

ЗАПИС О „ЈАВНОМ” И „ПРИВАТНОМ” ПРАВУ

Записујући усмене изложене опаске о предмету нашег разматрања, ограничићу ово уобличавање само на главне ставове и то на такав начин да се бар донекле задржи разговорни оквир и некако отслика подлога коју су пружили писмени реферати. То ће, надам се, омогућити и читаоцима ових текстова да са што мање тешкоћа прате и једно овакво излагање.

Овакви разговори су нам неопходни, па је заиста велика штета што их ретко водимо. Утолико више дугујемо захвалност пре свега организаторима овог саветовања због успешно обављеним припремних послова и изражене спремности да допринесу што успешнијем току саветовања, објављивању његових резулата итд.

1. — Несумњиво је да је изванредно одабрана и погођена *права тема*: колико стара толико и актуелна, колико понуђена научницима толико и практичарима, колико намењена теоретичарима толико и специјалистима за конкретноправне дисциплине. Ова тема налази се на тачки сусретања и укрштања готово целокупног знања о праву, његовог историјског развоја, многих и различитих правних искустава, непрегледног чињеничког материјала, многих уобличених научних дисциплина, правних пре свега али и осталих. Баш овакве теме упечатљиво показују да су све правне дисциплине за многе теме подједнако заинтересоване, али их обрађују сходно својим специфичним приступима, па зато и настаје оно разноврсно третирање различитих страна и момената таквих предмета. Ти различити захвати, међутим, само потврђују да је знање о праву, односно *правна наука у целини*, по својим битним обележјима и у својој основи — *једна и јединствена*. Разне поделе на низ научних подручја, научних дисциплина, предмета изучавања итд. често су мотивисане превасходно институционалним, педагошким и другим разлозима, а не само научним. Штавише, често се стиче утисак да су те поделе више привидне и вештачке но што су стварне и природне.

Таква слика о правној науци, наравна, на свој начин показује и оно што је далеко значајније — да је само *право као друштвена творевина*, у историјској реалности, увек и неизбежно изграђена као *једна и јединствена целина*, као једна специфична структура унутар глобалне друштвене заједнице, као један изузетно сложен систем који је тако структурисан и функционално постављен да може остваривати веома сложену улогу, било самостално, било заједно с државом и неким другим творевинама. Захваљујући таквој својој системској јединствениости и целовитости, али и унутрашњој рашчлањености, подељености на разне делове, деоне јединице, а особито оно мноштво уобличених и различитих мањих и већих правних институција — право мора изазивати баш такву пажњу правне науке, па и консеквенце у њеним методама и постигнутим резултатима.

2. — Подела на „јавно” и „приватно” право има изузетно велики значај у сваком погледу, па би се чак могло рећи да она много више открива у бићу самог права, с једне стране, и у карактеру правне науке, с друге стране, него што се то привидно и непосредно показује у некој расправи о томе, па и у свим нагомиланим одговарајућим резултатима. Не ради се ту о неком пуком техничком питању, искрслем и задржаном у схоластичко-цепидлачким навикама и настојањима правника и правничког мишљења. У ствари, ради се о једном од низа кључних питања права и правне науке. Баш зато ваља одмах указати на неколико момената који сами по себи представљају својеврсне показатеље о особеностима једне овакве теме и целокупне односне проблематике. Ово утолико пре и више што се баш у тим моментима виде не само различите равни у третирању овог предмета већ и неки корени забуна, заблуда и неспоразума који тако често и изразито искрсавају.

Прво, овде постоји својеврсна *интерпретативна и херменевтичка проблематика* коју карактерише тежња да се на неки начин покажу, протумаче, разјасне и схвате значења поделе на „јавно” и „приватно” право, па било да се она јавља у теоријској мисли, доктрини и концепцијама најистакнутијих и спореднијих представника правне науке у прошлости или данас, било у самом законодавству и прописима, у законским текстовима који иначе имају велики домаћај и запаженији историјски смисао (нпр. у случају великих кодификаторских подухвата), било у искуству и пракси историјски уобличених и утицајних слојева професионалних правника, њиховим схватањима, па и одговарајућем поступању у датим условима, средини и времену. Ако се жели открити шта је који мислилац, писац или аутор рекао о овој подели (као што то заиста упечатљиво

илуструје реферат проф. др Ж. Борђевића и асист. мр. В. Водинелића) — ондда се налазимо и крећемо само на тој равни.

Друго, ова проблематика може имати печат настојања да се захвати *историјски материјал*, скуп одговарајућих података и чињеница, било из даље или ближе прошлости, и то посматрањем једног низа државно-правних поредака или само једног од њих, у датим временским и просторним координатама. На тај начин се жели чињенички засновати, потврдити или оповргнути неко, нечије и некакво схватање о овој подели. Исто тако, конкретан материјал и подлога се може тражити у постојећем државно-правном поретку с тежњом да се утврде његове специфичности. Наравно, овакво третирање дотичног предмета, без обзира да ли се јавља у историјскоправним или позитивноправним дисциплинама, а понекад и изван њих, бар може претендовати на научност, могућност верификације изнених гледишта. У одређеном смислу то и јесте најважније, јер се тако истраживања о насталим схватањима поводом поменуће поделе постављају на раван чињеничког света уопште, а праног света посебно и с његовим специфичностима.

Треће, ова проблематика се може појављивати у једној *сложеној и апстрактној равни* где се на изванредан начин укрштају и стапају најразличитији чиниоци мишљења о дотичном предмету: разлози, поводи и мотиви ове поделе, чињенице које иду у прилог теоријским и апстрактним конструкцијама, појмовима и поставкама, филозофске и идеолошке претпоставке које се огледају како у третирању целокупног предмета тако и његових појединих момената, реални теоријскоправни и филозофскоправни погледи који се разликују од пуких схоластичких спекулација, друштвени, политички и културни оквири у којима се јавља не само ова подела већ и њено потврђивање и прихватање у правној мисли итд. Наравно, све ово је највидљивије у одговарајућим дисциплинама које обухватају најопштија и најапстрактнија знања о праву. То су *Филозофија права*, затим *Теорија права*, а у одређеној мери и *Социологија права* и то без обзира колико су засебно уобличене. У таквим знањима се неизбежно намећу и питања о овој подели.

Четврто, следствено томе огледа се и онај најдалекосежнији значај ове поделе, па самим тим и њено најдубље значење. Не доводећи у питање и не обезвређујући разна друга значења, несумњиво је да се мора нарочито нагласити да ова подела има велики *онтолошки значај*, јер пружа могућност потпунијег сагледавања специфичне природе права, водећи рачуна о овако издиференцираним његовим делима. Она има велики *гносеолошки значај* утолико што пружа претпоставке и постаје консеквенца за специфично двоврсно сазнање права. Она, најзад, има

и одређен *аксиолошки значај*, јер омогућује и условљава двоврсно вредновање права и правних институција. А то све заједно само потврђује изнети став да се ова проблематика мора налазити и у *Филозофији права*, да она мора бити осветљавана и с њеног становишта, у њеним категоријама, у њеним појмовним оквирима и систематским поставкама. Тај предмет се не може игнорисати ни у овој дисциплини, већ напротив мора се стављати у само средиште њеног интересовања. Тако се показује да и ова дисциплина има везе и с правном стварношћу и с разним конкретноправним истраживањима. У томе се показују могућности плодносне сарадње различитих дисциплина, а то се, на жалост, понекад занемарује.

3. — Самим тим ваља имати у виду и одговарајући *методолошки значај* свега онога што условљава и прати једну овакву поделу, па и оне тешкоће и незгоде што се у вези с тим мање или више испољавају.

Пре свега, овде као и свуда није безначајно *питање терминологије*, једно у основи језичко питање, али ништа мање и специфично правно и правничко. Добро је што се често настоји достићи што адекватнија терминологија, али је сигурно да се цела ова проблематика не може прогласити као резултат некаквих пуких термиолошких натезања и неспоразума. Јер иза термиолошких проблема увек се крију дубљи и стварни проблеми.

Исто тако, несумњиво је да ова подела увек почива на неком више или мање развијеном *теоријском становишту* које карактерише одговарајућа методологија, а које се огледа у целокупној проблематици права или појединим основним проблемима. Ако није непосредно видљиво и развијено дотично опште становиште, оно се претпоставља или се уклапа у систематским извођењима постојећих праваца, школа, теорија и концепција. Према томе, разне варијанте у погледима на овај предмет најчешће су само својеврсни „деривати“ општетеоријских погледа, нарочито оних најистакнутијих. Сходно томе, филозофскоправни и теоријскоправни али и позитивноправни и историјскоправни захвати овог предмета, у сваком поједином случају, морају имати неки шири оквир у склопу кога се једино и могу ваљано разумети и проценјивати.

Даље, ова подела се непосредно повезује с извесним ставом у погледу самог *појма права*. Познато је да правна мисао не располаже једним и јединственим појмом права. Зато и постоји огромна разноврсност датих дефиниција права. То се непосредно одсликава и на појмове „јавног“ и „приватног“ права, па и на третирање целе ове проблематике или појединих њених момената. Без обзира да ли је изричито наглашено или прећутно прихваћено неко гледиште о појму права, оно предодређује и

ове изведене појмове. Појам права налази се у самом језгру свих оваких разматрања, а нарочито оних расправа и спорова који су непрекидно пратили основне токове правне мисли. — Наравно, исти разлози оваких веза огледају се и онда када се истиче појам *правног система* као полазна тачка расправљања о „јавном” и „приватном” праву. Наиме, зависно од тога како се уопште схвата право и како се дефинише „правни систем” следи и одговарајуће третирање „јавног” и „приватног” права. Многе теорије, међутим, развијају се без дубље промишљености ових веза, па међузависност свих појмова открива или њихов иначе „природан” и неопходан склад, али често и очигледне противречности, неусклађености. Зато, најпре се мора обратити пажња на ове везе. Што се мене тиче, налазим да се појам „правни систем” мора логично извести из датог општег појма права, па на тој основи вршити односне анализе.

Кад већ то помињем, морам посебно да нагласим свој став у том погледу. Чини се очигледним да су *све традиционалне дефиниције права уске и редукционистички конструисане*, а нарочито оне које свде појам права на појам правне норме. Такав појам права је тесан и неподесан уопште, а нарочито за утврђивање адекватних појмова „јавног” и „приватног” права. По мом мишљењу, цела историја ове проблематике и контроверзи које су је пратиле снажно илуструје потребу за стварањем друкчијег, сложенијег и ширег појма права. Следствено томе мора се конструисати и појам правног система. То значи да у појму права морају имати место не само правне норме већ и остали елементи права, односно правне структуре (тј. правни субјекти, правни акти, правни односи, правни објекти и сл.). Право као сложена друштвена творевина обухвата све те елементе, па зато има разне стране, својства и моменте. Управо зато, по мом мишљењу, разна схватања су настојала да и „неовесно” изиђу из тесних оквира редукционизма баш тим настојањем да поред и изван правних норми упозоре и на поменуће елементе као критеријума поделе на „јавно” и „приватно” право. Штавише, многе од њих су биле принуђене да потраже и неке изванправне моменте и чиниоце. Тако се и добио низ различитих критеријума ове поделе: према својствима субјектата, карактеру правних односа, природи правних аката, обележјима правних објектата, према испољеној власти, интересима, циљевима. Редукционисти би морали, ако су доследни у мишљењу, остати само на терену правне норме и, евентуално, тражити у њој самој основу дотичне поделе. Ако то не чине, они напуштају, у ствари, сопствени терен и оповргавају своја полазишта. Они и нехотице потврђују да је право, у ствари, изванредно сложена и динамична творевина, с одговарајућим устројством

и динамиком свог стварног постојања баш захваљујући повезаности тих различитих елемената. Тако се показује да су правна реалност и историјско искуство много сложенији него што је то она формализована нормативна структура коју они иначе и начелно једино признају као начин постојања права.

4. — Имајући то у виду, заиста морамо темељно и критички *преиспитати* све постојеће тековине правне мисли које се тичу поделе на „јавно” и „приватно” право. При том морамо водити рачуна о свим околностима (историјским, филозофским, политичким, идеолошким итд.) које се овде на неки начин испољавају. Тек тако се може одговорити на питање о *могућности и оправданости* једне овакве поделе. И то како у прошлости тако и у савремености, па и на тлу једног позитивног права. То значи да се може истраживати ово питање и у склопу нашег, југословенског права.

Одмах наглашавам да се терминолошка ваљаност разликовања „јавног” и „приватног” права мора некако довести у питање, тј. користити их с извесном резервом кад већ не располажемо неким прикладнијим изразима. Уосталом, ови изрази никад нису били сасвим адекватни и срећно одабрани. Они не могу сасвим тачно изразити оно што се њима жели назначити. Зато сматрам да ове ознаке треба стављати у наводнице или испред тих назива увек стављати оно „тзв.” Уосталом, такво релативизирање прикладности ових термина намеће и чињеница да су они током историје и иначе добијали веома различиту садржину.

Да би заузели став у погледу ове поделе, свакако се може узимати у обзир и постојање других уобичајених подела права или правног система на извесне, како се обично каже, правне области, а то су *међународно право* и *унутрашње право*, *материјално право* и *формално право*, а код нас и *тзв. државно право* и *тзв. самоуправно право*. Очигледно све ове поделе настају пре свега некаквим објективним раздвајањем унутар самог права, па се то покушава теоријски изразити својеврсним дуализмима, дихотомијама, с одговарајућим појмовима и поставкама. Међутим, сва оваква подвајања унутар права и правне мисли никада се не могу извести сасвим чисто и прецизно, већ увек и само приближно, условно и оријентационо.

У вези с тим и на таквој основи олакшано је сагледавање и истраживање једне од најважнијих подела унутар права. Таква подела је, у ствари, резултат једне објективне и неизбежне *диференцијације* самога права која се чак испољава и као типична и карактеристична *поларизација права*. То значи да у самом праву постоје и дејствују чиниоци услед којих настаје такво унутрашње подвајање које погађа како целокупно право

тако и његове саставне делове. То је толико важна подела да се она не може повезивати само с неким релативно споредним чиниоцем, па без обзира да ли је то неки од саставних елемената права или неки делимичан чинилац који је смештен у друштву и који као такав у одређеној мери дејствује на право. У таквом процесу поларизације заиста се не појављује само један чинилац, па сходно томе и не може му се приписивати значај јединог и одлучујућег чиниоца и критеријума овако важне поделе права. А када је већ тако онда то значи да се ту појављује дејство *укупности чинилаца* или, пак, привидно један чинилац који је толико сложен и садржајан да у себи садржи и некако обухвата, у крајњој консеквенци, једно мноштво чинилаца. При том, наравно, битно је да баш то постоји и дејствује, а како се то пројцира у правној мисли, у науци, филозофији, теорији, истраживању — то је друго питање. Јер, познато је, да то стање и постојање нечега само по себи може остати и незапажено у истраживању и научном мишљењу. Управо то и намеће потребу да се што потпуније истражују *објективни разлози* и стварно постојећи *комплекс повезаних чинилаца* који изазивају једну овакву поделу. Само тако се могу избећи замке уобичајених упрошћавања.

По мом мишљењу, диференцијација и поларизација права коју означава разликовање „јавног” и „приватног” праза појављује се у вези с раздвајањем двеју посебних сфера — *тзв. јавне сфере* и *тзв. приватне сфере*. То су сфере друштвеног живота које се непосредно изражавају и потврђују уобличавањем дотичних делова права, правне структуре, правног система. Услед тога и настају посебна обележја појединих елемената права, а то првенствено значи и уобличених и спецификованих главних грана права и, евентуално, њихових огранака, па и целог мноштва различитих правних институција. При том сама поларизација означава чињеницу да право не може бити уобличено само преко једног од тих делова, уз истовремено елиминисање другог дела. У стварности свих правних система, а нарочито модерних и садашњих, таква подвојеност је *неизбежна* и *иманентна*, па су зато и сви покушаји њеног упрошћеног и, у основи, идеолошког оповргавања осуђени на промашаје и заблуде. А то значи да и законодавци и научници морају некако уважавати и назначити такву подвојеност унутар правне структуре и израженог правног система.

Овом приликом, међутим, немогуће је излагање иоле развијеније аргументације. Зато ћу само указати на место и улогу појединца у овим сферама, а посебно у *тзв. приватном праву*. У одређеном смислу то је превасходно *сфера појединца, човека и грађанина*, при чему и сфера *тзв. јавног права* подједнако

омогућује испољавање таквих људских својстава. Битно је да ове категорије не треба узимати у неком метафизичком и индивидуалистичком смислу. У ствари, неопходно је третирање појединца као реалне јединке која једино обезбеђењем своје сфере, бивствовањем у њој, може остваривати и развијати своје *друштвено биће*, а то значи бити састојак целокупне друштвене заједнице, дакле и постојеће реалности и њених политичко-правних институција. То значи да се појединац може уклопити и у тзв. *јавну сферу* и ту задобијати одговарајуће изразе и потврде. На тај начин, појединац, човек и грађанин, с једне стране, и друштвена заједница, с друге стране, добијају печат подељености ових двеју до извесне мере опречних сфера, а то значи сфера које су међусобно комплементарне. То се само приближно испољава поларизацијом целокупног права. Управо због тога оваква подела је постала историјска нужност, у свом пуном значају и значењу, тек следством тековина Француске револуције 1789. године, па и осталих буржоаских револуција. Оне су сразмерно својој довршености или извођењу уклањале историјско *биће поданика*, и на његово место истицале категорију *грађанина*. У том свом виду и изразу човек постаје све више и све нужније окосница и средиште модерног друштвеног, политичког, правног и осталог живота. Афирмисањем грађана, с његовим специфичним интегритетом, политичком улогом и могућностима, а нарочито његово раздвајање од неприкосновене сфере државе, организоване моћи и власти, монополизоване приноде и ограничења, па чак и стварањем одређених институционалних оквира за одговарајућу слободу појединца и извесно супротстављање држави — потврђена је и подела на тзв. јавно право и тзв. приватно право. Тако афирмисање човека-грађанина у две правне раздвојене сфере је наметнуло потребу за уобличавањем једне целе серије тзв. субјективних права, али и серије корелативних дужности. Тако је постепено и, наравно, само у виду делимично оствариване тенденције уместо категорије поданика, својствене феудализму и сваком облику његових остатака, мукотрпно израстала категорија грађанина управо на тлу и у оквиру буржоаског поретка. Тако појединац као такав и као припадник одговарајућих група постаје историјски димензионасан *субјект* политичког и правног живота. То је циновски корак напред у прогресивном развоју политичке заједнице и њених правних институција. Међутим, истовремено с тим неизбежно су се откривала и сва историјска и објективна ограничења таквог историјског тока и поменуће тенденције. У целокупној друштвено-економској структури капитализма, у његовом владајућем систему приватне својине и то пре свега на основним оруђима и средствима производње, у успоставље-

ној економској и политичкој доминацији буржоаске класе, у функционисању разних механизма којим се њена моћ обезбеђује итд. — налазила су се непрелазна класна ограничења, постављена испред радничке класе као такве, а у крајњој линији и испред свих социјално инфериорних појединаца, па самим тим и испред самог народа.

Узимајући у обзир тако историјски афирмисане две сфере, сферу у којој се налази *тзв. јавност* и следствено томе и *тзв. јавно право*, на једној страни, и сферу у којој се налази *тзв. приватност* и следствено томе и *тзв. приватно право*, на другој страни, можемо процењивати и шта се дешава после социјалистичке револуције, у процесу изградње социјалистичког поретка уопште и у појединим земљама посебно. Наиме, поставља се питање да ли такве промене саме по себи означавају и аутоматско елиминисање подвојености и разлика између наведених двеју сфера или, пак, услеђује само одређен и дубок преображај и у самим сферама и у њиховим међусобним везама? Наравно, на овакво питање ваља одговорати без икаквих априористичких и било каквих предрасудама оптерећених „теорија” и „концепција”. Као и увек у научном истраживању одлучујуће може бити само оно што се у самој друштвеној и политичко-правној стварности налази и што наука истражује и објашњава. При том нарочито не може бити ни мотив ни аргумент, евентуално, сама постојећа терминологија, било да се узима као потпуно прикладна или потпуно неприкладна. Ти називи су, као што је напред упозорено, релативне вредности уопште, па су још више релативизовани или би бар требало да их релативизујемо, када се ради о социјалистичком друштвеном поретку, односно државно-правном поретку који се у његовом окриљу развија. Основно је да социјализам представља историјски виши друштвени поредак у коме се само превазилази или, како се то каже, дијалектички укидају и одстрањују основне претпоставке, услови структурисања капиталистичког друштва. То је превасходно систем приватне својине. Уместо тога ствара се систем, како се уобичајено каже, социјалистичке својине, а у суштини се ради о систему *јавне својине*, који систем може имати своје различите видове: од изразитог етатистичког облика државне својине од мање или више развијеног система друштвене својине. Међутим, сами својински односи по себи никада нису били једини чинилац разликовања *тзв. јавног права* и *тзв. приватног права*, него су то, нека буде поновљено и наглашено, *конституисане* и спецификоване сфере *тзв. јавности* и *тзв. приватности*. У оној мери у којој је та поларизација, у ствари, историјска нужност и значајна тековина, нарочито у оним својим садржајима и изразима који имају дубље позитив-

но историјско значење, она се не може ни одбацити ни избећи у социјалистичком друштву. Неизбежно је само превазилажење њених историјских условности и ограничења, а оно што је само по себи знак достигнутог степена у развоју заједнице, положаја појединаца итд. остаје или би бар требало да остане као драгоцен баштина. Достигнути степен развоја социјализам по свом историјском бићу не разара, не враћа развој на ниже тачке, тачке које су испод или иза онога што модерно друштво остварује и омогућује. Наравно, то не значи да у пракси нема управо и таквих појава, али баш то је у супротности са прогресивним историјским значењем социјализма. Уопште, и социјалистичко друштво не може избећи печат поменутог поларизације. То значи да се и његов правни систем карактерише подвојеношћу „јавног” и „приватног” права. Али та подела добија *нове историјске садржаје и нова значења*. Јер социјалистичко право може бити само оно које даље и потпуније афирмише *категорију грађанина*, а не срзава појединца на ниво пуког поданика, па чак и обичног објекта власти и подвргавања који су оличени у свемоћном бирократском апарату. Дакле, једна стара подела појављује се у новим историјским условима, па самим тим и добија *нови историјски смисао* у оквирима социјалистичког права.