

ЕЛЕМЕНТИ ОДРЕЂИВАЊА ДОМЕНА „ЈАВНОГ” ПРАВА У НАС

1. Никада није на одмет, па ни овом — поновном — приликом разматрања проблематике „поделе права на јавно и приватно (и поједине гране права)” поћи од ноторне, мада често олако занемариване мисли „да многе расправе међу људима настају услед тога што се исте ствари називају различитим именима или што се различите ствари називају истим именом” (J. LOCKE). Значај ове опаске је тим већи што се при науочној анализи и разматрању „спорних” питања као рационално-методолошки императив јавља прецизирање значења основних појмова предмета расправе — што се овом приликом посебно односи на израз и појам „јавно”. Претходно отклањање могућих термилолошких и концептуалних непрецизности, као најчешћи извор „садржинских неспоразума”, предуслов је сваке научне расправе.

2. Термин „јавно” лат. „publice”; фран. „publique”; енг. „public”; нем. „öffentlich”; рус. „общественный” etc.) у свом етимолошком значењу везан је за оно што је на „јави”, што је „стварно”, „реално”, што је (свакоме) „уочљиво” и „видљиво”, односно у ширем смислу — оно што је „јављено”, „објављено”, „обнародовано”, „обзнањено”, што се упућује и што је доступно „свима”, „људима”, „народу” — другим речима „оно што се односи на све” тј. „оно што се тиче свих”. Полазећи од наведеног, израз „јавно” има значење у смислу „општедруштвено”.¹⁾ Квалификатив „јавно” везује се за дефинисање и реализацију „општедруштвених” циљева и интереса, насупрот „партикуларног” („приватног”) — појединачног, односно групног циља или интереса.

3. Термин „приватно” (лат. „privatum”; фран. „prive”; енг. „private”; нем. „privat”; рус. „личный” etc) у свом етимолошком значењу везан је за оно што је „скривено”, „затворено”, а у

¹⁾ У вези наведеног значења види ближе, нпр.: Димитријевић, др П.: Организација и метод рада јавне управе”, Београд, 1959, стр. 7—8 и даље, као и од истог писца „Јавна управа”, Ниш, 1964, стр. 15.

ширем смислу оно што је „лично“, „домаће“, „кућно“, „посебно“, односно означава оно што је „незванично“, „неслужбено“, „недржавно“ — другим речима — „приватно“ је оно „што се тиче појединачног“.

I.

1. У основи двојаки карактер улоге државе у „класном“ („конфликтном“) друштву²⁾ — као организација чији је примарни циљ („функција“) детерминисан институционализацијом вршењем ауторитативних активности („власти“ и „принуде“) односно као организација која врши делатности и послове неауторитативне природе (тзв. „јавне службе“) у општем интересу свих чланова друштвене заједнице (под условом да нису у супротности са примарним циљем и интересима друштвено доминирајуће политичке групације) — има за последицу да се, како фактичке претпоставке, тако и формалне прерогативе дефинисања садржине „општедруштвеног“ концентрише на нивоу вршења аксеолошко-селекторских активности државе. Са друге стране, позиција државе као „ексклузивног вршиоца“ ауторитативних активности, посебно на ефекторском нивоу, фактички је гарант реализације „општедруштвеног“ интереса и циља и у случајевима партикуларног (појединачног или групног) отпора „елемената система“. У „конфликтним“ друштвеним заједницама, држава осигурава остваривање „општедруштвеног“ интереса вршењем аката ауторитативног карактера, како у нормативном домену — „власт“, тако и у фактичком домену — „принуда“.

Полазећи од улоге државе у друштву, односно од њене „функције“ произилази следеће:

- а) у „конфликтним“ друштвима „јавно“ се као „општедруштвени“ интерес дефинише на нивоу аксеолошко-селекторских активности државе, и
- б) овако утврђеном „општедруштвеном“ интересу гарантује се фактичка реализација (у случајевима отпора) ауторитативним инструментаријумом државе — „власт“ и „принуда“.³⁾

2. У прилог наведеном садржинском одређивању елемената појам „јавно“ упућује и аналитички осврт на „примарни

²⁾ Види ближе: „Однос управе и грађана...“, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 1981.

³⁾ На овакав закључак у односу на елементе појма „јавно“ посредно упућује и израз „res publica“ у значењу „ствар свих“, „ствар народа“ тј „општенародно“, односно „општедруштвено“. У том смислу и значење израза „република“ као „држава“.

извор” сваке расправе о подели права на „јавно”, односно „приватно” (чувена) сентенца која се приписује римском правнику Улпијану (Ulpianus Domitius, ca. 140 — 228 A. D) лоцирана на самом почетку „Corpus Iuris Civilis” — већ у другом параграфу „Дигеста” — која гласи: „Ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.” (D. 1,1,1,2). У непосредној вези са наведеном стоји и сентенца: „Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.” (D, 2,14,38).

Из наведених текстова, у садржинском смислу, произилази да је „јавно” (право) оно које се тиче „државног” („... statum rei Romanae...”), тј. „општедруштвеног”, са једне стране, и да је оно што је „јавно” такво (тј. „јаче”) да се појединачним споразумом не може мењати („... mutari non potest.”, са друге.

II.

Уколико се, као што чине неки аутори⁴⁾, под „правом” подразумева „правни систем” као „... сређени скуп свих општих норми... тако да представља јединствену непротивречну целину...”... чија су... „два главна елемента „нижи”, којим се назива правна установа или институција и „виши” којим се назива правна грана...”, а „... скуп више установа које регулишу исту област друштвених односа по истим начелима... представља правну грану”⁵⁾ Даље, наводи се да „... почев од римског права поступно се развијала подела правног система на различите гране. У буржоаском развијеном праву изведена је подела мање-више стабилна и општепримљена, на гране права, која је скоро без икаквих измена, примљена и у нашем праву”. Међутим, и поред тога што наше право као „социјалистички правни систем” мора да има сва појмовна и концептуална обележја „правног система” уопште поједини аутори⁶⁾, полазећи од тзв. „ванправне”, посебно тзв. „политиколошке” концепције одређивања садржине „правног система”, односно „правне гране” наводе да „... Југословенско право узето у целини... није ни полу-приватно, ни полујавно, ни само јавно... „... оно је јединствен систем”. Ипак, иако се истиче да се „... центарлно питање нашег правног система не састоји у његовој подели на ... карди-

⁴⁾ Тако, на пример, проф. др Р. Лукић — види посебно: „Увод у право”, Београд 1977.

⁵⁾ Ibidem, стр. 396—398.

⁶⁾ Тако, на пример, проф. др Ј. Ђорђевић — види посебно: „Прилог питању система социјалистичког права ФНРЈ”, Архив за правне и друштвене науке, Београд, бр. 1, 1950.

налне' групе'', сам аутор одмах у наставку текста види нужност „... у утврђивању које унутрашње правне групе у њему постоје и по ком критеријуму се оне појављују и формирају”.⁷⁾ Овакве концептуалне разлике, посебно оријентација на тзв. „политико-лошки” приступ у изучавању права у оквиру установа које се академски баве изучавањем права — универзитети, правни факултети, институти и сл. — често имају за последицу „интересантне” методолошко-организационе облике.⁸⁾

Следећи консеквентно примену критерија формирања правне гране — скуп установа које регулишу исту област друштвених односа (тзв. „технолошка хомогеност”), односно регулисање тих односа по истим начелима („јединствени правни режим” регулације) — могуће је дефинисати основне заједничке елементе појединих правних грана и извршити њихову концентрацију у једну „вишу” класификациону категорију (у односу на „правну грану”), али још увек са јасним идентитетом у односу на „правни систем” као јединствени и непротивречни ентитет. Ова „интермедијална” класификациона категорија — „виша” од правне гране и „нижа” од правног система, конституише се по истим методолошко-концептуалним критеријумима и основама као и „правна грана”. Консеквентно, елементи ове „интермедијалне” категорије чине „технолошки хомогени” скупови правних грана, са једне, и „јединствени правни режим” регулације одговарајуће области. Чини се целисходно ову „интермедијалну категорију” назвати „грану област”.

Полазећи од наведеног, правна област „јавног” конституише се по основу могућности реализације „општедруштвеног” и у случају (појединачног или групног) отпора актима ауторитативног карактера. Правну област „јавног права” конституишу правне гране (као скупови правних норми) којима је регулисано вршење ауторитативних активности како у „нормативној”, тако и у „фактичкој” сфери правног поретка.

III.

1. „Класификациони ratio” поделе правног система на „правне области” произилази *ipso facto* из реалности друштвених заједница у којима се као крајњи ауторитативни регулатор

⁷⁾ Ibidem, стр. 20—24.

⁸⁾ Тако је случај, на пример, на Правном факултету универзитета у Београду где, иако постоји „катедра за грађанско (приватно) право”, не постоји „катедра за јавно (конституционално-административно) право”, мада се област „јавног права” *de facto* ј искључиво изучава на катедри за „политичке науке”.

друштвених односа и противречности јавља држава. Како је држава институционално иманентна консеквенца „конфликтног” друштва тј. друштва у коме је „плурализам (друштвених интереса) историјска реалност, *ad definitionem* постоји могућност њихове „конфликтности”, односно потребе разрешења те конфликтности и средствима ауторитативног карактера као „гаранта” фактичке реализације. Правна област „јавног права” као „интермедијалне” категорије на релацији „правни систем — правна грана” омогућава јасну методолошко-концептуалну диференцијацију домена „конфликтних” друштвених односа уопште, па према томе и у нашим условима.

2. „Концептуалне” консеквенце диференцирања правне области „јавног права” посебно се рефлектују на систематско-методолошком плану конструисања категорије „правни систем”. Категорија „правна област”, у методолошком смислу, омогућава затварање „јаза” између „правног система”, као јединственог и непротивречног ентитета, са једне, и „правне гране”, као „скупа” хетерогених елемената, са друге стране. Ова околност је, по мом мишљењу, од посебног значаја за консеквентно остваривање начела законитости као врховног принципа правног система — наиме, дедуктивно-нормативистички еуро-континентални правни систем (укључујући то и наш) захтевају концептуално-методолошку доследност и поступност у процесу дедуктивне конкретизације најопштијих категорија („принципа”). Категорија „правна област”, као интермедијална, отклања потребу „квантног скока” (и то најчешће неуспешног) између „збира” хетерогених елемената система и самог система као таквог.

IV.

И југословенско позитивно право познаје, и користи, категорију „јавно” у смислу како је овдде изнето.

Наши позитивно-правни прописи, на пример, изричито говоре о установама као што је „јавни тужилац”, „јавни правобранилац”, „јавни интерес” и др., насупрот „приватној тужби”, (приватном) браниоцу, (приватном) интересу и тд. Посебно илустративан је начин на који се у нашем праву користи термин „јавно овлашћење”. Према одредби члана 152. Устава Југославије (1974): „Законом и на закону заснованом одлуком општинске скупштине може се организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама, друштвеним организацијама, удружењима грађана и другим организацијама, поверити да, у области своје делатности, својим актима уређују одређене односе од ширег интереса, да решавају у појединач-

ним стварима о одређеним правима и обавезама и да врше друга јавна овлашћења" (чл. 152, ст. 1). Из наведене одредбе проистиче да наше позитивно право — сам уставни текст — изричито предвиђа могућност да се „недржавним” субјектима повери вршење делатности од „ширег интереса”, као и могућност вршења ауторитативних активности ради његовог остваривања. Ова ситуација означена је као вршење „јавних” овлашћења. Да наше позитивно право разликује и ситуацију где постоји „општедруштвени” интерес чија реализација се не гарантује ауторитативним овлашћењима, те се, следствено томе, и не користи квалификатив „јавно”, сведочи одредба члана 49. Устава која гласи: „Законом и на закону заснованом одлуком скупштине друштвено-политичке заједнице може се утврдити да су од посебног друштвеног интереса одређене делатности или послови организација удруженог рада које обављају друштвене делатности и уредити начин остваривања посебног друштвеног интереса и остваривања самоуправних права радника у складу са тим интересом”. (чл. 49, ст. 2).

Произилази да је домен „јавног”, односно „јавног права” позитивно-правна реалност нашег правног система и да, према томе, има класификационих основа за одговарајуће диференцирање, са једне, и потреба уобличавања одговарајућих (правних) научних области, са друге стране.