

UDK 316.334.4+340.1+321.011+342.9+342.7

Odnos suverenosti prema vladavini zakona

FRANZ NEUMANN

Sažetak

U pravnom smislu suverenom se naziva svaka institucija koja ima nedelegiranu i neograničenu moć da izdaje opće norme i pojedinačne zapovijedi. U sociološkom smislu suverenom se naziva svaka institucija koja ima ne samo pravnu ovlast već i sposobnost da svoje norme i zapovijedi provodi. Temeljna prava možemo raščlaniti prema stvarnim sadržajima na koje se odnose na: individualne ili osobne slobode, političke slobode, ekonomske slobode i socijalne slobode koje su se povijesno razvile iz ekonomskih sloboda. Jedan je od središnjih problema sociološkog istraživanja pitanje u kojem su međusobnom odnosu navedene četiri skupine temeljnih prava. Sukob između suverenosti i prava čovjeka povezan je s različitim predodžbama o zakonu: »političkoj« i »materijalnoj«.

1. TEORIJA SUVERENOSTI

U *pravnome* smislu suverenom se naziva svaka institucija koja ima nedelegiranu i neograničenu moć da izdaje opće norme i pojedinačne odluke.

U *sociološkome* smislu suverenom se naziva svaka institucija koja ima ne samo pravnu ovlast već i sposobnost da svoje norme i zapovijedi provodi. U sociološko razumijevanje suverenosti uključena su, dakle, oba elementa: pravo i faktična moć.¹ Svaki se analitičar suverenosti države mora čuvati sinkretizma koji postoji u predmetu. Stalno se iznova opaža kako su se ispremiješala tri različita aspekta koja smo uključili u svoje promatranje — pravni, političko-sociološki i etički. Tako sociolog uzima odgovore na svoja pitanja od pravnika, a obojica opet vjeruju da mogu dobiti odgovor od filozofa koji postavlja pitanje da li je čovjek obavezan na poslušnost spram suverenosti itd. Prva mjera opreza, koju bi valjalo poduzeti za obradu pitanja suverenosti, jest stoga ponajprije bezokolnosno i bezobzirno razdvajanje tih triju problemskih područja.

¹ John Austin, *Lectures on Jurisprudence* (4. izd. iz 1873. godine) daje ovu definiciju: »Ako netko tko je ljudima pretpostavljen, a tko ne iskazuje poslušnost nijednome drugom pretpostavljenome, uobičajeno nalazi sljedbenike u većini ljudi danog društva, on je suveren u tome društvu i društvo je (uključujući pretpostavljenoga) političko i nezavisno društvo«. »Doista nezavisni dio...nije društvo, već suvereni dio društva.« »Država je, normalno, istovjetna sa suverenom.« Prva je rečenica nepotpuna, jer iskazuje jedino element poslušnosti, i preuska, jer je nama značajno jedino zbiljsko iskazivanje poslušnosti. Druga i treća rečenica nisu, doduše, sretno formulirane, ali su inače suglasne s našom definicijom. U sve tri formulacije nedostaje element prava. Povezanost s Benthamom naglašava C. E. Merriam, *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau*, New York 1900, 131, 135.

Dalje razjašnjenje nužno je spram teoretičara čistoga pravnog nauka: u sociološkome smislu nije suveren pravni poredak, kao što to tvrdi Kelsen.² Prema našoj definiciji, suverenost nije istovjetna s predodžbom uglavnom nedelegirane prirode pravnoga sistema, njegove dalje neizvodivosti. Prema čistome pravnom nauku, svi odnosi nadređenosti i podređenosti svode se na to da su ovlasti delegirane iz jednoga središta, ili eksplicitno ili implicitno. Država je tako posljednja točka pripisivanja i istodobno je sama poredak koji se ne može dalje delegirati. Što u toj konstelaciji može značiti »točka« i kako je moguće da »točka« može istodobno biti poredak, to nisam uopće mogao dokučiti, pa ni nakon iscrpnoga pregledavanja svih dostupnih Kelsenovih spisa.³ Čisti pravni nauk može doista biti samozadovoljan i zaokružen, ali on ne rješava nijedan politički problem niti što drugo. Prema našoj definiciji, suverenost uključuje, doduše, i zapovijed, ali zapovijedi i norme mogu donositi, prema svemu onome što znamo, jedino ljudi a ne neki »poredak«.⁴

Ne zadovoljava ni dualistička teorija Carla Schmitta, koju je već prije iskušao Anton Menger.⁵ Prema Schmittu, »suveren je onaj tko odlučuje o tome što uspostavlja izvanredno stanje. Tu je definiciju razvio u knjizi »Die Diktatur«,⁶ gdje se lađa da pokaže kako su čak teoretičari prirodnoga prava 17. stoljeća, prvenstveno Pufendorf, pod suverenošću razumijevali odluku o izvanrednom stanju. Suverenost je, po tome shvaćanju, bitno rubni pojam, on se odnosi na krajnje krizno vrijeme, na stanje u kojoj je država kao takva ugrožena. Takvi slučajevi ne mogu, dakako, svrstati u pravni poredak. Uvjeti izvršavanja i sadržaji suverene punomoći neograničeni su, jer ih je nemoguće izvesti iz općih normi. Suveren odlučuje, dakle, o dvome: prvo, da li postoji takvo izvanredno stanje i, drugo, kojim se sredstvima može prevladati. Suveren je izvan pravnoga poretka i zato može povrijediti ustav ili ga cijeloga obesnažiti. On odlučuje, na koncu, sâm o tome kada je opet nastupilo normalno stanje.

S Carlom Schmittom se treba suglasiti utoliko što se ni u jednoj definiciji ne smije isključiti izuzimanje normalnoga, izniman slučaj mora zauzimati jednako značajno mjesto kao normalan slučaj — često se normalno i opaža jedino pomoću nenormalnoga. Ali nenormalno ne smije postati sastavnim dijelom neke definicije. Primjerice: ako jedan ustav dodijeli nekome državnom organu izvanredna ovlaštenja, kao što to daje Vajmarska Republika članom 48 predsjedniku države, postavlja se pitanje da li je on prisiljen opozvati svoje diktatorske mjere ako to zahtijeva neki drugi državni organ, u ovome slučaju parlament. Tko je u tome slučaju suveren? Predsjednik, parlament, oba skupa ili narod koji oba predstavljaju? Schmittova teorija ne odgovara na to pitanje nipošto jasno. U državi, u kojoj vlada takozvano načelo podjele vlasti, gdje je pravilo razdvajanje

² Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen 1920. Slično u mnogim drugim spisima.

³ Kao kritiku središnjih postavki čistoga nauka usp. C. H. Wilson, *The Basis of Kelsen's Pure Theory of Law*, u: *Politica*, 1934, 54 i d.

⁴ Tako, također, Hermann Heller, *Die Souveränität*, nav. dj. str. 38.

⁵ Anton Menger, *Neue Staatslehre*, 1903, 166 i d.

⁶ Izd. 2. München-Leipzig 1934, 201. Usp. također Carl Schmitt, *Politische Theologie*. Četiri poglavlja o nauku o suverenosti, 2. izd. München-Leipzig 1934, 11.

funkcija, ne pomaže nadalje Schmittova definicija. U cezarističkoj demokraciji više se, dakako, uopće ne postavlja pitanje o nosiocu suverene vlasti, i to posve neovisno o tome koja se definicija suverenosti uzima. Beznormna volja Carla Schmitta ne rješava problem kao ni bezvoljna norma Hansa Kelsena.⁷ Ako pod državom razumijevamo nešto nepravno (kao, primjerice, Gierkeov nauk o sljedbeništvu, koji daje naturalističku definiciju), onda država može imati vlast, ali nema pravnu vlast, kako je postulira naša sociološka definicija.

2. TEORIJA VLADAVINE ZAKONA

(a) Teorija vladavine općih normi (racionalnost)

Sociološka analiza prava ne bavi se samo pravnim normama i njihovim socijalnim supstratom već, povrh toga, ponašanjem i djelatnošću ljudi. To što je pravo proizvod socijalnih snaga znači da je shvaćeno kao proizvod ljudske djelatnosti, koju određuju socijalne snage i na koje ona povratno djeluje.

Ljudsko ponašanje može biti racionalno i iracionalno. Govorimo li o racionalnome ponašanju, ne mislimo time na *racionalističko* ponašanje. Imenica koja odgovara pridjevu »racionalno« jest »racionalnost«, dok »racionalističko« korespondira s »racionalizmom«. Možda se može reći da je pojmovni par »racionalno racionalističko« ide usporedo s uobičajenim razlikovanjem u njemačkoj filozofiji »um razum«. Novija politička teorija i filozofija prava u Njemačkoj trpe od toga što se oba ta pojma upotrebljavaju redovito kao sinonimi.

Racionalno utemeljenje prisilne vlasti države i prava jest opravdanje na osnovi potrebe ili volja ljudi. Takva racionalna teorija ne poriče da ljude, ljudske skupine ili klase ne potiču i drukčiji do intelektualni motivi, recimo praznovjerje, vjera ili potisnuti nagoni. Racionalni pristup vidi da te iracionalne snage imaju više ili manje presudnu ulogu, uzima, dakle, u obzir postojanje svih mogućih iracionalnih elemenata i pokušava ih objasniti. On hoće pokazati kako i zašto postoje takvi iracionalni tragovi (uz pomoć psihologije na razini pojedinca, uz pomoć sociologije na razini socijalnih snaga) i hoće objasniti zašto se odnos između racionalnih i iracionalnih elemenata mijenja. Racionalistički pristup, naprotiv, promatra čovjeka kao čisto intelektualno biće, kao apstraktnu točku pridruživanja. Primjer su prirodno pravo i Kantova filozofija.

Kadgod govorimo ovdje o »racionalnome« ili o »racionalnosti«, mislimo na navedenu vrstu racionalnosti i ništa drugo. Kažemo li da su država i pravo utemeljeni svjetovno i racionalno, mislimo da država i pravo nisu tvorevine ni Boga ni đavla, da nisu ni nadljudske ni podljudske institucije, da su, prije, naprosto ljudske institucije koje nastaju iz volja ili potreba ljudi.

Razlikujemo, s Karlom Mannheimim, supstancijalnu i funkcionalnu racionalnost i, usporedo s time, supstancijalnu i funkcionalnu iracionalnost. »Pod supstancijalnom racionalnošću shvaćamo jednostavno proces mišljenja i razumijevanja, ukratko sve što je po svojoj biti kognitivno.« S druge strane,

⁷ Hermann Heller, Die Souveränität, 62.

supstancijalna iracionalnost znači »sve one psihičke fenomene koji po svojoj biti nisu kognitivni.«⁸ Prema Maxu Weberu, racionalno ponašanje može biti, opet, svrhovito racionalno ili vrijednosno racionalno.⁹ Ono je vrijednosno racionalno ako je ponašanje djelatnoga subjekta motivirano vjerom u jedinstvenu (etičku, religioznu ili estetičku) vrijednost određenoga tipa ponašanja kao takvoga, neovisno o njegovim rezultatima. Ako čovjek želi određenu vrijednost realizirati svojim ponašanjem, primjerice onim bratske ljubavi, i sve svoje druge motive podređuje toj jednoj vrijednosti, možemo njegovo ponašanje nazvati vrijednosno racionalnim.

Svrhovito racionalno ili Mannheimovom terminologijom, funkcionalno-racionalno jest ljudsko ponašanje ako postoje dva kriterija: organizacija aktivnosti mora biti usmjerena na dani cilj i mora sa stajališta izvanjskoga promatrača, postojati određena predvidivost tih aktivnosti.¹⁰ Terminologijom Maxa Webera možemo govoriti o svrhovito racionalnome ponašanju ako se ponašanje stvari ili drugih ljudi promatra kao sredstvo za postizanje vlastitih željenih i predviđenih ciljeva.¹¹ Svrhovita je racionalnost odnosno funkcionalna racionalnost, dakle, funkcija danoga cilja. Isto ponašanje može u istoj situaciji u odnosu na neki drugi cilj biti iracionalno, i cilj sam može biti iracionalan, na koncu ponašanje u iracionalnoj situaciji može biti svrhovito racionalno. Tako postoji, primjerice svrhovita racionalizacija duhovne kontemplacije, čak teorija države i prava, koja se poziva na očitovanje, može u sebi samoj biti racionalizirana.¹² W. A. Robinson skrenuo je našu pozornost na činjenicu da čak na najnevjerovatnijim područjima, primjerice pri prakticiranju kraljevskih prerogativa pomilovanja te krajnje modifikacije racionalnoga prava može biti ekstremno jaka sklonost »konzistentnosti« (samo drugi pojam za »racionalnost«).¹³

Racionalnost u političkoj i ekonomskoj sferi nije uvijek proizvedena samim pravom. Ona se može doseći i sredstvima koja su strana pravu. Racionalnost političkih odluka može se, primjerice, u prijelaznome stanju ishoditi izvanpravnim sredstvima. Na prijelazu u totalitarnu državu, kojom vlada monopolistička partija, međusobno su, primjerice, suprotstavljeni državni i partijski aparat. Kao što su pokazali slučajevi Italije i Njemačke, partija ponajprije dominira državom. Trocki je u svojoj knjizi *Povijest ruske revolucije* točno opisao fenomen dvojne vladavine. U takvome stanju monopolistička partija može pretvarati političke odluke u političku zbilju bez pomoći prava, a ipak na racionalan način. To je, dakako, moguće samo u prijelaznome razdoblju, koje ne može biti trajno. Nastupanjem normalnoga stanja pozicija moći mora se ili napustiti ili legalizirati.

⁸ Karl Mannheim, *Rational and Irrational Elements in Contemporary Society*, London 1934, 34.

⁹ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 12.

¹⁰ Mannheim, *isto*, 15.

¹¹ Max Weber, *isto*, 12.

¹² Usp. Max Weber *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Tübingen 1972, sv. 1, 11 i Mannheim, *nav. dj.*, 29.

¹³ *Justice and Administration Law*, London 1928, 189—190.

I u ekonomskoj sferi racionalnost razmjenskoga procesa može se postići izvanzakonskim sredstvima. Primjerice, u nekome pravnom sistemu, koji je inače iracionalan, ili u nekom sistemu, koji je inače racionalan, ali privremeno ne funkcionira, često se proračunljivost državnoga aparata postiže podmičljivošću predstavnika države. Ako se građanin može osloniti na mogućnost da podmičivanjem može postići svaku, pa i zabranjenu podršku države, tada očekivanje da podmičivanje osigurava odgovarajuće djelovanje ili nedjelovanje države može predstavljati, u određenim okolnostima, jednako sigurnu kalkulacijsku osnovicu za ekonomski subjekt, kao što je to inače racionalni pravni sistem koji normalno funkcionira.

Pravna iracionalnost, o kojoj je riječ, nije strana pravu, nego je, naprotiv, pravno izvanredno značajna. Oslanjamo se pritom na Maxa Webera, koji razlikuje dvije vrste iracionalnoga prava.¹⁴ Pravo može biti formalno-iracionalno ako se pri kreiranju i primjeni prava koriste drugačija sredstva od onih što su intelektualno provjerljiva. Primjer je obraćanje proročinstvu — tu je pravo iracionalno, jer se odluka ne može predvidjeti, i formalno-iracionalno, jer pravni sustav ili običaj nalaže obraćanje proročinstvu radi crpljenja ili primjene prava. Ali iracionalno pravo može biti i materijalno-iracionalno, što znači da se poduzimaju konkretna vrednovanja etičke ili političke vrste individualnih slučajeva ili se naprosto donose intuitivni stavovi koji, onda, postaju osnovicom individualnih odluka, umjesto obraćanja općim normama. Kadijsko pravosuđe može se svrstati u tip materijalno-iracionalnoga prava: kadija zasniva svoju odluku isključivo na individualnome prosuđivanju slučajeva koji mu se iznose, on se ne mora držati općih normi niti to doista čini.

U oblasti *racionalnoga* prava želimo utvrditi razliku koja se ne pojavljuje u Weberovoj klasifikaciji, naime onu između imeničkoga (substantive) i pridjevska (adjective) prava. Ona se temelji na jednostavnome promišljanju. Ako se materijalno pravo komplicira, primjerice nejasnim formulacijama, kao što je to često tamo gdje nedostaje precizna kodifikacija, proračunljivost pravnih odluka može se zajamčiti time da pravna administracija ima određenu socijalnu strukturu. To nazivam adjektivnim pravom. Velika je Britanija relativno dobar primjer: nije nimalo dvojbeno da je materijalno pravo u Engleskoj neizmerno kompliciranije i neprozirnije nego pravni sistem na Kontinentu i da u engleskome privatnom pravu postoje mnogi iracionalni elementi. Ali, također, nema dvojbe da je sadašnje englesko pravo daleko proračunljivije za privredni subjekt nego što je to bilo njemačko pravo od 1924. do 1932. godine — i to iako englesko pravo nije kodificirano. To stoga što je engleska pravna administracija sažeta u High Court of Justice u kojemu je broj sudaca — u usporedbi s najvišim sudovima u Njemačkoj (Vrhovni državni sud, Vrhovni zemaljski sud) — vrlo malen. Odvjetniku je vrlo lako imati pregled nad odlukama suda, tako da je mnogo lakše proračunati reakciju suca u odnosnome slučaju. Mora se, nadalje, dodati da u Engleskoj nije razdvojena sudačka i odvjetnička karijera. Biranje sudaca iz redova odvjetništva, profesionalne i socijalne veze između sudaca i odvjetnika i nakon primanja sudaca u sudački stol, članstvo sudaca u sindikatu

¹⁴ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 396.

odvjetnika — sve to omogućuje mnogo točnije proračunavanje sudačkoga ponašanja u sudskim odlukama, premda postoje mnogi iracionalni elementi u materijalnome pravu. Tu konstelaciju posve jasno izražava sir William Holdsworth pri razlikovanju uvjeta u kojima funkcionira sistem običajnoga prava (case-law).¹⁵ On navodi tri bitna uvjeta: centralizirani sudski sistem, integriranje sudačkih i odvjetničkih skupina zajedničkim profesionalnim tradicijama i ciljevima, te neovisnost i dobro plaćanje sudaca koji, gledajući u cjelini, moraju bolje živjeti nego odvjetnici.¹⁶ Dodamo li da se u Engleskoj gotovo svaka značajna transakcija odvija uz angažiranje odvjetnika ili pravnoga savjetnika, dovoljno je jasno da je čisto organizacijskim sredstvima omogućen stupanj racionalnosti koji je mnogo djelotvorniji nego onaj racionalnoga materijalnoga prava na Kontinentu. Mora se, dakako, dodati da je taj blagoslov racionalnoga prava ograničen zbog svoga učinka u korist posjedničkih klasa.

U pogledu racionalnosti materijalnoga prava moramo, sada opet s Maxom Weberom, razlikovati formalnu i materijalnu racionalnost. Riječ je o *formalnoj*, ako pravne posljedice ovise ili o određenim obilježjima, primjerice o poštivanju određenih formalnosti kao što su potpis, žig ili naplata, ili o općim apstraktnim normama koje imaju nedvosmislen sadržaj. *Materijalna* racionalnost postoji ako se odluke temelje na nelogičkim generalizacijama ili normama koje pripadaju drugim, primjerice etičkim, vjerskim ili političkim sistemima poretka. Najčešći slučajevi takve materijalne racionalnosti materijalnoga prava dani su takozvanim općim klauzulama. To bi bile odredbe poput one da odluke valja donositi »u punom povjerenju« (član 242 njemačkoga Gradanskog zakonika), da povreda »dobrih običaja« obvezuje na naknadu štete (član 826 istoga zakonika) ili da su ograničenja slobodne konkurencije, koja su »nerazumna« ili »protiv javnoga interesa«, nevaljana i iziskuju također naknadu štete. U svim tim slučajevima pravne su norme »blankonorme« — odnose se na opće norme, koje nisu pravne norme, dakle na vrijednosne predodžbe, koje se jedino zaobilaskom preko općih klauzula mogu uobličiti u pravno relevantnih zaključaka.

(b) Teorija vladavine zakona

(aa) Sloboda i zakon

Sloboda: *slobodu u pravnome smislu valja definirati kao odsutnost prisile*. Hobbes to ističe posve jasno: sloboda je »nenazočnost izvanjskih prepreka«.¹⁷ Za postojanje te pravne slobode značajne su činjenične razlike među ljudima isto onako kao i socijalni supstrat za koji pravne norme vrijede. U ekonomskoj sferi postoji pravna sloboda neovisno o tome da li je neki ugovor sklopljen između dva jednako jaka konkurenta ili između monopolista i nemonopolista i udruženja poslodavaca. U određenim pravnim sistemima ta sloboda znači jednako mogućnost stvaranja monopola kao i mogućnost njihova raspuštanja. Kada,

¹⁵ Sir William Holdsworth, *Some lessons from our Legal History*, New York 1928, 20—23.

¹⁶ Usp. sjajne izvode A. L. Goodharta, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge 1931, 65 i moja vlastita promišljanja u dijelu 3, VI, 3. ove knjige.

¹⁷ Hobbes, *Leviathan*, pogl. 14, 99.

primjerice, neki poznati njemački stručnjaci za privredno pravo tvrde: »Sloboda ugovaranja ne znači zapravo ništa drugo nego to da se mogu sklapati ugovori svakoga sadržaja, ako ne krše dobre običaje ili zakon — a slobodu ugovaranja u tome smislu, dakle promatrano sadržajno, imamo, dakako, još i danas«¹⁸ — onda se ovdje pokazuje nesporazum glede materijalne funkcije slobode, koja sada dobiva formalni oblik.

U političkoj sferi postoji sloboda za svako ponašanje koje nije zabranjeno zakonom, pri čemu je zakon svaka norma koja se može uračunati državi. Tako je sloboda osobe, udruživanja, zbora, štampce, sindikata itd. »zajamčena u okviru i zadržavanjem postojećega pravnog poretka«, kao što glasi uobičajena formulacija. Jednome poznatom engleskom stručnjaku za ustavno pravo čini se postuliranje takvih sloboda čisto tautološkim, izrazom načela »ilegalnosti ilegalnoga«: »Pravo na osobnu slobodu nije pravo na osobnu slobodu, nego pravo na onoliko osobne slobode koliko to dopušta zakon.«¹⁹ Dodamo li još, naposljetku, da pojam »zakona« nipošto nije određen, da se pod time mogu razumijevati i opće norme i individualne odluke definicija pravne slobode pokazuje se gotovo besmislenom. Udžbenici ustavnoga prava, koji takve definicije preuzimaju, mogu utvrditi postojanje »slobode« čak i onda kad političke slobode u uobičajenome smislu riječi doista uopće nema.

Ta je formalistička koncepcija pravne slobode, unatoč tome, izvanredno politički značajna i pozitivnoga je predznanaka. U trećem dijelu ove knjige pokazat ćemo iscrpnije da predvidivo djelovanje države, tj. proračunljivu državnu intervenciju, čak i represivnu, treba pretpostavljati neproračunljivoj intervenciji države, koja je nepredvidiva i proizvoljna — ona može ponekad biti korisna, ali je presudno da neproračunljivi odnosi proizvode nesigurnost. Redoviti sudski postupak, prisila za državne organe da se drže granica vlastitih zakona, što, dakako, ne sprečava prilagodavanje zakona potrebama što se mijenjaju — to i sigurnost što iz toga proizlazi valja pretpostavljati nesigurnim odnosima. U tome se sastoji nepromjenjiva vrijednost ideja »rule of law« i »pravne državnosti« države.

Sloboda u sociološkome smislu znači nešto posve drugo. Tome ćemo problemu pristupiti lakše ako promotrimo slijedeća tri citata. Harold J. Laski piše o negativnoj slobodi: »Ne postoji sloboda ako jednostrana povlastica ograničava izborno pravo jednoga dijela zajednice. Nema slobode ako vladajuće mišljenje može kontrolirati socijalno ponašanje.«²⁰

Zanimljiva je, nadalje, formulacija iz govora Edmunda Burkea, u kojemu je s Pittom raspravljao o East India Bill iz 1786. godine i zahtijevao kontrolu East India Company:

»Zakon se temelji na načelima koja su točno suprotstavljena slobodi. To je zakon za uspostavljanje monopola i prakticiranje moći... Sve povlastice takve

¹⁸ Rudolf Isay, Karl Geiler, *Die Reform des Kartellrechts* (Berlin 1929) gdje se navode i njihova gledišta prije kongresa pravnika u Salzburgu. Usp. također moj spis *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung*, Berlin 1932, 51—52.

¹⁹ Izvor: Jennings, *The Law and the Constitution*, London 1933, 235.

²⁰ Harold J. Laski, *Liberty in the Modern State*, London 1935, 76.

vrste etabiliraju trust u doslovnome smislu riječi, a bit je svakoga trusta da se mora isplatiti.«²¹

Naposlijetku, još jedan citat iz govora senatora Shermana, koji je održao pri uvođenju Sherman Act: »Ako je koncentrirana moć tih kombinata povjerena jednome jedinom čovjeku, to je kraljevska povlastica.«²²

Nekoga nazivamo slobodnim u sociološkome smislu ako ima pravno slobodan izbor između barem dvije jednake mogućnosti. Sloboda ovisi stoga o natjecateljskim izgledima. Kada J. N. Figgis konstatira: »Mora se uvažavati da je sloboda rezultat vjerskoga natjecanja«,²³ to se može dopuniti i proširiti tezom da je sloboda jednako rezultat i uvjet natjecanja, i to ne samo u ekonomskoj ili vjerskoj sferi, nego na svim područjima ljudskoga života. Ta sociološka definicija implicira da sloboda međusobno konkurentnih pojedinaca prvenstveno pretpostavlja stanovitu mjeru jednakosti, što je već Rousseau uvidio kad je slobodu i jednakost uzdigao u oba temeljna načela na kojima valja graditi društveni život: »Na slobodi, jer svaka posebna ovisnost oduzima snagu državnome tijelu u jednakoj mjeri, i na jednakosti, jer sloboda ne može postojati bez nje.«²⁴ Postojanje pravne slobode bitno je za postojanje slobode u sociološkome smislu — ono je nužno, ali nije dostatno: »Ta je negativna sloboda... jednostrana, ali ta jednostranost sadržava uvijek bitno određenje u sebi: ne treba je stoga odbaciti, ali nedostatak je razuma što jednostrano uzdiže u jedino i najviše.«²⁵

Mora se činiti nedovoljnim kad Karl Mannheim definira da sloboda postoji u sociološkome smislu ako neka osoba ima mogućnost da jedno djelovanje zamijeni realiziranjem drugoga ili nedjelovanjem.²⁶ Pokušat ćemo razjasniti problem po jednim primjerom iz ekonomske i političke sfere: ako poslodavac ponudi neadekvatne uvjete zapošljavanja radniku, on ima u liberalnome sistemu mogućnost da te uvjete odbije. Odluka o tome da li će ugovor prihvatiti ili odbiti nije pravno određena. Da li će se njegova odluka moći nazvati slobodnom u sociološkome smislu, to ovisi o dvama uvjetima: ili je on ekonomski dovoljno neovisan da njegova radna snaga može mirovati umjesto da on prihvati neprikladne radne uvjete; ili će on dobiti bolju ponudu od drugog poslodavca. Samo tako radnik ima izbor između dvije jednako povoljne mogućnosti. Ali ako ne postoje oba uvjeta i ako on mora prihvatiti rad kako bi se očuvao da ne pregladni, onda se njegova radna snaga izrabljuje — premda on, dakle, ima pravnu mogućnost da izbjegne izrabljivanje, ne može se ipak nazvati slobodnim. Slično je u političkoj sferi. Ako nekog građanina u diktaturi putem plebiscita pitaju da li se slaže s vladavinom diktatora ili s određenim zakonom i ako se izjasni negativno, njegova je odluka pravno slobodna — nije bio prisiljen da se suglasi ili odbije. Ali u sociološkome smislu nije slobodan, jer nema izbor između dvije

²¹ Edmund Burke, *Speeches*, London 1816, sv. 1, 108.

²² Sherman, *Some Legal Phases of Corporate Financing*, New York 1927, 231.

²³ J. N. Figgis, *Political Thought from Gerson to Grotius*, Cambridge 1916, 156.

²⁴ Rousseau, *Der Gesellschaftsvertrag*, Brockard, Stuttgart 1977, 56.

²⁵ Hegel, *Rechtsphilosophie*, 51.

²⁶ Karl Mannheim, *Mensch und Gesellschaft im Zeitalter des Umbaus*, Leiden 1935, 109.

jednake mogućnosti. On ne može predložiti nijednoga drugog vođu umjesto naznačenoga, on se ne može suglasiti ni s jednim drugim zakonom osim s onim koji mu je predočen.²⁷

Novi je razvoj prava, ako se zancmare najnovije reakcionarne fašističke tendencije, obilježen prilično snažnim pokušajima da se sociološko shvaćanje prava pretvori u praksu, a pozornost pojačano usmjeri na socijalne razlike među ljudima. Navest ćemo samo nekoliko primjera kako bismo pojasnili problem koji će se i kasnije stalno iznova pojavljivati u ovoj knjizi. Klasičan je primjer bio suspendirani član 164 vajmarskog ustava, koji je jamčio pravo udruživanja svakome i u svakome zvanju. To je jamstvo bilo usmjereno najprije protiv policijske vlasti.²⁸ Ni zakonodavna ni izvršna vlast nisu imale ovlasti da radniku spriječe pristupanje sindikatu ili osnivanje novoga sindikata. Član 165 konstituirao je, dakle, pravnu slobodu u određenoj sferi djelovanja. Ustav je išao, međutim, još dalje: on je uzio u obzir da poslodavac, unatoč ustavno zajamčenoj slobodi, u određenim uvjetima može upotrijebiti socijalnu moć koja mu je dodatno na raspolaganju. Zato je član 165 imao dodatnu odredbu da su nevaljani svi ugovori koji su sklopljeni s nakanom da ograniče prava radnika. Utoliko je ustavno zajamčena sloboda udruživanja bila usmjerena ne samo protiv policije, nego i protiv privatnih socijalnih sila, dakle pravna je kategorija slobode dobila sociološki temelj valjanosti. Na isti je način priznavanje tarifnih ugovora članom 165 trebalo donijeti ozbiljenje sociološke slobode radniku pri pristupanju radnim ugovorima. Pravna dimenzija kao takva ne jamči upravo nikako i sociološku slobodu radniku koji sklapa radni ugovor.²⁹

U *filozofskome smislu* sloboda znači zbiljsku mogućnost samoodređenju čovjeka, okončavanje otuđenja čovjeka od sebe samoga. Ozbiljenje toga »konkretnog pojma slobode«³⁰ uključuje oba navedena značenja slobode. Posve je presudno, da ponovimo, spoznati tu hijerarhiju različitih pojmova slobode i ne pomiješati razine.

Klasifikacija sloboda: U toku povijesnoga razvoja nastao je određeni broj posebnih sloboda koje se uobičajeno smatraju temeljnim pravima i nazivaju općim pravima ili »pravima čovjeka«. Pokušat ćemo sistematizirati teorije o tome. Pritom se mora još jednom upozoriti da se takozvana predržavna prava čovjeka filozofskoga liberalizma mogu pravno percipirati samo kao pravna koja jamči država.

Slobode se mogu klasificirati s dva gledišta: ili s gledišta pravne zaštite kojom su obuhvaćene ili pak s predmeta koji je njima reguliran.³¹

²⁷ Usp. o tome i J. R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, London, New York 1934, 20 i Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 454.

²⁸ Usp. moj spis *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung*, 20—63.

²⁹ Lord Macnaghten kaže u *Nordenfeldt Case (1884)* A. C. 566: »Očito je da postoji veća sloboda ugovaranja prodavača i kupca nego gospodara i slugu ili između poslodavca i onoga koji traži posao.« Slično također lord Parker u *Moris Saxelby Case (1916)*, I. A. C. 688 i 708—709.

³⁰ Hegel, *Rechtsphilosophie*, 57.

³¹ Usp. o tome Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 161 i Schmitt u: Anschütz Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Tübingen 1930, 1932, 590 i d. Usp. također Nipperdey (ur.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*, Berlin 1930, sv. 1, 33 i moj spis *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung*, 13 i d.

U prvome slučaju postavlja se pitanje da li postoje temeljna prava koja ne smiju biti dirnuta ni na razini ustava i njegova tumačenja. Tvrdilo se i u njemačkoj i u američkoj literaturi da su određena temeljna prava neotuđiva i onda kada ustav odobrava njihovo mijenjanje.³² Teoretičari razlikuju ustavne promjene koje mijenjaju ustav samo u posebnim odredbama, ali ne diraju u njega kao »temeljnu odluku« i koje su zato dopuštene i one koje su usmjerene na uklanjanje postojećega ustava i koje su stoga nedopuštene. Ovdje ne možemo raspravljati o političkim funkcijama koje, možda, pripadaju stvaranju takve kategorije neotuđivih prava čovjeka — zadovoljimo se upozorenjem da je i u Americi i u Njemačkoj bilo zapažena truda kako bi se pomoću takvih sloboda održao građanski vlasnički poredak.

Među neotuđivim slobodama ima i onih koje legislativa može ukinuti samo promjenom ustava i onih koje se mogu ukinuti jednostavnim zakonodavnim aktom; postoje temeljna prava koja zakonodavstvo ne može zahvaćati i ona koja se mogu zahvaćati — posljednja su ona s klauzulom »uz ogradu zakona«, koja su, dakle, zajamčena samo u okviru danoga pravnog poretka.³³ Postoje, napokon, temeljna prava koja se mogu uskratiti u iznimnim uvjetima i ona u koja se ne smije dirati ni u takvome slučaju. U federativnome državnom poretku moramo dodatno razlikovati nadležnosti saveznoga zakonodavstva i pokrajinskoga zakonodavstva i, analogno, saveznu izvršnu vlast i pokrajinske izvršne vlasti.

Pored tih razlikovanja što proizlaze iz pozitivnoga ustavnog prava temeljna prava možemo raščlaniti prema stvarnim sadržajima na koje se odnose. S toga gledišta moramo najprije spomenuti postojanje takozvanih »individualnih« ili »osobnih« sloboda(arskih prava). To su temeljna prava svakoga pojedinca kao zaštita od proizvoljnoga hapšenja, nepovredivost stana i pisma, sloboda vjere i savjesti.

Drugu kategoriju predstavljaju takozvane političke(a) slobode(arska prava). Ta se temeljna prava odnose na oblike ponašanja što nastaju iz zajedničkoga života ljudi u nekoj državi. Njima pripadaju sloboda udruživanja, štampe, okupljanja i tajnost izbora. Ona imaju dvostruku funkciju, liberalnu, zato što izravno stvaraju sferu slobode naspram državi, i demokratsku, zato što služe oblikovanju demokratske volje u državi. Od političkih se sloboda(rskih prava) moraju razlikovati prava statusa activusa. Ta demokratska prava pripadaju građaninu (citoyenu) i izravnim putem služe oblikovanju demokratske volje u državi. U njih se ubrajaju jednako izborno pravo i pravo na jednak pristup javnim funkcijama. — Naravno da i individualne(a) slobode(arska prava) služe oblikovanju demokratske

³² Njemačka je literatura o tome: Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 99 i d. i 176, Richard Thoma u: Nipperdey (ur.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*, u: *nav. dj.*, sv. 1, 40 i d. i Franz Neumann, *Die soziale Bedeutung der Grundrechte*, u: *Die Arbeit* 193, 569 i d., reprint u: Franz Neumann, *Wirtschaft, Staat, Demokratie*, 57 i d. Američka literatura o tome: C. Groves Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, Harvard-Cambridge 1930, 336 i d., W. A. Marbury, *The Nineteenth Amendment and After*, *Virginia Law Review* VII, 1, 1920. i W. W. Willoughby, *The Constitutional Law of the U.S.A.*, 2. izd., sv. 1, gdje se na str. 598 i d. argumentira protiv »unutarnjih granica kompetencije oblikovanja«.

³³ Primjeri se za to nalaze se u: A. V. Dicey, *Instruction to the Study of the Constitution*, 8. izd., London 1915, pogl. V—VIII.

volje, i to neizravnim putem, jer je jasno da proizvoljno hapšenje ili proizvoljno kontroliranje pisama uskraćuje građanima, u određenim okolnostima, uživanje vlastitih političkih prava. Političke(a) su slobode(arska prava), dakle, dodatna jamstva za demokratska prava građanina. Bez slobode mišljenja, štampe, udruživanja i okupljanja nemoguće je doista slobodno oblikovanje volje. Racionaliziranje političkoga života putem političkih stranaka, koje djeluju na osnovici formalno slobodnog izbornog agitiranja, ne bi se moglo zamisliti bez političkih i osobnih sloboda(arskih prava).³⁴

Ekonomске slobode čine treću kategoriju. Njihovo je središte pravo na vlasništvo.³⁵ Vlasništvo je ponajprije pravo, i to subjektivno pravo, jer je zajamčeno pravnim poretom. Zatim, to je apsolutno a ne relativno pravo, jer jamči obrambena prava protiv svakoga, a ne samo, kao u slučaju ugovornoga prava, protiv ugovornoga partnera. To je, napokon, univerzalno pravo, jer je moć vlasnika nad stvarima načelno neograničena. Moramo, dakle, razlikovati između stvari na koju se proteže pravo vlasnika, i subjektivnoga prava samoga vlasnika. Pritom su svojstva bez značaja, a svejedno je i to da li se vlasništvo sastoji iz potrošnih ili proizvodnih dobara. Dodatna su prava vlasništva sloboda ugovaranja, trgovine i baštinjenja.

Posljednuu kategoriju predstavljaju *socijalne slobode*, koje su se povijesno razvile iz ekonomskih sloboda. One su usmjerene na oslobađanje radničke klase. Najvažniji je primjer sloboda sindikalnoga udruživanja, tj. pravo radnika da se udružuju u sindikate.

Jedan je od središnjih problema sociološkog istraživanja pitanje u kakvom su međusobnome odnosu navedene četiri skupine temeljnih prava. Najnovija njemačka ustavna teorija smatra da su tri prve skupine, dakle individualne, političke i ekonomske slobode, izdanci modernoga građanskog društva u smislu slobodne konkurencije, pri čemu socijalna temeljna prava za nju ne postoje. Ona zato nestaju, ili, bolje rečeno, moraju biti uništena u trenutku kada nestaje slobodna konkurencija. Na isti način obrazlaže fašizam njihovo uništavanje, tvrdeći da nisu ništa drugo nego izrod kapitalizma.

Protivimo se odlučno takvim shvaćanjima: sklop temeljnih prava ne može se dovesti u takvu vezu da na jednoj strani budu osobne, političke i socijalne slobode, a na drugoj ekonomska sloboda, koja je, dakako, mogla nastati samo u ekonomskome konkurentskom društvu. Upravo egzaktna povijesna analiza pokazuje da su bar osobna i politička temeljna prava bila već predmetom borbe i postojala mnogo prije nastanka konkurentске ekonomije. Također se može pokazati da se ne gubi funkcija tih prava, nego da, naprotiv, postaje sve važnija pošto je nestala slobodna konkurencija.

³⁴ Usp. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 842 i d.

³⁵ Usp. o tome R. T. Ely, *Property and Contracts in their Relation to the Distribution of Wealth*, 1914, I, 94 i d.; John Austin, *Jurisprudence*, 4. izd., sv. 1. Lecture XIV, 382, Lecture XLVII, 817 i d.; W. H. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 28; Karl Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, 28; Anton Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, 99.

(bb) Instituti i vladavina zakona

Jedan od središnjih pravnoteorijskih pojmova u analizi svakoga pravnog sistema jest pravo instituta. Taj pojam upotrebljavamo u čisto opisnome smislu, drugačije rečeno: riječ »institut« nema nikakvih metafizičkih primjesa. Niti potječe iz teorije pluralizma, kako su formulirali Gierke, Figgis i Laski, niti je bliska neotomističkoj filozofiji prava Haurioua ili Lamberta, pri čemu uopće ne poričemo da se institut prava može shvatiti fundamentalistički i učiniti temeljem filozofije prava.³⁶

Želeći izbjeći bilo kakav nesporazum, dajemo najprije definiciju koja ima samo opisnu svrhu: institut prava jest uspostavljanje odnosa ili između ljudi i titulara vlasništva ili između ljudi i vlasništva, odnos s trajnom nakanom i sklonošću za reguliranjem socijalnih procesa. Institut je, dakle, kompleks prava i obveza javnoga ili privatnoga obilježja, »jus symbioticum, ex personarum plurium comprehensione corpus constans«.³⁷ On može biti organiziran ili vladavinski ili zadružno, kako je to nazivao Gierke.³⁸ Vladavinski, tj. hijerarhijski institut postoji kao je riječ o odnosima nadređenosti i podređenosti, ako se, dakle, vlada. Zadružni institut postoji ako to nije slučaj. Pritom nije važno odakle potječe karakter odnosa. Zadruga može nastati silom i, obratno, vladavinski se odnos može održavati ugovorom. Ako, primjerice, javna vlast prisilno osnuje ribarsku zadrugu ili zadrugu za izgradnju i održavanje nasipa ili ako se radnici moraju učlaniti u neku blagajnu zdravstvenoga osiguranja, takav prisilni čin ne vodi nužno u prisilni odnos među zadrugarima, nego u većini slučajeva nastaje prava zadruga. Institut prava može biti, nadalje, proizvod odvojenih ljudi, kako se to može vidjeti u svim ljudskim udruženjima, u državi, u obitelji i crkvi, sindikatima, nekoj političkoj stranci ili kartelu.

I vlasništvo osnovano na poseban način može kao takvo tvoriti institut — ono nastaje tako da se vlasništvo odvoji od vlasnika i učini pravno ili faktički neovisnim. U njemačkom pravu postoji za to primjer zavoda javnoga prava i zaklade privatnoga prava.

Napokon, ljudi i vlasništvo mogu biti kombinirani u obliku instituta, opet ili hijerarhijski ili zadružno. Najvažniji su primjeri hijerarhijskoga tipa pogon,³⁹ poduzeće i kombinacija poduzeća. Pod »pogonom« razumijevamo hijerarhijsku kombinaciju stvari i ljudi (materijalnih i osobnih sredstava za proizvodnju) u tehničkome smislu, jedinicu bez ekonomskih ciljeva u užem smislu riječi. Ekonomski ciljevi kao takvi imaju svoje mjesto prije u »poduzeću«, pod čime shvaćamo hijerarhijsku kombinaciju stvari i ljudi radi postizanja ekonomskih ciljeva. U malim ekonomskim jedinicama često se empirijski poklapaju pogon i poduzeće: tehnička je jedinica ujedno ekonomska, nisu još odvojene oblasti

³⁶ U kakvim povijesnim uvjetima do toga dolazi, to se analizira u 3. dijelu rada, 327 i d.

³⁷ Johannes Althusius, *Politica Methodica Digesta*, C. J. Friedrich, (ur.), Cambridge/SAD, 1932, 21/2.

³⁸ Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin 1868, sv. 1, 8 i d.; također Gierke, *Johann Althusius*, 2. izd., Breslau 1902, 48, 161, 197.

³⁹ Usp. Hugo Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2. izd., Jena 1927.

poslovnih odluka i tehničke realizacije tih odluka. Ta neodvojenost funkcija redovito ne postoji više u suvremenim krupnim proizvodnim jedinicama.

Hijerarhijsku kombinaciju poduzeća nazivamo »konzernom«.⁴⁰ On služi većem broju neovisnih poduzeća za postizanje njihovih ekonomskih ciljeva. Govorimo o »trustu« ako neka hijerarhijska kombinacija ili individualno poduzeće drži monopol. Vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju znači uvijek vezivanje triju funkcija: posjeda, uprave i proizvodnje dobiti. Konzern može, dakle, biti ili hijerarhijska posjedničke funkcije (primjerice, ujedinjavanje udjela kapitala) ili kombinacija upravnih funkcija (primjerice, razmjena članova vodstva poduzeća ili stvaranje posebnih upravnih poduzeća radi nadziranja ovisnih poduzeća) ili, naposljetku, kombinacija dobitnih funkcija (njemačka interesna zajednica ili engleski pul). Napokon, sve tri vlasničke funkcije kombiniranih poduzeća mogu se istodobno ostvarivati, a da se ne ukine na bilo kakav način pravna neovisnost odnosnih poduzeća.

Polazište nam je bilo da se instituti mogu definirati kao sinteza elemenata koja je trajne nakane i teži za reguliranjem životnih procesa, njihove proizvodnje i reprodukcije. Može se ići dotle da se kaže kako su svi ti instituti također instituti prava ako su predmet pravnih reguliranja. Primjer je za taj opći smisao riječi brak, koji služi reprodukciji ljudskoga života ili, također, privatno vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju kao takvo. Ako je vlasništvo pravo u analiziranome smislu, onda je vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju institut s trostrukom funkcijom posjeda, uprave i proizvodnje dobiti.⁴¹ To valja pobliže objasniti, pri čemu se može pretpostaviti da je vlasniku središnja funkcija, dakako, proizvodnja dobiti i da su joj druge funkcije podređene.

Pod posjedničkom funkcijom razumijevamo fizički aspekt raspolaganja stvarima. Vidjet ćemo da vlasnik tu funkciju gubi u krupnome poduzeću, u poduzeću s mnogo suvremenijom podjelom rada. Faktičko raspolaganje sredstvima za proizvodnju može se prenijeti na radnike. Upravna se funkcija sastoji u upravljanju ljudima, osobnim sredstvima za proizvodnju i stvarima, materijalnim sredstvima za proizvodnju. Upravljanje ljudima uključuje vlast da im se zapovijeda. Vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju nužno privlači ljude čim je društvo podijeljeno na vlasnike sredstava za proizvodnju i »slobodne« radnike,⁴² ono mora magnetski djelovati kad je ta podjela postala kolektivnom životnom osnovom. Tada radnik ne može, naime, umaći, on mora reproducirati svoju radnu snagu. Takvo pravo zapovijedanja ima svaki pojedini posjednik sredstava za proizvodnju, jer je vlasništvo odnos između ljudi posredovan stvarima. Kao što je već spomenuto, posjedničke i upravne funkcije služe vlasniku sredstava za proizvodnju kao profitna funkcija, premda ona, čini se, u drugačijoj perspektivi

⁴⁰ O onome što slijedi usp. Franz Neumann, Gesellschaftliche und staatliche Verwaltung monopolistischer Unternehmungen, u: *Die Arbeit*, sv. V, 1928, 393 i d.

⁴¹ Temeljni su radovi o tome: Karl Renner, *Die Rechtsinstitute*, u cjelini; Anton Menger, *Neue Staatslehre*, 99 i d. i R. T. Ely, *Property and Contract...*, 94 i d., Hugo Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*.

⁴² »Slobodne« u dvostrukome smislu oslobođenoga roba, što je radnik u liberalizmu: pravno slobodan i slobodan od vlasništva.

služi proizvodnji kao takvoj. Njemu su one samo sredstvo u svrhu proizvodnje profita. Ali, pri sadašnjem razvojnom stupnju podjele rada vlasnik sredstava za proizvodnju često više nema kontrolu nad upravnom funkcijom, on je delegira svojim zaposlenima. U tome se slučaju mora razlikovati nevidljivi šef, pravni poslodavac, od vidljivoga, faktičkoga poslodavca.

(cc) Odnos između sloboda i instituta

Sloboda može biti, radi svoje zaštite i radi svoga ostvarenja, okružena drugim slobodama i institutima, pri čemu se prva naziva glavnom slobodom, a drugi koneksnim institutima, podržavajućim ili pomoćnim slobodama, odnosno institutima. Slično može neki institut, koji se onda zove glavni institut, biti okružen koneksnim institutima i slobodama, koji treba da ga štite i realiziraju.⁴³ Takve pomoćne slobode i institute valja smatrati jamstvima glavne slobode i glavnoga instituta. Razlikovanje između glavne slobode odnosno glavnoga instituta i koneksne slobode odnosno koneksnoga instituta presudno je ne samo za svako sociološko razlikovanje, nego i za svako egzegetsko pravno tumačenje. To potvrđuju naredni primjeri.

Pravo na koaliciju daje radnicima i poduzetnicima pravo da se udružuju radi postizanja određenih ciljeva. To pravo, kao što je već rečeno, zaustavlja javne i privatne vlasti da sprečavaju takva udruživanja. Ako zakonodavac jamči tu slobodu, odmah se pitamo nisu li one slobode, koje su, primjerice, potrebne nekom sindikatu za uspješno djelovanje, ali koje su samo koneksne slobode glavne slobode, automatski također zajamčene jamstvom glavne slobode. Konkretno je to pitanje nisu li sloboda štampe, sloboda okupljanja itd., koje su istodobno također glavne slobode, pod jednakom zaštitom zakona koja već pripada glavnoj slobodi, ovdje slobodi koalicije. To je pitanje presudno značajno kada, kao što je to bio slučaj u vajmarskome ustavu, sloboda koalicije ima mnogo jaču pravnu osnovicu nego sloboda štampe i zbora. Tu je imala sloboda koalicije potpunu pravnu zaštitu u kojoj nije smjela dirati ni zakonodavna niti izvršna vlast, dok su oba druga prava bila samo relativna i ograničena zakonom. Problem se postavljao ovako: treba li jaču zaštitu, koja vrijedi za slobodu udruživanja, proširiti i na slobodu štampe i zbora ili se one moraju vrednovati vlastitim ustavnim normama?⁴⁴ Pritom je sloboda koalicije iskazivala ne samo koneksne slobode, nego i koneksne institute kao, primjerice, tarifno pravo koje je samo davalo sindikatima mogućnost da obavljaju svoje ekonomske funkcije.

I brak je, kao glavni institut, okružen koneksnim institutima i slobodama, primjerice, institutima socijalnoga osiguranja (zdravstvenim osiguranjem, zakona o kompenzaciji rada, osiguranjem u slučaju nezaposlenosti). Oni su postali

⁴³ Temeljan je za to opet Karl Renner (nav. dj.) koji, doduše, razvija vlasništvo i sve njegove koneksne institute, ali pritom nespretno propušta dovoljno oštro razlikovati slobodu i institut. Usp. također Franz Neumann, *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung* 86 i Carl Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien in der Reichsverfassung*, Berlin 1932.

⁴⁴ Usp. moj spis *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung*, gdje sam (86 i d.) istraživao koneksne institute slobode udruživanja radničke klase. Moj se problem sastojao u tome da otkrijem u kojoj mjeri oni dijele sudbinu glavne slobode, odnosno u kojoj se mjeri samostalno razvijaju.

koneksnim institutima braka, jer je riječ o socijalnim pomoćima čija se podjela upravlja prema obiteljskim prilikama dotičnih. Daljnji je koneksni institut braka baštinstvo, koje građanski poredak jamči vlasničkim nasljedom.

Svaka se, dakle, sloboda pojavljuje i kao glavna funkcija i kao koneksna funkcija, a isto je tako s instutom prava. Tu se otvara izvanredno plodno polje za daljnja pravnosociološka istraživanja. Na koncu je i vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju, koje je u središtu ovoga rada, okruženo koneksnim slobodama i institutima, koji svi služe zaštiti i realizaciji profitne funkcije. Da bi tu funkciju obavljao uspješno, vlasnik mora kupovati i prodavati, razmjenjivati i uzimati zajmove, mora sklapati ugovore o radu i, ako je zemljoposjednik, ugovore o zakupu i uzimati hipoteke.⁴⁵ Sloboda ugovaranja je, dakle, esencijalna koneksna sloboda spram osnovnoga instituta vlasništva. Nadalje je potrebna sloboda trgovine, koja pored funkcije koneksne slobode ima još i učinak prirodnoga odabira vlasnikâ: ona isključuje privredno nesposobne i zadržava sposobne te ih čak jača. Vratit ćemo se toj konstelaciji kasnije, prilikom analize klasične teorije liberalizma.

U određenim povijesnim uvjetima obje koneksne slobode, sloboda trgovine i sloboda ugovaranja, imaju jednako usmjereno djelovanje. U drugim uvjetima one mogu služiti različitim ekonomskim interesima, sloboda ugovaranja interesima monopolista, ali sloboda trgovine interesima nemonopolista.⁴⁶ Može se, također, dogoditi da slobode i instituti, koji su prije također služili podršci drugih sloboda i instituta, od određenoga trenutka više nisu za to sposobni, a čak je moguće da postižu suprotno od onoga što su prvobitno činili. Tako, primjerice, sloboda ugovaranja i sloboda trgovine djeluju protiv privatnoga vlasništva nad sredstvima za proizvodnju od trenutka kad je dosegnut određeni stupanj monopolizacije. Koneksne se slobode tada često ograničavaju ili čak uništavaju i nadomještaju se u pravnome sistemu upravnim aktima javnoga prava. Ako se u nekoj monopolističkoj ekonomiji ispostavi da sloboda trgovine donosi smanjene profite, suvremena država 20. stoljeća ne oklijeva intervenirati u slobode ili ih čak i uništiti; ona tada upravnim aktom ili statutom daje poduzećima nalog da obrazuju kartele ili uskraćuje osnivanje koncerna. Reguliranja javnog prava zamjenjuju koneksne slobode, upravni akt ili statut zamjenjuju vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju.

Odnos između privatnoga vlasništva nad sredstvima za proizvodnju i njegovih koneksnih sloboda i instituta, te odnos ukupnosti toga pravnog sklopa prema ekonomskoj i političkoj dinamici posebno se jasno ističe u Marxovoj sociologiji. Vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju, zajedno s njegovim koneksnim slobodama i institutima, naziva se »proizvodnim odnosima«, tj. »društvenim odnosima u kojima pojedinci proizvode«.⁴⁷

Taj je proizvodni odnos ujedno pravni odnos i odnos između gospodara i slugu.⁴⁸ Proizvodni su odnosi »odnosi u koje ljudi ulaze u svome društvenom

⁴⁵ Karl Renner, *nav. dj.*, 63—69.

⁴⁶ Usp. D. H. Parry, *Economic Theories in English Case Law*, *Law Quarterly Review*, 1931, 199.

⁴⁷ Karl Marx, *Lohnarbeit und Kapital*, MEW, sv. 6, 408.

⁴⁸ Usp. Karl Marx, *Kapital*, MEW, sv. 3, 789 sl.

životnom procesu, u proizvodnji svoga društvenog života«, ⁴⁹ oni imaju »poseban, povijesni i prolazni karakter«. U okviru proizvodnih odnosa kombiniraju se različite proizvodne snage kroz koje se reproducira društveni život. Pritom pod »proizvodnim snagama« razumijevamo postojeće tehničko znanje, dana osobna i materijalna sredstva za proizvodnju (kao kakvoću zemljišta, sirovine, fiksni kapital) nekoga društva. ⁵⁰

Odnos između proizvodnih odnosa i proizvodnih snaga podliježe, prema Marxovoj teoriji, u toku povijesnoga razvoja tipičnome funkcionalnom preobražaju. Ako postoji tendencija rasta proizvodnih snaga, primjerice, stalno širenje tehničkoga znanja, dospijevaju »na stanovite stupnjeve razvoja...materijalne proizvodne snage društva u protuslovlje s postojećim proizvodnim odnosima ili, što je samo pravni izraz za to, s vlasničkim odnosima, unutar kojih su se dosad kretale. Od razvojnih oblika proizvodnih snaga, ti odnosi postaju njihovim okovima.« ⁵¹ To se Marxovo shvaćanje odnosi na prijelaz jednoga društvenog poretka u drugi, pri čemu su i stari i novi društveni poredak karakterizirani određenim organizacijskim načelima — kapitalizam privatnim vlasništvom nad sredstvima za proizvodnju, a socijalizam zajedničkim vlasništvom nad sredstvima za proizvodnju.

Analogan se proces odvija, međutim, već unutar danog društvenog poretka, i to na, za nj karakterističnom, organizacijskom načelu u njegovu odnosu prema pripadnim koneksnim slobodama i institutima. On se može vidjeti u funkcionalnom preobražaju koneksnih instituta i sloboda u odnosu na temeljnu instituciju ili slobodu. S razvojnim stupnjem proizvodnih snaga unutar društva koneksne slobode i instituti postaju okovi i sprječavaju ciljeve glavnoga instituta, koje su dosad jamčile. Oni gube svoje podržavajuće obilježje. U razdoblju relativno slobodne konkurencije sloboda ugovaranja i sloboda trgovine jesu vlasniku sredstava za proizvodnju sredstva za realizaciju profita. U tome razdoblju država jamči njihovo postojanje (ustavnim ili jednostavnim pravnim jamstvom sloboda uopće) ili njihovu funkciju (primjerice, zakonima protiv neloyalne konkurencije).

Odnos se, naprotiv, preokreće u razdoblju monopolizirane ekonomije. Sloboda trgovine može još uvijek poticati nastajanje konkurentnih poduzeća, koja monopolist dakako ne želi; sloboda ugovaranja može autsajderima pružiti priliku da se drže po strani od monopolističkih organizacija ili da se svjesno od njih distanciraju; sloboda koalicije može dati radnicima mogućnost da se udružuju. Ako međutim, i to upravo zbog tih mogućnosti, prijeti pad monopolističkih profita, može se vrlo lako dogoditi da se koneksni instituti i slobode unište i nadomjestimo pomoćnim statutima i upravnim aktima koji su povoljniji za monopolističke interese.

⁴⁹ *Kapital*, sv. III, 885.

⁵⁰ Karl Marx, *Theorien über den Mehrwert*, sv. 3, MEW, sv. 26, 25 i d., gdje su navedeni svi bitni rezultati moderne ekonomske teorije osim subjektivnoga činitelja individualnih potreba.

⁵¹ Karl Marx, *Zur Kritik der politischen Ökonomie, Vorwort*, MEW, sv. 13, 9.

3. DVOSTRUKO ZNAČENJE VLADAVINE ZAKONA

Sa, na početku naznačenim, sukobom između suverenosti i prava čovjeka povezane su različite predodžbe o zakonu — jedna, koju želim nazvati »političkom« i druga, koju nazivam »materijalnom«.

Politički pojam zakona odnosi se na svaku opću normu i svaku pojedinačnu zapovijed, ako se one mogu pripisati državi, svejedno da li su one pravedne ili nepravedne, ugodne ili neugodne. Zakon je u tome pogledu samo voluntas a ne ratio. Lišen svih materijalnih kvaliteta, taj je pojam najjasnije formuliran u Hobbesa. Njemu zakon nije »savjet«, jer »savjet je propis kojim razlog moje poslušnost slijedi iz same preporučene stvari«. Zakon je, prije zapovijed, »koja je propis kojim je razlog moje poslušnosti utemeljen u volji zapovjednika«. »Zakon je zapovijed jedne osobe, bila ona čovjek ili sudište, čiji propis ima u sebi samome razlog poslušnosti.⁵² Zakon je »riječ onoga...koji ima zapovjedništvo nad drugima.«⁵³ Ne može nastati sukob između vladavine zakona u tome smislu i potpune suverenosti. Ako zakon nije ništa drugo nego volja države u pravnome obliku, ne može postulat vladavine zakona biti ograničenje suverene moći. Tako dematerijaliziran zakon ne veže zakonodavca. Zakonsko pravo u tome političkom smislu i potpuna suverenost države u zbilji samo su dva različita pojavna oblika jednog te istoga činjeničnog stanja.

Potpuna suverenost posve protuslovi materijalnoj vladavini zakona. Pritom se materijalni zakon definira kao tip državnih normi koji se može uskladiti s određenim etičkim postulatima, svejedno da li je riječ o postulatima pravednosti, slobode i jednakosti ili bilo kojim drugim. To je značenje zakona konstitutivno povezano s pojmom zakona kao norme — bit normi jest umno načelo (logos), koje je u njima utjelovljeno. To načelo, koje je spekulativnome umu posve spoznatljivo, jedini je razlog valjanosti njegova autoriteta. Umu su tamni jedino slučajni uvjeti njegove realizacije, oni znače, doduše, neizbježnu nesavršenost, ali nisu, međutim, razlog njegova autoriteta.⁵⁴ Nije svaki voluntas stoga u genuinom odnosu s nalogom ratio. Materijalni zakon i potpuna suverenost međusobno se isključuju u tome smislu posve jasno. Potpuna suverenost implicira da zakonodavcu materijalno nisu postavljene nikakve granice. Suverenost je, obratno, isključena ako zakonodavac smije donositi samo opće ili pravedne ili umne zakone, tj. ako vlada materijalni zakon, primjerice prirodno pravo — zakonodavac tada upravo više nije suveren.)

O vladavini materijalnoga zakona možemo, dakako govoriti samo ako postoji dovoljna prilika da će se on realizirati u pozitivnome pravnom sistemu, odnosno da, ako se pozitivni zakon sukobljava s materijalnim zakonom, prvi ne djeluje. Vladavina materijalnoga zakona ne može se prihvatiti kao dana ako — kao u srednjem vijeku ili na početku novovjekovlja — nosioci državne vlasti upotrebljavaju, doduše, prirodnopravno opravdanje, ali ono koje je usmjereno na uteme-

⁵² *Philosophical Rudiments*, Molesworth Ed., sv. II, 183.

⁵³ *Leviathan*, 122, također 203. Usp. također *A Dialogue between a Philosopher...*, Molesworth Ed., sv. VI, 26.

⁵⁴ Usp. M. B. Foster, *The Political Philosophies of Plato and Hegel*, Oxford 1935, 114.

ljenje državne suverenosti. Iz puke tvrdnje o postojanju božanskoga ili svjetovnoga prirodnog prava, koje je ispred pozitivnoga prava, ne možemo zaključivati o postojanju materijalne vladavine zakona. Ona je vjerojatna samo ako se prirodno pravo doista pravno konkretizira ili ako se njegovo prvenstvo pred pozitivnim pravom institucionalizira, primjerice priznavanjem prava na otpor ili prava smjenjivanja suverena. Dalji je preduvjet, zacijelo, također to da postoji relativno pozitivan stav o sadržajima prirodnoga prava.

Sukob između političkog i materijalnog značenja zakona dobro se izražava u procesu pet vitezova, koje je Charles I. bacio u tamnicu na osnovi svojih prerogativa i koji su se žalili Kraljevskome sudu zbog povrede jamstva Habeas corpusa. Posebno je Selden⁵⁵ zasnivao svoj pleoaje na odredbama 39. poglavlja Magne charte, gdje se kaže: »No freeman shall be... imprisoned...except by the lawful judgment of his peer and (or) by the law of the land.«⁵⁶ Dakako, što tu znači »law of the land«? Ako to znači jedino kraljev nalog za utamničenje, onda je pravo na slobodu zajamčeno Magnom chartom ništavno. Slijedimo li Seldenovu argumentaciju, tada »law« u okviru takvoga jamstva slobode znači »due process of law«, tj. da se zakon mora shvatiti u materijalnome, a ne u političkome smislu. Tome se protivi, dakako, ono što je McKechnie jasno izveo, da je svaki kralj, od Johna Lacklanda do Charlesa I, zahtijevao za sebe neograničeno pravo na utamničenje — u suvremenoj terminologiji to bi se nazvalo »zaštitnim zatvorom«. Pravo značenje navedene klauzule iz Magne charte zacijelo je previše precijenjeno. Zato je vrhovnome državnom tužiocu Heathu bilo lako ovako odgovoriti Seldenu: »Zakon je oduvijek dozvoljavao kralju ili njegovu državnom vijeću da u izvanrednim slučajevima hapsi slobodne ljude u vremenu kao što je sadašnje ako to smatra nužnim i navede razloge za to.«

Preveo s njemačkoga:

Tomislav Martinović

⁵⁵ Usp. *State Trials III*, 1 i d. i Seldenovu obranu, stupac 16 i d. Usp. također S. R. Gardiner, *Constitutional Documents of the Puritan Revolution*, 3. izd., Oxford 1906, 59 i Gardiner, *History of England from the Accession of James I*, sv. VI, 13 i d.

⁵⁶ Usp. McKechnie, *Magna Charta*, 2. izd., 1914, 375 i d.