друштво« (Јеринг).¹²

Морал је друштвена оцена људских односа. Морално је оно што је по тој оцени допуштено; неморално је оно што је по тој оцени недопуштено. Допуштено је оно што је или што се *сматра за корисно* сада или што је било или се за такво сматрало раније, па се као такво, допуштено, одржава традицијом, ма да је сада некорисно или чак и штетно.

Кад у једном друштву неморални поступци не наилазе на осетну реакцију од стране друштва, каже се да је њиме овладао неморал. Значи да је тада морал само у речи, у предици, не и на делу.

Шта је у једном одређеном друштву морално а шта неморално, изражено је у правилима која о томе у друштву постоје, а која су постала и постају, мењају се спонтано, обично, под утицајем променљивих животних погодаба и погледа на свет, или су, у току стварања религија, постала путем »откровења«, којима су, стварно, изражавани погледи осниваоца религија о томе какви би требали да буду људски односи на место оних који су постојали у њихово време.

Као што је већ речено, од правних правила морална се разликују како по својој санкцији, тако и по своме постанку:

¹¹ Emil Walter Mayer. П. д. S. 22. »Свима моралним системима човечанства, ма који да је циљ који постављају за људске радње, и ма које да су преставе помоћу којих заснивају важност тога циља, заједничке су норме, које су на то управљене да се и људски живот у ма ком виду одржи и унапреди. Тај обим може бити врло различан; може се радити час о животу човечанства, час о животу једног народа, час о животу једне касте, час више о животу целине, час више о животу индивидуа... Овако или онако, свеједно: у човечанству нема ни једног моралног система, који ма како не би био управљен на одржавање и унапређење људског живота.«

Friedrich Wieser. П. д. S. 263. »У дугом низу ратова, које су културни народи међу собом водили, историописац тешко ће наћи и један једини, у коме обе стране не би тврдиле оправданост своје ствари и у коме цркве обеју страна не би призвивале божији благослов на своју праведну ствар.«

Paul Lagorette. П. д. »Још и сада, да ли смо много удаљени од дивљака, који се својим боговима моле за свој успех, и свој морал придржују истребљењу својих непријатеља.«

¹² Dr. Чед. Марковић. Поштење и морал у праву. Поменута расправа. Примедбе 110.—133.

за њих не постоји ни организована санкција ни уверење о потреби организоване санкције;

она изражавају суд не преставника једне самосталне организоване заједнице, него суд чланова, свеједно да ли организоване или неорганизоване, самосталне или несамосталне заједнице;

она нису без санкције, само је ова неодређена, »дифузна«, јер се унапред не зна: ни каква ће бити (у чему ће се састојати), ни да ли ће и од кога бити изведена, али страх од евентуалног остварења санкције, страх од суда других људи о нашим радњама постоји код већине нормалних људи и чини »најпоузданју базу нашег морала«.

И морал, као и право, може бити или позитиван или теориски, т. ј. такав какав је, једног одређеног времена у једној одређеној заједници, оно што се у опште, просечно, сматра као допуштено и обично и практикује (позитиван морал), или такав какав би по мишљењу етичара и философа (оних који нарочито размишљају о људским односима и теже да их упите у правцу побољшања, мира, сарадње, хармоније) требао и (да се остане у границама реалности) морао да буде, какав се учи, проповеда, предикује (теориски, идејни, идеални морал).

У сваком случају, и на постанак и преобрађај морала, као и права, врше утицај многобројни фактори, па је само моралисање (врло често хипокрита предика) недовољно, ако спољашње погодбеза животну вољу нису у складу са жељеним поретком. Морална предика је без вредности, уколико је за просечне људе удисхармонији са целокупним поретком. Ко хоће да људи буду добри, треба да ради на стварању поретка, који доброту човека не само омогућава него, тако рећи, и намеће.¹³

¹³ Антон Менгер. Нова етика. Превод с немачког. Панчево 1920. С. 22. »Неће никада поћи за руком да се пуким проповедањем неке више моралности подигне савест људи и њихово морално стање, ако се истовремено не придржи преобрађај социјалних односима моћи.«

Franz Oppenheimer. П. д. Erster Band. Zweiter Halbband. S. 1013. »Спенсер каже у својој етици: у несавршеном друштву не може се очекивати савршен човек. Реч пуне дубоке мудрости.« S. 964. »И следеће упоређење може овде послужити као доказ за моћ (Kraft), којом промењени милје формира моралност и радњу човека. У својим неочекивим додацима Лавелејевој »Прасвојини«, Bücher износи податке о неким југозападним немачким општинама, које своје алменде (општинске земље) употребљају за старачке пензије својих грађана. Општинска земља, die »Bürgerweidek«, ager publicus, подељена је у парцеле различног присуна, које се најстаријим грађанима деле тако да најмлађи од учесника добија на плодојуживање најмању, најстарији најбољу парцелу. Кад један од њих умре, они по реду испод њега помичу се навише, а најстарији од оних који до тада нису имали парцеле добија најмању. Последица те срећне установе је, да старе људе тих општина њихова деца не само примерно негују него и истински воле, у лепој супротности према многим другим срезовима, где постоји обичај старачког дела или издржавања (des Alrenteils oder Ausgedings). Право родитеља на издржавање у натури и на новчану ренту у тим другим срезовима преставља једва сношљив терет за наследнике земље (für die Hoferben), и однос је често врло рђав, тако рђав да се на истоку Немачке арсеник са горком назива »старачки шећер« (»Altsitzerzucker«). Овде би се могло приметити, да је западни Немац мекши и љубазнији од источног Немца, јер престављају различне мешавине раса, они Германо-Келти, ови Германо-Словени. На то би имало да се одврати, да и у Золином

Однос између позитивног права и позитивног морала узајаман је: и позитивно право утиче на постанак и промену позитивног морала, и овај утиче на постанак и преобрађај позитивног права. У колико између преставника једне самосталне организоване заједнице и чланова исте постоји већа сагласност о људским односима у заједници, у толико ће постојати и већа подударност између позитивног права и позитивног морала и обратно. Како се под утицајем многобројних фактора мењају и људски погледи и утицајна моћ поједињих друштвених редова (заповедника и послушника, стаљежа, класа, племенских и верских заједница, политичких странака), мења се и однос између позитивног права и позитивног морала. Сагласност између њих биће у толико већа у колико су мање друштвене неравнине у саставу једне самосталне организоване заједнице. Идеално право и идеалан морал сливају се у једно исто. Право би извршило мисију, која му се приписује (стварање потпуне хармоније међу људима), када би успело да се учини извишним.

²⁰ Реч »морално« има и једно друго значење: он што је духовно или душевно, нематеријално, за разлику од онога што је материјално. Тако се говори о моралној снази (одлучност, преданост, истрајност, пожртвовање), о моралним добрима (углед, част, достојанство), о моралној штети (слабљење угледа, слабљење поверења, повреда осећаја) и т. д.

Циљ човека и људске заједнице.

Питање о циљу човека може се поставити двојако: какву сврху, какав циљ има он од природе (по природи, природно), зашто је постао и ради чега је на свету? и какав циљ поставља он себи као разумно биће?

На прво питање не може се дати одговор различан од одговора на питање о крајњем циљу и сваког другог животог бића. Знамо само то, да се жива бића рађају, да воде борбу за опстанак свој и, посредно,¹ свога рода, да изумиру не само јединке него и поједињи ро-

роману »La terre«, који је потпуно рађен по типичним актима, једног старца убијају син и снаха.

»Ово упоређење изгледа нам нарочито драгоцено за психокинетику. Не може, природно, бити речи о томе да пистет и нежност оних западних Немаца према њиховим родитељима икако *свесно* произлази из корена економског себичњаштва: пистет и нежност без сумње су истински и субјективно се не корене у чему другом до у четвртој заповести лепог обичаја (Sitte), који та заповест ни у чега је одве стало, јесте само чињеница, да ту корист иде поштрава. Оно до чега је одве стало, јесте само чињеница, да ту корист иде паралелно са моралним законом и појачава послушност, докле корист код другог стања (Lagerung) дечије љубави дејствује супротно и с тога у неким случајевима особито јаког искушења и особито слабе моралне регулације може довести до најгорег злочина.«

Vilfredo Pareto. П. д. II. Р. 1216. »Тешко странци која рачуна са етиком да буде поштована од својих противника.«

Слободан Јовановић. Макиавели. П. д. С. 21. »Из трагедије Савонаролине Макиавели је извео ту поуку, да се чисто моралним утицајем не може створити ништа трајно, и да овим светом влада мач а не вера.«

¹ Felix Le Dantec. L'égoïsme base de toute société. Paris. »Ма шта да су о томе мислили философи, одржавају врсте најмања је брига индивидуе.«

дови. То је све. Дати какав други одговор, значило би тврдити нешто што нам је апсолутно непознато. У колико нам је познато, пред природом су једнака сва бића: »Егзистенцију најубитачнијег микроба природе је окружила са исто толико брижљивости са колико и највећег генија,«² и »Са људима је као и са лишћем. Док једно, оборено ветром, трули по земљи, друго се, произведено гором, обнавља у пролеће. Тако и људи: једни се рађају, други умиру.« (Хомер.³ Илијада).⁴

На друго питање одговор је: Човек има онолико и онаквих циљева колико и каквих себи постави.⁵

У многоврсности свих могућих непосредних и посредних циљева, сам нагон одржања, докле постоји, намеће сваком нормалном човеку један основни и истовремено средишњи циљ: *благостање*⁶, т. ј. стање без телесног и без душевног бола: »Бити без телесне патње и душевног немира, то су два услова блаженства» (Епикур).⁷

² Dr. Gustav Le Bon. П. д.

³ Auguste Comte. П. д. III. Sociologie. Р. 224. »Хомер није био ни философ ни мудрац, још мање понтиф или законодавац, али је његова интелигенција била пројекта свим што је људска мисао дала најнапреднијег у сваком погледу, као што су били, после њега, сви генији песници и уметници, чији ће он за увек остати најеминентнији тип.«

⁴ Alfred Fouillé. Extraits. П. д. Р. 10, 165. Буда. »Најдраже и највољеније створење нестаје за увек; више се не враћа пред наше очи исто тако као ни лист и плод који је са дрвета пао у матицу реке.«

Монтењ. »Природа је универзално загрлила све своје креатуре, и нема ниједне коју није потпуно снадбела свим нужним средствима њеног бића... Ми нисмо ни изнад ни испод осталог: све што је под небом, вели Мудрац, подлежи једнаком закону и судбини.«

⁵ Alfred Fouillé. L'idée moderne du droit. П. д. Р. 341, 401. »Да ли је природа имала неки циљ стварајући прнца? То је оно што све више и више чине сумњивим открића модерне науке о универзалном механизму: циљеви постоје у интелигенцији, не изгледа да пре ње постоје у стварима; човек поставља себи неки циљ, природа не изгледа да га има, докле јој га не да човек или ма које друго интелигентно биће, у својој сфери. У сваком случају, на самим је људима да себи даду неки циљ... Модеран појам права, у ономе што има истински научног, почива баш на одбаčивању свих финалистичких и провиденцијалних гледишта, свих тих извештачених система, у којима се индивидуе потчињавају једном циљу, за који се догматички тврди да је најбољи. Имати право, значи имати гаранцију да вас не учине средством, то значи имати заштиту против »крајњих циљева«, у политици, у метафизици, у теологији. Прогнани из остале науке, крајњи циљеви (les causes finales) не треба да нађу уточиште у социјалној и политичкој науци...«

»Повећати што је могуће више количину материјалног благостања и интелектуалног и моралног просвећења, учинити да се та количина што је могуће више подједнако расподели код свих, тако да се изазове појава супериорности тамо где она постоји, ето питања које је посве економско и социјално... Просвећење ће се, за тим, преобрратити у мој: *знати*, значи моћи, према дубоким речима Аристотела и Бакона...«

»Еволуција природе, њено постајање (*son devenir*) може, са научног гледишта, немати циља у правом смислу и унапред смишљеног; али еволуција човечанства има циљ, по томе што човечанство само по себи поставља циљ и себи намеће реализације једног идеала.«

Paul Lagorrette. П. д. Р. 133. »Човек, без сумње, нема да испуни неку мисију, али он тежи једном циљу и може себи поставити један или множину циљева као мисаоно створење, силом своје аутономије и за своје добро.«

⁶ Julius Otfner. П. д. S. 81. »Циљ који води човека при свему што чини, јесте његово благостање (*sein Wohlsein*).«

На њему, око њега и ради њега сви су остали (па и слобода и култура). Он би се могао, у најширем смислу, изразити познатим речима: Хлеба и забаве (*panem et circenses*), што ће рећи — задовољење телесних и душевних потреба у свима (природним) правцима. То је највеће добро, суверено добро,⁸ не за се и по себи, него за человека и у човеку.⁹ »Више користи но штете«, јесте и основни начин и највише мерило сваке свесне људске радње.¹⁰

Eiml Walter Mayer. П. д. S. 28, 29, 43. »Мораће се признати, да је при постanku моралних норми тежња за срећом, тим фундаменталним живот стварајујком нагоном људског бића — «omnes homines beate vivere volunt (сви људи хоће да живе срећно)», каже Сенека — ма како играли улогу. — Извесно, ма и посредно, садејство нагона за срећом при постајању моралних норми може трајно порицати само један доктринализам, који слику стварности произвољно конструише место да је уочи. — Узев све скупа, могло би се бити у искушењу да се каже: има бар нешто тачнога у тези, да човечанство вредности, које првобитно одговарају субјективној жељи, средством религије шаље на небеске висине, да их отуда натрат добије прерађене у вредности у правом смислу речи, у вредности које одговарају надиндивидуалној жудњи, у објективне вредности.«

⁸ Höffding. П. д. S. 128. »Под благостањем разумем «праву» срећу или «праву» корист... Права или истинска (wirkliches) срећа не може значити ништа друго до потпуно задовољења свих потреба које се осећају.«

Albert Valensin. П. д. Р. 45. Vilfredo Pareto. П. Р. 934. Према Светом Алију стину, учени Варон († 218. пре Христа) набројаје је две стотине деведесет осам религија, мишљења о највишем добру (le souverain bien).

⁹ Paul Lagorgette. П. д. Р. 150. "Нема добра по себи; порекло идеала је да, има вредности само за њега... . Ја постаје цилј идеала... . Пре но што је имао је, је волео, как да је имао тај појам".

10 Wilhelm Sauer. Grundlagen der Gesellschaft. П. д. 98, 298. »Више користи но штете« — то је основни закон вредности (Wert-Grundgesetz), на коме почивају свако људско хотење и делање. Тај изванредно значајни основни закон вредности, на који се начелно никада не пази, јесте основни закон за свако хотење и делање индивидуе, за једнопутно као и за редовно, за морално као и за опште културно, социјално као и за државно. У признању тога закона лежи несумњиво оправдана језгра утилитаристичке и еудемонистичке правне философије и социјалне философије...» (С. 111). Шта је корисно заједници?

»Мерило за оцену је заједница (Gemeinschaft). Шта је корисно заједнице? То је основна тема социјалне философије. Са становишта сваке поједине заједнице, од породице преко стаљежа, класа и позивних заједница до цркве и државе, па и преко државе, може се питање поставити и на њега одговорити. Мерило је увек исто: што је могуће више користи за заједницу, у сваком случају више користи низ штете, а ако је штета неизбежна, што је могуће мање штете.«

или закон закона значи: за правну заједницу има се постићи што је могуће већа корист – евентуално што је могуће мање штете. Најмање, дакле, самоодржавање».

корист... евентуално што је могуће мање што. Након тога, ако се узимају у обзир и други аспекти, као што су људске права, то је јасно да је коришћење ове методе незадовољно. Аутор се чуди да се још није чуо захтев, да се открије јуристички основни закон, и вели, да се још никад није увидела нужност и истовремено корисност, да се сви закони сведу на један једини закон и да се тек њиме законски (gesetzmäßig) заснују. Мислим да је то већ одавна учињено. Шта су друго, на пример, Бентамови принципи законодавства.

Бентамови принципи законодавства.
Dr. Artur Baumgarten. П. д. S. 10—12. »У излагању о правној науци de lege ferenda прво гледамо да докажемо, да ова дисциплина за звезду водију има да узме највиши морални принципи и да се многи аутори, који би у то хтели да сумњају, испак с нама слажу у томе, да највећа срећа заједнице представља највиши циљ законодавства...»

цију законодавства...
»На крају, хришћанство је истина јако утицало на наш модерни свет, али он није хришћански у строгом смислу.«

Благостање, тај елементарни и у исто време крајњи циљ, с тога што је битан сваком нормалном људском бићу (у осталом као и сваком другом живом бићу, код кога га идентификујемо са на-
гоном), можемо назвати и природним и разумним циљем человека
јер му човек тежи и инстиктивно и свесно. »Ма која да је раса, или посматрано време, постојан циљ људске активности увек је био тра-
жење благостања: састоји се, у крајњој линији, у идеју за задовољством и у избегавању бола. У овој основној концепцији људи су се од увек саглашавали; разликују се само у идеји коју имају о благостању и о средствима за његово остварење«¹¹

Тај исти циљ, потпуно задовољење свих потреба, благостање ствара и одржава људску заједницу. Ова, као скуп мањег или веће броја људских бића (и њихових ужих група) теориски не може имати други циљ до благостање тих бића, њихову срећу¹², али, разуме се једни чланови заједнице могу практично своје циљеве проглашавати за циљеве заједнице и остваривати их на штету других, слабијих чланова, и у толико ће заједница бити за једне више, за друге мање корисна, па, према томе, и више или мање »оправдана« или »неоправдана.«¹³

¹¹ Gustave Le Bon, II. p.

¹² Herbert Spencer. П. д. »Пошто врста постоји као агрегат индивидуа благостање врсте чини циљ, ако доприноси благостању индивидуа из којих састоји.«

Живојин М. Перећ. Принцип стечених права и социјализације добара. Чланак у Друштвеном Животу (социјално научни часопис. Београд 1920. С 124.) „Није сунчено власти је „човек, његова срећа и благостање.“ —

Још једнако има људи који мисле и уче, свакако савесно, да знају и вишко што је човечно могуће знати. Тако, на пример, Albert Valensin (П. д. Р. 33, 35, 110):

»Ми тврдимо (prétendons):

I. Да људска радња има један последњи циљ (*dernière et unique*) циљ

II. Да је тај последњи циљ, који људска мисао не ствара, него признаје да претходи (préexistant) тенденцији природе, као што узрок претходи дејству и у чијој посесији воља човека не тражи своју корист него своје савршенство и своје блаженство;

III. Да то суверено блаженство може бити само у Богу

»Отуда изводимо закључак: да би била морална и правна, радња треба да је саобразна Богу, то ће рећи, у најмању руку, да не скреће с пута који Бог води то разумно биће какав је човек, а да у супротности са тим циљем у радњи не може бити ни моралности ни права.

»Један акт је морално добар, кад је саобразан људском разуму; саобразан је људском разуму, кад је саобразан... божанској интелигенцији; а саобразан је божанској интелигенцији, кад репродукује неко савршенство божанске Есенције.«

И то се зове наука садашњице!
13 Michel Ange Vaccaro. П. д. Р. 465. »Максима, да се сваки који располаже политичком влашћу њоме служи у свом властитом интересу, исписана је крвља на свима странама, у свима законодавствима света.«

Herbert Spencer. П. д. Р. 225. »Историја је непобитно показала, да се власници влашћу служе у своју корист.«

Ludwig Gumplowicz. Der Rassenkampf. П. д. С. 233. »Највећа разлика између већине животиња и човека у томе је, што прве не умеју да друга бића или себје равне употребе у своју службу, што су неспособне за владавину.«

Leonard Nelson. "Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Leipzig 1917. S. 1
"Чак и у демократским државама, важење право зависи истини од волје већине, а ову одређује не правно уверење него интерес појединача.«

Људска заједница је природна појава, по томе што је човек, у колико је људска прошлост позната и у колико се то може извести и из природе човека (слабији и у близини много спорији од многих животиња, много се спорије подиже од свих осталих животиња и т. д.), увек живео у ужој или широј заједници са другим људима. Оправдава се коришћују коју чланови од ње имају. Своје толико чувено и за данашњицу још основно дело политичке (и економске) науке, *Политику*, Аристотело почиње речима: »Видимо да је свака држава нека врста удружења, да се свако удружење формира у циљу неког добра, јер човек не чини ништа друго сем оно што сматра за добро«, па, у току излагања, продужује: »Људи су међу собом створили друштво, не само да живе, него да живе срећно... Циљ државе је срећа живота; све њене установе имају за циљ срећу... Очевидно је да је благостање појединача што и благостање државе... Треба, дакле, да је најбоља она влада, чија је конституција таква да сваки грађанин може живети честито и срећно... Најсавршенија је конституција она која највише доприноси благостању државе.« Вавилонски краљ Хамураби и његови следбеници, као и многи други просвећени владаоци, за циљ своје владавине сматрали су благостање својих поданика,¹⁴ а Декларације човекових права природни нагон људи да теже »за срећом и за благостањем« уздижу на »урођено« или »природно право« човека.¹⁵ Исту мисао у нешто измененој форми истичу и новији Устави,^{16, 17} а несумњиво

¹⁴ Dr. Чед. Марковић. Законик Хамурабија. П. д.

Dr. Феодор Тарановски. Законик и Душаново царство. Нови Сад 1926. С. 32, 33. »Прима византиском схватању, циљ је царству опште благо свију подника... У истом смислу цар Душан у својој наредби о законодавном раду.«

Слободан Јовановић. Друга влада Милоша и Михаила (1858.—1868.). Београд 1923. С. 92, 182, 188. »Докле се наш сељак не отресе сиротиње и непросвећености, не може ни наша држава бити јака ни моћна, било је уверење кнеза Михаила... У својој престоној беседи на Преображенској Скупштини, Михаило је обележио своје главне задатке: организовање војне снаге и подизање материјалног благостања... Он је хтео бити један од оних просвећених владалаца који извлаче свој народ из сиротиње и доводе његову радиност у цветно стање... Као год што је Карађорђевићевом режиму главна брига била уређење чиновништва, суда и школе, тако је Михаиловом режиму главна брига била војска и дипломатија. Судбина сељачке масе, која је имала да носи на својим леђима то чиновништво, тај суд, ту дипломатију, тицала се оба та режима тек у другом реду.«

¹⁵ Објава људских права од 12. јуна 1776. год. у Виргинији:

»Објава права, од стране заступника доброг становништва Виргиније у пуном броју и слободној Скупштини, учињена о томе, која права њима и њиховом потомству припадају као основ и фундамент владе.«

»1. Сви су људи од природе подједнако слободни и независни и имају одређена урођена права, којих никаквим уговором не могу лишити своје потомство ни одузети му их, ако ступе у неку државну везу, наиме право на живот и на слободу, на средства за прибављање и за државину својине, тежњу за срећом и за благостањем и постизање обојих.«

Француска Конституција. Од 3. септембра 1791. год. Декларација права човека и грађанина.

»Представници Француског Народа, конституисани у Народну Скупштину, сматрајући да су незнанье, заборав и непопуштање права човека једини узроци јавних зала, одлучили су да изложе, у једној свечаној декларацији, природна, неотуђива и света права човека, да та декларација, стално пред свима члановима

социјалног тела, непрестано их опомиње на њихова права и њихове дужности; да се акти законодавне и акти извршне власти, могући се увек упоредити са циљем сваке политичке институције, више поштују; да рекламије грађана, у будуће засноване на простим и неоспорним принципима, послуже одржању конституције и добру свим. — Следствено, Народна Скупштина признаје и објављује, у присуству и под ауспицијама Врховног Бића (de l'Être Suprême) следећа права човека и грађанина.

Чл. 1. Људи се рађају и остају слободни и једнаки у правима. Социјалне разлике могу се заснивати само у општем интересу.

Чл. 2. Циљ сваког политичког удружења јесте чување природних и незастаривих права човека. Та су права слобода, својина, безбедност и отпор угњетавању.

Чл. 3. Принцип сваке сувреноности налази се битно (essentiellement) у Народу. Никакво тело, никаква индивидуа не може вршити власт која не потиче од Народа.

Чл. 4. Слобода се састоји у томе да се може чинити све што не штети другоме; тако вршење природних права сваког човека нема других граница до оних које осталим члановима друштва осигуравају уживање тих истих права. Те границе могу бити одређене само законом.

Чл. 5. Закон има право да забрани само радње друштву. Све што није забрањено законом не може се спречити, и нико не може бити принуђен да чини оно што закон не наређује... (Les Constitutions et les principales lois politiques de la France. Depuis 1879. Par Léon Diguit et Henry Monnier, Paris 1925.).

¹⁶ Швајцарски Устав од 29. Маја 1874. год. (Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft).

Чл. 2. Савез (Der Bund) има за циљ: одржање независности отаџбине с поља, одржање реда и мира унутра, заштиту слободе и права грађана (der Eidgenossen) и унапређење њиховог заједничког благостања.

Немачки Устав од 11. августа 1919. год. (Вајмарски Устав).

Чл. 153. од 2. »Експропријација приватне својине може се извршити само за опште добро (zum Wohle der Gesamtheit) и на основу закона...«

Чл. 153. од 3. »Својина обавезује. Њена употреба треба да је у исто време за опште добро (für das gemeinsame Wohl).«

Чл. 163. »Сваки Немац има моралну дужност да без штете за своју личну слободу своје духовне и телесне снаге оделотоворава како то захтева добро заједнице (das Wohl der Gesamtheit).«

»Сваком Немцу треба да се да могућност да се економским радом издржава. Ако нема погодне (angemessene) прилике за рад, брине се (заједница, држава) за његово издржавање.« —

Чл. 17. Има их који мишљење о општем благостању као циљу друштва сматрају за фатално и назадно, чак и за простачко.

Тако Ch. Beudant. Le droit individuel et l'état. П. д. Р. 154. »Конституција од 24. јуна 1793... садржи, истину је: »Влада је установљена да човеку обезбеди уживање природних и незастаривих права«, или сем тога, и шта више пре тога, такође садржи: »Циљ друштва је опште благостање«. Фатална формула. Није само противна свим традицијама либералне школе, опасна је у највећој мери; збила, ако се постави као принцип, да друштво за циљ има опште благостање, само један корак има да се учини, па да се из тога закључи, да сваки друг има право да захтева, да му га друштво прибави. То је баш принцип социјализма, нова форма социјалног права, и самим тим најназаднија од свих доктрина.«

Dr. Fritz Berolzheimer. П. д. Dritter Band. S. 74, 160. »Теорија о народном благостању може се у садашњици, под демократско-социјално-етичким схватањем, означити као владајућа теорија о циљу државе...«

»Најчешћи, али и најповршији одговор о циљу људских тежњи јесте: срећа — појединача или друштва; корист за појединача или за заједницу.«

Исто дело Zweiter Band. S. 160, 364. »Бентам је са својим утилитаризмом (што више среће за што већи број) стекао тако велику популарност с тога што се маса људи не може одвратити од погрешног веровања, као да је човек у основу ради своје среће на свету...«

»Држава, право и моралност су културне снаге... Благостање, корист, срећа, нису кардиналне тачке, са којих се људски циљеви и тежње могу објаснити.«

је да она у суштини испуњава добар део доста магловитих поклича садашњице — солидарности и социалне правде. *Где је добро, ту је отаџбина* (*ubi bene, ibi patria*) важило је и важи. Ма колико да је то мишљење (где је добро ту је отаџбина) на први поглед филистарско, и сувише материалистично, крајње безидеално, непатриотско, оно је веран израз стварности. Позвани принчеви напуштали су своје рођене отаџбине, да би, сматрајући владаљачки

Josef Kohler. Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Zweite neu bearbeitete und vermehrte Auflage. Berlin und Leipzig 1917. S. 3—10. »Задатак човечанства јесте стварање и развијање културе и прибављање трајних културних вредности, чиме постаје ново творачко обиље (*Gestaltungsfülle*), које се божанској творевини противставља као једно друго створено.

»Култура је целокупност људских освојења у надвлађивању свега (des Alls) на путу знања и вештине и на путу материјалног овлађивања...»

»Други циљ културе показује онај систем, систем који највећу срећу људи... посматра као циљ културе... И социјалистичке тежње пројектете су том основном мишљу, па и такве које о културним циљевима ништа даље не нареку и само неодређено говоре о срећи и спасу (Heil) човечанства, тако нарочито и Јеринг, јер сав његов Циљ у праву иде на усрећење људи...»

»Схватање, да наш цео живот треба да циља томе, да човечанству прибави што је могуће угоднији живот, да се побрине за то да сви имају довољно да једу и да су снабдевени чистим оделом, понижава човечанство до сисара...»

»Појмљиво је, да је човек највишег духа, као што је Ниче, огорчену борбу водио против те преставе, његов надчовек није ништа друго до творац великих вредности у супротности према групи чопор — људи (*Herdenmenschen*), који само могу служити као подлога (*Untergrund*) виших тежњи...»

»У садашњици је уобичајено да се место хедонизам каже еудемонизам или утилитаризам: његов главни представник је Бентам...»

»И Јеринг је утилитариста... То није немачки, то је само копија енглеског новог *налива* Епикуревог учења, које нам је давно већ Бентам понудио...»

»Ко се одаје правној философији, а не прима наш појам културе... он или отура питање у неодређено, као Кантов категорички императив, или утиче у систем хедонизма огреваоница (*Wärmhallen*). То је толико хваљени Јерингов Циљ у праву, који се и данас опет потеже, јер је он философија без философије, а философија без философије увек су били најомиљенији. Кome се бира, нека бира!«

За Колерову правну философију други веле: да у истини преставља не правну философију него универзалну правну историју (Dr. Max Salomon. *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*. Berlin 1919. S. 63); да се приближује Јерингу, кога толико напада, само с том разликом што ставља »Kultur« тамо где рече за Јеринга »Glückseligkeit« (I. Duarte Castilejo. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*. Band IV.).

Да је Колер поставио питање, чему у крајњој линији има да послужи то што назива културом, не би могао избећи одговор: да унапреди, олакша, улешћа људски живот, да створи — благостање. »Ако се напусти уобичајена фразеологија«, вели Ludwig Gumplowicz (*Allgemeine Staatslehre* II. д.), »култура се састоји у задовољењу људских потреба, које се непрестано умножавају тима са састанцима у распоређењу специјализоване поделе рада. — Са песничке висине може се, како то Колер чини, потцењивати проза живота и — проза науке, или песничка висина није област социјалне науке. Од људског живота живети, па онда философирати (*primum vivere deinde filosofare; mens sana in corpore sano*). У осталом Колер је, изгледа, у противречности сам са собом. На страни 40 и 41 поменутог му дела стоји: »И сам је Аристотело изрекао тачну мисао (den richtigen Gedanken), да унутарњи нерв права циља за тим, да правни поредак прилагоди свагдашњој култури и допринесе томе да се та култура негује, унапређује и развија за срећу човечанства (zum Heil der Menschheit).«

положај бољим и привлачнијим од дотадашњег им, постали владари у дотле њима туђим земљама, на пример у Грчкој, у Румунији, у Бугарској, у Албанији (кнез Вид). А што је добро *обично* у отаџбини, не значи, да је у отаџбини увек добро и да се отаџбина претпоставља другим земљама и онда кад у другим земљама може бити и боље. Позивајући земљаке, да остану у отаџбини, песник (Алекса Шантић) свој позив не оснива само на сентименталности него, и то простосрдечно, и на материјализму:

Остајте овде! Сунце туђег неба

Неће вас гријат к'о што ово грије,

Грки су тамо залогаји хљеба

Где свога нема и где брата није.

Погрешно се поставља питање о односу између појединача и заједнице, у колико би се под заједницом разумевало нешто различно од скупа појединача (јединки, индивидуа) из којих је заједница састављена и који заједници чине.¹⁸ Питање треба поставити о односу једног члана, с једне, и *свих осталих* чланова, с друге стране, или, што више одговара стварности, о односу једних чланова према другима, једне групе (породице, касте, сталежа, класе, племена, нације) према другим групама, мањине према већини, и одговор се добија или са становишта позитивног или са становишта идеалног права: у првом случају однос регулише воља јачих — зато што су јачи, а не зато што више »вреде« или што су »вишег ранга«¹⁹;

¹⁸ Dr. Edmund Mezger. *Sein und Sollen im Recht*. Tübingen 1920. S. 98, 99, 103. »Једни материјални носиоци свега друштвеног живота јесу индивидуе: »друштво« и његову посебну форму »државу« према индивидуама хтети хипостазирати као самосталну битност (Wesenheit), мистицизам је. Биће друштва и државе испољава се у психичком узајамном утицају појединачних бића која га (биће друштва и државе) чине. Друштво је suma у њему здружених индивидуа. »Социјално« не може имати особену вредност, јер би му оскудевао нујанси материјалног субстрата, оно што је цењено; остало би авет. Посматрано са становишта »изоловане« индивидуе, »друштво«, т. ј. скуп других индивидуа, појављује се као нешто страно (Fremdes), као нешто што се противи властитим егоистичким интересима. Ту је могло појавити се погрешно питање: друштво или индивидуа. Одговор може само гласити: друштво и индивидуа.

»Последњи, крајњи циљ свега права јесте социјално унапређење живота... О њему је, изгледа нам, немогућ »разуман« спор.«

¹⁹ Слободан Јовановић. Макиавели. Београд 1907. С. 90—92. »И односе између државе и њених поданика требало би подвести под исте моралне принципе (као и односе између појединача) само у том случају, ако би се дало доказати да личност државе и личност појединача вреде једна колико друга. Само онда држава би морала поштовати личност сваког појединача онако као што је и други њему равни појединачни морају поштовати. Али та истовредност државне личности и личности појединача не да се доказати. Држава је личност вишег ранга... Од тада њено право да интересе појединача жртвује своме интересу; од тада и немогућност да се њени односи према њему подведу под моралне принципе.

»Упркос свему, дакле, у макиавелизму има један део истине. Та истине, коју макиавелизам садржи, спада може бити у оне истине које није саветно врло често, а нарочито не врло гласно говорити; али, и ако опасна, то опет остаје једна истинак. —

Пре постављања питања, да ли су вредности личности државе и личности појединача једнаке или различне, ваља бити начисто са одговором на питање: *шта је вредност личности и ко је одређује?* Исто тако ваља бити начисто са

у другом случају — сразмера потребе и способности: сношење тетра (произвођење и одржавање животних добара) по способности, уживање животних добара по потреби.

Тиме је, теориски, решен и проблем: *индивидуализам* или *социјализам* (универзализам, надиндивидуализам, трансперсонализам)?²⁰

Благостање је индивидуално, јер је *живот индивидуалан — живе само индивидуе, појединци* — а заједничко (социјално, опште, колективно, универзално) само у толико у колико га имају *све индивидуе заједнице*.²¹

одговором на питање: шта је *виши ранг*, ко га и према коме критеријуму (мерилу) опредељује? Разуме се, да ваља бити начисто и са појмом друштва и са појмом држава и личност државе.

Кад се, стојећи на реалном становишту, т. ј. посматрајући ствари онакве какве су, одговори на та питања, видеће се: да »право« државе, »да интересе појединца жртвује своме интересу«, није никакво друго до »право« јаче животиље над слабијом, т. ј. *воля јачих*. Кад би појединац А био јачи од свих осталих држављана укупно, онда би, по том истом »правлу«, он имао »право« да њихов интерес потчини своме личном интересу. Мислим да је светично, да се *та истинка*, гола истинка, и врло често и врло гласно говори. Она, кад се од *свих* сазна, водиће не у анархију него у поредак — за вођу добиће се принцип, место прикривеног физичког закона под велом »личности државе«. Интерес имају људи, интерес има већина и мањина. Ако они немају право да интересе једни других потчине својим интересима, по чему ће га имати један концепт, један правни појам, правно технички термин — »личност државе?«

Dr. Hans Kelsen. *Hauptprobleme*. П. д. S. 479, 495. »Не постоји општи интерес, него увек постоје само групни интереси, који на ма који начин државну моћ, државну вољу, за се добију... Држава има циљева, али ти циљеви су само циљеви људи«.

Allgemeine Staatslehre. П. д. S. 90. Leonard Nelson. System. П. д. S. 522.
Dr. Чед. Марковић. Дигиева правна теорија. П. д. С. 24.

²⁰ Julius Binder. Philosophie. П. д. S. 283—288. »Трансперсонализам није удружење личности (Persönlichkeitsvereinigung); имам личност, пошто се знам као члан целине, пошто знам да у мојој свести дела и живи исти разум, који је у исто време идеја целине.«

Max Ernst Mayer. Rechtsphilosophie. П. д. S. 70. »Персоналистичко схватање ставља правни поредак у службу лица, за њега је *индивидуа* циљни субјект. Трансперсоналистичко учење о вредности (Die Wertlehre) заузима разне видове, према томе да ли се *држава* или *човечанство* сматрају за субјект циља. Gustav Radbruch. П. д. S. 97—104.

²¹ Vilfredo Pareto. П. д. Р. 847. »У политици све владајуће класе увек су мешале (конфондираје) свој интерес са интересом државе.«

Dr. Georg Jellinek. П. д. S. 235, 243. »Највећи део људских радњи, ма колико да показују шарену слику, и ма колико да је збуњујућа множина посредних циљева који се њима постижу, ипак се подређује највишем циљу одржавања индивидуалне егзистенције и индивидуалног благостања (Wohlbefindens)... .«

»С позивом на опште благостање (Wohlfahrt) у сва времена су предузимани најбезобзирнији напади на највиша индивидуална добра«.

Wilhelm Sauer. Philosophie der Zukunft. П. д. S. 215. »Постоји ли виши циљ за једну заједницу у опште то што је мисао демократије, но што је воља и добро (das Wohl) same заједнице. Извесно не. Али само то је водећи циљ, мета, идеал, који све форме заједнице треба да се труде да достигну, али никада неће достићи. За широку публику »опште добро« је несхватљив, нејасан појам који ништа не казује. Само при постављању самих норми нека законодавцу демократска идеја водића и мерило лебди пред очима: он се мора труити да постави такве норме, које остварење општег добра у колико је искако могуће осигуравају.«

Мишљење да »индивидуа није ништа«, а да је »друштво све«,²² тачно је само у толико што је опстанак човека као појединца немогућ изван друштва и што све чиме се људска индивидуа духовно разликује од сваког другог живота бића потиче од друштва, од заједничког живота и узајамног психичког утицаја људи једних на друге²³

На стално актуелно питање, да ли је и у колико у циљу благостања (*civilis*, а не мањег или већег броја чланова заједнице) погоднији режим индивидуалне или колективне својине, немешања или мешања органа заједнице у економске односе појединача, не може се одговорити у опште него само с обзиром на један дати поредак, кад се процене добре и рђаве стране истога. Но несумњиво је, да би сваки *довољно увиђаван* човек (онај који не сматра за немогуће, да једног дана он и његови најближи дођу у положај сиротих и напуштених) поредак правичне сарадње и обезбеђености претпоставио почетку отмице и напуштености, и ван спора је да још нигде није трајно постојао ни искључиво поредак социјализма, који се, до краја изведен,

Raoul Janet. П. д. Р. 950, 414. »Да угуши сваки егоизам, да од државе учини нешто у истини универзално и у истини јединствено, Платон жртвује све што у човеку може појачати осећај индивидуалности, све што му може дати особен живот у животу државе. Земље републике припадају заједнички свима грађанима; својина не постоји; нема породице.

»Док је Платону срећа државе утеша за несрећу грађана; док је за Аристотела благостање привилегија слободних грађана: Епикур и Зенон циљ човеков стављају у самог човека, морално га ослобађају од веза државе.«

Wilhelm Sauer. Grundlagen der Gesellschaft. П. д. S. 233. »Ово питање, много расправљано питање (индивидуализма и социјализма) скрива у себи читаву војску најразноврснијих и најдубљих проблема. Појединац или укупност (Kommt es auf den Einzelnen oder auf die Gesamtheit an). У крајњој линији или већ у првој линији. Тә питања сливaju се у једно потпуно схватање света... .«

»Право питање је: Шта је за формирање света раније, прво? Појединац или заједница? Ту се мора са свом одлучношћу одговорити: појединац! Поније треба од живота, а само појединац води живот, не укупност. И у заједници (Gemeinschaft), која је само један исечак из укупности (Gesamtheit), живи само појединац; не постоји збиљска заједничка (општа) воља. Још мање може друштво водити један сопствен живот. »Социјални живот« је само једна замишљена, конструисана, сложена величина, ништа првобитно.«

²² Auguste Comte. П. д. Друштво је све, човек је ништа.

Paul Lagorgette. П. д. Р. 108, 159. »Занемарити чланове друштва, без којих је оно само једна реч, значи занемарити заједницу (la communauté)... .«

»Не видимо никаквог разлога за прихватавање мишљења, да је друштво раније од индивидуе и мислимо, напротив, здравим разумом, да друштво претпоставља постојање индивидуе, која је до сада била циљ друштва. Истину рећи, не може се никако појмити једно без другог.«

²³ Dr. Ludwig Gumplowicz. Die Soziologische Staatsidee. П. д. S. 205, 218. »Док социјолошко схватање друштва свуда види само групе и са њима рачуна, у ствари видимо да само индивидуе делају.«

»Ова противречност је само привидна, јер индивидуално делање је само оптичка обмана; индивидуа је само саставјак групе и несвесно се појављује само као преставник групе. У свом говору и делању индивидуа изражава, хоће неће, само погледе, расположења и тенденције само своје групе. Ту с правом настаје питање: на који начин група индивидуом влада у тој мери, да индивидуа потпуно губи своју слободу и не може бити ништа друго до израз воље и тенденција своје групе.«

»Две су речи које нам подижу тај тајанствени вео: две речи, које нам истовремено отварају неизмерно, до данас још необрађено поље социјолошких истраживања. Оне гласе: *социјална сугестија*. Под тим разумемо оно лагано, непри-

назива комунизам,²⁴ ни искључиво поредак индивидуализма, који се, до краја изведен (замишљу), назива анархизам, т. ј. поредак без икакве друштвене принуде, без ичега друштвеног над индивидуом.²⁵ Напротив, од увек су и у свакој организованој заједници постојала, слабије или јаче истакнута, оба поретка. И у најстарије доба, т. ј. на најпримитивнијем познатом ступњу људског друштва, признавана је,

метно утискивање мисли, погледа и осећаја у психу индивидуе од стране групе. То је духовно инфильтрирање мисли и погледа групе, инфильтрирање које група код својих припадника почиње од момента рођења и наставља до момента самосталног мишљења индивидуе, дакле до тренутка, који код већине људи у опште никада не наступа...

»Херберт Спенсер вара се, дакле, кад за »људска друштва« узима, да »својства јединице« (»Einheitene — он под тим разуме индивидуе) одређују својства целине, коју чине«. Однос је баш обрнут. Својства групе, њене тежње и погледи одређују својства индивидуе. Спенсер је заведен погрешном аналогијом. Каже нам, да својство (Beschaffenheit) цигала одређује својство од њих подигнуте грађевине. Али заборавља, да цигље постоје пре зграде, а човек није ту пре своје групе, него је група пре човека. У групи се рађамо и у групи умиремо — група је била пре нас и остаје после нас. Такав није однос цигала према згради.

»Аристотело је тај однос индивидуе према њеној групи много правилније схватио, кад каже: »целина је нужно ранија од дела«. Ми смо, дакле, то што група од нас начини — она нас формира и образује помоћу социјалне сугестије, која непрестано, од нас непримећено, не доспевајући до наше свести, утиче на нас. Свакако, може се десити да мислећа индивидуа устане против своје групе. То су изузетни случајеви. За то су потребни: не само особито снажан дух, него и сасвим особене околности, које индивидуу доводе до еманципације од њене групе. Срећи индивидуе таква еманципација није корисна. Боље је онима који целог живота остају у духовној сferi своje груpe, у њој живе и умиру. То је у осталом случају па ње већ доспева дотле да се у току свог духовног развића отресе од многих сугестија своje груpe, на пример религиозних и националних предрасуда. А њих врло мало, ретки изузетни, доспевају дотле, и највише само под високу старост, да из себе излуче цео комплекс социјалних сугестија своje груpe: тада, дабоме, ипхов поглед постаје слободан, као кад би им спале скрамице са очију, али тада их ништа више не везује за живот; губе свако интересовање за живот сем ако су философи и ако их живот још интересује као позорница«.

²⁴ Leonard Nelson. System. П. д. S. 374—409. »Под социјализмом разумем принцип друштвеног поретка, који приватну својину ограничава на услов једнакости благостања, а под комунизмом (или ако се радије хоће: колективизмом) разумем принцип друштвеног поретка који приватну својину (или бар приватну својину на средствима производње) искључује.

»Само, дакле, на карактер и форму самог економског поретка односе се ови појмови...

»Социјализам је, према нашим приликама, практично нужан: он је непосредан постулат самог права...

»Приватна својина ограничена је у свакој држави. Једна одређена мера ограничења приватне својине не може се а priori означити...

»Једнакост у расподели својине идеал је, коме у држави треба да тежимо, а остаје питање, колико се томе идеалу под датим околностима можемо приближити...

»Причујени смо, дакле, на закључак, да комунистички поредак никако не зајемчава личну једнакост у расподели својине и да се у толико сигурније мора изопочати у деспотију, т. ј. у противправно угњетавање једних другима, у колико се више чини да тежњом за демократским гарантијама противстаје тој опасности...

доказује се, индивидуална (приватна) својина на предметима личне употребе (одело, оруђе), и под режимом најразвијенијег економског индивидуализма (*laissez faire, laissez passer*) има предмета и установа које служе свима члановима заједнице. *И један и други потчињени су целиснности, дакле вољи, а не природној нујности.* Друштвени поредак без икакве друштвене принуде, анархизам, до садашњици је непознат, и, пре но што би људи постали анђели, не изгледа остварљив.

»Ма колико било вештачко уређење државе, тешко ће успети да осигура праведну расподелу својине, ако не успе да у народу створи јавно мишљење, које се заузима за право оскудних, прихватајући правило да је, докле у опште још у друштву има оскудних, луксуз једна смратома.«

Charles Gide. П. д. Р. 764—767. »По бољшевистичкој економској теорији: »нови економски режим неће бити ни слободан ни праведан...«

»Она се може резимирати овако:

»За будућност — будућност која се одлаже у најмагловитију даљину — анархистичка утопија, која претпоставља преображај људи и производе у неограниченој количини, — двојна и угодна хипотеза, која ново друштво ослобођава правне као и економске организације

»За садашњост — садашњост чији се крај не види — економски режим колективизам, који, по признању самог аутора (Лењина), радницима не доноси више слободе и једва више правде, ограничавајући се да приватним предузимачима суптитуши државу као универзалног предузимача.

»С друге стране, борба класа доведена до парадоксизма — режим систематског угњетавања мањине већином — »наоружан пролетаријат« реванширајући се brutalno за претриљене патње, демократска диктатура не у корист свих, него са искључењем демократије експлоататора и угњетача народа.

»Једном речи, и то је Лењин који тако закључује: »У комунизму не само што је за извесно време задржано буржоаско право, него и буржоаска држава без буржоазије.« —

За научну (не партијну) оцену бољшевизма имати у виду две ствари: не само што Руска Револуција, од 1917. год., за будућност неће остати, као што није остала ни Француска Револуција од 1789. год., без извесних благотворних последица, него се њен посредан одјек лако опажа на после-ратном социјалном законодавству европских држава (не толико из сентименталности колико из мудрог рачуна — предохрана против бољшевизма);

ни у бољшевичком режиму, као ни у »буржоаском«, стварно не влада већина него мањина — вође.

Наше људско саучешће жали све преко чијих се патњи корача можда никад недостижној мети слободне људске заједнице, друштву, човечанству, али нам не смета да стварност видимо такву каква је, такву, какву ју је видео Јеринг:

»Све велике тековине, које историја права има да забележи: укидање ропства, везаности за земљу, слобода земљишне својине, занимања, вере и т. д., све је то морало бити извојевано на томе путу најчешће, често столејима прођуће борбе, и не ретко реке крви, свуда згажена права показују пут којим је Право при том ишло.«

²⁵ Alfred Fouillé. Histoire de la Philosophie. Р. 456. »Max Stirner (Der Einzige und sein Eigentum) одбације чак култ човечанства, сматраног, на начин Огиста Конта, као нека врста Великог Бића (de Grand Ètre); човечанство, вели, нема егзистенције и вредности до у индивидуума које га чине; прави култ је култ индивидуе, култ мене, које ће бити потпуно кад све схоластичке персонификације човечанства, народности, државе, ауторитета, закона буду уступиле место једној реалности: ја.«

Политика.

Под политиком, у најширем смислу, разуме се постављање циљева људске делатности, изналажење и примена погодних средстава за остварење истих¹.

У томе смислу политика се спроводи, свесно и несвесно, у свима људским заједницама и на свима пољима друштвене делатности (привредна, трговинска, финансијска, војничка, просветна, правна и т. д.), а и сваки појединач спроводи свакодневно своју личну политику, јер и он себи поставља циљеве, изналази и примењује погодна (по свом мишљењу) средства за остварење истих.

У ужем смислу, под политиком разуме се вештина управљања државом. Аристотелово дело о држави носи назив *Политика*. Отуда се и политичким правима називају права грађана о учешћу (не посредном или посредном) у управи државом, а организације грађана у циљу задобијања или одржања учешћа у управи државом називају се политичким организацијама, политичким странкама.² Сва остале права и све остале организације, које немају тај циљ, називају се грађанским. Исти смишо имају и изрази »политичке слободе« и »грађанске слободе«. Значе толико исто колико и политичка права и грађанска права. У »грађанска права«, у смислу овог разликовања, спадају сва лична и имовинска права или, другим речима, сва права којима се ујемчава лична и имовинска безбедност грађана. Правило је да се у садашњици, у свима цивилизованим државама, грађанска права у том смислу признају и странцима, којима су, разумљиво је, ускраћена политичка права. Назив »грађанска права« не треба мешати са називом »грађанско право«, које је само једно од »грађанских права«, оно које се састоји (према приближној дефиницији) из односа појединача (без обзира на њихово занимање) међу собом. — За живот појединача, грађанска права су несумњиво важнија од политичких права, али се она и задобијају и штите помоћу политичких права или учешћа у власти, и отуда је лако схватљив и значај и неизбежност политичке борбе — борбе за политичка права, борбе за учешћа у власти и, посредно, за осигурање учешћа у животним добрима.

И политика у опште, као и све што је људско, може бити добра или рђава (по циљу и по средствима), према мерилу које се има о добром и о рђавом, а које, разуме се, може бити само изван политике (као и свака друга мера што може бити само изван онога што се мери), и може бити само људски осећај и људски разум, дакле човек.

Да се у пракси под »политиком« најобичније разуме борба за превласт, са прећутном паролом »циљ оправдава средство«³, и за

¹ Рудолф фон Јеринг. Циљ у праву. П. д. П. С. 45. Наравственост приказује циљ, целисходност средство.

Етика је наука о циљевима, политика наука о средствима.

² Ch. Beudant. П. д. Р. 286. »Све политичке странке утрују се у проклањању суверености народа, али са прећутном резервом, да после додаду: народ, то сам ја.«

искоришћавање власти добрым делом у интересу власника, који су, по људској природи, склони да је злоупотребе, називајући често свој лични интерес интересом државе (*l'état s'est moi*), запажено је одавна (Аристотело, Монтецки и други), и може се, без велике тешкоће, уочити и у садашњици. Но »извесно ће, рекао је Гамбета, пре доћи време када ће политика, сведена на своју праву улогу, представши да буде извор умешних и интриганата, одричући се неложалних и перфидних средстава, све стратегије притворства и обмане, постati што треба да је: морална наука, изражај свих односа интереса и нарави, када ће се наметнути савестима и духовима и диктирati правна правила људских друштава«.⁴

Прави политичар је, по учењу Сократа, не ласкавац и корумпатор него лекар својих суграђана.⁵

³ Видети прим. 2) под насловом »Целисходност«.

Vilfredo Pareto. П. д. Volume II. Р. 1150. На сваком кораку, у историји народа, у пракси се наилази на примену принципа, да циљ оправдава средство; а они који изрично афирирају тај принцип нису они који га и најчешће примењују.

⁴ Auguste Comte П. д. III. Р. 4.

⁵ Platon. Apologie de Socrate, Criton, Phédon, Gorgias. Traduction nouvelle. Par A. Bastien. Paris. Librairie Garnier Frères. —

Додатак примедби 5) и 6) под насловом *Правда*. Félix Senn. De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice. Suivie d'une étude sur la distinction du ius naturale et du ius gentium. Paris 1927. Р. 46. 47. »Циљ ових ерлина (мудрост, умереност, храброст), међу којима је правда, јесте опште добро... .

»Такво је, узето у својој укупности, учење о правди, како га је Улпијан изложио надовезујући на питагоријанску и грчку стоичку школу и без сумње на многобројне римске писце и правнике. Ова дефиниција... остала је традиционална, понављана из столећа у столећа до наших дана: *ius suum cuique tribuendī*.«

Правда је оцена, мерило за људске радње; правда је и стање које одговара томе мерилу. Врлина је бити праведан.

II. ДЕО.

Правна наука и правна техника.

Појам правне науке и правне технике.

1º Док једни под науком разумевају само истраживање и сазнање природних закона, т. ј. нужних односа између природних појава, низа узрока и последица, узврочности у природним појавама, за друге је наука, и научна делатност, не само свако истраживање непознатога у природи и природним појавама, него и свако систематско или планско (по извесном реду и заокругљено у једну целину) излагање сазнања и учења о нечему.

Овде се појам речи наука разуме у овом другом смислу.¹ У обичном говору, наука је све оно чему се ко учи и што научи: »Без муке нема науке«.

¹ Rudolf Stammller: Научна обрада не зависи од предмета (штофа); од ненаучне разликује се тиме што доживљаје уређује по једном постојаном јединственом плану. А то је могуће и за правне преставе (Цитирано у Archiv für die civilistische Praxis, 1926. Neue Folge, 6 Band I Heft).

Dr. Georg Jellinek. Allgemeine Staatslehre. П. д. S. 177. »Први задатак научног посматрања јесте да среди множину појава. То срећивање врши се тако што се обухватају у једну целину једно од другог одвојена јединства (Einheiten). Свако јединство мора имати у основу један спојни принцип.«

Julius Binder. Philosophie des Rechts. II. d. S. 838, 839, 852. »Кант науком зове: «свако учење (Lehre), ако хоће да буде један систем, т. ј. по принципима уређена целина сазнавања». — У науци се обрађују садржине наше свести, предмети нашег пренаучног искуства.

»У тачности својих појмова, у потпуности и непротивречности свога система има правна наука свој предмет и своју објективност«.

Dr. Тома Живановић. Систем синтетичке правне философије I Београд 1921. С. 7. »Свака се наука појављује као систем одређених појмова, кад се посматра као готов резултат научне делатности. То је статички појам науке. Кад се пак наука посматра као једна одређена делатност, она се појављује као координација и субординација (класификација) од ње образованих појмова о одређеним феноменима. То је динамички појам науке.«

Dr. J. Kohler. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Erster Halbband. Berlin 1904. S. 135. »Право је наука. Овој је пре свега својствено да се поједини делови саставе у једну целину са одговарајућом подређеностшћу и надређеностшћу и да се из појединости изведу принципи, који тада у систему добијају своје одређено место. S. 137. Говорило се, да је право практична наука; но израз «прак-

Према томе да ли су предмет науке (предмет истраживања и систематског излагања) природне појаве или људско друштво (које је у ствари и само природна појава) науке се деле у две велике групе: *природне* (астрономија, хемија, физика, биологија и т. д.) и *друштвене науке* (историја, право, религија, социологија, етика и т. д.).

Критеријум за ту поделу јесте противстављање природе и човека. Чисто природне појаве дешавају се по самој нужности, независно од воље човекове (појаву пролећа, лета, јесени и зиме човек не може ни спречити ни изменити; претежна већина људи по својој вољи не би никада умрли и т. д.); у постанку и промени друштвених појава (образовање породице, државе, Друштва Народа и т. д.) као фактор учествује и човек са својим осећајем, вољом и разумом.

Право у свој својој укупности (појам права, скуп свих правних правила, њихов постанак, њихово функционисање и њихова промена) предмет је Правне Науке, и често се реч »право« употребљује у смислу Правне Науке (професор права, студент права, увод у право, римско право и т. д.).

Правна Наука обхвата:

² право које важи (наука о садашњем, постојећем или позитивном праву, de lege lata, по некима *Правна Наука у његовом смислу*);²

право које је важило (историја права — једног народа, једне епохе, права у опште);

тична наука» противречност је сам собом. Практична је техника, практична никад није наука».

Rudolf von Jhering. Der Geist des römischen Rechts. II. d. Erster Teil. S. 36. »Правна правила су изведена апстракцијом из посматрања животних односа и одређена су да изразе унутарњу природу тих односа и да им је осигурају. За образовање правне форме једног животног односа често је нужна сарадња различних правних правила, она, дакле, у том заједничком им крилу налазе своју спојну тачку и опкољавају је као мишићи кости. На тај начин правно формирани приватни однос може бити и сам у зависности од неког другог, на пример као фаза, као прелазан моменат истога, као прибављање или губљење права према самим правима или као последица, као сукцесија наследника у дугове оставиоца према примању наслеђа, или као специја према роду, као уговор продаје и куповине према уговорима, ових према тражено правним односима. На тај начин поједини правни односи, који као такви могу бити предмет посебног правног посматрања, скупљају се у веће самосталне целине — правне институте, — који нам, изражено у слици, престављају костур права, на који се наловезује делокупна суштансација правних правила.

»Задатак је правне науке да испитује то чланање права, да потражи право место за најмање као и за највеће.«

² Dr. Max Salomon. Grundlegung zur Rechtsphilosophie. П. д. »Правна наука није наука о правним нормама, није наука о позитивном праву, него наука о правним проблемима. Докле се у законским текстовима гледа објект јуриспруденције, може се доспети до правне технике, али никада до правне науке«.

Dr. Hans Kelsen. Hauptprobleme. II. d. S. 6. »Правна наука може бити само наука о позитивном праву. Јер кад је модерној правној науци постављен задатак, не да казуално објасни, шта фактички бива, него да нађе (zu gewinnen) норме, које статуирају шта треба да буде, то садржина тих норми (оне су правна правила) не сме се — као што су учинили учитељи природног права — узети «из разума», из «природе ствари» или другог неког изванправног принципа, него искључиво и једино из позитивног права«.

размишљање о праву у опште: постоји ли и шта је, чиме се оправдава, како би могло и требало да буде, шта је праведно, шта је право (философија права, *правна философија*);³

критику садашњег права са гледишта једног поретка, којим би садашњи имао непосредно да се замени, и предлог правних правила за тај будући поредак, говор о будућем праву, *de lege ferenda* (*правна политика*, законодавна политика);

упоређење права разних епоха или упоређење права разних народа (*упоредна правна наука*).

Из прошлости човек долази у садашњост и иде даље — у будућност. Садашњост је само привремен и више привидан но стваран починак. Да би што потпуније сазнао садашњост, треба да су му познати порекло и база исте. Без познавања прошлости, његови планови о ближој и даљој будућности могли би бити без реалне подлоге, фантастични. О људским односима, сарадњи и утакмици, у прошлости, садашњости и будућности немогуће је имати правилан суд без познавања човека (као природног и друштвеног, осећајног и разумног бића) и његовог милјеа, свих услова људског опстанка. Све науке о томе помоћне су науке за Правну Науку, која својом укупношћу обухвата укупност друштвеног живота (*Jurisprudentia est diuinorum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia* — »Јуриспруденција је, претпостављајући познавање божанских и људских ствари, наука о праведном и неправедном»).⁴

³ Wilhelm Sauer. *Grundlagen der Gesellschaft*. П. д. S. 10. »Почне ли правник једном да сумња у вредност свога права, он више није правник него философ.«

Berolzheimer. *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*. П. д. Band I S. 1—23. »Главни проблем правне философије јесте проблем о праведном. Језгро правне философије увек је било управљено на схватање праведнога. Правна политика је правна философија тренутне потребе; правна философија је правна политика трајно.«

Ch. Beudant. П. д. Р. 12. »Закон посматран као средство социјалне дисциплине не вреди више од силе, кад сам није друго до израз силе. И он има, такође, своје законе, изван којих није бољи од опасности, које је одређен да отклони, јер према организованом угњетавању угњетеноме не остаје друго средство до побуна, која је враћање разузданним индивидуалним силама. Који су то закони који владају самим законима? То је проблем правне философије. Они се резимирају у проблем правде, која стоји изнад самог законодавца.«

Rudolf Stammller. *Wirtschaft und Recht*. П. д. S. 492. Питање о бићу права дели се у три задатка: 1. шта је право; 2. оправдање правне обавезе; 3. кад је садржина једне норме истински оправдана. — У опште се признаје, да је Штаммлер правилно поставио проблеме правне философије, чиме је, веле, постао њен обновилац.

Alfred Fouillé. *Extraits*. П. д. Р. 430. Хегел. »У опште, човек почиње да философира кад више нема савршене сагласности између спољашњих реалности и интимних тежњи, кад социјалне и религиозне институције више не задовољавају свест; тада се дух повлачи у свет мисли и философија постаје лек злу које је мисао произвела.«

»Философија се подиже на рушевинама остарелог света и тежи да створи нов поредак ствари.«

P. 473. Victor Cousin. »Философија је почела оног дана кога је човек размишљао. Философија није ништа друго до размишљање са пратњом поступака који су јој својствени, размишљање уздигнуто на ранг и ауторитет методе...«

⁴ Félix Senn. *Les origines de la notion de Jurisprudence*, Paris 1926. Р. 27.

За потпуно познавање једног одређеног права потребно је знати не само правна правила и њихову узајамну везу (чисто формално, »правничко« посматрање, схватање и излагање права), него још и њихов постамак, њихов циљ и њихово дејство (»социолошко« или »телеолошко« посматрање и схватање права).⁵ Ваља нагласити, да та два начина посматрања права у ствари више или мање иду једно с другим.

За Правну Науку каже се да је *нормативна наука*, с тога што за предмет има норме (људска правила) и њихову садржину, па било да је реч о постављању норми или о њиховом тумачењу и примени. У овом другом случају, кад се ради само о разумевању и излагању норми таквих какве су, правна наука назива се и *догматичком науком*.

2. Под техником у опште разумеју се средства и вештина (умешност) у примени истих за остварење једног одређеног циља.

Правна правила су средства за одржавање или за стварање једног одређеног друштвеног поретка (у погледу сарадње и утакмице у једној одређеној људској заједници). Ваља их формулисати и изразити, објавити, разумети и, најзад, применити, т. ј. конкретне случајеве (сарадње и утакмице), на које се правна правила односе, истима саобразити, на конкретне случајеве применити меру коју правна правила за њих садрже (наређују, прописују). Сва делатност у том смислу спада под појам правне технике,⁶ док постављање

⁵ Julius Ofner. *Das soziale Rechtsdenken*. П. д. S. 47, 49. »Правна наука (Die Jurisprudenz), како сам називао егзактно-научну подлогу јуриспруденције, обухвата све гране науке о људима, само тиме специфицирана што прелази у вештину организације, слично физикалној студији техничара и лекара. Она испитује мишљење, живот и делање човека како јесте, али истовремено испитује и вероватноће за покушаје, да се учини добром. При размишљању о што је могуће бољем праву не сме се изгубити из вида, да и установе, које су одређене да очувају мир, као својина, брак, завичај и друге, слично машинама дејствују на свој начин, без обзира на последице, тако да и оне могу створити мањива стања. Нема установе која је под свима околностима добра. Увек мора придоћи разумна примена.«

»У сталној вези испитивања и мишљења о циљу у служби живота људи, у научном удобљењу држећи се мисли, да је циљ правне делатности помоћ, одржавање и узвишење живота људи, мира и слоге међу њима за добро свих, при чему је знање само средство и претпоставка да се тај циљ постигне: састоји се социјално правно мишљење, путем слободној правној науци.«

Julius Binder. *Philosophie des Rechts*. П. д. S. 687.

⁶ Baudry — Lacantinerie — Bonnecase. П. д. Tome premier. Р. 404. »Правна техника, која се противставља правној науци, служи, у истини, за ознаку скупа средстава сваке врсте, помоћ којих се израђују, појављују, трансформирају, примењују и гасе правна правила; она исто тако обухвата правни језик као и интерпретацију и примену једног правног правила, исто тако формалне карактере закона и обичајног права као и традиционалног кадра судских одлука и методе излагања доктрине; једном речи, свака манифестијација једног правног правила спада у правну технику.«

François Gély. *Science et Technique*. П. д. III. Troisième partie. Р. 23, 35, 44. »Мислим, да појам правне технике могу прецизирати ако кажем, да она у скупу позитивног права представља форму насупрот материји (садржини), и да та форма остаје битно конструкција, у великој вештачка, du donné (дана — историске чињенице, милје, идеал), делу више акције и телегенције, где се воља правника може слободно кретати, диригована само предетерминираним

циља спада у правну (и у опште социјалну) философију и у правну политику.

И за правну технику, као и за сваку другу свесну људску делатност, важи (поставља се, постулира се) општи принцип (начело, максима): да што мање труда и трошка постићи што бољи и што потпунији резултат. Правна правила треба, дакле, формулисати и изразити што јасније, што упрощеније, што потпуније и у исто време што краће и што прегледније, објавити их на најпогоднији начин за њихово сазнање, схватити њихово право значење (смисао), применити их правилно, брзо и јевтино.

Правна Наука у своју своју укупности служи томе практичном циљу. Она је истовремено и наука и вештина⁷. Средства су јој, по

циљем правне организације, која детерминира средства за своју властиту реализацију...

»Као примордијални и специфички задатак правне технике је, по мом мишљењу, адаптација средстава циљу (потпуна примена — *mise à effet* — руководних принципа), да би се осигурала ефикасна пенетрација права у социјалном животу...

»Највиши објект права остаје увек позитивна консекрација правде, и правну технику уводимо овде у циљу постојаног остварења исте«...

Rudolf von Jhering. Geist des römischen Rechts. II. d. Zweiter Teil. Zweite Abteilung. S. 323—327. »Остварење права треба да буде, с једне стране, неизоставно, равномерно и сигурно, с друге стране, лако и брзо... То је задатак оне вештине коју називамо правном техником... Целокупна делатност правне технике може се свести на два главна циља. Ко хоће да са сигурношћу примени право, прво га мора научити, њиме духовно овладати. Олакшање тога рада средством у највећој мери могућег квантитативног упрощавања права, један је од та два задатка технике. Други задатак исте дат је циљем примене права на конкретан случај. Умешност (die Fertigkeit) примене права јесте свакако првенствено ствар субјекта, она је вештина, која се само вежбањем може научити.«

Dr. Josef Kohler. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. d. S. 138. »Право није само наука него је и техника; треба не само да се истражује него и да се примењује. А свака је техника вештина, јер претпоставља да се са извесним духовним способностима створи нешто што још не постоји. Као код сваке технике, и овде се нешто ново ствара тако што се дух служи извесним факторима који постоје. Ти фактори су правна правила. По њима треба да се расправи поједини правни случај.«

Ernst Zitelmann. Die Kunst der Gesetzgebung. Dresden 1904. »Код законодавног рада може се разликовати двоје: садржајна и техничка страна законодавства. Унутрашња страна: на који начин законодавач налази садржину закона? Законодавни рад је циљна делатност. Са питањем о правим циљевима, на чијем остварењу законодавач треба да ради, на крају се доспева у последње кутке (in die letzten Abgründe) људског мишљења, далеко преко области правничког сазнања. То више није чисто правно (правничко) питање, него питање правне и социјалне философије. Да се на њега нађе одговор, ваља се вратити проблемима етика, целокупног схватања света (ja der ganzen Weltanschauung)... Код техничке стране законодавства, говорим о техници у најширем смислу речи, у то убрајам све што се не тиче садржине законодавног наређења... Свака стилистика је вештина. И колико је она овде важна и колико опасна! Кад је закон једном готов, мора се тумачити такав какав је; намере, које су појединачни редактори законског текста руковођиле при избору и месту његових речи, остају, ако не излазе из самог текста, без утицаја, и обратно, текст, такав какав је, може, баш с тога што се мора објаснити из самог себе, дати смисао, који је тада право, без обзира на то да ли га је редактор закона заиста хтео или не... Вештина правне примене нужно допуњава и условљава вештину законодавства.«

Rudolf Stammller. Theorie der Rechtswissenschaft. Halle A. D. S. 1911. S. 559—652.

самој природи споразумевања међу људима, људски језик (говор), речи⁸ са значењима која им се придају. Можда није сувише претерано кад Французи кажу: наука је добар језик (*la science est la langue bien faite*).

Правни појмови.

Најопштије речено, појам је престава (идеја, замисао, унутарња, духовна слика) о нечemu. »Појмити« значи разумети или схватити, разазнати обим и садржину предмета преставе, његова својства, његову релацију и његово дејство — његово »биће«, или од свега тога само оно о чему се ради, оно »о чему је реч«¹.

Реч је израз (слика, симбол, репродукција) преставе (појма), једно (редовно, најубичајеније) од средстава за саопштење својих престава (појмова, мисли) другима, »реч« и »израз« често су синоними.

Више престава везаних у једну целину чине једну мисао (један суд, једно тврђење), а речима исказана мисао јесте реченица.

Дефиниција је у једну мисао везано објашњење једног појма, објашњење које се састоји (треба да се састоји) у истицању свих битних обележја (особина, својства) предмета појма, којима се (обележјима) тај појам разликује од свих осталих. Та мисао може, као и реченица, бити проста или сложена, али треба да чини једну целину.

Правни појмови не могу бити ништа друго до појмови из области права. Они су значења или смисао који појединачно изрази (речи) имају (који им се придају) у Правној Науци, у правној технички, у законодавству².

⁷ Ernst Zitelmann. Lücken im Recht. Leipzig 1903. S. 35. »Код сваке праве правничке делатности, при раду законодавца као и при решавању конкретних случајева — а сва правна наука са своје стране само је помоћ и припрема за те делатности, или више није јуриспруденција — велим, ради се не толико о примене једне науке колико о вршењу једне вештине ослоњене на науку — вештине (уметности) која долази од знати (Können).«

François Gény. Science et Technique. II. d. Quatrième et dernière partie. Paris 1924. P. 13, 14, 153.

⁸ François Gény. Science et Technique. II. d. Quatrième et dernière partie. P. 455. »Језик нам се појављује, у својим изразима и фразама, као најнеопходнији инструмент примене (*mise à effet*) супстанционалних елемената права, у тој мери да, узета у својој укупности, правна техника излази, највећим својим делом, на питање терминологије у законодавству, у јурисдикцији, у пракси, у доктринарној интерпретацији.«

Rudolf Stammller. Theorie der Rechtswissenschaft. II. d. S. 182. »Један предмет појми се онда када се у њему схватило (увидело) оно што му је заједничко са осталим предметима. Појам, дакле, има под собом једно многоструко на исти начин (ein Manigfaches in gleichmässiger Weise); он је престава која се има наћи сагласно у више предмета, чију различну садржину он јединствено обухвата и одређује.«

Да ли се под ту и сличне дефиниције може подвести, на пример, појам једног Бога.«

² Felix Somló (II. d. S. 26—32) прави разлику између основних правних појмова (*juristische Grundbegriffe*) и појмова правне садржине (*Rechtsinhaltsbegriffe*). Основни правни појмови су појмови његове правне основне науке (*ju-*

ristiche Grundlehre), која се има сматрати »или као правна философија, или као део правне философије, или као наука различна од правне философије«. Појмови правне садржине јесу појмови јуриспруденције, т. ј. науке о позитивном праву (излагање, објашњење, системисање позитивног права). Ове друге појмове дели у три подврсте: такве које је створио сам творац правне норме; такве које је творац правне норме у правну норму унео у њиховом обичном смислу; такве које је јуриспруденција створила у циљу бољег изражаваја садржине правне норме.

»Правни појмови су, дакле, у опште сви појмови којима се неко служи за изражавај неке правне норме, или које према том нужно претпоставља, било да је он сам творац правне норме или ма ко други. Основни правни појмови су они којима се нужно мора сваки послужити за изражавај једне правне норме или које при том нужно претпоставља. Најзад, појмови о садржини права јесу они који се у том циљу могу слободно изабрати, свеједно да ли су нађени готови или су у том циљу створени.«

Основни правни појмови јесу појам о праву и о свему што је у непосредној вези са појмом права. Ти појмови не могу се извести из садржине датих правних норми (позитивног права). Они су независни од правне садржине, они формално важе за свако позитивно право (појам права, законодавац, адресат права, субјект права, правна дужност, санкција итд.). То су појмови који се од стране других (на пример Edmond Picard П. д.) третирају као »чисто право« (*le droit pur*) или право по форми (формално право), оно што се својом формом појављује као право или по својој форми назива правом, без обзира на његову садржину, — »чисто« право у смислу чисто или слободно, независно од садржине икојег позитивног права. То су појмови који се изводе из појма право у опште и који, као такви, имају да важе за све и свако позитивно право. У слици речено, то формално право је ограда (форма), а не и оно што је заштићено, ограда, а не оно што је ограђено»; с обзиром на свој формалан карактер, правна наука (наука о позитивном праву) може се у многоме означити као »геометрија тоталне правне појаве« (Hans Kelsen).

Видети: Rudolf Stammller, Theorie der Rechtswissenschaft (»Изрази чиста правна наука и теорија правне науке значе једно исто«); Hans Kelsen, Hauptprobleme (П. д. S. 94, 496).

Rudolf Stammller. Wirtschaft und Recht. П. д. S. 127. Социјални живот је спољашњим правилима регулисана сарадња људи управљена на задовољење људских потреба. S. 129 Такву сарадњу називам социјалном економијом. S. 155 Само је у апстракцији могуће у појму социјалног живота разликовати регулишућу форму од регулисаног штрафа. За социјалну науку (која има за предмет социјални живот) постоји само спољашње регулисана економија: Правило без нормираних штрафа празно је, престава друштвене економије без мисли на одређено регулисање сарадње збркана је. S. 158. Правно регулисање је форма социјалног живота. Оно се може као форма за се проценити и технички научно испитати и изложити, а да претресање и аргументација о садржини тих правних одредаба не буде зависна од њиховог конкретног извођења у једној одређеној социјалној економији.

Leonard Nelson. П. д. S. 40, 84, 85. »Основни појам формалне правне науке и тиме правне науке у опште јесте појам права. Право је практична нужност узајамног ограничења сфера слободе у наизменичном утицају лица.«

»Врховно правило (Der Obersatz), правни закон (das Rechtsgesetz) материјалне правне науке јесте: Правда је право.«

»Правда је тражено правило за узајамно ограничење слободе појединача у њиховом наизменичном утицају. А правда не значи ништа друго до лична једнакост, т. ј. искључење сваког преимућства условљеног нумеричком одређеношћу (durch die numerische Bestimmung) лица.«

Julius Otfner. П. д. S. 54. »Право се не може — као што Келзен хоће — ослонити на конструкције, на бескрвне шеме. Оно је створено за људске циљеве, хоће да изазове или спречи људска дела; како би то могле учинити голе апстракције.«

Wilhelm Sauer. Grundlagen П. д. S. 182. »Право и обичај (Sitte) само су спољашност (äussere Hüllen), као круна и орден. Ко на њих полаже претерану важност, тај меша биће и симбол, оно што је са оним што изгледа (Sein und Schein).«

У Правној Науци и у законодавству поједине речи могу имати исти смисао, означавати исте појмове као и у обичном говору, али могу имати и особено, своје специјално значење. Као што, на пример, »вода« нема исто значење и у Хемији и у обичном говору, исто тако и речи »право«, »лице«, државина», »казна«, »савесност« итд. могу у Правној Науци и у законодавству, у правној техники, имати значење више мање различно од свог значења у обичном говору. Кад се поједине речи употребљују у својим специјалним значењима, у свом специјалном смислу у једној научној области или у једној вештини, зову се технички термини. Правни појмови су, дакле, технички термини у области Правне Науке (и, разуме се, правне технике).

У ком је смислу која реч употребљена, увек је ствар тумачења. Претпоставка је само, да је у обичном говору употребљена у свом обичном значењу, а да је у правној литератури, па и у законодавству, у колико је оно дело правника, употребљена у свом техничком значењу, ако га има.

За дефиниције у праву важи суд да су непоуздане (*omnis definitio in iure civili periculosa est*), т. ј. да казују више или мање но појам који објашњавају. То је тачно и долази: и с тога што је појам сам по себи можда сувише магловит или еластичан, па је и немогуће дати довољно одређену дефиницију истога; и с тога што су речи, нарочито кад су у питању апстракције, само приближно веран израз преставе; и с тога што се једна престава, односно предмет преставе, за коју имамо само једну реч, може посматрати са разних становишта, па је немогуће све то сажети у једну мисао, или се при дефинисању пропусти неко становиште, а то се не истакне ни у дефиницији ни у евентуалној анализи исте. Тако се, на пример, појам права може дефинисати по свом постанку (волја јачих, воља или уверење преставника заједнице), по својој форми (правило, објективно право), по својој садржини (наредба, забрана, овлашћење, субјективно право), по својој функцији (средство за одржање или за увођење и одржање једног одређеног поретка), по гарантији за своју примену (организована и неорганизована санкција), може се дефинисати као постојеће (позитивно) или као будуће право, оно које се жели, оно које би требало да буде (»природно«, »морално«, »идеално«) право. Многи неспоразуми међу правним писцима, у осталом као и међу људима у опште, долазе од неспоразума о смислу израза којима се служе и од посматрања предмета са разних становишта. Видети

Dr. Julius Binder. Philosophie des Rechts. П. д. S. 899. »Стварно је већ највиши од свих правних појмова, појам права у опште, телесолошки појам, јер је право циљно уређење (Zweckeinrichtung), одређен да оствари емилијичке циљеве социјално везаних људи, у колико то идеја права допушта. С тога су сви појмови права, који стоје под том идејом, циљни појмови, и с тога нема никаквог смисла, са Лабандом, Келзеном и другима одстрањивати циљ права из дефиниције права, ма да би формална правна наука природно само тако била омогућена: и с тога се баш идеја једне формалне правне науке има означити за бесмислену (widersinnig)«. Видети Dr. Julius Binder. Rechtsbegriff und Rechtsidee. Leipzig 1915.

Alfred Fouillé (L'idée moderne du droit. П. д. Р. 6, 215) »чистим и апстрактним правом« назива идеално право, идеју о праву, право које не почива на сили и на интересу, него на идеји о једнакости, слободи, братству.

ствар са свих страна, значи сложити се у мишљењу или суду о истој (рекао је Спиноза). Тешкоћа, да се ствар види са *свих страна* и да се виђена свестрано обухвати у једну мисао, и чини дефиницију непоузданом, несигурном, па се с тога и саветује законодавцу, да се уздржи од дефинисања, нарочито од дефинисања основних или општих правних појмова, т. ј. појмова Правне Науке³.

Но и поред веће или мање нејасности појмова и непоузданости њихових дефиниција, својих специјалних појмова и њихових дефиниција ниједна се наука не може лишити, а најмање Правна Наука, која се, ма да је право израз људских односа, дакле стварности, одликује апстрактношћу. Правни појмови и правне дефиниције престављају тако рећи кондензацију (сажетост, прецизност) нашег иначе расплинутог знања о правној материји, они су као нека врста суда (оквира) који држи иначе растурену материју, помоћу њих се уздижемо од конкретнога апстрактноге, од појединачног, индивидуалног општем, генералном, и тако успевамо да овладамо и лакше рукујемо неизврсним бројем појединости, у којима би се без тога губили. »Правно конструисати значи правно ујединствовати«.

У правној литератури говори се, кадшто, о »правној природи« неке чињенице, неког људског односа или садржине неког законског прописа, и тада се мисли на то : под који од већ постојећих, већ створених правних појмова потпада или може да се подведе дотична чињеница. Тако, на пример, кад се питамо, шта је правна природа »уговорне казнене« (нека имовинска вредност, коју се један уговорач обавезује да другом уговорачу да за случај неизвршења или неуредног извршења своје главне обавезе), питамо се : да ли »уговорна казна« пада под појам »казнене« (приватно-правне), под појам »знакнаде штете« или, евентуално, чини појам за се, појам свога рода (*sui generis*). »Правна природа« значи, дакле, исто што и »правно обележје« или »правни карактер« једне чињенице.

или »правни карактер« једне чињенице.
Са одређивањем »правне природе« или са »правном конструкцијом« једне чињенице (једног односа, садржине једног правног правила), ма колико да је то корисно и за примену права и за владање правном материјом, често се претеривало и ишло до смешнога, кад се хтело да се једна чињеница по сваку цену подведе под неки од већ постојећих правних појмова,⁴ и кад се ишло за тим да се нелогичност друштвеног живота стегне у већ напред постављену строгу логичност правних појмова. То је исто што и хтети да се један измењени или ново појављени однос расправи по неком

³ Rudolf Stammler. Theorie. II. d. S. 318—323.

⁴ Rudolf von Jhering. Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Zweite Auflage. Leipzig 1921.

J. H. v. Kirchmann. П. д.

J. H. v. Kirchmann. II. d.
Rechtsanwalt Ernst Fuchs: Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven
Jurisprudenz (Karlsruhe 1909); Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz
(Berlin 1908.).

Gnaeus Flavius. Der Kampf um die Rechtswissenschaft. Heidelberg 1906.
Dr. Arthur Baumgarten. П. д. »Потпуно је погрешно веровање велике
наших правних конструктора, да сваки правни однос мора бити погодан
предмет правне конструкције.«

од већ постојећих правних правила, и ако међу већ постојећим правилима нема правила за тај однос. Свака чињеница из правне области не може се, без штете за правилност, збити под неки од већ постојећих правних појмова, као што се ни свака ствар не може, без свог оштећења, сместити у рамове (судове) спремљене за друге ствари. Развојно покретљив друштвени живот не може се укалупити у већ једном створене и тако рећи окамењене правне појмове. Ваља имати у виду, да и у правним појмовима, као и у законима постоје, и морaju постојати »празнине«, те за ново појављене или измене чињенице треба створити и нове називе, као што и слу чајеве, за које не постоје законски прописи, треба расправити по за то створеним новим правилима. »Ново вино не треба сипати у старе мехове« важи и за правну технику.

Подела објективног права (подела правних правила).

Потреба реда и прегледности правних правила изазвала је по делу истих према врсти односа, који се њима регулишу или за које су постављена, па су и скупови правних правила сваке особене врсте односа добили своје посебне називе. Деоба по том основу је чисто формална, у циљу груписања правних правила, да би се лакше могла прегледати и да би се њима лакше владало.

1. Најстарија деоба, која датира још од римских правника, јесте деоба на приватно и на јавно право. За критеријум те деобе служио је носилац (субјект) правом заштићеног интереса. Рекло се: приватно право је оно које за предмет има приватан интерес, т. ј. интерес појединача; јавно право је оно које за предмет има јавни интерес, т. ј. интерес правне заједнице, државе (*ius privatum est quod ad utilitatem singulorum, ius publicum quod ad statum rei romanae spectat*).

Тај критеријум је, бар за садашњицу, само приближан правом стању ствари.

Пре свега, немогуће је строго одвојити интерес појединца од општег интереса односно интереса државе, коју у ствари чини скуп појединача. Интерес појединца, и ако је често у супротности са интересом државе, не може, по правилу, бити обезбеђен, ако је не обезбеђен интерес државе, и обратно. Напротив, основни је интерес државе, и видели смо да би то имао да буде и свесно придати јој циљ, да што боље буду зајемчени основни интереси појединача. Без здравих, снажних, умно развијених и задовољних грађана нема ни добра држави, која није нешто посебно, независно од грађана. Друго, сва су правна правила друштвена (државна), у главном једног истог порекла, у интересу заједнице, у интересу реда и мира, регулишу сарадњу и утакмицу у опште. И најзад, нарочито у новије време, законодавства све више и више закорачују, у јавном интересу, у интересу општем, у интересу заједнице у област људских односа, која се, област, сматрала и донекле још сматра као приватно правна област (ограничење права својине, наслеђа, радничко законодавство).

Исти критеријум је само донекле изменењен, и само донекле одговара правом стању ствари, кад се каже: приватно право је скуп правних правила о односима између појединача, а јавно право скуп правних правила између државе и појединача (и држава међу собом). Са појединцима држава често ступа у односе као и појединци међу собом, те се и она појављује као »појединач« (купује и продаје, потражује и дугује). Такви њени односи према појединцима спадају у исту врсту и подлеже истим правним правилима којима су потчињени и односи између појединача. Многи односи међу појединцима, за које би се на први поглед рекло да су чисто приватна ствар, и који су регулисани у групи приватног права (закључење, поништај и развод брака, однос између родитеља и деце, слобода уговора), данас се у многоме сматрају као односи јавног права, у општем интересу. Исто су тако, с друге стране, многи односи чисто између појединача (увреда, клевета, лака повреда тела, превара, поништај туђих ствари) регулисани казненим законима, који неоспорно, према владајућој подели, спадају у групу јавног права.

Није без замерке ни критеријум, по коме у групу јавног права спадају правна правила која за предмет имају организацију државе и њене функције, док сва остала правна правила чине групу приватног права. Својина државе (новац, земље, зграде, рудници, разна предузећа) и њени имовински односи са појединцима, у којико и не би били функције државе, служе функцијама државе, ове су без њих немогуће, али се та средства (управо односи који се поводом њих заснивају) регулишу правилима која по традиционалној подели спадају у групу приватног права. Једном речи, држава се у својим односима у многоме појављује у истом реду са појединцима.

Истиче се, и ако ређе, још један критеријум. То је заштита угроженог и репарација повређеног субјективног права или, другим речима, примена санкције. Ако се, наиме, иста даје само на захтев, на тражење носиоца (имаоца, субјекта) угроженог или повређеног права, право је приватно: од воље појединача зависи, хоће ли право употребити и хоће ли или неће да га штити (туžба за право својине, за наплату дуга, туžба због увреде и клевете итд.). Ако се, пак, санкција примењује без обзира на вољу или и против воље појединача, носиоца права (поништај апсолутно ништавног брака, не важност правног послана, одузимање родитељске власти, већина кривичних дела, испуњење извесних обавеза, војне, пореске, принудно осигурање раденика итд.), право је јавно. Тај моменат у примени санкције показује, да је једно право више у интересу појединача или више у интересу државе, и у толико се, с обзиром на интерес, и тај критеријум поклапа са традиционалним, али подела права по том критеријуму није изведена, јер се, на пример, за увреду и клевету, које спадају у област кривичног права, казни на туžбу увреженог и оклеветаног, а поништај апсолутно ништавног брака и одузимање очинске власти, што је регулисано у области приватног права (у Грађанском Законику), врши по службеној дужности.

Најзад, учињен је и предлог, да се објективно право подели, према врсти санкције, у казнено, с једне, и све остало, с друге стране. О њему ће бити речи у говору о санкцији.

Практичан значај разликовања права на приватно и јавно чини наслеђено правило: да се у ономе што се тиче јавног интереса ништа не може мењати вољом појединача (*ius publicum pactis privatorum mutare non potest*).¹ То правило важи, али, према традиционалној подели, и у групи приватног права има правила која се немогу мењати вољом појединача (форма брака, тестамента, менице, застарелост итд.), и у јавном праву има правила чија примена зависи од воље појединача (кривични прогони по приватној туžби, промена помесне надлежности у грађанском поступку, замена редовног суда избраним итд.). И то показује, да поделу права на приватно и јавно није могуће строго спровести и према њој груписати правна правила, али се та подела ипак одржава.²

Која ће правна правила спадати у групу јавног а која у групу приватног права, ствар је конкретног правног поретка. Зависи од владајућих погледа на односе између појединача, на однос између државе и појединача и на задатке државе. За једно одређено позитивно право на то питање има се одговорити на основу самог тога позитивног права, за једно правно правило на основу тога правила у вези са осталим правилима и, у сумњи, саобразно општим принципима одређеног правног поретка; за будуће право има се одговорити са гледишта правне политike и правне философије. Законодавна политика, идеално посматрана, руководиће се идејом који се има о друштвеном поретку.

Историски посматрано, неоспорно је: да се некада врло пространо поље приватног права све више сужава, и да је граница између њега и јавног права све мање приметна. Самоодбрана и самопомоћ, првобитно ствар појединача и његове уже групе (приватна правда, приватно судство), сведене су сада на најнужнију меру (на случајеве тренутне потребе за заштиту угроженог или повређеног права); крвна освета и двобој прогоне се; отац породице није апсолутни господар жене и деце, његова власт, мужевља и очинска, у интересу је не толико његовом колико у интересу жене и деце и, преко њих, у интересу заједнице; старатељство је у интересу старатника и, преко њега, у интересу заједнице а не у интересу старатеља; из права својине (*ius utendi, fruendi, abutendi*) потичу и обавезе, употреба његова не сме бити на штету целине (у многоме још само платонски Уставом проглашен принцип); слобода уговора признаје се, у колико није противна друштвеним интересима итд.³

¹ Г. З. § 13. »Воља и наредба човечија заступа закон, а закон накнађује наредбу и вољу човечију. Но у ономе што се тиче јавног поретка и благонаравија, не може се ништа изменити вољом или уговором.«

² Diguit (П. д. Р. 522—534) из практичних разлога (из разлога групирања, прегледности, излагања) задржава традиционалну поделу, и ако налази да је неоснована.

То померање приватног права у правцу и на страну јавног права ићи ће, вероватно, до границе, од које би слабљење индивидуалног интереса и индивидуалне иницијативе било штетно за једницу, за општи интерес, у економском погледу — за производњу и за штедњу.

2. Приватно право има два дела: грађанско и трговачко право.

Грађанско право састоји се из скупа правних правила о оним односима између појединача, од којих у неким (односима) сваки појединач већ по самом факту живота у заједници мора бити, пролазно или трајно (кроз родитељско-дечији однос мора проћи свако јудско биће већ својим рођењем; и највећи сиромашак има право своине на парчету хлеба, којим утољава глад, и на хаљинама или крпама, којима покрива наготу; у данашњем економском поретку нема човека који ништа не купује или бар не прима као поклон, који, дакле, не закључује уговоре), а у некима сваки човек може бити, по својој слободној вољи (брачни односи, разни уговорни имовински односи) или и против своје воље (обавеза на накнаду противправно причињене штете). Оно се састоји из скупа правних правила о субјекту (носиоцу, имаоцу, титулару) субјективних права и обавеза и о његовој пословној способности (способности за прибављање и вршење права и обавеза), о породичним, имовинским и наследним односима, у којима самим фактом рођења и живота у друштву мора или може бити сваки човек, без обзира на његов поизив (професију) и држављанство.

Навиз »грађанско право« долази од римског *ius civile*. Али док је *ius civile* означавало право својствено Риму, све оно право (и приватно и јавно) које је важило првобитно само за римске грађане, и као такво противстављало се праву народа — *ius gentium*, ономе које је опште свима народима (*quo omnes gentes utuntur*).

³ Wilhelm Sauer. Grundlagen der Gesellschaft. II. d. S. 477—481. Приватно право. У овој стародревној материји основни закон појављује се у виду типизирајућег закона мировања (der Ruhe): Одржаше и заштита интереса појединача изравнањем саобразно типичној вредности тих интереса. — Приватно право је изразито право ране културе. Зато оно теки управном и на крају државном праву, да се као право потпуно доврши. Управно и државно право, јако су проткали ново право о становима, право рада, право о удружењима, такође и право о некретнинама, брачно право, сродничко право, старатељско право и наследно право. У овим материјама јасно се испољава тенденција целокупног приватног права ка јавном праву. Реална граница све се више губи. Граница између обеју материја постоји само у толико је тежиште час овде час онде. — На науци приватног права стално се примећује, да је она била права правна наука; и она ће то у извесном смислу увек остати. Не само историски — чињенично, него и стварно. Јер логички, законски, генерализирајући па ипак анализирајући, казуистички карактер даје приватном праву у структури као и у удаљености од живота сличност са теоријом сазнања. — Приватно право има, дакле, тенденцију социјализирања. Склон сам да будућност приватног права — ако се о будућности једне тако разгранате материје, као што је приватно право, у опште сме говорити у сажетој форми — првенствено видим у тенденцији социјализирања. Тиме се мисли на јаче ориентирање свих приватних интереса на потребе државе и на крају народа. Онај који се бави приватним правом мора учити да социјално мисли. Непрестано се препоручује само економско мишљење — то је сасвим једнострano, јер и у нашим материјално расположеним временима живот не поставља себи само материјалне циљеве ...

tur), »грађанско право« у садашњици назив је за приватно право са искључењем трговачког права. Ово оступање у значењу израза »грађанско право« објашњава се тиме што су се, после пропasti римске државе, у земљама у којима је реципирало римско право, Јустинијановим кодексом (*Corpus iuris civilis*) служили само за приватно право, задржавши овоме општи назив *ius civile*.⁴

Трговачко право је скуп правних правила о трговцима, трговачким пословима и оним односима између појединача не-трговаца који су засновани трговачким пословима. У ове убраја се и меница (строго формална задужница о новцу), па је, услед њене особености и тако рећи опште употребе у кредитном саобраћају, уобичајено да се скуп правних правила о њој, односно о односима који се њоме заснивају, назива *менично право*, један посебан део трговачког права.

3. Јавно право обухвата, као што је већ поменуто, скуп правних правила о организацији државе и о њеним функцијама. Како су ове све многобројније и многоврсније, скупови правних правила о појединима од њих чине посебне делове јавног права.

Државно право данас је назив за скуп правних правила о организацији државне управе и о законодавној власти, док административно (или управно) право, које се је издвојило из државног права, има за предмет остале функције државе и самоуправних јединица (области, срезова, општина). Извесно је да је између једног и другог немогуће повући строго одређену границу. Немогуће је говорити о организацији државе а не додирнути њене функције, и немогуће је говорити о појединим функцијама а не довести их у везу са организацијом државе.

Снабдевање државе новчаним средствима и руководење истима узело је толике размере и постало толико компликовано, да је из административног права издвојено *финансиско право* (наука о финансијама).

Организација радника и потреба њиховог осигурања наметнула је, у новије време, посебно радничко законодавство — *радничко право, право радничког осигурања*. Поред њега умножавају се и други економско-политички закони, који су предмет науке о економној политики.

Енергичну заштиту целокупног правног поретка у држави чине правна правила о угрожавању казном извршилаца извесних, у конкретном правном поретку предвиђених штетних (или за штетне сматраних), „кривичних“, радњи. Кривично или казнено право има за предмет та правна правила о кривичном делу (кривац, радња, предмет) и казни.

Изрицање и извршење казне и констатовање и принудно остварење оспорених приватних права (примена или извођење санкције кривично-правних и приватно-правних правила) чини судску функцију државе (правосуђе, судска власт). Иста се врши по нарочитим правилима о тој функцији: *казнени судски поступак* и *грађански*

⁴ Marcel Planiol. П. д. Tome premier. P. 9 и 10.

судски поступак. Као посебни делови грађанског судског поступка јесу: *стецишни поступак*, скуп правних правила о конкурентној наплати поверилаца из имовине презадуженог дужника, и *ванпарнични поступак*, правна правила о функцијама суда ван спора — старатељство, вођење разних књига јавног карактера (баштинских или грунтовних, трговачких, задружних, брачних регистара итд.). Као део административног права постоји *административни судски поступак*, скуп правних правила о расправљању административних спорова, који настају кад појединци оспоре законитост оних поступака административних власти којима су, по њиховом мишљењу, повређена њихова права.

4º Односи између поједињих држава и између држављана разних држава заснивају се како самим фактом суседства тако и све већом развијеношћу и неопходношћу економског и у опште културног саобраћаја и између најудаљенијих цивилизованих држава, и скуп правних правила о тим односима чини *међународно* или *међудржавно право*. Њега опет делимо на *међународно јавно* и *међуродно приватно право*, према томе да ли обухвата правна правила о односима између држава или правна правила о приватно правним односима између држављана разних држава (т. ј. кад је реч о сукобу закона разних држава из области приватног права).

5º Све право, и приватно и јавно, изузев међународно права, назива се и једном речи *унутарње државно право*: »унутарње«, јер се њиме регулишу унутарњи односи, односи у држави, између појединача (без обзира на држављанство), између државе и појединача, између државе и самоуправних јединица и између самоуправних јединица; »државно«, јер потиче од државе, за односе на државној територији и донекле и евентуално и за односе држављана изван државне територије. Међународно право назива се и *спољашње државно право*: »спољашње«, јер се њиме регулишу односи државе према другим државама, спољашњи односи; »државно«, јер такође потиче од државе, формално јој се не намеће од неке стране више силе, него постаје њеним споразумом са другим државама, њеним пристанком, њеним признањем. У ствари, спољашње државно право намеће се самом нужношћу саобраћаја међу државама⁵ и, као и

⁵ Leonard Nelson. System. II. d. S. 521. »Међународно право не може се засновати на заједници интереса (јер кад интереси хармонирају непотребно је регулисање истих), него само на заједници једног интереса: да се конфликти интереса правно регулишу.«

Leonard Nelson. Rechtswissenschaft ohne Recht. Leipzig 1917. »Тврђење Јелинеково, да је држава изнад сваког правног правила, и да »међународно право постоји ради државе а не држава ради међународног права«, само је рђаво прикривен покушај, да се наука о међународном праву понизи до слушкиње политики која не поштује право...«

»Факт, да не само политичари него и правници »самоодржање« или »егзистенцијук« државе стављају изнад свих колидирајућих интереса и чак права, може се објаснити злоупотребом израза »државни интерес«. Ниједан правник неће се усудити да тврди, будући да је право ради људи а не људи ради права, да интерес самоодржања овлашћује појединца, да пређе преко свих правних норми које сметају задовољењу његових потреба. А интерес државе, који би био различан од појединачних интереса, не постоји...«

унутрашње државно право, претежно, ако не искључиво, вољом јачих држава.

6º Унутрашњем државном праву често се противставља *аутономно* или *самоуправно право*. Ово чине правна правила која једна делимично самостална заједница на територији једне државе (област, општина, корпорација) поставља о људским односима у делокругу своје самосталности. Но како једна таква заједница може имати само толико самосталности колико јој држава даје односно признаје, у ствари и аутономно право је посредно унутарње државно право, јавно или приватно.

7º Однос између државе и цркве (заједнице припадника једне вероисповести) данас је, у главном, исти као и однос између државе и других од ње признатих организација и установа на њеној територији, па је и *црквено право*, скуп правила којима се регулише унутарње уређење религиозних заједница, аутономно и, дакле, посредно унутарње државно право из области административног права. У колико држава са врховним преставницима поједињих цркава, који своје седиште имају изван државе, закључује уговоре (»конкордате«), правила о томе спадају у област међународног јавног права.

8º У појединим правним областима разликујемо поједине *правне установе* (правне институте).

Правни односи јесу они људски односи који су и у колико су регулисани правом. Поједине врсте правних односа, које, узете саме за се, у појединим правним областима престављају извесне веће или мање целине, било то по циљу или по чему другом, називају се правним установама, правним институтима. Тако, на пример, брак (правни однос између мужа и жене), својина (правни однос између сопственика и свих осталих), наследство, меница, пореза, војна обавеза и т. д., јесу правне установе. И скуп правних правила поједињих правних установа назива се правна установа. Могло би се рећи и тако, да су правне установе све оне људске установе које су регулисане правним правилима, као и сам скуп тех правила.

Поједине правне установе делови су (састојци) већих целина, правних области, у које по свом предмету или врсти односа спадају, и преко ових су делови или састојци целокупне правне организације, целокупног правног поретка.

Што је за конструкцију једне зграде план, то је за правну организацију систем, извесан ред, извесан поредак. Свако правно правило има (или бар треба да има) своје одређено место, има своју одређену функцију, али само у вези са осталим правилима исте правне установе, преко ове са целом правном облашћу и, најзад, преко правне области са целокунним правним поретком. С тога се при одређивању смисла и утврђивању функције и дејства једног правног правила има да води рачуна о његовој вези са осталим правилима исте установе, па онда преко установе о вези са правном облашћу и преко ове са целокупним правним поретком. Исто то важи и за свесно постављање правних правила, за законодавца⁶.

Извори права.

У садашњици, правна правила постају законодавно и, у много мањој мери, обичајно. Она се изражавају и ми их сазнајемо (налазимо, констатујемо) у закону и у обичају (судској пракси).

Као што је познато, извором назива се оно из чега или од чега што потиче (извире).

Како за нас сазнање правних правила потиче из закона и из обичаја, и како закон потиче од законодавне власти, а обичај од народног (судијског) уверења, изворима права називају се **закон и обичај**, с једне, **законодавна власт** (законодавац) и **народно уверење**, (уверење судије, уверење преставника народа), с друге стране.

Да би се знало, на што се мисли кад се каже »извор права«, закон и обичај називају се **спољашњим или формалним изворима**, или облицима права (форма у којој се правна правила појављују), а законодавна власт и народно уверење **унутрашњим или реалним (материјалним) изворима права**¹.

У ствари, извор права је сам друштвени живот са свима факторима који утичу на стварање једног одређеног правног поретка у људским односима једне одређене заједнице. Тај поредак одређује, као што смо видели, воља јачих о сарадњи и утакмици, а она је производ **свих** фактора (материјалних и моралних), под којима се у опште једна одређена воља ствара о људским односима, у првом реду властитог, добро или рђаво схваћеног интереса (материјалног и моралног) јачих.

Кад је реч о историји права, под правним изворима разумеју се сва документа (исправе, споменици) и сва предања (традиције) у усменој, писменој, сликовној форми, из којих, по којима или на основу којих сазнајемо правна правила прошлости².

⁶ Rudolf von Jhering. Видети прим. 2. под насловом Правна наука и правна техника.

Julien Bonnecase. Introduction à l'étude du Droit. Paris 1926. P. 28.—32. »Правна установа (L'institution juridique) је скуп правних правила која се пројажимају тако да чине једну органску целину и обухватају неодређен број релација, које су трансформирани у правне односе и све произлазе из једног јединица, који су фундаменталног факта; тај факт, порекло и база установе, нужно до минира њоме, командује њеном структуром и развићем. Тако, скуп правног уређења брака чини једну установу.«

Dr. Феодор Тарановски. Енциклопедија права. П. д. С. 256. »Као прост сматра се такав правни однос, где постоји једна дужност на једној страни, једно потраживање на другој страни и један правни објекат...«

»Скуп простих правних односа, везаних јединством циља, назива се правни институт (Rechtsinstitut) или правна установа. Такви су и. пр. институт својине, институт брака, законског наслеђа, зајма, народног преставништва.«

¹ Felix Somló. П. д. S. 330. »Под правним извором разуме се, у главном, двоје. Прво фактор од кога правне норме излазе (ausgehen), и онда форма израза (Äußerungsform), у којој се појављују. У првом смислу обично се говори о унутрашњим, у другом — о спољашњим изворима.«

Baudry-Lacantinerie-Bonnecase. П. д. I. P. 403. »Формалним изворима правних правила називају се начини (les voies) којима та правила до нас доспевају, којима се манифестишу и којима нам се намећу.«

Видети цитате под насловом Фактори права.

² Prof. Marko Kostrenčić. Hrvatska pravna povijest. Predavanja. (Štampano као рукопис). Zagreb. S. 15.—31. »Pravno-povjesnim vrelom zovemo svu onu gradju, iz koje se mi obavješćujemo o pravno-povjesnim temama.«

Закон.

Најопштије и најпростије речено, закон је заповест властодржача о томе какав треба да буде поредак (какви треба да буду људски односи) у њима потчињено заједници.

На питања, ко су властодршци и у којој форми издају они заповести о људским односима, као и да ли су издате заповести и у колико и за њих обавезне, може се одговарати само кад се има у виду једна одређена заједница у једном одређеном времену. У опште може се рећи само толико, да су властодршци они који и докле имају моћ, да изврше својих заповести по правилу (редовно, не искључујући изузетке) силом (психичком и евентуално физичком) и трајно (не само тренутно) изнуђавају и који на једној одређеној територији над собом немају више људске моћи. И може се, у опште, рећи само то да су, у садашњици, у уставним државама издате заповести обавезне и за властодршце дотле докле их они не укину или не измене. То је оно, како је раније изложено, што један друштвени поредак чини, по данашњем схватању, »правним« поретком, државу — »правном државом«¹, и то је оно чиме се позитивно право формално разликује од самовоље и грубе силе, властодржац од разбојника. Материјално, садржином, законско право може бити идентично са силом, насиљем, самовољом, а то је случај увек кад је и у колико је својом садржином у корист јачих а не свих.

Посматрани у улози издавања закона, властодршци су **законодавци**; њихова делатност (функција) издавања закона назвата је **законодавство** (који се назив кадшто употребљује и за скуп закона у смислу целокупног законског права); њихова власт издавања закона — **законодавна власт**.

Законодавна власт може бити законита (легална, правна), када се заснива на постојећим правним правилима о законодавној власти, а може бити и само фактичка, што је случај увек онда када се не заснива на постојећим правним правилима него само на факту моћи: да се створи један одређен поредак и да се трајно одржава саобразно заповести. Издавање (доношење, стварање) закона може, дакле, бити правно или противправно, т. ј. саобразно или противно постојећим правним правилима о издавању закона. Да једна заповест буде закон, да се назове законом, битно је да долази од онога или од оних који су у стању да је на делу и трајно спроводе на једној одређеној територији, а није нужно и да је потекла од оних који су по датадашњим правним правилима били позвани (овлашћени), да такве заповести издају и на начин који је за то одређен. Можемо желети, и на томе радити, да се закони издају само од оних и онако како

¹ Слободан Јовановић. О Држави. Основи једне правне теорије. Треће прегледано и допуњено издање. Београд. 1922. С. 204. »У позитивном праву закон се дефинише једино по форми, — као акт законодавних органа, — и главна се пажња обраћа, не на његову садржину, него на његово дејство... За разлику од осталих државних органа, законодавни органи нису везани законом, пошто могу у свако време променити те законе које су они сами издали. Закон не може бити укинут и изменењен, нити се од његових прописа може учинити изузеће, — актима једне друге власти, него опет само законом.«

то прописују наши данашњи закони, али наша жеља не може избрисати факт, да су закони издавани и да се и у садашњици кадшто и гдешто издају не само правно него и противправно, јер се до највише фактичке моћи и долазило и још долази не само правно него и противправно, фактички: освојењем, револуцијом, државним ударом².

2º Код нас, »Законодавну власт врше Краљ и Народна Скупштина заједнички« (чл. 46. Устава) и, према томе, закон, у најширем смислу, јесте свака одлука законодавне власти, која је донесена и обнародована по прописима Устава (чл. 69., 75.—80., 85., 86.). Краљ и Народна Скупштина су, dakле, законодавни фактори.

3º У теорији чини се разлика између материјалних или правих закона и формалних или индивидуалних закона. Под првима разуме се свака заповест законодавне власти која садржи једно опште правило; формалним или индивидуалним законом назива се свака заповест законодавне власти за један одређен случај, за једну одређену, индивидуалну, конкретну чињеницу (закон о буџету, о државном зајму, о стварању или укидању једне установе, о народном признању једном одређеном лицу и т. д.).

Ово разликовање потекло је од постулата о подели и поделе врховне државне власти (суверене, највише, једне и недељиве) на законодавну, управну и судску (чл. 46.—48. Устава)³. Ако би, вели се, законодавна власт доносила индивидуалне законе, она би самим тим прелазила у област управне и судске власти. Али у колико је немогуће потпуно одвојити законодавну власт од управне, и у колико се извесне функције државе могу регулисати само индивидуалним законима, немогуће је да сви закони садрже општа правила, т. ј. апстрактна, она која се не односе на један конкретан случај него на све истоветне (т. ј. врло сличне) случајеве, на све истоветне људске односе, на »читаву једну врсту случајева«.⁴ Практичног значаја нема та теоријска подела на материјалне или праве и на индивидуалне или формалне законе.

² Rudolf von Jhering. Geist des römischen Rechts. П. д. Erster Teil. S. 103. »Да ли је наше строго одвајање права од силе у истини тачно, зар нема и данас области, у којима право и сила иду руку под руку? У малим круговима грађанској живота сили смо објавили рат, и кад се она у садашњици у тој области још бојажљиво и прикривено појављује, ми не слутимо да јој је негда ту припадала најшира владавина. Али, потиснута из низина приватног живота, бега сила на оне висине на којима влада светска историја. Кад се угњетен народ ослободи свога тирана, кад државна власт одбаци јарам убитачног Устава, који јој је, у стању њене крајње неспособности, натурила неразумна маса, кад мајсвајача обори трупу државу и побеђеном народу наметне законе — шта на то одговара наша теорија о праву и сили? Она признаје промену као свршен чин, као спасоносан чин, т. ј. она не може да избегне признању, да делотворна снага као таква може да забрише и да створи право. Историја са својим гигантским, природо-снажно делујућим силама не може се везати нашом теоретском научином; када се узнемири, једним ударом цепа је на свима местима и прешупта теорији труд, да је у наслону на промењено стање ствари опет састави.«

Видете цитате под насловом Сила и право.

³ Leonard Nelson. System. П. д. S. 186. »Проблем, како државна власт, т. ј. неограничива и недељива власт, може бити ограничена и подељена, излази, виђен у светlosti, на проблем познат из хришћанског учења о тројединству, како два могу бити један или један два... Тамо се вели: Отац и син су једно; овде се каже: Le roi régne mais il ne gouverne pas.«

⁴ Слободан Јовановић. О Држави. П. д. С. 191.—204

4º Како су људски односи многобројни, многоворсни и све компликованији, они се не могу ни регулисати једном једином заповешћу законодавца. С тога су већ одавна закони и многобројни и многоврсни. Појединачне врсте људских односа регулисане су заповестима, које су скupљене у појединачне целине, па се законима називају и такви скупови заповести (Устав, Грађански Законик, Казнени Законик, Закон о штампи и т. д.) и појединачне заповести — законски прописи, чланови, параграфи. »Закоником« се назива по броју прописа већи закон. То је сва, и чисто језиковна разлика између »закона« и »законика«. Кад се каже »законик«, обично се мисли на књигу (Gesetzbuch), која садржи законске прописе једне веће правне области. Без подвајања закона према предмету или материји (односима), њихова прегледност и примена била би скоро немогућа, јер је број законских прописа достигао десетине хиљада и једнако се повећава.

5º У теорији поставља се питање, коме су упућени закони као заповести законодавне власти⁵: органима власти (чиновницима, службеницима) или грађанима (односно и странцима у домаћају закона)? И ако у теорији спорно, несумњиво је да су упућени и једнима и другима — према томе у колико се на кога односе. Кад опште усвојеног правила, да се закони имају обнародовати⁶ и да незнање за-

⁵ Dr. Josef Kohler. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Erster Band. Erster Halbband. S. 87.—89. »Издати закон уноси новину у правном поретку. Само од себе чини, да на место ранијих правних правила важе друга правна правила. С тога се потпуно има одбити мисао, као да је стварање закона заповест упућена држављанима или људству. Да се правни поредак мора чувати, лежи у природи правног поретка. За то није потребна ни посебна ни општа заповест... С тога теорија заповести (као модерна теорија) почива на потпуном непознавању организме природе државе и човечанства, по којој човек који живи у држави сам од себе подлежи правном поретку, и по којој последице саобраћавања или несабрежавања правном поретку наступају саме од себе, па и онда кад човек поступа сасвим без своје воље; она стоји у противречности са околнишћу, да правни поредак важи и за умноболнице и децу.« —

Умноболницима и деци заповест се и не издаје. Заповест се издаје одраслима и умно здравима. У колико се ко сматра за такве, ствар је конкретног правног поретка.

⁶ У садашњици, код уставног доношења закона разликују се ове радње: изгласовање законског предлога од Народне Скупштине, потврда (санкција) изгласаног предлога, проглашавање (промулгација) и обнародовање.

»Актом проглашавања утврђује се аутентичност и законитост закона, т. ј. да је наведени текст прави законски текст и да је тај текст доиста усвојен од надлежних законодавних чинилаца на начин који је законом, одн. уставом, прописан (solemnis editio legis)...

»Потврђивање закона претходи његовом проглашавању. Потврђивање закона, то је монархово давање пристанка на један предлог закона који је парламент решио (потврђивање закона постоји само у монархији). У пракси, монарх даје свој пристанак тим начином што потписује акт проглашавања... акт потврђивања садржи у себи већ и акт проглашавања.

»Са проглашавањем закон није још перфектан. Свака заповест мора бити саопштена ономе кога се тиче; следствено и закон мора бити саопштен поданицима, од којих се тражи да му се покоравају...«

»С проглашавањем закон постаје извршан, јер док се његова егзистенција не утврди свечаним начином, не може се приступити ни његовом извршењу. Са обнародовањем закон постаје обавеzan, јер док поданицима не буде могуће сазнати за њега, од њих није тражити да му се покоравају« (Слободан Јовановић. О Држави. П. д. С. 205, 206.).

кона никога не извињава (*ignorantia iuris nocet*), постављање тога питања је посве неумесно. Оно се не може постављати са гледишта закона који садрже, на пример као наш Устав (чл. 142.) оваку (или њој сличну) одредбу: »*Препоручујемо* нашем Министарству за Уставотворну Скупштину и Изједначење Закона да овај Устав обнародује, а свима министрима да се о његовом извршењу *старају*, властима, пак, *заповедамо*, да по њему *поступају*, а свима и свакоме заповедамо да му се покоравају«. Али је постављање тога питања неумесно и са чисто теоријког гледишта (онога које не само излаže него и објашњава и процењује дате ствари), јер је према појму заповести несумњиво да је упућена свима онима од којих се захтева држање саобразно заповести, а такво држање доиста се захтева не само од органа власти него од свих и свакога, али се не може захтевати од оних који су духовно неспособни да заповест схвате.

Исто тако теоретичари постављају и питање (које нема практичног значаја), да ли правно правило изражава заповест или хипотетичан суд.⁷

Законски прописи су истовремено и заповести и хипотетичан суд, без обзира на реченичну форму у којој су изражена, и без обзира на то коме је заповест упућена. На пример, пропис: »Ко туђу ствар на то коме је заповест упућена. На пример, пропис: »Ко туђу ствар на себе прими, знајући да је туђа, онај нема права јемства или накнаде искати« (§ 557. Г. З.), јесте и заповест и хипотетичан суд, према томе како се посматра. Заповест је: за појединце, да уговором не примају (не прибављају) ствари од сопственика; за суд — да таквом уговорачу не досуди накнаду, ако му ствар буде одузета од сопственика или не буде имала својства по уговору или по својој намени. Хипотетичан је суд: ако ко уговором прими ствар од лица, за које зна да није сопственик, па му ствар буде одузета од сопственика или не буде имала својства по уговору или по својој намени, не иницијално и с предумишљајем човека убије, да се казни смрћу« (§ 155. К. З.), такође је и заповест: грађанима, да не убијају, суду — да убицу осуди, и хипотетичан суд: ако неко другога убије, биће осуђен, и т. д.

⁷ Julius Binder. II. d. S. 686.—749. »Може се правна норма схватити како се хоће: као заповест, управљена на ову или ону адресу, као правило, по коме се људи стварно управљају, као монолог државне личности о томе шта ће у одређеним случајевима неоступно чинити — увек постоји провала између норме, на пример закона, и тога дешавања...«

Dr. Hans Kelsen. Hauptprobleme. II. d. S. 189—193, 379—395. Осланајући се на дистенцију, да држава не може ништа друго хтети до своје властите радње, своје властито држање, а да туђе држање може само желети, Келзен у правном правилу види само хипотетичан суд, а не заповест, и с тога је за њега немогуће, и не поставља се питање о адреси правног правила. »У томе је правно правило и слично — по спољашњости — природном закону, који није упућен никоме и важи без обзира на то да ли се зна или признаје. Као хипотетичан суд конструирано, правно правило допушта само питање: Ко се обvezује правним правилом? а на то је питање овде у принципу већ одговорено. Свако правно правило обвезује државу; нека правна правила — наиме она која садрже државну вољу о санкцији — и остale правне субјекте, међу којима се имају разликовати државни органи и појединци.«

Ма каква да је логичка форма законског прописа (правног правила), оно је и заповест и хипотетичан суд. Да ли је то један пропис сам за се или тек у вези са једним или више других прописа, не мења ништа на ствари.

6º *Обавезнот закон* или обавезна снага закона значи да закон важи, да има да се примени, да по њему имају да се расправљају конкретни људски односи које он регулише; значи да су појединци дужни да му саобраћавају своје делање а органи власти дужни да га извршују (т. ј. да спроводе санкцију).

Та дужност може наступити са даном обнародовања закона, а може и после извесног законом одређеног времена. По нашем Уставу, »закон добија обавезну снагу« (»ступа у живот«) 15 дана по обнародовању у »Службеним Новинама«, ако сам закон друкчије не одреди. Дан обнародовања рачуна се у тај рок (чл. 80., 142. Устава).

Размак времена од обнародовања до ступања на снагу закона (*vacatio legis*) јесте ради тога да се у том међувремену закон и сазна и да се свима, на које се односи, остави могућност да новом закону саобразе своје радње. Колики ће тај размак бити за поједине законе, зависи од увијавности законодавца. Као и при доношењу закона у опште, и при одређивању тога размака законодавац треба да се руководи стварним обзирима, интересима заједнице: да се са што мање поремећаја, са што више поступности досадашњи поредак замени новим. У том циљу, нови, нарочито већи закони садрже прелазна наређења, т. ј. наређења која имају да важе од обнародовања закона до његовог ступања на снагу односно до његовог извршења (на пример чл. 128.—142. Устава).

7º *Извршити закон* значи извршити заповест коју закон садржи, а извршити заповест значи извршити заповеђену радњу, односно уздржати се од извршења забрањене радње.

Као и свака друга заповест, и законска заповест је да се што чини или не чини — наредба или забрана.

Заповест би у многоме била безуспешна, илузорна, кад би се оставило добро вољи оних којима се издаје, да је изврше или не изврше. Имала би карактер савета или молбе.

У обичном говору, о заповести је реч само онда кад њен издавалац има моћ, да адресата заповести силом принуди на извршење заповеђеног или да га за неизвршење на неки начин казни: да му наметне неке штетне последице. Није друкчије ни са законском заповешћу. За неизвршење исте предвиђене су штетне последице (принуда, казна, неважност правног посла, накнада штете).

Наређеност тих штетних последица је оно што се назива *санкција* законских прописа, санкција закона. Оне по правилу и наступају — примењују се, извршују се. Страх од њих опредељује на поштовање закона и многе од оних који то из сопственог расположења и сопствене увијавности не би чинили. У томе је моћ закона. Он дејствује мотивишући, психички, а казна, физичка принуда, долази, изузев случајеве превентивних мера, накнадно, после повреде законске заповести (т. ј. после поступка противног законској

заповести), и у колико је она у пракси скорија и неизбежнија, у толико је ефикаснија у свом психичком дејству. Проповедник је рекао, да срце синова људских кипи у њима да чине зло зато што нема одмах осуде за зло дело и што често »подједнако бива и праведним и неправедним«.

Законодавцу може бити стало до тога да људе наградом подстакне на извесне радње, које сматра за корисне, али које је немогуће или неупутно изнуђавати. Тако, законом може бити ослобођен од порезе држављанин са извесним бројем деце, могу бити одређене премије за произвођаче и одгајиваче, за извознике. Тада се санкција таквог закона у односу на појединца састоји у награди, но ова је у пракси изузетна у толикој мери, да није велика погрешка кад се каже, да санкцију закона чини, по правилу, наређеност штетних последица за извршиоце поступака противних закону.

7º За законски пропис, за који је предвиђена организована санкција, каже се да је *сavrшен* (*lex perfecta*), док се за законски пропис, за који не постоји организована санкција, каже да је *ne-savrшен* (*lex imperfecta*). Као што смо видели, несавршена су правила међународног јавног права и извесна правила државног права (у ужем смислу), којима се, са тог разлога, од стране многих и спори карактер права, и за која се вели да имају тенденцију да постану правила. Такав је, на пример, пропис Устава (чл. 37.), да употреба својине »не сме бити на штету целине«. Будући без организоване санкције, тај пропис има вредности само као израз тенденције да временом постане савршен закон.

Код савршених правних чини се, специјално у области приватног права, разлика према врсти санкције. Ако се ова састоји само у томе, да поступак противан закону не производи намеравано правно дејство (да не заснива, не мења или не гаси неко субјективно право), да правни посао не важи, законски пропис је, каже се, *сavrшен* (*lex perfecta*). Тако, на пример, не важи уговор противан закону или моралу (§§ 13., 93., 539., 601., 722. Г. З. и т. д.). Ако је, преко тога, за извршиоца противзаконог поступка предвиђена још и казна, закон је *више но савршен* (*lex plus quam perfecta*) : не само што не важи закључење другог брака докле први постоји, него се такво лице још и казни (§ 71. Г. З.); коцка (хазардне игре) као правни посао не важи (ко изгуби није дужан да плати) и играчи се још и казне (§ 794. Г. З.). Најзад, законски пропис је *мање но савршен* (*lex minus quam perfecta*), кад њему противан поступак производи правно дејство, важи, али кад за извршиоца наступају извесне штетне последице : брак закључен између младића у осамнаестој години и девојке у добу од навршене петнаесте до навршене осамнаесте године, без одобрења родитеља или старатеља, важи, али се казни свештеник који је венчање извршио (§ 73. Г. З.); брак разведенежене или удовице, закључен пре протека законом одређеног времена по престанку претходног брака, важи, али за њу могу наступити извесне штетне имовинске последице, (§ 106. Г. З.).

8º Место поделе објективног права на приватно и јавно, и то према критеријумима који су раније изложени, предлаже се и подела

права према врсти санкције. Ова је или *репресивна*, кад извршилац неког противправног поступка има да претрпи неку врсту казне, или *реститутивна*, кад има да се успостави противправним поступком поремећени однос (неважност правног посла, накнада штете, повраћај ствари, извршење обавезе и т. д.), при чему извршилац противправног поступка не мора нужно и да пати (телесно или морално). Према томе су, већи се, и две групе правних правила, законских прописа : казнено право, с једне, и сва остала права, с друге стране⁸.

9º Учену је, да закон наређује, забрањује, допушта или угрожава казном (*virtus legis haec est: imperare vetare, permittere, punire*). Али како је допуштено оно што није забрањено, и како и санкција (кажњавање) пада под појам наредбе (властима да осуде и осуду изврше), можемо рећи да су све законске заповести или наредбе (да се што чини) или забране (да се што не чини), или, ако се хоће, и само наредбе : да се што чини или не чини.

Да ли је заповест издата у виду наредбе или у виду забране, има се извести из садржине заповести, а не из њене стилизације, јер се и наредба може изразити (реченично) у виду забране и забрана у виду наредбе. Једина практична страна тога разликовања је у овоме : Поступљено је против заповести кад је, код наредбе, пропуштено да се учини што је наређено, или кад је, код забране, учињено што је забрањено.

Да ли ћемо један законски пропис (једно правно правило, једну правну норму) схватити као наредбу или као допуштење, зависи, код неких прописа, од тога, са ког становишта пропис посматрамо. Тако, у области приватног права нарочито, говоримо о апсолутним и диспозитивним законским прописима. *Апсолутни* су они чија се примена не може отклонити и чија се садржина не може изменити.

⁸ Emil Durkheim. П. д. Р. 33. »Најраспрострањенија подела права јесте подела на јавно право и на приватно право. Прво, веле, регулише однос појединача са државом, друго односе појединача међу собом. Али кад се покуша да се то изблизије определи, демаркациона линија, која је напрви поглед изгледала тако јасна, губи се. Све је право приватно, у том смислу да увек и свуда појединачи (индивидуе) стоје једни према другима и они делују ; али је изнад свега све право јавно, у том смислу што је оно социјална функција и што су сви појединачи, ма да по различним титулусима, функционери друштва. С тога је умесно да се сва правна правила класирају према различним санкцијама које су за њих везане.

»Има их две врсте. Једне се састоје битно у некој патњи, или бар у неком умањењу које се наноси учениоцу (*dans une diminution infligée à l'agent*) ; оне имају за објект да га погоде у његовој имовини, у његовој части, или у његовом животу, у његовој слободи, да га лише нечега што ужива. Истина је да санкције чисто моралних правила имају исти карактер ; али оне се примењују дифузно, од стране свих без разлике, док се санкције казненог права примењују посредством одређеног органа : оне су организоване. Што се тиче друге врсте санкција, оне не имплицирају нужно патњу учениоца, него се само састоје у успостављању ствари (повраћај у пређашње стање), у успостављању поремећених односа под њихову нормалну форму, било да се инкриминисани акт силом враћа типу од кога је одступио, било да се ништи, т. ј. лишава сваке социјалне вредности. Правна правила треба, дакле, поделити у две велике врсте, према томе да ли имају организоване репресивне санкције, или само реститутивне санкције. Прва обухвата цело казнено право, друга обухвата грађанско право, трговачко право, право поступка, административно и уставно право, апстрахујући од казнених правила која се у њима могу наћи.«

нити војном појединача (*ius cogens*). Ако појединци хоће да им радња произведе намеравано правно дејство (заснује, измени или угаси неко субјективно право или правни однос — правно дејство), ваља да је изврше како је то законом наређено. *Диспозитивни* (суплеторни) су они чија се примена може отклонити тиме што ће се њихова садржина у конкретном случају заменити војном појединача. Они важе, т. ј. примењују се само за случај да појединци своје односе нису регулисали друкчије но што их закон (израз типичног регулисања таквих односа) регулише. Ако су то учинили, њихова воља (*автономија воље*) ступа на место закона: »Воља и наредба човечија заступа закон, а закон накнађује и заступа вољу човечију« (први одељак § 13. Г. З.). Такви прописи за појединце су *допуштење*, да своје односе регулишу, како хоће, али су за судију наређење: да пресуди по законском пропису, ако у конкретном случају није изменjen војном појединача, у противном по њиховој диспозицији, тако како су они уговорили. »Ако муж и жена нису ништа о свом имању уговорили, онда сваком своје принадлежи (§ 771. Г. З.). Тај пропис је допуштење мужу и женама, да о свом имању направе уговор какав хоће или да га и не праве, а судији је наредба: да, на случај спора о имању изменју мужа и жене, пресуди по том пропису, ако нема уговора изменју мужа и жене, а ако су они закључили уговор, онда да пресуди по уговору. Пропис је »диспозитиван«, јер га странке могу мењати; »суплеторан« је, јер га судија има да примени за случај да није друкчије уговорено.

У области приватног права преовлађују диспозитивни законски прописи. »Но у ономе што се тиче јавног поретка и благонаравија, не може се ништа изменити војном или уговором« (други одељак § 13. Г. З.). Апсолутни законски прописи су јавног карактера, у јавном су интересу (*ius publicum pactis privatorum mutare non potest*), па и онда, разуме се, кад по месту где се налазе (на пример у Грађанској или Трговачкој Законику) спадају првично у област приватног права. Они, ти апсолутни законски прописи, изражавају »јавни поредак«, а овај је исто што и јавни или општи интерес, »друштвени интерес« (чл. 25. Устава), интерес »целине« (чл. 37. Устава). Ако је законодавац питање, шта се има сматрати за »јавни поредак« оставио оцени оних који су позвани да примењују закон, онда је у конкретном случају »јавни поредак« онај поредак који надлежни органи за такав сматрају. Они ће се, и поред све неизбежне субјективности, старати да при том буду израз преовлађујућег схватања, а они су то у многоме и несвесно, као чеда своје средине и свога времена.

Ваља још поменути, да се помињу *интерпретативни* или *објашњавни прописи*. То су прописи који сами за себе не садрже ни допуштење ни наредбу, него објашњавају друге прописе и тиме служе као допуна тих других прописа. Али су, у вези са тим другим прописима, и они допуштење или наредба. Тако, на пример, »Кад се питање о времену роди, онда се по закону узимају 24 сата за један дан, 30 дана за један месец, и 365 дана за једну годину« (други одељак § 547. Г. З.), наредба је за судију, да време тако рачуна. »Интер-

претативан« пропис појављује се као такав само по форми стилизације.

10⁰ Законска је претпоставка (фикција), да је прописно обнародован закон познат свима, и отуда оште правило, да незнаваје закона никоме не помаже (§ 14. Г. З., § 3. К. З.).

Нужност, која је изазвала писане законе (правна сигурност), наметнула је и ту претпоставку. Без ње би закони у многоме били без вредности, јер би се маса становника могла бранити фактотом, да законе није читала и да су јој они у истини непознати. Стварно, закони су постали тако многобројни, да их и у појединој правној области једва познају и они којима је познавање и примена закона занимање. А кад ипак видимо, да је нормалан ток људских односа, да се они заснивају и расплећу саобразно законима, док су спорови (грађански, кривични), како је то с разлогом речено, патолошка појава, значи да се оште у друштву зна, шта је законом допуштено а шта забрањено, било да се то сазнање прибавља традицијом, самим животом у друштву или при вршењу извесних радњи уз сарадњу органа власти, који имају дужност да у делокругу своје надлежности познају законе, да би их могли примењивати.

11⁰ *Укидање* (стављање изван снаге) закона врши се (бива) изрично (*abrogatio*) или прећутно (*derogatio*).

Прво је онда када је новим законом изрично поменут закон (законски пропис) који се укида. Такав дотадашњи закон престаје да важи, изгубио је своју снагу, своју обавезност, више не постоји. То је чисто и јасно.

Друго је онда када један закон није изрично укинут, али је исто питање (исти однос, иста ствар), које је регулисано ранијим законом, новим законом у целости или делимично друкчије регулисано. Самим тим укинут је ранији закон у колико је противан новом закону, јер овај преставља *садашњу* заповест законодавца. То је старо и оште признато правило: *доцнији закон укида ранији* (*lex posterior derogat priori*). Ко је властан да заповеда, властан је и да мења своје заповести. На који ће то начин учинити, његова је ствар, али је саветно, да би се отклонила свака сумња, да се то чини изрично. Да ли је и у колико ранији закон изменjen новим, ствар је тумачења.

Кад се у једном закону каже, као у нашем Уставу (чл. 142.), да од дана његовог ступања на снагу »престају важити сви правни прописи (т. ј. сва правна правила) који би били њему противни«, исто је тако ствар тумачења: која су правна правила и у колико противни Уставу. За такво укидање могло би се рећи да чини неку средину изменју изричног и прећутног укидања: изрично се каже, да више не важе правна правила која су противна новом закону, али се она изрично не означавају, те је ствар тумачења, која су то правила и у колико су противни закону.

У теорији поставља се питање, да ли се један закон може укинути просто фактом непримене истога? Ваља одговорити негативно. Једна заповест остаје заповест све дотле, докле од заповедника не буде опозvana, замењена или изменjena другом, без обзира на то да

ли се по њој поступа или не поступа. *Заповест и њено извршење две су ствари.* Постојање заповести независно је од њеног извршења, није условљено извршењем. Закон је, како се то каже, мртво слово на хартији. Оживотворава га примена на одговарајуће конкретне случајеве, али он остаје оно што је и кад се не оживотворава. Са становишта закона, његова непримена на одговарајуће конкретне случајеве јесте противзаконитост, и не може бити речи о укидању фактом непримене: »Закони ови од оног часа, како су својим путем обнародовани, имају силу и важност у народу и суду, и ову задржавају донде, докле их закона власт преиначила не би (§§ 3. Г. З.). Према томе, закон не престаје ни самим тим што су се измениле околности за које је закон створен (*cessante ratione legis non cessat lex ipsa*). И без примене (*desuetudo legis*) закон *формално* постоји до изричног или прећутног укидања.⁹ Али ако би закон био издат за једно одређено време, т. ј. ако је његово важење ограничено на једно одређено време, онда он престаје, губи снагу са претеком тога одређеног времена.

12⁰ Закони се доносе за будућност а не за прошлост. То лежи у самом појму закона и као заповести и као правила (или, у смислу субјективног права, као овлашћења, као допуштености), јер се и заповест издаје за радње које треба да јој следују, и »правило« има да послужи за правац нечemu што ће се предузети после постављања правила. Отуда опште правило, да *закони немају повратног дејства*: »Закони ови немају повратне силе; они се простиру само за унапредак« (§ 7. Г. З.); »За које дело није у закону, пре него што је учињено, речено да ће се и како ће се казнити онај који га учини, за оно се може нико ни осудити« (§ 2. К. З.).

a) Но ово правило, изречено у законима, важи само за власти које примењују законе, важи за тумачење и примену закона, не и за законодавца. Он се при доношењу закона руководи обзирима целих исходности, па као што може укинути извесне установе и субјективна права (чл. 38., 42, 43. Устава), може наредити и повратно дејство закона: да се радње (односно њихова дејства) извршене за важности ранијег (укинутог, изменjenog) закона суде по садашњем (по новом) закону; да се односи и стања, који су засновани по ранijim правним правилима, расправљају по новим правним правилима. Закон, дакле, може имати повратног дејства, ако тако законодавац нареди.

Учење, да закони немају повратног дејства на »стечена права«, практично важи само у колико га законодавац озакони (изрично или

⁹ Rudolf von Jhering. Der Kampf ums Recht. П. д. С. 47. »Биће права је практично остварење. Правна норма, која никада није остваривана, или чије је остварење престало, нема више права (*Anspruch*) на то име, она је постала укочен федер у једној машинерији права, федер који више не сарађује и који се може извадити а да се ништа не промени. То правило важи без ограничења за све делове права, за државно право исто тако као за кривично право и приватно право, и римско право га је изрично санкционисало, будући да *desuetudo* признаје као основ укидања закона; њему одговара престанак конкретних права трајним невршењем.«

прећутно), и тада је, ако се законодавац није изјаснио, шта разуме под стеченим правом, ствар тумачења, шта се под њим има разумети.¹⁰

О стеченом праву говори се, у главном, у области приватног права, јер су приватно-правни односи изложени и ређим и блажијим променама, и тамо се под њим разуме оно субјективно право за чији су постанак *već* испуњени *сви* услови (чињенице) по дотадашњим правним правилима: субјективно право које је *već* засновано, постало, прибављено, стечено. Право постоји или не постоји, има се или се нема; »не-стечено« право је бесмислица, ако би под њим имало да се разуме што друго сем евентуално »моралног« права.

Општи друштвени интерес приватне (индивидуалне) иницијативе и штедње условљен је, у данашњем друштвеном поретку приватне својине и са још једнако егоистичким расположењем људи, уверењем појединача, да ће њихове правне тековине, оно што су стекли саобразно постојећем праву, бити сталне, т.ј. да ће их законодавац поштовати. У томе је друштвени интерес да се стечена права не укидају и да, с тога, закони не треба да имају повратног дејства. Али, с друге стране, сваки нови закон, у колико није ограничен на регулисање ново појављених људских односа, преставља, има за циљ извесну реформу, извесан преобраћај, извесну промену у дотадашњем друштвеном поретку. Без тога не би било никаквог прогреса, а он је, историски посматрано, неодољив. И с тога, све што се може законодавцу препоручити јесте:

да прелаз из једног поретка у други буде што блажији, што поступнији, и да се правично обештете појединци, чија би се пристојна егзистенција услед реформе (укидање или измена субјективних — приватних и јавних — права, повратно дејство закона) дозвела у питање. То је постулат и за делатност судије у том погледу,

¹⁰ Marcel Planiol. П. д. Р. 97. »Нико никада није могао дати задовољавајућу дефиницију »стечено права«.

Baudry-Lacantinerie-Bonsecase. П. д. Tome deuxième. Р. 13—280. »Доктрина стечених права и очекивања (*expectatives*) је немоћна да заснује теорију неповратности закона која би била строго саобразна Грађанском Законику и социјалној стабилности (р. 244) . . . Циљ једног закона приватног права није, у истину, искључиво да створи или да призна директно и принципијално одређена права (*facultés*) у корист појединача. Његов је циљ, напротив, да створи правне ситуације, т. ј. да дефинише, у датим условима, положај извесног броја индивидуа у односу једних према другима . . . Појам стеченог права, у класичном смислу речи, треба да се осуди и да буде замењен појмом конкретне правне ситуације« (р. 245, 246). —

Законодавац би, у смислу добре законодавне и у опште правне технике, требао да се изрично изјасни, да ли и у колико нови закон има повратног дејства.

Законом од 16. новембра 1912. год. у Француској је уведено истраживање оца ванбрачног детета, што је дотле било забрањено чланом 340. *Code civil-a.* Међутим није речено, да ли та измена има да важи само за у будуће, т. ј. за децу која се роде после ступања на снагу те измене или и за ону која су рођена пре те измене. Услед тога потекла је несагласност у разумевању те измене у погледу њеног повратног или неповратног дејства. »Чак би могло изгледати несхватаљиво, вели Capitant, да је то решење (о повратном дејству) имало противника, кад се не би знало, колико дубока тмина још обавија, после више од стотину година напора интерпретације, сва питања сукоба нових са старим законима. Та нејасност је толика да се сагласност није постигла чак ни у водећим принципима« (Baudry-Lacantinerie-Bonsecase. П. д. Tome deuxième. Р. 242).

у колико му не стоји на путу изричан и јасан законски пропис.¹¹

б) Као што нови закон има, кад је то законом наређено, повратног дејства, и стари закон, укинути закон, може имати *продужног дејства*. Тако ће се, на извршиоца једног кривичног дела, које је учињено а није пресуђено под укинутим законом, применити укинути закон, ако је он за кривца блажи од новог закона (§ 11. К. З.). Кривац, резонује се, не треба да је изложен већој казни од оне за коју је знао да га чека; а ако је нови закон блажи, треба да се примени он, јер законодавац налази, да је строгост ранијег закона нецелисходна.

Да ли ће се и колико на факта, односно правна дејства факата (правни послови, уговори), која су се десила под укинутим законом, продужити примена тога закона, на то питање може се одговорити само на основу новога закона и циља који се новим законом хоће да постигне. »Нови закон не може учинити да се није десило оно што је се десило,«¹² али да ли ће се и какве правне последице пристати томе што је се десило, томе што је учињено, ствар је законодавца¹³ и ствар је тумачења закона.¹⁴ Најбоље је да то питање регулише сам законодавац, који треба не само да добро процени циљ, који новим законом хоће да постигне, него и сва дејства који нови закон може имати. Нужно је, дакле, да законодавац буде добар и свестран познавалац свега постојећег права. Само тада ће моћи да пречисти евентуалне сукобе између повратног дејства новог и продуженог дејства старог закона.

¹¹ Dr. Heinrich Dernburg. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Dritte Auflage. Erster Band. Halle. 1906. S. 121.

Josef Kohler. П. д. I. S. 67., 68.

Dr. Ђорђе Тасић. Одговорност државе по принципу једнакости терета. Београд 1924.

Живојин М. Перећ. Принцип стечених права и социјализација добра. Чланак у часопису Друштвени Живот. Београд 1920. С. 122—140.

¹² Речи Порталиса, редактора Code civil-a. Цитиране код Henri Capitant-a. П. д.

¹³ Добар пример за то имамо у § 448. а Г. З. »Свима тестаментима који су се, пре него што је овај закон добио обавезну силу, појавили пред државном влашћу, цените се важност по прописима ранијег закона. Писмени и усмени тестаменти ма које врсте, начињени по старом закону, ако је тестатор умро под владом тога закона, вредеће месец дана од дана ступања у живот овог закона; а тестаменти начињени по старом закону од стране тестатора, који је био још у животу или је умро, када је нови закон задобио обавезну снагу, вредеће три месеца од дана, кад овај закон добије обавезну снагу.«

¹⁴ Dr. Heinrich Dernburg. Das bürgerliche Recht. П. д. S. 89. »Из исказујења повратног дејства нових законова, до сада су претежно извођена следећа правила, која ће такође бити водиља при примени новог законика као и при тумачењу будућих законова.

»1. Начелно важи, да правни послови, који одговарају прописима о форми у време свог постанка, остају правно важни.

»2. Претпоставке за заснивање једног правног односа начелно се имају ценити по времену заснивања.

»3. За правна дејства, која су се из раније заснованог односа развила до ступања на снагу новог закона, начелно важи старо право.

»4. У реду је и то да и после ступања на снагу новог закона стари закон одређује дејства под њим заснованог односа.« —

Као што се види, ова начела постављена су за приватно право.

в) Питања повратног и продужног дејства или важења закона спадају под појам *времене важности закона*.

Територијално (помесно, просторно) закон важи за територију за коју је издан (просторна, територијална или *помесна важност закона*), а то је или цела држава или нека њена област. Закон се, по правилу, примењује на све људе који се на њој налазе. Изузетно, не примењује се на лица која и у колико по међународном јавном праву уживају екстериторијалност (политички преставници страних држава). Исто тако *изузетно*, и у извесној мери, домаћи закони важе за домаће држављане и онда кад су изван територије домаће државе, но практично само у толико, у колико су домаће власти у могућности да примене домаће законе. Г. З. у § 5. поставља као принцип то своје важење: »Сваки житељ српски, био он у Србији или ван Србије, имаће се ових закона држати.« Исто тако за кривична дела, која домаћи држављани учине у странијој држави, казниће се по домаћем закону, ако већ нису кажњени по страном (§§ 7. и 8. К. З.).

Изузетно, признаје се и важност страних законова на домаћој територији (§ 46. Г. З., § 8. К. З.).

Факт мирног саобраћаја између појединих држава и држављана разних држава наметнује и намеће потребу, да државе признају извесну важност и страним законима. У колико се то чини, питање је конкретног правног поретка.

¹³ Управне власти могу издавати *уредбе* (чл. 94. и 99. Устава), те су и оне, као и закон, извор права, у колико су основане на закону (чл. 190. Устава). Као што су закони заповести законодавца, уредбе су заповести управних власти.

Уредбе се разликују на *административне* и на *правне*. Прве су оне које се издају управним органима; друге су оне које се »издају појединцима, за које имају исто онакво дејство као и закони.«¹⁵

¹⁴ Питање, да ли је суд властан да цени *уставност закона*, поставља се, разумљиво је, само онда кад га и у колико га сам Устав не расправља. Такав је случај са нашим Уставом (основни земаљски закон, закон о организацији врховне државне управе).

а) По владајућем мишљењу, суд је властан да цени само форму обнародовања закона (чл. 80. Устава), а не и питање, да ли је закон по Уставу направљен и да ли својом садржином одговара Уставу. Према томе, за суд (и за остале власти) обавезно је оно што је прописно обнародовано као закон, и ако је својом садржином противно Уставу (на пример: установљени су изванредни судови и комисије за суђење, противно другом одељку чл. 109.; установљена је смртна казна за чисто политичке кривце, противно првом одељку чл. 9.; укинута је неповредност стана, противно чл. 11 и 127.; донесен је закон о прогонству грађана из државе, противно чл. 10. Устава, и т. д.), и ако је, претпоставимо, опште познато, да је Народна Скупштина решавала без кворума (чл. 85) или да је гласање вршено у присуству оружане силе, која је без одобрења

¹⁵ Слободан Јовановић. О држави. П. д. С. 208.—216.

Председника Народне Скупштине ушла у скупштинску зграду (чл. 89.) и т. д.¹⁶

То владајуће мишљење заснива се на начелу поделе власти. Једна власт има да каже, шта је закон; друге власти имају то без ичега даљег да приме и примене као закон. У противном, друге власти, управна и судска, закорачавале би у делокруг законодавне власти, и обратно, и тада у ствари не би имали поделу власти.

Противно владајућем, постоји и мишљење, да је суд властан да уставност закона цени не само по форми обнародовања закона, него и по форми његовог доношења (да ли су за то испуњене све формалности које Устав прописује) као и нарочито по садржини (да ли је закон својом садржином саобразан Уставу). Не игнорише се начело поделе власти (ма да се намеће питање, како је могуће да највиша власт буде истовремено и недељива и дељива), али се цене услови који једну власт чине надлежном влашћу. Стоји се на гледишту, да не важе ни јавне исправе, кад је опште познато (нотарно), да су садржином неисправне: умрлица, на пример, не доказује смрт живог човека; ни за кога не може бити обавезно ма у којој форми изнесено тврђење, да је, апсурдан пример, Народна Скупштина изгласала закон, ако је опште познато, да се она није ни састајала. Властима, свима властима, заповеђено је да поступају по Уставу (одељак 3. чл. 142. Устава). Кад од дана његовог обнародовања престају важити сва правна правила која би била њему противна (одељак 1. чл. 142.), и кад је за измене у Уставу предвиђен нарочит поступак (чл. 125., 126.), има разлога за тврђење:

да је Устав закон за законодавца као и за све остale власти (и грађане);

да не могу ступити на снагу ни нови прописи, који би и у којико би били противни Уставу;

да противуставан закон није закон у смислу Устава, по вољи уставотворца, који, у противном, не би прописивао нарочит поступак за измену Устава;

да противправно формирана власт није власт у смислу постојећег закона;

¹⁶ Слободан Јовановић. О Држави. П. д. С. 272. Ако је у акту проглашавања »речено, да су се законодавни чиниоци сагласили на издавање закона о коме је реч, суд нема шта више да испитује. Према томе, један закон за који је монарх изјавио у акту проглашавања да га је парламент решио, суд би морао примити као закон, и ако га парламент у истини не би био решио. Исто тако морао би примити један закон који је парламент изгласао без кворума, и онда поднео монарху, који га је потврдио и прогласио.«

Драгослав Б. Јовановић. Појам закона. Докторска теза. Београд 1923. С. 174.—192.

Живојин М. Перећ. О улоги судске власти у српском законодавству. Предговор Грађанској Законици, чије је издање приредио Гојко Никетић.

Dr. Lazar Marković, Građansko Pravo. Prva knjiga. Beograd f912. С. 33.

Dr. Feodor Tarakovski. Encyclopédia. П. д. С. 516.

Dr. Leonid Pitamic. Slovenski Pravnik. Juni 1922. Ljubljana.

Dr. Ђорђе Тасић. Да ли суд има право да испитује формалност постанка закона. Архив од 25. новембра 1925.

да би Устав, око чијег се правног стварања увек води толика политичка борба, и који се и назива и опште признаје за оснбвни закон, темељ на коме почивају сви остали закони, практично био бесциљан, бесмислен, ако би и оно што је противуставно имало да важи као и оно што је уставно;

да је, најзад, Устав закон за судију, као и за све остale власти, и да је судија, за случај да је закон противан Уставу, стављен пред алтернативу, стављен пред избор: или да поступи по Уставу или по закону који је противан Уставу, да, дакле, закон потчини Уставу или Устав обичном закону.

Кад уставотворац оцену уставности није изрично задржао обичном законодавцу, што је, разуме се, могао учинити, и кад нема доовољног разлога за схватање, да он из појма »закон« искључује Устав и уставне одредбе, онда је то питање отворено, ствар је тумачења од стране оних који су позвани да примењују законе, и ствар је не само њихове »савести« него и њихове »правне свести«. Одбију ли примену противуставног закона, нису поступили противуставно, нису поступили противзакону, јер су нашли, да оно што им се изгледом презентира као закон није закон, а судови суде само »по законима« (чл. 109. Устава).

Изгледа ми, да ни обзиром целиснодности не говоре ауторитативно у прилог владајућег учења.

Знајући, да судови могу одбити примену противуставног закона, Народна Скупштина стараће се да доношење закона саобрази Уставу, да остане под тим основним законом, а не да се уздиже над законом. То ће само и подстаћи и појачати свест свих о строгој законитости, која је, законитост, истовремено и морални и економски фактор у друштвеном поретку.¹⁷ Сукоб, који би се услед непримене противуставног закона појавио између Народне Скупштине (односно врховне управе) и Касационог Суда (односно Државног Савета) отклонио би се или са ображавањем закона Уставу или изменом Устава, или, најзад и у најгорем случају, извесним државним ударом, што је, и ако нежељено, боље од лажне уставности. У сваком случају, од тога сукоба било би мање штете но од евентуалног уверења у празну правно несанкционисаног правила, да ће се посланик у свом посланичком раду Устава придржавати» (чл. 129. Устава).¹⁸

¹⁷ Rudolf фон Јеринг. Циљ у праву. П. д.

Dr. Милорад Недељковић. О Држави. Економско-финансијска студија. Београд 1923. Издавачка Књижара Геце Коне.

¹⁸ Dr. Heinrich Dernburg. Das bürgerliche Recht. П. д. Erster Band. S. 75.

»Царевински Устав ништа не одређује о праву и дужности судије за испитивање важности царевинско правних закона... Што се тиче закона, које је цар објавио, погледи се разилазе, али не постоји одлучан разлог за то, да се порече судијско право за испитивање истих.«

Windscheid — Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts. Neunte Auflage. Frankfurt am Main 1906. Erster Band. S. 74. Anm. 2. »Само тада судији није допуштена когниција о уставности закона (über das verfassungsmässige Zustandekommen des Gesetzes), кад му је иста одузета самим законом.«

По овом другом, не-владајућем мишљењу, противуставан закон не би био извор права у смислу постојећег права.

б) Неподељено је мишљење, да судови имају да цене законитост уредаба управних власти, јер судови »у изрицању правде не стоје ни под каквом влашћу но суде по закону« (чл. 94. и 109. Устава).

Уредбе управних власти извор су права само у колико су основане на закону. Да ли су и у колико основане на закону, ствар је тумачења.

Dr. Richard Thoma. Das richterliche Prüfungsrecht. Archiv des öffentlichen Rechts 43. Band 3. Heft. »При ћутању закона нема логичко - јуристичке нужности ни за потврду ни за порицање испитивања прописно обнародованог закона...»

»Ипак би се морало — док се не би створио други неки поступак — немачким зборним судовима препоручити, да узурпирају право испитивања, ако би без тога постојала опасност, да наши Парламенти доносе противуставне законе...»

»Желети је, да немачки судови остану верни немачкој, европској традицији и да се ограниче на испитивање формалности публикације...»

»Келзен у свом коментару аустријског Устава тврди сада, да судовима »a priori« припада испитивање уставности закона, ако им то право није изрично одузето. — О Келзеновом мишљењу видети белешку у Архиву за друштвене и правне науке од 25. окт. 1925. С. 250.»

Léon Diguit. П. д. Tome troisième. Paris 1923. Р. 555. »Да систем Декларације права и строгих уставних закона реализује истински ефикасну заштиту индивидуе против могућих повреда права од стране државе, треба још просвећених, независних и непартичних судова; треба да им се призна компетенција да одбију примену закона, који сматрају за противан принципима декларација права или диспозицијама Устава«. Р. 670. »Француска судска пракса никада није допуштала и још не допушта да француски судови одбију примену једног закона са разлога неуставности... Упркос тој судској пракси, од пре неколико година у француској доктрини појавио се реалан покрет, коме се потпуно придржујем. Заступа се гледиште, да француски судови имају, као и амерички судови, власт (rouvoir) и чак дужност да цене уставност закона, на који се пред њима позивају, и да отклоне примену сваког закона који сматрају неуставним«. Р. 673. »У првом издању овог дела нисам, после извесног колебања, француским судовима признао власт да цене уставност закона на које се пред њима позивају. Био сам у заблуди, и данас усвајам, без колебања, изложено решење одличних правника (Beauregard, Jèze, Berthélémy, Hauriou) које сам поменуо.«

Dr. Чед. Марковић. Суд има да цене уставност закона. Архив за друштвене и правне науке, од 25. децембра 1907. год. Положај и улога судије. Исти часопис од 25. октобра 1920. год.

Николо Трпезин. Састав судијских колегија ван судија. Архив за друштвене и правне науке од 25. јан. 1921. год.

Dr. Srećko Zuglija. Pravne i stvarne garancije zakonitosti kod nas. Mjesečnik. Travanj i svibanj 1925.

Dr. Јован Стефановић. Границе слободе парламента и заштита грађана од његове свемоћи. Чланак у часопису Полиција. Београд. Новембар и децембар од 1924. С. 886, 887. »Судови су позвати да примењују законе, то је несумњиво, али су они исто тако позвати да примењују и Устав. Ако је пак закон противан Уставу, немогуће је применити и један и други. На питање, да ли суд у оваком случају треба да примене Устав или закон ?, ми ћemo без оклеваша одговорити : Устав.«

Dr. Miroslav Muha. Ocjena ustavnosti zakona. Mjesečnik. Ožujak-travanj 1927. »Противно гледиште, када наспрот узима, да обићан закон важи, и ако протуслови уставу, допушта, како друго није могуће, да је обићан закон подесан, да измijeni ustaw i, u krajnjoj liniji, da zakonodavac nizom običnih zakona izmijeni cijeli ustaw tako, te od toga ustava ne ostaje ništa osim ispisani papir bez ikakve važnosti. Таково гледиште са svojim krajnjim posljedicama ne znači održati u državnoj

Обичај. Судска пракса.

1º Оно што је за појединца навика, за друштво је обичај: понављање истих (сличних) радњи у истим (сличним) приликама.

Од свих многобројних обичаја, извор или облик права један је само, онај који се састоји у регулисању (расправљању, суђењу) људских односа — сарадње и утакмице међу члановима једне одређене заједнице. Постаје на тај начин што се једна радња (расправа или суд на случај сукоба међу члановима заједнице), којом је регулисан један конкретан однос, понавља и у поновљеним конкретним случајевима, тако да се код чланова заједнице створи сазнање о томе и формира уверење: да ће исти (сличан) однос и у будуће бити расправљен на исти начин. То уверење не мора бити идентично са уверењем свих чланова заједнице о томе да тако и треба да буде, у смислу да је нужно (opinio necessitatis), да се исти однос и у будуће расправи на исти начин.

Тако, самим понављањем једне одређене радње постаје правило о томе какав треба да је један одређен (по врсти одређен) однос међу члановима заједнице, и постаје сазнање и уверење код чланова заједнице: да је корисно (за њих), да своје поступке саобразе томе правило, јер тада неће наићи на осуду, неће имати да сносе извесне штетне последице, и да им је, с друге стране, штетно да поступају противно правилу, обичају, јер ће, у том случају, бити осуђени на штетне последице од стране оних чланова који престављају власт у заједници. Обичајно правно правило постало је у тренутку кад је формирano то уверење, а у ком се је тачно одређеном тренутку то десило — тешко је, ако не и немогуће тачно утврдити исто тако као што је тешко и утврдити, у ком је тренутку понављање једне одређене радње једног лица прешло у навику тога лица.¹

2º Уверење чланова једне заједнице о обавезности једног обичајног правног правила исто је што и уверење чланова једне заједнице о обавезности једног закона: уверење да ће се за поступање противно правилу имати да претре одређене штетне последице. Разлика је само у постакњу једног и другог правног правила. Обичајно постало је понављањем једног истог суда (одлуке, пресуде, расправе) о истим људским односима; друго је постало изричном заповешћу. У оба случаја правно правило постало је војлом јачих, односно војлом преставника заједнице: у првом слу

organizaciji stabilnost nego uvesti u nju labilnost, ne znači odbraniti zakonitost, nego bezakonje.

»Kakva bi to bila pravna država, kada u njoj ne važi pravni poredak, t. j. poredak koji se oslanja na ustaw, ako zakonodavac može vrijeđati i na kraju kraljeva poništiti ustaw, koji je stvaraoc i nosilac pravnoga poretku?«.

¹ Dr. Max Gmür. Die Anwendung des Rechts nach Art. 1. des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Bern 1908. S. 83, 84. »По владајућем учењу, као обичајно право важи неписано (ungesetztes) право, које се праксом објављује (das durch die Übung erklärt wird); за његову егзистенцију нужан је како обичај или фактично вршење, тако и уверење правне заједнице, да се поступа по једној правној норми.«

чају понављањем (свеједно да ли у почетку свесном или спонтаном) радњом преставника заједнице²; у другом случају изрично и апстрактно (без обзира на један одређен однос) израженим судом или заповешћу преставника заједнице о томе какви треба да буду односи међу члановима заједнице.

Ко су у једној одређеној заједници они власници који по уређењу заједнице имају да расправљају сукобе међу члановима заједнице и да у конкретном случају кажу шта је право, фактичко је питање, т. ј. питање уређења те заједнице. Али је ван сваког спора, да су то они који су јачи у заједници, власници, властодршици заједнице, јер ма каква да је и ма колика да је једна самостална заједница, у њој увек постоји подела на оне који заповедају и оне који се тим заповестима повинују (»диференцијација«): »Циклони дају закон својим женама и својој деци.« Никада и никде нису одлучивали *сви* чланови заједнице, и деца и жене заједно са људима, како ће се расправити појављени сукоб међу члановима заједнице, каква ће бити сарадња и у којој ће мери бити ограничена утакмица, и никада и никде обичајно правно правило није постало уверењем *свих* чланова заједнице, него увек и свуда уверењем (вољом) јачих заповедника, па било да су они сами, лично, истоветно понављане случајеве истоветно расправљали — издавали истоветне заповести за конкретне истоветне случајеве, да су, дакле, истовремено били заповедници и судије, било да су то други, судије³ чинили у њи-

² M. Declareuil. *Rome et l'organisation du Droit* 1924. »Најстарије право било је искључиво обичајно. Законодавства, која су очувала обичај (*coutume*) међу својим облицима формирања права, дају му (обичају) за основ дуго трајаје и прећутан пристанак народа: *вештачка концепција, која неманичега примитивног*. Историска школа дефинише га као спонтани производ народне свести... Али истина је, да ни ту као ни другде нема спонтаног стварања... Порекло обичајног права је најредовније одлука коју је једног извесног дана учинио неки шеф или пресуда позната или не као таква... Идеја суверене са-гласности остаје страна тим често уским срединама, у којима нема једнаких«. (Цитирано код Julien Bonnecase. *Introduction à l'étude du droit*. Paris 1926. Р. 44).

³ Édouard Lambert. *La fonction du droit civil comparé*. Томе premier. Paris 1903. Р. 209, 228, 782. »Три писца, који су радили можда са највише успеха, у сваком случају са највише истрајности на крчењу пространог домена компаративне историје институција, Sumner Main, Hermann Post и J. Kohler, долазе, ма да узимајуки различне центре за посматрање и не служећи се истим методама, до општег закључка: да за време раних фаза социалне еволуције обичајно право (*la coutume*) има своје корене у судској пракси...«

»Да се докаже, да једно правило има карактер обичајног права, истовремено је и неопходно и довољно показати, да је као такво декларирано судским одлукама...«

»Неприродно порекло, придавано правним правилима, која су престављена као божанска воља, изражена откровењем, о социјалној организацији, најеклатантније доказује, да су та правила постала не спонтаном и инстинктивном праксом масе, него интелигентном активношћу једне елите писмених (*lettres*) или свештеника«.

Dr. Hans Kelsen. *Hauptprobleme*. П. д. S. 100—103. »Све право, па и право које је постало обичајем, мора бити воља државе.«

Julius Binder. *Philosophie des Rechts*. П. д. S. 1007. »Један обичај (*Ge-wohnheit*) може стоећима бити стар, па ипак не постати право. Обичај мора бити баш *правни* обичај; обичај се мора практиковати у мишљењу и уверењу, да се тиме право примењује, да се поступа по праву; само тада може из њега постати

хово име, по њиховом изричном или прећутном овлашћењу. И данас још пресуде се гдешто, као на пример код нас, изричу у име врховног заповедника: Решења Касационог Суда у делима судским имаће наслов: »у име Његовог Величанства Краља« (чл. 23. Закона о уређењу Касационог Суда); »Сви редовни судови изричу пресуде у име Његовог Величанства Краља« (§ 2. Пројекта Закона о уређењу редовних судова). Реминисценција на прошла времена, када је врховни заповедник у исто време био и судија.

Жене и деца, и да не говоримо о робовима и слугама, у свакој државној заједници (држава у малом или великом, примитивна или цивилизована) били су многобројни од одраслих мушкараца (легендарна дружина оснивалаца Рима не спада, до отмице Сабињанки, под појам *трајне* људске заједнице — заједнице људи, жена и деце), али је све познато обичајно право (па, у главном, и код матриархата) било повољније за одрасле мушкарце — непобитан доказ, да њихово уверење, уверење слабијих није било фактор у стварању обичајног права. Постојали су обичаји да се убијају новорођенчад, претежно женска, старци и старице, да се удовице убијају по смрти својих мужева (људи су гинули у непрестаним ратовима), али није постојао обичај да се убијају и снажни људи (сем робова и слугу, који су били слаби по свом друштвеном положају), и није постојао и обичај, да се мужеви убијају по смрти својих жена; »право прве ноћи« (*ius primae noctis*) постојало је у корист феудалних господара, не и у корист њихових сељака; »право живота и смрти« имали су мужеви и очеви над женама и децом, не и жене и деца над мужевима односно очевима, и т. д.).

3⁰ О народном уверењу као унутарњем (реалном, материјалном) извору права може се говорити само у толико, у колико се под њим разуме уверење чланова заједнице, да ће и у поновљеном случају један људски однос бити расправљен на исти начин, на који је већ једном (већ више пута) расправљен. Али *творац* (извор, аутор) тога правила, обичајног правног правила, које излази из обнављања суда, није народно уверење него уверење судије, а оно је народно само у толико у колико је уверење судије израз уверења његове средине. Обичајно правно правило постало је судијиним обнављаним истоветним судом о истоветно (врло слично) обнављаним људским односима. Имати на уму, да су рецепцију римског права (усвајање или увођење римског права у европским средњевековним државама) извршили судије познаваоци римског права, а не судије из народа (лајици), и то је учињено противно »народном уверењу«.

Тиме што се је код чланова заједнице створило уверење, и очекивање, ослањање на то да ће и поновљени случај бити рас-

право. С тиме је у вези, да је живи извор обичајног права свуда и у свако време била судска пракса (*der Gerichtsgebrauch*, *consuetudo rerum similiter iudicatarum*, што је признао Heinrich Post, један од најодлучнијих преставника природно-научне (*naturwissenschaftlicher*) јуриспруденције. А у томе се испољава, да је стварност права у судској пракси, да су и норме обичајног права правила правне примене (*Rechtsanwendungsregeln*), норме одлучивања (*Entscheidungs-normen*).«

прављен на исти начин као и ранији, правило је морално постало обавезно и за судију. Истоветно обнављаним одлукама створено је у народу уверење, да ће се судија и у будуће држати истог мерила, и тиме је, и код народа и код судије створено уверење, да је судија дужан, да је обавезан да се држи истог мерила. С тога и није погрешно кад се каже, да је, у том смислу, „народно уверење“ унутарњи извор обичајног права, али само не треба губити из вида: да је то уверење оно исто што и уверење о обавезности једног закона, а не нужно и субјективно уверење свих чланова заједнице, да је тако (како гласи то правило, тај суд, те судијине заповести у конкретним случајевима) праће и да би тако и требало да буде. Да тако, како се суди, и треба да буде, налазе и одлучују о они чланови заједнице који одлучују о пословима заједнице и о односима у заједници. Преносећи се у положај запостављених и угњетених, и ослањајући се на историју, „учитељицу народа“, немогуће је, чини ми се, замислити, да су они, запостављени и угњетени, икада сматрали да њихов положај у истини и нужно треба и да буде такав какав је, ма да су га сматрали правно обавезним за себе. Нећемо ваљда тврдити, да узмемо само један пример из садашњице, да сестре имају уверење, да у наследном праву и треба да буду запостављене својој браћи.

^{4º} Од обичајног правног правила, које је постало истоветним (једноликим) расправљањем истоветних (једноликих, сличних) конкретних људских односа и формираним уверењем о обавезности таквог правила, ваља разликовати уобичајено поступање у односима између појединача, фактичко једнолико поступање, просто *обичај* — *узус* (*l'usage, der Brauch*). Такво фактичко поступање уздиже се на обичајно правно правило тек кад га и суд освешта својом једнообразном праксом — једнообразним одлукама у подобним случајевима, тек од тада правило фактичког поступања постаје правно правило.⁴ Све дотле, једнолико поступање у једноликом приликама

⁴ Baudry — Lacantinerie — Bonnecase. П. д. Tome premier. Р. 603, 604. »Појам обичајног права (de coutume) дуго време није давао повода за дискусију; у њему се видело правило права које произилази из комбинације двају елемената: једног материјалног и једног психолошког елемента; једног материјалног елемента, т. ј. практике извесног трајања и извесне постојаности, која је потекла не зна се откуда и која се своди на извесно гледиште и расправљање конфликта интереса; једног психолошког елемента, т. ј. уверења у социјалној средини, у којој се је развила та практика, да је она обавезна. Обичајном праву противстављао се узус (*l'usage*), који је такође био начин регулисања супротних интереса, но који се сматрао да се примењује само по прећутној вољи заинтересованих. Док се, другим речима, сматрало да се обичајно право намеће с поља, неодоливо, узус није имао друге коерцитивне сile до оне коју су му унапред давали заинтересовани, ослањајући се на њега за решење њихових евентуалних конфликтака. Ми ћемо се држати те концепције.«

Planiol. П. д. I Р. 4. »Што се тиче извора или ауторитета, од кога потиче обичајно право, његова природа је предмет бесконачних контроверзи. Једни извор обичајног права налазе у општој и продужној практици (*usage*) појединача у вези са веровањем да постоји социјална санкција (*opinio necessitatis*), и они судској практици споре сваку стваралачку функцију (Gény, *Méthode d'interprétation*, n^o 109 et suiv.; Boistel, *Revue générale du droit*, 1879, et *Philosophie du droit*, t. II). Други дају места судској практици и признају јој претежну (или искљу-

само је претпоставка, да су они који тако поступају и хтели оне последице које се *обично* за такво поступање везују (после таквог поступања наступају), ако им је то »обично« било познато. У толико и само фактичко поступање има утицаја на постанак правног правила, јер ће судија, као и законодавац, усвојити правило које излази из фактичког поступања, ако не буде имао јаког разлога да га сузбија.

Обичај (узус) може бити: *општи*, кад се практикује на једној целији територији и у свима редовима становништва; *месни*, кад се практикује у једном одређеном месту; *професионални* (позивни), кад се практикује у једној професији; *класни* или *сталешки*, групни, кад се практикује у једној друштвеној класи или групи. Узусу се признаје извесан значај у области приватног права, нарочито у области трговачког права, у колико у њему долази до израза премптивна воља странака (аутономија воље).

^{5º} У крајњој линији, *обичајно право и постојана судска пракса*, односно правило које се ствара постојаном судском праксом, *једно су исто*.⁵ Ова је, судска пракса, тумач не само постојећег обичаја, који својим признањем уздиже на обичајно правно правило, него је и тумач закона, који у свом оживотворењу, применом од стране судије (или других надлежних органа), кадшто добија смиса различит од свог првобитног смисла.

Тако је *судија*, преко постојане судске праксе, *у ствари*, и са исто толико разлога као и законодавац, *унутарњи* (и ако се кундарни) извор не само обичајног права него и законског права у свима оним случајевима у којима је применом закона истоме дат различан смисао од онога који је закон првобитно имао.⁶ Смисао, који судија даје нејасном законском пропису, може се имптирати законодавцу и формално важити као законодавчева воља. У ствари је воља судије, како је то, за случај попуњавања законских праznina и за конкретан случај, изрично речено у члану 1. Швајцарског Грађанског Законика.⁷

^{6º} Одлука (суд), коју једна власт први пут донесе у једном конкретном случају (људских односа), назива се, у односу или упоре-

чиву) улогу у изради обичајног права (Lambert, *Études de droit commun législatif*, t I, La fonction du droit civil comparé, p. 19 et 143 et suiv.). Ja са своје стране не верујем у могућност постанка обичајних правила, која имају обавезну вредност, изван судске праксе».

⁵ Krainz — Pfaff — Ehrenzweig. П. д. S. 47, 48. »Носилац обичајног права није народно уверење него судска пракса (Rechtssprechung). То учи историја... Државно обичајно право може се познати по томе што га примењују власти, приватно-правно обичајно право по томе што га нарочито примењују судови. Оно се не може одвојити од судске праксе (Gerichtsgebrauch).«

⁶ Krainz — Pfaff — Ehrenzweig. П. д. I S. 51. »Становништво подешава своје држање не непосредно према закону него према пракси власти.«

⁷ »Закон се примењује на сва правна питања, за која, према граматичком значењу речи и према тумачењу, садржи одредбу.

»Ако се пропис не може извести из закона, судија треба да суди по обичајном праву и, у оскудици таквог, по правилу које би он поставио као законодавац.«

»При том се руководи освештаним учењем и судском праксом.«

ћењу са одлуком која ће се донети у поновљеном случају, *преседан* (прецедент, прејудиција). Правно, једна таква одлука, схваћена у смислу апстрактног правила које би из ње излазило, т. ј. одлука изражена у виду апстрактног правила, нема ни за кога обавезну снагу. У поновљеном случају ни власт која ју је донела, ни друга која власт, није обавезна (изузев специјална наређења о одлукама Касационог Суда) да се придржава правила које из те одлуке излази. Али она *морално обвезује* исту ту власт, да и у поновљеном једноликом случају донесе исту такву одлуку, а тај морални захтев, та морална обавеза истиче из осећаја и принципа једнакости, правности или законитости, реда. Осећај једнакости буни се против неједнаког поступања у једнаким случајевима; осећај правности или законитости буни се против *самовоље* (произвољности, арбитрарности, партачности), *која се увек претпоставља код неједнаког поступања у једнаким случајевима*; осећај реда и сигурности буни се против нереда и несигурности, који су пратиоци неједнаког поступања у једнаким случајевима. Из тога не излази, да власт треба да и у следећем подобном случају донесе истоветну одлуку и онда када нађе да је прва била погрешна, неправилна, нецелисходна, али излази то: да су органи власти дужни, морално обавезни, у колико им то не би била већ и правна обавеза, да при доношењу одлуке, којом се или први пут расправља један правни однос или којом се оступа од дотадашњег расправљања подобних односа, значај те конкретне одлуке *добро процени* са гледишта једнакости и законитости, са гледишта правног и моралног дејства те одлуке. При доношењу једне одлуке органи власти не треба да губе из вида да ће можда, често вероватно, и у будуће бити позвани да одлуче у подобним случајевима, *да се од њих очекује доследност и са овом рачуна*. Једна одлука власти, кад је извршна, закон је за конкретан случај. Власт треба да је доноси са исто толико пажње и обзира, као да њоме изражава или ствара једно опште правило — правило које би имало да важи за све подобне случајеве. Не доследност доследности ради, него доследност корисности ради. Ако би доследност била штетна, треба је напустити пред корисношћу (моралном и материјалном). Више користи но штете или бар мање штете, ако је ова неизбежна, руководни је принцип и за појединца и за заједницу. Створио га је живот, животни нагон, постулира га и људски разум. Шта је и у колико корисно а шта штетно, фактичко је питање.

Понављање једног одређеног преседана чини постојану праксу (суда, парламента, управне власти), и, као такво, оно је спољашњи извор обичајног права, извор *«живог»* права, оног које се примењује, оног по коме се људски односи правно расправљају, и ако, евентуално, насупрот закону као мртвом слову.

7º Стога што су закони, откад су познати, били у писаној форми (Хамурабиев закон, Мојсијев закон — »и написа их на две плоче камене које ми даде« —, римски закон XII таблица, Душанов Законик и т. д.), законско право, законски прописи, називају се *писано право*. Напротив, обичајно право, чије се сазнање преноси

усмено, традицијом, понављаним подобним одлукама у подобним случајевима, назива се *неписано право*. Као такво, т. ј. као неписано право оно важи и онда када су га појединци, ради лакшег сазнања, записали (*leges barbarorum*, *Lex Salica*, *Sachsenspiegel* и т. д.).

8º Хронолошки, обичајно право претходи законском праву, неписано писаном. Ово се није, разуме се, ни могло појавити пре појаве писмености. Али, кад се је већ једном појавило, почело је, благодарећи своме преимућству, све више потискивати обичајно право, тако да је *обичајно право у садашњици формално сведено на субсидиарну* (помоћну) *улогу*, и то у оним правним областима у којима га и у колико га закон признаје (приватно-правна област). Потпуно је искључено у области кривичног права (§ 2. К. З.); у потпуној је важности још у области међународног јавног права, у којој нема законодавца, па ни закона.

a) Тиме је означен и *однос између законског и обичајног права*: обичајно право важи, у колико га закон не искључује или у колико закон не постоји.

То не значи да се обичајно право не може развити и против закона. Овај је мртво слово на хартији, али све докле не буде укинут, изрично или прећутно, он формално важи. Свако поступање противно закону јесте противзаконо, чини повреду закона, противправно је. Но ако то противзаконо поступање постане правило, онда је оно »живо« правило, оно које се примењује, које функционише, насупрот законском правилу, које на хартији постоји, али које се не примењује, које не функционише. Једно је изражено изрично, друго је уведено дјелом (фактички); једно постоји формално, јер законим путем није укинуто, друго постоји фактички, јер се примењује.⁸

⁸ Georges Cornil. П. д. Р. 52. »Немоћ законодавчега права да угуши развијање обичајног права и права судске праксе феномен је који неманичега необичног.«

Prof. Dr. Max Gmür. П. д. S. 83. »Неписано право, у средњем веку још премоћно, од почетка 19. столећа засењено је писаним правом. Али ипак оно није постало беззначајно и немоћно. Шта више, у оним кантонима, у којима се хтело да се обичајно право законским пресече, показало се неуништivo и чак јаче од закона.«

Virgil Rossel, F. H. Mentha. Manuel du Droit Civil Suisse. Lausanne. Tome premier. Р. 59. »Треба одлучити да обичајно право (*coutume*), као допуну федерално право, може аброгирати законски текст као и сам законодавац.«

Dr. Alex. Reichel. Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Zürich 1911. »Из субсидиарног карактера обичајног права излази, да обичајно право не може укинути или изменити законско право.«

Dr. Heinrich Dernburg. System des römischen Rechts der Pandekten. Achte umgearbeitete Auflage. Berlin, 1911. Erster Teil. S. 46 »Старо је спорно питање, да ли обичаји имају снагу да укину старије законе. То тврди правник Јулијан са испрвним образложењем у Пандектама, пориче кратко, али са истом одређеношћу, цар Константијан у Кодексу.«

Dr. Heinrich Dernburg. Das bürgerliche Recht. П. д. Erster Band. S. 83. »Опште земаљско (пруско) право (A. L. R.) наређивало је окрuto, Увод § 6, »При будућим одлукама неће се узимати у обзир мишљења учитеља права или раније одлуке.«

Ако поћемо од оправдане, разложне претпоставке, да је законодавцу познат такав сукоб између законског правила и фактичког правила, и ако, с друге стране, имамо у виду факт, да је законодавац у могућности да спречи примену правила противног закону (тиме што ће новим законом једно одређено фактичко правило огласити за противно закону, укинути га, одстранити евентуално упорног судију), можемо рећи, да је законодавац, *садашњи законодавац*, са таквом применом, са фактичким правилом сагласан, и да, према томе, *таква примена у ствари значи прећутну измену или прећутно укидање формално постојећег законског правила од стране законодавца*. Како би се друкчије разумео законодавцу познат факт, да се кадшто постојаном судском праксом мења понеки јасан законски пропис.⁹

»Али се то показало као неодрживо. Ваш пруско право... одлукама судова тако се је даље развијало, да су не мали број законских одредаба измене, друге као унутарње изумрле укинуте.«

Dr. Josef Kohler. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. d. Erster Halbband. S. 79. »Околности, које су довеле до образовања обичајног права, могу по себи бити противзаконите; али и нешто противзаконито може изазвати нов правни поредак, као што учи сваки насилан преокрет у држави.«

Dr. F. Endemann. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Neunte Auflage. Berlin 1903. Erster Teil. S. 36. »Законска норма може бити обичајем протумачена, допуњена или у садржини измењена.«

Baudry — Lacantinerie — Bonnecase. II. d. Tome premier. »Редактори Code civil-a мислили су тако мало да доносе законе за цео свет и за вечност, како им то пребацују њихови противници, да су допуштали аброгацију једног закона обичајним правом (par la coutume). Нека се о томе суди по овој изјави Порталиса У њој је наглашен мистериозни закон еволуције. Кадшто се, вели он, закони укидају другим законима. Кадшто се укидају пуким обичајем (par la simple coutume). Ова друга врста укидања зове се не-употреба (désuétude); редактори је нису изгубили из вида. Пребацује им се што је нису дефинисали. Да ли су требали то да учине? Кад се зна шта је обичај (coutume), довољно се зна шта је неупотреба, пошто је désuétude аброгација закона неупотребом (non-use) или обичајем противном томе закону. А говорећи о неупотреби, редактори су је преставили као дело невидљиве силе која, без потреса осуђује рђаве законе и изгледа да штити народ против пренагађености законодавца и законодавца против њега самог. Критичар пита, која је то невидљива сила? То је она која невидљиво ствара морал, обичајно право и језике.«

Rudolf von Jhering. Geist des römischen Rechts. II. d. Erster Teil. S. 33. Zweiter Teil. Zweite Abteilung. S. 322. »Право је ту зато да се оствари. Остварење је живот и истина права, само право. Што не прелази у стварност, што стоји само на хартији, само је привидно право, празне речи, и обратно, што се остварује као право, јесте право, и ако се не може наћи у законима, и ако народ и наука тога још нису постали свесни...«

»Између правних правила и истинског права постоји овде (kad између правила, које фактични влада и примењује се, и његовог формулисања у правна правила, докму, не постоји потпуна конгруенција) однос, који један римски правник (Паулус) овако обележава: regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat; non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.«

Windscheid — Kipp. II. d. Erster Band. S. 92, 93. »Снага обичајног права је иста као и снага закона. Обичајно право може не само допунити него и укинути законско право, али »Обичајно право нема снаге, у колико је законом оглашено за необавезно.«

Jean Cruet. II. d.

Dr. Чед. Марковић. Поштење и морал у праву. Поменута расправа.

⁹ Marcel Planiol. II. d. I P. 44. »Судском праксом назива се начин на који судови интерпретирају законе. Сравњена са улогом законодавца, улога судије

б) Законско право одликује се извесношћу и сигурношћу (не апсолутном) и јединственошћу (општошћу), док су обележја обичајног права неизвесност и различитост (партикуларност). Свако је у стању да се брзо и лако обавести, како гласи законски пропис, да би му саобразио своје поступке.¹⁰ Законски пропис јединствен је (или општи), јер важи на целој територији за коју је закон издан, обично за целу државу, за све становнике. Да се сазна једно правило обичајног права, треба наћи људе који познају обичајно право, али њихови искази нису аутентични, могу бити противуречни, сумњиви. С тога може настуپити потреба, да се постојање једног правила обичајног права доказује, док то није случај са законским правом, сем ако се ради о закону стране државе. Судија (као и сваки други чиновник) по својој службеној дужности познаје законе своје земље (*iura novit curia*). За обичајно право ширих људских заједница важи поменута изрека: колико села, толико адета (обичаја); »права се мењају са променом поштанских кола« (рекао је Волтер). Законско право сједињује, обичајно разједињује.¹¹ Те мање обичајног права ублажене су тамо где постоји један Врховни Суд, у колико је ефикасно уређена његова функција, да пази на једнообразну примену објективног права и у колико, разуме се, расправа конкретних случајева спада у његову надлежност.

Ваља приметити, да је извесност (и сигурност) законског права релативна, постоји за претежну већину прописа, али има и прописа,

изгледа скромна, у ствари је скоро једнака. У истини, закон има вредности само ако се примењује и тако како се примењује. Постоји универзалан и неизбежан факт: интерпретација закона од стране судова пружа хиљаду прилика, да се модификује законско правило, и тако судија кадшто парализује вољу законодавца.

Krainz — Pfaff — Ehrenzweig. II. d. I S. 34. »Најзад су под утицајем изменених економских прилика или и под сазрелим искуством многи параграфи у току времена тумачењем добили такво значење, које је редакторима и судској пракси првих десетица било посве страно.«

Windscheid — Kipp. II. d. Erster Band. S. 121. Anm. 4. »Признано је, да је готова творевина ове врсте (правило судске праксе) важеће право... Утешно је, да Врховни Суд Немачке признаје: Главни задатак праксе остаје, да закон истини примени са његовим манама, али да га по могућности прилагоди захтевима, које грађански саобраћај поставља закону.«

Dr. Julius Ofner. II. d. S. 45 »У појединачном случају — а правни живот састоји се из појединачних случајева — коначно одлучује последњи судија. Његова изрека (суд) важи и кад је у противности са нормом. С тога је норма практично у крајњој линији налог судији, да по њој суди. За релативност свих људских установа нема бољег примера.«

Dr. Oskar Bülow. Gesetz und Richteramt. Leipzig. 1885.

¹⁰ Wilhelm Sauer. Grundlagen. II. d. S. 425. »Правна сигурност је стање не само уочљивости права него и извесности, да се право на један одређен начин примењује. Тада се поданику омогућава, да своје делање подеси не само за трећунутак него и за сву будућност; он прорачунава будућност и садржину државних аката.«

¹¹ Portalis: »Људи који су под једном сувереношћу а немају исте законе нужно су странци једни другима; потчињени су истој власти, а нису чланови исте државе. Они чине толико различних нација колико има различних обичајних права, они не могу да именују заједничку домовину.« (Цитирано код Gaston May. Introduction à la science du droit. Paris 1921. P. 25).

о чијем се правом значењу често не слажу ни добри познаваоци закона, услед чега је и судска пракса колебљива, што јако штетно утиче на веру у закон и правосуђе. Лажици ниси у стању да схвате, да судије савесно могу различито разумевати смисао закона, и склони су да у колебљивости судске праксе виде оскудицу објективности суда.

Пошто је обичај, као навика, друга природа, која се споро и тешко мења, обичајно право може исто тако и још у већој мери не одговарати савременим друштвеним потребама и погледима но и сам застарео закон, и с тога ни у погледу своје покретљивости, прилагодљивости или еластичности нема увек преимућство, које му је приписано, над законским правом.¹² То своје »преимућство« има оно само онда и тамо, када и где судија под видом »обичајног права«, т. ј. с позивом на »обичајно право,« конкретно питање у ствари расправља по правилу које свесно или несвесно сам поставља.

9º *Међународно јавно право*, као »обичајно право«, постало је, у истини, не судском праксом, јер ова у тој области још није потпуно уведена ни израђена, него узусом и учењима философа и правника, те би се за њега могло рећи, да је у многоме »правничко право« — мишљења која о њему садрже дела признатих ауторитета.

Међународни уговори (споразуми, конвенције) спољашњи су извор права за уговораче по општем (*моралном*) правилу: уговор чини закон за уговораче. Људи се у међусобном саобраћају редовно ослањају на дату реч, вежу, сматрају се обавезни датом речи. Отуда то опште правило (без организоване санкције), створено потребом мирног саобраћаја међу људима, али је оно немоћно када дође до конфликта, чијој мирној расправи право у првом реду и има да служи.

И државе се, као и појединци међу собом, по самој потреби мирног општења, ослањају на обећања која су једне другима дале, па је отуда и постало правило: уговоре треба поштовати (*recta sunt servanda*). Овоме правилу, које је, као и цело »међународно право«, више морално но строго »правно«, историја и реални посматрачи додају: »докле су корисни!«

У колико се у садашњици међународни уговори закључују у форми доношења закона (чл. 79. Устава: »Краљ закључује уговоре са туђим државама, али је за потврду тих уговора потребно прет-

¹² Dr. Феодор Тарановски. Енциклопедија права. П. д. С. 482. »Царовање обичајног права над сељачким животом у Русији не преставља собом ни обезбеђење, ни обележје политичке и грађанске слободе, као што означава самостално дејство обичајног права у Енглеској. Напротив, оно означава у Русији нешто директно противно. Руски су сељаци остали под дејством обичајног права због тога што законодавство на њих није прострло своје просветното дејство, јер их је напустило и оставило, тако рећи, под »влашћу мрака« (према изразу Лава Толстоја). Већ пре револуције испољавала се тежња, да се сталешка закљученост сељака укине и да се приватно правно стање руских сељака изједначи са осталим народом. Ова тежња ће се без сумње остварити после свршетка револуције, т. ј. после пада большевика. Онда ће област примењивања обичајног права у Русији знатно бити смањена.«

J. Kantorowicz. П. д. S. 33, 439. »Кад би хтели да следујемо народном схва-
тању, и данас би можда били сведоци суђења вештицама . . .

»Народно схватање још никада није унапредило право.«

ходно одобрење Народне Скупштине«), они су, као и сваки други закон, извор унутарњег државног права.

Међународно приватно право у ствари је унутарње државно право, право законско и право створено судском праксом, на коју, разуме се, утичу учења истакнутих правничких ауторитета.

10º Опште је признато, бар у садашњици, да није извор права »правничко право« (*Juristenrecht*), т.ј. мишљење и учење правника о томе како треба разумети неко правило или какво би правило требало поставити. Мишљење истакнутих правника често има великог утицаја и на судију и на законодавца, али ако од ових буде признато и усвојено, примењено у судској пракси или озакоњено, постаје право судске праксе односно законско право. Учење правника (доктрина — »мишљења и идеје које су правници изнели у својим делима«) може бити, и често јесте један од посредних фактора у стварању права (јер је мисао фактор права), али само собом није ни формални ни непосредно унутарњи извор права. Мишљење неких истакнутих (и за такве званично признатих) римских правника о конкретном правном случају било је обавезно за судију, и у толико се могло говорити о »правничком праву« (*ius respondendi, responsa prudentium*). Данас би се о »правничком праву« могло говорити само за право судске праксе, у колико су судије правници.

Тумачење законика.

1º Било да се схвати као заповест или као хипотетичан суд, или као и једно и друго (ако се хоће и што треће), закон је писаним речима изражена мисао.

Тумачити (интерпретирати) закон исто је што тумачити и сваку другу писаним речима изражену туђу мисао: схватити, разумети, изнаћи, утврдити прави смисао или значење онога што је речено. О тумачењу у опште говоримо онда кад нам је нешто нејасно. Што је јасно, то се зна, не тумачи се.

Као и свака друга речима изражена мисао, и мисао изражена законом може бити нејасна са више разлога:

једна реч (израз) може имати више значења или бити нејасна сама по себи;

и ако је свака реч узета сама за се довољно јасна, мисао у својој укупности могла је остати непотпуно и нејасно изражена, прекинута, недовршена;

појединачне мисли (законски прописи), ма да свака за се довољно јасне, у супротности су једна с другом, противрече, потишују се, изгубиле су везу, коју треба да имају у једној целини.¹

¹ Herbert Spencer. Justice. Traduit par E. Castelot. Paris 1903. »Докле диспозиције једног закона нису послужиле судијама да мотивишу своје одлуке, ни људи од закона не знају случајеве на које ће се закон применити. Са своје стране судије се буне против технички рђавог законодавства, које су принуђени да тумаче. Један од њих рекао је за један члан закона, да не верује да је »смисао

Једном речи, мисли изражене у једном закону могу бити нејасне са свих оних разлога са којих могу бити нејасно изражене и у сваком другом људском делу, у колико је оно одређено да изрази неку мисао (говор, писмо, песма, приповетка, расправа итд). Ма колико да је богат у изразима један језик, сиромашан је да прецизно изрази све могуће нијансе престава и мисли, и од њиховог реда, реченичног склопа, интерпункције, зависи, врло често, и разумевање или схватање израженога. Мало је речи које немају или не могу имати више значења: у же, шире, преносно. Није напразно речено: »свака реч има реп«.

При истраживању правог (не привидног, не нарочито хотеног) смисла једног законског прописа (исто важи и за обично право правило) ваља се послужити не неком нарочитом »правничком« методом ни »правничком« логиком², него обичном методом и обичном (опште људском) логиком, којима се човек служи увек кад савесно (објективно, незаинтересовано, непарталично, безпредрасудно) хоће да разуме *оно што је други рекао или написао*, без обзира на своје или других мишљење о тачности или нетачности реченога, без обзира на своје личне симпатије или антипатије и према реченоме и према аутору реченога.

2⁰ КАО неопходни услови или битни захтеви за правилно тумачење закона могу се нагласити:

добро познавање језика, на коме је закон писан

добро познавање свих прописа, са којима је у непосредној или посредној вези пропис који се тумачи, јер поједини пропис само је део једне мање или веће целине (правне установе, правне области,

истога разумео ни онај који га је редиговао, ни Парламенат који га је усвојио.« Један други је изјавио, »да је људској оштроумности немогуће наћи нејасније изразе.«

Дневни лист *Политика* у броју од 19. децембра 1927. год. доноси ову белешку:

Раније су прављени закони тако да их је свако могао да разуме. Сада законе не разумеју ни сами законодавци. Такав је случај на пример са чиновничким законом. Кад је он донесен 1923 године, нико није знао како га треба примењивати. Зато је још тада образована једна стручна комисија за тумачење његових одредбад. Пуне четири године комисија се предано трудила да разбере шта треба да значе све одредбе у чиновничком закону. И после четири године није успела да то схвати. Чак је изгубила наду да ће уопште икад да и схвати, и дигла руке од тумачења чиновничког закона. Дај Боже да нова комисија успе да у року од идуће четири године протумачи нешто у чиновничком закону. А док се не нађе једно правилно и званично тумачење чиновничког закона, министри ће га и даље тумачити како за најпогодније нађу.

² Eugen Ehrlich. Die juristische Logik. Tübingen 1918. Три основне претпоставке „правничке логике“ јесу: везаност за законски пропис, схватање права као државне воље, престава о јединству права.

као државне воље, представа о јединству права. Marcel Planiol. П. д. Dixième édition. Tome premier. Paris 1925. Р. 92. »Из правничке логике (logique judiciaire), која своје порекло има у римској јуриспруденцији, »потекла је нешто уска вештина, која своју амбицију ограничава на скоро механичко комбиновање текстова и на налажење солузија без обзира на њихову вредност. Та правничка логика, која је имала своју литературу, брзо се искреће у злоупотребу и ризикује да снизи дух правника. Кад би се правна наука свела на то, правне школе могле би се затворити без икакве штете«.

целокупне правне организације), а један део и његова функција не може се правилно сазнати без познавања целине;

добро познавање циља закона (*ratio legis*), онога што се законом хоће да постигне, и евентуално повода, који је изазвао доношење закона (*occasio legis*), јер сваки је закон само једно средство за постизање једног извесном побудом одређеног циља, а, ко хоће један одређен циљ, хоће, то је бар поступат ако не увек и оправдана претпоставка, и најпогодније и, са друштвеног и опште културног глештишта, најдопуштеније средство за исти;³

у вези са добрим познавањем језика, на коме је закон писан, јесте и добро познавање правног поретка који је претходно закону, јер ће се помоћу њега боље схватити циљ постављен новим законом.

3º Поједине речи законског текста треба узимати у смислу који оне имају у обичном говору (један законодавни је фактор *Народна Скупштина*), код просечно образованих грађана (закони се доносе за *народ и обнародује се*, да их народ сазна), а само кад је извесно, да им је у закону придато неко нарочито значење или да су употребљене у смислу који имају у правној терминологији, узети их у томе особеном значењу.

Разумевање закона у смислу граматичког (језиковног) значења поједињих речи, назвато је, код правника, *граматичко тумачење*, а разумевање закона у смислу који поједине речи и поједини прописи имају у вези са осталим прописима, са циљем и принципима (основним начелима) закона — *логичко тумачење*, па је тумачење, кад се једној речи даје шири смисао од њеног обичног граматичког смисла, назвато *екстензивно* (проширавно), а тумачење, кад се даје ужи смисао — *рестриктивно* (сужавно) *тумачење*. У истини, граматичко и логичко тумачење иду једно с другим, нераздвојно, јер кад истражујемо смисао једне речи у једном закону, никад га не истражујемо изоловано, него у вези са целом садржином закона, а чим то чинимо, значи да смо у области логике : доследности, непротивречности, хармоније, па и целисходности. Код сваког тумачења мора се поћи од речи и мора се тражити веза међу њима, јер једна реч не изражава смисао, а без речи нема, кад се ради о закону, изражене мисли

Код правника и код неправника у употреби је израз »дух закона«. Тај израз синоним је израза »прави смисао закона.« Њиме хоће да се каже то, да један законски текст треба разумети не у смислу строгог граматичког значења његових поједињих израза него саобразно са доследно и целисходно изведеном и спроведеном руkovодном мишљу законодавца (*scire leges non est verba earum tenere sed vim ac patestatem*). Разуме се, да се та мисао, тај »дух« има да

³ Arthur Baumgarten. П. д. I. S. 192, 294. »Чим се појави сумња у смисао закона, треба му дати решење којим се највише унапређује добро целине . . . Закону треба дати смисао какав би имао кад би потицаш од разумног човека . . . То значи исто што и кад се каже, да законе треба тумачити тако да одлуке што је могуће више буду саобразне природи ствари.«

Jean Lagorgette. П. д. Р. 14. »Од свих времена, судије су се инспирисали правичношћу.«

изведе из самог закона, из целокупности његових прописа, а нема да се тражи негде изван закона.

^{4º} Закон изражава вољу законодавца, али је та воља за нас мешавина онако како је изражена (*теорија изјаве воље*) и како нам се презентира у самом закону. Имамо да истражујемо прави смисао онога што је речено, онога што је изражено, а немамо да се питамо шта је законодавац мислио (хтeo, намеравао) да каже⁴ (*теорија воље*). Имамо да истражујемо смисао закона, »вољу закона«, а не вољу законодавца. Својим постанком закон је добио самосталну егзистенцију, одвојио се је од свога творца, има смисао какав из њега произлази, а не смисао какав је, можда, законодавац мислио да му да, али му га није дао. Као и свака друга умотворина, закон за нас важи онако како нам се показује, како га ми видимо и разумемо.

У осталом, кад је реч о вољи законодавца и смислу закона, треба имати на уму да је:

с једне стране, »законодавац« безличан, т. ј. да се временом мењају личности које врше законодавну улогу, и да је, према томе, воља законодавца воља свагдашњег законодавца⁵, а овај, не укидајући и не мењајући раније донесени закон, прима га у смислу у *каквом му се закон сам собом*, одвојен од свог творца, презентира, и не знајући и не распитујући се за смисао, који је ранији законодавац можда хтeo да да закону, а који из текста закона не излази; и

с друге стране, при данашњем законодавном раду, изван текста закона немогуће наћи вољу једне личности као вољу законодавца. Предлог закона изради стручна комисија према интенцијама ресорног министра, усвоји га и евентуално измени министарски савет, исто то бива са предлогом у скupштинском законодавном одбору, у скupштинском пленуму изгласава се (или одбације) *текст такав какав је*, у смислу како га је разумeo *сваки поједини посланик*, и, најзад, од Народне Скупштине изгласан законски предлог добије

⁴ Julius Binder. Philosophie des Rechts. П. д. S. 912. »Мисао и израз, воља и изјава стоје у нужној узајамности, а интерпретација није коректура погрешног израза, него утврђивање значења израза, тако да је полазна тачка и најважнији темељ тумачења увек сам израз који има да се пропуташи.«

Prof. Dr. Max Gmür. П. д. S. 128. »Смисао закона има да се изнађе не према намери законодавца, него по вези закона са правним системом, с једне, и саобrazno практичним потребама садашњости, с другој стране.«

Dr. Hans Kelsen. Hauptprobleme. П. д. S. 294. »Што за правника долази у обзор, јесте готова воља државе — закон, а не мисли и жеље законодавца.«

⁵ Приликом прославе столодишњице Француског Грађанског Законика (Code civil), Ballot Beaupré, председник Касационог Суда, рекао је: »Кад је текст нејасан... судија... не треба да упорно истражује шта је била, пре сто година, мисао аутора Законика...; треба да се пита, каква би та мисао била кад би они данас редиговали тај пропис.«

Ове речи наишли су, тако рећи, на опште прихватање и предмет су непрестаног цитирања.

Rudolf Stammller. Theorie der Rechtswissenschaft. П. д. S. 617. »То (Бало Бопрево мишљење) одговара, како ја налазим, правом методичком схваташу воље законодавца... Пошто садашњи законодавац задржава једну особиту правну садржину из ранијих дана, то је његово садашње хотење, и зато се може примити као садржина коју он одређује у садашњости... Тако се смисао једног правног правила и мора разјаснити у правцу, како би га законодавац морао доследно поставити.«

Краљеву санкцију, када тек постане закон. Где је ту »воља« законодавца изван смисла који излази из текста закона?

Према томе, припремни радови око доношења закона (пројекти, мотиви, дискусије) могу послужити само као помоћно, али необавезно средство за изналажење правог смисла закона. Судови суде по *законима* (чл. 109. Устава), таквим какви су, таквим како их они разумеју.

^{4º} Закон се може тумачити у циљу његове непосредне примене на један конкретан случај или у циљу његове научне обраде, без обзира на један конкретан случај, и ако је конкретан случај могао бити повод за тумачење. Са тог гледишта неки правни писци чине поделу тумачења на *судско тумачење* (»оно које потиче од судова када, ради пресуђења једног спора, примењују закон чији је смисао споран«) и *доктринарно* (доктрина — »мишљење и идеје правника у њиховим делима«) *тумачење* (»оно које се чини у књигама, у часописима, у настави, и чији скуп конституише оно што се назива доктрином«)⁶.

За ову поделу не видим оправданог разлога. И једно и друго тумачење врши се на исти начин (граматичко и логичко тумачење) и у истом циљу: да се утврди прави смисао закона, увек, разуме се, кад је реч о садашњем закону, ради његове примене, садашње или будуће, и стога се оба тумачења, ради непосредне примене или у циљу научне обраде, подводе под назив доктринарно тумачење наспрот аутентичном тумачењу⁷.

^{5º} Аутентично или законодавно тумачење јесте утврђивање (одређивање) смисла једног закона (законског прописа) од стране законодавца, па за њега и важи оно што важи и за доношење закона у опште. Законодавно протумачен закон има се сматрати као *нов закон* и, према томе, у свом законодавно утврђеном смислу има да важи само за у будуће, ако му повратно дејство није придато изрично.

Примена закона. Фактичко и правно питање.

^{1º} Применити закон (један законски пропис, једно правило) значи, у најширем смислу, извршити заповест коју закон садржи, и, у том смислу, примена закона исто је што и извршење законодавчеве заповести. У ужем смислу, применити закон значи изрећи суд о томе да ли једна чињеница одговара, да ли је саобразна или није саобразна закону, па извршити оно што за тај случај закон наређује (тужиоцу тражење досудити или га од истог одбити, окривљенога осудити или ослободити, досуду или осуду извршити и т. д.).

⁶ Marcel Planiol. П. д. Dixième édition. Р. 85, 84, 19.

⁷ Heinrich Dernburg. Das bürgerliche Recht. П. д. S. 15. »Неаутентично тумачење назива се доктринарно. Оно почива на научној методи. Али је њена примена истовремено једна важна вештина. Наука и наученост нису довољне. Правнички такт и здрав људски разум морају првенствено водити тумача. Он мора подједнако бити удаљен од тесногрудости и сипничарског расположења, као и од површински и самовоље. Кome је својствена љубав за правду видеће даље од онога који занатски обавља свој посао.«

Кад се закон схвати као хипотетичан суд, применити закон значи дотле хипотетичан (апстрактан) суд преобрратити у стваран суд: изрећи, да за дати случај постоје или не постоје законске претпоставке и да, према томе, наступају или не наступају законом одређене последице.

Закон је мера фактичких људских односа. Применити закон значи законском мером (оценом) измерити (оценити) конкретне људске односе, па учинити оно што закон наређује за случај да му однос одговара или не одговара. *Применити закон значи, у крајњој линији, применити (извршити, извести, спровести, реалисати) санкцију закона.*

Примена закона јесте функција закона, јесте »живот« закона.

2º Код сваке примене закона имамо посла са два посебна питања: са фактичким питањем и са правним питањем.

Фактичко питање јесте питање о самој чињеници, о самом факту на који закон има да се примени, о факту који по закону има да се оцени, који законском мером има да се измери, о односу који по закону има да се расправи. Има да се констатује, одреди, утврди чињеница или факт (радња, догађај, стање), такав какав је, оно што је, сам за себе или у вези са другим фактима, са његовим узроком (физичким, психичким) и његовим последицама.

Једна чињеница може бити проста, јединствена или једноставна (на пример, природна смрт, налазак туђе ствари) или сложена, компликована — *чињенично стање* (на пример, смрт која је наступила као последица намерно или из нехата нанешене телесне повреде; савесна куповина једне покретне ствари од несопственика и савесна и непрекидна државина исте за три године).

Кад се истражује веза у којој једна чињеница стоји са другим чињеницама (однос, узрочност), неће увек бити довољан сам опис чињенице, до кога се долази посматрањем у њеном тренутном, самосталном, изолованом стању, него ћемо се при том често послужити и логичким закључцима — из постојања онога што опажамо изводићемо, према искуству које већ имамо, суд о ономе што му је, по закону узрочности, морало претходити или ће му следовати. Разумљиво је да, са разлога ограничности наше моћи опажања, сазнања и суђења, једну чињеницу можемо погрешно констатовати и у толико пре изводити погрешне закључке о њеним узроцима и о њеним последицама.

Правно питање јесте питање: да ли је констатована чињеница правно релевантна, т. ј. да ли објективно право за њу везује неко правно дејство (постанак, промена или престанак неког субјективног права; казна; награда; правна и пословна способност; способност бити сведок, судија итд.). Другим речима, правно питање јесте питање: да ли објективно право садржи и коју меру за једну констатовану чињеницу; да ли постоји и, ако постоји, које правно правило о тој чињеници; које се правно правило, који се законски пропис односи на ту чињеницу; да ли се и под које правно правило има да подведе (субсумира) та чињеница; по ком правном правилу има да подведе (субсумира) та чињеница;

по ком правном правилу има да подведе (субсумира) та чињеница;

се расправи људски однос који је том чињеницом заснован, изменен, угашен.

Правно питање, dakle, јесте питање: да ли за констатовану чињеницу постоји и, ако постоји, које правно правило.

3º Правилност чињеничне констатације претпоставка је за материјално правилну примену закона. Ако је чињеница погрешно констатована, правилан одговор на правно питање само је формално правилан: правилан је формално, јер одговара чињеници тако како је констатована; материјално је неправилан, јер констатација чињенице не одговара стварности¹.

Из тога јасно излази важност фактичког питања и правилности чињеничне констатације. Јасно је, мислим, да се, кад је реч о *правилној* примене закона (објективног права у опште), правно питање не може одвојити од фактичког. Правилна примена закона условљена је двема правилностима: правилним (тачним) константовањем чињенице — фактичко питање; подвођењем те чињенице баш под онај законски пропис који јој одговара — правно питање.

Кад познавалац објективног права испитује (посматра, опажа, сазнаје) једну чињеницу у циљу потоњег одговора на правно питање, он већ истовремено обраћа пажњу на правно релевантна својства чињенице и тако већ и у фактичко питање увлачи, донекле, правно питање. Он чињенице већ унапред посматра т. р. кроз призму права и своју пажњу усредређује на правно релевантна својства чињенице и чињеничног стања у опште. Исследник ислеђује само околности које окривљенога могу да терете или да бране, а не и оне које су од стране тужиоца, окривљенога или сведока наведене а чије постојање или непостојање по његовом мишљењу, заснованом на познавању правних правила, немају никаквог утицаја на утврђење кривице или невиности окривљенога. Исто тако поступа и кад ради на утврђивању постојања или непостојања кривичног дела. Ко саслушава, на пример, сведоке усменог тестамента, ограничава исказе сведока само на правно релевантне чињенице (о душевном стању тестатора, времену изјаве, о присутности других сведока, о садржини изјаве, о месту изјаве — у циљу контроле исказа сведока).

4º Било да приступа испитивању и констатацији чињенице или да приступа изналажењу правног правила, под које ће констатовану чињеницу да подведе, ко примењује закон (и сваки други чиновник као и специјално судија), треба томе послу да приступи и да га обави са оном објективношћу са којом природњак испитује и класифицира објекте своје струке. Само тако ће суд бити у највише могућој мери објективан (или бар у највише могућој мери приближен објективности), а то је оно што је од увек и народ (не, разуме се, увек и непосредно заинтересовани појединци у конкретном спору) тражио од

¹ Dr. W. Walder. Landesgerichtsrat in Berlin. Grundlehre jeder Rechtsfindung. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. XXI. Band. Heft 1. S. 13. »Ако су чињенице погрешно констатоване (die Tatssachenermittlung falsch gelöst), одлука о праву је неизбежно погрешна, пошто ова зависи од оне. Како се бескрајно брижљиво, dakle, пре сваке одлуке о праву, мора извидети чињенично стање, да би се избегле погрешне одлуке.«

судије (»Ни по бабу ни по стричевима, већ по правди Бога исти нога«) и што од њега и данас захтева теорија заснована на потреби правне сигурности и отуда изведеном принципу поделе власти.

У колико је јасан, закон има да се примени такав какав је — *lex dura sed lex²*.

Законске празнице и њихово попуњавање.

1º У садашњици, у опште је признато, да су релативно и најпотпунији закони непотпуни, т. ј. да не садрже правила за сваки случај који се у људским односима може појавити а који треба правно расправити. Немогуће је, то је утврђено искуством са најпотпунијим законицима, да законодавац предвиди и у свим појединостима регулише сваким даном све компликованије случајеве у непрегледном шаренилу људских односа, који се налазе не у стању мировања него у току кретања и развијања. Немогуће је да се за сваки случај, који по својим својствима (особинама, природи) спада у области регулисане правом, има унапред спремљено и утврђено правило.

Кад се појави такав случај, каже се, да у закону, односно објективном праву, постоји *законска*, односно *правна празница*. Говорићемо о законским празникама, не правећи при том разлику између законске и правне празнице.

Поједини закони, у садашњици, ограничавају се на поједине области или врсте људских односа. Из питања о законским празникама треба искључити све оне односе који не спадају у област коју један закон (скуп извесне врсте законских прописа) регулише. За такве области може да не постоји закон, с тога што законодавац није сматрао за целисходно да их регулише (односи пријатељства, љубави, област морала у опште) или што још није стигао да то учини (још немамо, на пример, закон о аутортском праву, о ваздушном саобраћају), али се не може рећи, да у једном постојећем закону о тим односима, који не спадају у његову област, постоји законска празница. Тако, на пример, Казнени Законик нема за предмет регулисање питања о прибављању и губљењу права својине, а Грађански Законик нема за предмет расправу питања о томе ко се сматра за кривца и о кажњавању истог. Не може се рећи, да у њима о тим питањима постоје празнице. Исто тако, на пример, за закон о речном бродарству не може се рећи да има празнице о ваздухопловству, јер ваздухопловство и није предмет (област) закона о речном бродарству. О законским празникама говори се само онда када један закон нема прописа за оне односе (чињенице, случајеве, предмете) који спадају у област или врсту односа регулисаних тим законом. По § 532. Грађанског Законика, »Уговор је закључен кад једна страна што обећа, а друга то прими или се изјасни да прима«.

² M. P. Fabreguettes. La logique judiciaire et l'art de juger. Paris 1914. Р. 395. »Судија непрестано треба да има на уму, да је његова мисија да суди по закону, а не да суди закону или да ствара закон.«

Али уговор може бити закључен међу присутнима и међу отсутнима (преко писма, весника, депеше, телефона). Кад се закључује између отсутника, између понуде и пријема проћи ће извесно време. Питања: ког је тренутка уговор закључен, у коме је месту закључен, да ли је и докле понуђач везан за понуду а пријемник за пријем, какво дејство (утицај) има смрт или губитак пословне способности понуђача и пријемника, — то су законске празнице, јер закон не даје одговор на та питања, ма да му је закључење уговора предмет регулисања. Грађански Законик преобилан је еличним примерима. С тога што се по неким Грађанским Законицима под речи »ствар« разуме телесни предмет, под појам краје није се могло подвести недопуштене користољубиве одвођење туђе електричне струје, те је у Казненим Законицима у том погледу постојала законска празница, јер је користољубиво штећење другога предмета регулисања Казненог Законика.

Под законском празником има се, dakle, разумети оскудица изричног законског прописа у једном закону о односима (чињеницима, случајевима) који по својим својствима (по својој »природи«) спадају у ред или врсту, у област односа које тај закон регулише.¹

2º Кад се у једном закону појави празница, т. ј. кад наступи неки случај који би ваљало расправити а за који нема законског прописа, постављају се два питања:

a) да ли је примењивач закона (судија, чиновник) обавезан да расправи и такав случај, као кад би за исти у закону постојао пропис, или да расправу одбије с позивом на законску празницу;

b) ако је обавезан да га расправи, по ком ће га правилу расправити.

Казнени Законик и Грађански Законик имају о томе изричне прописе.

По казненом Законику (§ 2), нико не може бити осуђен за дело, за које, пре него је учињено, у законику није речено, да ће се и како ће се казнити онај који га је учинио (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*). Било да закон једно дело није огласио за кривично дело, било да је пропуштене да се за исто одреди казна, примењивач закона има то само да констатује и ништа више.

Напротив, Грађански Законик наређује (§ 10):

¹ Ernst Zitelmann. Lücke im Recht. Leipzig 1923.

Dr. Лазар Марковић. П. д. С. 38.—42.

Dr. Феодор Тарановски. Енциклопедија права. П. д. С. 250.—255.

François Gény. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Seconde édition. Paris 1919. За ово своје дело светског гласа Gény вели (Science et Technique. П. д. Première partie. Р. 10.): »Али сам још сигурнији, да сам ту изнео само неодређена (vagues), непотпуна, двосмислена, кадшто противречна решења, која, коначно, остављају недешифрирану есенцијелну реч загонетке.« (Виндшајд је, при крају свога рада, веровао једва у половину онога што стоји у његовим пандектама, а Јеринг је писао, да у јуриспруденцији има много нездравог, и да би, кад би још једном могао бирати свој позив, тешко постао правник, бар не романиста, а никако теоретичар. Видети Ernst Fuchs: Jhering und Freirechtsbewegung. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Band XII. Heft 1. S. 17. — Шта би тек рекли, на пример, лекари, кад би се тако искрено исповедали?)

»Ако би се случај какав на суду појавио, за који нарочитог прописа не би било, онда ће се исти по општим у овом законику постављеним основима, или опште познатом досадашњем обичају разумно и савесно решавати, никако не испуштајући из вида законске прописе за подобне случајеве.²

Законодавац је, dakле, и сам признао, да Грађански Законик може имати празнина, и сам је наредио, на који начин судија има да их попуни.

Судија прво има да констатује, да ли појављени случај (спор) спада у област односа које Грађански Законик регулише. Ту констатацију извршиће на основу упоређења предмета, материје, појављених односа са врстом односа које Грађански Законик регулише, па ако нађе да спадају у врсту тих односа, у ту правну област, али да нема изричног прописа под који би га могао подвести, онда је констатовао, установио законску празнину у погледу појављеног случаја.

Ако за тај случај постоји правило обичајног права, расправиће га по томе правилу, у колико оно не би било противно општим у Законику постављеним основима, т. ј. принципима или начелима (на пример начело слободе личности, слободе уговарања). Кад не постоји правило обичајног права, или кад постоји али је противно начелима Законника, случај ће се расправити по законском пропису за подобне, т. ј. врло сличне, приближно једнаке случајеве (*законска аналогија*) ; а ако нема прописа за подобне случајеве, судија ће законску празнину попунити правилом, које до следно изведе из начела Законника (правда, правичност, слобода личности, слобода уговарања у колико није противна моралу и јавном поретку, неограниченост права својине, одговорност за накнаду штете итд.), — то је тако звана *правна аналогија*.

На исти начин имају се попуњавати празнине и у другим законима, у колико они, као Казнени Законик, не искључују аналогију, или не садрже специјална наређења о попуњавању законских празнина. Такво законско правило, које би важило за све законе, истина не постоји, али се примена истога намеће двама фактима :

a) фактом постојања законских празнина, и

b) фактом изричног искључења аналогије само из Казненог Законика, које је диктовано бригом за заштиту личне слободе. Ово начело, озакоњено у Казненом Законику, спроводи се и по другим законима који садрже прописе о кажњавању, и ако

² Француски Грађански Законик од 1804. год. Code Civil, Art. 4. »Судија који одбије да суди под изговором празнице (*du silence*), нејасности или непотпуности закона, моћи ће бити прогоњен као повин одбијања правде.«

Аустријски Грађански Законик од 1811. год. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, § 7.: »Ако се неки правни случај не би могао пресудити ни по речима нити по природном смислу једнога закона, онда се треба обазрети на сличне, у законима јасно расправљене, случајеве и на основе других с њиме сродних закона. Остане ли правни случај и тада сумњив, онда га треба пресудити по начелима природног права с обзиром на брижљиво прикупљене и зрело расуђене околности« (Аустријски Грађански Законик. Превео Dr. Драгољуб Аранђеловић. Друго издање. Београд 1922.).

та они изрично не изражавају. То је с тога што разлог, који важи за искључење аналогије у Казненом Законику, важи и за друге законе у којима се говори о кажњавању, и што је Казнени Законик основни Законик о казни, па се од њега има да одступи само у колико би то у специјалним законима било изрично речено.

Кад је реч о попуњавању законских празнина, не губити из вида : да је ствар тумачења, да ли постоји законска празнина и, ако постоји, да ли је примењивач закона позван да је попуни. Исто тако не губити из вида : да се законска празнина, у колико има да се попуни, попуњава само за конкретан случај, и да правило, којим је попуњена, може постати, фактички, опште правило само силом понављања преседана (постојаном праксом власти које закон примењују).

3^o Традиционалном правилу, да изузетке треба строго тумачити (*exceptiones sunt strictae interpretationis*), т. ј. да не треба проширити оно правило које важи као изузетак од општег правила, да га не треба примењивати и на друге случајеве сем стриктно за случајеве за које је постављено (искључење законске аналогије изузетног правила), оспорава се његова општа важност. Налази се, да се законска празнина често баш и састоји у томе што је у закону пропуштено да се изузетним правилом обухвати и случај најсроднији ономе за који је изузетно правило постављено, и тада се то изузетно правило има проширити и на дати случај, коме више одговара изузетно но опште правило.³ Другим речима, конкретни случај, за који се констатује законска празнина а који је најсроднији случају за који је постављено изузетно правило, има се подвести под то изузетно а не под опште правило.

Шта се овде разуме под »општим« а шта под »изузетним« правилом, најлакше је објаснити примером. Тако »ограниченост права сопствености никад се не претпоставља« (§ 214. Г. З.), опште је правило. Њиме је изречена начелна — »општа« неограниченост права својине. Међутим правило, да »Закон ограничава право сопствености чије само у оном случају, кад други своје добро или сасвим или од чести употребити не би могао, на пример кад ко на своју њиву не може другојаче доћи, ако преко туђе не пређе, онда овај по закону мора путању преко своје њиве онеме допустити« (§ 341. Г. З.), изузетак је од првог правила. Исто тако »опште« је правило, да су умно здрави пунолетници способни за самостално вршење правних послова (прибављање права, вршење истих, узимање на се обавеза), »изузетно« је правило, да је пословна способност удатих жене ограничена, итд.

Код тумачења закона полази се од основне, посве схватљиве претпоставке, да законодавац поступа разумно, т. ј. да за исте случајеве има исту и за сродне случајеве сродну меру, и да би, према томе, појављени случај, да је на њега мислио, по закону логике и целисходности и он обухватио оним од законских прописа који највише одговара томе случају.

³ Ernst Zitelmann. Die Lücken im Recht. П. д. С. 21.

⁴ Кад је реч о попуњавању законских празнина (у приватном праву)⁴, у теорији се постављало и дуго дискутовало питање: да ли судија изналази правно правило, које већ постоји у закону, али које није изрично изражено («везаност судије за закон, за законодавчеву вољу, „затвореност“ или „закљученост“ — Geschlossenheit — права»), или изналази правно правило изван закона, у самом животу, у принципима и циљевима друштвеног живота («невезано право», «слободно право», «школа слободног права»). Прво учење, о изналажењу законодавчеве воље у сваком случају, било да се ради о тумачењу нејасних законских прописа или о попуњавању законских празнина, назвато је традиционалним (*традиционална интерпретација*), друго социолошким (*социолошка интерпретација*).

Код факта, да су до расправе долазили и судски расправљани не само такви случајеви на које законодавац при стварању закона није мислио, јер их у противном не би ни оставио нерегулисане, него и такви на које законодавац није ни могао мислити ни о њима имати своју вољу, јер су се нови односи развили или постојећи изменили после доношења закона, — јасно је: да је изналажење «законодавчеве воље» у таквим случајевима само једна фикција, као што је фикција и тврђење, да је правно правило, по коме је такав случај први пут расправљен, већ постојало, па да га је судија само констатовао, нашао већ готово а не и створио.⁵ Фикција изналажења законодавчеве воље у таквим случајевима само је заклањање судије за законодавца, импутирање судијине воље законодавцу.⁶

⁴ Ernst Zitelmann. Die Lücken im Recht. П. д. S. 29. »Попуњавање правних празнина у области тако званог приватног права чини један од највећих, најтежих и најважнијих задатака целокупне правне науке.«

⁵ Ernest Zitelmann. Die Lücken im Recht. П. д. S. 25. »Ствара ли судија кад тако аналогијом или на други неки начин ново правило нађе, изнађе и на свој начин примени, тиме заиста ново правило. То се често каже, али је нетачно... Делатност судије почива на *представи* (Vorstellung), да је од њега применено правило већ и право.«

Dr. Theodor Sternberg. П. д. II. S. 15. »Највећи део постојеће правне литературе је научно без вредности, јер се не бави, у првом реду, изналажењем и израдом нових мисли, које регулишу живот и могу послужити за будуће одлуке, него се бави (као главним задатком) тиме да покаже нове употребљиве одлуке као вољу законодавца, који на њих (такве одлуке) није мислио, или се такође треба да покаже, да само неупотребљива (рђава) одлука одговара вољи законодавца.«

Dr. Oskar Bülow. Gesetz und Richteramt. П. д. S. 48. »Не закон, него закон, и судија стварају народу његово право.«

⁶ Слободан Јовановић. Влада Милоша Обреновића. Београд 1926. С. 25. »У свом националистичком одушевљењу, либерали су сматрали народне песме као свете књиге, у којима се крије велика мудрост. Одатле су они, путем тумачења, изводили читав политички систем. Као што се обично дешава тумачима, они су, у свом тексту, налазили оно што су сами ту метнули.«

Живојин М. Переић. О школама у праву. Београд, 1921. Издавачка књижарница Гене Коне, С. 33, 34. »Као што је лако увидети, у обема интерпретационим школама, судија, код примене непотпуних законских прописа, поставља, у самој ствари, нове законске норме, у *суштини*, дакле, између тих двеју школа нема разлике. Разлика је између њих чисто спољашња, т. ј. формална: док, по једној школи, судија везује ту одлуку за закон, налазећи им у овоме извору и подлоге, дотле, у другој школи, судија изводи своје одлуке из самога

Покрет за слободно право (Freirechtsbewegung), за право изван закона, за право независно од законодавчеве воље, нарочито је био активан међу немачким правницима. Али »сви напори који се чине, сви нагомилани радови, све расправе немачких правника о овој теми нису довеле до једне синтезе, која би бар била вредна формуле, тако просте и у исто време тако пуне чл. 1. Швајцарског Грађанског Законика.«⁷ Овај, поред законског, признаје, субсидиарно, обичајно право, и овлашћује судију да, у оскудици законског прописа и правила обичајног права, суди по правилима која би он сам поставио кад би био законодавац, при чему има да се инспирише освещтаним решењима доктрине и судске праксе.

Тако швајцарско законодавство отворено (изрично) признаје судији ону улогу у стварању права, коју је судија стварно од увек имао⁸, а коју је често вршио под привидним изналажењем «законодавчеве воље». На тај начин не обилази се истина, а и судија и народ постају свеснији и достојанства и моралне одговорности судије⁹.

живота и животних прилика, живот и прилике детерминисане општим развићем (еволуцијом) друштва. Другим речима, и у првој и у другој школи, и ако је норма на којој судија, у случају законодавних празнина, оснива своје одлуке његова, судијина *творештина*, судија сматра ипак за нужно да то престави не као *своје дело* већ као дело некога или нечега *шигега*, т. ј. као дело законодавчево (права школа) resp. као дело друштвенога развића (друга школа).«

⁷ François Gény. Méthode d'interprétation. П. д. II. Р. 401.

Julius Ofner. П. д. S. 53. »Судија треба да примени (ausführen) закон. Али како кад закон има празнина или је нејасан, а такви су скоро сви закони. Ако су настали нови односи, које закон не обухвата, или ако су се постојећи односи битно изменили?... Аутократи — Византинци исто тако као још и Фридрих II. и Јосиф II. — тражили су да се у таквом случају за одговор обрати владаоцу; али је овај захтев увек понова морао бити напуштен као неизводљив. Схватање нашег времена нашло је израза у чл. 1. Швајцарског Грађанског Законика...«

»У суштини исто тако је већ наредио Општи Грађански Законик (аустрички од 1811. год.), кад је у § 7. судију упутио на »природна правна правила«. Томе Цајлерово објашњење (Прот. I. С. 6.): »Остаће безуспешно (scheitern) свако законодавство, ако себи постави за циљ да судије преобрati у машине које изричу право; законодавац мора судији допустити, да се постепено врати истом праизвору, од кога је и он сам пошао при постављању закона.«

Josef Kohler. Ein juristischer Kulturmampf. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Band VI. Heft 2. S. 278. »Цео ток времена Фридриха II. ишао је за тим да од судије направи подофицира, који мора радити по његовом наређењу... Сад се зна, да закон није право, него се право образује сарадњом закона, науке и судске праксе.«

Примере из законодавства, да се судија на случај нејасности или непотпуности закона има обратити законодавцу, видети код Felix Somló, П. д. С. 385. Anm. 1.). —

Јустинијан, Фридрих II., Јосиф II. руководили су се истом мишљу као и Мојсије (Књига V. Гл. 4.): »Ништа не додајте речи коју вам ја заповедам, нити одузмите од ње, да бисте сачували заповести Господа Бога својега које вам ја заповедам.« То је догма и догматизам.

⁸ Reichsgerichtsrat Dr. Düringer. Deutsche Richterzeitung. 15. Juni 1910 »Ма како се теориски мислило о најбољој правној методици и изналажењу права, било да се верује у социолошку методу или да се мисли, да је она у сва времена била природни начин мишљења свих незаинтересованих и просвећених правника, било да се више наглашава везаност судије за закон, у интересу правне сигурности и правног јединства, или да се тражи што више слободе за оцену од стране судије, ради прилагођавања закона особеностима појединачног случаја —

5º Сва разлика између законодавца и судије, по чл. 1. Швајцарског Грађанског Законика, у томе је, што законодавац поставља опште а судија индивидуално правило, т. ј. само за конкретан случај, који је позван да расправи. То индивидуално правило не обvezује, за у будуће, ни самог судију који га је поставил и по њему расправио један конкретан случај. Али он има да га постави као кад би био законодавац. Као такав он би имао да постави опште правило. Тиме, дакле, треба и сам да се руководи и да то индивидуално правило постави као кад би постављао опште правило, као кад би био дужан да и у будуће истоветне случајеве расправи по истом том правилу и као кад би се то правило имало да примени и на њега, ако би се он нашао у случају какав је расправљен његовим индивидуалним правилом. Укратко, индивидуално правило треба поставити тако као кад би се постављало једно опште правно правило. То је исти постулат који је изражен и Кантовим категоричким императивом: поступај по правилу за које би желeo да постане општи закон. А нормалан човек може желети да постане општи закон, да се примењује и на њега, да важи за све, за целину, оно правило које, примењено и на њега самог, сматра за добро, корисно, праведно.

Субјективно право. Правни односи. Апсолутна и релативна субјективна права. Правне и противправне радње. Правне чињенице и правни послови.

1º Субјективно право јесте (назива се) објективним правом призната (дата) власт (овлашћење, моћ) да се што чини или не чини. Оно је правна власт, т. ј. власт која се има на основу објективног права.

Власт (моћ, могућност), која се има по самој природи, независно и без обзира на правна правила, јесте *фактичка власт*.

У конкретном случају правна и фактичка власт могу бити исто времене, могу се поклапати, али се могу и разилазити, може се имати једна а немати друга. Човек може истовремено имати једну ствар и у правној и у фактичкој власти (сопственик једне ствари има је у својим рукама, у својој кући, на својој земљи, може, кад хоће, да њоме фактички располаже: да је употреби, потроши, уништи), или је може имати само у правној или само у фактичкој власти (сопственик који је своју покретну стварзаложио има је у правној, али не и у фактичкој власти; сопственик, коме је ствар украдена, има је у правној, крадљивац, или онај коме ју је он предао, има је у

ујек ће квалитет судије бити оно у чему се мора тражити и наћи најбоља и најсигурнија гаранција за здраво правосуђе».

Dr. Живан Спасојевић. О јуриспруденцији. Архив од 25. јула 1912. год. С. 393. »И ма колико далеко ишли у идејама, тражећи начина да схватимо право као једну целину, и да га третирамо на један објективан начин, све то ипак има да се сведе на практичне резултате, где улога судије има на првом месту да се ценi.«

* Dr. Чед. Марковић. Поштење и морал у праву. Архив од 25. јан. 1922. С. 459.

фактичкој власти; сопственик, који је ствар изгубио, има је у правној, налазач у фактичкој власти); орган власти може имати и правну и фактичку власт (моћ) да једно лице лиши слободе, али може имати правну а не фактичку власт (јер се кривац неће да повинује позиву органа и јачи је од њега) и обратно.

Правна власт је правна допуштеност, правно овлашћење, правна моћ — субјективно право, апстракција; фактичка власт је нешто материјално.

2º Субјективном праву или правној власти једнога одговора *правна дужност* (обавеза) другога или других. Допуштеност једноме да што чини или не чини има вредности само онда кад је другима забрањено да чине или не чине оно што је противно допуштености првога. Наређење или забрана, да се чини или не чини оно што би сметало искоришћењу (остварењу, употреби) допуштености, јесте правна дужност или правна обавеза оних којима је наређено односно забрањено.

За лица, која једна према другима имају правну власт односно правну дужност, од којих су једна правно власна а друга правно дужна да што чине или не чине, кажемо да међу собом стоје у *правном односу*. Правни однос је правна веза (замишљена, апстрактна веза, спона) између два или више лица, од којих једна према другима имају правну власт односно правну дужност да што чине или не чине.

Правни однос претпоставља најмање два лица, јер сарадње и утакмице (међу људима), онога што објективно право регулише, не може, према самим појмовима речи »сарадња« и »утакмица«, бити са самим собом. Сарадња и утакмица без обзира на право чини *фактичке односе* међу људима. То су односи животијског света, чији је члан, разуме се, и *homo sapiens*.

3º Према томе да ли субјективном праву (правној власти) једног лица одговара правна дужност *свих осталих* или само једног или *више одређених лица*, субјективно је право или *апсолутно* (управљено против свих, неодређених) или *релативно* (управљено против једног или више одређених лица).

Тако, на пример, праву сопственика једне ствари одговара правна дужност свих осталих људи, да се уздрже од сваког противправног утицања на ствар предмет својине; праву на слободу, неповредност тела и части сваког члана заједнице (па и странца) одговара правна дужност свих осталих да се уздрже од сваког противправног напада; бирачком праву грађанина одговара правна дужност свих осталих, да му не сметају у врешењу истога. То су (и сва остала таква) апсолутна субјективна права. Ако које од тих права буде противправно повређено од стране ма кога (ствар одузета или оштећена, човек лишен слободе, телесно повређен, оклеветан, спречен да изађе на биралиште), ималац права (субјект, носилац, титулар права, овлашћеник) имаће сада право на репарацију (успостављање ранијег стања, накнаду штете, казну) само према повредиоцу (односно према онима који и у колико одговарају за повредиоца), а не и према осталима. Исто тако, ко је другоме дао на зајам извесну суму новца или на послугу извесну ствар, право на повраћај исте има само

према зајмопримцу, послугопримцу (односно њиховим наследницима). То су (и остала таква) релативна субјективна права односно релативне субјективне дужности: правни односи само између два или више одређених лица.

4º На питање, да ли између два лица постоји неки правни однос, добијамо одговор кад испитамо: да ли једно има правну власт да од другога захтева да му што чини или не чини, и да ли је то друго обавезно да првоме што чини или не чини.

Између човека и ствари не може постојати правни однос, јер објективно право, према датој дефиницији, регулише људске односе, а субјективно право има се на основу објективног права, чији је предмет сарадња и утакмица међу људима. И онда кад се код права својине (и других »стварних права« или права на стварима) говори о »правном односу« сопственика према ствари, ваља имати у виду, да се ту у истини ради о односу сопственика према несопственицима, према свима другима, а не о односу сопственика према ствари.¹

4º Човек чини или не чини оно што му је корисно или што сматра за корисно, чини нешто чиме задовољава неку своју потребу, која може бити материјална (физичка), или нематеријална (морална, осећајна, духовна). Ако субјективно право посматрамо са те стране, са стране корисности која се има од допуштености радње или нерадње, можемо рећи: субјективно право је објективним правом признат и заштићен материјални или морални интерес, или: субјективно право је објективним правом признато и обезбеђено учешће у животним добрима.²

У најширем смислу, субјективно право јесте (*назива се*):

- a)* призната слобода — да се што чини или не чини и
- b)* дата моћ (могућност) — да се организованом снагом заједнице савладају људске сметње употреби те слободе, правне слободе, и да се већ учмињене повреде те слободе поправе, у колико је то материјално или морално могуће.

Призната слобода без заштите била би илузорна. Субјективно право је власт или моћ, благодарећи заштити, коју има у објективном праву, и с тога је субјективно право исто што и правна власт, правна сила: на позив имаоца права ставиће се у покрет организована физичка сила, којом заједница располаже, да се отклони сметња коју други чине употреби субјективног права или да се, у колико је физички или морално могуће, поправи штета, која је услед непочтовања субјективног права наступила.

6º У чему се све састоје субјективна права и које су и какве све правнедужности, ствар је конкретног правног поретка. На пример, тамо где просјачење није забрањено, обратити се другоме за милостију несумњиво је право просјака, његово субјективно право, или право коме не одговара никаква друга обавеза до обавезе свих

¹ Marcel Planiol. II. d. Septième édition. II. Préface.

Leonard Nelson. System. II. d. S. 17.

² Видети цитате у поменутој расправи: Dr. Чед. Марковић, Дигиева правна теорија. С. 6—8.

да му у томе не сметају; војник у строју или на стражи нема право да седи; ко није официр нема право да носи официрску униформу. У историји права познате су уредбе (правна правила) о врстама и количинама хране, о ношњи и т. д.³ Има се »право«, т. ј. допуштено је узимати одређену врсту и количину хране, носити прописано одело; нема се »право« на другу храну, на другу ношњу и т. д.

Субјективно право јесте све оно што је коме допуштено објективним правом. Како је непрегледна мношка људских радњи у сарадњи и утакмици, па, према томе и субјективних права, нека од њих, она око којих се концентришу и ради којих су, у главном, сва остала, добила су, у правној терминологији, своје нарочите називе, као, на пример, лична, породична, имовинска, наследна, грађанска, политичка права.

Из тога што извесна субјективна права имају, у правној терминологији, своје посебне називе, не треба изводити да и свака допуштеност за се није субјективно право. С тога, на пример, што из права на слободу излази да се човек може кретати или не кретати, говорити или не говорити, не излази да и једно конкретно седети или говорити није субјективно право, јер, ма да је слободан, војник у строју нема право да седне ни да говори, као што ни студент на предавању нема право не само да пева него ни да се разговара са својим колегом. Укратко, *све што коме може бити правно забрањено а што му је правно допуштено, све је то његово субјективно право*.

Поједина субјективна права добила су своје специјалне називе ради разликовања једних од других, добила су их у правној терминологији — ради систематисања, ради прегледности, али то не значи да она испрљају сва субјективна права, све допуштености, сва овлашћења.

7º Вршити субјективно право значи чинити или не чинити оно што је објективним правом допуштено, чинити оно на што се има овлашћење од објективног права, оно што чини садржину субјективног права; вршити правну дужност значи чинити оно што је објективним правом наређено или не чинити оно што је објективним правом забрањено.

Објективним правом допуштена или наређена радња (односно не-радња) јесте *правна радња*, т. ј. радња која одговара, која је саобразна објективном праву; објективним правом забрањена, недопуштена радња јесте *противправна радња*, т. ј. радња противна објективном праву. Исто су то правна и противправна радња и са гледишта субјективног права, које се и само има на основу објективног права, те се може рећи у опште: правна је радња она која је саобразна праву, противправна она која је противна праву.

8º Има случајева у којима се једна радња појављује и као вршење права и као вршење дужности, према томе да ли се посматра

³ Слободан Јовановић. Уставобранитељи (1838—1858). Друго допуњено издање. Београд 1925. »Кад педесетих година неки чиновници покушавају пустити браду, Кнез им то забрањује: чиновник мора бити чисто обријан. Његова брада исто је тако предмет службене уредбе као и његово одело.« — Реформе Петра Великог у Русији, и т. д.

са гледишта права или са гледишта правне дужности. Тако, на пример, отац има и право и дужност да заступа своје малолетно дете — то је заступање истовремено и вршење права и вршење правне дужности; професор има и право и дужност да предаје, судија да суди; сопственик једног земљишта има право да га обради, да на њему подигне грађевину, али му то објективним правом може бити стављено и у дужност — правну дужност; грађанин има право да гласа (активно бирачко право), али му то може бити и правна дужност.

У колико се, у таквим и сличним случајевима, једна одређена радња појављује као вршење права, поступа противправно ко смета вршењу те радње; у колико се појављује као вршење дужности, поступа противправно ко пропусти да је изврши: студенти би поступили противправно кад би ме спречили да одржим распоредом одређена предавања, ја бих поступио противправно кад их без оправдања не бих држао.

Овде је доста да се на такве случајеве скрене пажња с напоменом, да је то редован положај јавних службеника (функционера). Они су и овлашћени и обавезни на вршење извесних јавних функција, али је ту овлашћење у интересу функције, у интересу правне дужности, а не првенствено у интересу чиновника, како то у ери ослабилог осећаја дужности и олабавиле дисциплине понеки од њих замишљају и — практикују.

⁹⁰ Као што из искуства знамо, људски се односи заснивају (постају, настају), мењају и престају (гасе). То бива на основу извесних чињеница, факата. Чињеницом или фактом називамо све оно што постоји или бива, што јесте или што се догађа: људске радње, природни догађаји, протек времена (за нашу преставу); разна стања људи и ствари.

Оне чињенице за које објективно право везује поstanak, промену или престанак неког субјективног права (правног односа, који се састоји из једног конкретног овлашћења и одговарајуће му дужности) називамо *правним чињеницама*.

На питање, које су све чињенице правне чињенице, може се одговорити само на основу једног конкретног правног поретка. Увек су то извесне људске радње (правни послови, кривична дела), извесни природни догађаји (рођење, смрт, одвајање плода, пропаст једне ствари), а могу бити и протек времена (застарелост потраживања, застарелост кривичног прогона) и извесна стања људи (брачност детета, држављанство).

¹⁰⁰ Рекли смо, да су све људске радње правне или противправне, према томе да ли су саобразне или противне објективном праву.

То је деоба са гледишта допуштености или недопуштености радње објективним правом.

Са гледишта правног дејства (правних последица) радњи, све противправне радње су правне чињенице: оне утичу на поstanak, промену или престанак права, за њих објективно право везује неко право дејство (право на казну, на накнаду штете, на репарацију).

Друкчије, са овог гледишта, стоји са правним радњама. Од њих су правне чињенице само оне за које објективно право везује неко правно дејство: поstanak, одржање (опоменом дужника, подизањем тужбе, извршењем неке службене радње), промену или престанак неког субјективног права. Све остале објективним правом допуштене радње, које немају тога дејства, и ако се појављују као вршење права (разговарати се, шетати, јести, спавати, обрађивати земљу, подизати грађевину својом грађом на своме земљишту, учити и. т. д.), правно су ирелевантне, индиферентне — за њих објективно право не везује никакво правно дејство, никакве правне последице, оне су без утицаја на поstanak, трајање, промену и престанак правних односа. С тога се ове радње, и ако правне са гледишта допуштености од стране објективног права, не убрају у правне радње, кад се ове узимају у смислу правних чињеница.

Према томе, док су, са гледишта допуштености или недопуштености од стране објективног права, све људске радње или правне или противправне, са гледишта правног дејства све су људске радње или правно индиферентне или правне чињенице.

¹¹⁰ Правна радња као правна чињеница назива се још и *правни посао*. По опште усвојеној дефиницији, правни посао је изјава воље (дакле радња) учињена у циљу да се заснује, измени или угаси неки правни однос. Како заснивање, измена или гашење неког правног односа не зависи толико од циља у коме је изјава учињена колико од тога да објективно право везује извесна правна дејства за одређене, њиме допуштене радње, била би, изгледа ми, тачнија дефиниција: правни посао је објективним правом допуштена радња којом се заснива, мења или гаси неки правни однос. Да би, по овој дефиницији (као и по првој) објективним правом допуштена радња била правни посао, није нужно да је њоме заснован, изменењен или угашен неки правни однос, него само да је таква каквом се према објективном праву то чини, за какву објективно право везује то дејство. Ово, правно дејство, може и не наступити, ако је изостао који од осталих услова који се објективним правом захтевају. Тако, на пример, писање тестамента је правни посао, и ако тестаменат није имао никакво правно дејство (тестатор није имао пословну способност, нису испуњене формалности прописане за важење тестамента, тестатор је тестамент опозвао, наименовани наследник није преживео тестатора или се није примио наслеђа).

Против уобичајне дефиниције могу се истаћи два приговора (две примедбе). И кривично дело може бити учињено у циљу да се заснује правни однос, али то кривично дело нико неће назвати правним послом. Пример, да неко учини неки иступ, да би био лишен слободе и тако за време зимских дана имао кров над главом и бар апсански хлеб место никаквог, или да би бесплатно, као прогнаник, био враћен у своју земљу, опште је познат. У намери, да покренем Алексу да ме тужи, како бих на суду доказао да је извршио неке недопуштене радње, могу јавно тврдити, да је извршио те радње, а тиме ћу бити одговоран, докле се не оправдам, за кривично дело

клевете.⁴ С друге стране, узалудна је, без икаквог је правног дејства изјава учињена у циљу да се заснује, измени или угаси неки правни однос, ако објективно право не везује правно дејство за ту изјаву.

И ако су правна радња у смислу правне чињенице и правни посао у главном једно исто, ипак између њих може постојати у неким случајевима и извесна разлика, отприлике исто тако као између радње, схваћене појединачно, и посла, као скупа или резултата, дела, производа извесних радњи. Да се неки уговор закључи, потребно је да једно лице учини понуду и да понуђени понуду прими. Понуда и пријем су правне радње, обе заједно, њихов резултат, уговор — јесте правни посао. Тамо где се посао састоји од једне једине радње, они су, радња и посао, једно исто. Узимање начије ствари са вољом да се држи као своја јесте истовремено и правна радња и правни посао; писање тестамента је и правна радња и правни посао.

О правним пословима говори се нарочито у области приватног права, где је вољи појединача остављено широко поље за заснивање, измену и гашење правних односа (*автономија воље*), и отуда је и потекла уобичајена дефиниција правног посла, јер се правни односи међу појединцима претежно и заснивају, мењају и гасе у том циљу изјављеном вољом, разуме се — у границама објективног права.

Кад је за заснивање, промену или престанак неког правног односа потребна сагласност изјаве воље двају или више лица, правни посао зове се *уговор* (споразум, конвенција). Ствари и услуге других људи не могу правно имати без њиховог пристанка. Да их добијем, треба да они на то пристану — да »уговоримо«, закључимо или направимо уговор (куповине, зајма, службе и т. д.).

Субјект права и објект права.

1. Објективно право регулише сарадњу и утакмицу међу људима.

Према томе јасно је, да су *објект* (предмет) *објективног права људске радње* — сарадња и утакмица.

2. Кад се говори о субјекту објективног права, може се имати троје у виду:

a) онај или оно од кога или од чега потичу правна правила, творац правних правила;

b) онај чије радње правна правила регулишу;

c) онај коме су правна правила, као заповести, упућена.

⁴ Dr. Alfred Karger. Ursachen des Verfalles der Rechtsachtung und Wege ihrer Stärkung. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. XXI. Band. Heft 1. S. 54. »Стар, за рад неспособан човек разбије зими прозор. Радо пусти да се затвори. Претуроје злу зиму... За време рата, понеки отац породице стражава је за издржавање своје породице од стране државе на случај своје смрти. Спасао је живот извршењем неког кривичног дела, инфекцијом и т. д. Зар сада многа ратна удовица и ратно сироче неће са горчином на то помишњати, како би им много патње било уштећено, да је и њихов хранилац исто учинио.«

У сва три случаја, *субјект објективног права је људско биће*.

Они од којих (односно од чега) потичу правна правила већ су назвати унутарњим изворима права (законодавац, судија, — људско друштво као израз за неограничен број људских бића међу којима постоји извесна заједница).

Са гледишта регулисања људских радњи сва су људска бића субјекти објективног права, јер ово регулише радње свих људских бића, без обзира на њихову физичку и духовну способност и без обзира на њихов друштвени положај: и мало дете подлежи родитељској дисциплини; као што злочинац може бити лишен слободе држањем у затвору, и малоумник може бити затворен у болницу за душевне болести; и дете и малоумник могу бити осуђени да накнаде штету коју су другом причинили својим радњама. Истина је, да та њихова одговорност није онаква и онолико као одговорност одраслих и умно здравих, али је непобитно, да објективно право регулише и њихову сарадњу и утакмицу. Њихова егзистенција заштићена је њих ради, као што је и егзистенција одраслих и умно здравих заштићена од њих.

Са гледишта заповести, т. ј. са гледишта оних којима је заповест упућена, субјекти објективног права јесу само она људска бића, која се и у колико се сматрају за способна да заповести схвате и да им се саобразе.¹

3^o Субјекти субјективног права су *сва људска бића*. И малој деци и малоумницима допуштено је (ма да они тога не морају бити свесни) да што чине или не чине, и њима је признато право на живот, и они могу имати права и обавеза, материјалних и моралних интереса. На њихово својство субјекта права — имаоца или носиоца права и обавеза, без утицаја је, да ли они лично врше сва та права и обавезују се, или то за њих и у њихово име чине други, њихови законски заступници.

Способност, имати права и обавеза, назвата је *правна способност*, а способност самостално вршити права и обавезивати се — *пословна способност*.

О правној и о пословној способности говори се у области приватног права. У области кривичног права говори се о способности за урачунљивост (*Zurechnungsfähigkeit*) или просто о урачунљивости. Урачунљиво је свако људско биће, које се и у колико се држи (сматра) да је свесно последица својих радњи.

Субјектима права називају се и извесне људске организације (држава, општина, разна друштва и удружења и т. д.) и установе (универзитети, задужбине и т. д.), којима објективно право признаје (даје) способност да могу имати својих самосталних имовинских права и обавеза, да као и појединци могу стајати у имовинско правним односима. У ствари, имовинско правни односи таквих субјеката јесу људски односи, њихови интереси и циљеви јесу интереси и циљеви људи, који своје потребе и друштвене потребе задовољава-

¹ Léon Diguit у свом поменутом делу спори, да су деца и малоумници субјекти објективног права. Видети Dr. Чед. Марковић: Дигијева правна теорија.

вају не само појединачним него и на разне начине удруженим радом и капиталом.

У правној терминологији, субјект права (субјективног) има и један други назив: *лице*.

Док се у обичном говору лицем назива само људско биће, у правној терминологији изрази »субјект права« и »лице« су синоними, означавају једно исто: све оно што може имати права и обавеза, а то су, у данашњици, сва људска бића и, сем њих, све оне људске организације и установе којима ту способност (правну способност, правну могућност) признаје (даје) објективно право.

Да би се знало, на коју се врсту од тих правних субјеката мисли, кад се каже »лице«, људска бића као субјекти права назвата су *физичка лица*, а људске творевине (организације и установе) као субјекти права назвate су *правна лица* (морална лица).

Субјект права или физичко лице постаје људско биће рођењем (одвајањем животног детета од материне утробе); људска творевина (организација, установа, задужбина) постаје субјект права или правно лице у тренутку кад су испуњени услови (погодбе, захтеви) који су објективним правом за то предвиђени (одређени, прописани). Физичко лице престаје (нестаје) у тренутку своје смрти, правно лице престаје у тренутку у коме наступе услови предвиђени објективним правом за престанак правног лица. Само држава, као правно лице, постаје, слично физичком лицу, фактом свога постанка, и престаје фактом свога престанка.

Правна лица могу бити *јавна* или *приватна*, према томе да ли спадају у област јавног или приватног права (т. ј. према томе да ли су правна правила о њима из области јавног или приватног права).

4º Субјективно право је допуштеност да се што чини или не чини.

Ако је допуштена радња прелазна (у смислу прелазних глагола), *објект субјективног права* је објект радње. У том смислу, објект субјективног права су не само ствари (и животиње, и нека субјективна права), него и људске радње, умни производи (»авторска права«), па и сама људска бића: сопственик има право да распољаже својом ствари (да је употреби, потроши, брани, напусти, отуђи); поверилац има право да од дужника захтева неку радњу (давање, чињење, нечињење); отац има право да васпитно казни своје дете; нападнути има право да одбије противправног нападача; држава има право да казни извршиоца кривичног дела (да га лиши слободе, да га, тамо где постоји смртна казна, лиши живота: стреља, обеси, гилотинира). Објект права су и природне силе, у колико човек може њима да влада (»лековите воде и врела и природне снаге својина су државе« — чл. 117. Устава).

Ако допуштена радња није прелазна, може се говорити о *садржини субјективног права* или не и о објекту субјективног права, или може се говорити и о објекту, но само тако ако се реч објект употреби у смислу садржине: оно што је допуштено. Кад се каже,

имам право да се шетам, да путујем, да присуствујем неком збору, ту је немогуће наћи објект, јер га нема.

Свако субјективно право нема, дакле, и свој објект или предмет, али свако субјективно право има своју садржину: оно што је допуштено — допуштене радње или нерадње.²

5. Једно исто људско биће може истовремено бити и субјект и објект извесних субјективних права (која истичу из слободе личности или која се обухватају појмом слободе личности). Имам право да се шишам, да бријем или не бријем браду и бркове, имам право да се осакатим (ако тиме не избегавам војну обавезу) и т. д.

Субјективно право може се, дакле, имати и према самом себи, но, разуме се, у том смислу: да је другима забрањено да субјект права спречавају у ономе што му је допуштено да чини или не чини према самом себи, и тако је то субјективно право према самом себи у ствари право према другима, право коме одговара општа негативна обавеза свих других — да имаоца права не узнемирују и не спречавају у вршењу истога.

Правно стање, правни положај или правна ситуација.

О правном стању, правном положају или правној ситуацији једног лица говори се, кад се стање, положај или ситуација једног лица посматра са гледишта одређених правних правила; другим

² Ernst Rudolf Bierling. Juristische Prinzipienlehre. П. д. Erster Band. S. 239. »Уичној правној терминологији, под правним објектом или објектом правног односа разуме се оно на што се правно одређено, дужносно држање односи. У том обичном смислу, правним објектом може постати све, на што се разумно може односити радња или нерадња једног човека: не само лица и ствари свих врста са својим особеним својствима и састојцима, него и делатности и духовни производи, нарочито правне радње, правне норме и сами правни односи.

»У најстрожем логичком смислу речи, под »објектом« разумемо све оно, али и само то, на што се управља извесна делатност неког одређеног субјекта. Само је природна консеквенца тога схватања, да општа философска терминологија као објект означава у опште сваки предмет наше преставе, дакле све оно што замишљамо (о чему имамо преставу), наспрот нама самима као субјектима који престављају (замишљају); јер наша делатност престављања (замишљања) оно је од чега на крају може поћи свака философија.«

N. M. Korkočov. П. д. Р. 238, 239. »Објект права може бити све што служи као средство за реализацију правом разграниченih интереса. Сви наши интереси реалишу се помоћу неке силе; с тога се у опште може рећи, да су снаге (forces) објекти права...«

»Разликују се четири категорије објеката: 1. личне снаге субјекта; 2. снаге природе; 3. снаге других људских бића; 4. социјалне снаге.«

Dr. Феодор Тарановски. Енциклопедија. П. д. С. 157. »Разликовали smo двојак циљ у праву: обезбеђење слободе и обезбеђење интереса. Двојаком циљу одговора и двоструку карактер правног објекта: објект првог реда је објект слободе, објект другог реда је објект интереса. У самој ствари, различне комбинације чињења, нечињења и триљења, у којима се састоји правни објекат првог реда, одређују границу за индивидуалну слободу, а ствари, нематеријална добра и људска делаша, која сачињавају правни објекат другога реда, служе за подмиривање наших интереса.« — Извршење смртне казне очито демантује тврђење Г. Dr. Тарановског, да »Личност као целина не може да буде правни објекат, откад више не постоји ропство.«

речима, о њима се говори кад се питамо, да ли и како правна правила регулишу једно одређено стање или један одређен положај једног лица: да ли му допуштају, наређују или забрањују да што чини или не чини.

Римљани су истицали нарочито три стања лица, са гледишта држављанства, слободе, припадништва једној кућној заједници (*status civitatis, libertatis, familiae*). Међутим, стања или положаји једног лица могу се посматрати и са других гледишта. Тако, ми данас говоримо о правном положају држављанина, странца, осуђеника, малолетника, пунолетника, ванбрачне матере, ванбрачног детета, трговца, земљорадника, чиновника, радника и т. д., и тада мислимо на то, каква права и какве правне дужности имају лица која се налазе у тим положајима, каква права и какве правне дужности наступају за једно лице самим тим што дође у један одређен положај или једно одређено стање.

Правно стање (правни положај, правна ситуација) јесте, dakле, стање (положај, ситуација) једног лица у колико је (стање) регулисано објективним правом (разуме се, с обзиром на сарадњу и утакмицу међу људима), и ништа више и ништа одређеније.¹

САДРЖАЈ

I ДЕО

ПРЕТХОДНИ И ОСНОВНИ ПОМЛОВИ

(Појам права и фактори права)

	Страна
Људски односи	5
Људска заједница. Држава	6
Друштвена правила	8
Постанак друштвених правила у опште	10
Право	11
Позитивно право	13
Објективно право и субјективно право	13
Разлика и сличност између правних и моралних правила	14
Правно и морално уверење	21
Заједничка дефиниција за објективно и субјективно право	25
Позитивно право и сила	26
Природно право	32
Фактори (чиниоци) права	45
Идеалан друштвени поредак, идеално право	50
Правда, правичност, правни осећај, правно уверење, правна свест	56
Целисходност	63
Једнакост и неједнакост	65
Слобода	66
Солидарност или међувависност	67
Морал	69
Циљ човека и људске заједнице	76
Политика	88

II ДЕО

ПРАВНА НАУКА И ПРАВНА ТЕХНИКА

Појам правне науке и правне технике	90
Правни појмови	95
Подела објективног права	99
Извори права	106

¹ Julien Bonnecase. *Introduction*. П. д. Р. 33. »Израз правна ситуација, који дуго време није био у честој употреби, данас се употребљаваје сваког тренутка, или кадшто у неодређеном смислу или још у врло различним значењима.«

Dr. Josef Kohler. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Erster Band. Erster Halbband. П. д. S. 152. »Но правни поредак не познаје само субјективна права, него и правне положаје (Rechtslagen). То се је дуго губило из вида, дуго се време чинила разлика само између не-права (Nicht-Recht) и субјективног права. Али између обојих постоје правни положаји различног степена и различног реда. Под правним положајем разуме се однос (eine Beziehung) правног субјекта према животним добрима опште и посебно, који (однос) може бити од значаја за постаник или развијање субјективних права. Јер правни поредак се не јавља тек онда, кад се је однос конкретно развио у конкретна права, него још онда, кад нешто правно постане што добија утицај на будуће образовање права, и то у корист једног одређеног лица.«

ре-
виј-
јед-
чи-држ.
(stat
јед-
г

	Страна
Закон	107
Обичај. Судска пракса	123
Тумачење закона	133
Примена закона. Фактичко и правно питање	137
Законске празнице и њихово попуњавање	140
Субјективно право. Правни односи. Апсолутна и релативна субјективна права. Правне и противправне радње. Правне чињенице и правни послови	146
Субјект права и објект права	152
Правно стање, правни положај или правна ситуација	155

