

SAVEZNO IZVRŠNO VEĆE
CENTAR ZA INFORMACIONU I
KUMENTACIONU DEJATNOST
v. br. 4944
SIGN.

168

ZAKONITOST UPRAVE

NAPISAO

Dr. KRBEK IVO
SVEUČ. PROFESOR U ZAGREBU



35083



Handwritten signature

(Preštampano iz »Mjesečnika« god. 1936)

КОМИТЕТ ЗА ЗАКОНОДАВСТВО
И ИЗГРАДЪ НАРОДНЕ ВЛАСТИ
ВЛАДЕ ФНР

Бр. књиге 55
»БИБЛИОТЕКА«

ZAGREB 1936



Svaka razradjena teorija raspolaže s osnovnim maksimama, za koje je značajno, da se ne protežu samo na pojedine dijelove njene materije, već obuhvaćaju čitavu ovu materiju, rasvijetljujući i njen posljednji kutić. Za modernu teoriju upravnog prava jedna je od najvažnijih takovih maksima načelo zakonitosti uprave, koje je opet sa svoje strane samo jedno, iako najvažnije, načelo jedne više ideje, ideje pravne države. Ideja pravne države dovodi u najužu vezu pravo s državom, po njoj nam se sve državne funkcije predočuju kao pravne funkcije. Dok bude bilo svijeta i vijeka, pravo će se uvijek posmatrati s dva gledišta: s formalnog i materijalnog. Tako i ideja pravne države: kako ona odgovara formalnom pravu, naročito donošenju konkretnih pravnih pravila i njihovoj primjeni, i kako odgovara materijalnom pravu, naročito ideji pravde i pravičnosti. Ideja pravne države traži strogi i dosljedni režim pravnih normi.¹⁾ To je i naročita svrha načela zakonitosti uprave. Ideja pravne države, primijenjena na upravu, nije iscrpljena samim načelom zakonitosti uprave, ali načelo zakonitosti uprave je glavni temelj, na kome počiva čitav kompleks ideja pravne države, i iz kog se osnovnog načela sve ove ideje logički i dosljedno razvijaju. Svrha je ovom članku ne toliko, da obuhvati sintetički čitav problem načela zakonitosti uprave, koliko da iznese izvjesna pitanja, koja stoje u vezi s tim načelom, a koja su danas naročito: aktualna.

1. Kad govorimo o načelu zakonitosti uprave, s osnovnog stajališta pravne države, ne uzimamo samo zakon kao pravni temelj za djelovanje uprave, nego uopće pravnu normu. Zakon je danas (ne gledajući na ustav) samo najvažnije pravno vrelo, i govoreći o zakonitosti uprave upotrebljava se ovaj najvažniji dio pravnih normi kao pars pro toto. Strogo uzevši trebali bi lučiti između načela zakonitosti i pravne normativnosti uprave, kako to čini i njemačka teorija, kad razliku između Legalität (Gesetzmässigkeit) i Rechtmässigkeit. Po prvom načelu mora se svaka upravna djelatnost zasnivati samo na određenoj pravnoj normi, t. j. na samom zakonu, a po drugom na pravnoj normi uopće. Sa čistog stajališta pravne države odlučno je, da to bude pravna norma, a ne mora biti baš zakon. Da ova norma bude upravo zakon, t. j. norma donešena uz saradnju narodnog predstavništva, postulat je ustavne države, koja time jača prava narodnog predstavništva, osigu-

¹⁾ U pravnoj literaturi se rado kao klasična ističe definicija pravne države po Anschütz-u (Encyclopädie Holtzendorf — Kohler Bd 2 (1904) — str. 593) »ein Staat, welcher ganz im Zeichen des Rechts steht, dessen oberster Wille nicht Rex sondern Lex heisst ein Gemeinwesen, wo die Beziehungen der Einzelnen nicht nur unter sich, sondern vor allem zur Staatsgewalt durch Rechtssätze bestimmt sind, wo es also beim Regieren und Regiertwerden nach Recht und nicht nach dem tel es notre plaisir der regierenden Personen zugeht... Die Rechtsordnung soll auch der Krone gegenüber zur Unverbrüchlichkeit gebracht werden, das Gesetz als eine Macht erscheinen, welche dem Willen der Beherrschten wie der herrschenden Personen gleichermaßen übergeordnet ist«.

ravajući ovome, posredstvom zakona, ravnanje cjelokupnom upravom. Ustavna država, po svojoj političkoj dinamici, ide zatim, da, kad već ne može ukloniti sve pravne norme (pravna vrela) osim zakona, barem da sve te pravne norme predoči kao izvedene iz zakona. S time stoji u vezi, da se primjenjivaču zakona, a naročito sucu, ne priznaje moć pronalazjenja prava, nego se on nastoji staviti u ropsku ovisnost spram zakona. Ustavna država zadržaje, u ovom pitanju, posve isti mentalitet kao i apsolutistička država. Ustavna država preuzima od apsolutističke shvaćanje o omnipotenciji i totalnosti izrično donešene pravne norme. samo što sada na mjesto volje monarha dolazi volja narodnog predstavništva, dnosno kompromis između ove dvije volje. Pravo se istovjetuje sa zakonom, dok je uistinu zakon samo jedan od oblika, u kome dolazi pravo do izražaja.

Za pravnu državu je međjutim, uzeto strogo teoretski, odlučan samo izgradjeni sustav pravnih normi, bez obzira da li su to zakoni. Faktički je pokret ustavne i pravne države išao rukom o ruku, i izgradjivanjem ustavne države izgradjivala se jednovremeno i pravna država. Iстина je, da ustavna država daje više političkih jamstva za izgradnju pravne države²⁾ nego neustavna, i da uopće čitavoj koncepciji moderne demokracije i ustavne države odgovaraju potpuno ideje pravne države.³⁾ Za pravo se danas sve više traži, iz političkog i iz pravno-teoretskog gledišta, da odgovara pravnoj svijesti naroda. Kad zakone donosi narodno predstavništvo (koje istinski izražava narodno raspoloženje), može se barem predmijevati, da će takav zakon biti

²⁾ Jamstva su od kolosalne važnosti u pravu, pogotovo u javnom pravu. Vrlo ispravno kaže Hauriou u svojem ustavnom pravu: »En matière juridique il faut toujours chercher les garanties et les sûretés; il ne suffit pas qu' un droit soit reconnu et déclaré, il faut encore qu' il soit garanti cand il sera contesté et violé«. I nisu ovdje samo važna strogo pravna jamstva, nego i političke, socialne i t. d. garancije. Ustavna država znači u tom pogledu jako političko jamstvo za pravnu državu uopće, a načelo zakonitosti uprave napose. Nekim piscima, tako naročito i mnogim francuskim, važnost je ovoga jamstva tako velika, da istovjetuje pravnu državu s ustavnom i demokratskom državom, i da smatraju samo strogo ustavnu i demokratsku državu pravnom državom.

³⁾ H. Kelsen je ovu pojavu opetovano vrlo reliefno iznio. Tako naročito i u knjizi »Staatsform und Weltanschauung« 1933. »Der Rationalismus der Demokratie aber zeigt sich besonders deutlich in dem Streben, die staatliche Ordnung als ein System womöglich geschriebener, in zweckbewusster Satzung erzeugter, genereller Normen aufzurichten, durch die die individuellen Akte der Rechtsprechung und Verwaltung möglichst weitgehend determiniert und eben dadurch berechenbar werden« (str. 15). Demokracija pokazuje stalnu tendenciju, da težište državnih funkcija stavi u zakonodavstvo, da postane zakonska država. Načelo legalnosti igra odlučnu ulogu. Pravna sigurnost ima prednost pred pravičnošću, više se naginje pravnom pozitivizmu, nego li prirodnom pravu. Autokracija izbjegava i ograničavanje onoga koji vlada i njegovih pomagača, jer im treba osigurati što veću slobodu. »Da es in der Demokratie auf Rechtssicherheit, also auf Gesetzmäßigkeit und Berechenbarkeit der Staatsfunktion ankommt, besteht hier starke Neigung zu Kontrolleinrichtungen, als Garantien für die geforderte Legalität« (ibid. str. 17). Zato važi naročito i publicitet, da se sve objavi. Obrnuto pri autokraciji. »Mangel an Kontrollmassnahmen, durch die die Staatsfunktion nur gehemt werden könnte, keine Publizität, sondern das intensive Bestreben im Interesse der staatlichen Autorität zu verhüllen«.

i u skladu s pravnom svijješću naroda, ili da će barem odgovarati shvaćanju i potrebama većine naroda. Ako se tome doda, da je zakon daleko najvažnije pravno vrelo, postaje razumljivo (iako neispravno) istovjetovanje načela, da je uprava vezana zakonom, sa mnogo širim načelom, da je ona vezana pravnom normom. No posve je moguće, da određena ustavna država s određenim narodnim predstavništvom, koje loše funkcionira, provodi u život mnogo slabije ideje pravne države, naročito načelo zakonitosti uprave, od neke konkretne neustavne države s dobro izradjenim pravnim normama, dobrom organizacijom i ispravnim organima.⁴⁾ Uistinu je političko načelo ustavne države zasjenilo šire načelo pravne države, i pravna država se vrlo često, idejno neispravno, istovjetuje s ustavno-zakonskom državom.

Narodno predstavništvo se je u ustavnoj državi, specijalno u konstitucionoj monarhiji, prvenstveno iz političkih razloga, zagrijalo za provadjanje načela pravne države na području uprave. U konstitucionoj monarhiji prigrabila je demokracija zakonodavnu vlast, no upravna vlast organizirana u birokraciji, koju je stvorio i sebi strogo podredio apsolutni monarh, bila je u cijelosti pod monarhom. Načela pravne države su poslužila narodnom predstavništvu kao podesno sredstvo, da dodje do upliva i na cjelokupnu državnu upravu. Ono izdaje zakone, kojima uredjuje djelatnost upravnih organa, i razvija načelo, da uprava može djelovati samo na temelju zakona, a dalje preko sudskog, t. j. od uprave nezavisnog, organa zavodi kontrolu, da li se njeni zakoni pravilno primjenjuju, t. j. kontrolu zakonitosti. Ustavnoj državi pri zavadjanju načela zakonitosti uprave i sudske kontrole nad upravom, nisu toliko lebdjela pred očima sama načela pravne države, ili sama priroda pravne norme, koja sve to traži, nego ovaj strogo politički razlog.⁵⁾ Zato ista ova ustavna država (bila ona republika ili monarhija, konstitucionalna ili parlamentarna monarhija), vrlo često i rado, ne provodi jednakom dosljednošću načela pravne države i u pogledu same zakonodavne vlasti.

2. Načela pravne države su bila najprije oživotvorena pri sudstvu. zatim su se stala oživotvoravati kod uprave, pa ih je trebalo jednako oživotvoriti i kod zakonodavstva. Naročito je trebalo, u smislu tih načela, zavesti i sudsku kontrolu nad ustavnošću zakona, košto je ta kontrola bila već ranije zavedena nad upravom. No pred tim se je vrlo često stalo, i to baš zbog onih istih političkih razloga, koji su na ovo gonili kod same uprave. Tamo gdje se ta sudska kontrola počela zavoditi i nad samom zakonodavnom vlasti (ispitivanje ustavnosti i zakona) bili su i opet, u prvom redu, odlučni izvjesni politički razlozi (kao naročito želja da se zaštite izvjesni dijelovi naroda ili države, što se jasno vidi u federativnim državama). Klasičan primjer pružaju u tom pravcu Ujedinjene sjeverne američke države, gdje je čak, zbog

⁴⁾ Gneist je čak svojedobno za Njemačku tvrdio, da je zavadjanjem ustava po ustavnim vladama razorena dotadašnja pravna država.

⁵⁾ Pravna država ima uopće svoju izgradnju prvenstveno zahvaliti izvjesnim političkim idejama i snagama. Tako je, primjerice, igrala veliki upliv i individualistička ideja, da se zaštite pojedinci od nepravilnog prehvata državne vlasti (naročito ideja slobode i jednakosti).

izvjesnih političkih i historijskih momenata, sudska kontrola nad zakonodavnim aktima bila kroz dugo vrijeme razmjerno bolje organizovana od kontrole nad zakonitošću upravnih akata. I za uvođenje ove sudske kontrole u Americi nad ustavnošću zakona bila su odlučna dva, kroz politička razloga: jedno federativna struktura države (naročito da se zaštite države — članice od prehvata centralnog zakonodavca), a drugo visoko shvaćanje osnovnih prava građana (da bi se ta prava slobode zaštitila od prehvata zakonodavne vlasti).

No obično se zakonodavna vlast nije htjela podvrgnuti ovom ograničenju odnosno kontroli. Specifična zaštitna sredstva pravne države, zbog ovog političkog razloga, posmatrana su samo kao zaštita pred upravnom vlašću. Dok je taj politički momenat bio najjači pokretač pri zavedenju načela pravne države na području uprave, on je obrnuto, često, bio najveća kočnica i smetnja pri zavedenju istih načela na području zakonodavstva. Kontrola zakonitosti nad upravom jača zakonodavnu vlast, slična kontrola nad zakonom slabi i ograničuje zakonodavnu vlast. Zato se čitavo ovo pitanje ne postavlja jednako kod upravne kao i kod zakonodavne vlasti, i dolazi se lako do nerealnog zaključka, ako se prostim odbačenjem ovog političkog momenta za pravni poredak određene države iz same pravne prirode ustava kao norme višeg reda zaključuje, da i za zakonodavnu vlast važe sva načela razvijene pravne države, a naročito da postoji i sudska kontrola nad ustavnošću zakona.

3. Ideje pravne države su pri sudstvu immanentne, sadržane u samom pojmu sudstva. Sudac izriče »pravo«: bilo da je to pravo pozitivno, bilo da se radi samo o pravičnosti. Na taj način od vjekova shvaća čovječanstvo bistvo sudstva. Ako se gdjekad javljaju i protivni glasovi, koji žele sudstvo uvući u vrtlog dnevne politike, onda to još ne niječe gornju tvrdnju, nego samo dokazuje, da su takve tvrdnje kroz naopake i krive. A što se one i danas mnogo javljaju, samo je posljedica današnje moralne i pravne poremećenosti. Naprotiv nema tako uske pojmovne veze između prava i uprave. No i uprava se može načelno, iako uz velike gradualne razlike, podvesti pod pravni poredak kao i sudstvo. To je naročita zadaća pravne države, što se prvenstveno provodi pomoću načela zakonitosti uprave.

Pošto su s jedne strane načela pravne države bila već prije provedena pri sudstvu, što više pošto su ta načela immanentna pojmu sudstva, a s druge strane, pošto su se sprijeda razloženi politički momenti opirali konsekventnoj primjeni ideja pravne države na samu zakonodavnu vlast, postaje razumljivo, da se pravna država tretira specijalno obzirom na samu upravu. Pravnom državom se stala smatrati država, gdje je baš sama uprava svedena pod strogi pravni poredak, i gdje se ova načelno rukovodi pravnim normama kao i sudstvo.

Podvesti upravu pod pravni poredak i razviti ju kao strogo pravnu pojavu ne znači samo zvesti gospodstvo pravne norme (načelo zakonitosti uprave), nego uključuje i izvjesne druge pravne ideje, kao naročito djelovanje uprave posredstvom formalnog upravnog akta, kao

korelata sudskoj presudi, i provadjanje sudske kontrole⁶⁾ nad upravnom djelatnošću. Po potonjoj kontroli pripada zadnja riječ sudu, dakle organu, koji se isključivo rukovodi pravnim momentima, čime je jače zajamčeno načelo zakonitosti uprave. Zato samo načelo zakonitosti uprave djeluje uvijek u pravcu uvećavanja i jačanja sudske kontrole (tom načelu, primjerice, više odgovara da se ova sudska nadležnost odredi širokom generalnom klauzulom, nego klauzulom enumeracije). Univerzaliste ili objektiviste provode sve ovo u cilju kako bi državna uprava što bolje funkcionirala, u objektivnom cilju, a individualiste kako bi se pojedinac što bolje zaštitio, u subjektivnom cilju. Ideje pravne države mogu se primjenjivati na upravu i s jednog i s drugog gledišta.

4. Po načelu zakonitosti uprave dolazi uprava u najtjesniju vezu s pravom i pravnom normom. Svako njeno djelovanje mora biti uslovljeno nekom pravnom normom, a specijalno zakonom. Od nekoć autonomnog organa, postaje uprava izvršni organ pravne norme, pa se u tom pogledu izjednačuje sa sudstvom. I sudstvo i uprava znače po režimu pravne države samo vršenje prava. Po načelu zakonitosti uprave dobiva uprava, poput sudstva, značaj izvršne vlasti. I kao izvršne vlasti dolaze, i sudstvo i uprava, u naročiti odnos spram zakonodavne vlasti. Politički izraženo, zakonodavna vlast je u izvjesnom superiornijem položaju, pravno izraženo ona je, u razvoju prava, jedan viši stepen nego što su to sudstvo i uprava. Apsolutni monarh nije, politički, trebao mnogo paziti na ovu podređenost uprave pod zakon, jer je upravu sam vršio; naprotiv je parlamentu u ustavnoj državi ovo najveća garancija, da će se uprava voditi po njegovim intencijama. Zato dolazi tek u ustavnoj državi do oštre i vidne preke između zakonodavne i upravne vlasti sa svim posljedicama te preke, a naročito pojavom da je uprava izvršni organ zakonodavne vlasti.

Onim časom, kad je u pravnoj državi načelno i uprava podvedena pod pravni poredak, nestalo je i načelne materijalne razlike između sudstva i uprave, iako je još uvijek preostala velika gradualna razlika. Ali ovo samo onda, ako se uzme načelo zakonitosti uprave u njegovom strogom i pravom značenju: da je za upravu zakon (pravna norma) baš tako temelj kao i za sudstvo, i da se cjelokupna uprava može vršiti samo na temelju zakona (pravna norma). Ako se naprotiv, svijesno ili nesvijesno, daje zakonu (pravnoj normi) načelno drugo značenje u pogledu uprave, nego što ga zakon ima u pogledu sudstva, t. j.

6) Ove potonje dvije pojave nisu jedine pojave pravne države, iako su najznačajnije. U tom smislu raspravio sam ove tri pojave u pojmu pravne države u mojem sistemu Upravnog prava (knjiga I, str. 79 i slij.). U samu definiciju pravne države teško je uključiti sve te tri pojave, time se dobiva uži pojam pravne države, koja važi samo za određene države. Pogotovo kad se to još istovjetuje s ustavnom državom, ili demokratskim režimom uopće. Zato novija definicija Waltera Jellineka u njegovom sustavu upravnog prava važi samo za određeni režim, i ne bi čak više važila ni za samu današnju njegovu Njemačku. »Rechtsstaat wäre — — der Verfassungstaat mit möglichst rechtssatzmäßiger und möglichst gebundener Verwaltung, in dem auf Grund möglichst genauer gesetzlicher Ermächtigung mittels förmlicher Verwaltungsakte verwaltet und der Rechtsschutz durch Gerichte ausgeübt wird, die als solche und deren Mitglieder persönlich von den verwaltenden Behörden unabhängig sind« (str. 92).

da bi on za upravu bio samo neko ograničenje u načelu slobodne djelatnosti, onda uistinu postoji bitna funkcionalna razlika između sudstva i uprave. Načelna razlika između sudstva i uprave prestaje za punog režima pravne države tim više, što uprava uopće ovdje preuzima izvjesne pravne oblike sudstva (kao naročito gospodstvo zakona, ideja upravnog akta, kao uopće uredjeni postupak, sudska kontrola), pa u tom smislu ispravno kaže Otto Mayer »der Rechtsstaat bedeutet die tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung«. U pravnoj državi ne dobiva uprava samo razradjeni sustav materijalno-pravnih, nego i formalno-pravnih propisa. Da se provede načelo zakonitosti uprave, nisu samo potrebni potanki materijalni, nego i formalni, procesualni propisi. I gdje zakonodavac ne stiže, da sam donese take propise, razvijaju se oni praksom upravnih vlasti i judikaturom upravnih sudova. Razumljivo je, da i ovi upravno-procesualni propisi mnogo crpu iz razvijenijeg i starijeg sudskog postupka. Velika važnost upravno-procesualnih propisa vidi se najljepše iz važnosti i značenja, koje tim propisima pridaje upravno-sudska kontrola zakonitosti akata upravne vlasti.⁷⁾

Dok još načelo pravne države, naročito načelo zakonitosti uprave, nije dosljedno provedeno kod uprave, postoji nesumnjivo načelna, materijalno-funkcionalna razlika između sudstva i uprave. Tako naročito u policijsko-apsolutističkoj državi, preteći moderne pravne države, gdje sudstvo znači oživotvoravanje prava, a uprava slobodnu djelatnost, koja ide za javnim interesom i koja je samo donekle ograničena pravnim propisima. No ova načelna razlika između sudstva i uprave nije neka naročita osebina policijsko-apsolutističke države, nego se ona javlja i izvan ove države. Do iste funkcionalne razlike se dolazi, ako se i samo sudstvo oslobodi gospodstva pozitivno-pravne norme, jer onda znači sudstvo izricanje prava, koje sam sudac neposredno nalazi, a uprava unapredjivanje, odnosno zaštićivanje javnog interesa (što je taj »javni interes« može se vrlo različito tumačiti: to može biti posve lični, klasni, narodni interes itd.). Sudstvo bi u tom slučaju djelovalo po izvjesnim pravnim (iako bi to bila više načela pravičnosti) momentima, a uprava po momentu svrsishodnosti, ili kod strogo ličnog režima (lični apsolutizam, despocija) po ličnom čefu.

Da li između sudstva i uprave postoji ili ne postoji načelna, funkcionalna opreka, ne rješava se jednako za sve tipove država. Za modernu je pravnu državu značajno, da je baš upravu podvela pod pravni poredak, i da je time izbrisala načelnu funkcionalnu razliku između sudstva i uprave. Upravi, koja djeluje po načelu zakonitosti, pravna norma je idejno baš tako temelj kao i sudstvu, ma kako imala ova upravna

7) Bonnard naglašava u svojim novijim radovima (naročito »La conception matérielle de la fonction juridictionnelle u Mélanges, Carré de Malberg), pored organske i materijalne razlike između sudstva i uprave, i treću razliku, koja se sastoji u formi ili proceduri kojom se akt donosi. Uistinu je, u pravnoj državi, ova razlika u proceduri, baš kao i materijalna razlika, samo graduelna. Što se većma probijaju ideje pravne držve, uprava dobiva potanji i razradjeniji svoj postupak, čime se i sama ova graduelna razlika smanjuje. Pogotovo, kad se uvaži što u svojim raspravama o upravnom postupku stalno dokazujem — da se i sam moderni sudski postupak, sa svoje strane, približuje izvjesnim načelima upravnog postupka.

norma širok i neodređen sadržaj. Dok upravni činovnik donosi svoje odluke na podlozi neke pravne norme, njegovo dlučivanje je stvarno, sudjenje u materijalnom smislu, pošto se njegovo djelovanje, jednako sučevom, svodi na troje: da utvrdi konkretan učin, da ga svrsta pod apstraktnu pravnu normu i da odavle povuče zaključak. Baš je ovaj silogizam najbitniji za pojam sudjenja u materijalnom smislu, a susrećemo ga danas baš tako kod upravnih akata kao i kod sudskih presuda. Što materijalne i formalne upravno-pravne norme nisu obično tako istančane kao sudske, čini samo važnu kvantitativnu, a ne i kvalitativnu razliku između sudstva i uprave.

I ovdje nastaje kriva predočba, što se s jedne strane pretjerano potcrtavaju upravnikove funkcije kao odviše slobodne i pravno nevezane, a s druge strane sučeve funkcije kao potpuno pravno vezane i neslobodne. Dok prva predočba protivrjuje modernom načelu zakonitosti uprave, druga protivrjuje prirodni procesa razvoja prava, koji ide po stepenima. Merkl-Kelsen-ova teorija ispravno ističe, da presuda suca znači spram zakona samo normu nižeg stepena spram norme višeg stepena, i da u ovoj normi nižeg stepena mora pridoći neki novi, samostalni element, jer bi ona bez ovoga bila izlišna. Izvršivati neki zakonski propis znači konkretizirati apstraktnu pravnu odredbu, a svaki stepen pravnog razvoja u tom konkretiziranju dodaje nešto svog i novog. Apstraktno pravno pravilo neće nikad potpuno opredijeliti konkretni akt, koji se donosi na njegovoj podlozi. Tu postoje samo kvantitativne (iako vrlo važne) razlike u većoj ili manjoj odredjenosti, odnosno neodredjenosti takve apstraktno-pravne norme. Može se razumjeti, da neko tvrdi, da se uprava načelno drugačije odnosi spram prava nego li sudstvo, i da dosljedno postoji bitna funkcionalna razlika između sudstva i uprave. To je tvrdjenje doduše, i s pravno-političkog i s pravno-teoretskog gledišta, reakcionarno, ali je barem logično. No nije nikako dosljedno, ako se s jedne strane zauzme radikalno stajalište legalnosti uprave i uprava predstavlja kao izvršilac zakona, a s druge strane podvlači bitna i stroga funkcionalna razlika između sudstva i uprave. Ili jedno ili drugo, ali oboje ne ide zajedno.

5. Politički element ustavne države je stavio u stroge pravne oblike upravnu djelatnost države, ali je u tom pogledu stavio mnogo slabija ograničenja samoj zakonodavnoj vlasti. On je naročito zasjenio i materijalni pojam zakona, prema kome bi za zakon bila potrebna izvjesna sadržina, i ustalio formalni pojam zakona, prema kome je zakon svaki akt zakonodavnog organa, donešen putem propisanog zakonodavnog postupka u zakonskoj formi. Specijalno je u modernim ustavima posve iščezao materijalni pojam zakona, i ovi ustavi sadržavaju propise samo o zakonu u formalnom smislu. I sam Vajmarski ustav, u zemlji gdje je teorija toliko raspravila i raščlanila materijalni pojam zakona, zna samo za čisto formalni pojam zakona. Zakonodavac je doduše ograničen spram ustava, ali nije ograničen spram izvršne vlasti, i može uvijek urediti zakonom neki slučaj, za čije je uređenje normalno nadležna izvršna vlast. Zakonodavna vlast u ustavnoj državi, iz političkih razloga, stalno je okrenuta protiv uprave, u stavu zaštite protiv uprave. Tome služe i individualni zakoni, jer u tom slučaju u mjesto

da neki konkretni slučaj uredjuje uprava upravnim aktom na osnovu generalnog i apstraktnog zakona, uredjuje ga sam zakonodavac u formi zakona.⁸⁾ I ovi individualni zakoni rijetko zadiru u sudsku nadležnost, nego obično samo u upravnu. Smatra se normalnim, da zakonodavac u formi zakona donosi upravni akt (primjerice izdaje akt važne koncepcije, izvlaske i slično), dok se to smatra nekom vrsti kabinetske justicije, kad bi se zakonodavac na sličan način unosio u sudovanje.⁹⁾ Ustavna država je stvarno preuzela od apsolutne monarhije, što se je dogodilo i na drugim područjima, formalni pojam zakona.¹⁰⁾ Ma kako se kritikovao materijalni pojam zakona, on znači za zakonodavnu vlast jedno ograničenje. Bez toga je zakonodavna vlast mnogo slobodnija, i može zakonom obuhvatiti najrazličniji sadržaj.

Zakon u materijalnom smislu bilo bi neko pravno pravilo (règle de droit, Rechtssatz). Prema teoriji, koja se poglavito zastupala i koja se danas zastupa po francuskim piscima, mora takvo pravilo biti apstraktno i bezlično, a po drugoj teoriji, koju su razvili i zastupali njemački pisci Laband i Georg Jellinek, predleži samo onda pravno pravilo, ako se ono tiče pravne sfere pojedinca. Prva teorija ima mnogo opće i šire značenje, dok je druga više skrojena za političke potrebe određenog režima. Prva formula isključuje individualne zakone, a druga zakone, koji uredjuju odnose unutar samih državnih organa. Prva formula ima naročito u vidu načelo jednakosti pred zakonom, jer da individualni zakoni vrijedjaju takovu jednakost. Očinstvo ove ideje se rado pripisuje Rousseau-u, koji u vezi s demokratskom idejom, poznaje dvije jednakosti pri donošenju zakona: jednakost učestvovanja pri zakonodavstvu i jednakost u dolaženju pod udar zakona. Zbog ove druge jednakosti treba da bude zakon apstraktan, da sadrži neko opće pravilo. Naravno, da je ta jednakost suviše formalistički-matematička, i da često baš »pravična jednakost« traži individualni zakon kao pravični izuzetak od pravila. Osim toga ta formula ne isključuje ni najveća pogodovanja i stvaranja klasa, jer zakonodavac može i ovo urediti u apstraktnoj i generalnoj formi. (Uistinu se ovdje i nije toliko radilo o općoj, faktičnoj jednakosti, već je glavna oštrica bila uperena protiv preimućstva rodjenjem). Anatol France se sarkastički ruga formalnoj jednakosti zakona: »Zakon u svojoj majestetskoj jednakosti brani jednako i bogatašu i siromahu, da spava pod mostom, da prosjači po ulici i da krade kruh«. Do isključivanja individualne norme dolazi i zbog

8) To markantno upada u oči, kad se suprostavi strogo formalni pojam zakona formalno — materijalnom pojmu uredbe (naredbe), jer baš po svojem materijalnom elementu razlikuje se uredba od upravnog akta (o tome moje Upravno pravo« I str. 106—108). Ako je praktička potreba razgraničenja između uredbe i upravnog akta dala uredbi određenu materijalnu sadržinu, mogla je to i u pogledu zakona učiniti slična potreba razgraničenja. No tome je stajao na putu prvenstveno politički momenat sa svrhom, da što više proširi zakonodavnu vlast.

9) O potonjem zanimljiva rasprava Carl Schmitt: Unabhängigkeit der Richter Gleichheit vor dem Gesetz — — —, Rechtsgutachten zu den Gesetzentwürfen über die Vermögensauseinandersetzung mit den früher regierenden Fürstenthäusern, 1926.

10) Bodin piše već u 16 stolj. (1577) »Loi ne signifie autre chose que le commandement du souverain«.

brknja prirodnih normi s praktičkim i pravnim normama.¹¹⁾ Prirodni zakon može uistinu biti samo generalni i bezlični, ali ne i pravna norma.

Još se mnog lakše kritikuje njemačka teorija zakona u materijalnom smislu. Starijoj njemačkoj pravnoj teoriji je bio, posve prirodno, stran prednji francuski pojam zakona u materijalnom smislu — naročito u onoj koncepciji jednakosti. I to poglavito zato, što je izvorno u Njemačkoj načelo jednakosti pred zakonom imalo mnogo manje značenje nego u drugim državama, a naročito manje nego u Francuskoj i Belgiji. Dok se ovo načelo jednakosti ondje smatralo smjernicom i za samu zakonodavnu vlast, u Njemačkoj je ono važilo samo za vlast koja izvršuje zakon. Istom novija njemačka pravna teorija, naročito nakon Vajmarskog ustava, počinje intenzivno ovo načelo posmatrati kao smjernicu i ograničenje same zakonodavne vlasti. Tako je razumljivo, da je njemačka teorija, posve neovisna od francuske, razvila posebni pojam zakona u materijalnom smislu. Ova njemačka teorija je, razmjerno, mladog datuma. Prvi put ju je razvio Stockmar 1867 god., a nekoliko godina iza toga potanko razgradio Laband u svojem budžet-skom pravu. Neposredni povod teorije bila je rasprava oko pravne prirode budžeta. Razumljivo je, da se do zasebnog i jasnog pojma zakona kad postavlja i razvija pojam zakona u materijalnom smislu, pa ga suprotstavlja zakonu u formalnom smislu — je logično razgraničenje zakonodavstva s jedne, a sudstva i uprave s druge strane. Zakonodavstvu, koje je u ustavnoj državi postalo zasebno tijelo, treba osigurati pravi djelokrug. Čitava ova teorija pretpostavlja, dakle, da je u državnoj organizaciji provedeno načelo podjele vlasti.¹²⁾ Teorija ide zatim, da na znanstvenoj podlozi utvrdi načelo pridržaja zakona,¹³⁾ i da nekako predoči kao da bi njena teza imala opće značenje. Uistinu je ova teorija

¹¹⁾ Kako je dobro opazio Bonnard: L'origine de l'ordonnement juridique — Melanges M. Hauriou, 1929. p. 37.

¹²⁾ Tek za periode ustavne države, koja zavodi zasebna zakonodavna tijela, mogla se ta teorija uopće pojaviti u Njemačkoj. — Već u današnjoj Njemačkoj, koja u korist upravnih vlasti zavodi vanredno jako usredotočenje vlasti, po kojoj je i sama vlada ovlašćena, da izdaje formalne zakone, gubi ovaj zakonski pridržaj svoj pravi politički odnosno ustavni smisao i zadržaje čisto tehnički smisao (t. j. vlada izvjesne norme jednom propisuje u obliku zakona, a drugi put u obliku uredbe). — načelo zakonskog pridržaja prinudjuje ju samo da se posluži zakonskim oblikom.

¹³⁾ Samo na osnovu zakona smije se zasizati u pravnu sferu pojedinca, naročito »slobodu i vlasništvo«. Sam termin »Vorbehalt des Gesetzes« uobičajio se u njemačkoj teoriji nakon Otta Mayer-a. Još jasnije govori Walter Jellinek u svojem upravnom pravu o »Erforderlichkeit des Gesetzes«.

U pojmu zakonskog pridržaja nalaze se stvarno dvije ideje (kako se to obično ističe u njemačkoj literaturi — vidjeti o tome: Ehrlich — Der Vorbehalt des Gesetzes, 1934 str. 3): opća podjela nadležnosti, po kojoj se radi o stvarima, koje se moraju urediti zakonom, a ne upravnim aktom, a drugo političko ili ustavno načelo, po kome su zahvati u slobodu ili vlasništvo pojedinaca dopušteni samo na temelju zakona.

politički reakcionarna,¹⁴⁾ ima pred očima praktično-politički cilj određene epohe, i to prvotne konstitucione monarhije.

Ova njemačka teorija zakona u materijalnom smislu temelji se na dualističkoj podjeli zakonodavne vlasti između krunice i parlamenta. Samo kraj dualizma vlasti, kako postoji u toj formi države, ta je teorija razumljiva, dok se već neda primijeniti na apsolutnu ili parlamentarnu monarhiju. Iz legislativne nadležnosti ispadaju norme, koje ne utječu neposredno na pravnu sferu pojedinaca. Krunica dobiva s podređenom izvršnom naročiti položaj. Uprava nije strogo pravna kategorija. Pravo su po tom shvaćanju samo odnosi između građana, odnosno između države i građana; ali ono, što ostaje »u okviru« same države među samim državnim organima, nije uopće »pravo«. Na taj se način uprava, pošto ona nije tobože sastavljena od pravnih normi, oslobadja od ustavnog zakonodavca. Vrlo je poučno, što Laband razvija ovu tezu povodom budžetskog prava: njegov pojam zakona u materijalnom smislu je posljedica pobjede, koju je izvoštio Bismarck u budžetskom sukobu pruske krunice.¹⁵⁾ Svakako ova teorija znači za njemačku pravnu nauku posve novo shvaćanje zakona u materijalnom smislu, jer do onda se je i u njemačkoj pravnoj literaturi, iako na drugoj idejnoj podlozi nego u francuskoj, uzimala općenitost odredbi kao značajka zakona (tako naročito od istaknutijih, starijih pisaca Mohl i Lorenz Stein). Labandu je, međutim, ova generalnost samo naturalni, a ne i esencijalni dio zakonskog pojma. Spram starijeg shvaćanja zakonskog pojma, koji još brani Georg Meyer, ovo novije shvaćanje brzo pobjedjuje u njemačkoj pravnoj nauci, a uskoro ga naročito usvajaju Georg Jellinek, Löning i Rosin.

Ovaj novi zakonski pojam izaziva čitav niz pravno-teoretskih i praktičnih posljedica. Tako se dolazi i do razlikovanja između pravne i administrativne uredbe (naredbe). Potonja ne bi sadržavala pravne norme, pošto ne zadire u pravnu sferu pojedinca, i za njeno bi donošenje bila nadležna sama upravna vlast. Ovo shvaćanje zakona postaje vrlo važno i za formuliranje načela zakonitosti uprave u njemačkoj teoriji i praksi. Time u vezi je stajalo i Labandovo strogo lučenje zakona u dva razna dijela: prvi obuhvaća samo pravno pravilo, a drugi zakonsku zapovijest. Što Laband uz ovo još razlikuje funkciju parlamenta od one monarha, predočuje kao da parlament samo formulira pravno pravilo, dok da samu zakonsku zapovijest izdaje sam monarh bez parlamenta, i tako pri zakonodavnom procesu daje mnogo veće značenje monarhu nego parlamentu, pokazuje još jasnije, kako je u pozadini čitave ove konstrukcije strogo politička ideja: očuvanja odnosno učvršćenja monarhove vlasti. Ovaj zakonski pojam djeluje i na neka druga pitanja.¹⁶⁾

¹⁴⁾ Razumije se, posmatrano s općeg gledišta; s gledišta ondašnje Njemačke još su uvijek ti pisci zastupali političko progresivne ideje.

¹⁵⁾ Poblize o tome referat Doz. Heller — Veröffentlichungen der Vereinigung der deut. Staatsrechtslehrer, 1928. str. 106, 111, 127—9.

¹⁶⁾ Tako se u jednoj novijoj njemačkoj raspravi pokazuje, kako ono nezgodno djeluje na položaj suca i njegovu nezavisnost (Tiggens: Die Stellung des Richters im modernen Staat, 1935 str. 113—4).

6. Bilo je razumljivo, da ustavna država, prvenstveno iz političkih razloga, u pravnoj praksi nije prihvatila ni prvi, a pogotovo da nije ni mogla prihvatiti drugi pojam zakona u materijalnom smislu, i da se tako zadržala na formalnom pojmu zakona. No ovo je samo povećalo svemoć zakonodavne vlasti: svako reguliranje donešeno u zakonskoj formi je zakon. Nije važno, koju će materiju obuhvatiti zakon, štogod on propiše je »pravo«. Materijalnu sadržinu zakona istisnuo je strogo formalistički, sadržajno neutralni pojam zakona. Zakonodavac je ograničen ustavom, i to samo formalnim i krutim ustavom, koji je donešen po specijalnom organu i naročitim postupkom, i koji u pravnom razvoju znači markantno visoki stepen, pa ga se redovni zakonodavac mora pridržavati, a da ga ne bi mogo redovnim zakonodavnim putem mijenjati. Te kvalifikacije već ne dostaju gipkom ustavu, koji se može mijenjati običnim zakonodavnim putem, i koji dosljedno ne znači za zakonodavca neko naročito ograničenje. A i ovi kruti ustavi vezali su zakonodavca prvenstveno samo formalno, propisujući organizatorno-postupovne propise o donošenju zakona. Materijalno sadržajno vezanje javlja se najviše kod osnovnih građanskih i političkih prava, što je opet stajalo u vezi s drugom političkom idejom, koja je uz ideju ustavne države faktički najviše pridonijela razvoju pravne države, s idejom liberalizma. Liberalizam shvaća pravna pravila, koja stoje nad samom državom, specijalno koja vežu zakonodavnu vlast, kao individualne pozicije.

Nesumnjivo postoji pozitivno-pravna mogućnost, da ustav propiše u širokom opsegu izvjesna načela, izvjesne pravne institute, u koje ne može dirati obični zakonodavac. A to znači praktički za ustavnu državu, specijalno za parlamentarni režim, da se sve ove odredbe štite od časovite volje slučajne parlamentarne većine. Nije međutim nikaka slučajnost, koju primjećujemo baš kod novih ustava, da ustavi sa strogo parlamentarnim načelom sadržavaju manje takovih odredaba, a ustavi više autoritativnog režima (tako naročito novi austrijski i poljski) da ih donose u mnogo većem opsegu. Političke tendencije radikalnog parlamentarizma nisu mnogo sklone ovakvom sadržajnom ograničenju zakona.¹⁷⁾ Ovim bi tendencijama najviše odgovarao ustav, koji pro-

¹⁷⁾ Ali sa svim tim može takav sustav da učini kompromis s protivnom tendencijom i da veže ustavom i sadržajno zakonodavca u određenom pogledu. Baš na području politike su takvi kompromisi često i vrlo potrebni, oni leže u samoj prirodi političkog djelovanja. I zato treba pozdraviti parlamentarne sustave, koji sadržavaju ograničenja zakonodavca, odnosno takav kompromis između ideje, da je zakonodavac sadržajno slobodan, i ideje, da je ograničen. I opet je značajno, da ustavno pravo poznaje na više ograničenja takve prirode na području građanskih i političkih prava pojedinaca. Vrlo je zanimljiv u tom pogledu razvoj francuskog ustavnog prava. Najprije se je o tim osnovnim pravima govorilo dvostruko: u obliku deklaracije, a zatim u obliku čisto pozitivno-pravnih odredaba. U kasnijim francuskim ustavima ostale su samo pozitivno pravne odredbe, dok današnji Ustav iz god. 1875 štiti posvema o tome. Ipak danas pretežni dio francuske nauke priznaje ovim načelima značaj ustavnog prava. Imamo lijep primjer, kako se i u strogo parlamentarnoj državi elementarnom snagom, i gdje ustav o tome štiti, probijaju izvjesna materijalna i pozitivno-pravna ograničenja zakonodavca.

Predaleko ide kritika Carl Schmitta-, kad on u tom pogledu nalazi teško protivurjeđe u Vajmarskom ustavu, koji je uostalom ovdje samo nastavio onaj put

pisuje samo strogo formalne, postupovne propise o donošenju zakona, iako bi tako sadržajno vezanje zakona i izvjesna stalnost bila potrebna ne samo zbog pravnih razloga, nego i iz političkih i socijalnih.¹⁸⁾ Nije nikako u interesu zajednice (ma s kog se gledišta stvar posmatrala: pravne sigurnosti, etičkog, političkog, socijalnog, strogo pravnog itd.), da časovita parlamentarna »većina«, često skalupljena na najčudesniji način, bez svakog ograničenja, svaki svoj časoviti prohtjev diže na prijestolje zakona. Dakle baš demokratsko načelo dovodi do zahtjeva, da bude obični zakonodavac i materijalno ograničen ustavom.

No gdje je i zakonodavac tako ustavom vezan, oslabljeno je faktički ovo vezanje u onim pravnim sustavima, gdje sudovi nemaju prava ispitivanja ustavnosti zakona¹⁹⁾ i gdje dosljedno obični zakonodavac

koji je već ukazao Ustav Ujed. država Sjeverne Amerike. »Die Weimarer Verfassung ist zwischen der Wertneutralität ihres ersten und der Wertfülle ihres zweiten Hauptteils buchstäblich gespalten. Die Schwierigkeit wird noch grösser und unlösbar, weil im zweiten Hauptteil neben wirklichen »positiven« und »aktuellen« Wertfestlegungen auch inhaltliche Ziele angegeben sind, die noch nicht positiv und aktuell, aber doch (durch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspraxis) positivierbar und aktualisierbar sein sollen. So steht, wie auch sonst in dieser Verfassung, zweierlei unentschieden nebeneinander — (Legalität und Legitimität, 1932 str. 52). »Dasz der zweite Hauptteil der Weimarer Verfassung mit seinen Sicherungen eine Gegen — Verfassung enthält, folgt in erster Linie aus dem Widerspruch von Werthhaftigkeit und Wertneutralität eines Verfassungssystems. Der prinzipielle Widerspruch ist aber zugleich ein unmittelbar konstruktiv — organisatorischer Widerspruch nämlich der eines Juristiktionsstaates zum parlamentarischen Gesetzgebungsstaat. Eine Verfassung die materiell — rechtliche Verfassungsgesetze in größerem Umfang den einfachen Gesetzen überordnet ändert nicht nur den Grundsatz des jeweiligen Mehrheitswillens und das darauf beruhende Legalitätsprinzip; sie verändert das organsatorische Gefüge eines solchen Gesetzgebungsstaates von Grund auf! (ibid. str. 56)

Manje radikalna, ali zato stvarnija i opravdanija je kritika Gerber-a (Freiheit und Bindung der Staatsgewalt 1932 str. 22): »Die Weimarer Grundrechte stellten zwar den Versuch einer inhaltlich bestimmten Legitimationsgrundlage für das gegenwärtige Staatsleben dar, sie konnten aber ihre Funktion auf die Dauer um so weniger erfüllen, je mehr man in ihnen nur einfache Rechtssätze sah. Sie verloren immer mehr ihre Legitimationskraft vor dem alles verschlingenden Formalprinzip der Legalität«. Povrh političke tendencije razvijene ustavne države da redovnog zakonodavca što manje sadržajno ograniči, postoji i daljna tendencija zakonodavca, da se što više oslobodi od tih ograničenja. Praktički ustavotvorac mora pri donošanju takovih propisa mnogo voditi računa o toj drugoj tendenciji.

¹⁸⁾ Svakako je s pravnog gledišta vrlo važno da li i u kom opsegu ustav pojedine zemlje sadrži tako sadržajna ograničenja zakonodavca. U novije se vrijeme predlaže, da se baš prema tome momentu grupiraju pojedini ustavi. »Staats- und verfassungstheoretisch wird man zu der Schlussfolgerung kommen, dasz neben der bekannten Unterscheidung von Staaten mit einer geschriebenen Verfassung und solchen ohne geschriebene Verfassung eine andere Unterscheidung tritt die nicht weniger »artbestimmend« ist: von Staaten mit einer auf die organisatorische — verfahrensmässige Regelung und auf allgemeine Freiheitsrechte beschränkten Verfassung, und anderen Staaten, deren Verfassung umfangreiche materiell-rechtliche Festlegungen und Sicherungen enthält (C. Schmitt: Legalität und Legitimität str. 60).

¹⁹⁾ Ovlašćenje sudova da kod primjene nekog konkretnog slučaja ignoriraju protuustavni zakon — drugo je, gdje su oni ovlašteni, da ponište sam protuustavni zakon —, ne slijedi samo iz općih načela pravne države, već uopće iz načela prava. Uskraćivanje tog prava sudovima proisteklo je iz strogo političkih razloga, da bi

»suvereno« odlučuje o svojoj nadležnosti. Ustavni propisi, koji ovdje sadržajno ograničuju zakonodavca, nisu doduše ostali bez svake sankcije i garancije, jer ima još ovdje i političkih, moralnih itd. garancija, ali strogo pozitivno-pravno posmatrano oni su lex imperfecta.

7. No kraj sve ove nevezanosti zakona, ne samo dok postoji pravna nauka, nego uopće dok bude čovjek duhovno radio, ostaje vječni problem istinskog i pravičnog prava, problem da zakon obuhvati ovo »pravo«, a ne da prodje pored njega, a pogotovo da mu ne protivuriječi. Svaki zakon ocjenjujemo s dva gledišta: prvo s formalno-legalnog gledišta, da li zakon odgovara onim propisima, koje je postavio njemu nadređeni pozitivno-pravni stepen u razvoju prava (ustav), i drugo materijalno-legitimnog gledišta, da li zakon odgovara pravičnosti, etičkoj, socijalnoj itd. ideji. Ovo su dvije različne ocjene, ali nam samo obje zajedno daju punu sliku o značenju i vrijednosti nekog zakona. Bilo bi očajno, kad bi se pravna nauka svakom formalno-legalnom zakonu morala klanjati kao modernom zlatnom teletu, bez mogućnosti ove druge materijalno-legitimne ocjene. Nauka bi na taj način upala u neku vrst marazma, odrekla bi se svake kritike i otvaranja novih vidika i puteva. Treba, uistinu, s tako istaknutim i velikim pozitivistom, košto je to bio Duguit, uskliknuti, da u tom slučaju ne bi studij prava vrijedio ni jedne minute napora.²⁰⁾ Zadovoljeni smo onda, kad se obje ove ocjene pokrivaju: kad je formalno-legalni zakon jednovremeno i materijalno legitiman. Na tome ne mijenja ništa pravna država s načelom zakonitosti. I ovo je načelo formalno-legalno, ali ga svako vrijeme upotpunjuje s materijalno-legitimnom sadržinom. Pri tome treba imati i u vidu, da i po pisanim i krutim ustavima nije ustavno pravo ograničeno na ono što je sadržano u pisanom ustavu nego da amo spadaju i izvjesna opća načela, koja su se razvila, ili se razvijaju uz taj ustav.²¹⁾ Isto tako košto — poglavito na području javnog prava — nije zakonski normirano pravo posve istislo običajno pravo, nije ni pisani ustav istisnuo običajno ustavno pravo. I što je

se zakonodavnom tijelu dala naročita moć i snaga. Pitanje je naročito zanimljivo u onim ustavima, koji o tome nemaju izrični propis (bilo da se sudovima priznaje ili da im se ne priznaje ovo ovlašćenje). Spor, koji se oko toga pitanja vodi, a vodi se naročito oko današnjeg francuskog Ustava od god. 1875 i njemačkog Vajmarskog ustava (vidjeti o tome moje »Upravno pravo« I str. 48—50) svodi se u glavnom na jedan metodološki spor: da li ćemo ovdje samo strogo pravno rezonirati, ili ćemo uvažavati i izvjesne političke momente. Po prvome se uzima ustav kao jedinstvena i strogo zatvorena cjelina, gdje iz same te cjeline dobivamo odgovor na ovo pitanje; a po drugome se smatra, da se ovdje radi o praznini ustava, koju treba ispuniti i samostalnim rezoniranjem. Ako se podje prvim putem mora se priznati sudovima ovo ovlašćenje ako se podje drugim, može im se ovo i zaniijekati.

²⁰⁾ »Je ne saurais trop protester contre la tendance — — d'après laquelle toute disposition régulièrement émanée de l'organe législatif d'un pays est une norme de droit devant laquelle le juriste doit s'incliner sans mot dire. S'il en est ainsi, l'étude du droit ne vaut pas une minute d'effort« (Duguit, Traité, 3e éd., t. II, p. 175).

²¹⁾ Hauriou vrlo dobro ističe u svojem »Ustavnom pravu« ovu vrlo važnu okolnost: »Ce serait une erreur de croire que la super-légalité constitutionnelle, ne comprenne que ce qui est écrit dans la constitution, elle comprend bien autre chose et par exemple tous les principes fondamentaux du régime.«

dulji život nekog pisanog ustava, što se on manje i teže mijenja, time je i veća potreba za razvijanje ustavnog običajnog prava. Klasičan primjer pruža u tom pogledu ustavno pravo Ujedinjenih država sjeverne Amerike, gdje je poglavito judikatura, kontrolirajući ustavnost pojedinih zakona, razradila posebna ustavna načela. I sva ovakova pravna načela, iako ih ne sadržaje sam pisani ustav, imaju pozitivno pravni značaj, i idu u krug formalno-legalne ocjene pojedinih zakona.

Novija njemačka literatura, u vezi s novim njemačkim autoritativnim režimom, suprostavlja dosadašnjem formalnom pravu istinsko materijalno pravo, i dosadašnjoj zakonskoj državi (Gesetzesstaat) pravnu državu (Rechtsstaat), ističući da je zakon izgubio vezu s istinskim pravom (misli se na pravičnost i pravdu). »Što više je prodirao individualizam i materijalizam u gradjanstvu — tim je više blijedjelo pravo kao prirodna podloga zakona, i to više postaju pravna i zakonska država opreke.«²²⁾ »Njemački državni život sve više je upadao u legalnost i gubio osjećaj za legitimnost.«²³⁾ »Čitava je smetnja nastala što se je izrodio pojam zakona — —. Ispred svega mora zakonodavna država čvrsto na tome stajati, da pravo i zakon, zakon i pravo stoje u stvarnoj i misaonoj vezi, i da dosljedno normiranje, koje provodi zakonodavac po svojem zakonodavnom ovlašćenju, znači nešto drugo i više nego jednu običnu mjeru.«²⁴⁾ Zakon treba da dobije pravi sadržaj. »Šupla zakonska država, koja na kraju znači bespravnu državu s bezdržavnim zakonom, nadomještava se nacional-socijalističkom pravnom državom.«²⁵⁾ »Identificiranje prava i zakona u tom smislu, da se zakon posmatra naprosto kao pravo, kao pravo u najčišćem obliku i u punom razvoju, bila je osebina liberalnog državnog prava. Običajno pravo se posmatra s nepovjerenjem, jer ne odgovara ovom sustavu.«²⁶⁾ Pri tome se naročito ističe veza koju mora imati pozitivno pravo s pravnim osjećajem naroda.²⁷⁾

Slično glase i izjave drugih današnjih njemačkih nacionalsocijalističkih pravnikâ. Ukoliko se time želi pozitivno pravo dovesti u sklad s »istinskim« pravom (pravičnošću i pravdom), znače ove izjave samo jače pocrtavanje onih strujanja koje su stalne u pravnoj nauci, a pogotovo i kod strogo demokratski orijentiranih pisaca. Ukoliko su one napadaj na donasjanje zakona parlamentarnim putem, manjkaju do-

²²⁾ Lange: Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934 str. 18.

²³⁾ Gerber: Freiheit und Bindung der Staatsgewalt, 1932 str. 18.

²⁴⁾ Carl Schmitt: Legaliät und Legitimität str. 83—84.

²⁵⁾ Lange ibidem str. 40.

²⁶⁾ Fauser: Das Gesetz im Führerstaat (Archiv des öffentl. Recht, 1935. str. 131).

²⁷⁾ »Nach völkischer Auffassung ist das Recht als Ausdruck der Rasenseele vor dem Gesetz. Das Gesetz hat das Rechtsempfinden des Volkes und damit zugleich die Sehnsüchte seiner Rassenseele in Form zu bringen — — — So betrachte ist unsere heutige Gesetzgebung, so autoritär sie in förmlicher Hinsicht ist, doch materiell demokratischer als jede andere« (Fauser ibid. str. 132). U jednoj ocjeni knjige del Vecchio—Nicolai (jedan od najistaknutijih nacionalsocijalističkih pravnikâ) tumači opreku nacionalsocijalističkog i fašističkog shvaćanja »Nach nationalsozialistischer Auffassung ist der Staat nur Formgeber des Rechts, nach faschistischer Auffassung zugleich Rechtsquelle«.

kazi, po čemu bi, općenito uzeto, autoritativni režim bio podesniji za donošenje »pravih« zakona od parlamentarizma odnosno demokracije, koja valjano funkcionira. Pri demokratskom donošenju zakona ne radi se samo o prednostima javne procedure, nego što pri tome (izravno ili neizravno) učestvuju i sami gradjani, — potonje je od naročite važnosti, što je bitna funkcija pravne norme u tome, da obvezuje gradjane na određeno postupanje. Na taj se način gradjani obvezuju vlastitom voljom. Sve se na svijetu može izroditi i izvitoperiti. Autoritativni režim, kako to dokazuje vjekovno iskustvo, još mnogo prije i lakše nego demokratski. Zbog lošeg funkcioniranja nekog konkretnog ustavnog režima ne mogu se povlačiti općeniti zaključci o nepodesnosti takovog režima uopće za donošenje zakona. Uvjereni i radikalni demokratski, kad upoređuju lošu demokraciju s diktaturom, u pogledu zakonitosti, upoređuju ovo kao ilegalnost i alegalnost.²⁸⁾

8. Ako je čitavo naše rezoniranje kod svakog konkretnog zakona dvostruko, t. j. formalno-legalno ili materijalno-legitimno, onda očigledno postoji takovo rezoniranje i kod samog zakonodavca. Ako mu ustav pozitivno-pravno ne stavlja ograničenja, onda ovo još ne znači, da bi on bio potpuno slobodan, jer mimo prvih, formalno-pravnih ograničenja, postoje i druga: etička, socijalna, politička itd. ograničenja. Ona ne stežu zakonodavca manje od prvih ograničenja, iako je ovo ograničenje druge prirode. U izvjesnoj državi, u određeno vrijeme, traže izvjesni postulati (moralni, socijalni, nacionalni, politički itd.) određene pravne propise. Zakonodavac je ograničen političkom, socijalnom itd. strukturom svoje sredine. Postoji određena objektivna materijalna vrijednost, određena materijalna sadržina, koju mora zakonodavac točno pronaći i ispravno stilizirati. On ne stvara tu vrijednost i sadržinu, već je njegova prvenstvena dužnost, da tome dade pravi izraz. Idealno je, kad je zakonodavac za ovo našao pravi izraz, kad njegovo formuliranje odgovara potrebi časa, kao i pravnoj i socijalnoj svijesti naroda.

U novijoj pravnoj literaturi (tako naročito Carl Schmitt u svojoj Verfassungslehre) počelo se opet ukazivati na razliku između »auctoritas« i »potestas«. Moderna državna vlast ne smije spram svojih gradjana djelovati grubom silom i vlašću »sic volo, sic jubeo«, nego svojim autoritetom. Moderna država pretpostavlja sa strane države autoritet, a sa strane gradjana povjerenje. To važi pogotovo i za zakonodavnu vlast, koja se saobrazuje tom načelu, kad daje svojim zakonima pravu sadržinu, koji vežu gradjane više po samoj toj sadržini negoli po gruboj sili. Autoritet zakona počiva prvenstveno u njegovoj pravnoj sadržini, a ne u njegovoj prinudi. Zakonodavac mora, dakle, težiti, da

²⁸⁾ »— dans la fausse démocratie, la méthode démocratique est, sinon respectée, du moins non reniée. La constitution quelquefois est violée constamment, mais elle existe tout de même, et les gouvernants qui la méconnaissent, ont ou doivent avoir la conscience d'une transgression, chose qui n'est pas dépourvue de conséquences. Dans la dictature cette limite, si faible qu'elle soit, n'existe pas. La différence entre la fausse démocratie et la dictature c'est la différence entre l'illégalité et l'alégalisme« (Raiciu: Légalité et nécessité, 1933 str. 141).

njegova norma odgovara pravnoj svijesti i potrebi naroda, a ne smije se oslanjati na grubu silu. Zakonodavac, koji gubi smisao za pravu sadržinu zakona, gubi na autoritetu i povjerenju, i oslanja se samo na silu. Da pak pojedini zakon uistinu obuhvati pravi predmet i sadržinu, daje, općenito uzeto, više garancija zakonodavstvo organizirano na demokratskoj podlozi negoli autokratsko. Sama zakonodavna procedura osigurava odnosno olakšava u istinsko demokratskim državama (koje se služe slobodnim javnim mišljenjem, slobodnom štampom ntd.) ovo uskladjivanje. U državama, gdje nema ove, kako se vole izražavati fašistički i nacionalsocijalistički pisci, »formalne demokracije«, ali se želi imati »materijalnu demokraciju«, ovo se uskladjivanje, baš u nedostatku takove javne procedure, teže provodi. Ovdje se moraju tražiti druge garancije i sredstva, da zakonski propisi odgovaraju osjećaju i potrebi naroda.

U doba mirnog i staloženog državno-političkog života gleda se više na ova formalna zakonodavčeva ograničenja, koja prividno zasjenjuju materijalna ograničenja. U vrijeme previranja i borbi, rušenja starog i gradjenja novog pravnog poretka, pogotovo u revoluciono vrijeme, gleda se sve više na same materijalne elemente. Što je veća pometenost u državno-političkom životu, to veću važnost i značenje dobivaju ovi materijalni momenti pred formalnima. Kako značenja mogu imati za revoluciju ili državni udar formalna ograničenja, utvrđena po ranijem režimu, koji se sada želi iz temelja porušiti?! U vrijeme takovih većih nereda posvećuje se najveća pažnja s jedne strane samoj sadržini prava (odnosu spram izvjesnih političkih, socijalnih itd. postulata), a s druge strane faktičkom priznanju po pravnoj zajednici stvaranju zajedničke pravne svijesti. Ako se sad pojam pravne države uzme strogo pravno-formalistički, onda je razumljivo, da pravo i puno carevanje take pravne države može postojati samo za vrijeme mirnog i staloženog javnog života.

I pošto je zakonodavac stvarno okružen s dvije vrste ograničenja, odnosno uslovljen s dva razna uslova, bilo bi pogriješno iz pravne nauke prosto izbaciti ova druga ograničenja, koja nisu strogo pozitivno-pravne prirode. To bi bila jednaka pogriješka i jednostranost, koja bi dovela do sličnih loših rezultata, kao kad se svi ti elementi žele ukloniti pri tumačenju zakona, i ovo ograničiti samo na pravno-formalne elemente. Tumačenje mora uzimati u obzir sve ove »metajuridičke« momente baš s razloga, što zakonodavac nije oslobođen od tih utjecaja, već je pod njima; i ovi »metajuridički« utjecaji ne samo da ograničuju zakonodavca, nego daju i pravi smisao njegovim odredbama. Pravna nauka mora uzimati u obzir čimbenike (ispred svega moralne i socijalne), koji daju život i snagu cijelom pravu. Mora se, međjutim, tražiti strogo metodološko lučenje između momenata formalne legalnosti i materijalne legitimnosti. Prvo je strogo normativno, a drugo socijološko, etičko odnosno filozofsko gledište. Medjusobno se ovo dvoje odnosi, kao objekt koji faktički postoji spram svog ideala. Metodološki sinkretizam može ovdje postati opasan. Ne mogu pristati uz gledište, da bi iz pravne nauke trebalo posve ukloniti sve ono, što nije strogo normativno, t. j. pozitivno pravno, a naročito pravnu sociologiju i po-

litiku.²⁹⁾ Ali ove doktrine ne smiju se ni pomiješati, jer imaju razne objekte i razne metode. Svako dovadjanje u vezu, i svako sintetiziranje ne znači, međjutim, još takvo miješanje.³⁰⁾

9. Ne može se ni priznati, da bi Duguit uspio u svojem pokušaju, da izvjesne materijalno-legitimne elemente učini formalno-legalnim, da ih obuče u pozitivno pravno ruho. Iako je ovo jedan od najinteresantnijih pokušaja u pravnoj nauci baš s razloga, što dolazi od radikalnog pozitiviste i realiste, koji odbija sve apriorističke sudove i stalno naučava, da je iskustvo jedini put za ljudsko znanje, te polazi eksperimentalnim putem, odbacujući »metafizičke« koncepcije. Kao strogi objektivista (negirajući i subjektivna prava) postavlja on nad sve pravno pravilo, koje čini osnovni elemenat čitavog pravnog sustava. No nad pozitivnim pravom postoji primat socijalne norme: prvo i odlučno je mjerilo pravna svijest (osjećaj socijalnosti i pravde) članova nekog društva. Ne daje, po Duguit-u, intervencija države nekom pravilu značaj pravne norme, već pravna norma povlači svoju snagu iz socijalne činjenice. Dalje je u njegovoj nauci važno lučenje između osnovnih ili normativnih pravnih pravila i tehničkih pravnih pravila. Potonja pravila imaju samo za zadaću, da osiguraju obdržavanje i primjenu prvonavedenih pravnih pravila. Iza svakog tehničkog pravnog pravila, da bi ono bilo obavezno, mora stajati neko normativno pravilo;³¹⁾ tako da i tehničko pravno pravilo pretpostavlja doduše državu, ali ne dobiva od same države svoj imperativni značaj. I ovo rezoniranje, koje može stajati sa čisto socijalnog ili filozofskog gledišta, miješa pozitivno ili pravno-dogmatsko gledište, koje je strogo normativno, sa socijološko-eksplikativnim gledištem, s pravnom sociologijom, koja pojedini pravni sustav tumači s nekog višeg socijalnog gledišta.

10. No kao u mnogim drugim pitanjima, Duguit posjeduje i ovdje

²⁹⁾ To je naročito glavna zasada Kelsen-ove, čiste pravne nauke, koja želi biti teorija strogog pravnog pozitivizma. Teži se čistoj pravnoj teoriji, koja je »pročišćena od svake političke ideologije i svih prirodnoznanstvenih elemenata«. »Jurisprudencija, koja se je potpuno raspadala u pravno-političkom rezoniranju, ima se uzdići na visinu prave duhovne nauke«, i »kolikogod moguće približiti idealu svih znanosti, objektivnosti i egzaktnosti«. (Iz predgovora Kelsen: Reine Rechtslehre, 1934).

I ovdje bi se mogla samo ponoviti duhovita opaska starog Menzela — — est ist zweifellos ein groszes Verdienst Kelsen, gezeigt zu haben, was die reine Staatsrechtslehre zu leisten vermag, wenn sie mit Konsequenz ausgebaut wird. Es ist nicht wenig, aber doch nicht die ganze Staatslehre.

³⁰⁾ Tako se, po mojem mišljenju, svakako kreće u tim, metodološko dopustivim, granicama novo odlično djelo prof. Tasića: Uvod u pravne nauke — Enciklopedija. Zato će dobrim plodom uroditi njegovo ispravno nastojanje, da pravo dovede u vezu s moralnim i socijalnim faktorima. Pogotovo je simpatično, da se baš tim putem uvedu mladi ljudi u studij prava.

³¹⁾ Tasić: Enciklopedija str. 82 i slij. daje lučenje između normativnih i tehničkih pravnih pravila jedno drugo značenje, i koje je, kako on naročito potcrtava, strogo relativno. Pošto mu je načelno pravo sinteza dviju zadataka: pravičnosti i reda (str. 131), to i razlikovanje normativnih i tehničkih pravila svodi na razlikovanje između pravila pravičnosti i pravila celishodnosti.

vanrednu vidovitost i smisao, da postavi veliki moderni pravni problem, koji će doskora prihvatiti čitava pravna nauka. Problem je u limitaciji i determiniranju zakonodavca. Ne mari, što se pri tome najčešće i ne radi o formalno-legalnom determiniranju odnosno limitaciji, nego o materijalno-legitimnom. Pravna nauka sve više iznosi pitanje limitacije i determiniranja zakonodavca (iako prvenstveno kao socijološki, politički i moralni problem, i pod jakim uplivom danas naročito razvijenih socijalnih i političkih nauka), i ovo ulazi sve više u našu pravnu svijest. Izgleda, da smo svjedoci jednog procesa, gdje se lagano izvjesna izvorno materijalno-legitimna ograničenja pretvaraju u formalno-legalna.

voluntas u potivo

U francuskoj pravnoj nauci se u pogledu ovog pitanja luče voluntariste od objektivista. Prvima je pravna norma čisti proizvod ljudske volje, a drugima djelo čimbenika, koji stoje van ljudske volje. Voluntaristi potcrtavaju kod pravnog pravila autonomiju volje, a objektiviste socijalni, moralni itd. poredak. Voluntaristima je sama volja stvaralac pozitivnog prava, a pitanje neke prethodne i više norme im je neznanstvena tlapnja; objektivistima, naprotiv, nije ova volja apsolutna i »suverena«, nego potčinjena nekoj prethodnoj i višoj normi, od koje pozitivno pravo povlači svoju snagu i važnost. Radikalnim objektivistima proizvire pravna obveza iz jedne više norme, koja je nad voljom pojedinca (Duguit-ovim jezikom rečeno: i nad onima, koji vladaju, i nad onima, kojima se vlada), a voluntaristima od volje nadležnog organa. Dok voluntarističko shvaćanje pokazuje tendenciju, da oslobodi zakonodavca svih stega i ograničenja, objektivističko shvaćanje okružuje zakonodavca velikim ograničenjima. Obje se ove teorije razlikuju prema tome bitno i po svojim praktičnim posljedicama. Zakonodavac bi po objektivističkom shvaćanju bio najviše samo pronalazač, a ne i stvaralac prava, — on ne stvara, nego samo formulira pravo. Ideje postoje već unaprijed u svijetu, i zato nema stvaralaca, nego samo pronalazača ideja (Hauriou).

Objektivističko shvaćanje, iako u izvjesnoj blažoj formi, izgleda, dobiva danas prevagu u francuskoj pravnoj teoriji. Ekstremni pravac se ove teorije pri tome već posve približio školi prirodnog prava. Objektivističko shvaćanje dolazi osobito do izraza kod pristaša nove tkzv. institucione teorije, koja je počela s Hauriou-ovim istraživanjem. Francuska teorija institucije postaje tim aktuelnija i zanimljivija, što se i novi pravac u njemačkoj pravnoj literaturi, nadahnut nacionalsocijalističkim pokretom, dosta na nju poziva i otkriva mnoge sličnosti.³²⁾ U toj je njemačkoj literaturi primjetljiv jak antivolunta-

³²⁾ Tako naročito Carl Schmitt, jedan od glavnih ideologa ove nove njemačke pravne nauke. On razlikuje (Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934) tri vrste pravnoznanstvenog mišljenja, prema tome da li se pravo shvaća kao pravilo, kao odluka ili kao konkretni poredak i formiranje (Gestaltung). Zastupajući posljednju tezu, njemu ne stvara norma ili pravilo poretka, već ova norma ima samo izvjesnu regulirajuću funkciju u okviru određenoga poretka. Schmitt upućuje na talijanskog pisca Santi Romano, po kome je pravni poredak jedinstveno biće, koje se djelomično pokreće pravilima, no koje prije svega samo po-

rizam. Teorija institucije postavlja na prvo mjesto samu ideju. Institucija je ideja djela ili poduzeća, koje treba realizirati (Hauriou), ili ideja snabdjevena sredstvima (Renard), ili utjelovljena ideja (Délös). Po Cuche-u postoji kao posebna skupina institucija i sam l'institution — règle, — to je poredak, koji ide za kolektivnom svrhom. Vodeća ideja svake institucije — a država je samo institucija među drugim institucijama — je njena svrha, a te se svrhe svode na posljednju svrhu, koja je za veći dio institucione teorije opće dobro. Po tom svojom osnovnom idealističkom stavu razumljivo je, da su pristaše institucione teorije, u ogromnoj većini, mnogo bliži objektivistima negoli voluntaristima; premda o ovom pitanju, kao i o mnogim drugim pitanjima, fali kod pristaša ove teorije jedinstveno gledanje. Većina ih stvarno miri objektivizam s voluntarizmom, i zastupa umjereni objektivizam³³⁾.

I uistinu, izgleda, da će i ovdje ovaj srednji put biti najbolji. Objektivizam se može prihvatiti samo u kalmiranom obliku. On i odgovara ideji pravne države, jer ograničuje i samog zakonodavca. Kalmiranje je potrebno u dvostrukom pravcu: da zakonodavac nije uvijek samo determiniran, već i slobodan, i drugo, da se kod ovih ograničenja često ne radi o pozitivno-pravnim, nego o socijalnim, etičkim, političkim itd. ograničenjima. Treba, dakle, lučiti dvojice: da li je u konkretnom slučaju zakonodavac slobodan ili ograničen, i drugo, koje je vrsti

kreće pravila kao figure na igralištu. Pravila predstavljaju, prema tome, prije objekt ili sredstvo pravnog poretka, negoli element njegove strukture. Promjena norme je više posljedica, negoli uzrok promjene poretka. Schmitt nalazi u Njemačkoj veliki krug pravnog mišljenja poretka. U Francuskoj je, po njegovom mišljenju, nauka Hauriou-a o instituciji prvi sistematski pokušaj za konkretno mišljenje poretka. Hauriou mu je realniji od Duguita-, jer se H. istraživanje zasniva na praksi Drž. savjeta. Za ovo instituciono mišljenje sama država nije sustav normi, niti suverena decizija, već institucija institucija, u čijem poretku mnogobrojne druge u sebi slobodne institucije nalaze svoju zaštitu i poredak. Sam Schmitt predlaže za ovo treće i sadašnje pravnoznanstveno mišljenje ne izraz instituciono, već »konkretes Ordnungs und Gestaltungsdenken«.

U raspravi Beck: Zur neuesten Entwicklung der französischen Rechtslehre (Deut. Juristenzeitung 1935 str. 279 i slj.) ukazuje se na sličnost osnovnih ideja francuske institucione teorije s modernom (nacionalsocijalističkom) njemačkom pravnom teorijom. Bitno je piscu da se pravo opet dovede u vezu s čudorednim, nacionalnim poretkom.

³³⁾ Naročito uzima i sam Hauriou institucioni sustav kao srednji put između apsolutnog objektivizma i apsolutnog voluntarizma. Desqueyrat u svojem lijepom, novom djelu: L'institution, le droit objectif et la technique positive, koje pruža dosada najljepši pregled ove teorije, zauzima jednako srednji stav. Individualna volja, prema njemu, nije jedini realni izvor pozitivnog prava. Ali s druge strane ne može se ni tvrditi, da bi pozitivno pravo bilo strogo socijalno determinirano. Pravo je uistinu mješavina determinizma i slobode, i radi se samo o mjeri te mješavine. Ali to nije više pravni, već socijološki problem. Priznavajući prvenstvo objektivnog prava, D. traži intervenciju volje za posljednje determiniranje pozitivnog prava. U opoziciji stoji, u tom pitanju, u instituciono nauci Waline, koji je apsolutni voluntarista. Opet njegov voluntarizam nije jednak običnom voluntarizmu, jer znači volju institucije. Antipodi su mu, po svojem radikalnom objektivizmu, Renard i Délös, radikalne pristalice primata prirodnog prava nad pozitivnim. Pravo se, po njima, ne smije identificirati sa zakonima; zakon i čitavo pozitivno pravo su samo izraz prirodnog prava.

to ograničenje, formalno-legalne ili materijalno-legitimne prirode. I tako se, u glavnom, opreka između voluntarizma i objektivizma svodi na sprijeda opisana dva razna gledanja: formalno-legalno i materijalno-legitimističko. Ako se stavimo isključivo na prvo gledište dolazimo do voluntarizma, a ako uvažimo i drugo gledište, dolazimo do objektivizma. Što se ove objektivističke tendencije danas nesumnjivo šire u pravnoj nauci, treba, uz ostalo, pripisati i današnjem vremenu velikih političkih, socijalnih itd. poremećenja. Jer, kako smo već sprijeda utvrdili, strogi pravni pozitivizam može se praktički provoditi samo u skroz staloženo i mirno vrijeme.

11. Esencijelno je za pravnu državu režim pravnih normi, opća ideja normativnosti. Primijenjena specijalno na upravu — a baš je ta primjena postala značajna za modernu pravnu državu — ta ideja znači, da se upravni akti izdaju po nekoj unaprijed određenoj maksimumi, po nekom općem pravilu, a ne po časovitoj odluci. Bitno je za pravnu državu, da pravo ima ovaj normativni značaj. A za ovo je potrebno, da zakon (pravna norma) ne veže samo pojedine građane i pojedine vlasti u odnosu spram autora pravnog propisa, nego i samog autora pravnog propisa, tako dugo, dok nije propisanim načinom izmijenio odnosni pravni propis. S punim pravom se ističe, da je baš ova potonja vezanost najznačajnija u režimu legalnosti i pojmu pravne države³⁴⁾ — bez toga nema ni legalnosti ni pravne države. Pravo nema normativni značaj, nego — da se poslužimo izrazom sovjetskih pravnikâ — instrumentalni značaj, kad ne važe apsolutno, naročito kad ne veže samu državnu vlast,³⁵⁾ već služi samo kao neke vrsti tehničke instrukcije. Baš fašistički i njemački nacionalsocijalistički pisci rado podvlače, kako su, upravo zbog ove normativnosti, i današnja Italija i današnja Njemačka pravne države, dok da to nije boljševička Rusija.³⁶⁾ Strogo idejno i teoretski uzeto, može se reći, da u razvijenoj demokra-

34) » — la loi s'imposant à ses auteurs mêmes aux détenteurs du pouvoir, qu'il soit roi, parlement, ou roi et parlement, et le seul trait qui marque l'existence du régime de légalité. Elle s'est surajoutée historiquement aux premières, déterminant l'Etat de droit. Sa présence au fondement de l'Etat, constitue le seul critérium de distinction entre l'Etat arrivé dans son évolution progressive à réaliser un Etat de droit, et les autres formations juridiques primaires« (Raiciu: *Légalité et nécessité*, str. 46).

35) U svojem djelu: *La théorie générale de l'Etat soviétique*, 1928 Mirkin Gecević karakteriše sovjetsko pravo kao »un ensemble de règles obligatoires pour les gouvernés, non pour les gouvernants; de telle sorte que la notion même du droit objectif comme règle de droit est inapplicable au régime soviétique«. On se pri tome naročito poziva na sovjetskog pravnikâ prof. Lodiženskoga, prema kome: »La révolution a créé des rapports juridiques qui ne sauraient coïncider avec les cadres étroits du droit objectif et que le droit soviétique doit toujours conformer à la clause rebus sic stantibus«.

36) Fašistički orijentirani pravnik prof. Luigi Benedicenti u više programatskom članku, namijenjenom inozemstvu (*Verwaltungs-Archiv*, god. 1934 str. 339), naročito podvlači, da je i fašistička država pravna država, to jest pravnom normom uređeno državno biće, dok je sovjetska država — u čemu ona i jeste jasna i mehanička antiteza tradicionalnom državnom tipu — izgrađena kao ajuridička i

ciji nesumnjivo leži vrlo jako političko jamstvo za ideje pravne države. no i van čiste demokracije dade se pojmovno zamisliti režim, koji se veže vlastitim pravnim normama.³⁷⁾

Ne smeta ideji normativnosti, ako se pravnoj normi daje bilo individualistička, bilo univerzalistička koncepcija. Samo ako se univerzalistička koncepcija pretegne (što se lakše događa u autokratskom režimu), može se poništiti i sama ideja normativnosti. Po koncepciji ekstremnog liberalizma (koje je u jakoj oštini više došlo do izražaja u literaturi negoli u praktičnom državnom životu), prvenstveni su elemenat prava pojedinca, dok pravne norme imaju samo tu svrhu, da osiguraju i zajamčuju ovu pojedinčevu opoziciju; naprotiv po univerzalističkom stajalištu, koje je jednovremeno i objektivističko, sama je norma prvenstveni primarni i izvorni elemenat, dok su ovlašćenja i dužnosti pojedinca drugotne, i slijede iz pravne norme. Po prvoj koncepciji normiranje se uvijek provodi gledom na pojedinčevu poziciju, i kako bi se on što više zaštitio: pravna norma je skup, svežanj pojedinčevih ovlašćenja i izraz njegove pravne pozicije; — čitava tehnika normiranja izgrađuje se oko normiranaj subjektivnih prava, a potisnuta je ideja zajednice i općeg dobra. Po drugoj, univerzalističkoj koncepciji, normiranje se provodi u općem interesu zajednice, pa ovisi samo od slučajne koincidencije interesa pojedinca s onim zajednice, ako bude time učvršćena i pozicija pojedinca; pravna norma uređuje prvenstveno odnose zajednice i želi utvrditi valjani, objektivni pravni poredak; — čitava tehnika normiranja potčinjena je ideji zajednice i općeg dobra. Posredno ideja normativnosti, i kraj univerzalizma, ide

antijuridička država. Za nju je pravo samo čisto praktično oružje. Za nju nema ni prava, ni pravde«.

Koellreuther, da uzmemo baš jednog radikalnog propagatora novih nacionalsocijalističkih ideja, izražava se jednako protiv boljševičke Rusije (*Grundriss der allgemeinen Staatslehre*, 1933 str. 108): »In der Ordnungsaufgabe des Rechts sind aber immer traditionelle Werte enthalten. Denn das Recht zielt ja in erste Linie auf die Erhaltung des Vorhandenen und Gegebenen. Revolution und Rechtsstaat sind deshalb Gegensätze und können auf die Dauer nicht nebeneinander im Volks- und Staatsleben Bestand haben. Die echte Revolution als einmalige politische Entscheidung greift in die Substanz einer gegebenen Rechtsordnung ein und schafft Raum für neue politische Formen. Ein Staat dagegen, der sich selbst als in »permanenten Revolution« befindlich bezeichnet, kann wesensgemäß kein Rechtsstaat sein. Deshalb ist der bolschewistische Staat der Gegenpol eines Rechtsstaates, weil er sich seiner Idee nach bewusst als Übergangszustand empfindet. Und da er alle bisherigen traditionellen Werte, z. B. Ehe und Religion, zu zerstören sucht, kennt er auch keinen Rechtswert und ist deshalb der Typus des Nicht — Rechtsstaats«.

Pojedinačno se i u Njemačkoj javljaju glasovi, koji odbacuju ovu normativnost, tako naročito Forsthoff. »Der hervortretende Unterschied des gegenwärtigen im Vergleich mit dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff ist der, dass das heutige Gesetz nicht mehr normative, abstrakte Ordnungen, sondern personale Wirkenszusammenhänge herstellt« (*Deut. Juristen Zeitung*, 1934 str. 308). No on je u tome dosljedan, pa uopće zabacuje, da bi današnja Njemačka bila, ili uopće trebala da bude, pravna država.

37) Protivno Raiciu u cit. djelu (str. 19), kome je pravna država moguća samo u demokraciji, jer da se samo ovdje može realizirati, da pravo sve jednako veže, a naročito i samu državu i one koji vladaju.

u korist pojedinca. A to naročito zato što i pojedinac može, zbog ove normativnosti, da unaprijed predvidi sve odnose. Uopće je ova predvidljivost jedna od najznačajnijih crta u režimu legalnosti³⁸⁾, te ona ide baš tako u korist zajednice, kao i u korist pojedinca.

Ovoj različitoj, individualističkoj odnosno univerzalističkoj koncepciji pravne norme, odgovara i različita koncepcija subjektivnih prava. Individualizam dovodi do primata subjektivnog prava, a univerzalizam do onoga objektivnog prava. Desubjektiviziranju pravne norme odgovara objektiviziranje subjektivnih prava. Najbolje se ovaj razvoj primjećuje u javnom pravu kod t. zv. temeljnih prava slobode. Nekoć su ta prava shvaćana strogo subjektivno kao tvrde kule, koje služe isključivo u obranu pojedinčeve pravne sfere; uplivom univerzalističke koncepcije, ova se prava pretvaraju u objektivna pravna načela; subjektivni i individualistički momenat prestaje biti prvenstven, i na njegovo mjesto dolazi objektivno načelo.³⁹⁾

Učitelji javnog prava, kad su definirali i konstruirali subjektivno pravo, bili su, po prirodi stvari, većma naklonjeni objektivističkom shvaćanju, nego što su bili civiliste u pogledu subjektivnog privatnog prava. Kod potonjih je i dosta rašireno shvaćanje, da je subjektivno pravo logički i vremenski prethodilo objektivnom pravu. I Windscheidovo tumačenje subjektivnog prava kao moć volje (Willensmacht) je tipično civilističko shvaćanje. Iheringova formula, daje to »pravom zaštićeni interes« znači već znatno objektiviziranje, i zato je ova formula mnogo bliža publicističkom shvaćanju. Učitelji javnog prava, koji su prihvatili Windscheidovu ideju, morali su ju nekako ublaživati. Obično bi ju kombinirali s Iheringovom formulom, bilo da više naglašuju jednu, bilo više drugu ideju.⁴⁰⁾ I zato je skroz razumljivo, da su u novoj pravnoj literaturi upravo dva učitelja javnog prava istupili u pogledu problema subjektivnih prava kao strogi objektiviste: Duguit i Kelsen. Obojica izražavaju, na pravni način, univerzalističku koncepciju.

Između ove objektivističke teorije Duguita i Kelsena ima mnogo sličnosti, premda je put i metoda, kojom se oni služe skroz različan. Duguit istupa strogo realistički, dok Kelsen želi razviti teoriju čistog

38) Ovu crtu režima legalnost vrlo dobro naglašava P. Negulesco u svojem djelu o rumunjskom administrativnom pravu. »U državi zasnovanoj na legalnosti socijalni odnosi su tako organizovani, da omogućuju pojedincu unaprijed predvidjeti, kako se on ima vladati, kako će se drugi spram njega vladati, i kako će se sama država spram njega vladati«.

39) »Die Grundrechte altliberaler Prägung waren Glieder einer vom Staate wegführenden Bewegung — — heute können sie nur im Sinne einer zum Staate hinführenden Freiheit verstanden werden — — Die Grundrechte als ein geschlossenes und der nationalen Gestaltung dienendes System bedeuten eine völlige Abkehr von den altliberalen Grundrechten, deren Sinn in einer negativen, lediglich staatsbeschränkenden Funktion bestand. Aus individuellen Freiheiten haben sich die Grundrechte zu Grundformen der öffentlichen Ordnung entwickelt«. (H u b e r Bedeutungs-wandel der Grundrechte — Archiv des öffentlichen Rechts, god. 1933. str. 84).

40) U prvom smislu primjerice Georg Jellinek, a u drugom Michoud.

prava, daleko od svake politike. Zato je politička ideja univerzalizma mnogo uočljivija kod Duguita, negoli kod Kelsena. Duguitu je iznad svega društvo, a pošto pojedinci nisu ništa drugo nego članovi društva, ne mogu im se podijeliti subjektivna prava. Subjektivno pravo je samo pravna situacija, iz koje ima pojedinac što bolje poslužiti društvu. Ali i pri Kelsenu, unatoč svega njegovog čisto pravnog rezoniranja, vidno se ispoljuje univerzalistička koncepcija. Kelsen je tipičan zastupnik univerzalističke koncepcije, htio ili ne htio, svijesno ili nesvijesno. Strogo pravnom argumentacijom zastupa se ovdje političko, univerzalističko shvaćanje. Kelsen stavlja u prvi red pojam pravne dužnosti. Svako pravno pravilo mora nužno statuirati neku pravnu dužnost, uz ovo ono može statuirati i ovlašćenje. Ovlašćenje je samo moguća, a ne i nužna sadržina objektivnoga prava. U tom se slučaju pravna norma individualizira na ovlašćenje, t. j. na pravo nekog subjekta, da se posluži pravnom normom za oživotvorenje svojih interesa. No ovo pravo nema ništa samostalnog, jer postoji samo u toliko, ukoliko ga normira objektivno pravo. Subjektivno pravo moglo bi biti od objektivnog prava samo onda različno, kad bi bilo od njega neovisno (ideja prirodnjenih prava). Subjektivno pravo, dosljedno prema Kelsenu, nije ništa drugo nego objektivno pravo, samo što se po svojoj posljedici neprava obraća na neki konkretni subjekt (dužnost), ili stoji ovome na raspoložanju (ovlašćenje). Subjektivno pravo je samo naročiti oblik objektivnog prava — pravna norma, koja je dobila konkretno individualni sadržaj.

Ideja normativnosti može se sačuvati uz obje ove koncepcije, individualističku i univerzalističku. Svakako mora pri tome ostati netaknuto načelo, da pravna norma tako dugo, dok se redovnim putem ne izmijeni, jednako veže državu kao i građane, — i one koji vladaju, i one nad kojima se vlada. To je bitno u ideji normativnosti prava. Bilo je vrijedno truda najvećih pravnikâ, da pravno utvrde⁴¹⁾ i politički obrazlože ovu glavnu osnovu pravne države, bez koje joj nema života. Kad krajni univerzalizam, ideja totalne države i slično, i ovo načelo jednom ponište, onda se uistinu ne može više govoriti o pravnoj državi. Vraćamo se punim jedrima u situaciju, kako je postojala u vrijeme prije postanka pravne države, naročito za vrijeme policijsko-apsolutističke države, kad su pravila, koja su se izdavala upravi, imala značaj strogo internih uputstava, koja samo vežu niže upravne organe spram viših, a nemaju značaj objektivne i opće maksime. Čak ovi moderni, krajni »totalizatori« idu često i preko pravne situacije, kako je postojala u policijsko-apsolutističkoj državi, jer ova svoja »moderna« načela primjenjuju i na samo sudstvo, što nije činila ni sama razvijena policijsko-apsolutistička država (bar ne u ideji).

12. Načelo da je pravna norma opće obvezatna, da ona jednako veže sva lica u državi, nije dovoljno samo idejno postaviti, već su potrebna i određena sredstva i garancije, da će se to i praktički uistinu provoditi. Zato su sva ovakova razradjena sredstva i jamstva potpuno u duhu pravne države, bilo da se podje s individualističke, bilo s uni-

41) Vidjeti o tome moje Upravno pravo I str. 139 i slij.

verzalističke koncepcije pravne norme. Među ovim sredstvima igraju veliku ulogu i pravna sredstva odnosno pravni lijekovi pojedinaca, a naročito upravno-sudska tužba. Bilo bi posve pogriješno, da se ova sredstva, a specijalno upravnosudska tužba, uzmu samo kao plod rečene individualističke koncepcije i odbace kraj univerzalističke koncepcije. Uistinu i vrlo radikalna takova univerzalistička odnosno objektivistička koncepcija zadržaje, i to s punim pravom, ova sredstva, a specijalno i upravnosudsku tužbu. Univerzalističko shvaćanje im tek daje drugi smisao: pojedinac koji diže upravnosudsku tužbu vrši funkciju u općem interesu, jer brani opću zakonitost; nije primarno u njegovoj akciji, da zaštiti svoj lični interes, nego ovaj opći interes, koji leži u poštivanju zakonitosti. Pojedinčeva tužba je zajednici sredstvo, kojim ona štiti načelo zakonitosti, koje je ispred svega u najvećem interesu same zajednice.⁴²⁾

Tako shvaćena objektivistička koncepcija približuje čitavu situaciju onoj, kako postoji pri *actio popularis*, gdje svaki pojedini gra-

⁴²⁾ U pozadini spora, koji se vodi u francuskoj literaturi oko pitanja, da li se kod *recours pour excès de pouvoir*, gdje se pokreće samo pitanje zakonitosti upravnog akta (koji uglavnom odgovara našoj upravno-sudskoj tužbi po čl. 15 zakona o Drž. savjetu i upravnim sudovima) radi o subjektivnom ili objektivnom administrativnom sporu, o povredi subjektivnog ili objektivnog prava, leži prvenstveno gornja politička ideja individualističke, odnosno univerzalističke ili objektivističke koncepcije. Individualističkoj koncepciji odgovara više, da se ova tužba shvati kao subjektivni administrativni spor, a univerzalističkoj, naročito u njenom radikalnijem obliku, da se shvati kao objektivni administrativni spor. Iako je moguće, da umjereniji univerzaliste i objektiviste zauzmu i stajalište subjektivnog admin. spora, zbog izvjesnih drugih momenata (kako to naročito čini u svojim novim radovima Bonnard).

Gospodujuća francuska nauka smatra *recours pour excès de pouvoir*, koji je ograničen na pitanje zakonitosti, objektivnim sporom u idejnoj opreci spram *recours de pleine juridiction*, čiji je neposredni i načelni objekt samo subjektivno pravo, zahtjev za priznanjem toga prava, i koji je dosljedno subjektivni spor. U toj opreci posmatrano, prikazuje nam se prvi *recours* kao institut univerzalističke ili objektivističke koncepcije, a drugi *recours* kao institut individualističke koncepcije. Posve je logično, da radikalni univerzalista i objektivista Duguit, koji uopće poriče subjektivno pravo, pa i samo privatno vlasništvo, shvaća kao zakonsku i objektivnu situaciju, kao socijalnu funkciju, mora i *recours pour excès de pouvoir* radikalno smatrati objektivnim administrativnim sporom. Uopće je kod Duguit-ovog odbacivanja subjektivnih prava, uz ostalo, odlučna i čisto politička nota: iznad svega zajednica, a pošto pojedinci nisu ništa drugo nego članovi zajednice, ne mogu im se dati ni subjektivna prava, nego samo društvene funkcije. Po radikalnom shvaćanju objektivnosti spora *recours pour excès de pouvoir* interes, koji je potreban pojedincu za pokretanje ove tužbe, nije uopće *causa petendi*, već samo uslov za primanje tužbe. Svrha je tužbe, da se ukloni nezakonitost u interesu čitave zajednice, a ne samo u interesu tužioca. Upravni sudac ne posreduje, da bi zadovoljio taj lični interes pokretača tužbe, već opći interes; nije prvotna svrha čitavog postupka zadovoljenje povredjenog ličnog interesa, već uspostava povredjenog objektivnog prava. Kad se jednom stane na ovo stajalište, nije više daleko ni samo priznanje *actio popularis*, gdje upravno-sudsku tužbu može pokrenuti svaki pojedinac, bez obzira da li je povrijedjen, ili nije povrijedjen njegov lični interes. Čim se smanjilo pravno značenje povredjenog interesa pri pokretanju tužbe, čim se čitavoj tužbi dalo objektivno-pravno značenje, situacija se znatno približila onoj *actio popularis*. I tako vidimo da dosljedno provedena univerzalistička i objektivistička koncepcija, ne samo što ne steže i ograničava slučajeve kad pojedinci mogu pokretati upravno-sudsku tužbu, već obrnuto pokazuje tendenciju da te slučajeve proširuje.

djanin, bez obzira da li je u igri njegovo subjektivno pravo ili pravni interes, može pokretati upravnosudsku tužbu. Kad se čitava stvar razmotri idejno i logički, dolazi se do zaključka, da bi univerzalistička ili objektivistička koncepcija morala upravo proširiti krug mogućnosti dizanja tužbi po pojedincu. Kad neki univerzaliste hoće napadno ograničiti krug tih pravnih sredstava, onda to nije posljedica njihove univerzalističke koncepcije, nego drugih političkih ideja, a naročito autokratskih ili autoritativnih. I zato će istinski univerzaliste-demokrati širiti krug tih tužbi, dok će univerzaliste autokratskog ili autoritativnog režima često sužavati taj krug.⁴³⁾ To sužavanje nije, međutim, pojmovno bitno za autokraciju odnosno autoritativni režim, jer bi bilo baš u interesu samog autokratskog odnosno autoritativnog režima, koji zatvara i priječi mnoge oblike javne kontrole, da dozvoli i širi mogućnost kontrole po samim državnim organima. Politički posmatrano, autokratskom odnosno autoritativnom režimu bi ovakova široka kontrola po samim državnim organima bila potrebna, negoli strogo de-

⁴³⁾ To se primjećuje i pri uporedbi francuskih univerzalista i objektivista, demokratski raspoloženih (naročito Duguit-a), s novim njemačkim pravnicima autoritativnog režima. Tako se Koellreutter (*Der nationale Rechtsstaat*, 1932 str. 27 i slij.) izražava u pravcu sužavanja nadležnosti upravnih sudova; specijalno je protiv toga, da bi se ova nadležnost odredjivala po generalnoj klauzili. Ipak se ovdje — kao i u mnogim drugim pravnim pitanjima nove Njemačke, a što je i razumljivo za svaku veću revoluciju — radi o jednom previranju, pa ima i posve protivnih glasova, tako da će se pravi pravac tek u budućnosti iskristalizirati. Tako primjerice Prof. Tatarin-Tarnheyden (*Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat-Archiv des öffentlichen Rechts* 1934) ne želi da se smanjuje upravno sudovanje, niti da se pojedincu oduzmi inicijativa u borbi za pravo (*ibid.* str. 356) »Pretpostavka za upravno sudsku tužbu bila je dosada povreda subjektivnih prava, i nije dostajala povreda objektivnog prava. Danas možemo govoriti samo o nacionalnim, ličnim pravnim dobrima javnog prava, i mnogo što je do sada bilo subjektivno javno pravo pretvara se u prosto refleksno pravo. I tako dolazimo do subjektivnih javnih prava u širem smislu, ili nepravog subjektivnog javnog prava. I povreda takvog prava daje legitimaciju. Dann wird die in der formaldemokratischen Lehre so verpönte »Popularklage«, d. h. die Klage im nationalen Gesamtinteresse vor dem Verwaltungsgerichte nicht mehr ausgeschlossen sein« (*ibid.* str. 357). Objektivista autoritativnog režima izjašnjava se otvoreno za samu *actio popularis*! Treba li većeg dokaza, da univerzalizam idejno ne sužuje, već upravo proširuje pravna sredstva pojedinca, a naročito upravnosudsku tužbu?!

Srednje stajalište, koje bi se nekako moglo danas smatrati gospodujućim u Njemačkoj, zauzima ministarski savjetnik Fischbach (*Die subjektiven öffentlichen Rechte, Deutsche Juristen-Zeitung* 1935 str. 844-5). Polazeći sa stanovišta, da se predočba o subjektivnim javnim pravima pojedinaca zasniva na liberalističkom shvaćanju i da ne odgovara više današnjem nacional-socijalističkomu shvaćanju, njemu otvaranje upravnosudskog puta pojedincima, ne znači zaštitu pojedinčevog subjekt. javnog prava, nego pravnu zaštitu u interesu narodne zajednice, koja ne podnosi neispravnu primjenu zakona i prava. I u nacionalsocijalističkoj državi je pravna sigurnost osnovica za narodnu zajednicu. Ali po ovom shvaćanju pravne zaštite ne može se, prema F. mišljenju, više govoriti o subjektivnim javnim pravima. Sudsko ispitivanje upravnih akata ne znači podvrgavanje države pod nezavisne sudove, što bi se moglo uzeti samo onda, kad bi ponovno oživjela po nacionalsocijalistima konačno odbačena nauka o podjeli vlasti; već država na taj način stvara sama garancije, da pojedini član naroda uistinu i ono dobije, što ga i u okviru narodne zajednice pripada (*suum cuique!*).

mokratskom režimu s razvijenim javnim mišljenjem i jakom javnom kontrolom.

13. Walter Jellinek iznosi u svojem »Upravnom pravu«, da legenda o Fridriku Velikom i mlinaru iz Sanssouci-a spada u carstvo priča, i da su se faktički u nekim drugim slučajevima provodila teška nasilja nad sudovima. Ali je vrlo značajno, da je apsolutistički vladar, kad se unosio na nepravilan način u sudstvo, barem osjećao, da stvar nekako nije u redu. Značajno je, da i sama apsolutistička monarhija — barem u svojem kasnijem razvoju, a naročito za vrijeme t. zv. prosvijećenog apsolutizma — prikriva ta nasilja, da ih se nekako stidi, a širi legendu o svojoj pravičnosti i neuplitanju u sudsko djelovanje. Ekstremni, moderni »totalizatori« izgubili su i sam taj osjećaj, i oni su odmah gotovi, da svako prostituiranje sudske djelatnosti istumače i opravdaju kao »državnu nuždu«, »opće dobro«, »socijalnu pravdu« i slično. Provadajući radikalno totaliziranje države — u ime socijalizma, radne klase, nacionalizma, »demokracije« i slično — oni se samo po zlu razlikuju od policijsko-apsolutističke države. Dok je ova svoj nepravni režim provodila (barem u ideji) samo kod uprave, koju je prema duhu vremena poistovjetovala s policijom, a sudstvo je (barem u ideji) već podvela pod režim pravne države, moderni i radikalni »totalizatori« izjednačuju u tom pogledu sudstvo i upravu, goneći ideju pravne države i sa samog područja sudstva. A povrh toga današnja uprava ima neuporedivo veći djelokrug od uprave stare policijsko-apsolutističke države, pogotovo kod ovih »totalizatora«, koji ni čistu religiju i unutrašnju savjest čovjeka ne ostavljaju u miru. A vjekovna su iskustva dokazala, da država najteže utječe na ljudsku unutrašnjost, i da pri takvom svijesnom utjecanju može lako izazvati posve suprotan učinak.⁴⁴⁾ Bitno je druga i mnogo lakša stvar, kad se provodi apsolutizam kod uprave s ograničenim djelokrugom, nego kad se to čini kod uprave s nedogledno raširenim djelokrugom. I tako moderni, radikalni »totalizatori« upravo totaliziraju i sam apsolutizam odnosno policiju, sama policijsko — apsolutistička država nije im previše, već premalo apsolutistička odnosno policijska; njihov ideal nije neapsolutistička odnosno nepolicijska država, već totalno apsolutistička država, odnosno totalna policijska država.

Zato ovakovo pretjerano državno-totalističko shvaćanje ne vraća pravnu situaciju u vrijeme policijsko-apsolutističke države, pogotovo ne u vrijeme prosvijećenog apsolutizma, već u početno shvaćanje totalne apsolutne monarhije, koja je i sudstvo strogo potčinila svojoj vlasti. U toj svojoj početnoj formi apsolutistička država, pošto je uklonila srednjevjekovni staleški poredak, ne pravi razlike između pojedinačnog naloga i zakona, pa se protivi i ideji strogo objektivne zakonitosti, i

⁴⁴⁾ »Država je prije pozvana za rad na materijalnoj kulturi nego na duhovnoj. Sposobna, da organizuje naše spoljašnje radnje, ona je nesposobna, da u nama izaziva unutrašnje promjene, koje bi htjela. I na primjer ona je imala uspjeha, kad je uzimala da upravlja poštom i željeznicom, a nije imala uspjeha, kad je pokušavala, da nametne narodu jednu vjeru, koju on ne će. Naš unutrašnji život leži van njenog domašaja; ona nije u stanju zapovijedati našoj duši. Slob. Jovanović, Država I — izdanje 1936 god. str. 147).

savezno s time i sudskoj nezavisnosti (jer sudska nezavisnost je samo korelat sudske ovisnosti od zakona). Sa strogo pravnog gledišta posmatrano, radikalni i ekstremni današnji »totalizatori« kreću se, stvarno, u krugu »pravnih« ideja prvotne, primitivne apsolutne monarhije. U komparaciji s prosvijećenim apsolutizmom, ovi skrajni »totalizatori« ne mogu ni navesti neku višu svrhu i cilj. I prosvijećeni apsolutizam je odlučno odbijao, da se široka vlast nad podanicima vrši u interesu onih, koji vladaju, i tražio svoje unutrašnje opravdanje za izvršavanje ove vlasti nad podanicima u interesu samih ovih podanika. Po ideologiji prosvijećenog apsolutizma i monarh je samo prvi sluga države. Briga za pojedine podanike, barem u ideji, je vrhovna maksima ove vladavine; samo što ona ne priznaje svojim podanicima dovoljno pameti, da se sami za sebe brinu, nego vrši nad njima neke vrsti stareteljsku vlast, kako se vrši nad malodobnom djecom. Na ovom mjestu bi se, pri ovoj usporedbi, moglo jedino kazati, da prosvijećeni apsolutizam više naginje individualizmu, a moderni »totalizatori« univerzalizmu: prvi predočuje kao svoj cilj individualno blagostanje što većeg broja pojedinaca, a drugi gledaju prvenstveno na interes čitave zajednice ili nacije, kojoj treba da je pojedinac potpuno podređen.

14. Dok se pravna država posmatra s glavnog gledišta normativnosti njenog prava, može ona jednako biti krajne liberalna, kao i krajne socijalistička, odnosno totalna država. Ovi se državni tipovi međusobno ne razlikuju po normativnosti svojih pravnih odredaba, nego po sadržaju tih pravnih normi. Uistinu ova dva načelno oprečna gledišta, individualizam i univerzalizam, u praktičnom životu se mnogo više mire nego u teoriji, i često se radi više o tome da li će neko vrijeme većma naglašavati jedno ili drugo gledište. Zorno se ovo vidi u današnjoj opreci između javnog i privatnog prava. Opreka je velikim dijelom u tome, što privatno pravo polazi s individualističkog stajališta, a javno s univerzalističkog. Prvo posmatra čovjeka kao pojedinca, a drugo kao člana zajednice. Danas se nesumnjivo sve više naglašuje univerzalističko gledište. U tome je današnja opreka liberalizmu, a ne u apsolutnom negiranju pojedinčeve pravne sfere.

Pravna država je faktički oživotvorena snagom dviju političkih ideja: ustavne i liberalne države. Formalni i sadržajno neutralni pojam pravne države počeo je, zbog ovoga, poprimati materijalnu sadržinu ovih dviju političkih ideja, pa je tako prividno izgledalo kao da su i političke ideje ustavne i liberalne države sastavni dio pojma pravne države. Uistinu je ovo samo jedna vrsta pravne države, i formalni pojam pravne države može obuhvatiti vrlo različni sadržaj prema sadržaju svog pravnog poretka, kako ga je utvrdio pravnim normama. I kad se, sa stajališta ustanovnosti ili liberalizma, kritikuje stanje u nekoj državi i kaže, da ta država nije pravna država, stvarno se ovdje ne misli na pravnu državu uopće, već na ustavnu odnosno liberalnu pravnu državu. Pojmovi ustavnog ili autoritativnog režima, liberalizma ili socijalizma imaju svoje zasebno značenje, i svi se oni mogu dovesti u vezu s pojmom pravne države. Moguća je i autoritativna pravna država (uzeto kao opreka ustavnoj pravnoj državi), a pogotovo je moguća so-

cijalna pravna država (uzeto kao opreka liberalnoj pravnoj državi). Pravna država može biti i liberalna i antiliberalna. S formalnom idejom pravne države pare se ovdje određene materijalno-političke ideje. Na taj način možemo, u pojedinostima, dobiti vrlo različne vrste pravne države.⁴⁵⁾

Ako je, sa strogo pojmovnog gledišta, pogriješno istovjetovati pravnu državu s ustavnom, pogotovo je pogriješno, kad se ona istovjetuje s liberalnom državom. Baš razvijena socijalna država treba mnogo razradjeniji pravni poredak, mnogo veći sustav pravnih normi, negoli liberalna država sa svojim »laissez faire laissez aller«, i dosljedno je socijalnoj državi i potrebniji režim pravne države. Ideološki posmatrano, anarhizmu ne vodi ekstremni socijalizam, već naprotiv ekstremni liberalizam. Ideja liberalizma je imala nesumnjivo veliki udio na izgradnji današnje pravne države. Ali liberalizam je imao isto tako veliki udio i na mnogim drugim pravnim idejama i institutima, koji su danas dobili, ili dobivaju drugo značenje. Vidjeli smo to čas prije kod ideje normativnosti prava, još ljepše se to vidi kod preobražavanja subjektivnih prava, specijalno subjektivnih javnih prava, koja danas dobivaju drugačije značenje, nego što im je nekoć davao liberalizam. Upravnom pravu, izgrađenom na ideološkoj podlozi liberalizma, bio je prvotni i osnovni problem zaštita pojedinaca: Tome ima da služe sve glavne pravne ideje i instituti, tako naročito podjela i međusobna kontrola triju državnih vlasti (naročito Locke i Montesquieu-ova koncepcija o zaštiti građana od zloupotrebe državne vlasti), stroga vezanost uprave uz pravne propise, načelo zakonitosti uprave, ograničavanje slobodne ocjene upravne vlasti, sudska kontrola nad upravom, sudska nezavisnost, učestvovanje samih građana pri vršenju uprave i drugo. Univerzalizam zadržaje sve ove institute, ali ih nadahnjuje posve drugim duhom: univerzalistička svrha potiskuje individualističku. Ne interes pojedinca nego interes zajednice i opće dobro postaje primarna svrha ovih instituta. I kakogod je pogriješno istovjetovati ove pojedine ideje i institute s liberalizmom, pa ih odbaciti zajedno s odbacivanjem liberalizma, tako je i pogriješno ideju pravne države istovjetovati i odbaciti zajedno s liberalizmom.⁴⁶⁾ Treba imati u vidu, da

45) Tako primjerice Ruck (Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1934) razvija posebni pojam »švicarske pravne države«. »Schweizerischer Rechtsstaat bedeutet einen Bestand von Rechtsgrundsätzen, die für den rechtlichen Aufbau und für die gesamte Tätigkeit des Staates — von grundlegender Bedeutung sind: die »Trennung der Gewalten«, der Vorrang der Verfassung und die Verfassungsmässigkeit der Gesetze, die Rechtsleichheit, die Freiheit der Person und des Eigentums, der Rechtsschutzanspruch und die Unabhängigkeit des Richters, die Rechtmässigkeit der Verwaltung und der Schutz gegen schädigende und rechtswidrige Verwaltungsakte« (str. 130).

46) Fašistički i njemački nacionalsocijalistički pisci slažu se u tome, što jedni i drugi smatraju fašizam odnosno nacionalsocijalizam novim tipom države, koja je došla na mjesto dosadanje pravne države, kao što je ova došla na mjesto policijsko-apsolutističke. Ali toj pravnoj državi — po tom naučenju — nije toliko oduzeta njena formalna, koliko njena materijalna, liberalistička sadržina. Ne pravna država kao takova, već upravo liberalna pravna država je objekt njihovih glavnih napadaja. Samo neki pisci — koji su u apsolutnoj manjini — pošli su u otporu spram

je liberalizam vrlo kompleksan pojam, i da se izvjesni njegovi postulati

liberalizma tako daleko, da zajedno s liberalizmom odbacuju i samu ideju pravne države. Tako naročito Forsthoff, kritikujući Koellreutter-ov pojam »nacionalna pravna država«, zauzima stajalište, da se pojam pravne države nema izdvojiti od liberalizma. Slično i Huber (Archiv des öffentl. Rechts, Bd. XXIV str. 248), po kome je pravna država samo ona, za koju postoji ideja nadnacionalnog i nepolitičkog prava, i pošto je pravna država čisto liberalistički pojam, ne može se primiti na današnju Njemačku.

Medjutim, većina pisaca ide samo za tim, da oslobode ideju pravne države od liberalističkih natruha. Po njima ne može više važiti liberalno shvaćanje pravne države, koje je uzimalo kao jezgru pravne države prava pojedinaca i njihovu zaštitu protiv prehvata države; to da je shvaćanje samo potamnijelo pravu sadržinu pravne države, jer izvorna njemačka ideja pravne države nije bila individualistička, već je naglašavala čudorednu stranu prava, pravičnost pravnog poretka (Scheuner: Die nationale Revolution; Archiv des öffentl. Rechts, XXIV Bd., str. 342). Načela pravne države, a naročito načelo zakonitosti uprave pridržaju se i za nacionalsocijalističku Njemačku (Prof. Helfritz: Rechtsstaat und nationalsozialistischer Staat — Deutsche Juristenzeitung god. 1934, sv. 7). U svojem djelu »Der nationale Rechtsstaat«, koje je pisano neposredno prije dolaska Hitlera na vlast, suprotstavlja Koellreutter gradjanskoj pravnoj državi nacionalnu pravnu državu. Pravna država ima u određeno vrijeme i neku određenu političku sadržinu. »Kennst der bürgerliche Rechtsstaat allein den Begriff der individuellen Rechtssicherheit, ihrer Erhaltung und ihres Schutzes, so stellt der nationale Rechtsstaat das Primat der Sicherheit der nationalen Lebensordnung auf« (ibid. str. 35). I nacionalna pravna država ne dira u »vječnu vrijednost« pravne države, koja »na jednaki način udovoljava zahtjevima pravičnosti kao i nacionalno-političkim potrebama« (Koellreutter: Der nationale Rechtsstaat — Deut. Juristenzeitung 1933 str. 517). A u svojem sustavnom djelu »Grundriss der Allgemeinen Staatslehre« 1933 naglašava Koellreutter (str. 108): »Jeder Rechtsstaat muss in sich den richtigen Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Macht und Recht, zwischen Rechtswert und politischen Wert enthalten. Nationaler Rechtsstaat ist der Idee nach ein Staat, in dem das Macht- und Ordnungsmoment dadurch zum Ausgleich gelangt, dass in ihm in gleicher Weise den Forderungen der Gerechtigkeit, wie den Lebensnotwendigkeiten des Volkes Genüge geschieht«. Slično govori i Prof. Tatarin-Tarnheyden (Archiv des öffentl. Rechts 1934) o »völkischer Rechtsstaat«. »Der Rechtsstaat der strengen Rechtsbindung ist eben nie restlos durchzuführen, der Rechtsstaat bleibt stets ein Postulat der praktischen Staatspolitik, nie kann er restlos Wirklichkeit werden. Der Rechtsstaat bleibt trotzdem ein höchster sozialer Ordnungswert, der allein gegen Willkür schützen kann, und der insofern die Grundlage aller Kultur ist... Man muss eben zwischen dem hypertrophierten, das Individuum vergötternden liberalistischen Rechtsstaat und dem Rechtsstaat an sich, als einen ewigen Kulturwert unterscheiden« (ibid. str. 348). »Das Dritte Reich ist ein Gerechtigkeitsstaat, der nicht zulassen kann, dass sich in der staatlichen Organisation eine völlig ungebundene und daher nur zu leicht zu Willkür ausartende Herrschaft breit macht... Es ist deshalb kein Grund dafür, die Verwaltung an eine gesetzliche Ermächtigung überhaupt nicht mehr zu binden. So betrachtet dient gerade auch der Vorbehalt des Gesetzes (t. j. da se u pravnu sferu pojedinaca može dirati samo na osnovu zakona) der Durchsetzung des Willens der obersten Staatsführung gegenüber Massnahmen unterer Organe des Staatsapparates. Auch der neue Staat wird daher, wenn auch unter ganz neuen Gesichtspunkt, an diesem Grundsatz festhalten müssen«. (Fauser: Das Gesetz im Führerstaat — Archiv des öffentl. Rechts, 1935 str. 145). »Aus dem »bürgerlichen Rechtsstaat« ist der nationalsoz. deutsche Rechtsstaat geworden. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit und der Gebundenheit der Verwaltung, der Erforderlichkeit des Gesetzes und der Pflichtmässigkeit des Ermessens lebt auch auf dem Boden des Nationalsozialismus, aber aus gänzlich anderen Denken heraus« (Köhler: Grundlehren des deut. Verwaltungsrechts, 1935 str. 49). »Das Wesen des bürgerlichen Rechtsstaats liegt begründet in einer Gegensätzlichkeit des Einzelnen zum Staat und

ST
mogu primiti, a drugi odbaciti.⁴⁷⁾ Tako se iz pojma pravne države mogu izbaciti izvjesni momenti, do kojih je došlo samo utjecajem liberalističko-individualističkog shvaćanja, a koji se protive univerzalističkom shvaćanju. Ovo staro liberalističko shvaćanje je, primjerice, pojam pravne države vezivalo s izvjesnim užim i ograničenijim krugom državnih posala: pravna država se je po ovoj koncepciji imala ograničiti samo na izvjesne državne zadaće. Uistinu je ideja pravne države neovisna od kruga njenih posala;⁴⁸⁾ država može vrlo proširivati krug svojih posala, a da ostaje pri tome pravna država, dok se pridržaje ideje normativnosti.

der grösztmöglichen formalen Sicherstellung des Einzelnen vor dem Staat. — — — Eine absolut staatsfreie Individualsphäre gibt es nicht mehr. Nicht grösste Rechtssicherheit des Einzelnen, sondern höchste, durch die Erfordernisse der nationalen Lebensordnung bestimmte Gerechtigkeit ist leitend« (ibidem str. 51). No ne samo najistaknutiji današnji njemački nacional. socijal. pravnici tvrde, da je Njemačka pravna država, već to stalno podvlače i odgovorne političke ličnosti. Tako naročito u više navrata Frank.

Treba očekivati, da će u budućnosti nacionalsocijalistički režim sve više pribjegavati formalnim načelima pravne države. Svaka revolucija počinje rušenjem i nepoštivanjem postojećih pravnih normi, ali na mjesto ovih postavlja izgradjeni sustav vlastitih pravnih normi i poduzima sve, da pribavi što veće važenje ovim normama. Načelo normativnosti prava, načelo pravne države, koje je rušila za stari poredak, kome se protivila, ona će i te kako primjenjivati, i to postepeno u sve većem opsegu, za svoje pravne norme i svoj pravni poredak. Protivljenje, koje se kod jednog dijela današnjih njemačkih pisaca javlja protiv ideje pravne države, treba dobrim dijelom pripisati i ovoj početnoj fazi nacionalsocijalističke revolucije. Nijedan poredak, koji želi da dulje postoji, ne može se temeljiti na samoj sili. Sila može biti samo početak jednog razvoja; za svoje dalje postojanje svaki poredak treba i uvijek traži neko zasebno opravdanje, u koju mu svrhu naročito služi pravo. Rousseau-ove duhovite riječi imaju vrlo veliko značenje: »Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir«. Ono, što se javlja u samom državnom i javnom životu, odražuje se i kod pisaca, pa i onda, kad oni prividno razvijaju čistu teoriju. U nešto žučno pisanoj kritici političkog decizionizma C. Schmitta pokazuje Fiala (Revue intern. de la théorie du droit 1935 — No 2), kako je i sam Schmitt u novo vrijeme napustio lični i diktatorski decizionizam, koji je ranije zastupao i postao branilac konkretnog »Ordnungs- und Gestaltungsdenkens« »Wenn einmal der politische Notstand durch eine entscheidende Tat faktisch beseitigt ist, wird auch der Dezisionismus als politischer Grundbegriff unnötig — So »entscheidend« wie zuvor die anormale Situation der »Ausnahme« war, so entscheidend wird jetzt die »normale« und stabilisierte«. (ibid. str. 122).

47) To vrlo lijepo potcrtava Nawiasky: Staatstypen der Gegenwart, 1934, koje djelo uopće dobro iznosi s jedne strane značajke starijeg liberalizma spram prosvjedenog apsolutizma, a s druge strane spram liberalizma, moderne demokracije i drugih modernih političkih struja. »Unter dem Wort Liberalismus fasst man einen Komplex von geistigen Stömungen und Forderungen zusammen, die zwar auf einen bestimmten Grundgedanken zurückgehen, sich aber, nach verschiedenen Richtungen ausstrahlend, wesentlich differenzieren. Wer das nicht beachtet, unterliegt der Gefahr, alle Konsequenzen, die aus dem Liberalismus jeweils örtlich und zeitlich gezogen worden sind, als eine untrennbare Einheit zu betrachten und daher die Kritik an einem Punkt zugleich als Kritik an anderen gelten zu lassen. Eine solche Verallgemeinerung muss aber über das Ziel schießen. Denn mit der Ablehnung gewisser Folgerungen kann sich angesichts der Verzweigtheit des liberalen Gedankenbaus die Anerkennung anderer durchaus vereinigen lassen« (cit. djelo str. 28).

48) Vrlo ispravno utvrđuje ovo prof. Slobodan Jovanović (Država I, izdanje god. 1936 str. 209—10).

Staviti se na univerzalističko gledište, posmatrati pravo prvenstveno sa stajališta cjeline, ne znači poricati pravnu poziciju pojedinaca. Košto se ne može socijalno pojedinac prosto ukloniti, jer dok postoji zajednica, postoji i pojedinac, ne može se ni u jednom pravnom režimu posve ukinuti pravna pozicija pojedinca. Da bi ovo specijalno protivuriječilo osnovnoj ideji pravne države t. j. normativnosti prava, vidjeli smo sprijeda, kao što smo vidjeli, da zbog toga dobivaju prava, pojedinci određena pravna sredstva. Pojedinac je baš tako neizbrisiva socijalna pojava kao i društvo, i nijedan pravni poredak ne može prosto prijeći preko ove pojave. Razlika je samo u tome, kojemu se od ova dva fenomena daje veće značenje, i koji je od njih ishodna točka jedinog pravnog poretka. Nemoguće je zamisliti pravni poredak, u kome bi društvo sve apsorбирalo, a da pojedincu ne ostane ništa, odnosno obrnuto.

Reakcija protiv liberalizma, koja je često i vrlo opravdana, i ovdje rado, kao svaka reakcija, pretjeruje. Socijalni napredak ne može biti u tome, da se još jače, nego što je to liberalizam činio podvuče opreka i jaz između države i pojedinca, društva i pojedinca, pa da se pojedinac stavi u neki odnos ropstva spram države odnosno spram društva. Kad se pravilno shvati država i društvo, iščezava taj jaz. Ako s Gurvičem uzmemo tri načina udruživanja: koordinaciju, subordinaciju i integraciju, onda bi posljednji bio najsavršeniji način. Ne obično društvo nego zajednica (communauté, Gemeinschaft) je socijalni ideal, a ta zajednica harmonički veže, spaja i sintetizira interese zajednice i njenih pojedinih članova. Razumije se, svih ili ogromne većine članova, a ne neke privilegirane skupine ili privilegiranih pojedinaca. U tome je faktično mirenje između univerzalizma i individualizma, za čim je uvijek težila i teži napredna pravna i društvena nauka, kao i najbolja državna politika. Demokracija veže ovo i na sam vanjski način, jer omogućuje, da svi članovi zajednice ravnopravno učestvuju pri stvaranju državne volje. To mirenje javlja se i u pojedinim pravnim institutima, a naročito i pri sudovanju upravnih sudova. I stvarno je najbitnija funkcija upravnih sudova, da od slučaja do slučaja izreknu iudicium finium regundorum između individualizma i univerzalizma. Oni pri tome polaze s jednog i drugog stajališta, što se najbolje primjećuje baš u onim zemljama, gdje sudska kontrola nad upravom nije povjerena redovnim sudovima nego posebnim upravnim sudovima. Baš ta naročita organizacija ima osigurati uvažavanje oba elementa, a naročito i univerzalističkog, dok bi redovni sudovi više naginjali individualističkom gledanju. Uz ostalo, ovo je od uvijek bio jedan vrlo važan razlog za stvaranje posebnih upravnih sudova. Praksa je, međutim, dokazala, da se i ovi upravni sudovi nisu jednostrano stajali na univerzalističko gledište, nego da su tražili pravu sredinu i kompromis između ta dva gledišta.

15. Sudstvo i uprava — gledano općenito, vanvremenski i bez obzira na konkretnu državu — ne stoje, načelno, u jednakom odnosu spram prava. Kako smo već vidjeli, najtješnji odnos i veza s pravom je imanentna u samom pojmu sudstva, dok to nije imanentno u pojmu uprave. Uprava može postojati, dugo je vrijeme i postojala, bez take

veze. Ova veza uprave s pravom, specijalno s pravnom normom, značajka je upravo pravne države. Moderna pravna država se razvila iz policijsko-psolutističke države.

U tom su razvoju najznačajnije tri etape: prva etapa, gdje postavljeno pravilo nema opće obvezne snage, nego samo značenje uputstva, koje se daje nižim upravnim organima; druga etapa, gdje pravilo dobiva opće obveznu normativnu snagu, ali znači za upravu samo ograničenje načelno slobodnog djelovanja; i konačno treća etapa, gdje je pravna norma temelj svakom upravnom djelovanju, gdje uprava znači vršenje pravne norme. Kad govorimo o tim etapama, odnosno uopće o stadiju policijsko-apsolutističke i pravne države, moramo imati u vidu, da se ovdje radi o apstrakcijama, koje povlačimo iz faktičnog razvoja. Faktički teče taj razvoj lagano i postepeno, tako da u povijesti obično nema strogih vremenskih granica između ovih etapa, odnosno stadija. To je značajno pri svakom razvoju, do koga je došlo evolutivnim, a ne revolucionarnim putem. U samoj policijsko-apsolutističkoj državi nalazimo izvjesna načela, ili barem klice za načela pravne države, a u pravnoj državi nalazimo još dugo, a nažalost često još i danas, mnoge ostatke policijsko-apsolutističkog shvaćanja. Treba se uopće čuvati iluzije, kao da je danas već čitava država izgrađena po načelu pravne države. Ako je pravna teorija već posve detaljno razradila ova načela, to je praktički pravni život još uvijek u velikom zaostatku.

Ako podjemo s izvornog stajališta, gdje uprava nije uopće vezana u svojim poslovima unaprijed postavljenim propisima, nego donosi odluku od slučaja do slučaja (po svrsishodnosti, ili po čisto ličnom nađodjenju), onda je prva etapa, da se uopće izdaju taki opći i apstraktni propisi. No ovi propisi nemaju još značaj strogo objektivne pravne norme, koja veže jednako svaki državni organ kao i svako privatno lice; nego su ovi propisi unutarnje prirode, neke vrste službenih naputaka, koji vežu niži upravni organ spram višega, ali ne vežu onaj organ, koji je izdao ovo pravilo (pogotovo ne vežu njemu nadređeni organ), koji slobodno odustaje od tog pravila i drugačije rješava pojedini predmet.⁴⁹⁾ Svrha ovih pravila nije opće normiranje, već samo vezanje nižeg upravnog organa — nema još ideje normativnosti. Položaj stranke je ovdje potpuno nestalan, njoj nije uopće otvorena »via justitiae«, nego samo »via gratiae«.

U drugoj etapi probija se ideja normativnosti prava: pravno pravilo veže općenito i samu upravu — ali samo tamo, gdje je izrično donešeno, i ono je samo izuzetak od pravila da uprava slobodno djeluje. Upravna norma ograničuje samo upravu u njenom djelovanju, koje je po načelu slobodno. Tamo, gdje postoji takva norma, dobiva već pojedinac posebni osigurani pravni položaj, kao i praktična sred-

⁴⁹⁾ Kako se iz gornjega vidi, Lenjinova i sovjetska koncepcija zakona, koja ne smatra zakon imperativnom normom za sve, već samo kao indicaciju načela, kao korisnu ali neobvezatnu instrukciju vlastima — nije nikakav novi izum. To je je tipično shvaćanje policijsko — apsolutističke države s tom razlikom, da je u sovjetskoj koncepciji zabačena razlika između sudske norme i upravnog propisa. pa ovo »načelo« važi i za samo sudstvo.

stva, kojima ga može zaštititi. Na mjesto »via gratiae« dolazi »via justitiae«.

Treća etapa smatra načelno upravu jednakim izvršivaocem pravnih normi kao i sudstvo: upravi je pravna norma sam temelj i pretpostavka za njeno djelovanje. Po shvaćanju druge etape uprava znači samostalnu vlast, koja samo ne smije vrijetjati pravnu normu, ne smije djelovati »contra legem«; dok po shvaćanju treće etape uprava crpe svu svoju snagu i sva svoja ovlašćenja iz pravnih normi i nije dovoljno, da ona ne djeluje »contra legem«, nego treba upravo da djeluje »secundum legem«. U prvom slučaju izviru upravi načelno sva ovlašćenja iz same prirode državne vlasti, a pravna norma je potrebna samo ondje, gdje se uprava želi u tom slobodnom djelovanju ograničiti; dok u drugom slučaju izviru upravi sva ovlašćenja samo iz pravne norme, i njeno djelovanje znači izvršivati pravnu normu. Ovdje tek ima pravi smisao, kad se o upravi govori kao i izvršnoj vlasti ili egzekutivi. Ako naprotiv uprava ne stoji u takovoj ovisnosti, ako je ona neka samostalna vlast, koja raspolaže sa samosvojnim ovlašćenjima, onda ona ni nije neka egzekutivna ili izvršna vlast. U ovoj trećoj etapi dobiva pojedinac posve čvrstu i sigurnu pravnu poziciju, jer u njegovu pravnu sferu može uprava utjecati samo na osnovu pravne norme. Pozicije uprave i pojedinca su baš obrnute po shvaćanju druge i treće etape: po shvaćanju druge etape uprava ne može samo onda dirati u pojedinčevu sferu, kad joj brani ovo neka pravna norma, a dosljedno je pojedinac od uprave slobodan samo ondje, gdje mu to osigurava neka pravna norma; po shvaćanju treće etape uprava može dirati u pojedinčevu sferu samo na temelju pravne norme, a gdje nema takve pravne norme pojedinac je od uprave slobodan. Po shvaćanju druge etape samo neka pravna norma zaštićuje pojedinca od prehvata uprave, a po onom treće etape samo ga neka pravna norma izručuje upravi. U prvom slučaju pravna norma omogućuje slobodno kretanje pojedinca, a samo ograničuje načelno slobodno djelovanje uprave, dok u drugom ona tek omogućuje djelovanje uprave, a samo ograničuje načelno slobodno kretanje pojedinca. Po ovom potonjem načelu građanima je dopušteno sve ono, što im pravna norma (zakon) ne brani, dok uprava može samo ono činiti na što ju zakon ovlašćuje.

Na oko izgleda, da ovo shvaćanje treće etape nije ništa drugo nego političko liberalističko načelo, koje uzima za ishodnu točku slobodu pojedinca. Uistinu je ovo načelo posve drugog podrijetla, jer nije nastalo političkom dedukcijom iz načela liberalizma, već pravno-logičnom dedukcijom iz načela, da je pravna norma temelj upravnoj djelatnosti. Prvo načelo je materijalno-političke, a drugo formalno-pravne prirode. U praksi se može i po shvaćanju, da uprava može djelovati samo na osnovu pravnih normi, doći do skroz antiliberalnog pravnog poretka, jer se naprosto izdaju zakoni, koji u velikom opsegu ograničuju slobodu i druga pravna dobra pojedinaca, a razvijaju veliku aktivnost uprave (jer liberalistička ideja znači neaktivnu upravu i slobodno kretanje pojedinca). A obrnuto može neki pravni poredak, po kojemu znače zakoni za upravu samo ograničenje u načelu slobodne dje-

latnosti, biti i strogo liberalan, ako izda zakone, koji u velikom opsegu štite pravna dobra građana i stežu akciju upravne vlasti. Naprotiv se ne može reći, da ova dva shvaćanja nemaju savršeno nikakove veze s političkom idejom liberalizma. Košto je ideja liberalizma bila uopće od velikog utjecaja na razvoj pravne države, bila je i ovdje od utjecaja: načelno odgovara liberalizmu apsolutno više načelo, da uprava može dirati u pravnu sferu pojedinca samo na osnovu zakona (pravne norme), negoli obrnuti princip.

Pri razvoju ovih triju etapa, uz sprijeda stavljenju opću napomenu, treba imati još u vidu, da je ovaj razvoj i različno tekao u pogledu raznih upravnih materija. Dok je kod nekih već došlo do shvaćanja treće etape, neke su se materije još zadržale pri prvoj etapi. Političke ideje liberalizma (u dobrom smislu ove riječi) su naročito forsirale shvaćanje treće etape u onim dobrima, gdje je pojedinac najosjetljiviji; one su ovo načelo naglašavale naročito u odnosu spram pravne sfere pojedinca. Uistinu je ovo načelo mnogo šire i ima objektivno značenje bez obzira, da li time uprava utječe ili ne utječe u pravnu sferu pojedinca. Ovo je načelo prvenstveno postavljeno u općem interesu, u interesu valjanog funkcioniranja uprave, a ne zbog zaštite pojedinčeve pravne sfere.

16. Ustavna i pravna država kao sljednica policijsko-apsolutističke države našla se je pred posve novom situacijom, koja je tražila izgradjeni sustav pravnih normi, i to na jednoj novoj ideji, da te norme ovlašćuju upravu na njene akcije. Tih normi nije bilo, niti su su one mogle preko noći donijeti. Tako je, po riječima njemačkog pravnikar Thoma-e, načelo zakonitosti uprave bilo za prvo vrijeme ustavnog života samo program, za čije je provadjanje bilo potrebno prelazno stanje. Trebalo je na svim područjima upravne djelatnosti donijeti nove upravne zakone, nadahnute ovim novim načelom zakonitosti uprave. Dok to ne bude učinjeno, mora se i teorija i praksa (naročito upravni sudovi, koji rješavaju o zakonitosti upravnih akata, gdje još i nema tih »zakona«) ispomagati raznim sredstvima.

Jedno je takovo sredstvo bila pojava, da je sama upravna praksa razvijala pravna pravila, koja su dobila snagu običajnog prava. Naročito su ovo činili upravni sudovi, pa sami konstruirali pravna načela, po kojima će kontrolirati »zakonitost« akata upravnih vlasti. Kad je u Austriji pred 60 godina zavedeno Upravno sudište, stavljeno mu je naročito u dužnost da kontrolira, da li se upravna vlast pridržavala bitnih formâ upravnog postupka. U ono vrijeme nije ni bilo takih upravno-procesualnih propisa, već je taka načela baš samo ovo Upravno sudište izradilo svojim judikatima. Ovaj izlaz uporedio je jedan austrijski pravnik s onom anegdotom Minhauzna, gdje ovaj pada u duboki ponor, iz kojega se je jedino mogao na taj način izvući, što se vlastitim rukama zgrabio za kosu svoje glave i tako digao u vis. Ova minhauzovština je vrlo česta pojava pri vršenju upravno-sudske kontrole. Francuski je Državni savjet, primjerice, u toj minhauzovštini daleko natkrililo bečko Upravno sudište. Upravo je nemoguće nabrajati, koje je sve pravne institute taj sud ili originalno stvorio, ili dalje

razvio, jer bi se moralo proći čitavo francusko administrativno pravo, i to naročito oni pravni instituti, koji su najzanimljiviji i najoriginalniji u tom pravu (kao primjerice domaine public i administrativni ugovor). Ali taj Savjet je — u nedostatku tako relativno opsežnog zakona, košto ga je dobilo bečko Upravno sudište — i vlastitu svoju organizaciju, postupak i najvažnija pravna sredstva razvio vlastitom praksom (tako primjerice recours pour excès de pouvoir, a specijalno détournement de pouvoir). Ukoliko je došlo do zakonske intervencije, ova je obično samo legalizirala već nastalu praksu.

Drugo je bilo takovo sredstvo, da su naprosto uzeti raniji propisi apsolutističkog režima, pa su iz ovih deducirana potrebna ovlašćenja. Stvarno se je ovdje Savao preobrazio u Pavla. Ti su raniji propisi ili značili interno uputstvo nižim vlastima, ili samo obično ograničenje njihove velike i slobodne djelatnosti, a sad im se ujedamput daje posve drugi smisao, t. j. smisao ovlašćenja za upravnu akciju. Zbog toga, pored drugih nedostataka, ispadaju ova ovlašćenja silno široka i neodređena, pa gotovo nema praktične razlike između načela zakonitosti uprave, koje se provodi po ovakvim propisima, i ranijeg stajališta, da upravna vlast načelno djeluje slobodno. Naročito se je neugodno ovo osjećalo pri onoj upravnoj djelatnosti, koja je bila mezimče policijsko-apsolutističke države, i prema tome najviše razradjena, t. j. pri policiji. Novi zakoni imaju tek da svedu ova ovlašćenja na pravu mjeru, i da poglavito točno povuku granicu, dokle će upravna vlast biti strogo vezana, a gdje će joj se ostaviti izvjesno slobodnije kretanje. Raniji propisi, donešeni prije zavedenja načela zakonitosti uprave, imaju posve drugo značenje i drugu ishodnu točku. Zato nova pravna država traži novo izgradjeni sustav pravnih normi, čija će ishodna točka biti ovo purno načelo zakonitosti uprave. Na onim područjima gdje se to ne provodi teško je govoriti, da je oživotvoreno načelo zakonitosti uprave, i može se je jedino govoriti o prelaznom režimu ka tom načelu.

17. Shvaćanje prve etape je staro shvaćanje policijsko-apsolutističke države. Tu se ne može govoriti ni o normativnosti, ni o zakonitosti uprave. U svojem daljnjem razvoju i sama policijsko-apsolutistička država prelazi na drugo shvaćanje. Za razvijenu pravnu državu je značajno treće shvaćanje. Ima ih koji i drugo shvaćanje uzimaju kao shvaćanje pravne države, uistinu bi to najviše bila »pravna država na štakama«. Jednako se i načelo zakonitosti uprave, u pravom i strogom smislu te riječi, može uzeti samo po shvaćanju treće etape. No ima ih, koji to načelo shvaćaju mnogo uže u smislu koncepcije druge etape, pa se tako i govori o načelu zakonitosti uprave u širem smislu za razliku od ovog punog načela zakonitosti uprave, koje bi imalo biti načelo zakonitosti uprave u užem smislu.

Ako sada želimo policijsko-apsolutističku i pravnu državu konstruirati kao posebne tipove, dati apstrakcije po njihovim najznačajnijim crtama: značila bi prva državu, čija se uprava rukovodi pravilima, koja se tiču samo nižih upravnih organa i imaju unutarnje značenje, a pravna država državu, čija uprava znači izvršivanje pravnih normi. Ovo treba uzeti sa svim sprijeda navedenim ograničenjima,

naročito da policijsko-apsolutistička država u svojem prvotnom razvoju nije imala ni takovih pravila ili barem vrlo malo, dok u njenom konačnom razvoju, koji već znači prelaz k pravnoj državi, dobivaju ta pravila značaj opće obvezatnosti, a s druge strane su u prvotnom razvoju pravne države važila samo pravila drugoga shvaćanja. Shvaćanje druge etape s pravnim normama, koje samo ograničuju u načelu slobodnu djelatnost uprave, znači prelazno vrijeme između policijsko-apsolutističke i pravne države. Ovo je shvaćanje vanredno važna razvojna etapa, jer se probija ideja normativnosti prava s posljedicom, da pravna norma jednako veže državne organe kao i podanike (građane). Tako policijsko-apsolutistička država počinje svoj razvoj sa situacijom, da u pogledu uprave nema uopće pravila ili da ih ima vrlo malo; nastavlja time, da razvija sve veći broj takovih pravila ali bez značaja opće obvezatnosti; svršava pak time, da pojedinim pravilima daje značaj opće obvezatnosti. Ovaj razvoj teče uporedo s drugim razvojem, po kome za vođenje uprave nisu odlučni lični prohtjevi vladaoca, već svrsishodnost i opće dobro. Što se jače i dosljednije probija potonja ideja, tim se više množe rečena opće obvezatna pravila.

Ako uzmemo situaciju prelaznog vremena, gdje već i prosvijećena apsolutistička država kao i mlada, tek nastala ustavna i pravna država, raspolažu za područje uprave opće obvezatnim pravnim pravilima, onda između ove već razvijene apsolutističke države i ove tek nastale pravne države ne bi bila bitna i kvalitativna razlika. Jedna i druga država raspolažu na području uprave normama, koje imaju jednaku pravnu prirodu; one su doduše opće obvezatne, ali samo ograničuju inače slobodnu upravu. Razlika bi bila samo kvantitativne prirode: što takova pravna država raspolaže mnogo većim brojem ovih normi, negoli takova apsolutistička država. No ovo je samo prelazni stadij između ideologije policijsko-apsolutističke države i ideologije pune pravne države. Ako se kao glavna značajka pri pretvaranju apsolutističke države u pravnu uzme, da se pri tome uprava svodi pod pravni poredak, to između punog i idealnog tipa policijsko-apsolutističke i pravne države postoji mnogo veća i dublja opreka. Prava značajka policijsko-apsolutističke države leži u pravilima opisane prve etape, a ona pravne države u pravilima treće etape; i tako leži pravno-ideološka opreka između policijsko-apsolutističke i pravne države u različnom shvaćanju sprijeda opisane prve i treće etape. No u tome je bitna i kvalitativna razlika, a nipošto samo kvantitativna.⁵⁰⁾

⁵⁰⁾ Merkl (Allgemeines Vltts-recht str. 68—77) u svojim, inače vrlo duhovitim, izvodima pravi ovu razliku suviše relativnom i kvantitativnom. Izgleda da je kod toga na njega najviše utjecala opća teoretska koncepcija mlado-austrijske normativne pravne škole o državi i pravu, naučanje istovjetnosti prava i države, iako Merkl pokušava konstruirati jedan uži pojam pravne države pored šireg Kelsenovog, po kome je čak i despotija pravna država. Svakako se strogo empiričkim putem, posmatranjem samih činjenica, mora doći do drugog zaključka.

Kod drugih pisaca je ta razlika relativna i samo kvantitativna, što ne posmatraju i ne stavljaju kao opreke čiste tipove policij. apsolut. i pravne države, već u tekstu opisani prelazni stadij između pravne i polic. apsolut. države. Ako se ne gleda na strogo ideološku razliku, koja postoji između ova dva tipa države.

18. Puno načelo zakonitosti uprave, po kome može uprava djelovati samo na osnovu zakona (pravne norme), oživotvorena je naročito u strogo ustavnim državama: Engleskoj⁵¹⁾ i Francuskoj. Iz toga se može odmah razabrati, kako je glavni udio na izgrdanji ovog načela imala baš politička ideja ustavnosti. U Italiji naprotiv stoji veći dio i same teorije na stajalištu, da je zakon samo ograničenje za upravnu vlast. Formalno jasno i nedvoumno je načelo zakonitosti uprave izrično kodificirano u austrijskom Ustavu od god. 1920. (čiji je glavni kodifikator bio Kelsen), u kome se kaže: »die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden«. Zanimljivo je, da je i novi austrijski Ustav autoritativnog režima zadržao ovu odredbu. Inače se ovo načelo, u drugim državama, provodi u život manje na osnovu kakove izrične ustavne ili zakonske odredbe, koliko novim ustavnim duhom i djelovanjem pravne doktrine i prakse, koje su ovo načelo razvile iz načela pravne države. Naročito je pri tome bilo odlučno gledište, koje je zauzela sudska kontrola nad zakonitošću upravnih akata. U tom pogledu se specijalno francuski Državni savjet strogo rukovodi načelom zakonitosti uprave.

19. Vrlo zanimljiv i poučan je razvoj načela zakonitosti uprave u Njemačkoj. Potrebno je razgledati ovo načelo, jer se primjećuje uplivi tih načela, odnosno njemačkih autora, i na neke naše domaće pisce. Medjutim je ovo načelo u Njemačkoj nastalo zbog tamošnjih specijalnih prilika, pa ne valja k nama prenositi ovu doktrinu. Ako se želimo obratiti stranim uzorima u pogledu načela zakonitosti uprave, treba da se obratimo onamo, gdje je ovo načelo mnogo ljepše i dosljednije provedeno.

Načelo zakonitosti uprave se u Njemačkoj dosta kasno probilo,

nego se samo uvažuju pojedini pravni momenti, koji se u zametku javljaju već i u policijskoj državi, onda se uopće dolazi do zaključka, da nema naročite opreke između pravne i policijske države i da je svaka država pravna država (u tom smislu Rohatyn: Rechtsstaat und Polizeistaat — Zeitschrift für öffentl. Recht, Bd. XV.).

Pogrješnost ovih i sličnih metoda leži u prevelikom uopštavanju pojedinih tipova država. Slobodan Jovanović je odlično i jasno u Uvodu u svoju Državu (izdanje god. 1936, knj. I str. 21—25) utvrdio, da je ideja o državi uopće od relativno-historijskog značenja, i da se može doduše za jednu određenu epohu konstruirati tipska država, ali da se to ne može činiti za sve historijske epohe bez razlike.

⁵¹⁾ Naročito upada ovo u oči kod strogo policijske djelatnosti, jer tu se najteže provode načela pravne države. Policija ostaje najduže »oaza« policijsko-apsolutističke države i pruža nam najbolje sredstvo, po kome možemo ispitati, kako su duboko prodrla načela pravne države u upravu neke konkretne države. Gotovo bi se moglo postaviti pravilo: ako želiš saznati, do koje su se mjere razvile i učvrstile ideje pravne države u nekoj konkretnoj državi, razgledaj tačno njenu policiju. Historijski je nekoć u tom pogledu postojala ogromna razlika između Engleske i kontinentalnih evropskih država. Opreka se kasnije mnogo smanjila pravnim uređenjem policije u potonjim državama. U Engleskoj se određuje nadležnost policije po strogom načelu zakonitosti: policija je nadležna samo u onako, u koliko se upire na zakon. Ona nema naročitih povlastica ni naročite zaštite, a svaki se policista mora za svoja djela braniti pred redovnim sudom. Policija ne izdaje ni uredbu ni kaznene odredbe, već su za prvo nadležne komunalne uprave, a za drugo sudac na osnovu usmene rasprave.

pa je stalno do dana današnjeg ostalo u borbi s oprečnim načelom da zakon upravu samo ograničuje u njenoj slobodnoj djelatnosti, a povrh toga se ovo načelo, i u samoj teoriji, mnogo uže shvaća nego u drugim državama s razradjenim načelom zakonitosti uprave. I nakon uvadjanja ustavnog života u predratnoj Njemačkoj ostaju još dugo i pravna teorija i pravna praksa pri ranijem shvaćanju, da zakoni znače za upravu samo ograničenje. To je u vezi s jakim monarhijskim načelom prvotne konstitucione monarhije: monarh je šef uprave i monarh kao šef uprave pridržaje za sebe sva ovlaštenja, izuzimajući ona, koja je izrično dao narodnom predstavništvu. Teoretska doktrina pravne države počinje u Njemačkoj s Kantom, no za sve ranije teoretičare pravne države, pa tako i za najistaknutije Gneist i Bähr zakoni samo ograničuju slobodnu upravnu djelatnost. Ta ideja još dugo gospoduje i u djelima Georga Meyera, Sarweya i Dochowa. Prvi put je jasno i odlučno iznešeno moderno načelo zakonitosti uprave u njemačkoj literaturi god. 1873., a iznijeli su ga istovremeno, neovisno jedan od drugoga, Laband i Leuthold.⁵²⁾ Obojica izvode ovo načelo iz prirode pravne države, a ne iz pozitivno-pravnih normi. U teoriji ova nauka brzo pobjedjuje, pa doskora napuštaju otpor i njena prva dva najveća protivnika: Georg Meyer i Sarwey. Ipak se u teoriji stalno javljaju pojedinačni glasovi, koji plediraju za tzv. šire načelo zakonitosti uprave, da zakoni samo ograničuju upravu. Tako je to bilo i za vrijeme režima Vajmarskog ustava,⁵³⁾ a pogotovo nakon nacionalsocijalističke revolucije. Što se sadašnje Njemačke tiče, to je politički razumljivo, da skroz novi politički život želi imati što manje smetnja i ograničavanja; no što će se nova nacionalsocijalistička država više izgradjivati na vlastitim pravnim normama, bit će i njeni teoretici skloniji punomu načelu zakonitosti uprave.⁵⁴⁾

Druga sila, uz pravnu teoriju, koja u Njemačkoj zavodi u život načelo zakonitosti uprave, bili su upravni sudovi. Prvenstveno prusko

⁵²⁾ Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte str. 78, koji uopće pruža ovdje iscrpljive podatke o stanju i razvoju toga načela u predratnoj Njemačkoj.

⁵³⁾ Tako naročito Peters: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung 1926.

⁵⁴⁾ Prof. Koellreutter (Deut. Juristenzeitung 1934 str. 629) odbacuje općenito tzv. načelo zakonitosti u užem smislu za nacional-socijalističku Njemačku, koje je po njemu samo »liberalističko proširenje« pravog načela zakonitosti uprave. Na protiv stoji mnogo bliže načelu zakonitosti uprave u užem smislu Prof. Tatarin-Farnheyden u već citiranom članku.

Polemika se vodi i po pojedinim upravnim materijama. Razumije se, da je pri tome najosjetljivije, ali i najznačajnije pitanje policije. U jednoj novijoj raspravi (»Gesetzsmässige Verwaltung und Polizeigewalt« — Deut. Juristenzeitung 1935, str. 222 i slij.) ustaje Knauth odlučno protiv nazora, po kome ne bi više upravni akt trebao zakonske podloge, a što bi značilo, da policija može sve činiti, što joj zakon ne brani. Nova ideja firerstva i njegova velika ovlaštenja nikako ne diraju u osnovna načela pravne države. Pisac nalazi, da je načelo zakonitosti uprave u pogledu policijske djelatnosti u Njemačkoj i pozitivnopravno utvrđena, pa da će tako i ubuduće ostati, prema onome što je poznato o budućem Reichspolizeiverwaltungsgesetz-u. Protivno od toga Hamel (»Die Polizei im national-sozial. Staat« — Deut. Juristenzeitung 1935 str. 326 islij.), za koga znači stari odbačeni pozitivizam, kad se traži neki zakon za opravdanje nadležnosti uprave. No njegovi se napadaji više odnose na zakon, negoli na pravnu normu uopće.

Vrhovno upravno sudište,⁵⁵⁾ koje je neovisno od teorije, i čak dvije godine prije Laband-a i Leuthold-a, stalo ispitivati zakonitost upravnog akta ne samo u pravcu, da li nije u protivurječju s kojim zakonom, nego da li se može svesti na koje zakonsko ovlaštenje. Pri tome nije ovo Sudište nikada pokušalo, da zasnuje ovo načelo na nekoj izričnoj ustavnoj ili zakonskoj odredbi, nego ga prosto smatra aksiomom. U tome bi Njemačka dijelila samo sudbinu i drugih država, t. j. da načelo zakonitosti uprave nije zavedeno nekom izričnom pozitivno-pravnom odredbom, nego putem običajnog prava, a naročito putem dedukcije načela ustavne i pravne države.

No uz ovu prednju nestalnost, kolebanja izmedju tzv. šireg i užeg načela zakonitosti, postoji i jedna bitna razlika izmedju njemačkog i potpunog načela zakonitosti uprave, kako ga primjerice razvija francuska teorija i praksa. Puno načelo zakonitosti uprave primjenjuje se na čitavu upravu, svaki upravni akt treba zakonsku podlogu, bez obzira, da li dira ili ne dira u pravnu sferu pojedinaca. Po njemačkom načelu zakonitosti uprave radi se samo o tome, da pojedinci budu zaštićeni od nezakonitog prehvata upravne vlasti. U određena pravna dobra pojedinaca može ovdje uprava dirati samo na osnovu zakona. U pitanju, koja su to dobra, postoji i izvjesna razlika izmedju pojedinih pisaca kao i prava pojedinih njemačkih država.⁵⁶⁾ Neki su pisci pokušali (naročito Stier — Somlo), da prošire to načelo općenito na sve upravne akte, ali bez uspjeha. Čitava njemačka teorija, da i ne govorimo o praksi, ostaje postojano pri starom stajalištu.⁵⁷⁾

⁵⁵⁾ Bühler ibid. str. 81.

⁵⁶⁾ Tako uzima Bühler (str. 127 i slij.), da za neke prehvate važi ovo u svim njemačkim državicama, naročito u pogledu kažnjavanja i oporezivauja (ali već ne kod t. zv. športela, upravnih pristojbi i nekih drugih financijskih činidaba). Za prehvate na području unutrašnje uprave može se uzeti, da to uglavnom po običajnom pravu važi za Prusku i Sasku, za Bavarsku i Baden važi za policijske prehvate, ali je sporno za ostalo načelno ne važi za unutrašnju upravu Wirtenberga. Tu iskršava još i sijaset drugih sporova. No i ova Bühlerova opća načela nisu bez protivljenja, naročito na području policijske djelatnosti. I za režima, Vajmarskog ustava svojataju, primjerice, policijske vlasti vrlo široka ovlaštenja, koja ne odgovaraju ovomu načelu zakonitosti uprave.

Ne upuštajući se u potankosti, dovoljno je i ovo, da se vidi, koliko je po ovom njemačkom načelu zakonitosti stvarno slabo zaštićena pravna sfera pojedinca, te kako to načelo izazivlje sijaset sporova. Dosljedno, logično i praktično je jedino puno načelo zakonitosti uprave, koje ovo traži za svaki upravni akt, bilo da on nešto oduzima, bilo da daje privatniku, bilo da je uopće bez utjecaja na njegovu pravnu sferu (i ne gledajući okolnost, da je često teško reći, da li neka odredba utječe na pravnu sferu pojedinca, primjerice neka procesualna odredba ili organizacija vlasti).

⁵⁷⁾ Najbolje se to primjećuje kod pisaca, koji inače stoje dosta pod francuskim uplivom. Tako naročito Otto Mayer još god. 1924, tvrdi (Verwaltungsrecht I str. 69—70) »Das Gesetz gibt der Justiz die unentbehrliche Grundlage ihrer Tätigkeit — — Die Verwaltungstätigkeit kann nicht so abhängig gehalten werden. Das verfassungsmässige Gesetz ist deshalb nur für gewisse besonders wichtige Gegenstände zur notwendigen Bedingung aller Staatstätigkeit gemacht worden. Für alle übrigen ist die vollziehende Gewalt an sich frei; sie wirkt aus eigener Kraft, nicht auf Grund des Gesetzes. (Posve shvaćanje sprijeda opisane druge epohe!). Wir nennen den Ausschluss ihres selbständigen Vorgehens, der bezüglich jener beson-

To je i razumljivo, tako dugo dok se samo osnovno načelo zakonitosti uprave, t. j. ideja da je zakon temelj upravne djelatnosti, potpuno ne prihvatiti, ne može se prijeći i na ovo dalje, dosljedno proširavanje. Već samo ime Laband upućuje na to, da je ovo, na pojedincu pravnu sferu ograničeno načelo zakonitosti uprave, uz ostalo i u vezi s njegovim pojmom zakona u materijalnom smislu. Njemačka teorija zakonitosti uprave razvija ovo načelo u obliku zakonskoga pridržaja (Gesetzesvorbehalt), naučavajući da uprava samo za reguliranje određene materije — a to je pravna sfera pojedinaca, specijalno sloboda i vlasništvo — mora imati zakon, odnosno ovome izjednačenu pravnu normu, kao neophodni uslov i pretpostavku. Uistinu je svrha razvijenog načela zakonitosti uprave, da se objektivno čitava uprava stavi pod gospodstvo zakona, a ne da se samo zaštite pojedinci od prehvata uprave u njihovu pravnu sferu. Baš za modernu upravu, s njenom opsežnom i velikom akcijom, potrebna je ova puna zakonska podloga (naročito što se tiče i organizacije upravne vlasti). Samo za prvo vrijeme uvadjanja pravne države bilo je razumljivo, da se je načelo zakonitosti uprave ograničavalo samo na pravnu sferu pojedinaca.⁵⁸⁾

Ovo je njemačko shvaćanje zakonitosti uprave, uz ostalo, i individualističko shvaćanje, i nije u skladu s modernim univerzalističkim ili objektivističkim shvaćanjem. Razumljivo je stoga, da radikalni antiliberanci s ovog univerzalističkog gledišta u novijoj njemačkoj literaturi pobijaju ovu tezu. Ali oni ne idu za proširavanjem načela zakonitosti uprave, nego naprotiv za njegovim ukidanjem i na području, gdje je ono već zavedno. I u tome je baš njihova glavna griješka. Uistinu univerzalističko shvaćanje u vezi s idejama pravne države vodi i mora dovesti do punog načela zakonitosti uprave, t. j. da se uprava veže zbog objektivnog razloga valjanog vođenja uprave, a ne zbog subjektivnog razloga interesa pojedinca. U cijelosti ovaj je njemački pojam zakonitosti uprave kompromis između naprijed navedene druge i treće razvojne etape; ne usvaja se u cijelosti shvaćanje treće etape, nego samo za stanovite stvari, i to prema individualističkom shvaćanju s gledišta pojedinačnog interesa za dobra, uz koja je ovaj interes naročito vezan.⁵⁹⁾

ders ausgezeichneten Gegenstände besteht, den Vorbehalt des Gesetzes. — — — wonach den Bürgern persönliche Freiheit, Unverletzlichkeit des Eigentums und sonstiger Rechte gewährleistet werden — — —

Razumljivo je, da je pri prevodu ove knjige na francuski jezik zastupnik klasičnog pravca francuske nauke upravnoga prava, Berthélemy vrlo oštro odbio ovu formulu Otte Mayer-a, koja da može važiti samo preko Rajne, a nikako za Francusku.

58) Protiv ovog uskog, njemačkog načela zakonitosti uprave i prof. Slobodan Jovanović (Država I, izd. 1936. str. 339, 342—3).

59) Ovo njemačko shvaćanje je naročita vrsta shvaćanja pravne države, a nije osnovni pojam pravne države. Čak shvaćanje pravne države, koje se s višeg teoretskog gledišta ne može ni primiti. Zato držim, da Carré de Malberg (Contribution I str. 488 i slij.) ne postupa terminološki ispravno, kad u smislu ove specifično njemačke teorije uzima za značajku režima pravne države, da je u interesu građana sa specijalnom svrhom, da ih osigurava i štiti protiv samovolje državnih vlasti, pa tome režimu suprotstavlja režim legalnosti, kako važi u Francuskoj; »u

20. U sprijeda opisanim političkim i pravnim idejama, koje su se javljale u Njemačkoj, leži i korijen njemačko-pravnom razlikovanju između pravne i administrativne uredbe (Rechts-Verwaltungsverordnung). S pravno-teoretskog gledišta bila je ovdje odlučna njemačka teorija zakona u materijalnom smislu, po kome se pravno pravilo mora odnositi na pravnu sferu pojedinaca, kao i opisano njemačko shvaćanje načela zakonitosti uprave, koje ima samo u vidu, da budu pojedinci zaštićeni od nezakonitog prehvata upravne vlasti. Politička je pozadina ove teorije, da se što više ojača upravna vlast monarha i da ga se oslobodi od utjecaja zakonodavne vlasti. Administrativna uredba značila bi pravilo, s kojim smo se upoznali na prvoj etapi razvoja: pravilo strogo interne prirode, koje samo veže niži organ u odnosu spram višega. Prema gospodujućoj njemačkoj teoriji bile bi administrativne uredbe propisi unutar same uprave (najprije službeni propisi za vlasti, a uz ovo i pravilnici javnih zavoda i ustanova za sva lica, koja dolaze pod njinu vlast), a pravne uredbe propisi za općenitost. U jednom i drugom slučaju radilo bi se pri administrativnoj uredbi, prema ovoj koncepciji, o odnosu specijalne podvrženosti (službenički odnos ili odnos uživaoca javne službe).

U opreci spram općega podaničkog odnosa uobičajilo se u njemačkoj pravnoj nauci, od Labanda dalje, isticati ovaj uži krug lica, koji se nalaze u specijalnom odnosu podvrženosti.⁶⁰⁾ Ovaj potonji odnos počivao bi u većoj mjeri na dobrovoljnom pristanku odnosnih lica, dok je za opći podanički odnos značajno, da zahvaća pojedino lice bez obzira na njegov pristanak. Po skrajnijem shvaćanju ove koncepcije pravna situacija lica, koje dolazi u takav specijalni odnos podvrženosti, određuje se jednostrano, i pasivni subjekt tog odnosa (službenik, uživalac službe) nema posebnih subjektivnih prava; zakon bi ovdje značio samo ograničenje za izvršnu vlast, koja inače slobodno uređuje ove odnose službenika odnosno uživaoca službe (kako se vidi, primjena tzv. šireg načela zakonitosti uprave). Dok bi pravna uredba bila samo po svojem obliku administrativni akt, a po svojoj materijalnoj strani zakon, administrativna uredba bi bila u oba pogleda administrativni akt.

Osebina njemačkog pojma administrativne uredbe najbolje se uočuje, kad se ona uporedi s generalnom instrukcijom (cirkular), kako ju nauča francuska teorija. Tu se odmah vidi, kako se ova dva pojma sadržajno ne poklapaju, i kako je pojam administrativne uredbe mnogo

kome svaki akt administrativne vlasti pretstavlja zakon, uz koji se veže i čije osigurava izvršenje«. Baš ovo potonje je puni režim pravne države.

Francuska gospodujuća nauka postupa ovdje mnogo ispravnije i daje ideji pravne države šire značenje, ne odvajajući načelo legalnosti od ideje pravne države. »... parler d'Etat de droit, c'est — à — dire d'Etat lié par le droit. c'est exprimer identiquement la même idée que de parler d'Etat légal« (Bonnard: Précis de droit administratif, 1935, str. 72). To bi bilo po sistemu pravnog pozitivizma. Naprotiv ako se iznad pozitivnoga prava stavi prirodno pravo, značilo bi pravna država takvu državu, koja je vezana i takvim prirodnim pravom, a legalna koja je samo vezana pozitivnim pravom (Bonnard ibidem str. 73).

60) O tome pitanju naročito Freudenberg: Beiträge zur Lehre vom besondern Gewaltverhältnis im öffentl. Recht — Annalen des Deut. Reichs 1931.

širi od pojma generalne instrukcije. Naročito podvode mnogi njemački pisci pod pojam administrativne uredbе i organizacione uredbе,⁶¹⁾ uređenje ličnih odnosa službenika, kao i uređenje uživanja javne službe. Pod administrativnom uredbom kriju se dvije različite pravne ideje: jednom odredbe strogo unutarnje prirode, koje viši upravni organ upućuje nižima, a koje nemaju opće obvezne snage (generalna instrukcija), a drugo istinske pravne norme, koje se prividno ne tiču čitave javnosti, nego samo određenog užeg kruga lica (naročito javnih službenika i uživaoca javne službe), koja su lica spram administracije u odnosu »specijalne podvrženosti«. Između ove dvije ideje postoji bitna pravna razlika: prvo pravilo nema uopće normativni značaj, dok se u drugom slučaju radi o istinskom normativnom pravnom pravilu. Zato ih treba strogo pojmovno suprotstaviti: kao generalnu instrukciju i uredbu, i ne dati se time zavesti, što jedna i druga imaju generalno i apstraktno značenje. Uistinu, po svojoj pravnoj prirodi, generalna instrukcija je jednaka individualnoj ili konkretnoj instrukciji. Generalna instrukcija u načelu veže samo niži organ u odnosu spram višega, a ne veže pravno organ, koji je izdao ovu instrukciju i koji može pravno uvijek od nje otstupiti — a pogotovo ne veže viši organ od onoga, koji je izdao tu instrukciju. Naprotiv uredba, pravilno donešena i dok ne bude izmijenjena, veže svaki organ, i ovdje se ne može, kao pri generalnoj instrukciji, na jedan slučaj primjenjivati, a na drugi ne primjenjivati.

U njemačkoj se teoriji stalno miješaju ove dvije ideje, i pojedini autori misle pod administrativnom uredbom sad na jednu, a sad na drugu ideju. I kad bi htjeli točno analizirati pojedine njemačke autore, morali bi se stalno pitati, što se zapravo na pojedinom mjestu razumijeva pod administrativnom uredbom: da li generalna instrukcija bez normativnog značaja, ili normativna uredba, koja se izdaje »po odnosu specijalne podvrženosti«. Tako je došlo do terminološki posve neispravnog suprotstavljanja admin. uredbе pravnoj uredbi. Ako se pod admin. uredbom razumijevaju rečena pravna pravila, onda je izraz pravna uredba neispravan, pošto admin. uredba nije manje pravna norma od pravne uredbе; ako se naprotiv pod admin. uredbom razumijevaju gen. instrukcije u strogom smislu te riječi, onda je izraz administrativna uredba apsolutno netočan, jer generalna instrukcija nije uopće uredba.⁶²⁾ Francuska pravna teorija je vrlo dobro uradila, što se nije dala zavesti pojmom administrativne uredbе, jer je uvidjela, kako je ova teorija usko prikrojena uz izvjesne njemačke pravne i političke ideje,⁶³⁾ i jer je ostala dosljedna pri svojem pojmu generalne

⁶¹⁾ No ovdje postoji dosta veliki spor u njemačkoj literaturi, pa neki njemački pisci ubrajaju organizacionu uredbu među pravne, — vidjeti o tome nota br. 22 na strani 119—120 mog Upravnog prava I.

⁶²⁾ I zato s ovog gledišta ispravnije postupa primjerice Otto Mayer (naročito *Verwaltungsrecht* 3 izdanje, II str. 183), kad govori ovdje o *Verwaltungsvorschrift*.

⁶³⁾ Tako naročito Carré de Malberg: *Contribution à la théorie générale de l'état*, t. I, str. 664 i slij. i str. 321; Bonnard: *Précis...* 1935, str. 248. Carré se ponovno i odlučno vraća na to pitanje i u svojem posljednjem većem djelu »En d'autres termes, la distinction traditionnelle de deux catégories d'ordonances (t. j.

instrukcije, analizirajući i produbljujući razliku između generalne instrukcije i uredbе uopće.

Dok je starija njemačka teorija potcrtavala, da administrativna uredba nije pravno pravilo, moderna (i van Kelsenove normativne škole, koja je u ovom pitanju razvila svestranu i duboku kritiku) sve više potcrtava baš ovu normativnost.⁶⁴⁾ No često je pri tome nedostatak, što se ne povlače odavle nužne posljedice, i što se dovoljno ne izdvaja generalna instrukcija, kojoj fali ova normativnost. Pogotovo je pogrješno, kad se pod istu kapu, bez dovoljnog diferenciranja, trpaju francuski institut generalne instrukcije i njemački admin. uredbе,⁶⁵⁾ i obično pri tome pravni režim gen. instrukcije prenosi na čitavu admin. uredbu. Može se i prihvatiti lučenje unutar uredbе, da li ova uredba propisuje neku opću pravnu normu, ili se izdaje na osnovu »odnosa specijalne podvrženosti«, i pronalaziti izvjesne razlike između ove dvije vrste uredbе; ali je apsolutno pogrješno ovu vrst uredbе izdvajati pojmovno iz kruga uredbе, praviti od nje zajedničku kategoriju s gen. instrukcijom, i što je najgore, stalno u nju unositi elemente, koji odgovaraju pravnom režimu gen. instrukcije, ali ne odgovaraju uopće pravnom režimu jedne uredbе. Koje čudo, da se s takvim pojmom admin. uredbе nije mogla u Njemačkoj pravna praksa snaći i da nije mogla provoditi razliku između pravne i admin. uredbе. Klasički je, u tom pogledu, svojedobno opisao situaciju⁶⁶⁾ državni tajnik Preuss: »Dolazim u službu iz nauke i hoću da se pridržajem lučenja između pravne i admin. uredbе, no gospoda iz prakse mi govore, da ovo lučenje nije u praksi uobičajeno. Operira se samo s izvršnim uredbama, a pod tim se razumijevaju i pravne uredbе«.

Treba, dakle, strogo razlučiti pojam gen. instrukcije od uredbе, a iza toga se može posmatrati ova uredba »odnosa specijalne podvrženosti« kao posebna vrst uredbе.⁶⁷⁾ Pri tome bi se brzo primijetilo, da

Rechtsverordnung i *Verwaltungsverordnung*) repose, dans la doctrine allemande, sur un concept selon lequel la notion de droit ne s'étendrait point aux règles concernant les relations ou affaires d'ordre administratif. Admettre une telle opposition entre l'ordre administratif et l'ordre juridique, ce ne serait pas seulement aller contre la logique, ce serait ouvrir la porte à l'idée qu'il y a pour l'autorité administrative une sphère dans laquelle elle jouit, sous la seule réserve de ne pas violer les lois existantes, d'une puissance affranchie des règles de droit« (*Théorie de la formation du droit par degrés*, 1933 str. 127).

⁶⁴⁾ Tako primjerice pregnantno ističe Scheuner (*Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens — Verwaltungsgeschichte* 1928, str. 77): »Die Verwaltungsverordnungen sind Rechtssätze, die nur im engeren Geltungsbereich sich von den Gemeinverordnungen unterscheiden« — Vidjeti i na istom mjestu citiranu literaturu s jednakim mišljenjem.

⁶⁵⁾ To je i glavna griješka inače zanimljive novije rasprave: Karadže—Iskrow: »Contribution à la théorie des normes édictées en vertu d'un rapport de sujétion« (*Revue intern. de la théorie du droit* 1931/32.).

⁶⁶⁾ O tome potanko oko str. 411 Alf Ross: *Theorie der Rechtsquellen*, 1929.

⁶⁷⁾ Tim putem ide u neku ruku i Carré de Malberg (*Théorie de la formation du droit par degrés* str. 128 i slij.), kad razlikuje s jedne strane dekrete pretsjednika republike od uredbа pojedinih ministara i nižih upravnih vlasti. Vanjska je razlika, prema pozitivnom francuskom pravu, u načinu publikacije, jer se pretsjednički dekreti publiciraju slično zakonima. Tako ti dekreti prema Carré-u sačinjavaju »les règles de la communauté«, dok uredbе pojedinih ministara i t. d.

su osebne ove posebne vrsti uredbe mnogo manje, nego što je ovo naučala klasična njemačka teorija. Glavni praktički razlog za razlikovanje pravne i admin. uredbe leži u ideji podjele vlasti: izdavajući pravnu uredbu zasiže upravna vlast u područje zakonodavne vlasti (tzv. zakonski pridržaj), pa joj je za ovo potrebno posebno zakonsko ovlaštenje, dok se naprotiv uprava, prema ovoj koncepciji, pri izdavanju admin. uredbi kreće na svojem području (prema izrazu Thoma-e administrativne uredbe su »Hausgut« administracije), pa zato ni ne treba posebnog zakonskog ovlaštenja. To je vjerojatno glavni uzrok, zašto je ovo lučenje između pravne i admin. uredbe, koje se do prevrata 1918. god. u Njemačkoj provodilo samo u nauci, ušlo i u nove njemačke ustave, premda ovo lučenje izrično konstatiraju samo bavorski i virtemberški ustav.⁶⁸⁾ Novija nacionalsocijalistička teorija, zabacujući načelo podjele vlasti i u težnji za što jačim usredotočenjem državne vlasti, odbacuje⁶⁹⁾ i ovaj glavni temelj za lučenje između pravne i admin. uredbe. Time pogotovo u današnjoj njemačkoj teoriji gubi čitav smisao lučenje između pravne i admin. uredbe.

21. Načela pravna države i načelo zakonitosti uprave prodiru i kod nas ne samo kao jedan pravni, nego i kao kulturni i politički val.

Ideje pravne države ne smiju se uopće usko shvatiti kao strogo i isključivo pravni problem, one su i vrlo važan politički i kulturni problem. Tako je ideja pravne države centralna točka u odličnim i

obuhvataju samo partikularno pravo. Carré, uza sve svoje principijelno protivljenje njemačko-pravnom pojmu *Verwaltungsverordnung*, razlikuje ova dva načina reglamentiranja. »... il y a lieu de maintenir tout de même, en droit public français. ... du moins la notion de deux catégories de règlements, dont l'une mérite de recevoir, chez nous, une qualification analogue à celle de *Verwaltungsverordnung*. L'on vient de voir, en effet, qu' à la différence du Président de la République, qui, s'il ne représente point la communauté, a, du moins, puissance sur celle-ci, en ce que ses décrets, légalement faits, engendrent pour elle de l'ordre juridique national, les ministres au contraire, et à plus forte raison les autorités administratives placées au — dessous d'eux — sont non seulement dépourvus du pouvoir d'énoncer de la volonté générale, mais encore incapables d'édicter des règles pour la communauté. Leurs règlements ne sont, en effet, fondés que sur les lois qui organisent les services dont ils sont les chefs; et, par suite, les pouvoirs d'exécution qu' ils tirent de ces lois ne sont admis à s'exercer, par voie de réglementation générale, que sur des catégories de personnes et pour des sortes d'affaires dépendant spécialement de ces services. La portée des règlements ministériels ne dépasse donc pas le cercle du service: elle reste administrative, sans devenir nationale, au sens où cette dernière qualification est applicable aux lois et aux décrets« (cit. djelo str. 136). »Il n'est donc pas exact d'opposer les *Rechtsverordnungen* aux *Verwaltungsverordnungen*, comme si ces dernières étaient autre chose que des règles de droit. ... Mais parmi les règles de droit, il en est qui ont une portée particulariste: telles sont celles émises par voie de *Verwaltungsverordnungen*, attendu qu' elles créent du droit que dans une sphère spéciale, celle des groupements administratifs« (cit. djelo str. 137—8).

⁶⁸⁾ Schoen: *Das Verordnungsrecht und die neuen Verfassungen* — *Archiv des öffentl. Rechts* 1924 str. 134).

⁶⁹⁾ »Demgegenüber verliert im nationalen Rechtsstaate die Unterscheidung von Gesetz und Verordnung und innerhalb der Verordnung von Rechts- und Verwaltungsverordnungen ihren innern Sinn und behält nur noch rechtstechnische Bedeutung, da grundsätzlich die »Führung« in ihm Gesetzgebung und Regierung in ihrer Hand vereinigt« (Koellreuter: *Grundriss der allgemeinen Staatslehre*, str. 98).

mnogobrojnim radovima prof. Slobodana Jovanovića — bilo da se radi o pravnim, bilo o historijskim, bilo o političkim djelima. U naše pozitivno pravo prodiru naročito ideje pravne države putem općih načela, pravnom teorijom i pravnom praksom. Pod pravnom praksom mislimo ovdje naročito na naše upravne sudove. Kod naših pozitivnih zakona daje ovdje najviše uporišta zakon o drž. savjetu i upravnim sudovima i zakon o općem upravnom postupku (ZUP). Prvi naročito zbog svoje odredbe o slobodnoj ocjeni (toč. 3 čl. 19), za čije vršenje traži, da budu »upravne vlasti pozitivnim pravom ovlaštene«⁷⁰⁾ a ZUP svojom odredbom o obrazloženju upravnih odluka. Gledajući na pojedine upravne materije, relativno, su najslabije oživotvorene ideje pravne države pri policijskoj djelatnosti. Naročito se ovdje osjeća nedostatak modernih, materijalno — i procesualno — pravnih propisa, dok su takove moderne zakonske kodifikacije već provedene u nekim drugim državama.⁷¹⁾ I sam ZUP, računajući s time, da će uskoro biti donešen novi zakon o istupima s posebnim procesualnim propisima, ne proteže se na upravno-kazneno postupanje. Još je teža bila situacija prema ranijoj praksi Državnog savjeta, dok se je on još proglašavao nenadležnim u ovim upravno-kaznenim stvarima. A upravo ovdje ima njegovo djelovanje najveće značenje. Upravni sudovi imaju jamčiti, da će upravne vlasti uistinu provoditi zakone, a ne misliti, da su zakoni samo za podanike. Gdje nema takove, lojalno zakonu podvrgnute uprave, nema ni pravne države. Važnost upravnih sudova nije ovdje toliko u njihovom represivnom, koliko u njihovom preventivnom djelovanju: samom svojom egzistencijom i mogućnošću da nište akta upravnih vlasti, prinudjuju ove vlasti na vršenje zakona — bez tog pritiska upravne bi vlasti mnogo češće i mnogo grublje skretale s puta zakonitosti. Ovo ima naročitu važnost i značenje baš pri policijskoj djelatnosti. Zato baš ova djelatnost mora stajati pod stalnom upravno-sudskom kontrolom, koja i vrlo povoljno djeluje na pravilni razvoj ove djelatnosti, kako to dokazuje upravno-sudska praksa u onim zemljama, gdje se ta kontrola naročito razvila u pogledu policijske djelatnosti (tako primjerice, prusko vrhovno upravno sudište). Dotjerane pravne norme nisu jedini postulat pravne države, jer čemu i najdotjeranije norme, ako se one nikako ili posve loše u praksi primjenjuju. Ali dotjerana pravna norma je polazna točka čitavog režima pravne države. Na ovo se nadovezuje izgradnja lojalnog upravnog aparata, koji ove norme pravilno izvršuje sa svim stvarnim jamstvom, da one ne budu povrijeđene.

⁷⁰⁾ Ovo je dobra strana ove formule, koju je naš zakon o Drž. savjetu i upravnim sudovima preuzeo iz starog austrijskog zakona. Inače je, svojevremeno, pravna kritika u Austriji mnogo prigovarala ovoj formuli, a naročito što je uvrštena među razlozima, koji isključuju nadležnost upravnog sudišta (među prvima ugledni češki pravnik i učitelj upravnog prava Pražak). Tako je nakon prevrata Austrija zamijenila ovu formulu jednom mnogo zgodnijom formulom, dok je Čehoslovačka, recipirajući stari austrijski zakon o upravnom sudištu, prosto izbacila ovu odredbu.

⁷¹⁾ Peti međunarodni kongres za upravne znanosti, držan god. 1933 u Beču, preporuča izrično, da pojedine države uvedu policijsko-kaznene zakone i da osiguraju strankama sudsku zaštitu.

22. Prema razloženom načelu zakonitosti uprave izvodi javna uprava sva svoja ovlaštenja, bila ona najuža ili najšira, iz zakona. To ne znači, da je zakon sve u najmanje sitnice unaprijed predvidio i da uprava samo mehanički izvršuje ovu potanko izraženu zakonsku volju; ali znači, da svako ovlaštenje uprave, ma kako široko bilo, pretpostavlja uvijek zakon, na koji se ono oslanja. Iz samog pojma zakona kao norme, koja je u pravilu generalna i apstraktna, slijedi, da je njenom primjenjivaču ostavljeno neko područje kretanja, koje nije unaprijed potpuno opredijeljeno. Radi se samo o tome, da li će ovo kretanje biti veće ili manje, šire ili uže. Samo individualni zakon, koji uređuje individualni ili konkretni slučaj (primjerice podjeljuje neku koncesiju, određuje konkretnu eksproprijaciju), i koji danas znači izuzetak od općega zakona kao pravila, ne ostavlja takove slobode (još točnije, ostavlja vrlo malo takve slobode), jer se sam unosi u djelovanje izvršnog organa, i izdaje u formi zakona akt, koji bi normalno trebao izdati izvršni organ. Zato je i posve neispravno dijeliti upravu u dvije grane: gdje ona primjenjuje pravne propise, i gdje se njen rad sastoji u nečem drugom. U istinu svaka radnja državnog organa znači primjenjivanje nekoga pravnog propisa,⁷²⁾ razlika je samo u tome, da li pravni propis, na kome državni organ temelji svoju nadležnost, ostavlja organu slobodnije, ili više ograničeno i vezano djelovanje.

Samo tako shvaćeno načelo zakonitosti uprave omogućuje i institut diskrecione ocjene. Ovo načelo samo traži, da na takvo vršenje bude uprava pravnom normom naročito ovlaštena. Ova pozitivno-pravna norma uslovljuje samo formalno, a ne i materijalno vršenje diskrecione ocjene; ona samo određuje, da se ima vršiti diskrec. ocjena, a ne određuje, kako će se ona vršiti. Gdje pozitivno-pravna norma sadržaje i takove materijalne propise, nema više diskrecione ocjene. Ukratko za samu diskrecionu ocjenu predleži samo formalni, a ne i sadržajni odnos spram pozitivno-pravne norme.⁷³⁾ I upravo ova pojava, da se ovdje radi samo o relaciji formalne prirode bez sadržajne relacije, ukazuje na pretjeranost onih teoretičara, koji zbog toga, što se diskrec. ocjena donosi na osnovu zakona, pobijaju uopće taj institut, ili ga postavljaju strogo relativistički.⁷⁴⁾ I pored pozitivno-pravne norme, na kojoj se formalno zasniva vršenje diskrec. ocjene, ostaje još stalno velika sadržajna nevezanost. Vršiti diskrecionu ocjenu ne znači djelovati bez zakonske podloge, bez zakonskog ovlaštenja, jer bi to protivuriječilo načelu zakonitosti uprave; nego samo znači, da pri ovom zakonskom ovlaštenju postoji velika sadržajna nevezanost, tako

⁷²⁾ U tom smislu vrlo ispravno i Slob. Jovanović (Država I, izdanje 1936. str. 100—101). On tumači pojavu, što neki pisci tvrde, da ima državnih poslova bez veze s pravom, time što oni uzimaju pravo u suviše uskom smislu kao skup propisa, koji uređuju radnje pojedinaca. »Ali ako se pravo uzme u jednom širem smislu kao skup svih državnih propisa bez razlike, kako onih koji uređuju radnje pojedinaca, tako i onih, koji uređuju radnju državnih organa, onda svaki državni akt mora imati pravni značaj.«

⁷³⁾ Tako naročito tumači Verdrosz u cit. članku str. 638.

⁷⁴⁾ Tako primjerice Herrnritt: Grundlehren str. 297.

da u tom pogledu nije vršilac diskrec. ocjene zakonski ograničen, već ima donijeti odluku prema vlastitom nazoru, birajući između alternativa, koje mu pozitivno pravo stavlja na raspoloženje. U tom se smislu diskrec. ocjena karakteriše kao vrata u pravnoj zgradi, kroz koja mogu prodrijeti van-pravne motivacije.⁷⁵⁾ Tako nas i problem diskrec. ocjene ponovno upućuje, da u pravu ne posmatramo samo formalne, nego i stvarne i sadržajne momente. Kad iz našeg razmatranja isključimo ovu sadržajnu i materijalnu vezanost, i gledamo samo na ovaj formalni momenat, onda diskrec. ocjena uistinu gubi svoju najznačajniju crtu, i između nje i pravne vezanosti ne bi bilo bitne i kvalitativne razlike. Odatle pojava, što baš kod pisaca, koji suviše uvažuju ovaj formalni momenat na štetu materijalnoga, blijedi oštra i precizna razlika između pravne vezanosti i diskrec. ocjene.

Baš problem diskrec. ocjene zorno nam pokazuje, da načelo zakonitosti uprave može biti i samo formalno pravne prirode, premda stvarno ideji pravne države nije udovoljeno takovim čisto formalnim vezanjem, već ona ide i za stvarnim sadržajnim vezanjem uprave.⁷⁶⁾ Samo sobom se razumijeva, da uprava za svako svoje djelovanje mora imati posebno zakonsko ovlaštenje; no pravi problem pravne države leži u tome, da se ovo djelovanje i sadržajno unaprijed veže pravnom normom. To stvarno biva i u onim slučajevima, gdje uprava djeluje diskreciono, jer ona ovdje djeluje uvijek samo djelomično diskreciono (i u toliko je samo formalno vezana pravnom normom), dok je u drugom dijelu ona i sadržajno vezana. Nema upravnog akta, koji bi bio u cijelosti diskrecione prirode. Kad god uprava donosi akt po diskrec. ocjeni, ima u njemu sadržajno vezanih i sadržajno nevezanih dijelova. Ovi prvi ne spadaju uopće u diskrec. ocjenu, već njihov pravni režim odgovara stvarima, gdje uprava uopće nema diskrec. ocjene.

Načelo zakonitosti uprave omogućuje dva ekstrema: jednom upravu sa silno širokim ovlaštenjima, koja znače, kao da uprava ne bi bila uopće unaprijed pravnim normama vezana, a drugi put upravu sa skroz pravnim normama determiniranu u njenim akcijama. Uistinu praktično normiranje oscilira između ove dvije krajnosti. Ako većma odgovara duhu pravne države približivanje drugoj krajnosti, opiru se

⁷⁵⁾ Merkl. cit. djelo str. 152.

⁷⁶⁾ To su, s punim pravom, potcrtavali ideolozi pravne države. »Wenn einmal die »gesetzliche Vollmacht« so weitgehend wäre, wie nur je das »Ermessen« zur Zeit des aufgeklärten Absolutismus... konnte man noch ernstlich von »Rechtsstaat« sprechen? Der Fehler der zur Zeit noch anerkannten Auffassung liegt in der Überstosung der schätzung der Form, in der die dem Verwaltenden gewährte »Vollmacht« auftritt. Ist diese die »gesetzliche«, so beruhigt man sich ohne weiteres und begrüsst frohlockend den Rechtsstaat. Diesen aber müssen wir, soweit es angängig ist, gewisse Ermessen materiell haben und nicht nur formell. Eine zu weit gehende gesetzliche Vollmacht, die in ihrer generellen Formulierung für jede nach subjektiven Befinden vorzunehmende Handlung die unanfechtbare Basis bietet, bedeutet für die rechtsstaatliche Ausgestaltung unserer Verwaltung ein grosses Hindernis und ist politisch von grosser, heute doch auf vielen gebieten fühlbarer Gefahr, weil die scheinbare Rechtssicherung gegen weitgehendes Ermessen durch die »Rechtsgrundlage« vorgegäuscht aber nicht verwirklicht wird« (Stier—Somlo: Das freie Ermessen — Festgabe für Laband, II Bd., 1908. str. 504).

81
tome često realne potrebe aktivne uprave. Prva krajnost je ledište pravne države, a druga djelotvorne aktivne uprave. Uz ovako, pravilno shvaćeno načelo zakonitosti uprave, kad se spozna, da zakon vrlo često i u velikom opsegu ne veže sadržajno svoga primjenivača, svode se i na pravu mjeru prigovori onih teoretičara, koji se čude, da bi se uprava mogla pretstaviti samo kao vršilac zakona, kao puki stroj za primjenu zakona. Stvarno je, po načelu zakonitosti, uprava uvijek formalno izvršilac zakona (u najmanju ruku mora svoju nadležnost temeljiti na nekoj pravnoj normi), dok je sadržajno to samo djelomično. S druge strane postaje razumljivo, da načelo pravne države stalno smjera sadržajnoj vezanosti: sadržajna vezanost je pravilo, čisto formalna izuzetak od tog pravila. Puno načelo zakonitosti uprave pretpostavlja sadržajnu vezanost, i u dvojbenim slučajevima odlučuje se prije za pravnu vezanost, negoli za diskrec. ocjenu. U pravnom poretku s razvijenim načelom zakonitosti uprave diskrec. ocjena ima skroz negativno značenje: ona može tek ondje nastupiti, gdje manjka svaka stvarna vezanost, i gotova je da odmah popusti i uzmakne, čim se javi trag ovake vezanosti.

23. Drugo je pitanje, da li norma, koja ovlašćuje, mora biti baš zakon. Po načelu ustavne države morao bi to biti baš zakon, po načelu pravne države uopće pravna norma. Očigledna je pojava, da takova ovlašćenja ne ovise samo od zakona nego i od drugih pravnih normi. Zbog česte neodređenosti zakonske norme ovisi često, primjerice, mnogo od prakse i običajnog prava, da li će se neko pitanje smatrati vezanim ili diskrecionim. Ma kako to paradoksalno zvučilo, izazvalo je baš načelo zakonitosti uprave donošenje i stvaranje pravnih normi na druge načine. Čitava uprava trebala se ujedared da provodi na osnovu zakona, a upravni sudovi imali su ispitivati zakonitost akata upravnih vlasti, dok tih zakona nije bilo, odnosno zakonodavni stroj nije mogao dospjeti, da ih tako brzo donese. Što je preostalo, nego da se takve norme razviju putem običajnog prava, praksom upravnih, a naročito upravnosudskih vlasti. Ustavna država je, rado i često, jednako neprijazna spram običajnog prava kao i apsolutistička država. No stvarno apsolutistička država treba mnogo manje ovo običajno pravo, jer može mnogo brže donijeti izrična pravna pravila kad se ovo ukaže potrebnim, nego što ovo može činiti ustavna država sa svojom velikom i teškom zakonskom procedurom. Tako je upravo ustavnoj državi, na području upravnog prava, vrlo potrebno dopunjujuće djelovanje običajnog prava. Načelo zakonitosti uprave, u njegovoj praktičnoj primjeni, treba stalno posmatrati uz ova dva ograničenja: prvo da ono ne znači potanko normiranje, već da se naprotiv može po njemu upravni dati vrlo široko ovlašćenje, i drugo da ono ne pretpostavlja samo zakon u formalnom smislu, već uopće pravnu normu, i da se ovdje javlja dosta zamršeni problem pravnih vrela.

Ako se želi načelo zakonitosti uprave stvarno u život provesti, treba proširiti i produbiti pojam pravnog vrela (uzimajući ovaj u strogo formalnom i pozitivnopravnom smislu kao formalne oblike, u kojima se javlja određeno pozitivno pravo, t. j. pravna norma). Taj

se problem javlja u dva oblika: kvantitativnom i kvalitativnom. Po prvome treba obuhvatiti sva ova formalna pravna vrela, i ne istovjetovati ih naprosto sa zakonom. Sprijeda smo vidjeli jedno takovo vanredno važno pravno vrelo, koje je od golemog značenja za razvoj modernog upravnog prava: običajno pravo, kako se razvija praksom upravnih vlasti, a naročito upravnih sudova.⁷⁷⁾ U nauci o pravnim vrelima treba se uopće čuvati prevelikog uniformiranja (danas se ovo obično provodi u korist zakona) i prestrogog jedinstva.⁷⁸⁾ Tako je, primjerice, razradjeni sustav rimskog prava, kome se teško poriče logičnost, poznavao vrlo različna pravna vrela. Drugi, sadržajni (kvalitativni) problem pravnih vrela je u tome, da se upravnik, koji primjenjuje pravnu normu, ne drži slijepo i isključivo njenih riječi, već da je često potrebno, da dublje zasegne za njihovim pravim smislom, po potrebi za njihovom logičnom vezom s drugim pravnim normama, kao i s čitavim pravnim poretkom kao takovim, a naročito i s odredbama ustavnog prava (ne istovjetujući ovo samo s pisanim ustavom). Na taj način se lako dolazi do pravne vezanosti, dok bi po samim riječima zakona upravnik mogao djelovati slobodno.

Ovo proširavanje i produbljivanje pojma pravnih vrela, brojno i sadržajno, i dosljedno samog pojma pravne vezanosti, ne znači, da se pravo utvrđuje protiv zakona već naprotiv, da se zakon izvršuje potpunije, dublje i misaonije. Time se samo uvršćuje i upotpunjuje načelo zakonitosti uprave. Baš upravno pravo — koje ne raspolaže s tako cjelovitim i velikim zakonskim kodifikacijama kao sudsko pravo, i čija pravna vrela uopće, u uporedbi sa sudskima, pokazuju velike tehničke nedostatke — trebalo bi vrlo nužno razradjenu i produbljenu teoriju pravnih vrela. Paradoksalno je, međutim, da takovu teoriju još uvijek i danas mnogo više razradjuju civiliste (primjerice Gény i njegova škola) negoli učitelji javnoga prava.

77) Nepriznavati, da praksa sudova odnosno upravnih vlasti dovodi do formiranja posebnog pravnog pravila, da dosljedno ima normativni značaj, može značiti dvoje: ili ju htjeti vrlo vezati, ili joj dati veliku slobodu. U prvom slučaju se svako takovo djelovanje prikazuje samo kao interpretacija već postojećeg pravnog pravila, a u drugom slučaju kao slobodno djelovanje, koje ne veže za buduće slučajeve, tako da vlast može slične buduće slučajeve i drugačije riješiti. U vezi s onim oštrim dualizmom, koji jedan dio teorije provodi između sudstva i uprave (strogo funkcionalno lučenje) obično se prva alternativa primjenjuje pri sudstvu, a druga pri upravi. Sudsko djelovanje se u takvim slučajevima svodi na tumačenje već postojećega pravnog pravila, a upravno obično na slobodnu ocjenu. Već se po tome vidi, kako u potonjem slučaju ova ideja znači slabljenje pravne vezanosti i načela zakonitosti uprave. Praktično i puno provodjenje načela zakonitosti uprave kako uopće nužno izaziva druga pravna vrela i ne može se zadovoljiti sa samim zakonom, tako ono i pogoduje formiranje običajnog prava putem upravne odnosno sudske prakse. Razvijeno načelo zakonitosti uprave radije će u dvojbenim slučajevima zaključivati na zakonsku prazninu, negoli na ovlašćenje za vršenje diskrec. ocjene.

78) U modernom pravu je u tom pogledu pravi enfant terrible običajno pravo, koje nekako smeta »harmoničnom skladu« pravnih vrela. Odatle i pojava, što je Kelsenova normativna škola, izgleda, nekako u neprilici s običajnim pravom zbog njegove nedovoljne »Systembezogenheit«. Značajno je, primjerice, kako se Merkl (cit. djelo str. 104 i slij.) negativno drži spram običajnog prava, i to specijalno spram prakse upravnih vlasti i sudova.



35083