

165183

Зоран ЈЕЛИЋ

**ЗАПИС О ТЕОРИЈИ УПРАВНОГ ПРАВА
АДОЛФА МЕРКЛА**

БЕОГРАД

Библиотека за Правне
Филозофија и Географија
у Београду.
Београд, 22. I 2001. год.

YU ISSN 0004-1270

Др Зоран Јелић

АРХИВ

ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

БРОЈ 2

АПРИЛ-ЈУН 1998.

ГОД. LXXXIV Књ. LIV НОВОГ (III) КОЛА Књ. CVII ЦЕЛОКУПНОГ
ИЗДАЊА

СЕПАРАТ

Зоран ЈЕЛИЋ

**ЗАПИС О ТЕОРИЈИ УПРАВНОГ ПРАВА
АДОЛФА МЕРКЛА**



Београд

№. др 40 / 2001

Др Зоран ЈЕЛИЋ,
савезни савешњик

УДК 35.001

ЗАПИС О ТЕОРИЈИ УПРАВНОГ ПРАВА АДОЛФА МЕРКЛА

– Поводом 70-годишњице објављивања
Меркловог дела „Опште управно право” –

У чланку се излажу основне одреднице Меркловог концепција општег управног права као система теоријских аксиома из реалности позитивног управног права, чију полазну основу чини Келзенова нормативна доктрина.

У склопу анализе наведеног концепција који управу своди на чисто правну појаву, посебна пажња посвећена је разматрању Меркловог фундаменталног доприноса изградњи теорије процесног права и, у оквиру тога, учења о управном процесу као суштини свеколике управне делатности у правној држави.

Маја 1997. године навршило се тачно 70 година откако се појавила монографија „Allgemeines Verwaltungsrecht” („Опште управно право”) из пера Адолфа Јулијуса Меркла (Adolf Julius Merkl), истакнутог представника бечке правне школе (Wiener Schule des Rechtspositivismus) и, уз Ханса Келзена (Hans Kelsen), главног заступника формалног редукционизма (der formale Reduktionismus). Основне одреднице овог учења, насталог у тежњи да се заснује чиста правна наука, одвојена од филозофије правде и со-

важи и данас, нарочито ако се има у виду стање науке управног права.

Наиме, упркос значајним достигнућима која су досада неоспорно забележиле француска и немачка управна доктрина и пракса, ипак је сасвим извесно да су претежном делу националних закондоавстава још увек својствени превелика разумењеност и различитост, техничка несавршеност, варијабилност и несрећеност норми које улазе у корпус управног права, што несумњиво представља крупну, а понекад и непремостиву препреку за свеобухватно и темељно сагледавање, правремено праћење и критичко-аналитичко проучавање ове гране правног система.

Као Келзенов доследан следбеник, Меркл је, свакако, био принуђен да се суочи са релативном неразвијеношћу науке управног права у поређењу са науком приватног права, а посебно са разумењеношћу и флексибилношћу њеног предмета. Сходно томе, он је излаз из постојећих тешкоћа видео у чистој теорији права, односно таквој њеној стваралачкој разради и примени, која, у погледу емпиријске подлоге, не би била везана ни за једно позитивно право тадашњег времена. Ради се, наиме, о приступу који се концентрише на оно што је константно у варијабилном, опште у посебном, апстрактно у конкретном, односно о истраживању које се бави формом, а не садржајем правног феномена. Такав прилаз који сигурно није без одређених мана, ипак је, за узврат, захваљујући својим несумњивим одликама, обезбедио међународну афирмацију бечкој правној школи, којој се у научној литератури и данас одаје неподељено признање за трајни допринос правној мисли и пракси, пре свега, што је „у великој мери развила правну технику, ослободила правну науку многих непотребних фикција и изоштрила правни смисао и дух правника, који су били склони да се сувише социологизирају”.¹⁰

Меркл је, као протагониста ове школе, посебно познат по својој теорији правних ступњева (die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung), према којој право представља систем хијерархијски сређених правила, односно систем условљавајућих и условљених норми (и правних аката), при чему се као условљавајуће норми појављују оне које садрже услове за стварање других норми, односно аката. Ова хијерархијска творевина, која се манифестује у облику хода од правног степена вишег ранга ка правном

¹⁰ Правна енциклопедија, „Савремена администрација”, Београд 1985, I, стр. 100.

степену нижег ранга, увек је процес конкретизације и индивидуализације, а означава се као степенаста структура правног поретка.¹¹

Значајан прилог Меркл је дао и учењу о правноснажности управних аката у раду *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff* (Leipzig, 1923),¹² па му је искуство које је стекао приликом писања тог дела и списа *Демократија и ујрава (Demokratie und Verwaltung)*, по сопственом признању, послужило као припрема за конципирање и израду обимне монографије о теорији управног права, која је предмет овог записа.

Наведена монографија која је, како је већ констатовано, објављена 1927. године, а поново штампана 1969. године (као репринт издање) подељена је на општи и посебни део који су рашчлањени на шест одељака и 25 параграфа.

Општи део (Allgemeiner Teil) обухвата два одељка – у првом се обрађују основни појмови науке управног права („Die Grundbegriffe der Verwaltungsrechtslehre”), а у другом правни поредак управе („Die Rechtsordnung der Verwaltung”), док посебни део („Besonderer Teil”) садржи четири одељка који се односе на облике и садржаје управне делатности и организацију и контролу управе („Die Tätigkeitsformen der Verwaltung”, „Die Tätigkeitsinhalte der Verwaltung”; „Die Verwaltungsorganisation”; „Die Verwaltungskontrolle”).

Што се тиче параграфа који се налазе у оквиру наведених одељака, они су посвећени основним и општим (теоријским) питањима управноправне проблематике, као што су: појам управе;

¹¹ У овом контексту ваља нагласити да је Келзен под непосредним утицајем Меркловог учења о степенастој структури правног поретка изградио своје схватање о хијерархијској лествици правних норми на чијем се врху налази тзв. основна норма. У складу с тим, Н. Висковић (в. *Појам права*, друго допуњено издање, Логос, Сплит 1981. год., стр. 233) истиче да су се све до „Меркл-Келсеновог исправног увида” у степенастој састав динамичног правног система правне норме у теорији, изричито или прећутно, искључиво поистовећивале са општим правним нормама или правилима, сходно Улпијановој изреци „Iura non in singulas personas sed generaliter constituuntur” (Dig. 1, 3, 8). Данас се, пак, правним нормама, поред општих, односно посебних, сматрају и појединачне норме, мада се у литератури још увек може наићи на став, по коме тзв. појединачне норме не спадају у норме, будући да нису правила већ индивидуалне заповести (уп. Милијан Поповић: *Прилози теорији права*, „Службени лист СРЈ”, Београд, 1997. стр. 44).

¹² Павле Димитријевић *Правоснажности управних аката*, „Савремена администрација”, Београд, 1963. год. стр. 87–88) подвлачи да Мерклова критика „оних схватања која су проблем правоснажности покушавала да реше на бази противстављања конститутивних и декларативних аката, представља несумњиво велики прилог правној науци у овој области”.

управа и законодавство; управа и судство; управа и метаправна држава; главни историјски типови управе; управно право; наука управног права; извори управног права; субјективно јавно право; управна оцена; место управе у степенастој структури правног поретка; управни акти; погрешан управни акт; правноснажност управних аката; управни поступак; управне гране (области); полиција; природа управне казне; управно (административно) извршење; органи управе; системи организације управе; управа и облик државе; самоуправа; путеви управне контроле и управно судство.

Овај сумарни приказ структуре Мерклове монографије несумњиво сведочи да је реч о систематском теоријском делу које мање-више обухвата све релевантне стандардне садржаје управног права као гране законодавства и научне дисциплине.

У предговору Меркл наглашава да је управу обрадио као правну функцију, полазећи од учења Ханса Келзена (коме је у знак оданости и посветио своју монографију), али истовремено истиче да је свестан да за резултате до којих је дошао и саопштио у својој књизи исто толико дугује и утицају који су на њега извршили радови других истакнутих писаца, као што су Едмунд Бернацик (Edmund Bernatzik), Фриц Флајнер (Fritz Fleiner), Рудолф Хернрит (Rudolf Hermritt), Гастон Жез (Gaston Jèze), Ото Мајер (Otto Mayer), Ото Сарвеј (Otto Sarwey), Паул Шен (Paul Schoen), Фридрих Тецнер (Friedrich Tezner) итд.¹³

Атрибут „опште” који се садржи у синтагми „Опште управно право”, односно наслову монографије, по Мерклу, треба да изрази ограничење предмета. По себи се разуме, вели он, да се у конкретном случају не ради о целокупном управном праву које се било кад и било где остваривало или се остварује већ само о изводу из њега у вези са проблемом.¹⁴ Као што је, на пример, опште државно право апстракција из конкретних државноправних поредака, тако и опште управно право ваља схватити из конкретних делимичних поредака који се тичу управног права. Ово „опште управно право” нема ничег заједничког са „општим правом” које пропагира школа природног права; проблем ограничења предмета општег управног права може се сажето формулисати и тако што ће се рећи да се овде не ради о природном праву него о ап-

¹³ Адолф Меркл: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag von Julius Springer, Wien und Berlin, 1927. (Neudruck 1969), Vorwort, VII.

¹⁴ А. Меркл, op. cit., Vorwort, V.

стракцији из позитивног права („Kein Naturrecht, sondern Abstraktion aus positivem Recht“). Најзад, опште управно право није ни сума непозитивних правних идеала који захтевају своју реализацију у позитивном праву, већ систем теоријских апстракција из ралитета позитивног управног права.¹⁵

Мада се Меркловој теорији управног права одаје одговарајуће признање због оригиналних запажања и конструкција, ипак се у први план обично истиче да се његов рад не заснива на анализи репрезентативног упоредноправног материјала, с обзиром на чињеницу да је за подлогу својих разматрања и уопштавања узео мање-више тадашње аустријско позитивно право и правну праксу на које је применио Келзенову чисту теорију права и теоријске ставове истакнутих представника владајуће науке управног права свога времена са којима је водио „литерарно-критичку расправу“.

У том контексту занимљива је оцена коју о Меркловој књизи *Опште управно право* даје П. Димитријевић у уџбенику *Управно право* („Службени лист СФРЈ”, Београд, 1986. год.), написаном у коауторству са др Ратком Марковићем.

Говорећи о примени упоредног метода у науци управног права, чије најшире коиршћење омогућује конструисање апстрактног општег управног права, које би са своје стране, пак, требало да омогући и олакша проучавање појединих „националних” права и да допринесе њиховој оцени и критици, П. Димитријевић констатује да такви покушаји, чија је парадигма Мерклово *Опште управно право*, не доводе до значајних резултата и да се њима, по правилу, у виду „опште теорије” пружају схватања која доминирају у правној теорији земље којој припада сам писац таквог дела.¹⁶

На другом месту свог уџбеника, П. Димитријевић истиче да је Мерклов рад покушај да се конституише једна општа теорија управног права, која не би била везана ни за једно позитивно право тадашњег времена. Дело се, по П. Димитријевићу, одликује оригиналним идејама и конструкцијама, али није могло имати већи утицај на развој науке управног права.

¹⁵ А. Меркл, *op. cit.*, стр. 97.

¹⁶ Др Павле Димитријевић – др Ратко Марковић: *Управно право*, „Службени лист СФРЈ”, Београд 1986. год., стр. 348.

Због чега Мерклов рад није могао имати наведени утицај, то се препушта читаоцима да сами одгонетну, јер П. Димитријевић не наводи никакве аргументе у прилог изреченој оцени.¹⁷

Изложени ставови П. Димитријевића о Меркловој књизи, по нашем становишту, подлежу критици у два правца.

Пре свега, чини нам се да П. Димитријевић изражава сумњу у плодотворност упоредног метода и практично негира став да се на нормативним премисама може успешно изградити општа теорија управног права.

Ово гледиште, разуме се, није одрживо.

Компаративно сагледавање решења садржаних у појединим репрезентативним националним законодавствима, без сумње, представља незаобилазан начин да се у њима јасно и недвосмислено разграниче нужни, универзални, константни и битни елементи од случајних, партикуларних, пролазних и појавних обележја и прецизно идентификује у којој се мери и којом динамиком остварује у позитивном праву суштина правног феномена или, како би се изразио Хегел, идеја права, тј. оно што су римски правници називали „*ius*” насупрот „*lex*-у”. Овакво сагледавање такође омогућује предвиђање праваца развоја правних модела који важе у појединим земљама и неминовност њихове хармонизације са постојећим великим правним системима регионалног или општег међународног значаја, као сликом своје будућности.

Неверицу П. Димитријевића да се може успешно изградити једна општа теорија управног права на нормативним основама добијеним апстраховањем из једног или више репрезентативних националних законодавстава, убедљиво оповргава и Хегелов, односно Марксов метод прелажења од апстрактног ка конкретном. По совјетском правнику Казимирчуку, тај метод се, додуше, може користити тек кад предмет који се изучава достигне одређени степен развоја.

Међутим, нема сумње да је то управо био случај са предметом који је себи ставио у задатак да проучава Меркл, служећи се теоријским апстракцијама, испитујући појединачно, односно посебно са становишта општег и усмеравајући своју анализу на одређене типичне случајеве у којима су се, уз веће или мање одступање, најизразитије манифестовале законитости и тенденције целог низа истоврсних и сродних феномена. Овде, свакако, имамо у виду искуствени материјал којим се Меркл служио, а то

¹⁷ Др П. Димитријевић – др Р. Марковић, *op. cit.*, стр. 374.

су, како је већ речено, превасходно била одређена решења аустријског позитивног законодавства и аустријска правна пракса, делимично употпуњени резултатима проистеклим из анализе важећег права других земаља и најбоље правне литературе тадашњег времена. Прикупљену и обрађену емпиријску грађу Меркл је подвргао критичком преиспитивању са гледишта теоријских достигнућа бечке правне школе, која су му, уосталом, послужила као полазна и истовремено завршна тачка процеса сазнања и истраживања.

Битна иновација коју је увео Меркл у своја теоријска општавања, заснована на претпоставци да више и развијеније правне форме представљају кључ за разумевање нижих и једноставнијих правних облика, огледа се у проблемском прилазу посматраним правним појавама.

Наиме, стварни предмет сваке правне дисциплине, па и опште теорије управног права, као најапстрактнијег учења о тој грани права и система знања о одређеним нормама претвореним у одговарајуће институте, своди се на изучавање нормативног и реалног, будући да норме по Келзену нису мисли, појмови него значења, релације између аката којима су створене и оних појава у стварности које се тим актима регулишу.

Релација између нормативног и реалног може се схватити и као релација „проблем – решење” односно превести на релацију и „питање – одговор”, при чему, за разлику од умног права природноправне школе, законе и друге прописе ваља разумети као манифестације воље, заповести упућене одређеним адресатима, с циљем да их приволе на одговарајуће чињење или нечињење. Другим речима, правна наука би, следећи логику феномена, а не логику поретка,¹⁸ морала најпре да идентификује проблеме које правна правила треба да решавају, и да оцене да ли их решавају на прикладан начин или не, као и да покреће одговарајуће иницијативе за њихову промену ако не производе у пракси жељене ефекте. У складу с тим, могло би се закључити да правна правила као манифестације воље пролазе, а проблеми остају, уколико између њих није успостављена адекватна кореспонденција, односно

¹⁸ Норма као правно решење – да употребимо израз нашег виспреног правног теоретичара између два светска рата, Живана Спасојевића – подвргнута је логици феномена (а не логици поретка) или, ближе речено, логици питања и одговора. Разумети неки текст, односно нормативни акт значи, у ствари, правилно схватити питање на које он даје одговор.

уколико проблем није правилно постављен и проучен и уколико за његово решавање није прописана ваљана „терапија”.

Мерклов прилаз проблематици управног права, који је у начелу конципиран на изложеним основама, завређује и данас пуну пажњу, с обзиром на чињеницу да има доста сличности са модерним комуникацијским приступом правном феномену, нарочито са оном његовом компонентом која се бави семантичким истраживањима, тј. предметом, тематиком правног регулисања. Могло би се слободно рећи да се Меркл увек концентрише на суштину оних реалних проблема – додуше понекад у апстрактном облику – који представљају *изворе нормативности* и као такви редовно захтевају одговарајуће нормативно уређивање.

Сходно томе, Мерклу у историји науке управног права, без сумње, припада заслуга што је јасно и прецизно омеђио стандардни круг релевантних проблема које треба и мора да изучава ова релативно млада правна дисциплина и тако је готово ставио уз бок са њеним старијим узорима, посебно са науком приватног права.

На овом месту посебно ваља указати на Мерклов допринос изградњи теорије процесног права. Познати француски писац *Жорж Лангро* (Georges Langrod) истиче да се Меркл у науци управног права појављује као „пионир истраживања суштине поступка, сваког поступка”, коначно прекидајући са крутим подвајањем појединих „процесних” сектора, и да после његових изучавања „постаје заиста тешко да се општа начела правног поступка везују искључиво за судство”.¹⁹ Меркл је, наиме, убедљиво доказао да је поступак, по природи, могућ у области свих државних функција.

У оквиру параграфа посвећеном управном поступку²⁰ Меркл разматра питања која се односе на суштину поступка и процесног права уопште и посебно управног процесног права као скупа правила стварања којима се уређује ток обликовања управних аката, затим на формално и материјално управно право; на однос управног и судског процесног права; на процесно право које се тиче наредби, као и индивидуалних управних аката и, најзад, на начела поступка и управна правна средства.

¹⁹ Жорж Лангро: *Управни поступак и управно право*, Завод за јавну управу, Београд 1960. год., стр. 31.

²⁰ А. Меркл, *op. cit.*, стр. 15. *Das Verwaltungsverfahren*, стр. 213–214. стр.

„Управљање је”, констатује Меркл, „свесно људско делање. При сваком, пак, делању ваља разликовати *facti i factum*²¹ или, телеолошки посматрано, пут и циљ. Све државне функције и посебно сви управни акти су циљеви, који се могу постићи само одређеним путем. Тако је закон циљ коме води законодавни пут, тако су судски и управни акти циљеви којима воде судски и управни поступак. У основи сва управна је управни поступак, а управни акти представљају само производе управног поступка”²²

Као што се из овог цитата види, Меркл уподобљава управни поступак са бићем, суштином управе, чиме, заправо, инсистира на делатном карактеру управе, док су организациони проблеми управе по његовом схватању, секундарни и изведени, будући да функција претходи организацији, тј. да свакој правној функцији одговара нека организација, а укупни правни поредак као функционални поредак нужно захтева неки поредак органа.²³

Значај Мерклове теорије управног права, као општег модела једне изузетно разуђене и динамичне правне гране, огледа се, у првом реду, у идентификовању и правилном лоцирању релевантних проблема, али и откривању њихове суштине и предлагању одговарајућих решења у светлости чисте теорије права.

Захваљујући својој монографији *Опште управно право*, која неоспорно садржи многобројне вредне и инспиративне идеје, Меркл је врло брзо по њеном изласку из штампе заслужено обезбедио себи статус класика опште теорије управног права у научној литератури.²⁴ Сасвим је извесно да његове теоријске концепције и ставови, који су у основи издржали пробу времена, могу и данас послужити не само као непресушни извор за унапређивање правне мисли и праксе на подручју управе већ и као подстицај за преображај савремене универзитетске наставе управног права ради њеног прерастања из процеса стручног у процес превасход-

²¹ Ови облици потичу од латинског глагола *fiō, fieri, factus sum* = бивати, настати, постати, догађати се, рађати се.

²² Адолф Меркл, *op. cit.*, стр. 213.

²³ Адолф Меркл, *op. cit.*, стр. 309.

²⁴ Ако се индекс цитираности радова неког аутора у наше време узима као показатељ и мерило вредности његовог стваралаштва, онда, са тог становишта посматрано, Мерклово дело заслужује сигурно највишу оцену, с обзиром на чињеницу да се његови теоријски погледи на кључна питања управног права не могу заобићи ни у једној озбиљној научној расправи.

но научног образовања правника, нарочито на последипломским студијама.²⁵

Будући да фундаментални правни проблеми које је поставио и обрадио Меркл, представљају кључна и увек актуелна питања науке управног права, било би, без сумње корисно да се његова књига *Опште управно право* преведе на српски језик и тако постане доступна домаћој научној и стручној јавности.

A NOTE ON THE THEORY OF ADMINISTRATIVE LAW
BY ADOLPH MERKL

– Summary –

By applying the normative doctrine of Hans Kelsen to the study of administration as a strictly legal phenomenon, Austrian author Adolph Merkl has undoubtedly become a creator of a specific syntax of administrative law expressed in the form of a general theory of that branch of positive law. In such a way he has almost set side by side one formerly neglected and insufficiently elaborated discipline, and the one with rather indented and flexible subject matter – with the science of private law. At the same time, he has demonstrated in such a way the conceptional and methodological accurateness and effectiveness of Kelsen's teaching which, to be true, already from its taking place, had been subjected until the present to radical contesting from rather different theoretical and ideological positions.

In addition to his contribution to the creation of a general theory of administrative law in a narrower sense, on the ground of Kelsen's pure theory of law, Merkl is known in legal literature first of all by his teaching on effectiveness of administrative acts, and particularly by the teaching of gradual structure of legal order, as well as by the first deliberate application of the systemic way of thinking to the world of legal phenomena.

However, it seems that in recent times there are more and more ideas to give credit to Merkl also for his significant contribution to the construction of a general theory of the law of procedure and, within its frameworks, of a theory of administrative procedure. The latter especially may be said to represent the very essence of the overall administrative activity in a state adhering to the rule of law.

Due to the above facts, it would be entirely proper and useful that his work *The General Administrative Law* be translated into our language and thus become available to our academic and professional public. According to evaluation by I. Krbeč expressed already in 1929, this work is one of the most interesting ones in the sphere of administrative law, and represents a creation full of new ideas and legal constructions.

²⁵ Упореди, у вези с тим, чланак др Драгаша Денковића *Савремени проблеми универзитетске наставе управног права*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXIII, 4, Нови Сад, 1989. год.

