

Jedan kritički pogled na pokušaj moderne kritičke državnopravne teorije (Duguit-Kelsen) o subjektivnom pravu.¹

Gjorgje Tasić.

Postavljanje problema. Opšte mišljenje je, u nauci i van nauke, da ima subjektivnih prava. Misao o subjektivnim pravima su pak istakli na svojoj zastavi individualisti XVIII. st., čiji je cilj i bio baš taj, da nasuprot apsolutističkom shvaćanju o svemoći države stave individualna prava, slobode. Međutim, i pošto je prebrodjena epoha prirodnog prava, nauka dalje još i uvek još stoji na gledištu o egzistenciji subjektivnih prava, i Jellinek piše jedno značajno delo o »subjektivnim javnim pravima«. I evo sad dva pisca, protivnika tradicionalnih shvaćanja u više pravaca — Duguit i Kelsen, otvaraju rat protiv ideje subjektivnog prava, tvrdeći da ga uopšte nema. Ovi pisci imaju neocenljivih i, po našem mišljenju, istoriskih zasluga, emancipujući pravnu metodu (od sociologije, psihologije i politike); Duguit posebno pak još, emancipujući solidarističko (tačnije univerzalističko) gledište kao jedinu moguću osnovu za objašnjenje pravnih pojava, a Kelsen otkrivajući u izvesnim pravcima unutrašnju strukturu prava, — i ako sa preteranostima i zabludama koje nužno prate njihove polazne tačke, Duguit-evu sociološku i Kelsen-ovu normativističku. I, kad ova dva pisca tvrde da nema subjektivnog prava, tu ne može biti po sredi samo pitanje reči (naziva i terminologije) nego same suštine, i zato ne valja preći preko toga nego valja potražiti smisao takvog držanja i, eventualno, potražiti jednu formulu koja će od njihovih koncepcija ukloniti nesporazum, i po cenu da to bude korekcija njihovih koncepcija koja i dublje zahvata. Možda u toliko pre, što je Kelsen u početku (u svojim Hauptprobleme) smatrao da ima subjektivnog prava, pa ga docnije porekao.

¹ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome premier, Paris, 1921, Chapitre III La situation de droit, u vezi sa Chapitre III L'acte juridique.

Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, § 11 Das subjektive Recht, § 12 Die Rechtspflicht, § 26 Der personale Geltungsbereich der Staatsordnung (Das Staatsvolk).

Zbog oskudice prostora morali smo izostaviti tekstove, citirane radi dokumentacije, kao i citiranja druge literature, strane i naše. Kako je ovaj članak deo jednog većeg rada: Duguit-Kelsen, to ćemo imati prilike da i to docnije publikujemo.

Duguit. Evo kakvo je Duguit-evo gledište u najkraćim potezima.

Duguit ne poriče da je u svojoj primeni pravna norma istovremeno socialna i individualna. Ali to je, ako se ne varamo, dobilo izraza u razlikovanju opštih situacija od individualnih (apstraktnih, zajedničkih od konkretnih, posebnih), na kojoj se osnovi u francuskoj nauci razvila značajna teorija o pravnim aktima. (Jèze u administrativnom pravu). Ona priznaje neizbežnu razliku dužnosti i ovlašćenja, prava (i govori n. pr. o ustavnim pravima građana u smislu pozitivnog prava). Ali za njega to su samo objektivne situacije, u koje pozitivno pravo stavlja individue. On priznaje čak da individua može imati koristi. Ali za njega te koristi su ekonomske vrednosti koje ne mogu da od objektivnog prava naprave subjektivno.

Ono, što ne poriče, ne zadaje toliko teškoće, da se formuliše koliko ono što poriče, a od toga dolazi tek pravi i potpuni smisao njegove koncepcije. Laka je stvar, kad se poriče da nema prirodnih (ličnih) prava izvan pozitivnog prava: to je cela moderna nauka utvrdila i na objašnjenju toga nemamo se zašta zadržavati. Ali je teško da se pojmi kad se u okviru objektivnog prava poriče egzistencija subjektivnog; a to je baš ono što Duguit čini (kao i Kelsen s druge strane). Duguit i u tom slučaju obeležava kao individualističku i prirodnopravnu koncepciju tradicionalnu da ima subjektivnih prava, a subjektivna prava to su prava koja individua ima izvan društva, ili koja proističu iz nekakvog metafizičkog dostojanstva individue i, razume se, dodaje se odmah da je to nemoguće, jer čovek živi u društvu i jer se ne može učiniti put od individue kao takve, same za sebe, do norme, koja je po svojoj prirodi socialna, već naprotiv samo od norme, odnosno od socialnog života, čiji je jedan izraz pravna norma, do individue. Kako bi se dalo to protumačiti, a da se time ne potvrdi ništa drugo i ništa više nego da su subjektivna prava zasnovana na pozitivnom pravu? Po našem mišljenju to se da objasniti samo tako, da je solidaričko gledište, koje čoveka smatra samo kao člana društva, kao deo jedne celine, jedino u stanju

da objasni pravni poredak, i to, na ime, dvojako: 1. da individua, imajući subjektivno pravo, nije ništa apsolutno već nešto relativno, dato i u pravu sa socialnim vezama, sa zajedničkim interesima i potrebama; ili pak 2. da individua ne može biti cilj pravnog poretka već samo sve ono što ima važnosti po opstanak i razvoj socialnog života, t. j. sama celina, samo društvo.

Kod Duguita, koji poriče da ima subjektivnog prava i tvrdi da ono što se zove subjektivnim pravom nije ništa drugo nego funkcija, misao solidarnosti ne dobija samo prvi smisao već može da dobije i drugi. Pitanje je samo je li to dozvoljeno, kakve posledice ima u pogledu koncepcije društva i u odnosu prema jednom datom pozitivnom pravu i da li je to, u ostalom, u saglasnosti sa njegovim pojmom društva.

Ali treba ići dalje, jer tu ima još jedna strana stvari. Duguit ne samo da vidi jedno nedozvoljeno prenošenje etičkog pojma o ličnosti u pravo, gde nema nikakvih ličnosti suverenih, samih za sebe, već vidi i nešto više. Duguit vidi u pojmu subjektivnih prava jedan tipičan način supstanciranja, i to kod Duguit-a, u ovom pitanju naročito, takva konstatacija se ponavlja više puta, više nego inače. Ko tvrdi da ima subjektivnog prava, on vidi ili, upravo, pronalazi iza društvenih, odn. pravnih odnosa, substance ili volje koje prisvajaju sebi nešto. Iz tog supstanciranja sasvim prirodno sleduje da će jedna volja (supstanca) zapovedati drugoj volji kao viša, ona koja ima subjektivno pravo onoj koja ga nema. Medjutim šta to može da znači nego li jedna tendencija da se istakne preko solidarističke misli da nema jedne apsolutne individue takodje jedna čisto metodološka da volje u praksi imaju vrednosti na osnovu norme, a ne same po sebi, i da su samo funkcije njene i onda, kad imaju »subjektivno pravo«. On tvrdi da je pojam subjektivnog prava jedan način metafiziciranja, medjutim on završava (on sam, jer on tako zaključuje) da sva vrednost individue i njenog prava dolazi od socialne norme. Ali sve je to, ako ne neprecizno, barem ne direktno i uvek jednako i dosledno formulisanje ove misle. Medjutim njegovi argumenti direktno otkrivaju, i svakako kulminiraju, u jednoj takvoj, normativističkoj koncepciji, emancipiranja normativne

metode. Tu pojam supstance dobija spontano značenje materije subjektivnog prava, materialnih elemenata (volje ili interesa). A to je baš onaj glavni teren i onaj teren gde naša misao dobija svoj pravi i puni smisao, i protiv naše volje (teren argumentacije i diskusije).

Jer, evo koji su njegovi argumenti. (1) Pre svega ima jedna sfera subjektivnih prava koja je *izvanprava*: to su prava sloboda. Pravo zna samo da naredi ili zabrani, ali ne zna zato da dopusti, i kod prava sloboda samo izgleda da tu ima prava: u stvari tu ima samo zabrane za druge ljude, t. j. tu ima samo dužnosti. Akcije u toj sferi slobode ne proizvode pravnih posledica, već su čisto materialne i spadaju u domen drugih socialnih norama. (2) Subjektivna prava koja izlaze na površinu prilikom protivpravnosti, u stvari su samo posledice objektivnog prava. To je sasvim jasno kod krivične protivpravnosti, jer tu organi vrše samo jednu funkciju zaštite objektivnog prava. Tu, kao što ne može biti reči o nekoj dužnosti krivca, isto tako ne može biti ni o nekom pravu države koja i ne može da bude pravni subjekt, a nikada pravu pojedinaca čiji je interes tu stavljen u pozadinu. Ali takodje i principiuelno (t. j. i kod same civilne protivpravnosti i tim pre sigurno i kod drugih, u koliko se daju diferencirati) stvar tako stoji, jer se ne može objasniti kako se može pravo na tužbu i naknadu štete u opšte pojaviti tek protivpravnošću, kad ih dotle nije bilo, i to pravo naknade tek pošto je i ako je podneta tužba. Govoriti o nekom potencijalnom stanju u kome se nalazi subjektivno pravo znači unositi fizičke pojmove u pravo. Što se tiče zloupotrebe prava, to je jedna kontradikcija: *pravo* se ne može zloupotrebiti. (3) Pored toga što mi u izvesnim situacijama ne možemo utvrditi subjekte jednog prava (n. pr. kod jedne crkve) i ako tu neko ima ipak prava da podnese tužbu naročito pored toga, što ima situacija gde pravo tužbe ima subjekt kome ne pripada povredjeno pravo (jedan sindikat koji podnosi tužbu za svoje članove) — krivično pravo nam već ukazuje da je tužba jedno tehnično sredstvo objektivnog prava. Ali tužba je to uvek. Ako se uzme da ima subjektivnog prava samo gde ima tužbe, onda ćemo i refleksivna prava oglasiti za pravo (između kojih i subjektivnih prava u ostalom se ne može naći niko jedna jedna precizna granica). Ako pak uzmemo da ima subjektivnog prava kad god ima tužbe, onda poričemo subjektivno pravo, jer pravo tužbe se prostire vrlo daleko. Ako odvojimo tužbu kao zasebno pravo, onda tek priznajemo da je i samo zastićeno pravo deo objektivnog prava i da tu i nema individualnog prava, već dela jedne celine. — Svi ovi argumenti sasvim jasno pokazuju zašto teorija nije uspela da utvrdi pouzdan kriterium u čemu se sastoji supstanca subjektivnog prava: u volji, interesu ili u obadvoma. Ni



volja ni interes to ne mogu ni biti. Međutim, u istini ni volja ni interes ne mogu da se odvoje jedno od drugog. Volja sama za sebe bez sadržine ne znači ništa i stvar je nemoguća, ali ni interes po sebi ne može biti pravo, jer pravo se može pojaviti samo onda kad je interes povredjen i volja interveniše da ga zaštiti. Otuda je sasvim prirodna težnja nauke da dospe do jedne teorije koja će kombinovati ova dva momenta. Ali to znači da je moć volje suština subjektivnog prava, da ono predpostavlja jednu moć kod jednog lica koja se može nametnuti drugim, superiornost jedne volje nad drugom. Suprotnosti medju teorijama su prividne, pošto se vrednost socialna subjektivnog prava može pojaviti tek u momentu kad se interes potvrdi spolja manifestacijom volje titulara prava ili jednog drugog lica. Dovedena do te tačke, teorija o subjektivnom pravu gubi svoj smisao: jer u pravu nema nikakve više volje osim volje pravnog poretka, norme. U ostalom, moglo bi se u smislu Kelsenovih izvadjanja ukazati i na ovo. Interes i volja, shvaćeni kao konkretni, oni su savršeno relativna stvar; shvaćeni kao apstraktni, oni mogu biti samo identični sa pravnim poretkom, jer više se ne pita šta je htelo lice i da li je odista stvarno u pitanju njegov interes, već šta određuje pravni poredak: šta je on (pravni poredak) hteo s obzirom na opšti interes kako ga on razume.

Prešavši na taj način bitne perspektive norme: eliminišavši ono što je izvan prava; pokazavši da nema prelaza od protivpravnosti do subjektivnog prava i da se u vezi sa tužbom ne može izgraditi jedno subjektivno pravo i najzad porekavši tradicionalne teorije — Duguit dospeva do kulminacije u svojoj argumentaciji. Pošto je svaki naš akt, naša volja u njemu izražena, po mišljenju Duguitevom, samo jedan uslov primene objektivnog prava, to ni (subjektivno) pravo, kao ni dug, koji je posledica jednog takvog akta ne može biti ništa drugo. »Reći, da Secundus duguje 100 franaka Primus-u, to znači sasvim prosto da će on ako ne plati, povrediti jedno objektivno pravo koje naredjuje da se izvršuju preduzete obaveze.« Podneti tužbu pak ništa drugo nego da objektivna norma nalaže organima javnim dužnost da osiguraju izvršenje jednog duga. Ovakva argumentacija znači, da se u krajnjoj liniji osnov za poricanje subjektivnog prava nalazi u normativnosti prava, u tome, na ime, da je volja tako reći samo jedan refleks norme, nemajući jednu svoju samostalnost. I to nije slučajno, kad se poriče subjektivno pravo, kao što ćemo to videti pri kraju izlaganja.

Tako je Duguit koji je pošao od jednog solidarističkog (univerzalističkog) gledišta, dospao do normativnosti koja čini polaznu tačku kod Kelsena.²

Kelsen. Njegovo gledište ćemo izložiti prema njegovom delu *Allgemeine Staatslehre*, gde ga je on na jedan sintetičan i precizan način u kratko izneo.

Kelsen je, još u svojim *Hauptprobleme*, gde je vodio opširne diskusije sa tradicionalnim teorijama o subjektivnom pravu, naglasio transcendentni karakter ovog pojma, što će reći da su tradicionalne teorije volje, interesa i kombinovane, psihološke i socialne, i otkrio individualistički i prirodNOPravni karakter i u samoj teoriji interesa (jer ona takodje odvaja jednu sferu za individuu). Kao i na drugim pitanjima, i na ovom on dokazivao da su ovakve teorije posledica gledišta da je pravo imperativ (dakle imperativne teorije). Po tom gledištu s jedne strane ima jednog suverenog subjekta države koji zapoveda i s druge subjekata, pojedina i organizacija koje nisu država, koji slušaju, i ovi sad poslednji koji slušaju svojim subjektivnim pravima traže garantiju prema državi koja zapoveda, ne dajući joj da ulazi u jednu njihovu sopstvenu sferu. To pak odmah ukazuje na prirodNOPravni karakter teorija o subjektivnom pravu. Tamo je Kelsen, na jedan virtuozan način, ukazivao na sve konsekvence, naročito teorije interesa, da se gubi najzad svaki trag subjektivnog prava, da se individualni interes, kao i volja, utapa u kolektivni interes ili volju i da nam kraju krajeva ne ostaje u rukama ništa stvarnog osim norme. Pri tome Kelsen ističe specialno da nema (ne postoji) prava na s o p s t v e n u akciju, kao i dužnosti na tuđu (jer sopstvena akcija je nešto što pretpostavlja čoveka za sebe, van pravnih veza s drugim ljudima i što se može objasniti samo individualističkom koncepcijom (odn. protivstavljanjem suverenog državnog subjekta i slobodne ličnosti čoveka).

Ali u ovom delu on je sam jošte verovao da ima subjektivnog prava, i sve napore je upravio na to da nadje jednu formulu koja odgovara normativnosti prava. Tradicionalna, imperativistička teorija

² Potrebno je samo odmah napomenuti da u njegovoj argumentaciji gore izloženoj, ima takodje izvesnih momenata koje možemo obeležiti kao slučajne po vrednosti koju mogu imati, kao na pr. kad se kod krivične odgovornosti služi dokazom da država nije pravno lice. U tu kategoriju dokaza, po našem mišljenju, spada i onaj da ima subjektivnih prava gde nema subjekata, bez obzira na vezu s pravom tužbe jer, ako nema subjektivnih prava, ima pravnih situacija koje moramo vezati sa subjekte. To znači, da se stvar pre tiče problema subjekata, nego subjektivnog prava.

pitanje postavlja: čemu (čemu služi pravo), u mesto kako (kako se subjekt odnosi prema objektivnoj normi). Medjutim u njegovoj formuli subjektivnog prava sasvim se jasno ispoljio objektivistički karakter prava, jer volja pojedinca je bila samo jedan uslov da se stavi u istini jedina prava volja — volja države, a uz to on je bio još onda akceptirao primat dužnosti. Od toga do poricanja subjektivnog prava nije bilo daleko. Volja pojedinaca imala je već samo značaj funkcije norme. Konceptija subjektivnog prava pretpostavljala je jednu psihičku realnu volju, realan akt, jer onda je volja mogla imati neku samostalnost. Pošto medjutim u njegovoj koncepciji volja nije psihička, onda je imala postati isključivo samo sadržina norme, t. j. ona se na kraju krajeva kao njen refleks izgubila u objektivnom pravu.³

U *Allgemeine Staatslehre* on sasvim precizno kaže da cilj ne spada u opšte u sferu normativističkog gledišta, upućujući na svoj zaključak da opšta teorija o državi ne može u opšte da govori o cilju države. Interes je jedna relativna stvar i što je važno, moraće da se govori o prosečnom interesu, što je metodološki pogrešno jer jedan interes je svoj, ako je konkretan i, što znači da je on interes samog pravnog poretka. Volja koja se može pojaviti u više važnih i nijansiranih situacija u svojoj aktivnosti, na kraju krajeva može biti volja pravnog poretka. Ono što se naziva pravom, to je u stvari uvek dužnost drugog, u najmanju ruku dužnost države (kao u slučaju kad čovek pokreće spor). Relevantna je stvar tu da, i kad čovek podnosi tužbu, to što se naziva pravom jednog subjekta ne gubi svoj karakter objektivnog prava. Prava slobode pak u opšte i nema. Država, odn. čovek kao državni organ može samo ono, što mu pravni poredak dopušta, pošto kao državni akti mogu važiti samo činjenice koje su u pravnim normama regulisane. Reći: ja imam pravo da dišem, da radim, da šetam itd. ne znači pravno ništa drugo nego da nema nikakve pravne norme koja bi me obvezala na suprotno. « Kad god ima prava ima i dužnosti ali ne i obrnuto, što znači, da je dužnost primarna u pravu. Samo (subjektivno) pravo, tačnije ovlašćenje, je takodje jedna norma, jedno treba, što se vidi jasno u tome, jer ima se

³ Tu nije važna stvar da li je on u tom delu subjektivno pravo uhvatio pravilno po obimu.

kundarnih norama, koje određuju sankcije, t. j. koje predstavljaju dužnosti.

Ono, što ima, to je opšta (apstraktna) i individualna (konkretna) perspektiva prava. Subjektivno pravo je konkretna primena objektivne norme. Subjektivno pravo je i dužnost, jer zašto se ne bi i dužnost dovela u vezu sa subjektom i zašto subjekt ne bi mogao reći »moja« dužnost? Ako se kod javnih funkcija izbegava da se govori o subjektivnom pravu — mada i tu ima individualnih interesa i aktivnosti individualnih volja —, to pokazuje kako je po sredi jedna stvar, tuđa (transcendentna) pravu. Teorija subjektivnog prava pogadja istinu, u koliko je odista pri proizvodjenju (stvaranju) pravnih norama potrebno učešće pojedinaca, ali to nikako ne dokazuje, da ima subjektivnog prava, već samo pomaže da dublje pogledamo u strukturu prava i da, u pogledu subjektivnog prava, otklonimo teškoće da bi se pravo tužbe moglo logično objasniti prema pravu koje prati i prema političkim pravima, od kojih hoće da se odvoji.

O subjektivnom pravu može se govoriti samo sa gledišta cilja kome služi norma. I tu ima, kao i inače, individualističko i univerzalističko gledište. Ali dokle univerzalističko predstavlja tendenciju za formiranjem subjektivnog prava, individualističko je to koje ga održava i koje ga je stvorilo. Ideja o subjektivnom pravu je došla od ideje prirodnih prava sloboda individue i, prema tome, znači, sa gledišta pozitivnog prava, jednu konfuziju metoda (unošenje političkih momenata u normativno gledište).

Tako je Kelsen isto onako kao i Duguit, pojam subjektivnog prava oglosio kao zabludu koja potiče od jedne individualističke i prirodnopravne koncepcije.

Poredjenje. Očevidno je da je normativnost kod obadva pisca došla do izražaja. Tačnije rečeno, normativnost se pojavila i kod Duguit-a savršeno jasno i kulminirala u izjednačavanju prava i dužnosti kao uslova jedine prave stvarnosti, jedinog uzroka-norme (i ob subjektivnog prava nije ostalo ništa više nego samo da je to jedna ekonomska vrednost, korist). Ipak ima jedna razlika. I ona je u tome, što Duguit polazi od solidarnosti pa dospeva do normativnosti, Kelsen pak obrnuto počinje od normativnosti. Kelsen u samom početku ističe

normativističko gledište, smatrajući da subjektivno pravo znači posmatrati pravo (objektivno) sa gledišta cilja koji je transcendentan pravu i kad odbacuje individualizam. Usled ovih polaznih tačaka ima izvesnih razlika u akceptiranju momenata. Kao što su se kod Duguit-a pojavili momenti pozitivnog prava (na pr. razlikovanje krivične i civilne protivpravnosti, ili izvesne interesantne situacije po vezi subjektivnog prava i tužbe), i naročito opserviranje odnosa opšteg i posebnog interesa — tako se kod Kelsena pojavila u naročito jasnoj svetlosti struktura prava (ukazivanje na višestruke situacije volje prema pravnim normama, a naročito na vezu subjektivnog prava sa modusom stvaranja objektivnog prava). Ima tu izvesne razlike i u akceptiranju glavnih momenata i u pogledu same normativnosti. Ali to ne znači mnogo. Jedina ozbiljna razlika bi bila u pogledu solidarističke koncepcije prava, koja čini polaznu tačku kod Duguit-a. Ali, i tu će nam analiza otkriti dodirnih tačaka, jer se i kod Kelsena može da konstatuje barem tendencija ka univerzalizizmu, ako on nije latentno sadržan u njegovom normativizmu.

Kod Duguita se prelaz od solidarizma čini na taj način, jer je i norma socialna, i kao takva izraz društvene solidarnosti (ili prostije jedna organizacija koja zadovoljava opšte društvene potrebe, ograničavajući individuu i služeći se prinudom). Kod Kelsena međutim ta ista činjenica (vrednost socialna prava) mora imati vrednosti. Za Kelsena pravo je po svojoj prirodi ograničavanje. Iz toga je Kelsen izvukao zaključak, da je dužnost primarna. Ali iz toga se da izvući, da je pravo socialno, jer samo u društvu je moguće ograničenje, t. j. onde gde individua nije bila niti može biti apsolutna. To u ostalom potvrđuje činjenica da Kelsen nalazi da je samo individualističko gledište to, koje unosi ideju subjektivnog prava (i vodi ideji »stečenih prava«) i da ga univerzalističko ukida. Ali, ako je to tačno, onda znači da se pravo ne može objasniti individualističkom koncepcijom već samo univerzalističkom. (Druga je stvar, razume se, što je Kelsenu data mogućnost da univerzalizam shvati na jedan kritičan način i što ima pitanja koja imaju interesa samo kao čiste logičke konstrukcije, kakvo je na pr. pitanje o narodnoj suverenosti, koja je ponikla iz individualističke prirodno pravne koncepcije, ali gde je glavno da se narod ne može konstruisati kao jedan suvereni subjekt.) Ovo približavanje izbija i u jednom konkretnom momentu, i to na ime u negiranju karaktera subjektivnog prava pravima sloboda. U krajnjoj liniji tu mi možemo da nadjemo objašnjenje u podvajanju individualne sfere od socialne. Kod Duguit-a nam to izgleda glavni moment, od koga je on pošao, nesvesno ispunjen pojmom socialnog kod Durkheima. Duguit sam, do duše, veli da je to u strukturi norme. Ali struktura norme se određuje, pošto se prethodno odredi domašaj pravne norme; a to je, kritički uzevši, moguće samo na ovoj osnovi. Što se tiče Kelsena,

njegova formula kulminira u tome, da državna akcija može biti samo pozitivno regulisana. Ne znači li to da je država jedna društvena institucija za zadovoljavanje zajedničkih potreba i nije li to, (što spada u državu) na njegovom jeziku, u kome pojam države igra centralnu ulogu, socialno, a drugo (što ne spada u državu) individualno i samo individualno. Ali njegovo tvrdjenje da prava sloboda znače da tu nema norme (koja bi ih obvezala na suprotno), i ne može naći drugog objašnjenja nego koje smo dali (u što će nas uveriti kad damo odmah niže svoj kritični pogled na ove teorije).

No sasvim je pojmljivo da će ipak ostati i u ovoj stvari jedna razlika među njima, i ona se sastoji u tome, što Kelsen ne ide dokle ide Duguit. Duguit-u je važno u ovoj stvari odnos individue prema celini, i to, na ime, njena relativnost i zato on ukazuje na materialne posledice otuda. Kod Kelsena naprotiv sva je pažnja obraćena da se formalno emancipuje samo za sebe, t. j. položaj individue u strukturi prava a u toj težnji prirodno je da Kelsen odbaci podjednako individualizam i univerzalizam. Ali nama izgleda da tu čini jednu kontradikciju, kad s druge strane uzima da je samo individualizam taj koji stvara pojam subjektivnog prava i koji dolazi u opreku s pozitivnim pravom. Tu Kelsen ima pravo, u koliko se mogu postaviti dva različita pitanja (o samoj strukturi po sebi i čemu služe norme odn. kome). Ali to ne znači da univerzalizam nema vrednosti u opšte. On je ima, i ona je u tome, što samo univerzalizam (koji čoveka priznaje kao socialno biće i u pravu ga uzima u socialnim vezama) može objasniti pravo. Kakav je taj univerzalizam i koliki je njegov domašaj, to je stvar za sebe. Medjutim Kelsenov normativan »formalizam« izdaje ga na ovom pitanju, te ne može dovoljno jasno da izvede ovu ideju i dovodi ga čak u protivrečnost (da tvrdi da se i univerzalizam ne tiče protivnog prava, a da je ipak samo individualizam kriv za subjektivno pravo). Ali to nije prvi slučaj kod Kelsena koji operiše s pojmom prava kao Norme.

Kritički pogled. Nemajući dovoljno prostora, mi ćemo se ovde ograničiti da ukažemo u svoj kritičkom pogledu na neke bitne momente na jedan najkraći mogući način.

Pre svega, nama izgleda da se o subjektivnom pravu mora govoriti sa gledišta pozitivnog prava. Kad je pozitivno pravo odredilo jednom generalnom klauzulom (izrično ili prećutno; kako u opšte, ovde je indiferentno) da pojedinci mogu braniti svoja prava tužbom i da mogu tražiti naknadu štetu, onda nauka treba da odredi koje su to pravne situacije (naročito ako pozitivno pravo čini razliku između subjektivnog prava i neposrednog interesa). Tu ne pomažu

argumenti Duguit-evi o odnosu tužbe prema subjektivnom pravu (da nema na pr. precizne granice između subjektivnog i refleksivnog prava, ili da teorija nije jošte uspela da dodje do jednog objašnjenja i jedne definicije subjektivnog prava). To su nezgode koje se inače susreću u pravu i, što se tiče odnosa subjektivnog prema refleksivnom pravu, po našem mišljenju, neizbežne, pošto u pravnom svetu ima prelaza, kao i svuda u životu. Medjutim, ipak, Duguit i Keisen su nam i tu omogućili da subjektivno pravo shvatimo kao izraz individualizma. Pravo, na ime, danas ogradjuje jednu individualnu sferu, ostavljajući da se individua slobodno kreće u zaštiti izvesnih svojih interesa (ako oni nailaze da su odista po sredi njihovi interesi u granicama mogućnosti koje je pružilo pozitivno pravo) i stavljajući joj na raspoloženje da se sama brani tužbom. Ali to ne znači da samo onda ima tužbe. Tužba je jedno tehničko sredstvo da se obezbedi pozitivno pravo. I zato, i ako je pozitivno pravo vezuje normalno za subjektivno pravo i za lice kome ono pripada, po individualističkom principu, ipak gde su angažovani i drugi interesi i gde je važno osigurati samo objektivnu zakonitost, domen tužbe se proširuje. Isto tako, a priori, ne znači da mora biti naknade šteta samo onda, kad ima subjektivnog prava. Ako ima drugih principa u pravu (pored ovog individualističkog), koji traže naknadu štete, u opšte ako su potrebna ograničenja individualizma u ovoj tački, onda se ne vidi zašto ne bismo mogli dati naknadu štete, i kad nema subjektivnog prava. Duguit je u ovoj stvari pokazao izvanrednu naučnu smelost tvrdeći u dvema trima situacijama da je tu data naknada štete, i ako nema subjektivnog prava. Mi mislimo ipak da je on tu u pravu.

Sociološki uzevši, mora se priznati individualni interes, ako se neće da padne u nenaučne koncepcije o društvu kao realitetu za sebe (organističke i metafizičke odn. teleološke). Prava pozitivistička koncepcija mora priznati realitet individue, izvesnu njenu samostalnost prema socialnom. Nikako to ne znači da tu ima jedna apsolutna pregrada između individualnog i opšteg interesa i neka isključiva suprotnost medju njima. Idealnih slučajeva samo posebnog i samo opšteg ni po tradicionalnoj teoriji nema, već interesa, ka-

ko je to i tradic. teorija formulisala, neposredno posebnog i posredno opšteg (kao i obrnuto). U istini pak ima pretežno posebnog ili opšteg ili istovremeno posebnog i opšteg kombinovanih na razne načine, i pozitivno pravo se prema tome odlučuje na jedno ili drugo, posebni ili opšti interes, ako ne prizna da su kombinovani. Medjutim, pozitivističkoj sociologiji se prebacuje da je potencirala važnost socialnog i da u vezi s tim pravi konfuziju opservacija socialnih činjenica sa idealom, s etičkim ili političkim postulatima. Odista, kad Duguit, u smislu koncepcije Auguste-a Compte-a, tvrdi da individua nema subjektivnih prava, već samo funkcija (dužnosti), onda je samim tim upravljen da napusti teren solidarnosti (uzajamne zavidnosti) kakva je data i da konstruiše sistem prava, u kome je, po našoj formuli, glavna tendencija upravljena da se obezbedi opstanak svake individue (ili, recimo, zaštite svi članovi). To bi značilo da je on prešao na teren jednog specialnog pozitivnog prava (na pr. kakav je nemački ustav) ili da, kad to nije ostvareno u zemlji na koju on misli, jedan ideal. U tome se može ići vrlo daleko do onog idealnog stanja kakvo zamišlja sebi jedan hrišćanin (gde bi individua bila gotova da sebe žrtvuje za celinu, gde bi vladala ljubav), mada to ne bi moralo značiti da se ukidaju sve slobode ili čak da se mnogo ograničavaju (pošto su na pr. duhovne slobode potrebne za celinu). Univerzalizam, pravilno shvaćen, zasnovan na pojmu društva kao uzajamne zavisnosti ljudi — kako je to Duguit vrlo dobro precizirao sam, pri čemu je toliko naglašavao realitet individue, da su mu pozitivisti zamerili da tu više nije pozitivista, naročito ne priznajući društvene zajednice i državu kao pravno lice — znači da se individua i u pravu ima da uzme sa svojim socialnim vezama (barem sa elementarnim zajedničkim interesima svijui članova, odn. države) i njena prava kao relativna. On znači, zatim, da je pravo jedno ograničenje individue i da je sloboda takodje, kao društvena pojava, sama jedno ograničenje, pa ipak zato jedina sloboda za koju čovek zna i koju može imati, jedina i prava. On čini, sem toga, objašnjivim sve oblike pozitivnog prava (i solidarističko ili socialističko ili hrišćansko kao i individualističko ili egoističko ili nehrišćansko), trans-

formaciju njegovu pod uticajem transformacije društvenih odnosa, t. j. društvene solidarnosti i, iznad svega, da nikad nije bilo »čistog« individualizma, što je O. Spann u ekonomiji takodje definitivno utvrdio. Jedna univerzalistička koncepcija dakle vrši u pravnoj nauci sličnu ulogu teorijama koje vrše realističke teorije u ekonomiji koje neće da operišu barem isključivo, s apstraktnom jedinicom, atomom kakav je homo economicus. — Kako su granice dokle će ići ograničenja individue po prirodi stvari sasvim relativne u jednom individualističkom sistemu (kakav je na pr. ustav Sjedinjenih Američkih Država) i kako je razlika između individualističkih i solidarističkih u tendencijama, to je kod Duguit-a moglo lako da se desi da, govoreći o solidarizmu kao univerzalizmu u opšte, govori o solidarističkom pravu, naročito kad su se mogle opažati transformacije modernog prava, čak i protiv zakona i ustava u tome pravcu. Pa ipak, Duguit-eva misao univerzalizma jasno se kreće oko centralne tačke stvari i dobila je jednu relativno odličnu formulu u pojmu čoveka kao socialnog bića i čoveka, uvek, zavisnog od drugih ljudi, i njegove praktičke opservacije i zaključci kreću se oko toga. Kod Kelsena je tu slučaj taj, da je došao, kao i na drugim pitanjima, do sasvim odredjenog odbacivanja individualizma, ali ne i do univerzalizma, kako je to pokazano napred.

Obadva ova pisca, i Duguit i Kelsen, opazili su da je pravo ograničenje ili vezanost. I ono to jeste, jer čak i jedan ugovor znači već jedno uzajamno ograničenje individua. To ograničenje u pravu se pojavljuje još u toj specialnoj formi, da ne samo u državi u stvari jednostrana akta čine polaznu tačku u regulisanju, već ima i sankcije (t. j. dužnosti za isvesna lica da štite prava, što će reći primarne norme). Kad iz toga ovi pisci izvedu da je dužnost primarna (da je pravo bez dužnosti nemoguće) oni imaju pravo, u koliko je odista moguće, da svi organi imaju dužnosti u kom će smislu raditi i da li će raditi (pretpostavljajući da je zabranjena ili nije predviđena revizija ustava) i da od državnih organa zavisi hoće li davati prava individuama, odvajajući javnu od privatne sfere.

Praktično, međutim, tu valja staviti ograničenja. Jer tu je pre svega potrebno da prvi organ, koji je ponikao neposredno iz socialnog života i koji ne može biti obuhvaćen pravnom metodom, mora imati čak neograničenu slobodu kako će shvatiti opšti interes, kao i da mora biti jednog organa koji će vršiti čak neograničenu kontrolu (po antinomičnoj prirodi prava da samo sebe, i ako ograničenje, ne može da ograniči). Jer tu, zatim, mora biti jošte momenata sloboda i kod samih upravnih organa, čak i u pravnoj državi. Da ne govorimo o slobodama pojedinaca — gde bi bilo interesantno da se odredi minimum priznanja slobode i interesa koje mora da imaju (s obzirom na to da pravo ima da razpolaze uvek nekim sankcijama koje će imati uticaja na ljude).

Kad iz toga zaključuju da nema subjektivnog prava, oni su takodje samo relativno u pravu.

Mi znamo da i ovlašćenja (čija se egzistencija mora priznati, ali koja se ne moraju priznati kao subjektivna prava) moraju biti zasnovana na pravnim aktima (jerarhijski povezanim), da imaju sankcije koje su dužnosti za lica koja ih imaju i lica koja ih vredjaju kao tuđja (prava) i da tužba nije ništo drugo nego sredstvo objektivnog prava da se zaštiti. Pitanje je da li se iz toga može zaključiti da nema subjektivnih prava. Mi možemo priznati svu relativnost slobode u pravu: da čovek ima slobodu u tom ili tom pogledu, odn. toliko a u drugom ima dužnosti (mora), da jedno pravo može povući za sobom niz dužnosti i da su prava i dužnosti najintimnije povezana; da se subjektivno pravo postepeno formira dokle ne dospe do jednog dovoljno konkretnog oblika da spada u domašaj pojedinaca (jedno pravo na pr. povredjeno zakonom nema sankcije ili jedno pravo zavisi od diskrecione vlasti državnih organa). Pa ipak ne bismo se mogli odlučiti da nema subjektivnih prava. Ako se subjektivno pravo shvati kao sloboda u individualnom interesu, onda mi priznajemo da ima subjektivnih prava. Stvar je u tome, što moramo priznati realitet slobode kao i dužnosti. Organičenje ili regulisanje koje vrši pravo, s jedne strane posmatrano, znači dužnost: to je ono što je pozitivno regulisano (mora naše ponašanje biti takvo ili onakvo) ali s druge strane ono je slobod-

da: to je ono što je negativno regulisano (može ako ili kako hoće). Između te dve situacije postoji razlika koja praktično nesumnjivo znači, i nju priznaju i Duguit i Kelsen, obeležavajući pravo kao situaciju ovlašćenja (ili, nedovoljno kritično govore o subjektivnom pravu u smislu pozitivnog prava). Uvek je tu u pitanju norma, ograničenje ili regulisanje, ali ta norma radja iz sebe, kroz niz pravnih akata, počevši od primarnog ustava do poslednjeg konkretnog akta, dve različite situacije: dužnost i sloboda. Ako je ta sloboda u posebnom interesu, onda zašto takvu situaciju ne bismo obeležili subjektivnim pravom, bez obzira na neminovnu relativnost posebnog i opšteg interesa, relativnost njihove suprotnosti? Uvek je tu jedna ista stvar, norma, ali jedna složena stvar koja znači u jednom odnosu dužnost u drugom slobodu, stvar koja je složena iz dve stvari: dužnosti i slobode. Treba dakle da razlikujemo akta pravna, jerarhijski poredjana, jerarhiju koja je glavni nerv prava i situacije ljudi koje su dvojake. Istina, te situacije su podjednako zavisne od jerarhije (akata) i, naročito, da li će biti slobode (kad zamislimo idealan slučaj da pravo sve reguliše, na pozitivan način kao dužnost, kao mora, što izvedeno do apsolutnosti nije ipak apsolutno — stvar koja se ovde ne može razvijati). Pa ipak ne smemo smatrati da nema razlike među ovim situacijama. Sa jednog pravog pozitivističkog, empiriskog gledišta važno je da, kad ih ima, među njima postoji jedna razlika o kojoj moramo da vodimo računa. (Njih pak mora biti u praktičnom životu, i nauka, koja je dužna da o pravu vodi računa kao socialnoj pojavi o socialnim mogućnostima, vodiće računa i o ovome).

Ako o ovoj razlici ne vodimo računa, onda smo mi u oblasti jednog metafizičkog (u rdjavom smislu reči) načina mišljenja. Onda se, na ime, zamišlja kako norma sadrži sve u sebi unapred i kako se sve pojave stapaju u jedno jedino. Duguit i Kelsen, poričući subjektivno pravo, došli su odista do toga. Jer šta to znači drugo kod Duguit-a kad tvrdi da je individualna volja samo uslov, a norma pravi izvor svih pravnih posledica, i šta znači drugo

kod Kelsena kad tvrdi da su ovlašćenje i dužnost samo sadržine norme koja uvek ostaje dužnost (treba)? Ne znači ništa drugo nego da su oni došli do jednog pojma norme, koja kao ono suvereni subjekt državni drži sve u sebi (ma da su obojica dublje i srećnije rešili pitanje odnosa države i prava nego teorija državne suverenosti) i ništa drugo nego sve unificirati, što se jasno ispoljilo kod Kelsena u opšte i na drugim problemima. Duguit i Kelsen pozitivisti u pravu, i Duguit pozitivista u opšte, izašli su iz granice pozitivizma. Kelsena tu prati fatalno njegov pojam norme kao nečeg suprotnog fakticitetu, u njegovom prenapregnutom dualizmu norme i stvarnosti, a Duguit-a je tu zadesila sudbina koja i pozitiviste sociologe kad zaborave na realnost, vrednost, samostalnost individue u socialnom procesu. Vratimo se dakle na pravi pozitivizam, na pravu formulu njegovu u ovom pitanju!

Pa ipak, i pored svega toga, zasluga ovih pisaca i na ovom pitanju, na kome su imali najmanje izgleda na odobravanje u naučnim krugovima i gde su izazvali jednu mnogostruku opoziciju, i tu njihova zasluga je ne mala. Oni su otkrili i ukazali na funkcionalni karakter subjektivnog prava, na njegovu relativnost kao posebnog interesa u odnosu na opšti, na njegovu relativnost kao slobode u strukturi prava. Subjektivno pravo nije nikakva supstanca ogradjena, sama za sebe, već deo i član jedne celine, bez koje se ne može shvatiti i bez koje ne znači ništa. To je medjutim stvar, koja se zaboravlja u tradicionalnoj teoriji, za koju se u najmanju ruku nema osećanja. Da to vredi mnogo i praktično, pokazali smo napred u pogledu tužbe i naknade šteta, a možemo pokazati još i u mnogim drugim pitanjima, kao i da je tu tradicionalna teorija grešila, padajući u izvesnim momentima u individualističko-prirodnopravno gledište. Ali to su stvari koje zaslužuju da se naročito obrade i možda je dužnost onoga koji dodje do zaključka do koga smo mi došli, da osvetli i dokaže svoje tvrdjenje o tradicionalnoj teoriji u jednoj specialnoj studiji.

