

03:34

ЕНЦИКЛОПЕДИЈА ПРАВА

(За потребе слушалаца Правног факултета у Београду)

За штампу уредио и издао
ЉУБИША Љ. ЈЕНКО
докторанд права

1937
БЕОГРАД

~~SAVEZNO IZVRŠNO VEĆE
CENTAR ZA INFORMACIONU I
DOKUMENTACIONU DELATNOST
Izv. br. 3457
SIGN.~~

ЕНЦИКЛОПЕДИЈА ПРАВА

(За потребе слушалаца Правног факултета у Београду)

За штампу уредио и издао
ЉУБИША Љ. ЈЕНКО
докторанд права



1937
БЕОГРАД



Ljub. d.

30906

34
7-51e



Штампариа „ПРИВРЕДНИК“
Жив. Д. Благојевића, Београд
Кнез Михаилова 3. Тел. 21-450

4267

У В О Д

I Појам Енциклопедије права и у чему се састоји корист њеног изучавања

Енциклопедија права треба да буде увод у правне науке или општа теорија права. Њен ће задатак бити да одреди појам права (шта је то право), онда идеју права (шта је циљ права, какву улогу право одиграва и од какве је оно вредности за друштво) и најзад да изложи систематски основне принципе права. При томе се поставља питање да ли се енциклопедија права јавља као једна самостална наука или се она служи и резултатима других наука, као средством да дође до свога циља? На ово може се рећи да енциклопедија права мора прибегавати и социологији, филозофији, етици, психологији, па и метафизици, са чијим се готовим резултатима она служи. Наравно да правници радећи помоћу ових помоћних наука, могу коју од њих нарочито да истичу н. пр. неко више филозофира, други све више посматра са социолошке тачке гледишта итд. Придржавајући се строго задатка енциклопедије права треба гледати да се преко потребе не улази сувише у филозофију и историју филозофије, али се ипак мора ући у њу толико, колико је то потребно да се објасни појам право. То је уочио још велики немачки филозоф Кант у својој изреци: „Јуриспруденција лишена филозофских елемената, била би као глава без мозга“. Енциклопедија права има свој објект изучавања — појам права — а изучавање врши по своме нарочитом методу социолошко-филозофском. Истина да ће енциклопедија права покушати да објасни и догматски и нормативни метод, којим се служе друге правне науке, али то само утолико, колико ће то требати ради општег познавања дотичне гране правне науке. Даље ће енциклопедија права, не губећи из вида свој задатак, прикупљати основне правне појмове, који служе као основ и претпоставка за посебне правне појмове, обухватајући само опште делове тих посебних правних појмова, док ће њихово детаљно излагање падати у задатак посебној правној грани (н. пр. енциклопедија права одреди појам субјекта, јер је он претпоставка за све остале гране права, а црквено ће право н. пр. одредити који су њени правни субјекти, кривично право такођер итд., или н. пр. како се тумаче закони уопште, а свака ће грана правне

науке излагати све посебности о том како се право код ње излаже, наравно ако постоји уопште неко особено излагање код те науке. У данашње време постоји потреба за енциклопедијом права и то већ нико не спори. До тога је довела т. зв. специјализација права т. ј. тежња правника да се усавршавају у једној грани права, јер познавати добро целокупно право при данашњем развићу правне науке, немогућа је ствар, али ипак да се не би постигла једностраност и изгубила целина, потребно је, да се изучавају и основни правни појмови, а то изучава енциклопедија права. Ипак она има противнике, онаква, какву су је раније схватили, да она мора да да кратку скицу свију делова правне науке (цитат нашег уваженог професора г. др Ђорђа Тасића у књизи „Увод у правне науке“), јер само сакупљање резултата посебних правних наука не даје неку логичну целину и зато и не оправдава постојање неке такве науке. Природно је, као што говори и Коркунов, да енциклопедија права схваћена данас више нема присталица у теорији права. Израз Енциклопедија права данас замењује реч Општа теорија права или Увод у правне науке, чији израз означаје једну науку, која ће излагати опште — основне појмове права, а потреба да она постоји је у правној науци данас неоспорна. Поставља се само питање да ли ће се ова наука предавати на почетку студија или на крају? Одговор на ово питање је лак, јер пре свега је потребно да се студенти упознају уопште са појмом права, затим са његовим основним појмовима, па тек онда да пређу на изучавање појединих грана права. Зато се енциклопедија права, схваћена у данашњем смислу речи, предаје на почетку студија — у I години. То је и логично, када се зна да треба најпре познавати опште појмове права, па тек онда специјалне гране његове. Па када за ове специјалне гране права постоје иарочите катедре, онда би било сасвим неоправдано, када не би било и за Енциклопедију права резервисано једно такво место на Универзитету.

Код нас је још 1853 г. предавао Енциклопедију права у духу немачке органистичке концепције из XIX в. Никола Крстић који пак није објавио своја предавања из ове области права. Касније је исту материју предавао Гига Гершић, али у духу Јеринга и немачке историске школе. И он није оставио никакво дело ове врсте. Прво дело из ове области права је филозофија права (I. изд. 1839. г., а II. проширено 1863 г.) од Јована Филиповића, присталице школе природног права. Најзад је Димитрије Матић издао 1851. год. „начела умног државног права“, неку врсту енциклопедије 1851. год. у Цепфлу.

II. Општи поглед на право и правнике

За правнике је право скуп односа међу људима, један невидљив свет, јер се он одиграва само у свести људској. Споља тај свет добија свој израз у акцији људи. Тако је код простих односа нпр. код односа послуге, зајма налога итд. Ту постоји

само прост однос међу људима. Али постоји и сложени однос међу људима, регулисан правом као нпр. код државе. Овде се на први мах примењује јединство воље и акције код појединих већих група људи, затим иза овог правног односа људи откривају се органи државе са разним функцијама. (Пример: парламент и краљ издају законе, они су законодавни органи државе, у случају неизвршења односно непокорвања тим законима долазе до акције судски органи, који нас казне, па онда извршни органи тј. полиција, који те казне извршују).

Право претставља и свет вредности, јер се њиме хоће увек да намири неку животну потребу, било моралну, или идејну, било економску, социалну, политичку или друге практичне потребе, које се у животу јављају. Да је право — вредност — види се по овоме примеру: прастаро је правно правило да „незнање закона не правда никога“. То су правно правило прихватили и Римљани, а данас је усвојено од свих модерних законодавстава света. Оно претставља једну вредност, јер држава има интереса да се оно уведе. Наиме немогуће је доказивати да ли је неко знао шта закон каже и зато би се свако тиме правдао, услед чега би наступила немогућност да се ма ко казни за неизвршење закона. Тиме би била дата немогућност примене закона. Зато држава да би својим законима обезбедила тачно извршење, мора прибећи увођењу тога правила иако се оно коси са правичношћу, која захтева да буде кажњен само онај, ко је знао да крши закон, па ипак то чини, а не и онај, који прекрши закон у незнању. Из свега овог види се да законодавац уводећи ово правило бира између два интереса — правде и целисходности, и пошто је овај последњи важнији по њега, он га као вредност усваја. Други пример да је право вредност било би правно правило да нико не може бити кривично кажњен, ако то дело није предвиђено у Кривичном Закону. Ту је вредност тога прописа у гарантини личне слободе појединца.

Сва та питања, која право решава, ради задовољења практичних потреба, имају карактер релативности. То долази отуда што се закони стварају по схватању законодавца, а то опет зависи од односа, интереса и погледа оних, који законе стварају. Поред тога несавршеност људског језика и немогућност да се сви будући случајеви тачно предвиђају још повећавају релативност одн. неодређеност права. Као пример за ово схватање нека наведемо следеће: појам старања има разна значења и веома варира. Неко се може нпр. старати за туђу ствар као за своју, што је најблажи облик те речи, затим може се старати као и сваки други грађанин, што би се старао из средине у којој живи, — строжији појам — и најзад се може старати о нечему као добар домаћин (*bonus pater familias*) — што би било најстрожији критериум старања. Из овога се види колико је правни појам старања релативан. Често пута се претпостављају извесне ствари читајући законе (нпр. реч „грађани“ у Немачком Грађанском Закону обухваћа лице мушког и женског пола, док у Уставу, где

се говори у политичким правима, тај израз односи се само на мушка лица) и то опет показује релативност права. Релативни пак су и други појмови, који немају везе са науком и за које је последње рекао Жени „да се употребљавају као свакидашња монета“. Нпр. различито траје зима за ботаничара, за кога је метеородавно зеленило, различито за смисара, кога интересује светлост, за метеоролога, за кога је важна температура итд. У свима се дакле природним појавама осећа релативност и све зависи од схватања човека.

Настаје сада питање како ће се доћи до тих правних правила када су она релативна? На ово се питање може одговорити да је могуће доћи до њих, јер се она формулишу према извесним интересима, који чине језгро права. Логиком онда може законодавац доћи до оних правних правила, која стоје у сагласности за интересом, који се жели постићи. Из овога се види да је логика врло важна ствар у праву, и то како у теорији, тако и у пракси. Та логика толико потребна праву наравно се не сме злоупотребити, као што су то учинили софисте и схоластици, који су из текстова извртањем речи и појмова могли да даду какво било значење правним правилима. Против таквог логицирања било је реакције у модерно доба, али о томе доцније. Факт је пак да је потребно за познавање права располагати са логиком, која је веома сложена, тако да су правни проблеми једни од најтежих логичних проблема.

Право има практичан карактер и њиме се баве и грађани — лајици — којих се оно тиче, па се због тога праву одриче назив науке, али је то погрешно. Наиме, има велике разлике између правника и лајика! Пре свега правник све посматра у систему права, т. ј. сваки конкретан случај он доводи у везу са системом права, док га лајик проучава сам за себе, одвојено од система права. Даље правник добија у току праксе извезбаност која му даје могућност да боље разликује појмове од лајика. Овде се приговара да је боље да се закон тумачи на начин како га тумаче лајици, али то није тачно, јер и сами лајици морају имати извесну културу да би могли да тумаче право, а многи ту културу немају. Како ће они онда тумачити законе? Једино би било прихватљиво гледиште да закони морају да буду јасни као да су писани за лајике.

Чувени правник Јеринг је дао у својем делу „Дух римскога права“ паралелу између правника и лајика на овај начин: старо римско право и право у Енглеској, пуно форма, фикција, заобилазних правних послова било би несхватљиво и можда и смешно за лајике, док ће се правник у њему лако снаћи, јер зна шта се све тиме хтело рећи и учинити. Често пута лајик друкчије схвата какав спољашњи акт него правник. Ипак је претерано упоређење Јерингово правника са лајиком као и познавање закона са нашим сазнањем о кретању земље. Наиме, као што се нама лаицима чини да земља стоји, а сунце се окреће, док астрономи, који супротно тврде, нису у заблуди, тако исто се и лајицима у праву чини оно што у

ствари и не постоји. Та претераност Јерингова протиче отуда, што се код окретања земље јавља варка вида код људи, док ми не можемо ни да замислимо да таква варка постоји и код закона, којима морамо да се покорavamo. Истина је, да је код тумачења права потребан здрав разум, али здрав разум многих људи (законодавца) са критиком умних људи и применом стручњака — правника, много је извесније него тумачење права од стране лајика.

После свега овог треба упитати се, какав треба један правник де буде, па да у свему одговара својој позиви? Пре свега то мора бити културан човек, који је упознат са социалним, моралним, економским проблемима, човек који, поседује јаку логику, који има моћ апстракције и дедукције, који познаје живот не само из социјалних наука, већ и из искуства. Поред овога он мора бити поштен, правичан и жељан да користи и друштву у коме сам живи. Ето такав човек био би савршенство од правника, али се тај идеалан тип не остварује увек у животу, чак ни код највећих наших правника. Ипак правници нису баш једностранни људи, јер и међу њима налазимо и одличних књижевника, музичара и др. Истина је да се у праву употребљава логика, али то не увек и поред правника-логичара, постоје и правници-интуиционисти, који расумеју, осећају дух закона. Пример за овакве правнике био би Бартолус, који би одмах сасвим правилно одговорио на свако постављено питање, јер је осећао дух закона по својој интуицији. Такве правнике зовемо интуисте или етичаре. Тип логичара био је опет Тигриниус, Бартолусов пријатељ, који није могао да макне без текстова. Најзад има и правника-уметника, чија су решења убедљива чак и онда када не би била тачна. Према мишљењу г. проф. Тасића правници могу да буду генијални иако то неки поричу.

Као аргументацију свега г. проф. Тасић описује Савиња, вођу историске правне школе, по причању једног његовог пријатеља. То је био веома бистар, логичан, одмерен и уздржљив човек, који је остављао утисак једног дубоког човека, кога се не да схватити.

Правнике често сматрају за конзервативан елемент, тобоже ради тога што законом одржавају постојеће стање. Ту замерку им чине и хуманисте и реформатори, па и сам Лутер је то говорио, а да се не говори већ о социолозима, који то своје мишљење стално истичу. Нарочито Ерлих је ово гледиште истакао позивајући се при томе на римско право, које је вршило прилагођавање животу „само оклевајући, против воље и мрзовољно“ и то прикривено путем фикција и вештачких правних конструкција. Па и амерички судови ценећи уставност закона спречавали су доношење социјалних реформа. Ово су углавном аргументи, који правницима приписују у грех конзервативност. То тврђење пак није тачно, јер они правници, који су конзервативни јесу то, не ради тога што су правници, већ с тога јер припадају извесном друштвеном реду, који суревњиво чува постојеће стање. Не можемо им чување поретка узети за зло, јер је то напослетку њи-

хова дужност. Противно би могли да тврде само вечити револуционари и анархисте. Правницима би се могао замерити само формализам и логицизам, чему су они склони, уместо да решавају по правди, правичности и здравом разуму. Ипак се ти недостаци васпитавањем и удешавањем правне науке дају отклонити. И за бирократизам правници нису криви, па ни за неразумевање закона, јер то не доносе само они, већ разни политички фактори. Најзад у одговор свим овим замсркама може се рећи да су баш правници често били она сила, која „покреће напред“. Колико су учинили на реформи права кодификатори, хотећи да право прилагоде животним приликама. Најзад још се и може оправдати ово гледиште за судије, али одакле конзервативност адвокатима када бране своје клијенте? На ово нема одговора.

П Р В И Д Е О

Шта је право у друштву и други друштвени прописи? Који су битни моменти појма права? Држава?

Право се јавља у друштву и оно се не да замислити без њега. То је један социјални феномен створен од друштва и психичког елемента човека. Правни прописи су и друштвене вредности, које постају споразумно код људи. Ти прописи стварају ограничења за људе и зато је тешко доћи до њих. Тврди се да корисност натера човека, да се споразуме да се потчини правним правилима, али то је схватање непотпуно, јер не натера само корисност људе да се правно организују, већ је од највеће важности за стварање права и психички моменат код човека. Вера, традиције, чак и вечита животна борба натера човека да се организује. Те чињенице стварају вредности потребне да се организује један друштвени правни поредак. Испочетка се друштво развијало у групама, али су се чак и оне као по неком вишем закону саме потчињавале правним правилима. То се задржало и када је индивидуа избила из група на површину. Свуда где су људи, јавља се нешто заједнички свима, нешто органско.

1. ОДЕЉАК

Друштво и друштвени прописи.

I. Човек као друштвено и културно биће

Човек је „zoön politikon“ (политичка животиња), како се изразио грчки филозоф Аристотело, што значи да он увек живи у заједници, која опет може да има већу или мању организацију. И животиње имају социјални живот т.ј. живе у друштву, само што та појава није плод њиховог друштвеног живота, већ већином она долази ради физичких потреба (н.пр. ради исхране код полипа,

курјака и т.д., ради плођења код пчела, птица и др.). Постоје и удружења животиња ван ових биолошких потреба н пр. друштво птица, али ни она као ни горе поменута друштва нису ни налик на људска друштва. Зашто су људска друштва другојачија? Одговор лежи у самој природи човека, који поседује извесну интелигенцију, којом себи одржава живот и олакшава га; он прави оруђе, а помоћу ових друга, по Бергсону, једном речи он је toolmaking према дефиницији Франклина. Ка томе треба додати да човек ствара и културу, историју и цивилизацију. Све то доводи до тога, да се резултати његовог рада не поклапају са природним одабирањем, већ он ствара вештачке установе. У животињском свету судбина сваког бића је по Лавелеју одређена личним особинама јединке, н.пр. физички јача животиња потискује слабију. Код човека те личне особине не стварају његову судбину, јер он се уздиже изнад природе и од њега се, да би постигао успех, траже извештачене особине, које одговарају захтевима цивилизације у којој живи. Н.пр. неће прво место заузети неко јер је најјачи, већ онај који има више утицаја, даље неће неко, које најлепши да добије ради те своје особине и најлепшу жену, већ можда неко ради свога богатства и т.д. Једном речи човек је не само zoön politikon (политичка т.ј. друштвена животиња), већ и zoön metafisicus, који ствара науку, религију, уметност, метафизику, дакле нешто више од оног што нам је дала природа.

Откада датира људска култура не да се тачно утврдити, јер је испочетка напредак споро ишао, али се сматра у науци да је у томе погледу за човека најважније неолитско доба, јер је она најбогатија у проналасцима и по речима Де Моргана, је човек научио да тке лан, да усавршава керамику, да потчињава животиње својој вољи, да гради станове на земљи и да култивире жита. Мисли се да је то доба трајало око 14.000 година на истоку и 9.000 година на западу у нашим крајевима. То је ипак један мали период времена према периоду од 2—300.900 година откада се по мишљењу етнографа човек појавио на земљи. Стабилна организација људског друштва, за разлику од простих или случајних и привремених људских заједница, пада у неолитско доба и изгледа, како то тврди и соуолог Ибер, да развијањем културе и ума код човека долази и идеја о друштву. Али то су само нагађања, а можда је до идеје о организованом друштву дошло тек после читавог низа преображаја у развићу човечанства.

Људско друштво има своју историју, а та историја се ствара путем спољашњих и унутрашњих фактора, а нарочито су ови последњи за тај прогрес најважнији. Спољашни фактори као густина становништва, њено множење, економски услови, производња, међународни односи, и т.д. без сумње утичу на развијање друштва. Али човеково сазнање, које се развија у њему, тражи да подмири све већи број потреба и те потребе све више расту са наступајућом културом, те то сачињава кретање друштва, њену историју. А то су унутрашњи фактори људског друштва. Шта је онда заправо историја? То је непрекидно развијање и мењање

људског друштва. Н.пр. људи стварајући једну малу варошицу не наслућују какве ће се потребе јавити у току времена и од ње учинити велерад.

Да ли је еволуција прогрес? Према научном сазнању свакако јесте, али према социјалном гледишту живота питање је нерешљиво, јер све потребе човека не бивају намирене, бар не свих људи, а поред тога ово је питање схватања живота. Дали са прогресом човечанство постаје срећније, узимајући ову реч у смислу постигнућа веће удобности? Ни то није сигурно, јер добра нису подједнако подељена међу свим људима, а и прогрес не пада сам по себи без напора, те се може рећи да се и на ово питање може да одговори и позитивно и негативно.

II. Однос индивидуе према друштву

Тај се однос може објаснити само ако се усвоји принцип, да је друштво „нешто изнад човека“, нешто објективно, чему човек мора да се потчини. И заиста је то тако! Човек се рађа у друштву, у коме он учествује, и оно њега изграђује и утиче на њега. Тековине, које су други људи оставили, утичу и на овог човека и на људе после њега. То је објективан ток ствари, који човек не може да мења, јер је он у друштву, а човек, као члан друштва, неосетно га и сам прима. Зато је немогуће да се друштво објасни индивидуално-психолошки т.ј. да га сам човек као јединка потпуно ствара. Јер, ако би човек из егоизма стварао друштво, како то замишља Хобес (јер: homo homini lupus est), то друштво не би било трајно, пошто би оно зависило од несталних чињеница, а ако би човек у тежњи за слободом стварао друштво, како то сврди Русо у својој уговорној теорији (contrat social), онда би се он убрзо разочарао, јер се та замишљена слобода не би могла одржати. Види се дакле да се друштво може објаснити само онда, када се има у виду оне објективне околности, које чине социјални живот код човека. Наравно да и човек утиче на друштво, као индивидуа, и често га и мења према потребама и културном нивоу тадање генерације, али то су само површне, спољашне промене, док на објективном току ствари он не може ништа да промени. Из овога се закључује да друштво сачињава социјални нагон, као објективна околност заједно са утицајем индивидуе — човека.

Друштво нас уздиже и васпитава. Цео наш морални и интелектуални живот добијемо у друштву и тиме ми постајемо један саставни део, један орган организма, које се друштво зове (органска теорија). Друштво нам пре свега обезбеђује физичку егзистенцију (родитељи се старају за нас и помажу нас, па затим школа, црква, држава), онда нам омогућује да намиримо на лак начин све наше потребе (размена добара и услуга са поделом рада и занимања), што иначе не бисмо могли, јер нико не зна све и не може све да уради, што му треба. И тако нас друштво постепено апсорбује, а ми, вршећи исте послове са другим људима, сти-

чемо једнаке особине као и они и на тај се начин долази до извесне једнообразности код свих људи у мишљењу, што доводи до тога, да човек постане нераздвојан део целог друштва.

Друштво појединца уздиже, али и ограничава, што је сасвим разумљиво, јер да би свакога заштитило, оно мора да ограничава оне појединце, који својим радом шкоде другим члановима друштва. То је један природни закон и не можемо да замислимо заштиту друштва, коме не би одговарало ограничење (н. пр. друштво штити живот једног појединца, али тиме као последица излази ограничење за друге чланове друштва, да тог појединца не смеју да лише живота). Нема у друштву ниједног односа, за који не би било везано неко ограничење. И од тога се не можемо склонити јер је друштво у нама, а оно нам ова ограничења намеће. Па и уколико данас има слободе за појединца у друштву, то је историјска тековина, коју нам друштво даје, а не нешто „природно“. Старе форме преношења својине биле су по економисти Шмолеру, пљачка, крађа, отимање. Данас тога нема, већ је друштво прописало начине преношења својине. Даље, слободна конкуренција по социјалној Бугле-у, историјска је творевина, а не природна и створена је под утицајем цивилизације када су „природни импулси стављени под владу разума.“

Ограничења, која друштво намеће индивидуи стварају код њега дисциплину. Али сви људи нису социјално довољно дисциплиновани. То може бити: 1) ради тога што у сваком човеку има две тежње, социјална и егоистичка, па ова последња претегне и човек се поведе за њом; и 2.) ако се индивидуе не сложе са погледима друштва. Против недисциплинованих својих чланова друштво примењује извесна средства принуде, која је различита по својој функцији и по облицима својим. По својој функцији принуда све чланове друштва удружује, изједначаје, осигурава им мир и ред итд. По облицима јавља се принуда као утицај једног лица на друго, као ауторитет извесних лица према другима (н. пр. вође на масу, родитеља на децу итд.), као утицај јавног мњења (које хвали или куди, одобрава или не одобрава), као физичка сила (када мислимо да смо ми у праву, а не држава) и најзад у моралном утицају на појединца. Тај је утицај најважнији и најдубљи, јер је усађен у нама. То је унутрашњи утицај друштва на човека за разлику од осталих принуда, које сачињавају спољни утицај на човека. Тај морални утицај друштва огледа се и у свести човека о томе шта је добро, шта је зло, правично, неправично итд. Тај морални утицај на човека врши се кроз цео његов живот путем јавног мњења, обичаја, једном речи живећи под оваквим и онаквим приликама, човек постоје овакав или онакав.

Најзад се може рећи, да се морална друштвена принуда на човека може приписивати много и друштвеној сталној принуди н. пр. слепом веровању у друштвене ауторитете, или у обичајно право, као обавези који долази споља. То долази отуда, што у тим моралним пресијама има више силе — принуде спољне — него ли моралног елемента.

У филозофији и социологији често се мисли да утицај друштва долази од једног спољњег ауторитета моралне природе, од колективне воље друштва, замишљајући да друштво има пуни морални ауторитет, коме се сви без приговора покорavaju. Али друштво се не састоји из хармоничних група, које би исто мислиле, већ из врло разноврсних, а мишљење друштва при томе претставља само резултанту њихове моћи. Зато је ово мишљење погрешно.

У друштву постоји узајамна зависност и она доводи до колективног схватања извесне веће групе људи, који се солидаришу и стварају државу. Да би се дошло до колективне свести потребно је да објективне околности иду на руку удруживању тих група т. ј. да се код свих тих група створи солидарност. Наравно има група које су без везе са другим групама (раније их је било), или су у случајној вези (као и код људи) или су у борби (доста је примера из историје) и међу њима не ствара се солидарност. Али тамо где има додира међу групама, па ма и борбом, ако она буде ублажена, ствара се солидарност и извесно колективно гледиште у извесном облику.

III. Шта је норма а шта није норма

Норма је једна практична вредност заснована на мишљењу и има за задатак да задовољи неки циљ људски. Та вредност зависи од психичке активности човека и његове узајамне зависности у друштву. Овде ћемо повући разлику између људских закона (практичних норми) и природних закона (теоријских норми) са једне стране и између праве норме, која одобрава или осуђује и оне норме која није права.

а). Људски закон има за задатак да тачно регулише наше понашање. Природни закон треба да буде констатован од науке и он је сталан однос узрока и последице, независан од људске воље. За правни закон пак није довољно да се констатује, њега диктира практична потреба и човек размишљањем долази до њега (шта је у извесном моменту за друштво најкорисније?). Он заснива односе међу људима, који нису стални већ се према потребама времена мењају а зависи у свему од воље људске (законодавчеве). Закон регулише људске односе и за њега је најважније да буде примењиван, а све више се конкретизује. Ови закони се ради своје примене обраћају људској вољи, али предвиђају и случајеве, када људи неће својевољно да им се покоре и за такав случај су предвиђене санкције, или боље рећи, гаранције да ће сви морати да им се покоре. Одакле долази то што се људи не покорavaju увек законима? У човеку постоји једно двојство: идеал његов (какав би желео да буде) и онакав какав је. Када би човек увек био оно прво, никада он не би дошао у сукоб са законом, који је баш производ његове умне моћи, али често преовлађује његова друга страна, и он се појављује као стварно биће са свим својим манама. Када он такав постане, губи из вида свој идеал и тада вређа законе, који за овако недисциплиноване чланове предвиђају

санкције. Те санкције нису природна последица повреде људског закона, као што је то код природних закона (н.пр. ако се не будеш чувао ватре — опећићеш се и то је санкција за непоштовање природног закона „чувај се ватре“) већ је то вештачка творевина, коју ми прописујемо да би обезбедили закону његову примену. Људски закон предвиђа одговорност и ова два појма су лице и наличје једне те исте ствари. Али та одговорност претпоставља морално изграђене људе и социално дисциплиноване, који схватају морални значај својих радњи. Ако човек не схвата природу својих дела, ако он себи допушта све, онда нема одговорности, јер недостаје морална свест о томе.

Модерна филозофија каже, да је потребно да би се човек морално васпитао и социално дисциплиновао, да буде он слободан, т.ј. у могућности да се социално васпита, да разуме и схвати идеал, који му ваља постићи. Ако нема те слободе нема ни социалне дисциплинованости.

б). Норма у ширем смислу обухвата моралну свест људи (о добру и злу) и све остале облике социалне принуде. Каква је разлика између норме у најширем смислу и оних правила која нису норме? Норме нису пре свега т.зв. норме знања т.ј. оно што је засновано на рационалности, што ће рећи што је одређено да постигне успех према одређеном циљу. Овамо спадају сва правила стручног и техничког карактера. Неки ове норме називају релативним јер оне зависе од циља, који ми слободно бирамо, док су апсолутне норме уперене ка циљу, који не бирамо слободно. Ипак сва ова правила уопште нису норме, јер су оне подложне нашој слободној вољи, док правне норме нашу вољу ограничавају и тим ограничењем обухватају и „норме знања“, које су им потчињене. Даље из појма норме испада све оно што се заснива на узрочном односу н.пр. закон понуде и тражења у економији, или сугестија једног човека на другог из психологије и т.д.

Битно је за норму да се у друштвеној средини образује једно мишљење које треба да се оствари, а које има за задатак да задовољи један практичан циљ и да је то мишљење путем санкција кадра да нам намеће његово извршење.

в). Све норме су обавезне. Али немачки филозоф права Штамлер мисли да има поред обавезних норма и таквих норми „које позивају“, т.ј. које бивају извршаване само онда, ако потчињени то буду хтели. Те норме „не приморавају“ већ „позивају“ оне на које су управљене. У томе се разликују од других норми, које имају обавезну снагу за потчињене. По мишљењу г. професора Тасића ово је мишљење погрешно, јер и јавно мњење може да врши на човека принудан утицај, н.пр. пресуда суда исто толико дејствује као и искључење неког члана из свога клуба. Из овога излази да је човек у зависности од друштва и да оно на њега често врши морални утицај да нешто учини или не учини, али то још није норма, јер закон може да принудним сретствима натера човека да мора да учини оно што он нареди.

У Француској постоји гледиште да има обичаја необавезних (usages non — obligatoires или conventionnels) и њих разликује Жени. То би било н.пр. давање бакшиша слуги и т.д. Ово су т.зв. диспозитивна правила т.ј. правила која су обавезна, али под условом, ако их и воља појединца признаје, а то ради тога, што само то правило предвиђа вољу странке као одлучну да ли ће се правило извршити или не. То пак долази отуда што и у обавезности има степен. Н.пр. судска пракса може да има извесну релативну правну снагу, али судија не мора да је примени, ако он то не буде хтео.

IV. Битни моменти у норми и њени главни облици

Код примитивних народа је постојао један строги систем правила, религиозног карактера, коме су се сви чланови покоравали. Било је сматрано да је директно божанство издало ова правила и злочин је н.пр. по социологу Дави-у био повреда светиње, чиме је било увређено божанство (тотем) и то је претстављало опасност по целу групу, која је ради тога онда извршиоца злочина казнила. Та правила су била укоренења у обичајима и преносена са колена на колена. Тек када се родила индивидуална свест онда су се одвајали поједини фактори, који су раније стварали обавезна правила, н.пр. религија, обичаји, али су они ипак још и даље остали делови једног система.

а) Најбитнији елемент у норми јесте санкција. Међу санкцијама постоје прелази одн. степени. Данас у науци преовлађује владајуће гледиште, које разликује друштвене и социјалне санкције одобравања или неодобравања. То разликовање је погрешно и нестварно јер се одобравање или неодобравање од стране друштва састоји у реакцији против једног лица и у колико та реакција буде јача у толико ће је пре држава својом принудом извршити у виду своје санкције. Дакле реакција од стране друштва и државе јесте иста реакција против дела једног човека, управљеног против интереса целине; само је реакција друштва (социјална реакција) блажи степен а реакција државе (санкција) строжи степен санкције. Ово је разликовање на друштвене и социјалне санкције дакле без основа, јер су и једне и друге санкције једно те исто. Ступњева санкција има више почев од гриже савести, неповољне оцене друштва, укора, до лишења слободе, имовине и одузимања живота, чак и физичком силом ако то устреба. Ипак једна виша санкција не искључује нижу, Често санкција вишег степена слабије утиче на човека него санкција нижег степена, н. пр. искључење из друштва и бојкот често теже утиче на човека од државне казне. Поред овога друштво предвиђа и санкције моралне, које су некада имале оправдања у религији, али данас, када се она издвојила из фактора, које стварају норму, оне леже у нашој свести која разликује добро и зло. Те моралне санкције су н. пр. када суд некога ослободи ради недостатка доказа, чиме ће на њему остати морална љага и друштво ће га презирати.

Садржина друштвених прописа начелно је иста, али ипак на њих има утицаја, јер социјална реакција зависи од вредности повређених добара. Код неких друштвених прописа баш је објект најважнији за њих, као н. пр. код моде, која се по Штајнмецу „односи на стил спољашњег понашања“ или по Јерузалеми „спољашње имитирање животних облика“. Поред овога је за моду важно то да се она мења (периодичност моде), и она се појавила тек у модерно доба (од XVII. века) када су за њу били створени повољни економски услови (богатство и јевтиноћа) и када се човек модернизовао. Овде треба поменути Спенсерову теорију о моди, за коју тврди, да је постала подражавањем до стране сиромашнијих класа богатије. Ипак ова теорија у модерној социологији није примљена.

б) Према начину појављивања, друштвена се правила разликују у обичаје и законе. Обичај постаје дуговременим вршењем, које се укоренење у јавном мњењу, тако да оно врши психичку принуду на индивидуу да такав обичај прихвати. Немачка социологија раздваја појам обичаја (Sitte) од појма навике (Gewonheit), сматрајући да обичај постоји онде, где постоји свест друштва о обавезности његовог вршења, а навика онде, где нема неке свести о обавезности његовог вршења. Француски социолог Моније сматра појам coutume за обичај, одржан традицијом и васпитањем, а појам usage за локални обичај. Та разликовања могу бити тачна, јер постоје прелази код ових социјалних појава. Обичаји се у целом социјалном животу појављују, а разликују се од закона својом специјалном садржином. Иста питања наине решавају и закон и обичај, само је питање како и колико ко од њих. Н. пр. личне односе у браку регулишу обичаји, али једно питање из ових односа — верност супружника — регулише закон. Обичај постепено прелази у закон (н. пр. трговина је у примитивно доба била регулисана обичајима, а данас законом). Социјална страна обичаја види се у томе што они натерају човека да се понаша и да ради онако, како то друштвена група сматра за исправно. Има обичаја важних за све чланове, а има и таквих, који важе за извесне чланове (н. пр. за децу, жене), али сви обичаји подлежу контроли целог друштва. Обичаји на тај начин теже, да у мишљењу људе изједначавају (интегрирајућа улога обичаја према социологији).

Обичаји стварају начин живота у друштву и наука има два гледишта о важности обичаја према томе, да ли она даје првенство обичају, или свесном стварању. Обичаји произлазе из правничког живота и претстављају акцију, али неки верују да је боље уређење судских односа путем свесног стварања. У теорији, коју су заступали Савињи, Пухта, Спенсер, Тен, Ренан, Коваљевски, а формулисао ју је американац Сомнер, најважнији су у животу обичаји, а закони их само потврђују. Зато су добри закони они, који се сасвим поклапају са обичајима. Добра страна обичаја је у томе, што су они акција, што они произлазе и самог живота и као такви најбоље задовољавају потребе живота, а због тога су они и главни фактор у развију друштва, и наша свест никада не-

може тако да предвиди потребе нашег живота, као што то предвиђају обичаји који су из живота и настали. Питирим Сорокин међутим каже да чињеница, што су обичаји срасли са животом, још не значи да су они главни фактор социалног живота. Треба додати психолошке, социалне и биолошке моменте (интерес, глад, бол, страст итд.) да би обичај постао главни фактор живота, а за то је потребно свесно расуђивање и то би се боље изразило законом. Дакле, изводи писац ове теорије, свесно расуђивање боље одговара социалним потребама него обичаји.

Разлог што социологија толики значај придаје обичају лежи у томе што заиста обичај регулисава понашање људи и тешко се мења, па чак и може некада да пркоси и да надјача закон. Ради тога би се могло рећи да би закон био животворнији када би се претворио у обичај. Али то није сасвим тачно, јер неће закон бити најбољи онда када се претвори у обичај, већ онда када задовољи потребе. Он ће бити потребан у сложенијим друштвеним односима, где је индивидуална свест развијена и где човек критички размишља и оцењује. Ту треба узимати само живу свест човека и ту је на месту закон, а не обичаји. Филозофија обичај сматра као претступањ права (Радрух), а модерна социологија га ставља на границу између „понашања са смислом“ и каузалног.

Вредност обичаја треба испитивати у вези са друштвеном структуром, јер обичај постоји онде где је солидарност међу члановима једне групе веома чврста и где човек сасвим зависи од те групе, па се и понаша како обичај то прописује, а то је у примитивном друштву.

г.) У структури принудних друштвених правила је важан и положај индивидуе. Ту се разликују принудне и вољне организације. Прве су оне које принуђују појединце да буду њихови чланови, а друге то не чине. Ипак у прву врсту организација не спада само држава, већ су такве организације биле у средњем веку и еснафи, у данашњој Италији корпорације (принудна удружења професија), верске заједнице, које имају моралну принуду на појединце за разлику од „секте“, која прима чланове само по обојестраном споразуму итд. И индивидуа је добила међународну заштиту и сматра се данас као међународни субјект.

У моралном погледу индивидуа чува своју аутономију и даје отпора друштву често, иако од њега зависи. Тако ће се индивидуа бунити против друштвених конвенционалности, које су сада остале само гола форма некадањег живог убеђења људи. Неки социолози виде у конвенционалностима нешто што одликује више сталеже, други „мали морал“, који служи култантности у пословном промету, неки их опет сматрају за „друштвене лажи“ и површна убеђења. Ипак по мишљењу г. проф. Тасића ове конвенционалности, нису центар социјалног морала, већ су то само здраве идеје на којима почива здрав друштвени организам, а то су идеје са којима су сви солидарни, као правичност, мирољубивост итд.

д.) Пристојност, учтивост и тактичност су перифериски чиниоци у друштвеном моралу, али су потребни и корисни у односима људи.

Јеринг сматра да је пристојност узајамно женирање и састоји се у негативним дужностима индивидуе т. ј. да нешто не чини, ради тога, да тиме не би сметала другој индивидуи (н. пр. непристојно је изаћи го на улицу — то претставља за нас дужност да голи не излазимо). Учтивост пак према њему претставља позитивне дужности и односи се на сва лица, а неке врсте моралне је лажи. Тениес напротив сматра да је пристојност израз природних осећања људи, а долази као израз њихове свести о различитости. То није лаж већ илузија, јер је истина према апстрактној личности. Данас у доба демократије пристојност није однос једнакости и неједнакости, јер се дугује свакоме.

ђ.) До сада је било говора о друштвеном мњењу у ширем смислу, а када се о њему говори у ужем смислу онда добија назив „јавно мњење“. Оно се формира у маси путем пропаганде (књиге, предавања, штампа, зборови итд.), претставља један динамичан процес и ванредно је важно да социологију. У најновије доба јавно мњење је један фактор чак и важнији од парламента и често га обара (н. пр. у Енглеској, где пред јавним мњењем пада парламенат), у француској револуцији играло је оно важну улогу, а и Бизмарк, велики немачки државник, умео је да га цени. Али не треба га ни прецењивати, јер се масе увек не угледају на њега и не слушају га (н. пр. у Енглеској и Америци, у земљама „јавног мњења“ је тако било) и да ли ће оно утицати или не по Дајсу, зависи од случајних услова и прилика.

2. ОДЕЉАК

1. Појам права и његова дефиниција

Каже се да нема поуздане дефиниције шта је то право и има их безброј, али непоузданих, што истиче правни филозоф Нелзон у своме делу „Правна наука без права“, али је то нетачно. Напротив има неколико дефиниција, које се пак разликују ради метода којима се право истражује и одређује га или по циљу, или садржини или по формалним знацима. Тиме се појам права час проширује а час опет сужава. Неки виде у праву (позитивисти) спољашни ауторитет државе — силу и само таква правна правила сматрају за правна, док други (идеалисти) сматрају за правна правила и она, која садрже само моралне и идеалне елементе. Да се није могла дати тачна дефиниција права, разлог је и то што је право практична наука и као таква се и највише обрађује. Римски правници — одлични практичари — нису дали никакву дефиницију права.

Да би се дала дефиниција права треба знати шта је карактеристика права, дали принуда, дали организација или пак свест по којој се људи управљају, која долази од друштва појединцу? Тиме се решава и питање јели и сама држава везана правом (т. ј. да ли је право нешто морално и идеално што би и државу везало) или није? Али ту се наилази на супротност између силе и моралне



свести, јер може бити да сила ради друкчије него што наређује свест и ова последња онда остаје беспредметна.

а). Сматрајући право за принудну организацију, оно постаје нераздвојан део државе. Али тада више не спадају у право ни обичаји, ни међународно право, ни право аутономних група. Таква дефиниција је недостатна, јер шта ће бити ако држава сама не поштује своје право (она то може да чини јер располаже са принудом). Дали ће оно и даље остати право, када оно није обавезно за државу.

б). Ако се узме да је за појам права потребна сама организација, онда се појам права проширује на принудне организације, ван државне, па чак и на вољне организације у оквиру државе, ако су оне без надзора државе и на тај начин би држава постала федерација установа.

в). Најзад дали социална свест, која има спољашњи ауторитет може да буде сама за себе право? Наравно да овамо спадају како обичаји, тако и право, које произлази из наше свести. Дали ће се такво право прострети и на разне облике самопомоћи?

А). Коју карактеристику права под а), б) и в) ћемо усвојити? Свакако ону, која може да обухвата све појаве у развићу друштва и појаве садашњице. Најпре је друштвом управљао обичај и самопомоћ, а доцније долази принудна организација — држава, која у руке узима судство, законодавство потискујући раније облике друштвених правила (самопомоћ и обичај). Из овога се да закључити да појам права треба проширити и узети ону карактеристику његову, која је довољно широка да све ове појаве објасни. Све задатке које је некада друштво имало, узима на себе данас држава. Узимајући у обзир међународно право, које је исто тако важеће право као и право у држави, католичку цркву, која са државом закључује конкордате (уговоре), затим постепеност у санкцијама, све то говори за шири појам права. Али тај појам није нужен. Ипак је принуда врло важна карактеристика, јер је она тесно везана са државом, која огромно значи за данашње друштво и јер је она неопходна да прибави поштовање праву. У овоме питању пак је важно да се утврди, у каквој су вези са државом други облици социалне принуде кад су у њој и поред ње?

в). Имају ли сви, од државе издати прописи, санкције, које ће се на крају сводити на физичку силу? У модерној држави има органа над којима више нема контроле н.пр. тамо где суд не оцењује уставност закона (већина европских држава), парламент може да изда и неуставан закон, па ће он ипак бити примењен као уставан, а тамо где судови цене уставност закона н.пр. у Сједињеним северо-америчким државама, ту судови по својој слободном нахођењу цене уставност закона и над њима нема никакве контроле. Дали су онда прописи, који у погледу парламента и суда немају санкције, уопште правни прописи? Даље, појединац који има неко право, а власт му га не признаје, без заштите је према власти, јер он нема физичка средства да државу натера да му то право реализује. Значи и ту правни прописи у погледу

заштите појединаца од државе немају санкцију и зато је правни филозоф Петражицки закључио, да принуда није карактеристика права. А дали су таква правила онда уопште правна правила? По мишљењу г. проф. Тасића јесу, јер ако би се усвојило супротно гледиште, излазило би то, да је појединац субјект права када има дужности према држави, а када има права према држави он није субјект права, а такво разликовање је немогуће прихватити. Најзад по горњој логици и устав одн. његови прописи који немају санкције, н.пр. прописи о уређењу државе, не би спадао у правне прописе, и ако се он стриктно примењује у уређеним земљама.

г). Каква је природа права оних заједница које стоје на равној нози са државом? Таква је заједница н.пр. црква, која је столећима вршила на људе јак утицај, па онда заједнице, које су постојале пре државног уређења, у којима су владали и данас владају обичаји, које и држава признаје, као н.пр. у Кини. Да ли таква правила, која регулишу односе чланова тих заједница, а држава их признаје, нису правна правила? Или међународна правила, која су дужни да извршују унутрашњи органи појединих органа, нису ни правна правила, иако их није издала држава? То су по мишљењу г. проф. Тасића правна правила, само је овде надлежност за њихову примену додељена разним органима.

Закључак. Појам права треба дакле проширити не само на оне односе где постоји однос претпостављеног и потчињеног, не само тамо где постоје државни закони, заштићени принудом, већ и на заједнице где владају обичаји, затим на правила појединих аутономних организација, а овамо би чак спадала и нека морална правила само ако имају обавезност за чланове и ако им се ови покорвају. Такав појам права обухватао би све оне прописе које долазе од спољашњег неког ауторитета, само би такав појам права имао једну скалу где би се почело од моралних прописа па би се дошло најзад до државних правила. То је по речима Жени-а пут од природног до позитивног права. Правила аутономних заједница т.зв. дисциплинска правила пак би дошла после обавезних моралних правила, а пре закона.

II. Облици самопомоћи и појам права

При одређивању појма права тешкоћу чини то да се расветле и подведу под тај појам извесни облици самопомоћи. Полазећи од тога да је право социална појава, онда се и појам самопомоћи може обухватити појмом права. Н.пр. у држави признаје се нужна одбрана и стање нужде, полазећи од тога да се свако мора сам бранити, када га други не може бранити. У економској борби је штрајк једна врста самопомоћи. Затим се јављају вршиоци самопомоћи често као органи, који спроводе вољу друштва и то се скоро највише слаже са правом. И крвна освета је један облик самопомоћи, а састоји се у општој свести и освети, само је он опасан, јер може да доведе до општег рата и истребљења. Најзад је самопомоћ и рат, само је он такав облик самопомоћи, који је најуда-

љенији од права. Рат се од осталих борби разликује својим непосредним дејством (и привредна конкуренција руинира људе, али их физички не упропасти) и он је негација етичког начела „поштуј живот свих људи“, које је начело услов за друштвени мир и које је основ и циљ права. Рат се од борбе разликује још и у овоме: у борби обично победи онај ко има право, а у рату онај који је јачи па и ако нема право, и у борби суди суд по извесним утврђеним прописима и по утврђеној процедури, штитећи право, док државама које ратују нико не суди, нити постоји власт која би вршила контролу у рату, као што то чини код нужне одбране и стања нужде (облици самопомоћи) када је појединци употребе, држава.

Рат је основ за правне обавезе у својим мировним уговорима. Ти уговори су израз етичке свести код држава да је мир бољи од рата, и да рат треба ограничавати и организовати. Н.пр. у рату се истиче начело хуманости, као не убијати без потребе, не мучити итд., начела витештва, као не преварити и т.д, начела правна, као не дирати у приватну имовину јер државе ратују, а не појединци, начела економисања људске снаге и богатства, као одржавати континуитет права у окупираним областима, не рушити без потребе културне тековине и т.д. Рат је дакле ипак организована борба. Мисли се да победилац диктира уговоре о миру и да он не мора да поштује уговор, али чим се рат сврши и однос снага промени, може и уговор имати практичан значај. Гледишта против рата бића етичка, или правна, већ према томе дали се схвати рат као повреда првих или других начела. Питање је какво је то право, које произлази из односа боре у рату? Међународно јавно право постаје у миру и односи се више на мир него на рат и оно ствара правну свест о потреби тесне сарадње државе са државом. Иако за њега до сада још нема санкције ипак је оно право, јер и код других примитивних облика права постоје разне фазе развића тог права и ниже су увек лишене сваке санкције. И међународно јавно право је на почетку историјског развића, оно још нема санкцију и још је један најпримитивнији облик права — самопомоћ! Ипак, као што је код примитивних народа најпре настао обичај, из њега закон, па онда судска власт, тако ће и међународно право проћи кроз ове фазе правног развића и то доказује да је оно и сада — у облику самопомоћи — право примитивно, али ипак право.

Овде треба поменути мишљење социолога Зимела и М. Вебера, који чине историјску разлику између коокуренције и борбе. Конкуренција се врши пред трећим лицем (н. пр. пред муштеријом), она је трајно стање, и она штети интересе случајно, док борба се врши директно међу људима, она има оштећење за нужну последицу и привремена је. У борбу долази рат, штрајк, бојкот и локаут. Ова подела није од важности за право, јер би по томе гледишту штрајк, бојкот и локаут били противправне појаве, док оне по позитивним законима то нису. Зато се ова теорија не усваја.

III. Обавезност државе правом

Држава је једна социална институција, у којој постоји извесна једнакост међу људима и државама, иако ограничена са другим организацијама (т. зв. туралитичке концепције сматрају државу за федеративни систем група), ипак је најјачи фактор, који своју вољу свима намеће.

Каква је у држави обавезност правила, која немају санкцију? Обавезност има два значења: позитивистичко и идеалистичко. Позитивистичко схватање се састоји у томе да појединци морају да извршују правила, прописана од државе, било из страха, интереса или морала, ради тога што их на извршење ових прописа тера сила. Та сила је и морал. Идеалистичко гледиште сматра да се појединци покоравају правилима, прописаним од државе зато што знају да *треба* да им се покоре, зато што код њих постоји свест о томе да су она обавезна. И позитивизам не може да порекне свест о обавезности и француска социолошка школа заступа ово гледиште. У корист идеалистичког гледишта говори то, што би свака одлука државе, само када би се спровела, морала од осталих да буде призната, просто из разлога што је изнуђена силом, а то се не би могло да постигне, ако не би та одлука имала неки виши морални значај, који би утицао на појединце да је сматрају за правилну. Када опет кажемо да право служи миру, видимо да је циљ права мир, дакле моралан елеменат. Онда, правна правила не престају да важе, ради тога, што се не примењују, већ тек опозивањем, што нам опет показује једну логичну идеју (континуитет права) — дакле нешто идеално — нашу свест о потреби да је логично да право и даље траје. И тумачење закона врши се логиком тј. ствара се један правни систем. Све ово иде у прилог идеалистичком гледишту.

Чим признајемо да је у праву морални елеменат, онда признајемо да постоји неко социално право, које се оснива баш на тој свести појединаца о потреби њеног постојања. А питање је дали такво право постоји? То зависи од друштвене солидарности у неком питању, и ако та солидарност постоји, онда постоји и социално право. Дали пак та солидарност постоји или не, зависи од случаја. Ипак се може рећи да се она развија дугим мешањем и изједначавањем људи у једној животној заједници. Та солидарност се у почетку огледа у примању општих етичких правила (етички минимум) н. пр. да човек човека не треба да убије, па тек онда држава постепено помоћу своје администрације и принуде буди код појединца и ону солидарност која се изражава у познавању права, које би могло да штити интересе појединаца. За то су способни само културнији народи и то се постизава васпитавањем и изједначавањем људи. Ту свест имају репрезентанти и елита друштва, а они долазе до тога искуством и разумом (н. пр. када се питамо да ли се сме красти одговор је јасан — не сме се красти. Тиме смо решили једно морално и правно питање, што доказује да смо способни да та морална питања

схватимо.). У почетку развијања једне заједнице наравно та свест још није развијена и тамо важе општи морални принципи, које држава спроводи н. пр. закон Мојсијев код Јевреја, закон Ману код Брамана, Талмуд код муслимана итд. Из свега овога се да извести закључак, да се при стварању права мора претпоставити заједничка свест појединаца и држава, која даје свој апарат и принуду. Али треба знати да и друштво учествује у изграђивању права, и оно је управо усађено у самој држави. Друштво ствара социална правила, а држава им да санкцију и технику. И тек то сачињава право, које показује тесну везу између тих правила одн. друштва и принуде одн. државе. То се види и у сукобима друштва са државом, где заједница (друштво) обично намеће држави своје захтеве. Заједнице друштвене ради борбе са државом су или криминалне (разбојничке банде), или социалне и политичке, где постоји несугласица у политичким и социалним погледима међу њима.

Ерлихова социолошка теорија мисли да су државне норме норме, које решавају сукобе, а социалне норме норме живота, али та је теорија погрешна када се зна да држава не решава само сукобе, већ она има и задатак да учествује у позитивном раду. Друштво и држава дакле учествују у изграђивању права као два елементарна фактора.

IV. Право као императив

Право спада ону у врсту социалних правила, која имају принуду моћ. Може се десити или ради личних интереса, или страсти, или ради супротног гледишта, да се појединац не покори закону. Тада ће закон предвидети казну која ће предвиђати неку непријатну последицу за њега и та ће га последица застрашити да не повреди закон. Такав карактер права оспоравају оне теорије, које право сматрају за исто што и начин живота, али је то погрешно јер су две разне ствари начин на који живимо (природни закони) и социални живот (социални закони). Такав карактер права оспоравају и они теоретичари, који ради своје методе виде у праву само систем хопотетичних судова (замисљамо каква права и дужности имамо у једној датој ситуацији. Први се правац зове крајњи позитивизам или социјализам, а други нормативистички формализам.

Дали је право хетереномна норма тј. норма која не зависи од наше воље и морамо ли да јој се покоримо? Не, јер ако у нама постоји свест о потреби постојања норме, онда ми сами норму и стварамо, па њено постојање зависи од наше воље. А кад смо норму створили нашом свешћу онда морамо да идемо даље и да јој се покоримо, јер смо свесни да је потребна. Али кад се са њом не би слагали, онда ће доћи једни људи који ће заповедати другима тј. онима, који неће да се покоре норми. То заповедање има основа у потреби да се норма извучује, пошто је наша свест одлучила да је она потребна друштву.

Право није нешто супротно индивидуи, јер право ствара држава, а битан чиниоц државе је узајамност активних индивидуа, без којих се и држава не би могла да замисли. У колико ће солидарност међу индивидуама бити већа, у толико ће оне више права себи моћи да прибаве, јер ће онда успевати да њихови интереси буду правом заштићени, пошто ће оне онда бити у већини. Гледишта да индивидуа има само дужности, а не и права, погрешно је, јер је ограничење индивидуе потребно да би се очувала његова слобода и ако неко има право заповедања на основу овлашћења, које му даје право, онда то не значи да ће она бити роб и имати само дужности. Наша морална свест, стварајући право, ствара и слободу индивидуе и даје јој права заједно са дужностима, па ни хришћански морал, ни Платонова, ни Стојичка филозофска школа не може да замисли индивидуу без права, па макар ми живели усамљени као пустињаци.

Сматрајући да индивидуа нема права, морали бисмо да замисљамо, да је она објект државе, која је неки виши морални организам, нека виша воља, која индивидуи само заповеда, док она слуша, или би морали да мислимо, да је норма нешто више од човека и да он томе безусловно мора да се покори. Наравно да су ова гледишта неприхватљива.

б) Који су главни облици активности индивидуе?

1) Индивидуа врши послове државе и у пракси ће индивидуе, као државни органи, протурити интересе своје групе, иако би можда *in abstracto* све индивидуе имале дужности. Када би то било другојачије, како би онда уставотворна власт, која се не може легално мењати, могла да мења устав, који је њу и створио?

2) Индивидуа има извесна права према држави, и држава ће морати да често тражи од ње пристанак, а често индивидуа извесне односе може да регулише и по својој вољи (диспозитивни прописи). Држава дакле издаје заповести, а на другој је страни ограничена, да прави споразуме са индивидуом.

3) Индивидуа је у тумачењу правних прописа сасвим слободна и за њу у томе погледу нема ограничења (н. пр. судија може да тумачи закон како хоће, јер га држава не ограничава у томе).

Јесу ли правна правила, с обзиром на то да је држава ограничена, императивна? Природно, јер уз слободу иде и дужност и из овога се види да су прописи од државе прописани ипак императивни, а не би се могло рећи да је индивидуи дата „природна сфера слободе“ насупрот „социалној и државној сфери дужности“, јер је ова конструкција сувише нелогична.

Када се каже да правни прописи не могу „допуштати“ већ само „заповедати“ онда допуштање спада у природну сферу човека, док заповедање спада у социалну и државну сферу индивидуе. Индивидуа по овоме гледишту има две сфере: природну и социалну. То је погрешно, јер се човеков живот не да раставити на ове две сфере, пошто је он везан тесно за друштво и нераодвојив је од њега. Не може се усвојити ни гледиште да је императивна сфера била битно у праву, а допуштење само изузетак,

али то се схватање не може примити за све законе, пошто оно изузетно одговара само специјалним законима (*ius singulare*), који изузетно нешто допуштају.

Диспозитивни прописи постају императивни онда, када појединци сами не буду регулисали своје обавезе, јер тада уместо њихове воље регулише односе закон. Неки прописи су *посредно* императивни, н.пр. прописи о надлежности суда, јер се они односе посредно на индивидуу, пошто се директно обраћају на државне органе — судије, па тек ови примењују императивне прописе према појединцима. Посредни су закони и органски закони, који уређују државну администрацију. Декларативни и експликативни прописи, који објашњавају законске термине такођер су посредни императиви, јер објашњавају друге императивне законе и допуњују их (н. пр. пропис, који објашњава шта је покретна ствар).

Сви су по правилу прописи императивни, али има и таквих који нису императивни (н. пр. признање од француске скупштине 18 фебруара 1794 г. постојање највишег бића и бесмртности душе), али они и нису норме, обавезне за појединца, и не спадају у право.

Код људи постоји узајамност давања и примања и тај однос ствара нужност права, а он и чини да ми нисмо робови један другог, већ се у праву потчињавамо томе односу.

В. Држава упућује своје заповести својим органима, који се старају о извршењу државне воље, и о појединцима, који имају њену вољу да изврше.

Јеринг мисли да је држава једна сила, којом, уместо државе, располажу њени органи, док су појединци само објект права, који мора да слуша, и она се својим прописима обраћа само својим органима, а не и појединцима, а то зато, што први имају силу, помоћу које обезбеђују извршење државне воље. Та је теорија нетачна, јер претпоставља да држава врши право силом. Ова теорија не би одговарала ни т.зв. полицијској држави, јер су код ње само административни закони (о унутрашњем уређењу државе) били упућени искључиво државним органима, док закони приватноправне природе бејаху упућивани и појединцима. Најзад Јерингова теорија се не слаже ни тиме да морају појединци о закону да буду обавештени, т.ј. да се он публикује, јер свако мора да зна коме закону ће морати да се покори.

Мајер одваја форму и садржину норме и каже да се држава обраћа само формом закона, које наређује само извршење норме, на државне органе, а садржином не обраћа се појединцима, јер је она и онако усађена у њихову правну свест. Та теорија није тачна јер се форма од садржине норме не може да одвоји.

Да ли треба право објављивати? По Ориу треба, јер група треба да се покорава само ономе што зна. Данас објављивање даје обавезност закону. Ипак и поред тога многи не познају законе, али *„ignorantia legis nocet sed non excusat — незнање закона никога не правда“* претставља правно начело, које претставља изузетак од начела публикације закона. Има закона, које само стручњаци познају. Зашто постоји тај изузетак? Њега је дикти-

рала практична потреба, јер судија не би увек могао утврдити да ли је неко познавао закон или не, док би се свако позивао на своје незнање законе, да би избегао казну, и не би остало друго до то, да судија ствара категорије људе, за које би претпостављао да не знају законе. А то би било неправично јер сви не би одговарали једнако пред законом. Ради те практичне потребе, да би се омогућила примена права, постављена је презумпција да „незнање закона никог не правда пред законом“.

Од овог правила је дозвољен један изузетак у § 21 нашег Кривичног закона, где ће суд, ако утврди незнање, моћи да изрекне блажу казну, наравно у случајевима где правни поредак није озбиљно угрожен, а у особито лаким случајевима може да и ослободи од сваке казне оптуженога.

V. Правила са мањом правном снагом и правила од којих постају правна правила

Правна правила више или мање везују појединце. Има таквих правних правила, која толико мало везују појединце да једва разликујемо да су то одиста правна правила (н. пр. одлуке административних власти скоро да се не могу уврстити у правне прописе, када од слободне оцене власти зависи хоће ли нам дати неко право или не). Има и правила т.зв. правилници, који се односе само на државне органе, а не и на појединце, и каже се да, ако они не везују појединце, којих за њих и не знају, онда значи да то и нису правна правила. Али то је погрешно, јер зашто таква правила, која се односе на пословање државних органа, не би била правна?

По историјско-социјалном објашњењу, првобитно код примитивних народа нису постојала општа правна правила, објављена појединцима, већ је право било састављено од тајних правила која су се односила на рад државних органа, заправо то су биле директиве и типична решења за конкретне случајеве (н. пр. таква је решења издавао у Риму претор). По мишљењу државноправног писца Ориу су многи народи имали у почетку такву јуриспруденцију.

У последње време стварају се т.зв директиве и стандарди не само у англосаксонским државама, већ и у другим земљама. Њих је нарочито изучавао Институт за упоредно право проф. Ламбера у Лиону. Та правила стварају се у суду или ван суда слободно, а претстављају нека типска решења, неке преседане, по којима ће се управљати доцније судска пракса и њих судије примењују у решавању економских сукоба, утврђујући како би људи са просечним моралним појмовима о грађанској и трговачкој исправности, или попречно разумни људи, чинили у конкретном случају и водећи рачуна о томе да одрже равнотежу интереса странака. На тај начин су такве пресуде имале велики значај, јер су стварале право н. пр. трговачке обичаје санкционисала је трговачка комора и т. д. Све су то правна правила са мањом правном снагом.

Б. Живот ствара право, и оно што је до јуче било факат, данас је право.

Тако се од куртоазије (узајамна предусретљивост и чињење услуга) у међународном животу постепено стварају правна правила (н. пр. правила о имунитету и екстериторијалности посланика на страни). Куртоазије има и код примитивних народа као код аустралијских племена, где једно племе у одређене дане позива друго племе на бербу ораха

У дискреционој власти је важан моменат т. зв. административни морал т. ј. оцена државног органа, што је по општи интерес корисно у извесном случају. И то је правно правило, јер државни органи нису сасвим слободни, већ и они су обавезни да, примењујући своју дискрециону власт, воде рачуна о општем интересу.

У парламентарном режиму постоје и т. зв. политичка правила (н. пр. влада мора да да оставку кад изгуби поверење већине у скупштини). И ту неки фактори слободно оцењују (н. пр. влада оцењује када је изгубила поверење скупштинске већине), па би се и за та правила могло рећи да су правна правила нижег ступња.

Има још велики број других питања, која спадају у правна правила са мањом правном снагом, али сва та правила су створена животом и од нижих (конвенционалних, политичких) правила, али постепено прелазе у виша правила (легална). Право је дакле, како се то види, у непрекидном стварању.

VI. Порекло речи „право“

По једнима реч право долази од латинске речи *dirigere*, састављене од *de-gerere*, што значи владати, дакле то је управљање према постављеном циљу. Од овог корена излази и француски назив *droit*.

По другима реч право долази од *directum* (књижевно: *directum*), која реч опет има своје порекло од санскритске речи *driva*. По њима та реч означаје оно што је урађено и они тврде да санскритска реч *rigtus* значи право, а од ње потичу: латинска реч *rectus*. (значи поштење) готска реч *raiths* (значи добро), немачка реч *Recht*, енглеска реч *right* и француска реч *droit*. Значи да је у свим аријевским језицима појам право везано за врло блиске и сличне појмове. У санскриту корен *dhr*, *dhar* значи непромењено правило, закон, од којег корена долази и реч *driva*. Код старих Грка звало се право „*Nomos*“, Јевреји су право сматрали као супротно сили и злу, а афоризми римских правника (*ius est ars boni et aequi, tria praeccepta iuris sunt: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere, ius naturale est quod semper aequum et bonum est*) потврђују да су изрази горе наведени, означавајући горње појмове, хтели да изражавају појам права. У кинеском језику појам права означава се са речи „*fa*“. Ову реч објашњава кинески писац Мо Ти и он каже да она означава појам модела или правила, и са временом је добила значење речи „право“, пошто је била везана за религију и власт (краља). Код Словена у употреби је реч „право или правда“ за значај речи право. Најстарији руски законски зборник из доба кнеза Јарослава (1079 г.) добио је име „Рускаја правда“.

3. ОДЕЉАК

Битни елементи у правном правилу

I. Позитивност и континуитет права

Позитивност права изискује да се оно у животу остварује. Позитивно право је један социални фактор, који врши утицај на друштво и има своју основу у социалној свести било да се посматра као државна творевина (јер држава може да спроведе законе само ако код људи постоји свест о оправданости неког закона), било као социална свест (јер ње мора бити код људи да би се могао створити који закон).

Колико морају закони да се врше да би било позитивног права? Ми знамо да неке законе не извршују грађани, неке не извршују сами државни органи, али ако се они не врше, не значи то још и то да они не постоје и теоретски може се рећи да, док има власти и док постоје највиши државни органи, дотле живи и позитивно право, и оно се мора вршити између неког минимума (да има власти) и максимума, при чему најважнију улогу игра морални фактор — социална свест о праву. Зато се да објаснити да невршењем права, било неискоришћавањем једног права (н. пр. енглески краљ није хтео да употреби своје право да одбацује законе изгласане у парламенту), било кршењем закона, право само не престаје да важи, већ је зато потребно да се у свести друштва створи свест да је тај закон противан потребама друштва и да се та свест манифестује било у обичају да се закон не врши, било у обичају противном закону.

Ипак ако вршење закона зависи од једног вишег фактора, онда то још не значи, да се са променом тога фактора морају и закони мењати (н. пр. промени се устав и зато морају да се мењају и сви закони проистекли из њега), како то неки истичу. То је погрешно јер у законима постоји извесан континуитет и н. пр. у случају доношења новог устава промениће се само они закони, који нису у сагласности са уставом (нови устав је н. пр. предвидео републиканско уређење и онда ће сигурно бити укинута прописи који за државно уређење предвиђају монархију), они пак који су у сагласности са њим неће се променити, јер је потребно да закони имају извесну стабилност. Наравно, да је власти допуштено да она укине све раније законе, ако она то хоће, али као правило важи све оно што је пре било речено.

Континуитет у уставном праву значи издавање новог устава са обзиром на прописе ранијег устава, али ту може бити и дисконтинуитета, када нови устав садржи прописе који уопште не узимају у обзир стари устав. У међународном праву може бити континуитета или дисконтинуитета у праву када се једна држава распадне на два или више делова, или се два или више делова споје. Ту постоје два гледишта. По првом гледишту, које је солидаристичко (ради тога јер води рачуна о интересима трећих др-

жава) треба да буде у закону континуитета, а по индивидуалистичком гледишту (које не води рачуна о интересима трећих држава) треба да у закону завлада дисконтинуитет.

II. Санкција правних прописа (државна принуда као санкција)

Сваки правни пропис садржи поред свог примарног дела, којим се одређују права и дужности, и секундарни део, којим се одређују санкције. Те су санкције различите и иду од опомена и укора до казни лишење слободе и смртне казне, стварајући тако једну скалу. Неке од њих вршиће се по доброј вољи и сила ће се употребити тек у случају, ако та добра воља појединаца, да им се покори, нестане. Друге санкције само по себи преставају силу.

Сила су сва она сретства, која ће бити подесна да се на некога примене, да бисмо некога натерали да изврши оно што својом вољом не би хтео да учини. Овамо спада осуда, која је управљена противу слободе појединаца, узапћење ствари управљене против имовине и новчана казна, коју власт прописује да би појединца натерала да поштује њене наредбе.

У држави употребљавају силу, поред полиције, која њу највише примењује јер мора да одржава и да чува јавни ред и поредак и да помаже суду, још и друге власти као финансијске, царинске и војска, која на захтев законодавца и владе може бити позвана да направи ред у самој држави у случају побуне и револуције.

Сила се употребљава према извесним прописима, јер је она по речима француског писца Леви — Имана једно страшно оруђе, које моје може да доведе до великих злоупотреба. Да тога не би било, употреба силе је законом утврђена, ограничена и специфицирана (у којим случајевима има да се примени каква сила). Да је то тако, види се из установе суда, који објективно изриче правду и прописује санкције, које следују за повреду конкретног прописа, и законски пропис да нема казне ако учињено дело не би било предвиђено у закону. То су гаранције модерног законодавца да се употреба силе врши без штете за појединце и зато се хтело да закон тачно предвиди њену употребу.

Данас се дошло већ до појма индивидуализације казне, т. ј. да казне законодавац не предвиђа унапред, већ да се да слобода судији да и он оцењује према конкретном случају коју и колику казну је кривац заслужио (гледиште Салеа). Данашње законодавство изузев совјетског, које уопште и нема закона у смислу западноевропских држава, начело индивидуализирања није усвојено, или никако, или пак као релак изузетак.

Сретства силе, у колико су опаснија, у толико су она више ограничена законом. Уопште ће се само таква сила и моћи да примени. Ипак понекада биће потребно да се употреби и сила непредвиђена у закону, а то ће бити н. пр. у нужној одбрани, у стању нужде, као и случајевима када се нема времена да се донесе претходна одлука (н. пр. жандарм мора на лицу места да спречи злочин).

III. Прописи без санкције

По изузетку има правних прописа, који немају санкцију. Одакле онда потиче недостатак санкције? То се може претпоставити из тога, што је циљ закона да буде он извршаван нормално и када је тако, онда санкција или чак употреба силе губи свој значај. Или је некада нужно или боље не применити санкције и у том их случају законодавац неће предвидети. Ма како било ипак стоји чињеница да има правних правила која немају санкцију. Један акт може да буде незаконит па да ипак произведе све правне последице. Тако н. пр. чл. 228. Code civil прописује да остају у важности бракови прописно закључени са свим правним последицама, мада нису још протекли рокови када удовци могу закључити брак. Таквих случајева има нарочито много и у уставном праву. До таквих прописа долази се ради тога, јер у неким моментима држава не може да контролише вршење права, затим од важности су ту политички моменти, историјски развој и практични моменти. Зато н. пр. и неуставан закон обавезује. Ипак ако правно правило нема санкције, не значи још да га не треба примењивати и да не везује.

Овамо спадају и природне обавезе, којих има у приватном праву н. пр. када дете пунолетним постане и врати штету, коју је учинило као дете, иако није било по закону обавезно да то учини; или када неко врати дуг који је застарео; у овим случајевима обавеза престаје да важи, али сматра се да постоји једна морална обавеза, коју дужник може вољно да изврши, а онда када то учини она постаје и правна. Зато, када вратимо застарео дуг, неће се сматрати да смо учинили поклон, већ да смо извршили плаћање дужне суме. Санкција је у овом случају зависна од воље дужника, а није наложена законом.

О природним обавезама постоје две теорије. По старијој теорији претстављају се и природне обавезе као правне, само се сматрају дегенерисаним обавезама. По теорији канониста пак, оне се сматрају као моралне обавезе. Ту су теорију у Француској заступали Потије, Планиол, Колен, Капитан и Ж. Рипер.

IV. Правно правило као опште правило и као конкретан акт

Под правним правилом — нормом подразумева се опште правило. Али у најновијој теорији правним се актима сматрају и индивидуална акта, зато што се тек помоћу њих постиже циљ правних правила — примена у животу. Али не само то, већ су конкретни акти правни акти и ради тога, што се при сваком конкретном акту врши оцењивање и ствара ново право са разлога, што апстрактно правило не обухвата све конкретне ситуације, пошто нису једнаке, и зато што су општи појмови више или мање неодређени. Тиме се доказује, да се и конкретним актима врши утицај на право, и зато њих са правом сматрају за правне акте. Истина да се данас у доба једнакости грађана проширио значај општих правила, али стоји и факат да се она конкретизују у ин-

дивидуалним актима и да чак и ова акта утичу на право, што и њима даје карактер правних правила.

Поставља се питање приоритета објективног и субјективног права, које се испољава у два смисла: 1.) јели могуће да постоји право (објективно) без активности индивидуе одн. без субјективног права? и 2.) Дали су се најпре појавиле опште или индивидуалне (конкретне) норме? 1.) На прво питање се одговара да нема права без индивидуе одн. нема објективног права без субјективног из чега се види да су ове две врсте права нераздвојне и нема приоритета међу њима. 2.) Иако је модерна наука утврдила да су многи облици права имали колективан карактер (н. пр. говори међу племенима), ипак има и таквих који су постали путем прецедената т. ј. индивидуалним (конкретним) актима. Н. пр. обичајно је право било прецедентално, па чак и доцније, са стварањем власти, ова не доноси одмах опште прописе. Тако за време феудалног режима решава се о привилегијама појединачно од случаја до случаја, што такође чине и владари из времена патријархалног уређења. Тек апсолутизам са јако развијеном централном влашћу, бирократијом, војском и меркантилним уређењем, а нарочито у доба демократије и једнакости грађана, власт издаје општа правила. Појам закона као правила био је познат већ и Римљанима. Ипак се још и данас правна правила стварају путем прецедената (н. пр. до установе јавних домена дошло се проширењем теорије о јавним радовима, а проширавањем ове теорије дошло се до установе експроприације на општу корист).

V. Два услова за примену правних правила

За важност правних правила постављају се ова два услова: 1.) да су она довољно зрела и развијена да се могу применити, што долази отуда што сви правни прописи претстављају целину и примењивање једног прописа претпоставља да су претходно створени извесни организми (н. пр. не би се могла да распушта скупштина ако не би били већ створени изборни закони). Даље се каже да субјективна права нису права ако их не примењују судови, што је потпуно погрешно, јер су она права створена на основу устава и када су законодавни и административни органи дужни да их поштују, онда значи да су то збиља права.

Данас постоји гледиште извесних правника, да за сваку ствар мора да буде донесен закон, али то није тачно јер, када је нека материја регулисана уставом, онда зашто не сматрати да је она регулисана и законом? и

2.) да имају садржину од практичног значаја. Неки писци сматрају да прописи, који изражавају начела и дух закона, немају правне вредности. Али то није тачно и у праву су модерни правници, који их сматрају правним прописима. Збиља се видело да су довољно садржине имала начела, прокламована у „Декларацији права“ у Француској и „начела слободе, једнакости, и братства“ у Америци. Та начела су имала толико садржине, да се може рећи да то није само теорија, већ је то садржина, која је значила пре-

кид са старим, увођење новог политичког устројства и обавезну вољу.

Дакле, иако правна правила због њихове практичке вредности нису таква правила, која имају програмску вредност, нису баш као и сва друга правила. Њих има не само у Декларацији, већ и у уставима појединих земаља, док их у законима нема зато, јер она претстављају начела од политичке вредности, која се тешко дају подвести под обична прецизна правила — законе. Ипак та начела имају обавезну силу, ако не директно за грађане, оно сигурно за уставотворце и законодавце, а могу је имати и за ниже органе у виду интерпретативних правила.

У римском праву је (по једном мишљењу) играло важну улогу програмско право *ius honorarium*, које се састојало делимично у едиктима римских магистрата, а делимично у едиктима преторским. Претори су издавали при ступању на власт своје едикте, која ће права они заштитити и ти едикти су за њих од доношења *Lex Cornelia* 687 г. (67) били обавезни т. ј. они од њих нису смели да одступају. Зато су их неки правници и сматрали за неку врсту закона, док су други (мањина романиста) сматрали, да су ти програми само аналози Закону.

VI. Однос норме по садржини према органима и појединцима. Техничка и нормативна правила

а) Право, од државе признато, односи се по својој садржини увек на државне органе, јер извршење тих правних правила ставља се у дужност органа. И онда када се допушта исвесна слобода појединцу (н. пр. право на нужну одбрану), опет се правна правила обраћају органима државе да они оцене да ли је индивидуа била у праву или не.

Има и правних правила, која се односе само на органе, н. пр. правило о организацији државе, о поступку власти итд. Тиме се ствара начело законитости, тј. да одређени однос мора да реши само за то законом одређени орган. Ипак се та правила односе посредно и на појединце, дајући им право да решава његове односе надлежан орган. Најзад има и правила која се истовремено односе и на органе и на појединце (н. пр. правило о пословању пошта и железнице). Против органа, који би вређали те прописе у модерном административном праву дато је појединцу право жалбе, ако им је непосредни интерес на закону основан био повређен радњом државног органа. Али има и интерних правила, која се не односе на појединце, већ уређују однос међу вишим и нижим органима (н. пр. расписи).

Код кривичног права се прописи односе истовремено и на појединце и на органе. Та веза се појављује ради заштите, коју органи пружају повређеноме и то је веза по форми. Тужба је за индивидуу право, а за државне органе дужност, и та су правила дакле дуплирана. То се види и из тога, што су правила у кривичном праву изражена у виду једне претпоставке, за коју је-

одмах и последица тј. казни одређена (н. пр. ко некога лиши живота биће кажњен са...). Истина у овим прописима није изражена државна воља (н. пр. не убијај), али се она може претпоставити, видећи правну последицу таквог чина (убијства) — казну. Ако дакле случај назначен у закону наступи, онда се просто правило односи на извршиоца да он буде кажњен, и на државног органа да га казни.

б) Модерна наука правна правила дели на техничка и нормантивна. Мисли се да држава даје само техничку могућност да се нека друштвена потреба задовољи на тај начин, што прописује извесна правила — т. зв. техничка правила. А друштво само установљава и види ту потребу и оно ствара т. зв. нормативна правила, која држава само озакоњује. То је разликовање сасвим нетачно, јер се зна да држава и сама ствара културу, и то баш путем својих закона, дакле да она поред техничких издаје и нормативна правила.

Усвојити би се могло само то, да су техничка правила заснована на идеји целисходности, док нормативна правила почивају на идеји правичности, која је укорењена у друштву. Та идеја са временом добија такав значај, да се може само стручно решавати, и онда се она појављује формулисана као техничко правило, иако је раније била нормативно правило (док је била само у свести друштва). Најзад је питање то, да ли све није само један једини принцип, а све је друго само техничко правило, како то замишља идеалистичка концепција о праву?

VII. Слобода и дискрециона власт. Апсолутне и диспозитивне норме

Код конкретизовања тј. примене правне норме на конкретан случај постоји слобода и то са ових разлога: а) у животу, који иде увек даље, не могу се све будуће појаве предвидети и за њих прописати једна савршена норма, б) код органа, који прописују норме, мора бити слободе, да могу оценити оно што је најважније, али и оним органима, који норме примењују, треба да се да слобода, јер и они општи интерес оцењују према сваком индивидуалном случају. Наравно није увек тим органима остављена таква слобода н. пр. у државном интересу, финансијском, саобраћајном итд.

Дискрециона власт највише се јавља код управе, јер она се мора руководити идејом општег интереса, док у судству она није тако велика зато да би се избегла самовоља органа на штету појединаца. Па ипак је и судији дата слобода одлучивања, која ће се кретати у оквиру закона и ни у чему не разликује се од дискреционе власти управе. Та слобода је нарочито велика код арбитражних судова, који решавају сукобе економске или васпитне природе.

Правна су правила императиви, али не увек принудна (*ius cogens*), већ често пута она уређују оне односе, које држава може

заснивати само путем споразума са појединцима (јер и појединци имају своје право, па им држава не може наређивати, већ само споразумно од њих добити услуге) и наравно да тада та правила не могу да буду принудна. Онда у ову врсту норми спадају и диспозитивне норме, које долазе до примене само ако појединци нису никако одредили или нејасно одредили своју вољу (н. пр. ако неко тестамент не направи, његову вољу замењује закон и одређује наследника). По мишљењу једних (Данц, Тице, Диги) диспозитивни прописи су кадифицирани саобраћајни прописи (*Verkehrssitte*) и то су обичаји констатовани од државе. По другом мишљењу пак диспозитивни прописи нису ни закон ни обичај, већ претходник права из којег се једаред може да створи и принудно право. Пример даје институт заложног права (*pignus tacitum*) и продаја залог у римском праву. Први ступањ тог института састоји се у томе да је повериоцу била одобрена продаја на основу нарочитог уговора — *actum vendendo*. Други ступањ — продаја залог без нарочитог уговора врши се по обичају. Трећи ступањ — продаја залог без пакта постаје закон (*ius cogens*). Нарочито трговачко право је по Голдшмиту кодификација обичајног права.

Велик је број диспозитивних норми данас. Има их и у приватном и у јавном праву, само уз ограничење да се вољом појединаца не може да укида закон (*Jus publicum pactis privatorum mutari non potest*). Мисли се да има диспозитивних норми само у приватном праву, а не и у јавном праву, али пошто је јавно право заштитник општег интереса, то је по Б. Донатију могуће да и јавно право има диспозитивних правила, и данас се може утврдити, да првих има код личних права (брачни и имовински односи, пословна способност итд.), а других код облигационог права.

Модерна наука пак утврђује да су појам апсолутних и диспозитивних норми релативни појмови, релативни зато, што и код других обавеза са једне стране стварају слободу док са друге стране (н. пр. ако смо слободни да располажемо нашем имовином [слобода], онда то за друге појединце значи обавезу да нас у томе не сметају [забрана]) оне стварају обавезу.

VIII. Правни и неправни односи

Свако правно правило садржи и слободу (н. пр. слобода гласања, мењања устава, склапања уговора итд.), која се примењује у држави. Ипак има слобода, које не производе правне последице, као н. пр. код оних односа, који не потпадају под правна правила (односи пријатељства). Ипак су и то правни односи, јер су правом заштићени. Дакле и та слобода спада у право. Из овога се да закључити, да, чим је човек социално биће, нема односа којим он не би зазирао у право, само што неки односи спадају више у право, док други мање, и ту је слобода индивидуе већа.

У колико индивидуа има слободу, она заснива неправне односе, за разлику од оних које тачно регулише право. Ти разни односи могу се ценити са разних гледишта, као моралног, правног,



религиозног, економског, политичког итд., било да их ценимо са само једног гледишта, или пак са више њих (н. пр. са економско — политичког гледишта и др.), што ће бити ствар наше слободне оцене.

У науци се каже да је право „научна форма економског живота“. Истина је да право утиче на економски живот (н. пр. прописујући прописе о преносу својине и др.), али оно није једини фактор од утицаја на економски живот, већ на њега утиче и морал (н. пр. поверење у раду, часна реч итд.). Даље право обухвата не само економске односе, већ и чисто личне (н. пр. брак).

4. ОДЕЉАК

Држава

I. Појам државе (социолошки)

Друштво је виши ступањ политичке организације и модерна социологија претпоставља да друштво иде од нижих ка вишим и сложенијим облицима друштва. Првобитни облик друштва био би „клан“ (по аустралијској речи), где су људи имали сасвим једнаке полове и где им је ова заједница претстављала религију, породицу, брак, власт и економску заједницу. Основа за стварање заједница су: крвна и сродничка веза, веза суседства, борба, економска и религијска. Пораст људи истих погледа изазвао је појаву племена, које је и први облик друштва. Затим, узимајући у обзир да су људи, бавећи се земљорадњом и везани за једно место, морали ради лакшег заједничког отклањања елементарних непогода да се удружују у већа друштва, указује на то, да је и то један чиниоц у стварању друштва. За пример нека послуже „водне државе“ (Wasserstaate) у Египту, Месопотамији и Северној Кини, које су биле основане у циљу заједничког рада око борбе са водом (Нил, Жута река, Еуфрат и Тигрис). Један од најважнијих фактора у стварању државе је борба, која тера људе да се удружују, да створе јединствену власт, којој ће се сви чланови покоравати, да би се у заједничком раду могли да одбране од непријатеља. Овакве војне заједнице постајале би затим сталне установе и тако се развила држава, која данас врши поред војничке и културне функције.

У модерној социологији по Веберу држава има ова обележја:
а) То је заједница, којом управља један човек или више њих помоћу једног административног апарата, док други морају да се тим управљачима покоравати, б) Она је једна установа (између установа и друштва је разлика та, што су правила прописана од установа обавезна за индивидуу, док правила друштва нису и појединац их својом вољом извршује) која непрекидно води послове, в) Она располаже влашћу, што значи да може оно, што она нареди, и силом да спроведе (власт се разликује од моћи тиме што је

власт кадра да принуди појединца да изврши нешто, док моћ само може да утиче, а не и да принуди). Том влашћу она ствара дисциплину т. ј. послушност код великог броја људи према њеним заповестима, г) Она је политичка заједница, што значи да се њена власт простире над становништвом у једној одређеној области. Ту је потребна територија. Некада су постојале државе без територије н. пр. Атина 480 год. пре Христа, Холандија 1672 год, па онда Србија и Белгија за време светског рата, али је то стање било само привремено. Може се дакле рећи да је територија нужан елемент појма државе. Какво је право државе на територији? То није својина, већ право заповедања, коју држава врши над лицима која су ту настањена. О праву државе над рекама води се дискусија у науци, јер једни сматрају да је то својина, а други да је то власт.

У науци и филозофији се тврди да се држава од других заједница одликује својим циљем, за који једни сматрају њену правну функцију, а други њену универзалност. Прва теорија каже да има држава за свој циљ да врши своју правну функцију, т. ј. да држава ради по правилима, која је она издала. При томе се мисли да она не треба да се меша у привреду, културу и да се њен задатак своди на то да се стара о одбрани земље споља и о заштити мира и безбедности унутра. Но то у ствари чини право, а не држава, која га прописује. Држава има разнолике функције, да буде сарадник и да ствара културу, а не да извршује само своје властито право.

У Немачкој филозофији су сматрали државу за универзалну заједницу, која је имала високу моралну личност, која је стајала изнад друштва и која је човека морално усавршавала, а заступају га и данас извесни идеолози фашизма. Ипак то гледиште није тачно и држава није изнад друштва, већ само један фактор у друштву, један део друштвеног живота. Ти фактори су се у историји мењали и некада је такав фактор била црква, а данас држава, па ће можда привредни живот некада у будућности постати такав фактор друштва.

Од друге половине XIX века држава је узела на себе и доста културних и социјалних задатака поред њеног основног задатка, да одбрани земљу споља и да очува поредак унутра у држави. Разлози за повећање задатака државе јесу: утицај широких маса народних на државну управу у циљу заштите слабијих, повећање културних и економских потреба код људи (држава мора да се стара да их задовољи), потреба да држава уклања сукобе међу класама и потреба да се централизира социјални живот т. ј. да се општи интереси приближе посебним интересима.

Ипак држава у неке области улази само посредно, сачувајући свој извор из којег црпи своју енергију.

II. Сувереност државе

Појам суверености историског је порекла, и до њега је дошло када су територијални господари хтели своју независност. На тај

се начин овај појам да једино објаснити. Међутим неки писци сувереност сматрају за апсолутну вољу унутра (у држави), а за апсолутну независност споља (од других држава), чиме тај појам постаје необјашњив. Ако сви органи морају да раде по уставу (он је апсолутна воља у држави), онда ко је надлежан да га мења, када сви стоје под њим? Па ипак се мења и устав. Даље, ако међународни уговори морају да буду извршени од држава, где је онда спољашна независност државе? Ова теорија дакле пада пред овим аргументима.

Сувереност може бити сматрана и као колективна воља или свест, али она сама себе не може да обавезује и из тога би произлазило да држава може да ради шта хоће, а појединац би морао да слуша, а то у ствари не стоји.

У немачкој науци покушано је да се сувереност сматра као једна апсолутна надлежност државе да одлучује на својој територији, али је питање да ли та неограничена надлежност заиста постоји? По форми јесте, јер она одлучује да ли ће склопити који уговор, дали ће нешто допустити на својој територији или не, али по садржини она није неограничено надлежна, јер се може ограничити уговором, онда поред територијалног начела (да се домаћи закони примењују на све оне, који се затекну на тој територији) постоји и персонално начело (да се изузетно на странце примењује право њихове државе, иако су на територији наше државе). Нарочито велика су та ограничења у међународним уговорима као н. пр. режим река, међународна финансијска контрола, одговорност држава, ограничења у употреби силе и рата (формулисана пактом Друштва народа, Женевским протоколом 1924 г., Локарнским уговорима 1925 г. и Келоговим пактом, који рат ставља изван закона).

Некада се право индивидуе сасвим порицало, али данас се њој чак признаје и право да тужи државу међународним судовима, стављајући је у исти ранг са државом. Види се дакле, да држава често и не одлучује сама (у споровима вођеним пред међународним судовима држава је само странка).

У чему је дакле сувереност државе? По мишљењу г. проф. Тасића она се састоји у томе да држава може сама да одлучује по неким питањима и то право јој без њеног пристанка нико не може да одузме. Такво право друге јединице, као општина и др., немају јер оне имају делегирано право заповедања, т. ј. право добивено од државе. Држава међутим мора имати право да одлучује по важнијим питањима свог опстанка, као и по довољном броју таквих питања, што значи да њено ограничење мора да буде нормално, ако она хоће да задржи своју сувереност. То је једини критеријум да се обележи појам државне суверености.

Поставља се питање дали је Швајцарска суверена, када се она обавезала да не ратује? Дали би биле суверене државе — чланице Друштва народа, када би се у њему решавало са већином гласова (сада се решава једногласно)? Да, и те су државе суверене, јер тај однос између њих и Друштва народа, одн. извршење датих обавеза, зависи од њих (н. пр. оне не морају да буду чла-

нице Друштва народа и онда нису ни обавезне да извршују своје обавезе н. пр. Јапан, Немачка и т. д.).

III. Шта је државна власт у социалном погледу

Право се везује за једну политичку организацију, за државу, која располаже физичком принудом. Ипак се државна власт не ослања само на физичку силу. Као што су и код примитивних народа власт држали људи од ауторитета (пророци, свештеници и т. д.), онда најстарији људи као најискуснији (код аустралијских племена тзв. геромантије), тако и данас државна власт почива и на другим елементима, који нису сила. То су морални, економски или религиозни фактори који помажу државу. Н. пр. ако грађани не краду, или не убијају, они то чине, јер мисле да то није морално, а не зато што се боје казне. Када пак држава хоће да спроведе неко ново начело, она ради тога спровођења не употребљава само силу, већ покушава да задобије грађане да они буду вољни да се то ново начело уведе, и да чак и сарађују на томе извођењу. При томе се наравно оцењује да ли ће се увођење тог новог начела исплатити, одн. да ли вреди толико труда наш циљ, који имамо, увођењем неког новог правног правила. Има пак извесних зала, које се никаквим санкцијама не дају уклонити, већ само разумном социалном политиком и васпитањем народа (н. пр. проституција, максимална стопа интереса, вештачко побацивање и т. д.). То се дешавало и у модерном законодавству, што јасно показује да закон није свемоћан, као што се то мислило у класично доба демократије (тада је и ношња и фризура жена била законом одређена).

Политички ауторитет државе састоји се у њеноме праву да доноси правна правила и да води државну политику. Она узима себи функције највишег органа. Тим ауторитетом објављује рат, закључује мир, решава о територији и о становништву, о политичкој самосталности, о употреби оружане силе (нормално полиције, а изузетно и војске) за спровођење унутрашње безбедности, и т. д. Она је већином најјачи социални елемент. Али по изузетку има и јачих социалних елемената од ње и они ће преко ње — посредно — вршити утицај на друштво (н. пр. утицај брамана на стварање права у Индији).

Држава има монопол употребе силе, а изузетно га може пренети и на мање организације (н. пр. општине), или чак и на појединце и то за блаже казне у виду права на вршење дисциплинске власти (н. пр. власт оца према детету, учитеља према ђаку и т. д.). Раније је држава трпела, да и друге заједнице располажу са силом (тзв. туралистички систем), али онда су те заједнице биле на равној нози са државом.

Данас држава мора искључиво да располаже са физичком силом, иначе она престаје бити држава. Некада пак су располагали физичком силом и властела (према кметовима), у римском праву отац према члановима породице, али ту држава и није регулисала све правне односе, као што она то данас чини.

IV. Шта оправдава државу? Анархизам.

Данас се не може да замисли друштво без државе, т. ј. без једне принудне организације, јер та принуда мора да буде због оне мањине људи која неће да се покорава правним правилима. Држава је производ историје. Она је дошла да измири у борби (њен пацификаторни задатак) групе и појединце и да врши извесне културне задатке. Она је један важан позитиван фактор у друштву. То је идеја нације или национални принцип. Држава није баш нужна (нужна је данас, јер се не може замислити друштво без државе), јер ће можда у будућности бити замењена другојачијим заједницама.

Историчари и социолози наводе државе, чији је ауторитет био тако мали да то скоро и нису биле државе (н. пр. стару Пољску републику, Угарску у 17 и 18 веку, краљевину Неапуљ, Сицилију, Арабљане у 16 веку пре Христа, који нису имали своју државу, која није постојала ни код Бедуина нити у Меки). У средњем веку старала су се место државе за безбедност појединца приватна друштва, племе и род (санкција и казна је ту било искључење из племена, док је иначе била приватна освета).

Анархизам (теоријски анархизам тежи за редом оствареним у слободи, а свакидашњи значај те речи је неред) се јавља у разним облицима, било да негира државну власт, било да одбацује физичку силу, било да признаје самовољне организације, одбацујући уопште сваку силу, било не признавајући уопште никакве организације. Он углавном тражи слободу (већу или мању) за индивидуу да би оне задовољавале своје потребе. Дали тиме неће доћи до могућности да јачи искоришћују слабије? То ће свакако доћи, јер је егоизам човеков најосновнији нагон, и то је Хобс правилно констатовао. Ако се по другом гледишту сматра државу са насиље, онда је питање дали без државе не би било насиља? Али њега би било, јер би га јачи вршили над слабијима, јер човек противно гледишту Русоа није по природи добар, већ зао. Анархисте верују да је држава једна случајна и вештачка историска творевина и они (н. пр. Крапоткин) верују да би историјски развитак друштва у средњем веку могао да доведе до друштвених заједница, различитих од државе (н. пр. до еснафа).

Ипак анархисти нису уочили да је држава дошла да прекине и укине борбу групе и индивидуа. То је дошло баш по жељи свих за што већом слободом, јер су људи увидели да нема слободе без ограничења (каква је и држава).

V. Социолошки типови држава у погледу стварања права

Није увек држава творац и носилац права, већ то могу бити и друге друштвене заједнице, као породица, племенске, религијске и т. д., а држава у већој или мањој мери, већ према томе, колико је држава могла да присвоји себи право.

Социолог Ришар поделио је државе на два типа. У један тип спадају државе, које имају само обичаје, одржаване традицијом,

а у други долазе државе са писаним законима, које су њени органи донели. Државе са обичајним правом немају своје право, нити пак своју сопствену власт, јер се она меша са влашћу других заједница, као породице, корпорације, села, религијских друштава и др. Такве су државе сточарских, земљорадничких, поморских и ловачких народа (н. пр. Кабили, Јурјури и Осети на Кавказу, црвенокожци у држави Њујорк, Киргизи и др.).

Државе са писаним законима намећу своју вољу појединцима и до детаља регулишу људске односе својим законима. То је тип западних, европских држава. Али и ту држава има већи утицај на појединце у оним државама, где је вршило велики утицај римско право (Француска, Немачка, Италија), а мањи утицај у оним, где је утицај вршило германско право (Енглеска, Сједињене североамеричке државе, Скандинавске земље), само се ова разлика у модерно доба између ове две врсте држава губи, јер држава тежи да својим законима све односе уреди.

Један средњи тип држава је земљорадничка Кина, где је само кривично законодавство у рукама државе, а остали односи овде регулишу се обичајним правом породице и села. Зато овде држава са малим чиновничким апаратом (25.000 чиновника) може да управља овим великим народом (400 милиона Кинеза). Наравно да томе систему помаже и Конфуџијева вера. Кина није националистичка ни интернационалистичка земља.

Тип државе са обичајним правом ствара се од номадских племена, тип држава са законима од племена националних где је подела рада извршена сасвим, а Кина је тип државе са културом различитом од других држава и са слабом поделом рада.

VI. Развијање државних функција, нарочито судства.

Суд и појам права.

Држава је у почетку имала функцију војну и дипломатску (да би споља одржала своју целокупност), а полицијску унутра (да одржи ред и безбедност). Најбољу слику пружају стари Германи, који су све државне послове свршавали на скупштинама (бирали су краљеве, курфирсте, решавали о рату и о миру, о војничким и политичким деликтима). Све друге функције биле су остављене породици, где је владало обичајно право и систем сампомоћи. Тако је н. пр. код Римљана до Закона од XII. таблица кривично дело било сматрано за приватну ствар повређенога. Тако је у германском праву дужник постао својина повериоца и он је могао са њим да поступа како хоће. Наравно то је било постепено ублажавано. Осим индивидуалне сампомоћи била је развијена и колективна у облику крвне освете (vendetta). Мисли се да крвна освета није била вршена у породици, јер нису постојали породични судови, већ само међу групама. Тврди се и то, да су постојали и народни судови, састављени од целог народа, који је његове пресуде одмах извршавао. Ово мишљење деле социолози (Диркхајм), који каже да је државна власт била ди-

фузна (код целог народа подељена), па је цео народ и судио. Сем тога били су и социални судови, који су судили спорове међу групама и одређивали висину композиције, коју је повређени морао да добије од повредиоца.

Држава је хтела да сузбије крвну освету, јер она доводи до непрестаних борби, зато је потпомагала увођење начела композиције или вражде, које се састоји у томе да онај који учини кривично дело мора да плати оштећеноме изван износ, чију је висину сама држава одређивала. Тиме је она спречила непрекидну борбу са једне стране, а са друге је приграбила судску функцију. У току времена постала је индивидуална одговорност све већа, држава је почела да решава спорове по обичајном праву, али колико је живот био компликованији толико је обичајно право било све више непримењиво на нове случајеве и држава их је судила по своме уверењу, стварајући и правна правила постепено. То је било извршено при крају средњег века када је држава постала апсолутна монархија и почела да буде законодавац, најпре наравно само за кривично право, јер су ти односи најважнији за друштво.

Судска власт државе такођер се стварала постепено. Испочетка одлука државе, као судије, није била обавезна за странке, или је била обавезна само посредно (обећањем унапред датим да ће се покорити, позивом на божанство, правом повређеног да сам наплати дуг од осуђенога, његово право изазивања на двобој и т. д.). Затим долази обавезно суђење државе појединцима т. ј. они су се морали да обрате држави да им суди, али се нису морали да покоравају тој пресуди, који је период трајао за време трајања класичног римског права.

Тек назад држава сама почиње да извршује пресуде и то је за време византијског царства. При свему је важно то да је држава најпре имала функцију војничку, дипломатску и полицијску, затим је постепено добила судску и тек назад законодавну. Такво развијање функција државе било је зато, што је она морала да отима поједине функције другим друштвеним заједницама, да би их могла сама вршити.

Код Словена је крвна освета постепено узумрла, а у Русији је била укинута законом (Тарановски). Код Словена су кнезови још рано вршили управне и судске функције на родовној територији вели Кадлец, што би значило изузетак од горњег излагања о развићу државног права у судству.

Држава није увек успевала да искорени крвну освету н. пр. Мухамед није стварањем Ислама могао да искорени ратовање међу арапским клановима.

б) Није увек било суда, али се он рано јавио. Уопште постоји тежња човека да створи једног органа разумног, неутралног и независног да суди спорове. Тај орган био би суд. Судија се касније јавио, али је захтев за судом већ давно признат. Суд се јавља у оквиру државе, и некада је заштићавао само нека права појединаца (н. пр. иновинска у полицијској држави), али данас, када се јавила демократска и правна држава, он нас заштићује

као грађане у пуној мери и према држави. У средњем веку су мислили да се политичка заједница јавља у виду судске власти, што би са свим одговарало феудалном уређењу. Тај се принцип утврдио у германском праву, а доцније и у уставима Северне Америке (начела америчких декларација била су издана по мишљењу Цвајга зато, да се пред судом грађани на њих позивају.

VII. Држава као правна организација

Држава сматрана као правна организација јесте једна организација у којој је по начелу јерархије извршена подела рада. Ту држава има право заповедања над појединцима. Ту организацију ствара њен устав, т. ј. један закон са појачаном правном снагом, који је одвојен и јачи од свих других закона, а има политички смисао. То је формални устав. У Француској под старим режимом није постојао, исто тако ни у Енглеској, па ипак су га сви признавали. Модерна држава, створена према начелима израженим у „Декларацији права грађанина и човека“ у Француској после апсолутизма, заснива се на ид.ји демократије. У државној управи појединац учествује активно гласањем, њему су обезбеђена права слободе тиме што му је створен независан суд, који га штити, па и према државним органима он добија заштиту на тај начин да се противу њихових незаконитих аката може тужити административним судовима. Сада су сва његова права зајемчена у демократској и правној држави.

После Светског рата на једној страни створене су демократске државе, а на другој страни диктаторске (Италија, Немачка, Турска и Русија). У Италији је много ојачала извршна власт, али је принцип законитости очуван, док у Русији и нема закона у правом смислу речи.

У науци сматрају да су и грађани органи државе, јер и они извршују право када се управљају по њему. Међутим ово гледиште није оправдано, јер друштвени органи имају један специјалан положај, који се састоји у томе, да извршују вољу државе у виду својих заповести, којима грађане натерају да се покоравају законима. Ту власт пак грађани немају и баш по томе ће се видети дали неко врши обичан посао или акт власти т.ј. дали се он јавља као грађанин или као државни орган.

Б.) У држави су четири власти: уставотворна, законодавна, управна и судска власт. Уставотворну и законодавну можемо да рачунамо уједно, јер и једна и друга има исти задатак (да ствара правна правила за државу). Ове три власти имају засебне функције: које се састоје у овоме:

а) Законодавна власт доноси законе, а уставотворна устав (о њој је било речи под А.). Закони имају једнаку формалну снагу и садрже једно опште правило. Да је закон опште правило није нужност, већ је то начело продрло услед тога, што је уведена једнакост свију грађана пред законом (закон је општи — важи за све), допуштајући наравно и нужне изузетке. У немачкој је науци

владало гледиште, да се законом уређују односи грађана међусобно и према држави (уместо да је закон опште правило), а то је ради тога, јер су права грађана могла да буду само законом одузимана и јер је монарх за себе задржао право да издаје наредбе о организацији државе, које су само за чиновнике важиле. При таквом стању права морала су у Немачкој (Прусској) права грађана да буду заштићена.

Законодавна власт је или аутократско-монархистичка, или демократско-републиканска. Аутократско-монархистичка је када је (уставотворно-законодавна првенствено) у рукама једног човека — монарха. Демократско — републиканска је, кад се власт налази код свих грађана, који или непосредно доносе законе (као у старој Атини, или у Швајцарској т. зв. референдум), или посредно преко једног колегијалног тела, у које бирају своје претставнике. То тело може да буде састављено или само из једног дома (парламенат или скупштина) или из два (парламенат и сенат или дом лордова). У Југославији је по уставу од 3 септембра 1931 год. предвиђен дводомни систем (скупштина и сенат). Код овог система закони пролазе кроз ове фазе: најпре влада, краљ или претседник републике у неким државама, или народни посланици стављају законски предлог, затим се о томе предлогу води дискусија (да би се чула и опозиција и критика тог предлога, затим се закон изгласава, Краљ или Претседник републике санкционише закон и актом зв. промулгација оверава. да је закон изгласан и санкционисан после чега га влада (министар правде) публикује и онда тај закон у одређеном времену (*vacatio legis*), за које треба да буде упознат од јавности, ступа на снагу.

б) Управна власт на челу са владом а под контролом или директивама Краља или Претседника републике, је власт која обезбеђује извршење закона и без ње држава не може да се замисли. У демократским државама она — као влада — даје иницијативу законодавству, под чију опет контролу спада. Њена је одлика јерархиско уређење т.ј. разликују се виши и нижи органи. Надлештва су подељена по послу. Ту су могућа два система: Централизација када је сва власт сконцентрисана у једном органу, у чије име сви раде, и децентрализација, која је нека функција власти дата више органима (она може да буде територијална, где је власт дата органима на разним територијама н. пр. општинама, техничка, када се једна грана посла одвоји од министарства и поверава једном слободном органу, политичка, када народ бира своје органе). Управна власт доноси одлуке, које се односе на конкретне случајеве, али може да издаје у виду уредаба и опште прописе, само ови морају да буду у сагласности са законом, и најзад издаје правилнике т.ј. инструкције својим органима. Шеф државе (Краљ или Претседник републике) издаје акте који се зову укази (декрети), који су индивидуална акта н. пр. о постављању или отпуштању чиновника и т. д.

в) Судска власт је организована да даје гаранцију за правилан рад како у стручном и моралном погледу, тако и при тумачењу

чењу закона и при његовој примени. Те гаранције су: контрадикторан поступак, јавност, материјална истина, слободно судијско уверење, више инстанције судова, и судијска независност. Може се рећи да је законодавна власт уређена по начелу узајамног споразумевања и ограничавања, управна власт по начелу јерархије, а судска власт по начелу независности у раду. Судије суде по своме уверењу и стоје под надзором само виших судова. Судски акти, који решавају спорове, имају нарочиту вредност и не могу се ни повлачити ни касније мењати (*Res iudicata pro veritate habetur*), што немају управни акти.

г.) Законодавна, управна и судска власт су у интересу законитости одвојене једна од друге, јер би било самовоље и злоупотребе кад би се све те функције сконцентрисале заједно (н. пр. као у апсолутној монархији где је монарх прописивао законе, судио и извршавао своје пресуде), али ипак имају извесан утицај једна на другу, тако да се може рећи да нису сасвим независне. Тако н. пр. сарадњом управне власти (влада) са законодавном (парламентом) једна на другу утиче и једна од друге зависи. Па онда притисак који партије у парламентарним државама врше на чиновништво, такођер показује утицај законодавне на управну власт. При томе се толико претерало да се добило партизанско и нестручно чиновништво, штетно по јавни интерес, тако да се у новије доба тражи и за остало чиновништво (осим судија) независност. Данас и у неким демократским државама извесне чиновнике (посланике, судије и Претседнике републике) бира народ. Тако је то у Сједињеним северно-америчким државама и у Швајцарској. Ипак то свуда није препоручљиво. Судска је власт од свих других најмање зависна.

В. Сте три власти издају акте, који су различите правне моћи. Најјачи је Устав, који прописује уставотворну власт и он је јачи од закона, који доноси законодавна власт, закон је јачи од уредбе, коју доноси управна власт, а остала акта су веће или мање правне снаге с'обзиром на то, дали их је издао виши или нижи орган. До неких аката (судских и административних) долази само иницијативом странака.

Један орган може издати и две врсте акта, акт нижег и вишег ранга (н. пр. у дисциплинским стварима Државни савет суди час као суд првог, час као суд другог степена), само мора да јасно наведе, као какав орган је издао тај акт. Управним актом везана је и сама управна власт и може га само на исти начин повући.

Акци не морају да иду редом н. пр. да после устава мора да дође закон, после закона уредба и т. д. Може и уредба доћи на основу устава, а могу и судови да не примене закон већ устав.

Нижи акт мора да буде у сагласности са вишим (н. пр. уредба мора да буде законита, закон мора да буде уставан и т. д.), али ако он то није, он се ипак привремено извршује, докле се не утврди његова незаконитост и одреде санкције. Ако нема санкције, онда се он и даље примењује (н. пр. неуставни закони се примењују често).

Сва су акта променљива и власти су некада и обавезне да их мењају по једном одређеном поступку. Ако је законодавац нека правила огласио за непроменљива, онда ће се та правила мењати или револуционарним путем или постепено и неосетно. Акти се могу мењати само исто таквим актом, којим је он био донесен (н. пр. само законом може се мењати закон), али и виши акт може да мења непосредно нижи (н. пр. устав може да мења закон). Наравно то зависи све од законодавства у једној држави, јер се може изабрати и један и други начин укидања аката. Ипак ту постоји један изузетак, који се састоји у томе, што се законом у модерној држави не могу мењати и укидати индивидуалне правне ситуације, настале на законит начин (н. пр. каснији закон не може да мења један уговор државе са појединцем, који је био закључен по ранијем закону), јер би то била једна неправда према појединцу и јер би то изазвало несигурност у правном саобраћају (нико не би смео ништа да предузима бојећи се промене) и јер би у ствари виша власт тиме свршила један посао за чије је вршење била надлежна нижа власт (н. пр. дирекција државних железница склопи уговор са једним предузимачем, а држава промени законом услове тог уговора, није ли ту законодавна власт узела на себе улогу управне власти — дирекције државних железница?).

Правно је правило, да закони немају повратну силу, т. ј. да они не могу да вређају створене правне ситуације. Они су по времену ограничени и односе се само на будуће случајеве, а не и на оне, који су били по ранијим законима створени. Шта је разлог оваквом схватању? Раније се мислило да је разлог у томе да не треба законом вређати т. зв. стечена права (т. ј. права задобивена по ранијим законима), која су сматрана за неприкосновена. Поставило се онда питање која су то стечена права и на то није било позитивног одговора. Данас се примена тог начела види у потреби да буде сигурности у односима. То гледиште обухвата и стечена права и ситуације где ових уопште нема, дакле то је гледиште шире. По овоме гледишту закони по правилу немају повратну снагу, јер то захтева наша сигурност у односима, која је неминовна и потребна, и држава то начело поставља, када је оно потребно, али по изузетку (када то опет буде потребно) може законодавац да да и ретроактивну снагу закону, ако сматра да ће то бити корисно по друштво и правично. Начело о неповратности закона везује судију, али не законодавца (сем ако га устав у томе не ограничава), који га мора опрезно примењивати. Када се третира проблем неретроактивности закона, не мисли се на ситуације које су настале старим законом, ни на будуће, већ на оне које су у току. Ту је важна природа тих ситуација за одлучење. Н. пр. модерно законодавство начело, да закон нема повратну силу, примењује се на све уговоре, који су под старим законом постали, јер тиме омогућује индивидуи да буде начисто са тим какав она однос заснива, а то она не би знала, када би се применио на уговор нови закон т. ј. када би он имао повратно дејство.

Повратну силу имају т. зв. интерпретативни закони, којима законодавац сам тумачи своје раније законе, хотећи да тиме или фиксира смисао закона, или да исправи погрешно његово тумачење. Ипак је при примени тих закона вођено рачуна и о ранијој судској пракси и интерпретативни закони не примењују се на пресуђене ствари (cause fin tae или res iudicate), нити пак на ствари које се налазе пред судом (causae pedentes), већ само на нове случајеве, у којима се појављују прошле чињенице (facta praeterita). Из овога се види да и они немају сасвим повратну силу. Све те законе, дали су они интерпретативни или не, оцењује најбоље судија сам.

ДРУГИ ДЕО

Право као морални чинилац у ширем смислу

Право у држави све њене чланове везује са извесним моралним везама и са солидарношћу, али у тај круг моралних схватања не улазе сви људи тог друштва, нити су та схватања свуда и у свима временима иста. Та морална схватања могу прећи минимум, потребан да друштво егзистира, и она улазе у право само онолико, колико их држава треба и може да изврши. Све остало, више не спада у право, већ у морал и по томе се индивидуе и групе разликују. У задацима права виде се извесни морални принципи, и то правичност, тежња за миром и уклањање борби, одговорност и др. Ови чиниоци играју важну улогу у праву и производ су времена.

I. Право и морал

У примитивним друштвима, друштвена правила не разликују се, што показује њихово заједничко порекло и да та правила имају исто порекло са пореклом морала, религије и обичаја, сем ако се узме да је право засновано на сили, а то није случај. Најважнији морални фактор права је религија, што се показује у Индији где су брамани (свештеници) држали сав морални поредак (наравно и правни), даље у римском праву где се из „fas“ (божанског права) ствара „ius“ (људско право), у апсолутистичким државама где је сматрано да оне имају извор оправдања у божанском праву, у новоме праву где је канонско право вршило велики утицај на грађанско право у погледу брака, тестаментa, процесног права стварајући максиме: официелности и материалне истине и т. д. Сав тај велики утицај на право вршило је хришћанство, што се види из тога, јер та начела у римском праву нису постојала. Из свега се дакле види, да је право неразднојно од морала (и религија спада у морал), када је овај на право вршио толики утицај.

У науци се оштро одвајало право од морала почев од Кр. Томазиуса у XVIII в. до Канта, сматрајући да су праву мотиви покоравана индиферентни, док морал захтева да се покоравамо зато што имамо свест да морамо да се покоравамо. Када је про-

дрла социална идеја, дошло се до мишљења да право остварује морал и да су ова два фактора нераздвојна. То гледиште заступају Фихте, Јелинек, Соловјов, Петражицки и др. По универзалистичком гледишту, коју заступа Хегел и које претставља другу крајност, држава оличава моралну идеју и индивидуа се овде сасвим губи. Ако се држава не изједначује са силом (а то би било сасвим погрешно), онда се веза између ње и морала одржава преко социалне идеје. Та социална идеја претставља неку заједничку свест, неку солидарност свих индивидуа, из којих је друштво састављено и из тога излази, да човек не ради сам, по своје жељу, већ по захтевима друштва. Тако н. пр. већ сама подела рада намеће индивидуи дужности према друштву. Дакле, социална идеја код индивидуа значи то, да она (индивидуа) осећа признање и обзире према другима. Али и индивидуа у друштву није сасвим потиснута, као што то сматра индивидуалистичка теорија, јер она је тај фактор, која ствара право и морал. Ако ње не би било, губила би се морална свест и не би више било напретка у праву. И наравно се да замислити потпуна и слепа преданост индивидуе друштву (н. пр. према прецима или обичајима), али то је најнижи степен културе једног човека.

Дали је могуће рећи да се право од морала разликује по циљевима и да прво има опште (колективне) циљеве, а друго индивидуалне циљеве? Не, то није могуће, јер се индивидуална и колективна свест (обе ове свести налазе се у друштву заједно) не могу одвојити једна од друге, јер индивидуа се развија само помоћу друштва (колективна свест), а друштво опет развија индивидуу (индивидуална свест). Ту се не може ни прихватити идеја да се право одликује правичношћу, док морал зна за дужности и има карактер индивидуалности, јер наша морална свест признаје иста права и појединцима и нама самима, из чега излази да и ту нема разлике између права и морала, јер они признавају једно те исто. Факат пак је тај, да човек мора да признаје законе да би се одржао ред и дисциплина међу људима.

Може ли се рећи да се право односи на спољашње понашање људи, а морал на унутрашње понашање? И то није тачно, јер како право води рачуна о унутрашњем понашању људи (н. пр. у кривичном праву води се рачуна дали је неко дело извршено из нехата, из предумишљаја и т. д.), тако и морал води рачуна о спољашњем понашању људи (н. пр. да ли ће се људи облачити или не). Разликовања дакле ту нема. И социолошки је то нетачно, јер морал тежи да се оствари и што је данас морал, биће сутра право.

Дали има разлике између права и морала по мотивима поковања, како је то замишљао Кант? Одговор је негативан, јер ако закон захтева да се поковамо не водећи рачуна из каквих мотива ми то чинимо, морална наша свест такођер захтева да се поковамо законима иако се са њима не би слагали. Наиме наша морална свест мисли да је потребно да буде у друштву реда и дисциплине и зато требамо да се поковамо законима, а

право, водећи рачуна о тој нашој свести, спроводи њу у виду закона. Дакле право се од морала (моралне идеје) и на овај начин не да одвојити. Када би се још усвојило гледиште да се и морала не тиче из каквих мотива вршимо наше дужности, као н. пр. из страха од казне (таквих гледишта има у етици и у филозофији), онда по готову нема разлике између права и морала.

Држава има, као своје специално средство за извршење закона, на расположењу принуду, што друге заједнице немају, бар не своју сопствену. Дали је принуда и оправдана? Јесте, јер је неопходно потребна социална дисциплина ради тога да буду сасвим уређени људски односи. А та дисциплина се не да често постићи самом свешћу индивидуе о потреби да се покорава закону, јер је њен интерес јачи често пута од те свести и индивидуа се онда не покорава закону, поводећи се за својим и вређајући туђ интерес. То држава не може и не сме да допусти и онда она кривца кажњава. Саму себе пак индивидуа није у стању да кажњава да би себе спречила да повреди закон. Све то наравно оправдава постојање принуде, јер то захтева социална дисциплина и слабост наше свести да одоли другим личним егоистичким нагонима и да победи саму себе. Сада настаје питање има ли држава право да одузме ратом или смртном казном живот? Ако се живот схваћа биолошки онда има, јер јачи увек побеђује и потискује слабијег (селекција у природи). А са гледишта права се поставља питање дали без рата и убиства опстану и победе увек бољи? Не, зато треба оно што је зло искоренити, па макар и силом, чиме се правда рат и смртна казна.

Оправдавајући средства државе, ми их уједно и стављамо под неке моралне захтеве, јер она морају да служе друштву (Аристотело и Монтескије), а не сама себи (по Макијавелију) Држава мора дакле да тежи да добије дисциплиноване, поштене и храбре људе, а то може она да постигне бирајући средства.

Сва би разлика између права и морала дакле била та, да ми морална правила извршујемо драговољно, без спољашње принуде, а законе морамо да извршујемо, без обзира имамо ли слободну вољу или не. Само не ради увек држава са принудом, већ се она и другим средствима служи.

Ипак може да дође и до сукоба између појединаца и државе, а то долази онда, када се између њих изгуби свака морална веза и солидарност у гледишту. Ако се призна право отпора и непоштовања закона појединцима, мора се такођер признати и то, да држава има потребе за редом и да се право побуне може да призна само оним људима, који теже да осигурају држави бољи поредак од пређашњег и бољи ред.

Б. Услед сувише велике стабилности право може и да застане према индивидуалном или према општем мишљењу. Наравно да често и држава претходи друштву са увођењем у право модерних начела. Не улазећи у ово питање, види се, да морал попуњава и ублажава позитивно право. Неки историчари чак и тврде да је у античком свету владао дуализам права и морала,

а да је хришћанством завладало јединство међу њима. Али то тврђење није тачно, што се види по томе, што начело, да су проста обећања обавезна, датира од постанка католичке цркве, јасно се формулише у 2 веку, а правно постаје у 13 веку. Данас када је држава народ, морал и право су приснији.

Право упућује на морал или индиректно (н. пр. у проблему одговорности оно га формулише само у општим принципима) или директно (када упућује на добре обичаје).

Шта су добри обичаји? У науци их једни сматрају за природно право, а други за мишљење, које влада у једној средини, за практику (као н. пр. Емануил Леви). Ти добри обичаји, на које је много утицао хришћански морал, крећу се између идеала морала (оно што је тежња и циљ морала) и навика једне средине (оно што се обично ради у једној средини). Ипак није лако утврдити шта је морално, а шта није, по речима Пероа, јер су у томе погледу гледишта подељена и нејасна. Н. пр. судови неће допустити да се људи уговором могу ослободити од своје одговорности ма и за најлакше погрешке, као за грешке својих претпостављених и т.д.

II. Правда и ред као циљеви права

Како у обичном животу, тако и у теорији везујемо појам права за појам мира и појам правичности. Неки сматрају да је праву главни циљ — правичност и они сматрају да је држава врши преко реда и морала, који су појмови по њиховом схватању супсидијерни. Неки опет сматрају да је главни циљ праву да одржава мир и ред и да самим тиме испуњава начело правде. Ипак и правда и мир (ред) су два појма, која нераздружено иду један са другим.

Помоћу реда држава регулише односе међу људима. Тим регулисањем постиже се мир и остварују неке идеје и циљеви. Ако се узме да је главно да држава постигне мир, онда није ни важно какав циљ она тиме постиже (н. пр. мир где су једни управљачи, а други робови, који само морају да се слепо покорвају). То гледиште брани конзерватизам, али он у ствари брани привилегије појединаца у историји стечене. Тиме се долази до констатације да такав задатак државе не би био потпун.

Дали је мир, који држава остварује редом, једнак са правичношћу, т. ј. да ли се ова два појма поклапају? Не, јер оно што једни сматрају за правично, други не сматрају, и питање је чија правичност важи? Ако се у томе питању људи не сложе биће борбе. То слагање међу људима бива путем мирног споразума, до којег се долази услед дисциплинованости грађана, која се опет постигла социалном мишљу да треба да људи буду толерантни да би односи међу људима били стабилни, чак и по цену да се покорава једној лошој управи, да не дође нова која би могла бити још гора од ове. Да је идеја мира веома јака, види се данас у међународним односима, затим у томе да један незаконит акт

добија правну моћ, јер се претпоставља да је правичан, док не буде поништен, и он се чак за ово време и извршује, опет сматрајући да се њиме правично поступало према појединцу. Тек када се докаже противно — када такав акт буде поништен од суда — онда се у име правичности тај акт укида. Затим, када се не да повратну силу законима, опет је ту идеја правичности, да не би појединац ради тога трпео штету.

Идеја мира компромисна је са идејом правичности. Када се у међународном уговору закључи мир, мора он, ако се хоће да буде трајан, гледати да он буде и правичан, иначе ће он изазвати нове ратове. Обрнуто правичност тражи, да у случају конфликта у друштву, влада ред мир. Правичност мора да има социалну идеју споразума међу људима, иначе се она претвара у силу јачег према слабијем (н. пр. победник мора да води рачуна о гледиштима противника). Правда је дакле основ друштву.

Мир и правичност имају заједничко у солидарности и узајамној зависности, али се појављују у два разна вида, па се могу и разићи (н. пр. кад једна група сматра да је правична једна ствар, а друга група да је правична друга ствар). Ипак, иако је мир од велике вредности, не треба да се мисли (као Лав Толстој у своме хришћанству) да га треба применити оди, употребити и у одбрани од зла. То би било утопија, јер ћемо пасивношћу само успети да зло победи, и зато је у животу немогуће да се сила избегне. То се данас види и у међународном праву, где се идеја мира свих народа може остварити, само онде, где се примени сила на ону државу, која неће да се покори тој идеји. Зато се треба управљати по речима Пасквала „правда без силе је немогућна, а сила без правде је тиранска, зато нека буде оно што чинимо правично — моћно, а што чинимо моћно — правично.“

III. Шта је то правда, правичност, правно осећање.

Типови солидарности и правде

Правда значи морални захтев да се да сваком своје. У погледу садржине правде појавише се супротности, које су се појавиле и код моралног питања, али оне су биле компромисне.

У чему се састоји особеност правде? 1). То је хармоничан однос међу људима који даје опште добро (дефиниција Платона и Св. Томе Аквинског), 2.) Правда је логицирање идеала морала (по философу Фихте-у), ако се она сматра као задатак права. Правда се развија у историји (Бергсон) и она (правда — мисао једнакости, компензације) је постала најпре код трампе (за извесну количину једне ствари даје се сразмерна количина друге ствари), затим код људи у виду реципрочности (учиниш ли ти мени нешто учинићу и ја теби у истој сразмери). У почетку између дела и освете није било сразмере (јер је казна одн. освета била несразмерно већа од учињеног дела), доцније када се појавила композиција, која је допуштала да се за учињено дело даје компензација, тек се уводи сразмера накнаде, која се даје за учињено

дело и та сразмера је била још већа, када је држава изрицала казну за учињено дело. Али и тада је још казна била више освета заједнице него помирење завађених.

Грчки народ и Омир веровали су да је богиња правде била Темис и саветница Јупитра а доцније и људи. Из брака Јупитра и Темис родила се Дике, богиња правосуђа и она је најпре решавала спорове међу људима, а касније их је, наљућена на њих, напустила. Платон сматра правду за „универзалну врлину“, а Аристотело формулише разне врсте правде.

Дефиниција о правди садржи два појма. Први је, појам функције правде у друштву, јер се види да она има да да свакоме своје и да одржи на тај начин у друштву хармонију. Други појам је појам њене унутрашње структуре, т. ј. да је она нижи ступањ, један део морала. По гледишту г. проф. Тасића правда, за разлику од морала у ужем смислу речи, има утврђене принципе, тежи да улази у право, прецизније је, и претставља реципрочност права и дужности појединаца. Те дужности одговарају правима непосредно или посредно.

Правда показује поделу права и дужности, дакле оно што вреди један човек. Она дели људе и одређује шта ко има да добије за своје заслуге. Она значи солидарност у томе критеријуму шта коме треба дати. Дали правда обухвата цео живот и све људе? Не, јер друштво више од човека тражи, него што тражи правда. Оно тражи и жртве, које појединци морају да снесу за општу ствар (н. пр. Коперник је дао свој живот за идеју). Истина унутрашња свест тражи награду за људе који су се жртвовали, али та награда обично није земаљска већ надземаљска, али се ипак добија (н. пр. у народној песми „Ђакон Стеван и анђео“, први коље најмлађе дете и крвљу маже очи седморо деце да би им се повратио вид. Осмо дете је жртва за спасење седморо деце, али тражи да буде за своју жртву награђено и у песми оно заиста оживи).

У друштву има и неједнакости, али се и инструменат правде усавршава и отклања их све више и више. Ипак се неједнакости сасвим не могу уклонити, јер је то немогуће при развијању друштва (ту увек има сукоба где једни страдају н. пр. промени се закон и чиновник који је по ранијем закону имао неко право сада га више нема). Но правда са временом покушава да настале неједнакости избрише (н. пр. није се увиђала нелогичност дати накнаду за имовину оштећену у рату, а не дати је онима који су у рату изгубили свог храниоца. Испочетка се прво сматрало за право, а друго за хуманост и слободну вољу, а данас се та нелогичност увиђа и поправља).

Правичност се конкретизује у разним правилима, што долази било ради нашег сазнања, ради погледа о односу индивидуе према друштву, ради других момената (какву ћемо вредност дати стварима) и т. д.

Б. Правичност претпоставља да има индивидуа, јер она тежи да издначује, да мери заслуге са наградама, које за њих припадају (симбол: теразије-мерење), а свега тога нема, када је целина,

а нема индивидуа, јер се само међу њима то разликовање може да врши. Према социологији и филозофији има две врсте типова друштва према положају, који индивидуа заузима у њему. Први је тип примитивног друштва, где индивидуа има минимално свести и самосталности. Ту је индивидуа део друштва и управља се према традицијама и обичајима целине. Тај је тип старијих друштва, али има га и код културнијих народа по мишљењу Валца. О овом типу говоре Веде и закони Ману, у римском праву религиозна и морално-правна везаност индивидуе, феудални систем, заснован на личној верности у средњем веку, данас у религиозним обредима црква и у сталешко-државној свести пруско-немачког чиновништва. Други је тип друштва индивидуалистички, где се истиче слобода индивидуе, прокламована у Декларацијама прађанина и човека. Ове су типове покушали да конструишу Гурвич (Рус), Валц (Немац) и Отака (Јапанац), ослањајући се на социологе Тениеса и Диркхајма и на филозофе Хурсела и Хегела. Са овом поделом не слаже се г. проф. Тасић. Трећи тип друштва је онде, где јпостоји солидарност интереса индивидуалног и колективног. Ту е у важности принцип социалне једнакости. Тај тип друштва је данас донекле остварен, а његово потпуно остварење треба да буде идеал будућности.

Ова подела типова друштва није тачна, јер у типу слобде индивидуе (II тип) има једнакости, у типу солидаристичке једнакости (III тип) има слобде. То дакле показује да се мора при одређивању типова комбиновати слобода и једнакост, а не разликовати их. Сем тога треба знати, да чистих типова нема, већ само прелаза из једног типа у други, јер је индивидуа некада имала политичке слобде, а не и личне, (старе грчке државе), или личних слобода слободне конкуренције без политичких (у време либерализма и цензитарних система т. ј. систем, у коме се политичка права добијају само плаћањем извесне суме порезе). Зато се као засебан тип друштва издваја друштво са ауторитарним начелом власти или начелом власти у политичком погледу (по Валцу) где индивидуа хоће т.ј. свесно се покоравати појединцу, који је претстављен у владаоцу (L'état c'est moi — изрека француског краља Луја XIV). Тај тип друштва разликује се од оног типа (I тип), где се људи слепо покоравали друштву и где су они његов саставни део. Има ли међу појединцима апсолутне једнакости? У друштву увек има слојева, што се јасно показује у Индији (касте) где су слојеви највиши (брамани) сасвим одвојени од нижих и најнижих (парије). На овакву неједнакост не наилазимо ни у средњем веку, где се имањем могао постићи и одговарајући друштвени положај, ни у Египту где је син могао да промени очево занимање, док у Индији касте остају и сталож се добија наслеђен (ако је отац браман - мора да буде и син браман). Да ли ниже касте своју потчињеност сматрају за неправду? Од тога зависи дали се може рећи да тамо има права. Органистичке теорије, које индивидуу сматрају за орган друштва, доказују неједнакост индивидуа по социалним функцијама (Шпан), где једна више вреди, а друга мање. Али који је крите-

риум за вредности функције? Њега нема! Па и са гледишта културног, моралног и економског напретка пре би се могла доказати потреба да су људи једнаки.

В. Од правде (Justitia, justice, Gerechtigkeit) разликују се правичност (Aequitas, equité, Billigkeit), ма да начелне разлике међу њима нема, како је то и Б. С. Марковић утврдио. Правни прописи имају циљеве, које, ради несавршености правне технике, закони често не могу да изразе. Ти циљеви онда остају неостварени. У колико буду позитивно — правни прописи јаснији, биће циљеви боље остварени. Али где те јасноће нема, мора да судија допуни те законске прописе својом правичношћу т. ј. он мора, имајући у виду циљ закона, да донесе према томе циљу решење без обзира на саму редакцију закона. И заиста нису сви подједнако криви, ни подједнако зрели и т. д. Ипак има ограничења и у тој слободи, јер би претерана слобода судије претворила се у самовољу, а то се мора избећи. У Енглеској су н. пр. установили суд правичности, који ће утрети пут новом градском праву испред додаћег сељачког (феудалног) права — Common Law.

Они који верују у природно право, мисле да је тај појам једнак са појмом правде и правичности, јер су ти појмови усађени у свест. Али има људи који не верују у морал и у правду и у правичности виде правно осећање. Шта је уопште правно осећање? Оно је изгледа везано за практичан разум и за правичност. То је поред тога једна социјална идеја. Неки мисле да је правно осећање религиозно (Гутман), а други да произлази из сазнања (н. пр. кад се љутимо видећи да неко некога зоставља) без наше контроле разума, да је то неке врсте инстинкта. Ипак тај инстинкт нас често превари, иако је понекада и тачан, и зато га увек треба разумом проконтролисати. Пример: један ученик основне школе друга свога тешко повреди. Суд ослободи оца тога детета од одговорности, сматрајући да он није крив за све то, јер је дете у моменту извршења дела био под надзором учитеља. Али пре доношења пресуде председник суда сазна да се отац тога детета оженио ускоро као веома стар човек и ради тога га осуди. Јели председник суда добро учинио? Јели га његов инстинкт добро водио? Не! Требало је дакле да председник суда свој инстинкт проконтролише разумом, па не би изрекао овакву осуду.

IV. Природно право

Поред позитивног права говори се о природном праву. У чему се природно право разликује од позитивног? По томе што се оно фактички не врши? Постоји ли неко право, које, независно од човекове свести, постоји и живи само за себе? Одговор је негативан. Ако је пак нешто дато у свести човека мора се оно и у животу остваривати. Ако је природно право морална идеја, мора да буде откривено. Види се из свега да идеја позитивног и природног права почива на претпоставци да постоје два света, реални, где се остварује позитивно право, и идеални у коме живи при-

родно право. Како се онда ова два различита појма могу спојити одн. природно право сматрати за право? То је немогуће.

Као природно право, би се могло сматрати мишљење једне уже групе о томе шта би требало заштитити правним нормама. То би било ново право (ius nasciturum), које тек продире и које ће тек постати право. До идеје, да се неко правно правило промени, допуни или створи неко ново правило, долази отуда, што закон има своју форму, која је круга и дуготрајна и често не одговара више потребама друштва, које се стално развија и добија нове потребе, док право стоји и више не одговара потребама новог времена. Зато законе треба прилагодити времену, али се дешава и то, да се ствара неко ново право у виду обичаја и мимо закона, па чак и противу њега. Ново право може се чак стварати од старог, што се показује у XIX. веку, где се из начела права својине, слободе рада и уговора рађају нове организације, које стварају собом и ново право. Дакле, ово ново право могло би се сматрати за природно право.

Природно би се право могло да схвати као право, које садржи један идеал човечанства који ће се постићи на крају историје, а до њега се долази постепено у етапама. Тај крајњи циљ и идеал човечанства би у том случају био божије провиђење и предестинација, а људи би били несвесни извршиоци тога права у историји и његови носиоци у оној мери у колико се јавља у појединим етапама. У животу се види да нема неког апсолутног идеала човечанства и као израз овога, неког природног права, већ постоји релативни идеал и право дато у појединим епохама. Најзад људи нису несвесни носиоци извесних идеала, већ је потребно да они буду свесни, да верују у неки идеал, па тек онда да га приме и врше. Када би заиста постојао неки апсолутни идеал, он би морао да пређе у религију, а не да он остане ван домашаја наше свести, показујући нам се само постепено.

Ако се природно право не остварује, онда оно и није право — већ је то само позитивно право, које се и спроводи. Могао би се сматрати као природно право заједнички интерес за редом и сигурношћу, али то су појмови, који садрже моралне елементе у вези са правичношћу. Да ли је то природно право? Не није, јер природно право допушта грађанима право отпора у случају његовог неизвршења од стране државе, а опет признаје потребу реда. При томе оно држави оставља могућност да доноси законе какве хоће, јер појединца од тога не заштићује и зато се може рећи, да оно и није никакво право и да не постоји.

Природно право било би апсолутно право, које би важило у свима временима, за све људе, за човека као људско биће створено. Да ли се оно може остварити у животу?

Критички посматрано природно право хоће да динамику (развијање) друштва подведе под статички (непокретни) принцип да постоји у човеку од увек, и да ће у њему увек постојати једна морална свест, која се не мења у току историје и из тога се закључује, да се природа човекова рађа са овом свешћу, да је већ

израђена. Да ли је то тако? Ако јесте, онда би у целој историји требало да постоји један траг о томе да је човек покушавао да створи свој идеал — природно право, да реализује своју свест, али историја напротив доказује да се човек мења у току времена и да он нема нечег урођеног, што би било вечито и стално, већ да се он мења према времену и под општим условима живота. Све то важи за наша веровања, која су такођер подложна променама (н. пр. хоће да се докаже да је слобода научног мишљења неопходна за друштво. То је тачно, али је питање дали ће то начело продрети увек, јер могу да постоје времена, када се код људи неће моћи створити такво убеђење и маса га наравно тада неће ни прихватити.

Значи да су и веровања подложна променама, која се мењају по разуму човека и искуству његовом, стеченим под извесним околностима. Погрешно би било из унутрашње слободе човека, психичке и моралне, закључити да је он у друштву слободан. Он то није, јер му то тек други морају да признају тј. на то мора да пристане заједница у којој живи.

Како онда да помиримо природно право са еволуцијом друштва? Да признамо да се природно право разилази са нашом емпиричком свешћу? То би значило да је природно право ван нашег домаћаја. Можда пак постоји дуализам сазнања и воље тј. људи се разликују не по сазнању шта је добро, већ по вољи да чине добро. Али тај дуализам не прима ни хришћанство говорећи да је човеково сазнање помућено. Мисија Христа би према тој теорији била или та, да је он донео на свет нову истину, или је пак донео само спасење, јер је свет за ту истину већ пре њега знао. Али по искуству се може рећи да нам је он донео и сазнање и спасење. Теорија, да нам је сазнање помућено (код нас је прима Јустин Поповић у својој Догматици) врло је логична. Идеја (сазнање) не може да се изједначи са акцијом (вољом), па ипак има везе међу њима. Може се рећи да човек еволуцијом у друштву долази до оног степена, да може да продире у апсолутно. Ту су дакле узета у обзир оба ова важна фактора, која се свуда показују заједно, а ипак су супротна, јер апсолутно у човеку претставља статику, која је супротно еволуцији тј. динамици. Примамњем апсолутног морамо да примимо и метафизику (као н. пр. Бергсон, који љубав према Богу сматра за апсолутну вредност).

По Берњаеву грешни је човек потчињен суровој природи, коју мора да победи, да би одстао у њој. Такво би се гледиште могло да прими.

Одбацивањем природног права не треба одбацити правну политику, јер код ње нећемо да тежимо ка нечему апсолутном и вечном, већ ту ћемо наћи мере за једну одређену средину у једном одређеном времену, а то се може постићи. Ипак се ни данашња наука (филозофија и социологија) не одриче вере и поред тога, што она садржи идеје природног морала и права.

Б. У историји се идеја природног права развијала овако: Стари Грци су веровали у универзалне законе у природи (Сократ,

Платон, стојници сматрали су природно право за идеал), Римљани, као практичари нису разликовали природно од позитивног права (ius gentium се квалитативно разликовало од ius naturale од којег произлази), али је хришћанство највише допринело да се универзализам прими, уносећи идеју љубави и добре воље, коју су широке масе народа радо прихватиле. Хришћанство је своју идеју пропегирало и речима и делом (мучеништвом). Зато природно право има порекло у рационализму и у хришћанству. Теоријски, природно право је формулисано јасно у XVII в. у теорији Хуга Гроциуса, и у 18 веку, у облику уговорних теорија у вези са рационализмом тога доба, које је истакло право индивидуе у тежњи да их изједначи, и као такво, природном праву морамо признати и социални карактер.

У историји друштва западноевропског, природно право добија значај ослобођења индивидуе постепено, т. ј. до изједначавања људи. Ту се полази од примитивне заједнице, где појединац нема свести о себи (н. пр. ропство), до времена у коме је индивидуа била на челу државе као једини њен ауторитет и до времена када се истиче идеја једнакости свих људи, која се данас већ донекле остварује. Историски развој је ишао овако: најпре постоји ропство¹⁾, где постоји право господара на живот и смрт робова, које доцније бива ограничено само на право живота, затим долази колонат, једна форма економске везаности за земљу, после његовог укидања долазе монополи и привилегије одн. неједнакости социалне, правне политичке и др., и го укинућу овога долази потпуно ослобођење човека. До тога је дошло онда када се развила велика друштвена солидарност. На тај начин економски слободан и културан човек је најслободнији.

Практични интереси природног права мењали су се у току времена. Најпре се природно право јавља као право потлачених (у хришћанству), као револуционарно право, насупрот божанском праву, које брани постојеће стање. Затим у XVI в. природно право долази да потисне божанско право и да донесе идеју слободе, којој тежи најпре трећи staleж, а доцније, са појавом социалног питања, и четврти staleж, тражећи минимум егзистенције и остварење социалне правде.

Идеја природног права имала је у праву овакав утицај: У уставима она се испољава као начело слободе политичких права и једнакости грађана, у кривичном праву од XVIII в. огледа се у ублажавању казни, у приватном праву раскидањем локалне и staleшке границе, у административном праву као захтев рационалности и јединства (на ово је утицао Бентамов утилитаризам у Енглеској), а највише се истакла та идеја у међународном праву, које је тек сада скоро створено.

¹⁾ По модерној социологији (Опенхајмер) су робови код примитивних народа имали више слободе него ли касније, када је почело економско искоришћавање робова, које је добило најсуровији израз у трговини робовима, тако да су и читаве земље биле исељене (у XVII в. су Енглези исељили око 300.000 робова и продали их). У старој Грчкој њихов је положај био доста повољан.

У природном праву неки виде менталитет народа. Ту се истичу 2 гледишта. У погледу природног права Трелч износи да запад, где живе англосаксонски и латински народи, влада вера у у вечне, универзалистичке принципе. Немачка идеја од краја 18. века и целим 19 в., поводећи се за Шопенхауером, Ничеом и Вагнером, напротив је управљена на силу као идеју сваког стваралачког рада („carrotalism“). Наиме веровали су (као Хердер) да је та сила божанско откриће. Ова два гледишта нетачна су и несигурна, јер прво је неодређено (не зна се ко познаје универзалистичке идеје и ко се бори баш за њих), а друго одводи бруталностима (сила). Код нас Словена свакако не би се ни једно ни друго гледиште могло да примени, јер ми имамо веома социјалан, али врло недисциплинован дух. Ипак и у Немачкој није оно друго гледиште претежно јер има и писаца, који прво прихватају.

В. Браниоци природног права верују да се оно налази у позитивном праву (Тако Дел Векио и Свобода), позивајући се при том на извесне правне принципе н. пр. на право човека да се брани, да се нико не може да обогати на туђу штету и т. д. Код нас тих начела има у §§ 15, 17, 18, 19, 29, 30 и др. србијанског грађанског закона. Главни задатак природног права пак јесте да допуњује и да ублажава правне прописе, као и да оно попуни празнине у закону.

Између природног права и позитивног има разлике, то је очигледно. Али они који верују у постојање природног права, верују да је оно у нашој свести, али када би оно то било, онда би добило и неку спољну манифестацију т. ј. претворило би се у позитивно право.

Признајући природно право, ми признајемо да се оно не мења. Када судија нађе празнине у закону, може ли да га онда примени онако стално неизмењено? Н. пр. ако један грађански законик, као наш, буде донет пре сто година, па се у њему нађе празнине, мора је судија попунити, јер је оним природним правом, које је онда важило, тада тај грађански закон био донет. А дали ће то бити могуће при променама насталим у друштву после 100 година? Не! Види се дакле да се ни то не може одржати и да је природно право непроменљиво.

V. Одговорност

Одговорност се заснива на узрочности. Док наука признаје само секундарне узроке (т. ј. узрок је само последица претходног узрока а не нешто самостално), дотле право и морал узима, да је у одговорности човек први узрок. Да би неко одговарао, потребно је да је учинио неко дело, да је урачуњлив и да је био крив. Одговорности може бити и на ризик (н. пр. предузеће одговара онда, ако радник буде осакаћен при раду без своје кривице.) Ако нема урачуњливости и кривице, неће бити ни дела, (по Мађору). Критеријуми за урачуњливост и за одговорност су различити, према разним областима права, где се појављују (н. пр. у кривичном

праву, у цивилном, у јавном праву и т. д.). Урачуњливост је способност оценити морални и социјални значај дела и нормална способност владали собом. Пошто она обухвата интелектуалне и моралне моменте, је врло тешко познати када је неко неурачуњлив и када није. Поред тога, има степена неурачуњливости, тако да је данас створен појам о смањеној подобности за урачуњливост. Ипак се сматра да код човека урачуњливост није на нули.

Урачуњливост може бити: 1) Умишљај, када свесно или чак и намерно учинимо противправно дело, или, 2) нехат, када такво дело учинимо из непажње и немарности. Ту има опет ступњева. Може се н. пр. од нас тражити да будемо пажљиви као најобичнији човек и ако то нисмо били, онда је та непажња *culpa lata*, може се захтевати од нас пажња брижљивог човека и при оваквом тражењу наша се непажња сматра за *culpa levis*, а може бити да се каткад тражи да будемо пажљиви као изванредно пажљив човек и повреда тога захтева је *culpa levissima*. Одговорност пак се одређује не само према субјективним моментима (н. пр. према нашој пажњи), већ и према објективним околностима (н. пр. дали је неко дело штетније и опасније по друштво). Зашто се човек кажњава за нехат, када он није хтео да произведе дело? Зато, што није био толико дисциплинован да би на њега утицали социјални и морални мотиви. Према овоме је нехат морални појам. Социолози тврде да казна за нехат следује зато, јер је наша личност била таква, да би на њу утицале норма — света ствар. (Прошли смо поред свете ствари и нисмо је видели). То је спиритуализирана форма одговорности. Понекада ће бити потребно, да се упуштамо у психолошко испитивање има ли нехата или не, док се каткад та одговорност претвара просто у одговорност без кривице. Зато се у кривичном праву за нехат одговара само онда кад то закон прописује.

Одговорност је практичан и морални појам, зато је могућа и одговорност без кривице, кад је то правично и социјално корисно. Н. пр. у цивилном праву је правилно и социјално, да штету сноси онај ко и корист од те ствари има (предузеће вуче корист од радника; када овај без своје кривице буде осакаћен, мора штету да трпи предузеће), да се нико не може да обогати без разлога и т. д.

У Немачкој и Швајцарској развијена је субјективна одговорност и ту одговарају за своја дела и умоболна лица. На тај начин је разумљива и одговорност лешева, животиња и ствари, т. ј. посредна одговорност (ради случајног додира са местом или предметом злочина). Ту је површно везати примитивне облике одговорности за анимизам (веровање да је све живо као човек), јер су животињски процеси били између 14—17 в. у Европи, а анимизма још није било. Изгледа да је одлучујући моменат за одговорност однос у коме се индивидуа налазила према групи (зато је примитивна одговорност била колективна, јер индивидуална свест није била развијена још). По религији човек је извршилац дела и кад правно то није (н. пр. зао је ако макар само преноси зло).

Б. Кривична одговорност садржи један морални елемент и не своди се на тежњу да се у будуће више не греши (италијанска позитивистичка школа Ломброза, Гарофала, Фери-а). Као реакција против класичне теорије, по којој човек одговара, јер је по слободној вољи зло учинио, научно се своди казна на једини циљ да се кривична дела више не понављају. То гледиште стара се да уклони опасности и неће да казни оне, који не понављају кривично дело т. зв. криминалоиде, већ ће казнити оне, који су опасни, иако нису учинили кривично дело. Позитивизам или детерминизам хтео је да реформира науку, али таква жеља претпоставља тачност при утврђивању научних резултата, промену у јавном мишљењу и развијено социјално осећање. Детерминисти међутим, верујући у непроменљивост карактера код људи (као и Шопенхауер), пали су у грешку, јер нису водили рачуна о томе да се човек мења под утицајем средине.

Индетерминизам види утицај средине, али мисли да је човек апсолутно независан, што не одговара стварности. Може ли да одговара онај, ко је апсолутно слободан? Не! И казна не би имала смисла у том случају, јер би човек, апсолутно слободан, опет и поред ње могао да учини што хоће и она не би никако утицала на њега. У ствари је наша слобода релативна и условљена је социјалном одговорношћу. У пракси би по теорији индетерминизма поштени људи били строго кажњавани, док би злочинци били ослобођени.

Одговорност је елементаран услов социјалног живота, јер кривична дела погађају целу заједницу. Но повреде неких добара, која нису толико важна, не погађају тако јако заједницу и она ће повлачити за собом мању одговорност (грађански деликти) од других који својом повредом важних добара наносе заједници велику штету и повлаче за собом кривичну одговорност, а строже се и кажњавају. Модерна социологија сматра, да су одговорност и кривично дело самостални елементи, правдајући то тиме што кривично дело изазива реакцију у друштву и оно има потребу да некога нађе да га казни. Појам кривца је тек касније унесен, и његовим уношењем казна је била ублажавана. Идеја о томе појму почива на вредности индивидуе. У почетку је казна била управљена на кривично дело и свако је могао да буде кажњен, како човек, тако и лешеви, животиње, па чак и ствари. То је стање моралне кризе друштва, када оно осећа потребу некога да казни, ма ко то био. Тако н. пр. у Аустралији не сматра се никакву смрт за природну, важи већ се за њу тражи неки кривац. На Филипинским острвима код малајске расе обичај је да, кад њихов шеф умре, они убијају оног који први наиђе. У току историје сужава се круг одговорних лица. Животиње и ствари више не одговарају, јер не могу да схвате морални карактер казне, лешеви такођер не, јер је то повреда људског достојанства, умоболни и деца не одговарају из хуманости, доцније се уводи начело да је за стање нужде одговорност мања и казна блажа, затим се за њену употребу ослобађа од казне, даље се води рачуна о мотивима човека,

па се или блаже или строжије кажњава, уводе се условне и неодређене казне, укида се инквизиторски поступак (тајни поступак, са тортуром, лишењем одбране) и после француске Револуције уводи се акузаторски поступак, где се штеди личност, даје му пуно право одбране и води рачуна и о државном и индивидуалном (окривљеног) интересу. У Енглеској је тај систем постигао врхунац и сав терет доказивања пребачен је био на терет оптужбе.

Из свега се види да на једној страни постоји потреба да се заштити друштво, а на другој страни права појединца. Има ли дела без кривца? Заиста се не би могла разумети реакција друштва када нема кривца. Г. проф. Дг. Тома Живановић појам кривца одваја као засебан појам, од појма кривичног дела и казне.

В. Одговорност се развијала од колективне (где је за повреду одговарао сваки члан заједнице, којој је кривац припадао, као њен претставник) одговорности ка индивидуалној. Један најважнији облик колективне одговорности била је ведета — крвна освета и она је упражњавана међу разним породицама, јер је тадање друштво било неке врсте федерације породица.

Сужавањем породице иде и прелаз од колективне на индивидуалну одговорност. У почетку је човек живео у клану, чији су чланови веровали у заједнички тотем (божанство), доцније он живи у заједницама (као словенске задруге), чији чланови воде своје порекло од заједничког претка (мушког), затим долази патријархална породица, где је отац неограничен, господар и тек онда се долази до данашње породице, која се своди на родитеље и малолетну децу. Са развијем породице, смањује се и одговорност, одн. она од колективне прелази у индивидуалну. (Н. пр. Аустралијска вендета прети целом племену, кинески кодекс набраја које претке и потомке може да погоди казна, у модерној Европи родитељи бивају кажњавани за децу). Упоредо са тим, одговорност тежи да се одвоји од религије, јер она тежи ка колективној одговорности (н. пр. у религији се верује да се грех преноси са колена на колена и тако може и казна да стигне потомке), а одговорност данас све више нагиње ка индивидуалној. Па и држава помаже индивидуализирање казне, али опет за нека кривична дела предвиђа колективне казне (н. пр. када човек припада једној сумњивој групи и сам је сумњив). Процес индивидуализирања казне је део општег процеса индивидуализирања уопште. У току времена друштво долази до свести да је и оно одговорност за дела својих чланова (нарочито социјално слабијих). Наравно тиме неће бити укинута индивидуална одговорност, али ће бити правичније одмерена. Процес индивидуализирања казне види се у кажњавању правних лица, где се примењују казне које су природно могуће, али које погађају чак и чланове (и они могу да буду кажњени као чланови). Други пример за ово је одговорност криминалних гомила, и кривично дело учињено у гомили мање се кажњава, него кад их учини појединац. У току историје одговорност се субјективисе, т. ј. индивидуа одговара за само извршење дела, а не и за случајан додир (пасивно учешће), како је

то захтевало објективно схватање одговорности. И то схватање продукт је историје, јер док се некада у примитивном друштву и случајни кривац сматрао кривим, јер је повредио тотем (божанство), дотле је данас индивидуа свесна у чему је крива и у чему није, и његова свест сматра да за случајне догађаје она није крива. Па и субјективисање одговорности извршено је постепено. Наиме у почетку није било извршено одвајање вољних од невољних аката (н. пр. ако је неко нешто хтео, већ је био за то хотење одговоран, као кад је хтео да убије, одговарао би за убијство као и кад би га фактички починио) и тек су се касније они разликовали уношењем појма умишљаја и нехата. Овај последњи се није разликовао од случаја (casus). Даље се раније није ни знало за покушај (и у римском праву тај је појам непознат) и тек у средњем веку се ова идеја развила у Италији.

У кривичном праву тражи се субјективна одговорност за учињено антисоцијално дело, одн. за антисоцијалну вољу, а у грађанском праву постоји објективна одговорност, тако да неко може да одговара и за штету учињену случајно без учешћа његове воље (н. пр. држава је дужна да да накнаду својој службенику, који на службеној дужности буде случајно повређен и онеспособљен, без обзира дали је она крива или не), док у кривичном праву може да се одговара само за оно што се учинило.

Одговорност је била испочетка несразмерна са учињеним делом (н. пр. крвна освета није кажњавала сразмерно учињеној кривици), док се доцније при увођењу система композиције добила та сразмера, а још више данас код система, да држава има право да казни појединце, Поред тога је судији остављено на вољу извесан квантум казне, који се креће од минимума до максимума (н. пр. од 1—10 година робије), и поред тога оставља се и избор врсте казни (затвором до 3 месеца или строгим затвором до 6 месеци) судији, а у неким га случајевима овлашћује да он ослободи окривљеног.

Држава поред казни употребљује и превентивне мере, којима жели да спречи извршење кривичних дела. Те мере иду на то, да се друштво осигура и да се појединци поправе (н. пр. васпитне мере за малолетнике). Основ за казну је одмазда, а за превентивне мере, обезбеђење друштва. Ове две идеје једна другу помажу. Али некада оне долазе и у противречност (н. пр. умно оболели неће бити кажњени, али ће се против њега предузети строге мере безбедности). Утицај казне и мере безбедности на индивидуе се дакле у овом случају не слажу.

У науци је остао безуспешан покушај да се казна и мере безбедности подведу под један појам, а то зато, јер се они одређују по другим принципима (Ст. Франк).

VI. Борба за право

Ми, бранећи наше право, вршимо етичку дужност, али од наше добре воље зависи, хоћемо ли га бранити или не. Значи да

нема обавезе за нас да га бранимо, али ипак то чинимо у име морала. Све то показује да је оно релативно обавезно. Који су елементи у одбрани права? 1) Одбрана права је одбрана наше личности, јер иако нам закон даје неко право, не значи да ће га појединац моћи да употреби без штете по себе и често такви људи страдају. То је лепо изражено у роману Ф. Клајста, где Михајло Колхас, борећи се за закон, умире задовољно, јер је себи прибавио правду и јер је кажњен виновник зла — племић Вацлав Фон Тронка. Затим се то види и из романа словеначког писца Ивана Цанкара „Хлапец Јернеј и његова правда“, где слуга Јернеј борећи се за социјалну правду, спаљује кућу свог господара, коју је он направио и ради тога дела и сам скаче у ватру. 2) Одбрана права је одбрана правде, јер и најбољи закони понекад остану неизвршени и људи се тада боре да право остваре не из личних интереса већ из идеалних побуда, да правду остваре (горњи пример Колхаса и хлапеца Јернеја за правду). 3) Одбрана права је одбрана реда, дисциплине у друштву и поверења. Нарочито поверење је зајважнији фактор на коме почива правна држава, јер би без поверења грађана у законе, по речима Јеринга, био доведен у питање ауторитет закона, а без тога нема правне државе. Има чак и организација, где то поверење увелико влада и где су организације засноване на идеји самопомоћи и сарадње (н. пр. општине, задруге синдикати и т. д.). То су углавном елементи морални у одржавању права од стране индивидуе.

Јеринг у својој књизи „Борба за право“ истиче важност поштовања права у приватним односима, али је та важност права и у политичком погледу велика, јер политички потреси и промене изазивају промене и у приватном и у кривичном и у другим гранама права.

Ради одржавања реда допушта се и трећим лицима (т. ј. оним чије право није повређено) да подижу тужбе. Тако је у римском праву опште начело да сваки пролазник изложен опасности може да подиже тужбу. У данашњем праву то је допуштено трећим лицима у корист малолетника, у административном праву чак и лицима, којима је повређен неки лични интерес заснован на закону и т. д.

Повреда права је повреда и наших интереса, јер се противи нашим интересима да се врши беззаконје. Али то је идеално, јер нити су грађани овлашћени да дају правну заштиту повређеноме у праву, већ то дају државни органи, којима је дужност старање да нико не остане без правне заштите, нити су појединци толико свесни тог интереса да би хтели да га заштите. Ипак је потребна сарадња грађана са властима и у модерном праву, што ће се постићи, тиме што ће се дати заинтересованим лицима право тужбе. Чак и понеке организације данас траже да им се призна право да у име својих чланова одн. за њихове интересе могу да подижу тужбе. Просуђујући коме треба дати право тужбе, треба гледати и на то да се не омогућавају злоупотребе права и преоптерећење суда претераним уступцима (давањем великом броју људи право тужбе).

VII. Злоупотреба права

Право нам се може дати неограничено (н. пр. да га човек употреби по својој вољи) или ограничено (да га може употребити, али тако, да другоме не шкоди) и услове ограничења сам законодавац поставља, али то могу да чине и судови и нижи органи. Данас се уопште дају само ограничена права, јер су само она социална т. ј. она одговарају потребама друштва.

Злоупотреба права се састоји у томе, да се право не употреби социално. То пак се може тумачити шире или уже. Уже тумачење било би у томе да нико не треба да употреби своје право тако, да тиме другоме шкоди и да га тиме шиканира, док би шире гледиште обухватило све раније, које неко предузима, а оне, ма у чему, сметају другоме. Уже ће гледиште бити субјективно, а шире је објективно и оно више води рачуна о општим интересима људи, како је то тачно утврдио г. проф. Др. Михајло Константиновић. При одређивању злоупотребе права судови теку искуство и цене да ли она постоји или не. Зато је тај појам „еластичан“ по речима Жосерана, једног научника на пољу изучавања злоупотребе права. Злоупотреба права је противправност, јер на зло употребити значи једна незаконитост. Ипак последице њене примене нису крупне и састоје се махом у давању накнаде причињене штете. Модерна законодавства предвиђају злоупотребу права и забрањују је (на пр. немачки грађански закон у § 226 и швајцарски у чл. 2, § 2). У старом Риму су ту идеју унели претори са *ius gentium*, у Енглеској и Североамеричким сједињеним државама сузбијана је на тој основи моћ картела, трустова, концерна и штрајкови, а скоро свуда (у римском, француском и енглеском праву) забрањена је злоупотреба тужбе. Судови надахнути социалном идејом сами забрањују злоупотребу права. Наравно изузетно, када законодавац то буде хтео, може и да да једно неограничено право и ту ће индивидуа бити потпуно слободна.

У исти ред са злоупотребом права долази и злоупотреба власти, када власт употребљује своја законска овлашћења за циљеве противне закону. У овај ред долази и изигравање закона т. ј. одступање у поједином случају од нормалне и обичне примене закона, а на штету странке. То ће бити када се један акт преруши у други, или софизам, или очевидно погрешно тумачење законског смисла. То није ни фикција, јер ове служе оправданим циљевима, док изигравање закона служи егоистичким.

Пример за злоупотребу права би био, када копајући на своме имању пресечемо жицу суседног извора, или подигнемо зграду тако да сусед не може ради ње да види и т. д.

ТРЕЋИ ДЕО

Правни извори. Тумачење закона

Одредили смо појам права, његове елементе, његову везу са државом, његове циљеве, његову етичку вредност и сада ћемо одредити још и њену активност (акта и одлуке), у којима ће се право испољити.

1. ОДЕЉАК

Правни извори.

I. Извори у формалном и материјалном смислу

Писано право по речима професора Бонказа не садржи цело право, већ у његовом стварању учествује и судија.

Модерна наука разликује формалне и материјалне правне изворе. Први би значили само форму, а други садржину права. Формални правни извори појављују се у облицима који покажују обавезност права (као закони и обичаји), али тих облика има много више него што је мислила правна догматика на челу са римским правницима, који су у праву видели само службено право, а има толико других типова права још. Материјални извори могу се разумети: а са каузално-социолошког гледишта где испитујемо који социални чиниоци утичу на законодавце, да њихове одлуке добијају обавезну снагу и обележићемо ако постоји неслагање између социалног стања и стања у праву (у Уставу и законима) б) са нормативног гледишта постављамо питање, где законодавац и где ми требамо да нађемо право? У савести, мишљењу једне средине, у правди? Ту има опет два гледишта. По првом право налазимо у колективној свести (свести друштва), а по другом у идеалним вечним принципима (н. пр. принцип правде). Претставници и једног и другог гледишта истакли су ове облике правних извора: обичај, статут, закон, пракса судска и вансудска (других државних органа); уговори, акта правила са законским дејством (н. пр. правила радничких корпорација, тарифни уговори и т. д.), преседани, признање новог стања од средине и т. д. Неки од ових облика претпостављају извесну организацију (н. пр. закон, судска и вансудска пракса, конвенције, а други се јављају без организације (обичај и прецедент, признање новог стања ствари [као признање привилегија неком граду, или једна династија абдицира у корист друге]).

Шта су у суштини ови извори? Они се могу објаснити начелом ауторитета (јер су неки од њих засновани на власти), колективним обичајима и моралним начелом (начело реда и сигурности).

Према овим облицима права, који изражавају један акт права, стоји т. зв. интуитивно право, право дато у свести. То је заправо право у материјалном смислу речи и из њега се добија обавезност свих закона. Гурвич међутим назива право у организацијама ван

државне „живим правом“, право у неорганизованим заједницама, „спонтаним правом“, а „интуитивно право“ је по њему нормалан факт дат у непосредној визији.

Правни извори у историји се мењају, час се појављују, час нестају. што све зависи од политичких и социалних момената. Тако н. пр. са нестанком патријалхалног живота нестаје обичајно право, у теократским државама је играла главну улогу религија и т. зв. божанско право при одређивању права, док су касније ти чиииоци изгубили за законодавство сав значај, у западно-европском праву игра важну улогу књижевно инострано право (рецепција римског права), али не у облику општег мишљења правника „*communis opinio doctorum*“, или мишљења стручњака — *responsa prudentium* —, који су извори утицали опет на римско право, а не на доцније право.

Б. Формални правни извори имају своју самосталну вредност, јер они конкретизирају општа начела помоћу једног ауторитета који ћемо морати да слушамо чак и онда, када се са неким правним правилом не би слагали. А има неслагања између општих начела и конкретних правних правила, најпре као неслагање које се често појављује чак и у начелним питањима, па затим у детаљима, па затим сукоб између старих и младих, тако да увек конкретна правила претстављају нешто ново, самостално.

Формални извори нису дакле само средства за извођење онога што је било у свести, што ће они најбоље изразити, већ су производ социалних и историских прилика одређеног времена. Наравно да то не искључује рационализацију сретстава (т. ј. да се на највернији и најекономичнији начин изрази право), али је и она историски и социално условљена. Они који формалне правне изворе сматрају само средствима да се изрази општа свест, у заблуди су, јер када се узме, да право има да изрази само нашу правну свест, која живи у нама, тако да ми само знамо да се понашамо онако, како она заповеда, онда је закон сасвим непотребан, јер нам је и онако свест сама довољна и судија би познајући ту свест, њу истотако могао да изрази добро као и законодавац.

Социални ауторитети, нарочито држава, издаје законе, чија формална важност је у томе, што се њиме одржава јединство у друштву. То је и потребно, јер када би сви имали право да доносе законе, онда ту не би било никада никакве сагласности. Потребан је дакле један ауторитет, који ће одлучити да се н. пр. доносе један закон, и његову вољу ће морати сви да поштују и да јој се покоре. Истина, јединство у друштву у погледу поштовања закона увек се не може постићи и често ће бити закони и кршени, те ће бити стварано ново право, било нелегалним путем, било на који други начин н. пр. путем промене режима у револуцијама. До кршења закона долази се или ради неслагања правне свести која није код свију људи једнака, или ради тога, што су закони застарели и т. д. Али на овај ће се начин само изузетно право мењати и обично је држава у стању да својим законима прибави поштовање.

Нижи извор права има виши или да прецизира (да, га тачно одреди), или да га попуни (ако би у њему имало празнина).

Врста, ранг и број извора зависни су од историјских, политичких и социалних прилика, те се унапред не могу да одреде, сем оних, које можемо одредити по природи њиховој (н. пр. слободно научно истраживање долази после обичаја, јер њега пре осећамо и он је ближи праву). Данас је први извор закон, затим обичај, који после закона најбоље изражава општу свест, затим општи правни принципи и онда природно право, правичност, и слободно научно истраживање. Д-р Ђ. Тасић овде не помиње облике сличне обичајном праву, као прецедентно право и конвенције, јер се то оставља специјалним гранама права.

Сви ови извори, сакупљени у овом систему имају условну вредност, и то, како устав, који не може да брише остале изворе, још како мање закон, који може да буде од суда исправљен ит.д. У колико је нижи извор, у толико је више условљен и релативан.

Формални правни извори ни појединачно ни у целини не могу сасвим да изразе стварност, јер се живот креће напред и мења се, а закони увек дуже трају, те постају застарели, а поред тога је разлика између апстрактног правног правила и конкретног примењивања и најзад се наша правна свест никада нашим несавршеним језиком не да сасвим изразити. Зато се допуштају поред формалних правних извора још извори у правди и у слободном научном истраживању, што опет почива на добром познавању социалних проблема.

II. Обичајно право; закон и обичајно право

Данас је практична вредност обичаја мања него некада, јер нису сви извори за право обичаји, већ облици слични њему. Ипак наука још није тачно утврдила какав је феномен обичајно право. Сматрано је да су за обичајно право потребна два елемента: вршење обичаја и свест да је оно обавезно (*opinio iuris seu necessitatis*), али је било спорно који је од ова 2 елемента битан. Затим постоје 2 мишљења о томе ко ствара обичајно право. По првом њега ствара народ (друштво), а по другом специјални органи. У историји науке су се јасно истакле 2 теорије (остављајући на страну њене ниансе) о битности неког елемента код обичајног права. Прва је римско—канонска теорија, која сматра да су за обичајно право потребна као елемента: вршење, и свест о обавезности. Само канонска теорија сматра да је важнији елеменат—вршење обичаја, а римска теорија да је важнија—свест о вршењу (*consensus populi*). Римска теорија је до последњих деценија XIX в. освојила целу латинску Европу, без обзира на то ко је био носилац законодавне власти (за време апсолутизма монарх, у демократији народ). Као реакција је у Немачкој дошла историјска школа, (претставник Пухта), која је у обичајном праву гледала „дух народа“ и сматрала да је оно самосталан

извор права. У духу ове школе по мишљењу Е. Ерлиха радили су Богишић, Шпањолац Коста и Бугарин Бобчев.

Обичајно право може да се посматра у ширем и ужем смислу. У ширем смислу у обичајно право спадају они облици права поред закона и у супротности са њим, које судија примењује у конкретним случајевима. У ужем смислу постоји обичајно право где је судија, по речима Римелина, везан за једно објективно гледиште, независно од њега. Такав појам обичајног права преовлађује у немачкој догматици у уџбеницима пандектног и грађанског права.

У француској науци хоће да се покаже, да треба да се обичајно право да широко значење. Тако у обичајно право по Жосерану спадају врховни принципи, стари обичаји, јуриспруденција и разна изражавања изван обичаја. То исто чине и Валет и Лебрен, млађи писци. У Немачкој опет покушава се да се сузи појам обичаја.

Сматрало се да су елементи обичајног права, били вршење његово дуготрајно и опште (да га сви врше), као и свест о обавезности. Даље кажу, да обичај мора да буде добро познат и не мора бити јаван, да га законодавац зна. Неки опет, који сматрају да је обичајно право само оно, на што пристаје законодавац, траже, да обичај мора да буде и познат законодавцу.

Каква је разлика између закона и обичајног права? Каже се да је разлика у томе, што је закон издат унапред, а обичај није. Истина је да се закон издаје да регулише све случајеве унапред, а обичај се ствара тек од случаја на случај, дакле уназад, али се дешава и то, да власт своја акта издаје од случаја до случаја. Даље би разлика била у томе, што закон добије обавезну силу одмах кад га законодавац изда, док обичај мора да се дуго понавља, па да постане обавезно правило. Сем тога обавезност закона не мора да буде засновано на свести чланова заједнице о његовој вредности, а обичај морају да признају сви чланови, да би он постао обавезан и то од случаја до случаја.

Кад се право схвати као колективна свест, онда се мора признати, да код њега постоји свест о његовој обавезности, т. ј. да смо дужни да поштујемо туђа права, ако желимо да се наша поштују. Те свести има и код обичаја. Али људи се држе обичаја и зато да се не замере другима, да се о њима рђаво не говори, и поред тога што за неки обичај сматрамо да је потребан и примамо га свесно ради те његове вредности. Само да би се обичај вршио, важно је и веровање да га и други сматрају обавезним и да ће га вршити. Увек је дакле ту социјални моменат: друштвени ауторитет, јединство мишљење, веза наше обавезе са обавезом других. Жени-у се пребацује да није прецизирао појам обавезности у својој теорији, где је он истакао, да је код човека потребна вера у обавезност обичаја, као и воља да му се покори. У вери и вољи, које појмове многи сматрају за различите, мисле да има контрадикције.

Дуготрајно вршење је други елемент обичајног права, који је потребан, да би се наше мишљење навикло и помирило са овим обичајем, и да би се обичај могао да рашири. По г. проф. Тасићу је обичајно право облик колективног мишљења и живљења, који ради социјалне сигурности мора да буде поштован. Међутим неки опет мисле да је сигурност у социјалним односима битан елемент у обичајно право, као код застарелости, где се не допушта да наступи правна несигурност, јер неко неће да се служи својим правом. Ипак писац мисли, да само дуготрајност ствара свест о обавезности права и да је друго гледиште неоправдано, јер је социјална сигурност овде узредна појава, а не битна.

Народ—творац обичајног права може да буде цело друштво неорганизовано или круг заинтересованих што обично данас бива. То стварање обичаја врши се дискусијом и борбом, али то није неки „дух народни“, неки виши принцип, како то замишља школа природног права, већ то је свест периоде изражена у обичајима, а која се свест створила под социјалним, економским и политичким притиском.

Народ сам ствара спонтано обичаје и није потребно да га неки друштвени и државни орган призна или да га сам створи, како то тврди Безелер. У француској опет Ламбер тврди да обичаје стварају т. зв. квалификовани експерти права, у које испочетка спадају свештеници, пророци, врачари, а доцније судије по судовима. То није тачно, јер су од увек постојали обавезни обичаји и ван судова. Без сумње има у друштву елите и вођа, који стварају обичаје, али народ увек мора да их прими (мора да буде активни фактор у стварању обичаја), ако се жели да један обичај збиља постане обичај т. ј. да га сви свесно врше. Ове вође нису увек судови, нити се увек путем спорова ствара обичајно право, али се и наравно судском праксом обичаји у народу могу да стварају. У модерној науци истиче се, да при стварању обичаја учествује више чиниоца: и народ (појединци) и судови и наука.

Обичајно право, које претпоставља дуготрајно понављање обичаја разликује се од прецедентног права, које претпоставља решење једног јединог случаја на извесан начин, па да се онда стално на исти начин решава. Осим тога обичајно право разликује се и од стандарда и директива, који су типска решења, израз типског мишљења и као такви они се примењују, а не ради дуготрајности примене (н. пр. уговоре поштујемо не зато јер се то дуго практикује, већ јер смо свесни да смо дужни да их поштујемо у заједничким интересима).

Време постанка и престанка обичаја тешко се одређује, јер постаје из самог живота. Колико стар мора да буде обичај да буде поштован? Канонско католичко право тражи 40 година. Ипак се ту мора водити рачуна о његовој устаљености у друштву, без обзира на дужину времена важења тог обичаја. Ипак има и таквих обичаја, чија се старост приближно да утврдити, као и у чему се састоје. То ће бити код оних обичаја које свако познаје и обично

ту треба узети за експерте код судова старије и искусне људе, да нам их верно претставе.

Обичајно право без санкције државне власти, нема принудну санкцију. У примитивном друштву обичајно право је добијало санкцију вршењем самопомоћи од појединаца. Ипак оно тежи ка организованим заједницама (н. пр. у међународном праву међународни суд правде, онда суд добрих људи, т. зв. братије и т. д.).

По спољним знацима обичајно право се разликује од закона симболима (н. пр. при закључењу уговора странке се хватају за руке, сведоци им руке пресеку својом шаком у знак да су потврдили да је уговор свршен, па онда при продаји земље продавац да грудву земље купцу са изреком „да је ала“ и т. д.).

Б. Што се тиче односа обичајног права према закону, он се различито тумачи. По једнима обичајно право уопште само није право, већ то постаје тек онда, када га одобри држава. Судија дакле по овом гледишту не сме да примени обичај, ако није законом одобрен. У науци је победило гледиште да закон прећутно признаје обичај, у колико га изрично не би забрањивао. То гледиште претпоставља фикцију да законодавац одобрава обичаје.

По другима је обичај виши од закона, јер је он израз социалног живота и законодавац је дужан да га призна, а ако то не чини, судија ће га примењивати. Даље се каже да је дужност закона само то, да технички изрази обичај и да му да потребну санкцију. (Тако мисли М. Лероа и каже чак и то, да сукоб између закона и обичаја може да решава само обичај, а не закон, јер је обичај старији од закона).

Примајући теорију о социалном пореклу обичајног права, можемо рећи да се то право јавља у нашој свести, а може се јавити како у свести народа (као обичајно право), тако и у свести државних органа (као закон). Данас је према свом значају највећу снагу добио закон, што је историског порекла. Зашто је закон доминантнији од обичаја? Зато, јер је закон одређен, док је обичај неодређен, закон је само променљив, а обичај непроменљив, у законима је јединство, а код обичаја разноврсност.

Закон је преобладајући, а обичај се јавља као помоћни извор закона, било да га тумачи, било да га конкретизира (развија и да му тиме да одређенију садржину (н. пр. он одређује појмове части, увреде и т. д.), било да потпуњује празнине у закону где их буде било (н. пр. да створи нов тип уговора, као уговоре издавача, осигурања и т. д.), што ће бити његова улога *praeter legem*. Ипак обичај може да буде и главни извор права, а то је онда, када он одређује однос уставотворних чиниоца, ако су они утврђени обичајем. То ће бити тамо, где држава нема права, по мишљењу заједнице, да регулише извесне односе сама, већ то може да чини само нека друга социјална организација.

Закон који се дуго не примењује и закон коме су супротни обичаји у ствари је неважећ. Државна је власт ограничена са социјалном свешћу својих поданика која им показује да постоји потреба за постојањем једног закона, а ако те свести нема, онда закон пре-

стаје да постоји без обзира да ли је и по форми био укинут или не. Промењена свест народа онда уместо закона ствара обичаје, који могу да дерогирају законе и често их је доцније законодавац морао да легализује, јер је био немоћан да спречи, да их судови примењују, а државне власти признају. И у теорији има савремених писаца који заступају гледиште, да обичаји могу да дерогирају законе и томе је и немачка наука наклоњена. По мишљењу нашег писца В. Богишића пак, обичаји имају аутономну важност и закони могу да укидају само оне обичаје, за које је законодавац знао. Каже се да је незгодна страна обичаја, што се не може тачно утврдити када је он постао, дакле наступа нека несигурност, али баш ради те несигурности је потребно да признамо обичај, да бисмо стабилизовали односе у друштву.

Неки писци тврде да се обичајно право не може да ствара тамо, где власти поступају по слободној оцени, јер је закон хтео да властима остави слободу и да је они морају и сачувати. То је мишљење нетачно, јер ако је закон властима дао слободу, онда је он дао могућност да оне раде по извесном стеченом искуству, које се тек касније може да претвори у обичај, и радећи по обичају, не крњи се у ствари воља законодавца.

Они који поричу, да обичаји могу да дерогирају закон, да га не може бити тамо где је закон оставио власти да поступа по слободној оцени и да се закон непримењивањем може претворити у обичај, мисле да је закон јачи од социалног живота, који се непрестано мења, али је то погрешно.

Ипак се мора рећи, да се могу примењивати само они обичаји, који нису у супротности са основним принципима једног правног система, што ће судија слободно ценити, али тако да не буде могла та његова слобода прећи у самовољу. Признање обичајног права нема никакве везе са демократијом, која само тражи да народ доноси законе.

Б. Поставља се питање како се правни обичаји разликују од осталих обичаја? Ако се сматра да су правни обичаји судски, онда отпада ово питање. Али ако не усвојимо ово мишљење, питање је опет нерешено. Има обичаја који су изван права, јер их је законодавац сматрао нашим личним правима као н. пр. нека религиозна, економска и медицинска питања. Углавном, при оцени, који се обичаји морају сматрати правним, судија мора да има у виду ове моменте: 1) везу обичаја са законом који има празнина, јер тада обичај може да буде допуна закона. 2) да ли нешто спада у област личне слободе човека по основним правним принципима устава или законодавства и 3) санкцију. Али питање је, о којој санкцији? Наиме обично санкције теже да се испуне у некој акцији. Ако пак се санкција састоји само у одобравању или неодобравању, дали ћемо обичаје са таквом санкцијом моћи да разликујемо на правне?¹⁾ То ће бити врло тешко. Г. проф. Тасић мисли

¹⁾ В. Богишић н. пр. каже да је код Балтичких Словена гостопримство био правни обичај, јер су могли ономе, ко би повредио гостопримство, за казну да спале цело имање.

да ћемо најбоље разликовати обичаје правне од неправних према санкцији, ако упитамо нашу свест дали може један обичај да добије државну санкцију. Тај моменат допуњује онај под 1) и 2). Подела обичаја пак може се извршити и по вредности обичаја са гледишта културне садржине, као што је то учинио г. проф. Ђорђевић и у правне обичаје уврстио све оно што се односи на одржавање реда, расправљање и суђење.

Има ли необавезних обичаја? Писци до XIX. в. нису их признавали, али модерни писци (као Жени) сматрају да постоје у виду економских обичаја, онда правила учтивости, моде, религиозна и т. д. Фрунцуска теорија их назива конвенционалним обичајима (*les coutumes conventionnelles*), за разлику од правних (*juridique*). Конвенционални обичаји зависе од воље појединаца и њихово постојање странке саме доказују, а на суду се примењују само ако се странке позивају на њих. Правни обичаји пак би били обавезни, њих судија мора да познаје, да примени и они не зависе од наше воље. Могући су и обичаји који зависе од наше воље т. ј. који се примењују на односе само онда, ако их сами појединци нису регулисали. Они личе на диспозитивне законе, само што су ови каснијег датума, док су обичаји првобитно постали. Ипак има и принудних обичаја. Код француских писаца то би били изузеци, јер правно обавезних има мало, док су многи обичаји социално обавезни.

Ако се сматра да обичаји нису обавезни, већ они зависе од признања законодавна или странака, онда су странке саме дужне да их доказују, а у обрнутом случају, т. ј. ако се сматра да су обавезни, онда их судија мора познавати и применити по службеној дужности. Данас, када обичаја има много, тешко ће их судија познавати, па се њихово постојање може да доказује свим начинима, као збиркама обичаја објављеним од власти или корпорација, чак и појединцима, затим судским пресудама, сведоцима, експертима, уверењима и т. д. Све то важи за све судове.

Г. У римском праву обичајно је право било уведено дугом употребом, а закон од XII. таблица га је кодификовао. Какву је правну снагу то обичајно право имало, спорно је. Канонско право признаје да обичаји могу да укидају законе под неким условима, које оно прецизира. У Средњем веку обичајно право развија се и закон је почео да потискује обичај и то, у 13 в. у француској, а у 14 и 15 в. и у словенским земљама, јер за време апсолутне монархије држава узима законодавцу функцију у своје руке, а борбу против обичаја води краљ ради јединства у држави, затим судије, којима смета разноликост; доцније воде борбу са обичајем: рационализам у XVII. в., идеје демократије, француска револуција и Наполеонова кодификација. Немачке државе су забрањивале употребу обичајног права (саксонско, пруско, аустријско и баденско право), аустријски грађ. законик не даје му општу важност већ га само изузетно дозвољава, прва и друга комисија у немачком царству за израду немачког општег грађ. зак. не уноси га као општи пропис

а швајцарски је хтео да му одузме дерогативну снагу и само га је Србијански грађ. закон признао у § 10 као помоћни извор.

Редакције обичаја биле су вршене у француској у средњем веку (по наредби Карла VII. и следећих владара), код Словена од 11—13 в. у зборницима, као Руска правда и разни чешки зборници, и озакониле би тако обичаје. По мишљењу г. проф. Јасинског су т. зв. Винодољски (из 1288. г.) и Веприначки закони (из 1507. г.) прелаз од неписаног на писано право. У ствари то су кодификације обичаја.

Обичајно право много се примењује у грађанском праву, где постоје старе установе са традицијом као породица, наслеђе, режим непокретне својине (н. пр. у француској), судски односи сеоских имања итд. Затим се примењује у трговачком праву, у административном праву, где постоје обичаји у надлежности, док је њихова употреба мала у поступцима, јер су у њима потребне формалне гаранције, затим у уставима, где то не дозвољају политички разлози, док ће у кривичном праву бити потребни само у колико би прецизирали појмове, који би били неодређени, јер иначе ту важи начело „*nulla poena sine lege*.“

Д. Најважнији чиниоц, који је утицао на развијање од обичаја до закона, био је политички чиниоц. За време апсолутне монархије држава постаје законодавац и њој су сметали разноврсни локални обичаји, па их је постепено уклањала. Затим, када се јавила идеја о једнакости свих грађана, која је била у суштој супротности са привилегијама, које су баш обичаји створили, онда су се морала поставити апстрактна правила, која би загарантовала свима поједнака права и та правила била су закон. При крају средњег века су краљеви судови заменили властелинске и то је такође било од утицаја за право. Затим сложеност друштва, нове потребе и већи обим друштва, све је то захтевало да загосподари онај облик правила, који је најрационалнији, а то је био закон.

Неки тврде да обичаји одговарају номадском стању и да је њих нестало када су се људи, бавећи се земљорадњом, расштркали и заборавили их. Међутим у пракси бива сасвим обрнуто. Баш земљорадња везује људе за земљу и данас сељаци највише поштују традиције баш сељаци, нарочито они по забаченим крајевима, н. пр. у многим крајевима Македоније, Старе Србије, Далмације, Црне Горе и Херцеговине. У другим крајевима, где је био већи саобраћај, а нарочито онде, где је Аустрија имала свој утицај као у Србији, Босни, Војводини, Хрватској и Словеначкој обичаји су су по селима мање задржали, још мање по варошицама, док су у великим варошима потпуно нестали. Један од наших важних скупљача правних обичаја био је В. Богишић.

Стварање обичаја није ни данас престало (н. пр. способност жене да води кућне послове, обичај о неотуђивости мираза у покретностима, у француској право једног супруга да носи име другог и т. д.). Закони не могу да све унапред предвиде, а поред тога се живот мења, те они постају недовољни. Зато судија, да

би могао да тумачи правилно закон, саобразећи га приликама и потребама времена, он онда обичајима проширује правну област на све конкретне случајеве и зато обичаји увек остају (као што је то за француску казао Ларнод). Али сам модерни законодавац увиђа важност обичаја и упућује судије на њих. То прибегавање по мишљењу Хедемана не бива по слободном расуђивању судије, већ га закон упућује на нешто објективно, независно од њега. Тон новог законодавца гласи, да он упућује на добре обичаје, што је у ствари опет обичајно право. Израз „добри обичаји“ наилазимо у облигационом немачком и француском праву, док се швајцарски закон служи са речи „поштено“, што такође претпоставља оцењивање тог појма по обичајима, који данас вреде од стране судије.

III. Енглеско право Common law.

Енглеско право није законско, већ „Common law“¹⁾. Неки тврде да се оно састоји од судских прецедената, али Леви — Илман тврди, да је ово мишљење изгубило свој значај. По другима, а то је и највероватније, у Енглеској је суд имао толико поверење код народа, да је судија путем прецедената стварао право, које је народ сматрао као своје. Чак и против аката административних власти грађани се обраћају судовима и то на овај начин: ако је правду изрицао краљ, он је своју власт вршио само на основу Common law-a, а доцније парламенат водећи борбу са краљем (после револуције у XVII в.), сам себе оглашује сувереним, што опет не умањује вредност Common law-a, јер закон (Statute) има само улогу допуњавања. Судски прецеденти дакле везују и то само прецеденти виших судова, док други прецеденти немају принудну (coercitive) снагу, већ само саветујућу (persuasive). Тешко је чинити разлику међу њима, јер су и једни и други обавезни за судију, који од њих не може да отстапи по својој слободној вољи, већ само на основу објективних разлога (н. пр. кад нађе да је решење рђаво, неразумљиво, неморално по општем схватању). И у Енглеској закон може да мења обичај, али претпоставља се да законодавац није хтео промену у обичају, осим онде, где је он то нарочито нагласио.

Поред обичајног права у Енглеској постоји и право правичности, а састоји се у томе, да грађани који код редовног суда нису нашли заштиту, подносе петицију краљевском канцелару, који је само утицао на противника у процесу, а није опет могао да поништи одлуку суда. Ово право се развило за време када је краљевска власт била толико велика, да судије нису могли да јој се противе. Од 1873—75. год. овај суд се спаја са Високим судом Правде.

Енглеско право има извесних сличности са римским правом, јер су оба права конзервативна и на старо право наслажу ново,

¹⁾ Law на енглеском одговара речи ius, немачким изразима Gesetz или Recht, или италијанским речима Diritto и Legge, а значи на нашем језику право.

некодифицирана су и без систематизације и имају поред обичајног права и друго (римско има преторско и ius civile, а енглеско има common law и право правичности) Заједничко им је што енглеско право има два засебна суда, док је римско имало само један суд за ius civile и преторско право. Па ипак поред те сличности римско право није вршило никакав утицај на енглеско право.

Енглеско право почива на принципу стабилности, јер један прецедент важи за целу будућност, и на принципу ауторитета, јер важе само прецеденти виших судова.

У Енглеској судија мора да при доношењу пресуда мисли и на опште мишљење и то има своју незгоду у томе, јер он, доносећи одлуке према општем мишљењу, савременим потребама и новој правној свести, у ствари ствара ново право, фингирајући при томе да није било никаквог прецедента, иако га је можда било, а он то мора да чини, јер не може да каже да је старо право било рђаво. Бентам критикујући у почетку XIX. в. овај систем, рекао је, да то није више стари Common law. Тај систем има и својих техничких незгода, које се састоје у томе, што се судија у великом броју прецедената тешко сналази, и што се са овим прецедентима не може да дође до система правних идеја, те се сва улога судије своди на просто рутинерство. Поред тога и парнице су врло скупе.

Ипак има енглеско право, састављено од животног искуства, велику животну снагу, оно је стабилно и даје сигурност у односима.

Енглеско право је усвојено и у Северним Сједињеним америчким државама, иако та држава има сасвим различит политички систем. Ипак се и у томе делу показује тежња за кодификацијом, која поред енглеских колонија обухвата и континент.

IV. Судска пракса

A. По улози, коју судови имају у стварању права, постоје три типа држава. Први тип је тип „судске формације“, где постоје сакрална права и судске пресуде имају карактер светости и неприкосновености. Овамо су спадала сакрална права Асираца, Египћана, старих Јевреја, онда такав карактер има и римско преторско право, онда средњевековно германско право, где судије нису судили по апстрактним правним правилима, већ од случаја до случаја. Други је тип енглески, где је судија везан за прецеденте. Трећи је тип данашњи тип, који је створен за време апсолутизма, када се власт сконцентрисала у монарху, који је ограничавао судију и потискивао обичај, затим под демократијом, која је, тражећи једнакост, захтевала и дала гаранције грађанима у виду апстрактних правила и ова апстрактна правила — законе судија данас мора да примењује на конкретне случајеве.

У тој примени закона ишло се толико далеко, да су судије закон примењивали буквално, и у нејасним случајевима обраћали се законодавцу да да своје тумачење. Шта више су за ову сврху тумачења били створени нарочити судови. У Прусској такав је

суд био „законодавна комисија“, основана за време Фридриха Великог, чија су решења добијала силу закона тек када их је краљ одобрио. У Русији нижи су судови морали да траже савете од виших судова, све до последње инстанције — Државног савета.

У француској се, ради контроле да се суд не меша у законодавну надлежност, ствара установа *reféré législatif*. У случају нејасности закона или конфликта у тумачењу закона међу судовима у француској су судови морали да се обраћају Народној Скупштини, која је тумачила законе, док је Касациони суд имао само ту улогу, да контролише примену закона, коју врше нижи судови и да поништи оне судске одлуке, које би значеле повреду закона. Ако би судови два пута пресудили неку ствар противно мишљењу Касације, тада је ова била обавезна да од законодавца идејствује тумачење, које ће бити онда обавезно за судове. Сличан систем био је и у Аустрији.

У то време је у судској пракси и у науци владало исто мишљење (Монтескије, Бекарије и Бентам). Тек када су се у XIX в. промениле социалне и економске прилике, у вези са филозофијом и социологијом, теорија је увидела, да писано право одн. закон не може да обухвати све односе, које је живот створио (Хедеман). У првој половини XIX в. обрађено је од историјске школе питање обичајног права, а у другој половини XIX в. су се немачки писци бавили питањем власти законодавних органа (Штајн, Лабанд, Јелинек и Рус Коркунов). Тек тада се у науци изградило мишљење, да и сам суд ствара право. То су гледиште обрадили Билон у Немачкој, чије је гледиште А. Меркл спојио са Келсеновом нормативном теоријом, а у француској Жени.

Б. Догма егзегезе у Француској и јуриспруденције дедуктивне и логицистичке у Немачкој била је, да подела власти не допушта судији да он сам ствара право. Позивали су се и на народну сувереност, сматрајући да је овлашћено да ствара право само законодавно тело изабрано од народа, а не судови. То је у ствари потврда првог њиховог аргумента, а оправдава се тиме, што се на овај начин ствара правна сигурност од самовоље судије. У доба рационализма, када се веровало да наш разум у апстрактним правилима може све да предвиди, такво је схватање било оправдано, али је пракса показала да је то гледиште погрешно! Ради поделе власти никако не стоји да судија не би могао активно да сарађује у праву, одређујући ближе смисао закона и оцењујући законске прописе приликом њихове примене на конкретне случајеве, шта више при овоме конкретизирању прописа он мора да цени извесне чињенице, да допуњује закон и да ствара право. У пракси је активни рад судије неизбежан, јер у противном, судови не би ни могли да функционишу. То је и сам законодавац увидео, па је судији оставио извесну слободу, не бојећи се, да ће тиме правна сигурност бити доведена у питање (тако мисли и Станко Франк). Законодавац овлашћује судију да попуни зајакон, где он има празнина, да одређује појмове који су у закону неодређени, да ближе одређује основне појмове, да оце-

њује опортунитет (корисност) једне мере и да тумачи закон. Судија не може само да дедукцијом просто примени закон, т. ј. да апстрактним правилном њега конкретизира, како је то истакнуто у Лабандовој теорији о функцијама судије. Његова улога се састоји у томе, да оцењује у сваком конкретном случају, шта је правично и корисно, а то ће он онда и применити.

Али ако је утврђена активност судије, онда то не значи да пресуде судова имају обавезност прецедената, т. ј. да у истим случајевима везује као већ једном створена одлука. Такво је право енглеско, док на континенту судије тумаче право од случаја до случаја. Када се зна да се право налази у свести социалној, онда и судске пресуде, које су добро прилагођене потребама времена, могу да се сматрају као друштвени интерес и такве би пресуде требале да буду утврђене у друштву, јер оне одговарају социалној свести народа и јер то захтева стабилност правног поретка. Без важнијих разлога дакле, судија не би требао да мења такве пресуде, већ да их се придржава, што значи да је тиме потврђена судска пракса. Ту нема опасности да се губи самосталност судије у одлучивању, јер ће та пракса бити таква, да она добро одговара потребама социалног живота и да је сваки може да прими као најбоље решење.

Овај рад суда није у противности са поделом рада и суд не улази у компетенцију законодавца, већ он само наставља рад суда стварајући право, које је везано за примену закона и које одговара данашњим потребама социалног живота. Не противи се подела власти ни стварање судског обичајног права, јер и то право не ствара суд, већ у крајњој линији народ и законодавац, и када он признаје већ обичаје, признаваће сигурно и судско обичајно право.

Ипак је стваралачка улога суда ограничена у циљу одржавања јединства воље у држави, и он не може да учини оно, што би било противно закону, нити може тумачити тако, да би то могло да изазове пертурбације у јерархији (н. пр. он се не може придржавати начела *rebus sic stantibus* и изјавити да је закон изгубио своје оправдање, или он не може утврдити ред правних извора по њиховој унутрашњој вредности).

Каже се да обичај може да укида законе. То је тачно и оправдање овога лежи у крајњем основу права — да задовољи потребе друштва. Десиће се збиља понекада да ће се социјалне прилике променити толико да ће судска пракса, ако буде хтела да закон прилагоди потребама времена, морати да буде противна закону. Ако онда правна свест једног народа прими као оправдану такву праксу, онда она мења закон, али то више није воља суда, већ правна свест народа и тада ће такав обичај постати обавезан и укинуће закон.

Такве промене у социалном и економском животу изазвале су стварање специјалних судова, који ће решавати одређену врсту спорова. Такви су судови н. пр. арбитражни судови радника и послодавца (у Италији суд рада), који суде по правди и према по-

требама друштвеног живота, верујући да се класни интереси могу да помире и да постоји један виши интерес, који стоји изнад групних и класних интереса.

V. Правна наука

Правна наука данас нема обавезну снагу и само понекад до-некле утиче на судску праксу. Некада пак је наука имала огром-ан ауторитет и мишљења чувених правника била су обавезна за судове. Као што су уживали огромно поштовање свештеници и пророци, као људи, који опште са боговима, и њихова су мишљења поштивана, тако су поштована и мишљења правника, можда у до-некле мањој мери. Правна наука имала је важности као објекти-ван чумач и прерађивач једног одређеног права у извесној сре-дини и као таква добила је назив књижевно право. Као пример за овакво право нека послужи т. зв. Саксонско огледало из 13. в., које је било, као научно правно дело приватног човека, упо-требљавано у саксонским судовима, а у 14. в. сматрала су га као дело царског законодавства. Празнине и нејасности закона, даје могућности књижевном раду да се развија и да постане један јак извор права. Тако и енглески парламентаризам није само дело праксе, већ и теорије, која је много допринела његовим финим и прецизним формама. Природноправна теорија, која верује у по-стојање природног права, повећала је важност правној науци, јер она је та, која природно право изналази. И у религиозном праву и у светим књигама налазе се учења појединих правника и њи-хова је улога велика. У римском праву била је правна наука од највећег утицаја на право, и по речима Пухте, је она чак исто то-лико вредела колико и закон. Ту вреди споменути заједничко мишљење правника (*communis opinio doctorum*), које је било за судије обавезно, затим је и царско законодавство дало томе ми-шљењу обавезност. Правна мишљења у Средњем веку дају глосатори и по речима Пухте се у Италији и Португалији, у случају несагласности закона са правним мишљењем примењивало мишљење Бартола. Онда је била у Риму важна и експертиза правника — *responsa prudentium*, коју су у XVI. в. давали правни факултети. У међународном праву опет је био велики ауторитет Хуго Гроције у 17. веку.

Књижевно право је важно онде, где нестаје обичајно право, јер оно даје потребне шаблоне, док се законодавство не изгради (јер се оно изграђује врло споро, а обичајног права тада више нема и по чему онда да се суди ако не по књижевном праву). Али је књижевно право важно и при рецепцији туђег права, јер су ту посредници само стручњаци. Тако су глосе писане у позадину римског *Corpus iuris civilis* са формулом „*Quid-quid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*“. И западноевропска и немачка јуриспруденција настала је помоћу књижевног права путем тумачења и обраде римских закона и изрека римских правника. Тек доцније је одузета обавезна снага тумачењу права од стране на-учника и предата тумачењу највиших судова.

Модерна наука признаје и т. зв. слободно научно истражи-вање као један фактор при стварању права, јер она верује да ће се њиме доћи до опште признате правде. Они пак, који су прав-ну науку свели само на тумачење закона прихватили су и слепо покораване вољи законодавчевој, израженој у закону.

Данас је поред правне науке за обраду права и знање со-цијалних закона, што још више омогућује да се правна прошири и да добије још већи значај у стварању права.

VI. Слободно истраживање судско или научно; општи прин-ципи права и брокери.

А. Када судија ни у законима ни у обичајима не нађе ре-шење, он ипак мора ради сигурности грађана да пресуди спор. Тако мисли законодавац, и он у грађанском и трговачком закону упућује судију шта да ради у таквом случају.

Када нема обичајног права законодавац судију упућује на опште правне принципе (као италијански грађ. закон или Пакт Друштва народа), или на правцу или природно право (аустријски грађ. закон у § 7, или србијански грађ. закон у § 10), или да судија решава онако, како би сам законодавац решавао (Швајцарски грађ. закон у чл. 1.). Сви ови системи морају да се приближе, јер се општи правни принципи приближавају појму правде или чак и при-родног права, али они морају да се прилагоде социјалним приликама у салашњици и као такви чине основу и дух закона. Зато швај-царски законик наглашава да судија треба да заузме став према садашњости.

Изналажењем општих принципа судија још нема готово ре-шење, већ ће морати сам да ствара закон на тај начин, што ће он све разумно и поштено применити на конкретан случај има-јући увек у виду принцип правде и потребе социјалног живота, тако да ће његово решење бити примљено од друштва као са-свим правилно. Ради тога ће судија морати добро да познаје чи-њенице и да има социјално, социјално-политичко и правно поли-тичко знање. Он ће морати да иде од емпиричког знања (иску-ства) до принципа правде и даље до вере да је правилно и по савести пресудио. Практично је то неизводљиво, јер су мишљења у друштву увек подељена, а судија, живећи у друштву, припада увек једном мишљењу и то смањује његову објективност. Ово је питање обрадно Жени са теоријом које чињенице мора да по-знаје правник.

Б) Законодавац, хотећи да избегне самовољност судије, упу-ћује, уколико нема неки спор решења у закону, обичајном праву, на решење према општим правним начелима, (тако италијански грађ. зак. у чл. 3 и Пакт друштва народа). Тим питањем бавила се италијанска и аустријска наука. Где се налазе та општа правна начела? Да ли изван закона? Онда она не би била заједничка са законом, а зна се да ти општи принципи чине основу закона. Дали су то можда начела из природног права? Природно право

је усађено у нашој свести, оно је вечно и даје за све решење. Значи да оно не би имало празнина, а то у пракси не стоји. Сем тога, пошто природно право садржи начела наше свести, која се начела налазе и у позитивном законодавству, онда би излазило да она не могу да буду засебан извор права и не би могли као таква да стварају дух закона — *ratio iuris*. Та општа начела биће у ствари извесна конкретна правила, заснована на разуму, освештана традицијом и довољно конкретна, и она ће дати судији директиве у његовом стваралачком раду при попуњавању празнине закона — даће му решење.

За судије су веома важне правне максиме, афоризми или брокари. Још римски правници извлачили су из закона и праксе поједина општа правила (*regulae iuris* од Паулуса), која су затим преносена у току времена и она су постала основ за доцније правне максиме код народа и судови су их касније сматрали за извор права и примењивали су их.

У Француској их испочетка уопште не цитирају као законе, око половине XIX в. наводе само оне максиме које се слажу са позитивним правом, одбацујући оне које се не слажу са законом, и чувајући се да извуку тачне конзеквенције једног принципа из њих (понекада брокари могу да престављају брза и погрешна уопштавања народних изрека). Тако каже Паулус, да није главно само правило, већ да је оно правично и истинито.

И сам грађански закон садржи неке брокаре изрично или прећутно. Такви су н. пр.: *locus regit actum, res inter alios acta alius neque nocet neque prodest, pater is est quem nuptiae demonstrant*. Има и таквих који показују рационалне принципе као: *specialia generalibus derogant*, или који изражавају опште утврђене принципе (здрав разум) као *accessorium sequitur principale, dura lex sed lex*, или који ублажавају строгост закона, као начело да без претходног саслушања нико не може бити осуђен.¹⁾

2. ОДЕЉАК

Тумачење

1. Појам тумачења: буквално и логично тумачење и историјски поглед на метод тумачења.

Тумачење је тражење смисла правних прописа. То ми постижемо када их посматрамо у једној целини, као делове једног система. Тиме смо већ рекли да има потребе и да се јасни прописи тумаче. Јасних прописа има мало (много мање него што мисли

¹⁾ Сакупљене брокаре налазимо код Pothier-a, Pandectes, „De regulis iuris, De verborum significatione“, а по азбучном реду разврстане су код Италијана: De Mauri, Regulae iuris.

проф. Жосеран), они нам одмах казују смисао, а односе се махом на одређивање времена (рок, пунолетство, часове рада ит.д.), на квантум, на природне појаве и т.д., а нејасни су прописи, који се односе на природне и социјалне појаве.

Елементи од којих су састављени законски прописи у техничком смислу су: језик, логична веза прописа, и циљеви или мисли законодавца. Правне прописе изражавамо језиком; они су мисли законодавца, везане у једну целину и њима законодавац хоће да постигне извесне циљеве.

Сви ти елементи закона су несавршени и непрецизни, јер језик није у стању да јасно изрази наше мисли, затим ми нећемо моћи да све тачно изразимо и да све случајеве унапред предвидимо, јер је немогуће да предвидимо све будуће појаве које ће се у друштву десити. Услед тога наступају узаконима нејасности и празнине.

Ради тога, што је језик несавршен и не може сасвим верно да претставља наше мисли, што су правни појмови релативни, јер се гледшта у друштву стално мењају, и што се законски прописи, као апстрактна правила, имају да примењују на конкретне случајеве, где судија мора да цени и извесне социјалне моменте, да би тај пропис био примењен правилно и целисходно, а ти су momenti разноврсни, то јасно излази да ниједан, па ни најсавршенији законски пропис није толико савршен, да би се могло рећи, да се да применити на сваки случај.

Правници социолошки оријентисани кажу да се право мења са социјалним животом и да тумач закона мора да га прилагоди друштвеним потребама (н. пр. не може данас судија да примени стриктно један закон издат пре 100 година). То показује релативност правних појмова.

Закон се не сме тумачити буквално т.ј. по правилима језика, придајући речима у закону исти значај који обично имају у говору. То ради тога, јер се законодавац често у закону не изражава научно, а понекада он понешто и претпоставља и када би се буквално тумачио понеки би пропис испао апсурдан; тако н. пр. када се у закону каже, да право гласања, дужност да служи војску имају држављани или грађани, онда би из те речи излазило да та права одн. те дужности имају и жене, пошто реч држављани или грађани није одређена по роду.

Ради ових мана граматичког тумачења Закона, препоручује се логичко тумачење закона, које се састоји у томе да један законски пропис протумачимо, имајући у виду везу његову са целим правним системом т.ј. са осталим прописима. Ипак мора донекле водити рачуна о начину изражавања законодавца и социолошко оријентисани правници препоручују да се речима у закону да опште значење, што они траже ради тога, да би на тај начин закон могли да прилагоде временским потребама друштва.

Законске прописе ваља увек да видимо у систему. Ту се не сме да деси, да један пропис буде супротни другоме (као н. пр. у § 399 срп. грађ. Зак. где су наведене само мушка унучад,

из чега би граматички излазило да се овде ради само о мушким лицима, док су у другим параграфима поменута и женска унучад), као ни да истовремено важе два прописа. Ту дакле судија наилази на тежак задатак да тумачи Закон.

II. Методи или школе тумачења

У историји тумачења најважнија је била метода тумачења путем конструкције. Присталице те методе веровали су да је законодавац све знао, да се у закону могу наћи решења за сва питања, и да требамо само путем конструкције да из њих извучемо што буде требало. Ову методу су знали римски правници, а примењивали су је пандектисте, сматрајући да су у римским законима предвиђени сви случајеви и да само њих путем конструкција ваља применити на нове односе. На тај начин је омогућена рецепција римског права, и на тај начин је старо римско право прилагођено новим приликама, насталим у Средњем веку.

Поред тога тумачење путем конструкције пружа сигурност и даје могућности да се одржи један правни и политички поредак. За време просвећеног апсолутизма било је реакције против овог метода, али за време кондификације је опет завладао у виду егзегетичне школе, чији је претставник Биње рекао, да је задатак науке да предаје Code civil, а не грађанско право, јер је то једини правни извор и ауторитет у праву. Наука је још дуго после тога била под утицајем дословног тумачења закона са конструктивном методом и само судска пракса није могла да буде тада чиста по ово методи.

Тек крајем XIX. в. и почетком XX. в. у Француској се престаје са дословним причањем закона и тада се почело водити рачуна и о практичним последицама које има тумачење закона. Из ове школе се истакао Жени са својим важним делом „Méthode de l'interprétation dans le droit civil, 1899“. У Немачкој је реакција против логицизма била врло јака у виду школе „слободног права“. Први је претставник те школе био Канторовиц (1906) а затим адвокат Ернест Фукс, који је у своме листу „Die Justiz“ поздравио нову методу тумачења закона, засновану на правичности и на запажењу социјалне стварности. Поред школе слободног права у Немачкој, против конструктивне јуриспруденције, води борбу и школа интересне јуриспруденције, која мисли да је циљ праву задовољавање интереса.

Облици тумачења били су: 1) граматичко и логично тумачење. Прво је дословно тумачење законског текста, а друго тражи смисла закона и утврђује повод закона (occasio legis) и сврху закона (ratio legis). У ствари би требало граматично тумачење да буде само први ступањ тумачења, после чега би следовало логично тумачење, 2) екстензивно и рестриктивно тумачење, према томе да ли је законодавац једном пропису хтео да да шире (екстензивно) или уже (рестриктивно) значење. 3) Доктринално и аутентично тумачење. Прво тумачење даје суд, а друго сам законодавац.

4) Интерпретација у римском праву има значај аналогije, која се употребљава онда, када нема решења у закону и када не помаже више ни екстензивно тумачење.

Којим методом треба тумачити законе? То зависи од тога да ли сматрамо да је правни поредак (мисли се на закон и обичаје само) потпун и да у њему има решења за све спорове. Ако то прихватимо она ћемо се послужити при тумачењу закона методом конструктивне јуриспруденције, тј из правног поретка конструисаћемо сва потребна правила за решење неког случаја. Тај је метод одиста дуго владао. Насупрот овој методи стоји метода интересне јуриспруденције, која је горе већ била споменута и по којој ћемо закон тумачити зависно од његовог циља. Најзад истраживање методе, која би била најпогоднија за тумачење закона, зависи од питања да ли је правно правило израз законодавчеве воље или један објективан смисао који се створио у одређеној средини, у одређеном времену, а завијен је у форму закона? Најзад, хоћемо ли тражити онај смисао, који је закон имао онда када је био примењен?

Све те теорије можемо да групишемо у две врсте. а) Прве су оне, које верују у то да су закони потпуни, да из њих путем конструкције можемо да добијемо одговоре за сва решења и оне признају за извор права само закон, а нерадо обичај; затим овамо спадају гледишта да треба изнаћи вољу законодавца, пошто је њоме све предвиђено; и овамо долази гледиште да се има при тумачењу закона узети смисао који је закон имао онда, када је био издан. То су субјективне теорије. б) У другу врсту теорија спадају гледишта: да у закону није све предвиђено, јер има у њему празнине и противуречности; да треба изнаћи објективни смисао закона; и да при тумачењу морамо узети онај смисао закона, који он има, када се примењује (има присталица ове теорије који мисле да треба дати смисао који је он имао кад је био издат). То су т. зв. објективне теорије.

Које гледиште онда ваља применити при тумачењу закона? Конструктивна теорија је погрешна, јер увек има у закону и у свима другим формалним изворима права празнина и неодређености. Г. проф. Тасић усваја објективно тумачење, јер су социјални односи људи тако важни (а они се стално мењају), да о њима при примени закона треба водити рачуна и наћи правично, поштено и целисходно решење чак и онда, ако га у закону нема, било да закон предвиђа такво решење или не. Објективна теорија оставља судији широко поље, да закон прилагоди потребама социјалног живота и то је њена највећа заслуга. Наравно да о потребама социјалног живота и сам законодавац води рачуна и у колико је закон одређенији и скорији, у толико ће судија лакше моћи да га примени, јер ће такав закон бити погодан за доношење социјално — правичног решења.

Објективне теорије су еволуционистичке тј. оне при тумачењу закона захтевају да се закону да онај смисао, који одговара потребама друштва кад се закон примењује. Гледиште пак, да треба

при тумачењу дати закону смисао, који је он имао у време његовог доношења, заступа један од шефова интересне јуриспруденције, јер мисли да нема правне сигурности ако се судији допусти да сам испитује интересе које треба заштитити, пошто је његово мишљење релативно, већ је потребно да те интересе оцени сам закон и онда ће они бити правилно оцењени, а судијина је улога у томе да ту оцену законодавца само примени. Али ово је гледиште погрешно, јер оно не води рачуна о томе да се времена мењају, са њима и потребе друштва и неумесно је тумачење закона онако како је био тумачен онда када је створен. Лична слобода оцењивања судије дакле је потребна.

Социолошка теорија учила је, да судија при тумачењу мора да тумачи закон према конкретним потребама социалног живота. Можда му је једина мана то што тражи добро познавање неких помоћних наука, као социологије и филозофије (само толико мора судија да те науке познаје да добије јасне погледе о извесним проблемима, н. пр. о проблему брака и породице, осигурању и заштити радника, задруга и т. д. То су помоћне науке за право, јер помажу правнику да помоћу њих решава правне проблеме), затим да има код судија поштења и правичности. Али то све треба и онако да има судија, пошто он изналази вољу законодавца некада и слободном својом оценом.

Замера се социолошкој методи да она проширује слободу судије у оцењивању и тако носи на себи карактер субјективности, те да је боље ослонити се на унапред фиксирану вољу законодавца. Али то би било тачно само онда, ако би закон све предвидео, али пошто има празнина, онда се он увек и не може да примени, те је боље дати судији могућност да он сам тумачи закон према приликама, водећи рачуна о тренутним потребама друштва. Зато г. проф. Тасић усваја, као најбољу методу тумачења закона, социолошку методу, мислећи да ће се она још боље моћи спровести тиме, да се правницима да правно-социолошко васпитање и да се у судовима изврши реорганизација увођењем у њих специјализацију (т. ј. да сваки суд буде надлежан за суђење само једне одређене врсте спорова). Социолошки метод тумачења дакле улази у ред објективног тумачења закона¹⁾.

Б. У теоруји је тумачење закона одвојено од тумачења уговора. Код уговора би требало изнаћи оно што су уговорачи хтели. Али то би водило самовољи судије и неизвесности, јер би од судије зависило како ће протумачити вољу странака, одн. он ће оценити шта су они хтели. Узети опет изјављену вољу за обавезну, а не психолошку, било би по речима Бонказа, сувише формалистички. По овом тумачењу је суштина уговора — воља, изнађена од судије при тумачењу уговора.

¹⁾ У субјективној теорији, где је ваљало одредити и изнаћи само вољу законодавца, испитивали су се у ту сврху и радови, који су претходили доношењу закона. Тако је у Немачкој, где је ова теорија била примењивана, Касациони суд, тумачећи закон саслушавао чак и комисије, које су радиле на закону, као и чланове парламента, који су га изгласали, као сведоке.

Неумесно је оштро одвајање закона од уговора, јер је међу њима само разлика у ступњевима. Теорија институције у Француској је ово тачно констатовала. Код уговора је главно воља, која у уговору претставља извесан циљ. Само је уговор најнепокретљивији од свих (закон и установе), јер је везан за одређену вољу. Разлика између објективне и субјективне теорије била само у томе, што једна проширује, а друга сузава материјал из којег се имају црпети знаци, који изражавају вољу.

III. Екстензивно и рестриктивно тумачење

Код екстензивног тумачења даје се једној речи шири и најшири смисао, а код рестриктивног ужи и најужи смисао. Дали ће се тумачити екстензивно или рестриктивно, законима од потребе које хоћемо да задовољимо. Ипак се сматрало као правило да се изузеци имају тумачити рестриктивно, ма да то не мора бити увек и по речима Хека и изузеци могу да се тумаче широко ако не и да се на њих примени аналогија, што зависи од потребе и духа времена. Често пута и у току времена изузетак у закону постаје правило путем специјалних закона, како се то десило, према запажању Јернига, у римском праву, где је изузетним признањем права деци, умоболнима и правним лицима (то давање права је био изузетак) у ствари спроведена правна идеја о државини, која је данас правило.

Судија ће дакле проучити разлог изузетака, његов смисао и онда му евентуално дати и шире тумачење. Жени тврди да су правни т. ј. чисти изузеци, за које би могли да одмах кажемо да су они изузеци, ретки, а поред тога у њима увек има израза, који се тумаче по аналогији. Хек пак тврди да сваки пропис изгледа као изузетак чим према њему стоји један општији пропис. Данашња модерна наука више не мисли да се изузеци могу само рестриктивно тумачити.

Пример за рестриктивно тумачење закона имамо у задружном праву I књ. од г. проф. Перића и он наводи како се при тумачењу закона води рачуна о практичним моментима. Н. пр. § 528. Срп. Грађ. Закона претставља изузетак учињен у интересу одржања задруге, али на супрот томе стоји интерес да се заштите деца, која су ван задруге са матером у моменту смрти родитеља и пошто је тај интерес јачи, то се он изражава одредбом, да таква деца не губе право наслеђивања.

IV. Аналогија

Аналогија је тумачење по сличности. У њој се један законски пропис примењује на конкретан случај, иако такав случај није предвиђен у том законском пропису, већ само сличан случај. Ради аналогије су пандектисте тврдили да у закону празнине нема.

Да ли је у ствари аналогија воља законодавчева? Не, она то није, јер законски прописи, који се узимају у обзир, не садржавају директно решење за неки конкретан случај, који аналогијом

хоћемо да решимо, већ садржи неки сличан случај, из чега излази, да овде законодавчеве воље нема. Ако нема законодавчеве воље изражене у законском пропису, онда је тражимо у правном систему т. ј. у општим правним принципима, али и у њима често нема принципа, којима би решили конкретан случај, што ће бити због тога што су општи правни принципи прилично широки.

Како се онда објашњава аналогија? На један конкретан случај се примењује пропис који предвиђа сличан случај конкретне само ради тога, јер је и законом предвиђен и конкретан случај једнак по својој унутрашњој вредности с обзиром на циљ који тај законски пропис има и хоће да постигне. Судија ће овде имати стваралачку улогу. Само оцењивање конкретног случаја и аналогног прописа јесте каткада лако (н. пр. законом се забрањује да лекари наследе болеснике, да им не би сугерирали или утицали на њих, а иста се одредба проширује и на бабице), а каткада врло тешко (н. пр. дали ће и незаконита деца имати право на законски део свој, кад их закон не спомиње, већ такво право даје само законској деци? У тежњи да заштити незакониту децу, модерна јуриспруденција повлачи аналогију и тој деци даје то право).

Могуће је међутим у аналогији, да се примени један измењен или допуњен пропис на неки случај (н. пр. пуноважност уговора, утврђена по грађанском праву примењује се на међународно-правне уговоре).

Постоји мишљење да се поред аналогије при тумачењу може употребити и *argumentum a contrario*, т. ј. други, чак и супротни пропис, јер се не зна дали је законодавац једну ствар изоставио, јер је хтео да изостави, или је то учинио случајно. Али све то зависи од оцене. Н. пр. да ли ће се § 553 српског Грађан. закона, који предвиђа непотпуно извршење уговора, моћи да примени и на случај потпуног неизвршења уговора? Узимајући вољу законодавца за основу, требамо да усвојимо вољу аустријског грађан. закона, јер је наш грађ. закон по њему рађен и тако ствар стоји када то посматрамо са гледишта изворника нашег грађ. законика. Ако ценимо ово независно од изворника, онда је то питање дали важе исти разлози за непотпуно извршење, који и за потпуно. Ако важе, онда ће се употребити аналогија т. ј. § 553 биће примењен на конкретном случају, иначе неће бити аналогије.

Улога и употреба аналогије зависи од: а) улоге коју имају закон и обичајно право. Ако влада обичајно право као н. пр. у Енглеској, где има мање прописа у закону, онда је аналогија више у употреби и обрнуто и б) области права где се примењује. У колико је област неразвијенија и има мање прописа, аналогије више има. Н. пр. има је много у некодифицираном административном праву, а врло мало у кривичном (да би се заштитила права грађана).

V. Празнине

Модерна наука верује да правни поредак није потпун, па није предвидео решења за све конкретне случајеве, а то са разлога,

што је немогуће да се он сети унапред свих могућих случајева, који ће се јављати и да унапред предвиди шта ће донети живот, који се стално мења, а његове промене изискују и промену правних односа. Применити пак старе прописе на нове животне прилике опасно је, па понекада и немогуће. Из овога се да видети да у закону има празнина.

Када би се могло рећи да нема празнине у закону? а.) То би се могло рећи онда, када би се усвојило гледиште, да оно, чега нема у закону или у уговорима, правно не постоји. То је погрешно, јер ми више нисмо у добру апсолутизма када је законодавац сам по потреби решавао поједине конкретне случајеве, а које није хтео да реши, сматрани су да су остављени ван права. Данас када наступи неки случај непредвиђен у закону н. пр. продата ствар пропадне без кривице [продавца и купца], ради чега се приметне спор међу странкама, не може се допустити да оне саме у свађи реше тај спор, већ је дужан судија да нађе решење, иако нема зато одредбе у закону, јер су странке дужне да се обраћају за решење свих спорова суду, који мора да нађе решење. б.) Даље, могло би се рећи да нема празнине у закону и онда, када би се сматрало да уопште не треба правним прописима регулисати оно што није законски предвиђено, већ се то регулисава другим прописима као моралним, религиозним и т.д. И то није тачно, јер има често правних односа за које нема решења у закону и не може се рећи да њих не треба регулисати правним правилима. в.) Може се истаћи и то, да има принципа из којих произлази, да оно што није предвиђено у законима, не може да се подведе под њих. Н. пр. у јавном праву (уставу) одређено је да се извесне материје (порезе, јавне намете и др.) могу регулисати само законом, онда у кривичном праву да се може казнити само за оне деликте, који су законом предвиђени. Па ипак из праксе излази да се ни ови прописи не смеју сувише уско тумачити, што ће показати ови примери: када разбијемо туђу чашу чинимо деликт, јер је то изрично наведено у закону, а када је бацимо у воду не чинимо деликт, јер тај случај није предвиђен у закону. Или у закону је предвиђена крађа ствари и не би била крађа, када би смо кради електричну струју, јер она није ствар. Тако уско тумачење дакле води апсурду. и г.) каже се, да се сва решења дају извући из виших правних принципа путем аналогије, али и то није тачно, јер често и у општим правним принципима немамо решења за неки конкретан случај. И ту ће се дакле, морати применити стварање.

Шта су онда уопште празнине? То је недостатак одговора у закону на једно питање, на које би закон требао да да свој одговор. Ту се претпоставља да има више могућих решења, јер када би било само једно, оно би било прећутно садржано у закону. Празнина у закону може бити у субјекту, објекту, условима, року и т. д. Да ли је празнина и неодређеност у закону? Не, јер је прецизирање неодређености у закону — тумачење закона, а код празнина се ствара ново право. Празнина се одликује

и од дискреционе власти по томе, јер је прва настала без воље законодавца, док је другу сам законодавац формулисао.

Како се деле празнине? Оне се деле: а) на примарне, које су настале са самим доношењем закона и секундарне, које су настале доцније услед промењених односа, б.) на оне које не предвиђају чињенице и оне које не предвиђају последице, в) на тоталне, где уопште нема прописа и релативне где само делимично нема прописа, г.) на алтернативне (има 2 решења) и противуречне (једна даје једно решење, а друга супротно решење), д.) на праве и неправе. Ову је поделу чинио Цителман, који сматра да су неправе празнине оне, које дају законско решење али са практичне стране је то неподесно, као на пр. чл. 1554 француског грађ. зак. ограничава неotuђивост мираза само на непокретне ствари, што је данас неподесно, када се зна да су мразне ствари махом покретне ствари и њ.) на апсолутне и релативне. Прве су оне празнине које нема ко да попуни, а друге су оне које може за то одређен орган да попуни. За прве пример наводи Јелинек, тврдећи да апсолутна празнина наступи кад умре апсолутни владар и не одреди себи наследника, иако је он једини био надлежан да то учини.

ЧЕТВРТИ ДЕО

Овде ће бити речи о томе, шта је у суштини правна наука, који су њени основни појмови, како се деле правне науке и шта је правна техника.

1. ОДЕЉАК

Правна наука и основни појмови

I. Појам правне науке.

Правна наука је велики комплекс наука, а оно што интересује правника, који је дужан да примењује законске прописе, као државни орган, јесте јуриспруденција или правна догматика. Њен је задатак да утврди смисао правних прописа (т.ј. да их тумачи) и да их систематизује. Тај је задатак јуриспруденције практичне природе, а служи и практичним циљевима. Неки мисле да је јуриспруденција наука само у колико би она тумачењем изналазила толико појмове, који нису изражени у закону, а неки мисле да јуриспруденција уопште и није наука. Од свега овога је тачно, да је то једна нормативна наука, која поред тумачења права, ствара ново право и систематизује све појаве у један систем.

Правна наука има свој објекат правне прописе, који већ садрже апстрактне принципе. И њих јуриспруденција повезује у једну целину, један систем, али при томе раду не мора да се држи појмова које је законодавац унео. Даље ће она морати да пре-

дизира неодређене појмове и да изнађе оне појмове који ће бити потребни за систематизацију (основне појмове и све друге, који могу да послуже за ову сврху).

Према томе имамо у праву теориске појмове, потребне за систематизовање права и практичне, којима се служи законодавац. Ове две врсте појмова ваља строго разликовати, јер они често пута нису истоветни (н. пр. дете зачето али не рођено [nasciturus] може, узето као теориски појам, бити сматрано као субјект права или не, али као практичан појам оно увек ужива законску заштиту при наслеђивању).

Класифицирање значи разликовање односа и правила у тим односима по категоријама. Тиме се правни поредак расчлањује у поједине логичне појмове дате у систему права. Један скуп односа, регулисан једним правним принципом чини један институт права (н. пр. појам брака је један правни институт).

Основни елемент класификације је појам, чији ступањ апстрактности може да буде различит и релативан је. Дуги историјски развој је потребан да се дође до добро развијеног правног система, а за кодификације, као вишег ступња систематизације, још се претпоставља и развијена правна наука.

Помоћу појма, којим обухватимо читав низ конкретних случајева, стварамо једно правило, које ће вредети за све те случајеве, уместо да за сваки прописујемо засебно правило. Тиме омогућавамо генерално регулисање односа кратким путем и дајемо маха идеји правичности, јер такво правило одједном регулише многе односе људи.

Знак развијеног права је систематизација, а појам је услов за еволуцију права. Ипак појам чини некада и брану у развоју, јер у колико је један правни систем (састављен од појмова) развијенији, он ће тежити да се што дуже одржи. Па ипак ту има и појмова, који теже да буду еластични и модерна је наука прихватила гледиште, да они чак и морају бити еластични, да би се они могли да прилагоде што боље конкретним случајевима.

Правни појмови су појмови вредности и из тога произлази: а.) појаве и ствари које се налазе у праву имају нарочити значај, који се одређује по интересима и циљевима који се имају постићи у односу људи. Зато оне могу добити сасвим други значај, него што су обично, па ће чак и у појединим областима права тај значај бити различит (н. пр. својина у кривичном праву није исто као својина у приватном праву). б.) закључивање путем дедукције је релативно, јер ниже правило које конкретизује више, увек оставља слободу ономе који га примењује, да цени да ли је конкретан случај по својој вредности истоветан са оним, који је предвиђен правним правилом. в.) издваја се нарочита врста појмова т. зв. конструкције, које теже да објасне и пронађу нешто, што у закону није садржано. Из појмова утврђених законом конструише се један нови појам, који ће бити изнад оних, који су утврђени у закону. Задатак је дакле науке да путем конструкције нађе решење за један случај, који у закону није предвиђен. Ипак

ту има опасности да ми, који у конструкцији вршимо оцењивање, не саградимо један такав виши појам, који не би законодавац уопште хтео да изгради. На ту опасност је указао Жени, али ту нема помоћи, јер ћемо ми вршити оцењивање и јер је увек виши правни појам сиромашнији од нижег. Пример за конструкцију јесте: жена, која је поред мужа потписала уговор о најму стана, сматра се конструкцијом као акцесорни дужник.

Право, регулисавајући животне односе, служи се појмовима, чије је порекло ван права, а служимо се њима и у другим областима. У праву пак ти појмови често имају промењено значење (н. пр. ствар у обичном животу значи само материјалну ствар, док у праву значи и нематеријалну), затим се мења битни састојак тог појма, даље се појмови у праву прецизирају (н. пр. брак је у праву прецизиран са великим бројем правила), и најзад има појмова, којих има само у праву (н. пр. државина, застарелост, виша сила, приговор и т. д.) и они имају задатак да чине специјалне ознаке неких односа и установа у праву.

II. Типови правних студија. Модеран тип.

Право се није увек изучавало на Универзитету, нити се то свуда данас чини.

У Енглеској је спремање правника било практично и еснафски и вршило се у њиховим школама, којима данас управљају четири Inns of Court (корпорација), а у које се примају ученици на препоруку два адвоката (Barristers) и по завршетку и они постају баристе, т. ј. адвокати. У тим школама је учење вршено помоћу фикција, аналогја, прејудиција, дакле чисто практички. Из реда адвоката су постале и судије. Доцније почињу вршити утицај на правнике и унверзитети, на којима се од XIX. в. почиње предавати чиста наука и сада се већ приличан број уписује и полаже на Универзитету своје испите.

Свештенички тип права везан је за ауторитет религије и свештенства, традиционално је, а примењивано је тамо, где су јуристи имали главну реч при тумачењу светих извора. Тако је то било код рабина у Старом веку и код ислама донекле и данас (нема тога у индијској и хришћанској цркви).

Средњовековни тип изучавања права чине нотари, који су, иако не чинећи еснаф, вршили до стварања ученог судског сталеза, велики утицај на право са рецепцијом римског права. Као практичари, они су сређивали сакупљени правни материјал за практичне сврхе (н. пр. Саксонско огледало).

У западној Европи правно образовање даје се на факултетима, теоретски и систематски. Овде се излажу основни правни појмови, повезани у једном систему. То је право, позитивно право и судска пракса, само што је овде извршено систематизовање, тумачење и допуњавање позитивног права. Тако ће један правник добити један општи појам о законодавству своје земље, а поред тога ће он научити логички да мисли, што ће му много помоћи

при прилагођавању права новим приликама. Баш код Енглеза и код Американаца се осећа недостатак у томе, што они, као искључиви практичари, нису способни да систематски мисле.

Некада је у учењу права био развијен т. зв. историцизам, т. ј. гледиште да у праву треба увек наћи оно решење, које је у ранијим епохама било примљено. При томе се увек угледало на римско право (Бонказ). Данас се међутим та метода више не употребљава, већ социолошка, која се састоји у гледишту, да право треба прилагодити потребама друштва и тако га тумачити. Историцизам има данас важности (он се у Хитлеровој Немачкој обнавља) само за изучавање националног права. Данашњи правник мора да поред правног знања познаје и социологију и филозофију. То гледиште истиче кодификатор аустријског грађ. закона Цајлер и проф. Бонказ.

III. Општа теорија, општи делови и посебни коментари, посебне правне науке

Правна наука претставља, како је речено, систем појмова и принципа. Тих појмова има и виших и нижих. Сакупљени највиши правни појмови чине општу теорију. Ова општа теорија може да се односи на позитивно право једне државе, или уопште на позитивно право. Поред тога се општа теорија може односити на једну врсту правних појава (на грађанско кривично право), или на више врста, или на право уопште, у коме се случају она назива увод у правне науке, или раније енциклопедија права. Шта је онда заправо задатак опште теорије? Она сакупља највише појмове (основне и друге) и повезује их у једну целину (синтеза). У колико она садржи основне појмове, без којих се у праву не може, она се зове методологија и у науци општу теорију не одвајају оштро од методологије. Ове две науке у вези утврђују своје појмове искуством у вези са друштвеним и моралним појмовима.

Опште теорије појединих наука називају се општи делови и садрже опште појмове системски прикупљене и добро обрађене. Посебни делови пак садрже конкретне облике у којима се општи појмови јављају. Они изучавају детаље, повезујући их међусобно.

Поред система права, на којима су радили највише пандектисте 19 века, има и коментара, који су супротност од система, пошто тумаче параграф по параграф засебно, не синтезирајући их. Али то гледиште је погрешно, јер и коментатори могу да примењују синтезу т. ј. да све појмове повежу у једну логичну целину (н. пр. то је чинила школа егзегезе у француској). Поред овога се противставља систематској обради права и дескриптивна (она тежи да продре у детаље, а не у целину). У томе стадију би данас н. пр. било још неразвијено административно право.

Како се разликује једна посебна наука од друге? Свака од њих се схвата као једна нарочита појава, један нарочити однос или једна установа, која са својим принципима и појмовима сачи-

њава једну целину и она се онда разликује од друге том посебношћу својих принципа. У универзитетској настави долазе у обзир педагошки, социјални и државни циљеви. Дубока теорија увек је практична. При подели на једноправне и приватноправне предмете важна је веза материјалног права према формалном (н. пр. грађански парнични поступак спада у приватноправне предмете ради своје везе, коју има са последњима).

IV. Правна филозофија, социологија, историја, упоредно право и правна политика

Правна филозофија право сматра за нешто универзално. Она највише води рачуна о позиву човека у свету, хотећи да то правом утврди. Постоје у филозофији права извесна мишљења као: формалистичко и методолошко, логицизам, природноправна школа, филозофија духа хегелистичка и социолошки позивитизам. Питање основно пак јесте дали је право нека вредност независно од социјалне средине, нешто морално? Филозофија права правника везује за опште културне, социјалне и моралне оријентације и зато је то практична наука. Она правницима пружа готове резултате своје, којима требају они да се користе. Правнику су нарочито потребна социјална знања ради тога, да боље тумаче, и примене Закон.

Правна социологија је напротив теоретска наука и има да испита утицај друштва на право и утицај права на друштво. Служи се пак социјалном и каузалном методом. Каже се, да наука изучава право само као установу (њен циљ, узроке, дејство правних прописа), али то није тачно, јер она изучава и оне покушаје стварања права, које нису успеле. Даље се тврди да би требало изучавати само утицај друштва на право, а не и утицај права на друштво, али је и то нетачно, јер и право утиче на друштво, које опет има утицаја на право. Разлика између социологије и филозофије права је та, што прва испитује право каузално, а друга по критериуму вредности. Темеље модерне социологије је поставио О. Конт у Француској.

Историја права је теоријска наука, која истражује какав је смисао имало позитивно право. Док правну догматику интересује само оно право, које је држава издала, дотле историју права интересује и недржавно право (обичајно право) у једној епоси. Историја права пак ће забележити социјална факта и промене које су утицале на стварање права у току времена. Историја права је национална и упоредна (када у праву истражује заједничке црте за све народе).

Упоредно право јесте оно право, које права изучава упоредно. То изучавање врши уз помоћ социологије, јер је она наука, која познаје друштво, чије односе решава право, и уз историју, будући да се животне прилике увек мењају. Упоредно право изучавање и супротне и заједничке установе и принципе код свих народа, утврђујући типове.

У пракси међутим види се тежња да се утврди постојање јединства у праву међу народима и његово стварање. На томе гледишту су радили у Француској Салеј, Ламбер и Леви-Илман. Данас се већ јасно истиче потреба да се постигне једнообразност међу правима бар у општим принципима, јер то захтева међународни саобраћај и само на тај начин могу се решавати конфликти међу законима.

Нека филозофска гледишта истичу да постоји једно универзално право, и у његовоме постојању оправдава постојање упоредног права. Али то је гледиште само чисто филозофско, јер ми данас у социологији негде не можемо наћи такво универзално право.

Упоредно право се данас доста изучава ради тога да се постигне практичан циљ — унифицирање права свих народа (интернационализирање права). Ипак оно не сме само да задржи чисто практичан карактер, већ мора и даље остати теоријска наука, иначе би постојала опасност да се претвори у правну политику.

Правна политика односи се и на примену правних правила и на њихово стварање, служећи законодавцу као тумач и као саветодавац. Он износи право најбоље прилагођено друштвеном стању, он врши и утицај на њега. Хтела би да буде објективна наука, али она то не може, увек мора да рачуна и ради са конкретним случајевима. Питање је сада, могу ли се научно одредити циљеви или бар сретства права? а) Неки тврде да је циљ опстанак друштва, пошто је он највиша вредност. Али то није тачно, јер је то само један облик друштвеног уређења, који треба да се одржи. б) Неки кажу да постоје објективне вредности и оне су циљ права. Ту долази до великих разлика у питању које су те објективне вредности. б.) Циљ је права по неким прилагођавање условима живота, а по другим усавршавање. То није довољно. г.) сматрати за циљ правне политике да она нађе најекономичније начине за успех и највећи могући принос је сувише уско, јер она има и друге циљеве. Ово је дакле питање још остало и до данас отворено.

Правна политика иде уз сваку правну науку. Она још није добила довољно места у науци и на универзитету, али за последњих 35—40 год. 19. в. је она начела да се развија у кривичном праву (криминална антропологија и криминална социологија по Феррију и Листу), затим продире у административно право, а отуда у грађанско право, хотећи да сагради један нов тип приватног права за све народе.

При томе ваља имати на уму да правна политика зависи од социјалних, економских психолошких и др. услова и да она и о њима увек мора да води рачуна.

V. Шта су основни појмови

Има више врста основних појмова. а) То су они појмови који су везани за сам појам права и за правно правило, управ-

љајући се наравно по општем мишљењу. б) То су појмови, који чине претпоставку за све остале појмове, дакле највиши појмови. в.) То би били и истоветни појмови, развијени код свих народа извесног степена културе и г.) То су основни појмови сталних установа у историји.

У науци су основне појмове обрађивали Штамлер, затим претставници нормативне школе на челу са Шрејером, швајцарац Роген, а неки засебни покушаји се приписују Шомлоа-у и Рајнаху.

Штамлер основне појмове извучи из појма права, за који каже да има четири правца: воља (право је хотење), обавезност, владати и бити неповредан (поштован). Из воље даље излазе појмови субјекта и објекта права, из обавезности услови и правни односи, из владати власт и потчињеност, а из неповредљивости законитост и незаконитост. Комбинацијом ових појмова и додавањем овима још неких питања, која су неопходна праву, добија се читав низ основних појмова. Шрајер опет, основне појмове налази из елемента свакога прописа. Из овога се види, да норме изражавају однос између ових елемената и тај однос може бити примарни и секундарни. Тако се добијају четири оновна елемента или појма и то: чињеница, лице, оно што има да се учини (Leistung) и санкцију. Посматрајући ове појмове у разним облицима у којима се могу појавити конкретно, добијају се други основни појмови, важни за право. Ова теорија врло је слична Штамлеровој, али је разлика у извођењу за шта припада заслуга Шрајеру. Та је школа уједно доказала да се однос међу појмовима не може посматрати каузално, јер у свету има оцењивања и вредности, па је онда јасно да не зависи све од узрочности.

Ови основни појмови су теоријски, јер они служе само за систематизовање права, као највиши појмови, за разлику од основних појмова који се налазе код пандектиста, и који су чисто практични. Тако н. пр. они разликују право у субјективном и објективном смислу, што је погрешно када се зна да је оно увек објективно т. ј. садржи и права и дужности заједно.

VI. Појам правног субјекта и правног лица; појам правног објекта

Појам субјект у праву је човек, активан, и замишљен у практичном смислу. Субјект може значити или уопште човека, или пак само разумног човека и свесног. Усваја се прво гледиште, јер када би се друго усвојило, онда не би био правни субјект малолетник или душевно болестан човек и не би према томе уживао правну заштиту, иако он мора да је ужива, јер ако малолетник постане пунолетан, или душевно болестан човек оздрави, он постаје правни субјект, а сами ти факти показују да нема ту неке оштре разлике између човека у једном или другом положају, па га зато и у једном и у другом положају ваља заштитити правно, дакле сматрати га правним субјектом. Зато, као подеснију, усвајамо прву теорију. Правни субјект је дакле човек

уопште. Животиње нису субјекти права, и у колико оне уживају правну заштиту, оне је уживају зато јер то захтева човек.

Субјект у праву је човек, по вредности активан у односима и он је главни циљ права. На тај начин може се објаснити и питање зачетог, носећег и још нерођеног детета (nasciturus), које римски правници и пандектисте нису могли да реше. Ово се питање састоји у овоме: како дати зачетом детету правну заштиту када оно још није човек, дакле није правни субјект и не може бити носиоц права (имати правну заштиту)? Раније се мислило да субјект права може бити само човек и пошто зачетак није човек, онда он и не може бити правни субјект, те имати као такав правну заштиту. Римски правници су онда створили фикцију да је и зачетак правни субјект. У данашњем праву зачетак може да има правну заштиту зато, јер то људи хоће, а они то хоће ради тога, јер ће то бити под извесним условима (ако не угине, да се жив роди итд.) будући човек, дакле правни субјект. И овде дакле правни субјект остаје воља законодавца, али се правна заштита даје зачетку.¹⁾

Правни субјекти нису једнаки у правима (н. пр. жене имају мања права од људи у неким државама, па и код нас) и то је модерна наука усвојила насупрот схватању римског права, које је убацило идеју једнакости правних субјеката конструкцијом једног апстрактног појма — персона.

Субјекти права, дакле људи имају правну способност, т. ј. способност да буду носиоци права и дужности. Та правна способност обухвата способност уживања права (правна способност у ужем смислу) и способност вршења права (пословна способност). Од правне и пословне способности разликује се статус, који означава садржину наше правне способности (т. ј. набраја каква све права и дужности имамо у једној установи. Има субјеката, који не могу да врше своја права (немају правну способност) и њих замењују други, који су у служби интереса првих. Први се зову субјекти циља (јер се за њих врши употреба права), а други субјекти акције (јер они врше употребу права).

Када се људи удруже у заједницу, која ће се сматрати различитом од њених чланова, онда се ова заједница зове правно лице. Правна лица претпостављају да појединци имају заједнички циљ и интерес и заједничке органе са извршеном поделом рада и статут, а све то под претпоставком да правно лице може да ради активно. Правних лица има и у приватном и у јавном праву, а разликују се по истим обележјима, која карактеришу ове две врсте права (да би се једна државна установа могла да сматра правним лицем треба да има своју аутономију, чиме се одваја од

¹⁾ Модерна теорије (Горовцев) кажу да је субјект права сам акт хотења, али је то нетачно, јер се тај акт приписује само човеку. И мишљење, да је субјект права основна чињеница, за коју су везана права и дужности (Шрајер), не може се усвојити као тачно, јер се и та чињеница односи само на односе људске. Човек је дакле само субјект права.

државне организације). Правна лица се деле на: о) установе, које не служе циљевима и интересима чланова самих, већ неким општим циљевима н. пр. болнице и корпорације, које служе циљевима чланова. Корпорације се деле на друштва (societe, Gesellschaft), који имају за циљ зараду (н. пр. акционарска друштва) и на удружења (association, Verein) која имају идеалан циљ (н. пр. удружење професора, које има за циљ стручно образовање професора и б.) задужбине код којих неко лице поклоном или завештањем остави неку имовину, која се има употребити у неком социјалном циљу.

Данас је модерно законодавство, видећи практичку вредност правног лица, признало му сва права, али то је имало свој историјски развитак и тек у другој половини 19. в. било је дозвољено да се она стварају.

Правно се лице сматра за самосталну личност, иако оно није физичко лице. Ту су се развиле разне теорије од којих ћемо поменути ове: а.) у XIX. в. мислило се да је правно лице само фикција. б.) Доцније је Гирке мислио да су правна лица реалне заједнице стаорене солидарношћу чланова, а које се огледају у заједничкој њиховој имовини, која није ни индивидуална, ни колективна. На ову идеју су га довеле сложене заједнице, настале солидарношћу чланова, у германском праву. в.) У XX. в. јавља се теорија конструкције која каже да се правно лице не само технички конструише као центар, који прима права и дужиности, него и као јединство. г.) Противу ове теорије устаје теорија установе (и данас влада у Француској), која тврди да је правно лице нека целина, која ван индивидуе живи за себе, са сопственом законитошћу, са идејом и циљем која се ствара у свести својих чланова. То значи да је правно лице по њој установа.

Шта је онда правно лице? То је у ствари однос једних људи према другима, а мисао, да је то једна засебна личност, била би фантастична. Правно лице може бити делимично, када оно у неким односима само одговара својом општом имовином а у другим односима не одговара или одговара, споља пред трећим лицима, а унутра пред члановима не одговара.

Б. Класична наука је сматрала је за објекат права ствари. Од Савињиа почев наука пронађе да су то радње људи. Али и ово не може да обухвати све случајеве (н. пр. лиферант је дужан да преда ствари — то је његова радња — али он сноси и опасност превоза — то више није његова радња, па ипак производи последице по њега), нарочито не извесне правне последице.

Све ове теорије мањкаве су, јер имају у виду само права, а не и дужиности и у томе је њихов недостатак. Објекат права су и права и дужиности појединачно и то су највиши његови појмови. Ако и њих анализирамо, долазимо тек онда до радњи људских и најзад до ствари. Диуи мисли да је објекат права телесни покрет, који се чини при том акту и он то зове посредним објектом, док би објект права било и стварање обавеза за друго лице, само је то посредни објект права.

Објект права има практичну важност и зато се усвајају све поделе које правнику могу да буду од користи (н. пр. подела на непокретне и покретне ствари).

VII. Дужност и субјективно право

Правна правила су обавезна, али не морају увек да садрже и дужност, јер она могу највишем чиниоцу да оставе на вољу да ради шта хоће (н. пр. апсолутни монарх или суверени народ). Значи, да из тога што највише правно правило обавезује, не излази још и то, да оно намеће и неку дужност ономе на кога се односи. Можда ће садржавати дужност грађана да слушају највишег чиниоца, али то зависи од политичких прилика, које ће бити истакнуте у Уставу. Под дужношћу се пак подразумева понашање на одређен начин без обзира хоћемо ли нешто или нећемо.

Субјективно право значи, да индивидуа има своја права, која јој даје објективно право. Субјективно и објективно право се не искључују, јер правна правила не могу да апсорбују индивидуу, пошто њих прописује друштво зато да регулише односе међу људима, а и само друштво не може да апсорбује индивидуу. Када се каже да субјективно право излази из објективног, могло би се у први мах рећи, да је прво право потчињено. Али то није тачно! Правна правила стварају људи својом вољом, која претпоставља извесну слободу при томе послу. Истина се каже да органи, који доносе правна правила, њих доносе у општем интересу, али је нужно да они уносе и нешто индивидуалног у њих, један индивидуални интерес, јер се не може замислити да једна индивидуа својом вољом не створи нешто што би њој одговарало. Па и оцена питања шта је општи интерес, припада индивидуи, која ће и у ову оцену унети мању индивидуалног. Из овога се види да индивидуа и при стварању објективног права има најважнију улогу и она није апсорбована.

Питање је пак одредити шта се подразумева под „индивидуа има своја права“? Шта су то „своја права“? То је све оно, што индивидуа хоће да учини или да не учини, што јој неко не може да забрани, што она може захтевати од других да ураде, неки њен интерес, њено право да тужбом натера другог да поштује њено право. Ипак су ти елементи по некада супротни (н. пр. неко може од другог да захтева, али то није у његовом интересу) и ту онда нема субјективног права, које ће тек настати онда, када буде њиме удовољено индивидуалном интересу и када то право буде индивидуи дало државну заштиту. Тако се у модерном административном праву даје појединцима право тужбе против акта власти, којима им је повређено или право или посредни лични интерес заснован на закону. Субјективно право обично је засновано на закону или на уставу, али може бити и на акту једног административног органа и онда може да траје условно док јавни интерес то захтева. То показује да у субјективном праву има више ступњева и он се јавља у више облика.

Нормалан обик у коме се оно јавља јесте, када се допушта индивидуи да у свом интересу нешто уради захтевајући од другог да то уреди и у томе има правну заштиту.

У Немачкој науци влада мишљење да се субјективно право састоји из овлашћења (Befugnisse), која истичу из права при његовом несметаном остваривању и из захтева (Ansprüche), који проистиче из њихове повреде и значе пре свега (али не само то) право тужбе. Ту теорију заступају Тон, Келсен и Шрајер.

VIII. Правна акта и елементи правног акта; врсте правних аката; противправна акта

У француској правна наука разликује правна акта од материјалних, а у Немачкој правне послове од радњи у области приватног и јавног права. Правни акт или правни посао је акт код којег постоји воља да се произведе правна последица, а материјални акт или радња је извршење било у облику техничког посла и физичке радње, било сретство и претходна радња за одлуку (н. пр. лечење, грађење куће, опомена, саопштење и т. д.). Ова је теорија оспорена, пошто се мисли да има поступака који су на средини између правног и материјалног акта. Као пример наводи се: опомена дужника да плати дуг је и материјални акт, пошто саджи једну радњу (опомињање) и један правни акт, јер садржи вољу повериоца да створи правне последице ако дужник не буде платио дуг (воља). Ипак то још није одлучно за непризнавање ове теорије, само се она мора примити са оградом да се правни акт не везује само за вољу, већ само за правне последице, јер могу оне да наступе и без наше воље (н. пр. кад учинимо деликт не желимо свакако правну последицу — казну, али нам она следује и против т. ј. без наше воље).

Елементи правних аката јесу: мотив и објект. Пример: по-зајмљујем новац да купим кућу. По Дигуи-у је непосредни објект примање новца, посредан враћање новца, циљ да помоћу новца купим кућу, мотив је тај да куповином куће хоћу да осигурам своју децу или да се више не селим. Има ли онда разлике између мотива и воља и да ли се мотиви тичу права? Циљ је оно што хоћемо да постигнемо нашим чином, а мотиви су нас натерали да се одлучимо на тај циљ, он је дакле сауса или узрок правног чина. У томе разликовању чињене су грешке, а једна од њих је та, када она каже да мотиви нису саставни део права и не тичу га се. Међутим мотиви се права тичу онда, када оно води рачуна о њима, као у кривичном праву (предумишљај, користољубље), или у административном праву (лични интерес), а када оно не води рачуна о мотивима, наравно они онда нису ни важни за право. А да ли су мотиви саставни део права? Теорија која тврди противно погрешна је, јер право је израз социалног живота, а ако мотиви садрже социалне вредности, онда су оне и саставни део права.

Остављајући на страну мотиве и циљеве, утврђено је да сваки акт има свој основ (causa) који је од правног значаја, јер он произлази из претходног акта, и да би једно право било пуноважно, мора да има законити основ. Наравно ту има и изузетака.

Б. Правни се акти деле на једностране и двостране. Први обавезују људе без њиховог пристанка, а код других мора бити њиховог пристанка. Од једностраних правних аката разликују се једнострани правни послови, који претпостављају пристанак другог лица, али је и без тог пристанка уговор пуноважан. (Н. пр. могу поставити за наследника ма кога и тај правни посао имаће важности, али наследник ће дотични постати само ако он буде дао свој пристанак за то).

Римски правници знали су за две врсте аката: закон и уговор. Модерна наука хоће да створи т. зв. стицај воља, где нема уговора, али има сагласности воља. Раније је постојао уговор где је био дат пристанак двеју странака, али сада хоће да се појам уговора сузи, те би он постојао онде, где воља има различити циљ и објект, док би други случајеви спадали под појам сагласности или стицај воља, што пак у науци још није прецизирано. О томе има више мишљења. По једнима се стицај воља одваја од уговора као колективан акт, који није примена закона, већ основ права и дужности, што важи нарочито за међународно јавно право; по другима ту се врши стапање воља; по трећима ту су интереси странака идентични; по четвртина се ствара објективно право и т. д.

Зашто је то, да ли се странке могу споразумевати у свима тачкама и ту онда постоји уговор. Ако пак једна странка нема ту могућност, већ пристане да друга одреди садржину уговора, онда ту има само пристанка или споразума, а не и уговора. Ова су два случаја — крајности а међу њима има ових прелаза: а.) неке установе регулишу се делимично законом а делимично уговором (као н. пр. брак), То је установа мешовитог карактера: законског и уговорног. б.) Уговором ствара се једна установа, која живи по своје статуту. Чланови су слободни да улазе и иступају из ове установе. Овде је важно када уговор престаје да буде уговор. в.) Уговор закључују заједнице за своје чланове, и они су обавезни. У тим заједницама је некада дозвољено да чланови иступају, а некада је чланство обавезно (н. пр. сви лекари по закону су дужни да буду чланови лекарске коморе, која је надлежна да у име њих закључује колективне уговоре). Овде има уговора, али није још решено питање јели то за појединце уговор или Закон.

Важно је најзад, уз учешће воље странака и то, дали је ствар, о којој су се споразумели, заједничка, или је заједничка једна конкретна одлука и дали је потребна сагласност свију чланова, или је довољна сагласност већине њих?

Француска наука дели ситуације на опште (генералне) и објективне и на ситуације индивидуалне и субјективне. Прве су оне, које се односе на све индивидуе, које се налазе у истом

односу, њих ствара закон и зато су и сталне, могу се мењати само путем закона или уредбе, појединац не може их се одрећи генерално (у целини и за увек) већ само релативно (делимично и привремено) и оне се стварају општим актима (законом или уредбом); пример је ситуација бирача. Индивидуалне ситуације односе се на одређене индивидуе, привремене су, не могу се мењати законима и уредбама, појединци их се могу одрећи, а стварају се индивидуалним актима (административним актом, уговором, и т. д.). Да би индивидуа била стављена у општу ситуацију, потребан је и индивидуалан акт (н. пр. да би неко дошао у општу ситуацију чиновника треба да уследи индивидуални акт — наименовање) и обрнуто, индивидуалне ситуације могу бити регулисане и општим актом (н. пр. када држава нешто неће да остави на вољу појединцу да он то сам регулише).

Индивидуално и генерално везано је једно са другим и то не уочава француска теорија. Оно што је одређено законом, појединац неће моћи да мења, већ само опет закон, и појединац се такве, законом створене ситуације, неће моћи одрећи. Последица горње поделе било би начело, да се опште ситуације могу мењати, а индивидуалне не. То пак није тачно, јер и услов и закон могу неке опште ситуације да направе непромењивим (н. пр. својину), а повратна сила закона показује да и индивидуалне ситуације могу да буду променљиве. Најзад имамо једну средњу врсту ситуација — т. зв. ситуације пермисијом (н. пр. дозвола да се отвори киоск), које су и опште ситуације, а имају јако истакнуте субјективне моменте.

Француска је теорија крута и недостатна, јер не може да обухвати све могућности у позитивном праву.

В. За противправне радње (деликте) предвиђена је санкција чији је циљ: да уклони настале последице и да се људи узму на одговорност, али оне у опште нису довољне.

Санкције се могу посматрати по субјективној страни (урачунљивост и кривица) и то објективној т. ј. по врсти санкције, која ће се употребити. Деликти се деле на кривичне и цивилно-правне с' обзиром на идеју на којој почива санкција. Под идеју реституције, којом се објашњава приватноправна санкција, спада и административна, било да одговара држава, било службеник (новчано). У међународном јавном праву и кривична и новчана има специјалан облик, јер ту одговара држава, а не појединац. На санкције дакле утиче: идеја санкције, интереси у питању, субјекти, област (н. пр. код политичке одговорности постоји смењивање одговорних лица да више не управљају). Полицијски се деликти не могу да одвоје сасвим од кривичних, а од свих овде поменутих санкција треба одвојити оне, чији је циљ да некога принуде да нешто изврши.

Разликују се ништавни и рушљиви акти. Ништавни је онај, који производи све последице, ако се не тражи његов поништај, а може да буде апсолутно ништаван, кад се свако на његову неважност може позвати и релативно, када је то само неким

допуштено. Рушљив је онај правни акт, који независно од воље појединаца ствара правне последице, али се може обарати. Али модерна наука издваја оне акте који не производе никакву правну последицу, па их не треба и не може обарати. Цела ова подела пак не одговара свим могућностима, јер су правни акти од врло релативне снаге, што се види из тога што је њихово важење само релативно (односи се само на нека лица), они могу да производе само неке последице, а могу и даље да остану у снази, повлачећи за собом новчану одговорност. Зато треба израдити једну скалу више или мање вредних правних аката, да обухватимо све случајеве.

Повреде могу по вредности бити веће или мање у којој се сразмери и изводи поправка. Теоријски би се могло рећи додуше да су све повреде једнаке, јер се њима вређа закон, али то није тачно, јер према практичном значају, који имају правни прописи, потребна је и санкција, која одговара делу. То ће рећи да има у погледу незаконитих аката више санкције,

IX. Приватно и јавно право

Највиша подела у модерном праву је подела права на приватно и јавно, али она је међутим историјска. За њу су знали већ Римљани и до класично доба је приватно право сачињавало *ius civile*, *ius gentium* и *ius naturale*, дакле највећи део права. Тврди се чак да је у римском праву јавно право значило — државно право, а приватно право — аутономно право т. ј. недржавно. Ипак то није тачно — јер се појам, државно право — развио тек у Византији у Јустинијановим институцијама. У Средњем веку је власт постала конкуренција субјективних права, где је било толико права колико и друштава, а за појединце није било места. Тек почетком XVI. в. државна се власт учвршћује и тада настаје дуализам власти и појединаца, дакле јавног и приватног права.

У науци су чињене различите поделе обзиром на разне знаке, али нама су потребна за поделу само они знаци, који повлаче за собом важне последице.

У новије време монистичка теорија тврди, да подела на јавно право и приватно право нема смисла, јер је свако право јавно т. ј. јавно због тога, јер предвиђа увек неки социјални интерес и због тога, јер увек почива на јавноправним актима као на уставу, закону и т. д. Ово гледиште баш није оправдано кад се зна да све оно, што је обухваћено у приватном праву служи приватном интересу. Даље, постоји гледиште у модерној науци да се приватно право обележава као приватни непосредни интерес. И то није тачно јер јавни интерес увек постоји како у јавном тако и у приватном праву. Могло би се рећи да је приватно право оно право, у коме је минимум општег интереса, па онда где је држава мање заинтересована и т. д. Али тесна веза између општег (јавног) и индивидуалног (приватног) интереса показује нам, да тај појам не може да да критериум за разликовање јавног и приватног права. Такав

критериум за разликовање оба права јесте употреба специалних мера и поступања. Тамо где држава наређује, у питању је увек општи интерес и то је јавно право, а где, поштујући права појединца, мора с њима да преговара, или где ради целисходности неће да наређује, већ исто тако преговара са појединцима, ту је у питању приватно право.

У јавно право спада састав и начин рада власти, однос појединаца према њој, заштита индивидуалних права и регулисање установа, диктираних општим интересом т. ј. које у томе интересу постоје. Све је то регулисано са уставним, административним, финансијским и кривичним правом и поступцима (јер се односе на поступак власти). Специалан положај имају: међународно јавно право, јер регулише односе међу државама, црквено право, јер има своја нарочита сретства, која су јој потребна према своме циљу. У приватно би право спадало: грађанско право, трговачко са меничним и међународно-приватно право. Ова подела наука не поклапа се наравно са поделом извршеном на факултетима, јер код последњих се истичу и многи практични моменти.

У модерној науци пронађена је нова подела на субординационо (држава према појединцу), координационо и интеграционо или социално право, али та подела не искључује поделу на јавно и на приватно право. Горња је подела извршена према значају појединца према целини и осталим појединцима. Неки писци задржавају поделу на јавно и приватно право, али уносе средњи тип, т. зв. социално право, које обухваћа оне установе приватног права, у којима има социалног момента, који се јавља и код колективних облика, који су на социјалној идеји засновани. Тај се тип може примити, јер има заиста и у приватном праву социалних момената. Ж. Ренар каже, да када се пењемо од сфере приватног права ка јавном, долазимо у једну сферу која још има са овим додирних тачака, а идући даље, тих тачака нестаје (политичка сфера). Тако се поступно прелази од приватног на јавно право.

Подела на јавно и приватно право од практичне је вредности нарочито у погледу надлежности судова, али законодавац може узимати и друге критерије (н. пр. надлежност административних судова).

2. ОДЕЉАК

Преглед појединих правних наука

1. Главне црте развића права

Примитивно право није познало разлику између формалног и материјалног права и једном тужбом се тражило заштиту једног права. Ту је био предвиђен и поступак странака и власти и добро или правни интерес, који се имао заштитити. Али једном тужбом могло се заштитити само одређено добро (н. пр. у Риму

тужба због крађе лозе била је одбијена, јер је у Закону од XII. таблица била предвиђена само крађа дрвета, а не и лозе) и таквих је тужби било врло мало. Тај број тужби није био довољан да задовољи потребе, па су се тужбом могли бранити и више интереса одједаред (у Риму се та тужба звала *legisactio sacramenti*, а у Енглеској у XVI. в. *trespass*). Доцније се од легисакције ствара формула, чиме је почело да се формални поступак одваја од материјалног права, али тек касније се долази до неформалног поступка, где се тужба даје за свако право.

Примитивно право било је кривично и исти се спор водио за сва кривична дела (било да је реч о земљишту или о убиству) која се још нису разликовала по својој тежини. Чисто кривично дело доцкан се јавља (у Енглеској у XIV. в.). Постепено су се и казне ублажавале док исте није замењивала казна накнада штете. Док се умесно наводи Диркхајм у својој социологији, број кривичноправних одредаба са временом стално смањује, а број некривичноправних правила све више расте, то долази ради прелаза од примитивне (механичке) у органску (свесну) солидарност друштва.

Сомнер — Мена кажу да се право развијало од статута ка уговорима, али је боље рећи да је прво право било колективно, док је данас индивидуално.

Најзад се каже да се јавно право све више развија на рачун приватног, што произлази од развијања државних функција. Па ипак треба рећи, да је у почетку постојало само јавно право (прво је право било кривично, које је по својим особинама јавно), затим се развило приватно право, па тек из њега се онда развија јавно право схваћено у данашњем смислу те речи.

Данас се врши специјализација права, т. ј. одвајају се поједине гране права једна од друге, што долази отуда што социјална идеја, која данас продире, издваја један низ установа приватног права од осталих, а на другој се страни повећао број заштићених добара, чиме се указује потреба за специјализацијом. Прави пак разлог у мењању одн. укидању ранијих прописа и стварању нових, лежи, у томе што се са новим установама стварају и нови принципи, који морају да потисну старе, као непримењиве. Тако н. пр. се мисли да треба од приватног права одвојити породично право, земљорадничко (аграрно) право, радничко право, па чак и привредно право (Дали се ово може одвојити као самосталан предмет велико је питање, које још данас није решено).

II. Римско и пандектно право, црквено и канонско право

Римско право веома је утицало на право западноевропских народа изузев англо-саксонског, а исто тако и пандектно право. Скоро два века наука (немачко-аустријска) се њиме искључиво бавила, јер је оно у 16. в. било реципирано и трајало је дуго док се наука она њега ослободила (сем у Француској где је кодификацијом 1804. г. престао тај велики утицај). Зашто се римско

и пандектно право толико изучавало? Зато што је оно основа модерног права, јер у њему има јасности мишљења, систематичности, прецизности, јер оно развија правнике у логичном мишљењу и у смислу за државу и јер оно садржи *ius gentium* — универзално право. У току времена римско право губи од свога значења, јер се каже да оно више не одговара данашњим социјалним приликама, а поред тога је конзервативно. Ипак се оно још и данас изучава на универзитетима као увод у модерну правну науку. Некада пак је оно било највише изучавано и за њега су се борили Савињи, Унгер и др. У XIX. в. се пандектно право одвојило од немачког и развиле су се две струје германиста, који су хтели да пандектно право приближе немачком националном праву, и романисте, који су задржали опште римско право. На крају су победили германисте и римско је право постало опште немачко право (*gemeines Recht*).

Б. Црквено право садржи прописе, који се односе на цркву, њено уређење и њен положај у држави. Оно спада у јавно право, у колико она има положај јавноправне организације, који јој положај држава признаје (конкордатима т. ј. уговорима), а спада и у приватно право, у колико она задире у такве прописе одн. има везе са њима. Најчешће пак се сматра да је то једно засебно и самостално право, јер има сасвим различиту надлежност од државне и јер она аутономно регулише односе међу својим члановима и има своје санкције и своје органе.

Канонско право некада је било веома много изучавано, али је Реформација покушавала да га укине и није успела у томе, већ тек када се одвојила држава од цркве оно је било на катедре на универзитетима у Италији укинута. Доцније оно се опет изучава, најпре као слободан курс, а затим и званично. То је било у XIX. в. Модерно схватање би било то, да је држава суверена и одређује положај цркве (Томазиус).

Црква, бавећи се религијом, утиче и на социјалан живот и на право. Она покушава да створи један универзални, вечни поредак ствари и на тој основи калуђер Грациани у XII. в. ствара прву Збирку канонских правила. Тиме се створила римскоканонска јуриспруденција. У почетку био је сукоб између римског права и канонског, али доцније је то ублажено.

Изучавање црквеног права данас тежи да постигне специјализацију т. ј. да се изучава као засебан предмет. Може да се изучава из историјских и практичних разлога (јер оно утиче на социјалан живот и на право). Ипак изучавање црквеног права има свог противника у протестантизму, који каже, да је слобода савести и љубав једини принцип хришћанства и на основу овога уопште пориче правну организацију цркве, дакле и постајање црквеног права. Римокатоличка и православна црква пак заузимају позитиван став према црквеном праву.

III. Уставно и административно право

Уставно право је право о уставу и о уставном уређењу. Погрешно би било да се то право сматра као право које изучава само законодавног органа, јер оно изучава државу и њене органе у целини т. ј. целу државну администрацију.

Науке о држави јесу: 1) Општа правна теорија о држави или уставно право, која третира државу правно организовану. 2) Филозофија државе, која је тесно везана са филозофијом права, а од ове се може одвојити само онолико, колико је појам држава одвојен од појма права. 3) Политика која изучува државу са политичке тачке гледишта. Она се може одвојити, а може и бити везана за социологију и 4) Општа теорија о држави, која обухвата гледишта свих или неких посебних наука (историје, социологије, социолошке етике и т. д.) и права, показује државу у целини синтетички. То је у ствари филозофија права.

Општа теорија о држави или уставно право је чисто правна наука која се тешко јавила, јер није могла да продре у област државне власти и да се одвоји од политике и филозофије. Тек немачка наука почиње са Гербером да је изучава, што су продужили и Лабанд и Јелинек, али уз велику опозицију француске науке, тако да се она још данас израђује.

Административно право изучава организацију и рад административне власти тј. ј. њену организацију и њену везу са грађанима. Оно се од уставног права не разликује тиме, што детаљније изучава из практичних разлога административну власт, јер у њему постоје самостални мотиви — технички и правни —, који му дају карактер специјалног права, док се политички моменат у административном праву губи (изузетно влада тј. шефови државе имају политичку улогу и само утолико се изучава политички моменат, у колико он додирују у томе погледу државну организацију).

У модерној држави власт ради по закону, т. ј. врши свој правни задатак, а поред њега врши још и економске, културне и социјалне задатке.

Модерна администрација настаје за време постанка апсолутистичке монархије (нарочито за време т. зв. просвећеног апсолутизма), док се она у феудализму вршила у виду управљања домена на приватноправан начин. Тек са правном државом она долази до изражаја и то у XIX. в. са Лафаријевим системом (1888. г.), који је први утврдио његове принципе, а дотле се оно сводило само на опис и набрајање његових установа.

Административно је право веома обилно ради многострукости државних функција и зато оно треба да има карактер аутономног права. Врло се тешко оно кодификује. Међутим почиње да се издваја поступак у административном праву од материјалног права, тежећи да и он постане једна нова грана науке.

IV. Грађанско и трговачко право

Грађаво је негативно дефинисао онај део приватног права, који нема у себи ничег специјалног, а позитивно дефинисано оно, које се односи на права и способности индивидуа и правних лица, на односе породичне и на имовину људи како за њиховог живота тако и после њихове смрти.

Код приватног права су увек (наравно има и изузетака) потребне две воље да произведу правне последице, јер ту влада аутономија воље и начело да је дозвољено оно, што није изричито забрањено, само ако се то не противи јавном реду и добрим обичајима.

Традиционално се приватно право делило на лично, стварно, облигационо, наследно и породично право према природи: а) по социјалној садржини место стварног, облигационог и наследног права доћиће имовинско право. Даље се грађанско право по проф. Сауеру дели према појмовима субјект — вредност, објект — вредност и однос — вредност на три дела. Таквих подела још има више.

Основа целокупног права је лично право и оно утврђује услове под којима човек постаје и престаје бити правни субјекти у којим се облицима јавља и утврђује његову правну способност.

Породично стање испитује односе права и дужности супруга, родитеља, деце и сродничке односе. Ту је поред личног односа и материјални, јер је брак установа, где има императивних одредаба, а не уговор, како се то раније мислило. Брак је од 16 в. постао, од свете тајне, установа грађанског права.

Разликује се и стварно право (*ius in re*) од облигационог (*ius od rem*). Прво право је право на ствари које се ужива без посредништва (н. пр. као власник ствари радим са њом што хоћу). Облигационо право је лично право и односи се на један пасиван субјекат (н. пр. на дужника, који је дужан да врати дуг).

У модерној науци т. зв. монистичка теорија оспорава постојање стварног права, већ тврди да постоји само облигационо право, а то доказује овим: а) односи могу бити само међу људима, а не и стварима и б) пошто су права и дужности корелативи, а својина ствари су за једне људе право а за друге дужност, то излази да је то однос међу људима, дакле облигационо право. Насупрот овоме, у корист горње поделе, наводи се да обавеза трећих људи код стварних права није обавеза, јер прелази нормалну границу слободе и да постоје између стварног и облигационог права практичне разлике.

Најважније стварно право је право својине, а сва друга стварна права спадају у њу. Својину чине материјални предмети (н. пр. кућа) а од XIX. века, када је број добара знатно порасо са прогресом науке, овамо спада и енергија, производи духа и т. д. Подела на покретне и непокретне ствари је дакле, с'обзиром да има више покретних, данас изгубила значај.

Акти, који стварају најчешће обавезе, су уговори и модерно право дало је нове облике уговора, при чему се поставља питање,

јесу ли то уопште уговори. По класичној доктрини сматрало се да обавезе стварају уговори, квазиуговори, деликати и квазиделикти. Нове теорије не признају квазиуговоре, а не примају ни разликовање на деликте и квазиделикте, сматрајући да ту постоји само одговорност из уговора и одговорност из деликта.

Наследно право је право о наслеђивању и његове су претпоставке приватна својина и породица.

Одвојено од грађанског права је трговачко право. По француском гледишту оно се односи на трговачки посао, а по средње-вековном смислу на занимање трговаца, а такођер је и немачки трговачки законик од 1897 г. усваја. У науци постоји дискусија дали трговачко право треба одвојити од грађанског или не? Присталице одвајања његовог наводе да оно садржи специјалне принципе везане за трговину, и има момената који не улазе у облигационо право, већ има везе са јавним и приватним правом, а поред тога за такво одвајање се наводи и практичан разлог, да би се оно боље прилагођавало економском стању и развићу. Они који су против овог одвајања пак наводе, да нема смисла извршити одвајање, јер се трговачко право ствара из обичајног права и све одредбе, које су потребне за вођење трговачких послова, предвиђене су грађанским законом, који се све више комерцијализира. Ти трговачки обичаји не мењају се, кодификују и стални су, тако да се лако могу уносити у грађанско право.

V. Кривично право

Кривично право се ради своје социјалне нужности прво појавило и односи се на један нарочити облик повреде права.

Основни појмови у кривичном праву су дело и казна (бипартитна теорија) или дело, кривац и казна (трипартитна теорија г. проф. Томе Живановића). Да би постојало кривично дело потребно је да оно буде противправно т. ј. да вређа права предвиђена нормом, а да би био неко крив, претпоставка је да је он урачунљив. Сем тога се понекада издвајају и услови инкриминације, т. ј. нека се дела сматрају кривичним из нарочитих разлога и ако она иначе таква не би била. Сви ти услови морају да буду испуњени да би се могла применити казна и ње нема ако макар само један недостаје.

Кривични делит се разликује од осталих по казнама. По чему се онда одликују казне? Оне се одликују по принципима по којима се оне одређују, јер оне нису реституивне санкције, чији је циљ да ствари врати у стање пре извршеног деликта, већ је она дистрибутивна т. ј. она се издаје да неко за своје дело испашта, или да се застраши или да се поправи.

Противправност није само кршење друштвене воље изражене у закону, већ повреда добра, које је он хтео да заштити. Онда то није кршење норме апстрактно, јер би онда сваки деликт, који апстрактно увек вређа сваку норму, морао да буде једнако кажњен, што није случај, већ је то кршење норме конкретно т. ј.

повреда неког добра, заштићеног законом и од вредности тога добра за друштво зависи и величина казне. Шта је онда кривично дело? По једнима је то оштећење великог интереса друштва и државе, а по другима жива реакција друштва као да је свако повређен.

Свако правило у кривичном праву садржи у себи и санкцију, која одржава ауторитет самог правила и ауторитет друштва. Ко ће бити и колико неко кажњен пак зависи од правичности.

VI. Поступци

Они сачињавају формално право и веома су важни јер имају задатак да остваре право конкретно. Тај задатак се постизава утврђењем истине дефинитивно. Појам истине је релативан. У приватном праву он зависи од воље и могућности странака да докажу своје право, а може да буде истина и материјална т. ј. онаква какву утврђује судија. Према томе, да ли је држави више или мање стало до тога да се истина утврди има и два поступка: оптужни и официозни. И снага судских пресуда варира; она може да дејствује према свима (апсолутна) или према некима (само релативна правна моћ).

Мишљења о истини су се мењала у току времена почев од религиозног и мистичног мишљења, где је индивидуа била бесправна до рационалног мишљења, где је индивидуа била сасвим призната. Тај развој опажа се у кривичном поступку. Испитивање истине под утицајем религије вршило се помоћу божјег суда и тортуре. Германи су за ове начине доказивања веровали да помоћу чистих елемената „воде и ватре“ истерују ђавола из кривца.

На развој кривичног поступка утицао је и канонски поступак са начелом официозности, који је потиснуо оптужни поступак. Папа Иноћентије III. претворио га је у инквизиторски поступак тајан, писмен, води се по службеној дужности и почива на индицијама и тортурама. Тај поступак за време полицијске и апсолутистичке државе постаје право мучилиште, а после француске револуције уводи се модерни поступак, који штеди индивидуу (она је ипак највише била штићена у Енглеској, где уопште није било инквизиције).

Грађански поступак почива на идеји обојестраног саслушања, да странке употребе по својој вољи доказна сретства, да је признање довољан доказ (овде се утврђује формална истина) и нека законодавства уводе и официозну максиму, која се састоји у томе, да када се странка обратила суду ради заштите неког свог права, онда суд даље ради по службеној дужности.

VII. Међународно јавно право

Међународно право регулише односе међу државама и оно је над државама, јер претпоставља једну међународну заједницу. Али у њој држава и даље остаје суверена, јер у противном више

она не би била држава, а живи и међународним животом, жељећи да све сукобе мирно решава. Баш та идеја сачињава међународну свест, без које нема међународне заједнице.

Дуго држава није хтела да напусти своју вољу у односу на друге државе, и модерно међународно право ствара се стварањем јаким територијалних држава (у XVI, XVII и XVIII в.). Тада су створена начела: екстериторијалности, једнакости држава, посланства и т. д. У XVIII и XIX в. слободна трговина, жив саобраћај међу европским народима и национална идеја допринели су к томе да се ово право још боље развије.

Међународно јавно право је специјално право, јер регулише односе држава (ту нема односе вишег и нижег као у другом праву), које су међусобно једнаке. Оно се дели на уставно, административно, процесно, и кривично (односи се на деликте држава и појединаца) и приватно.

У међународноправној науци постоје две теорије: *природно-правна*, која датира из 16 в. и њен је оснивач Хуго Гроције тврди да међународна заједница произлази из принципа људског разума и *позитивистичка*, која се јавља у XIX в. која мисли да међународна заједница потиче из позитивноправних аката (уговора, обичаја итд.). Из горњег се види да прва теорија заступа гледиште, да је међународна заједница идеалног карактера, док друга тврди да је она правним прописима створена. Данас се тражи од науке „реконструкција“ (Алварез) т. ј. да оно њему да ону садржину, коју има према данашњем развићу друштва.

VIII. Међународно приватно право

Оно одређује правила под закон које државе спада приватноправни однос грађана различитих држава. У средњем веку било је признато територијално начело, па затим лично начело, па је онда дошла статусна теорија (држави стоји на вољу хоће ли применити туђе право) и најзад гледиште, да је држава дужна да примени туђе законе.

Ово право може да буде засновано на националном праву или на уговору. У оба случаја постоје 3 могућности: 1) на странце се примењују исти закони који и на поданике 2) према странцима се примењују закони њихове земље и 3) од случаја на случај решава се који ће се закони примењивати. Двострани поступак држава (уговоран) је виши ступањ развића међународног права, јер се ту потврђује воља обе државе и да је могућност да се на појединце примени њихово национално право. Једнострано право држава било је у Риму *ius peregrinum*. Ради међународног саобраћаја дошло се до идеје унификације националног права (само тако се могу решавати сукоби), али оно ни издалека још није унифицирано, јер државе решавају сукобе делом својим националним правом, делом по својим уговорима, које имају са другим државама, а који уговори нису истоветни. Данас имају сродна права за решавање међународноприватних сукоба три круга др-

жава: европскоконтинентални, средње — и јужноамерикански англоамерикански.

По обиму проблема, које обухвата међународно приватно право може му се дати ширу или ужу дефиницију. Прво би схватило да оно не наступа само онда кад је колизија законодавства, већ и онда кад се решавају спорови међу странцима уопште. Друга дефиниција би учинила од међународног приватног права униформно светско право за странце у насталим спорима. Тако проф. Лапајне, присталица уже дефиниције, сматра га као право које разграничава приватна права међу државама.

Ово право је никло непосредно из науке (утицај Бартола до Савињиа и фон Бара. Манчини, Лорана), која је утицала на праксу и право, али је оно посредно садржано и у свести народа, јер оно одговара основним схватањима права човека.

Када се ово право заснива на уговорима, оно је обавезно. А дали је обавезно када се оно оснива на националном праву? Ту су два супротна гледишта. Једно чине интернационалисти, који тврде да је поштовање међународног права обавезно за државе и онда када га одређују националним правом, и позитивисте, који тврде да је право само оно што позитивно право захтева. Истина, кажу они, државе ће по нужди морати да примењују и туђе законе (н. пр. под условима реципроцитета), али у којој мери ће то чинити зависи од уговора. По мишљењу г. проф. Тасића државе ће бити обавезне да примењују и туђе законе ради данашњег веома развијеног међународног саобраћаја. Неки писци тврде да међународно приватно право није над државом, али ће оно бити самостално право зато што је оно поставка за међународни саобраћај.

Међународно приватно право је приватно право, само га доносе државе међусобно. Оно има принудне и диспозитивне норме (оставља извесну слободу појединцима).

3. ОДЕЉАК

Правна техника

1. Појам правне технике

У правној науци наука се разликује од технике, јер наука утврђује појам и суштину права, а техника је вештина како да једну идеју и циљ на најбољи начин остваримо. При томе разликовању не сме се раставити форма од садржине, јер су оне заједно. Жени у својој теорији учинио је ову грешку у томе, што оштро издваја конструисани факт (форма закона) од социјалног (садржина). Према горњој дефиницији у правној техници потребно је водити рачуна о овим моментима: 1) да што јасније и доследније изражавамо наше мисли, 2) да што боље правила подесимо на конкретне случајеве, 3) да стварамо сигурност

примене и 4) да примену што економичније изведемо. Сви ови моменти се понекада међусобно и укрштавају и не дају се увек сложити. Техничка правила ипак нису увек постулати разума већ су некада условљени историјски и социјално — психолошки.

Правна техника разликује се и супротна је од правне политике у томе, што она истражује начине на који би најбоље могли да изразимо наше идеје и циљеве, док последња (политика) тражи најбоља решења материјално (која су решења најбоља).

II. Техника законодавца; кодификације

Законодавцу, који путем закона регулише односе грађана, поставља се најпре као најважније, питање језика, затим дали хоће усвојити научну класификацију (као немачки грађански закон) или практичну (као Code civil). Затим састављајући систем прописа каже Цитеман, законодавац је у опасности да санкционише чисте теорије, које се у пракси не могу да употребе. Онда се поставља питање дали за изузетке важе општа правила или не.

Најважније је пак питање хоће ли законодавац да регулише односе општим правилима или казуистички (поједине случајеве конкретно). Данас законодавац све односе регулише општим т. ј. апстрактним правилима, са којима обухвата један велики број конкретних случајева. Та општа правила имају као своју добру страну то, што обухватају једну велику категорију случајева одједаред услед чега је регулисање тих односа потпуно и јасно. Али мане ових правила би биле у томе, што оне повлаче за собом опасност од уопштавања и што су она често неодређена. Али зато некада законодавац примера ради наводи и конкретне случајеве да се из њих види шта је он општим прописом хтео, па нек онда пропише опште правило.

Казуистички метод поставља конкретна правила и њих извлачи из стварности. Зато су она јасна и разумљива. Данас је овај метод прихваћен у Енглеској (иако има иза њих и доста општих правила) и у Америци где га радо прихватају социјално оријентисани правници и у теорији, јер су они врло скептични према општим правилима. Данас је овај метод нерационалан и немогућ. Модерно доба враћа се ка конкретном регулисању тиме што ствара генералне клаузуле где, изражавајући се на сувише општ начин, даје пуну слободу судији да он по нахођењу реши спор. Наводи се против таквих прописа да се множе спорови, да судија губи на свом ауторитету, јер се спорови на различити начин решавају и т. д. Ипак такви су прописи данас неопходни, јер захтева, принцип правичности да се примењују правила, која ће одговарати конкретним случајевима данашњег модерног живота, који се непрекидно развија и за чије развијање законодавац у многим областима (н. пр. кривичног, административног, уставног и чиновничког) права не може да предвиди прецизна правила, па је потребно дати судији слободе да он спорове решава на целисходан начин. Примери за овакве изразе законодавца били би: ближе

околности, изванредне околности које ће оправдати, у особито лаким случајевима и др.

Опште правило служи правичности, јер тежи да све тачно одмери. Па ипак је његова вредност релативна у практичном животу када се зна да она не може да задовољи све конкретне потребе.

Б. Кодификација права врши се да би се постигло јединство у праву. То је систематисање права и стварање опште принципе, а на другој страни се њоме увек ствара ново право. Појам кодификације права само је релативан у погледу обима и материје, јер се могу кодификовати само шире или уже области права и нема потпуне кодификације, сем када би се узело да нема празнина у закону, а то је нетачно. Обично се кодификују извесне области права (н. пр. грађанско, трговачко и т. д.), а не све области одједаред. Једини случај кодификације скоро свих области права, важећих у једној држави (сем војних и црквених) био је у Русији извршен 1835. год. Многе области права пак ни до данас нису кодификоване (н. пр. административно право). Потпуне кодификације не може бити ни због тога, јер извесне ново настале материје ваља регулисати допунским законима (н. пр. литерарну својину) или специјалним законима (н. пр. локалне интересе), па је немогуће све то унети у кодекс.

Појам кодификације је релативан и у погледу степена сређивања. Тако постаје т. зв. пречишћени зборници, у којима је изнето само постојеће и важеће право, па онда кодификација у специјалном смислу чији је циљ даље развијање права и т. д. Помоћу пречишћених зборника позаконјују се и обичаји.

Користи које пружа кодификација су велике. Она пре свега избацује противречности, непотребна понављања, затим попуњава празнине у закону, сређује правне изворе, систематизира законе и озаконјује правне обичаје. Тиме кодификација добија и стваралачку улогу у колико она озаконјењем правних прописа ствара ново право. Прве кодификације су само утврђивале постојеће законе. То је био Закон XII. таблица у Риму, германско право — *leges barbarorum* и кодекси у средњем веку. Доцније кодификације, као оне од апсолутних владара створене, оне из XIX. в., француски *Code civil de Napoléon* од 1804. г. већ стварају ново право.

Кодификације су поред своје несавршености најрационалнији начин регулисања односа у данашње доба, јер оне помогну да се дође до сигурности у саобраћају, оне стварају народно јединство (Тибо), а у послератно доба служе и за изједначавање законодавства у земљи. Ту важну улогу кодификације познавали су и апсолутни монарси и друштвени редови који су револуцијом дошли на власт, а и данас је познат и цени се њен значај.

III. Језик и форма

1) Језик као сретство споразумевања у праву је врло важан и мора да буде јасан, прецизан и доследан у употреби речи и израза. Само се у том погледу савршенство не да постићи, чак ни у оним изразима, који у стално у правном саобраћају. Он не сме да буде неразумљив народу, (изрека Јеринга, да законодавац треба да буде мудар као филозоф, а да говори као сељак).

2. Форма закона је сваки чулни елемент у који се облачи правна појава и она је нужна, јер без ње не бисмо могли да изразимо вољу законодавца.

Испочетка у примитивном праву била је форма закона симболична и религиозна (одликовала се тиме што се вршила путем спољних и видљивих знакова. Такво је право било у почетку и римско право. Доцније симболичке радње потписују речи, које су у римском праву добиле име — формуле и оне су најважнији део закона, јер без њих никакав акт не вреди. Тек у модерно доба дошло се до идеје да није потребна никаква форма (тако данас у облигационом праву постоји велика слобода у погледу форме). Пруско опште земаљско право опет се вратило принудној форми, док је немачки грађански законик дозвољавао слободу у форми. Ипак је данас главно да има такав минимум форме да воља доспе у спољашњи свет и да се може констатовати. Ипак и данас имамо остатака форме, као религиозних (н. пр. код брака), па онда свечаних по називу Жени-а (н. пр. тестамент, брачни уговор и т. д.), онда форме објављивања (којим се обавештава) и т. д. Од форме разликују се формулари, за које пак уопште није везано важење правног акта.

Форма је праву неопходно потребна у интересу сигурности (н. пр. јавност у данашњем процесном праву), иако она има без сумње и извесних незгода.

IV. Презумције и фикције

Постоје ствари, које је тешко или немогуће сазнати, а може се према моралном искуству утврдити да се догодило оно што се нормално догађа, или се може такав одређен догађај бар са извесном сигурношћу претпостављати. Али то не значи да право само рачуна са претпоставкама, јер оно то не може и из техничких разлога и зато што се оно за индивидуалне односе само донекле интересује. Презумције у ужем смислу служе за доказ. Наиме, то су чињенице помоћу којих, кад их утврдимо, можемо да претпоставимо неке друге чињенице, које су нам потребне. То је посредно доказивање. Ипак те претпоставке важе само донде, док неко супротно не докаже и то доказивање му се дозвољава. Те се презумције зову *praesumptio de iure et iuris tantum*, и ту се претпоставља у закону да постоји извесна чињеница и не дозвољава се никоме да ту претпоставку обара. То и није права презумпција у погледу доказивања. Појам презумпција данас хоће да се прошири и на случајеве, које са доказивањем немају везе.

Разлог за презумцију није само немогућност доказивања, већ и траже и практични разлози. Јели презумција оправдана и зашто законодавац не би директно донео једну одредбу да извесно добро заштити? То ће бити зато, јер су многи случајеви сумњиви, и на њих је целисходније применити презумцију него ли закон и тако нешто несигурно директно заштитити.

У Француској су се судови не само служили презумцијом, већ и проширавали их, па чак и стварали презумције без ослоња на закон. То је претерано, али судија их мора имати да би могао да решава и неодређене ситуације.

Презумирају се: 1) факта, која су важна, а не могу се тачно утврдити (н. пр. *pater est quem nuptiae demonstrant*; или код случаја када више лица погину у једној битци, сматра се, да су сви истовремено погинули, али се сматра да је пунолетни син од оца касније погинуо, а малолетни пре оца). 2) променљива и колебљива факта као н. пр. трајање трудноће. 3) Презумције односе се на нестали због његовог дугог одсуства. 4) Презумира се, да би се спровело неко решење, н. пр. сматра се да је дете зачето увек у моменту, који је најповољнији по њега. 5) презумира се ради заштите извесних ситуација или неких правних установа, н. пр. државина покретности под извесним околностима чини основ стицања својине б) презумира се ради заштите неспособних лица н. пр. презумира се да је жена исплатила мираз и 7) презумције које требају да осигурају довољну опрезност.

Б. Код фикције се изврћу и лажно представљају она факта, која су извесна, а то у циљу, да се она подведу под законске прописе, под које она иначе не би могла да буду подведена. Дobar пример за њих н. пр. дао је Јеринг. Он каже да ће једно жељезничко друштво, ако њему у формулару недостаје рубрика за лигнит, а постоји рубрика са угаљ, да би унело лигнит, а да не штампа нов формулар, онда лигнит унети под рубрику одређену за угаљ.

Фикције су биле врло важне у римском и у енглеском праву. У римском праву оне су примењиване у привидним правним пословима, који су се много развили у приватном саобраћају и у поступку. Примери за фикције: а) у римском праву: само наследник могао је подићи тужбу за наследства (*hereditatis petito*), али је иста морала бити дата и купцу масе, *bonorum possessor*-у; онда, да би у приватним пословима неко могао себи да постави опуномоћеника, морао је да пренесе својину на њега; онда, да се зачетак сматра као рођено (*infans conceptus pro nato habetur*); затим да се личност покојникова продужава у наследницима итд. и б) у Енглеској се фингирало да је власник наполичар да би му се могло признати да чини оно што чини наполичар. Фикције су најчешће биле употребљаване у конзервативним правима (која су крута и тешко се мењају), која нису могла да задовоље потребе модерног живота. Тако је ради тога њих у Риму уводио претор, а у Француској су оне много уведене ради претеране строности кривичног законика од 1832 год.

Поставља се питање јесу ли оправдане фикције када би законодавац могао да доноси директно нове прописе? Жени мисли да јесу, јер се живот развија брже и брже ствара нове категорије права него што је то у стању наш ум. То је донекле тачно јер су фикције настале ради ових разлога: а.) право се споро мења, а живот брзо, тако да право постаје често непримењиво на ново развијени живот и тада долазе фикције као сретство прилагођавања права новим потребама живота, б.) По мишљењу г. проф. Тасића друштво је наклоњено формализму. Форма дуже живи од садржине и она остаје све донде, док се нова форма не створи иако је можда садржина већ одавна изумрла. Тако ће се н. пр. и данас чинити привидне отмице девојака, што ће бити учињено са пристанком девојке (дакле уопште нису отмице) у циљу да се избегне плаћање за њу које би иначе било по обичајима обавезно. в.) Фикције су условљене историјски и културно, јер су оне израз практичног мишљења једног народа (као Римљана и Енглеца. г.) Неке фикције долазе и несвесно и д.) човек је наклоњен да персонифицира ствари (н. пр. код правног лица да је оно човек).¹

Данас се фикције не сматрају допуштеним, јер се закони брже донесе, право се кодификује и тумачење је права слободно обзирују се на социалне разлоге и потребе друштва. Зато ће се оне само по нужди употребљавати.

Они који допуштају употребу фикције траже у њиховој примени опрезност, јер она може да нас одведе или далеко или пак погрешним путем. Тако н. пр. фикција да се покојникова личност продужава у наследницима односи се на односе моралне природе, а може међутим то одвести и гледишту да се то односи и на извесна лична права (н. пр. на научне титуле, на службу и т. д.), што је сасвим погрешно. Или по систему претстављања, када син покојника буде искључен од наследства ради недостојности, онда су тиме искључена и његова деца, што је неправично и др. Важност фикције је утврдила ирационална филозофија, Вајхингерова филозофија, Бергсон са својом теоријом о „интелектуалним инстинктима“, која је филозофија много утицала и на Жени-а, браниоца фикције. Други писци, као мађарски писац Мор, поричу уопште да фикције постоје.

Најзад у англосаксонском праву постоји поред презумције и фикције још и „*estoppel*“ (искључење). То је презумција, која дејствује на једно лице у форми искључења да може супротно да докаже. Пример: лице А. нуди лицу Б. да му преда своје поверилачко право према лицу В. Лице Б. пита претходно лице В. дали истина лице А. има поверилачко право према њему (лицу В.) и добије потврдан одговор. Касније пак лице В. спори да лице А. има према њему поверилачко право, али му то неће помоћи, јер је њему забрањено да доказује супротно, а претпоставља се да је тачна његова првобитна изјава.

¹) Савињи и Јеринг као разлог фикцијама истиче комодитет т. ј. потребу да се новим правилом не уноси поремећај у право. Фикције би дакле требале да значе начине за мењање и прилагођивање права приликама али како да се објасни то, да су оне у Енглеској постале сметња за развој права?

V. Развијање енциклопедије права код нас

Стварањем нове српске државе одмах је започео и рад на изучавању филозофије права. Тако одмах у почетку има неколико претставника природног права као Божа Грујић (1787—1807) са идејама Канта и Русоа о суверености народа, Иван Југовић (умро 1812 г.) који природно права ставља на теолошко-религиозну основу, Јован Стејић који излаже природно право по Катовом схватању и Јован Филиповић (1819—1876), који даје прву систематику филозофије права, наслањајући се на немачког писца Ернста Готлиба Шулцеа критикујући схватања Томазија и Канта.

Од краја XIX. в. и почетка XX. в. наступа утицај Хегела и Лоренца фон Штајна. Први је претставник Хегелових идеја код нас Димитрије Матић (1821—1884. г.) са својим делом о историји развитка права, морала и државе са делом „начела умног државног права“. У Хрватској је био претставник овог доба Мирко Микулчић са својом „Енциклопедијом правних наука“ од 1869. год.

Код Словенаца је био у XIX. в. развијена теорија природног права (то је било доба националног буђења код њих), који је први усвојио славни цивилиста Крањц. Утицај томизма и Канта показују дела Ушеничника и Крека у XIX. в.

Затим је на нашу науку поред природног права и хегелизма имала утицаја и историјска школа, која је код нас добила свога претставника у великом правном писцу Балтазару Богишићу.

На крају 19 и у почетку 20 века јавља се код нас и позитивизам и са њиме интерес за политичку историју и социологију. Ту се укрштавају разни утицаји као: нормативизма и природно-правне концепције у хришћанском (католичком) духу код Словенаца, социологизма код Срба, и филозофије вредности и културе код Хрвата. Углавном интерес за филозофију права се код послератних генерација не гаси, али и не расте.

Јула 1937 год.
Београд.

Саставио
Љубиша Љ. Јенко
докторанд права

