ГЛАСНИК

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Година LXXX
Књига 68

Нови Сад, јул—август 2008
Број 7—8

ЧЛАНЦИ

UDC 343.13

Dr Janko Kubinjec
advokat u Novom Sadu

NADLEŽNOST¹

SAŽETAK: Nadležnost je prva kategorija procesnog prava, kao što je lice prva kategorija materijalnog prava. Druga strana nadležnosti je legitimnost koja može biti proceduralna, politička ili zasnovana na umnosti. Suština podele vlasti nije u uzajamnom ograničavanju tri vlasti, nego u njihovoj ontološkoj razlici. U parlamentu politika prelazi u pravo, ovde prelazi sloboda kao negativna određenost u slobodu kao pozitivnu određenost. Ako se pravo javlja kao dužnost, reč je o upravnom pravu, a ako se pravo javlja kao sloboda, reč je o sudskom pravu. Sud svojom odlukom uspostavlja slobodu kao određenost, dakle pravo, dok država obezbeđuje obaveznost te odluke, dakle uspostavlja dužnost te slobode. Procesno razlikovanje uprave i sudstva istorijski nastaje tek sa nastankom građanskog liberalizma.

Ključne reči: nadležnost, lice, legitimnost, legislativa, egzekutiva, judikatura, sloboda, dužnost

Nadležnost je prva kategorija procesnog prava — prvi institut na koji nailazimo kada zakoračimo u područje procesnog prava. Nadležnost je prvi procesni uslov egzistencije prava — ne može biti govora o fenomenu prava ako to pravo nije stvoreno od strane nadležnog organa.² Nadležnost

¹ Rad primljen: 12. VIII 2008. godine.

² Suprotno Dante Aligijeri: „Ono što je stečeno kroz borbu, po pravu je stečeno. Naime, gde god čovekov sud nije dovoljan, bilo da je obavljen tamom neznanja, bilo da nema zaštite sudije, a da pravda ne bi ostala po strani, treba se okrenuti Onome koji se toliko raduje pravdi da je umirući, sopstvenom krvlju ispunio ono što je sama pravda iskala. Otuda

je prva odredba procesnog prava, kao što je lice prva odredba materijalnog prava.

U jednom pojavnom smislu, nadležnost je prva institucija pozitivnog (empirijskog) prava uopšte. Ali, to je ipak samo površna strana stvari jer nastanak pozitivnog prava neizbežno obuhvata i procesnu i materijalnu stranu i upravo otuda je ustavno pravo, kao prvo područje empirijskog prava, indiferentno prema razlici procesnog i materijalnog.

Nadležnost je procesna strana lica kao institucije materijalnog prava. To znači da u jednom sasvim suštinskom smislu ispravno postupaju teoretičari procesnog prava kada istraživanje procesnog prava započinju procesnim subjektima,³ pri čemu kao subjekte određuju nadležne organe koji konstituišu pravo i subjekte „čije pravo se konstituiše”. Parlament možemo posmatrati kao pravno lice, dakle kao subjekt materijalnog prava, ali ga možemo posmatrati kao telo nadležno za donošenje zakona, dakle kao institut procesnog prava. Tako će nadležnost biti procesna a lice materijalna strana jednog istog fenomena. Upravo zbog toga možemo reći da su nadležnost i lice dve strane jednog istog segmenta pozitivnog prava — što je još jedan primer stanovišta da su procesno i materijalno pravo jedno drugom lice i naličje — samo se menja strana koja je momentalno osvetljena: jednom je ta osvetljena strana, to lice, procesno a jednom materijalno pravo, odnosno jednom procesno-pravna a jednom materijalno-pravna strana jednog istog fenomena. Verovatno bismo svakom institutu procesnog prava jednim detaljnim istraživanjem mogli naći naličje u odgovarajućem institutu materijalnog prava.

Nadležnost podrazumeva artikulaciju tačke odlučivanja. Ta se pak artikulacija uvek vrši u licu, ona putem lica stiče određenost. Ako granice lica nisu jasno određene, nadležnost postaje uzurpacija — iza neodređenosti lica krije se uzurpacija nadležnosti. Reč je o uzurpaciji u pozitivno-pravnom smislu, tj. takvoj usled koje se nadležnost uzurpira suprotno pozitivnom pravu.

Međutim, o uzurpaciji nadležnosti možemo govoriti i u jednom pred-pozitivnom smislu. To je uzurpacija suprotno ideji prava, tj. ontološkim zakonitostima pravnog fenomena. U takvom slučaju nadležnost se doduše može odvijati sasvim u skladu sa pozitivnim pravom a da ipak dolazi do uzurpacije sa stanovišta prirode stvari (na primer ako sudsku vlast vrši šef države ili organ uprave). Ova uzurpacija, koja ima ontološku prirodu, ne temelji se na nedovoljnoj određenosti lica, nego na njegovoj pogrešnoj određenosti.

psalam: Jer je Gospod pravedan, i pravdu zavole.” Dante, A.: *Monarhija*, Centar za istraživanje tradicija, Beograd, 2004, str. 103.

³ „Naslov procesnog subjekta imaju samo oni učesnici krivičnog postupka koji stupaju u krivičnoprocesnopravni odnos i u njemu vrše procesnopravnu funkciju suđenja, gonjenja ili odbrane [...] To mogu biti državni organi, službena lica tih organa i građani.” (Grubač, M.: *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2002, str. 69). Uporedi i: Starović, B. — Keča, R.: *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 1998, str. 33. i dalje.

Lice naravno nije samo materijalno-pravna strana procesnog instituta nadležnosti nego je njegovo prostiranje iza procesnog prava mnogo šire. Ali, u kontekstu nadležnosti je ukazivanje na položaj lica veoma značajno i iz tog dodatnog razloga što se vezivanje lica i nadležnosti nikako ne podrazumeva, za razliku od recimo vezivanja procesnog instituta stranke i materijalno-pravnog instituta lica.

* * *

Od kada postoje pravila socijalnog ponašanja, postoji i fenomen nadležnosti. I najveći uzurpatori vlasti su se oduvek pozivali na neko navodno uporište svoje nadležnosti za kreaciju prava. Tako odmah na početku razmatranja pojma nadležnosti nužno dospevamo do legitimnosti. Možemo reći da je legitimnost upravo prvi momenat u određivanju nadležnosti.

Legitimnost je ovde shvaćena kao opravdanje za određeno pravno rešenje. Opravdanost nadležnosti za samo pravno rešavanje je svakako prva odredba legitimnosti. Tako su nadležnost i legitimnost jedno drugom prioriteti.

Određenje pojma legitimnosti zavisi od samog shvatanja pravnog fenomena. Tako razlikujemo pozitivistički pojam legitimnosti, njen politički pojam, te najzad ontološki.

Pozitivističko određenje legitimnosti, karakteristično za liberalizam, legitimnost prava zasniva na proceduri. U izvesnom smislu bismo na prvi pogled mogli reći da se procesnom pravu najveći značaj pridaje upravo u ovakvom shvatanju. Legitimnost je ovde naime shvaćena kao svojevrsna podloga sama sebi. Za razliku od ostalih tipova legitimnosti, gde se ona sastoji u nečemu što prethodi pozitivnom pravu, ovde se legitimnost iscrpljuje upravo u samom pozitivnom pravu, naime njegovoj procesnoj odredbi. Tako je proces samom sebi konačna podloga.

Drukčije rečeno, legitimnost prava se zasniva na samom pravu, doduše pravu kao procesu, ali to ipak u krajnjoj instanci znači da se pravo zasniva samo na sebi. I upravo je u tome logička protivrečnost ovakvog shvatanja legitimnosti. Ta se protivrečnost u izvesnoj meri prikriva kada se u prvi plan ističe — kako se to najčešće i čini — da se instituti materijalnog prava mogu opravdati procedurom. Pri tome se, međutim, često previđa da je i procedura zapravo pravo, naime procesno pravo koje takođe zahteva opravdanje, tj. oslanjanje na legitimnost.

Politički shvaćena legitimnost opravdanje prava nalazi u njegovoj većinskoj prihvaćenosti. Međutim, „demokratska većina može narušavati pravo. Zlo ne može postati pravednim samo zato što ga želi većina. Naprotiv, time zlo postaje većim” — piše Nojman.⁴ Mnogi tiranski režimi su imali većinsku podršku. Svi ljudi, uključujući i Sokrata, verovali su da zemlja ima oblik „tapsije”, a o uverenosti da Sunce kruži oko Zemlje da i ne govorimo. Većinskom podrškom se dakle ne može dokazati ništa —

⁴ Neumann, F.: *Demokratska i autoritarna država*, Naprijed, Zagreb, 1974, str. 177.

izuzev nje same, tj. većinske podrške. U političkoj sferi su se demagozi oduvek više dopadali masi nego istinski umni ljudi. Pravo zbog toga, da bi bilo autentično, mora izdržati proveru legitimiteta sa još jednog uporišta — uma.

Legitimetet uma je uporište koje pravo obrazlaže razlozima ontološke prirode pravnog fenomena. Um se u svom opravdanju prava poziva na ontološke zakonitosti pravnog fenomena, ili, kako se to obično kaže — na ideju prava. Za ovako shvaćenu legitimnost nije od značaja stepen nje-ne prihvaćenosti. Ona se ne oslanja na privlačnost, nego na razložnost. Legitimno je samo ono pravo koje je zasnovano na ontološkim zakonitostima pravnog fenomena, dakle na ideji prava, bez obzira da li to prihvata većina ili manjina, samo usamljeni pojedinci ili čak niko.

Dok je sredstvo pozitivističke legitimnosti procedura, sredstvo političke legitimnosti politička argumentacija, dotle su sredstva legitimiteta uma — istina i pravna argumentacija.

Kao što sam na drugom mestu izneo,⁵ u sferi pozitivnog prava se samo do ustavnih principa⁶ dospeva saznanjem, dok se do pravnih normi — koje po prirodi sadrže zakoni i svi opšti akti — dospeva pravnom argumentacijom. To znači da je istina sredstvo legitimacije ustavnih principa, dok je pravna argumentacija sredstvo legitimacije pravnih normi. Ustavni principi su rezultat akta saznanja, pravne norme su rezultat akta pravnog vrednovanja. Legitimnost ustavnih principa se uspostavlja i osporava isključivo dokazima u saznajnom procesu, legitimnost pravnih normi se pak uspostavlja i osporava isključivo dobrim pravnim razlozima u procesu pravne argumentacije. Obe ove podvrste legitimnosti uma oslanjaju se na ontološke zakonitosti pravnog fenomena, dakle na ideju prava, ali dok ona koja opravdava ustavne principe ide isključivo za saznanjem tih zakonitosti i zatim takoreći neposrednim njihovim uspostavljanjem kao ustavnih principa, dotle se ova druga ontološkim zakonitostima obraća ne kao izvoru saznanja, nego tek kao osloncu za dobru razložnost. Ona prva dokazuje, ova druga opravdava. Ali i jedna i druga se pozivaju na umnost.

Opravdanje nadležnosti da se odlučuje u tuđoj stvari je svakako prvo pitanje koje se postavlja na području kojim se prostire legitimnost. Bez obzira na stepen u kojem je jedna odluka — ona o ustavu, ona o zakonu, kao i ona sadržana u presudi ili rešenju — umna, prihvatljiva i doneta po proceduri, ona ne može pretendovati na legitimnost ako nije doneta od strane nadležnog organa. Ali, nadležnost mora biti opravdana, dakle legitimna.

Na taj način tačka vezivanja legitimnosti sa nadležnošću upravo jasno pokazuje da je pozitivističko određenje legitimnosti zapravo bez krajnjeg utemeljenja. Ono, naime, u najmanju ruku ima problem sa opravda-

⁵ Videti moj članak *Ontološka struktura ustava*, Glasnik AKV, Novi Sad, br. 2—3/2005.

⁶ O pojmu ustavnih principa i o njihovom razlikovanju od ustavnih normi — videti u mom prethodno citiranom članku.

njem prve nadležnosti — one koja prethodi prvoj proceduri, one koju prva procedura upravo pretpostavlja. Otuda liberalizam ima problem sa legitimnošću u meri u kojoj se oslanja na proceduru kao njen temelj.

Tako se nadležnost manifestuje ne samo kao prva odredba procesnog prava, nego i kao prva odredba celokupnog pozitivnog prava uopšte. Odmah nakon što se prilikom iskoračivanja iz ustavnih principa u pravni normativizam uspostavi razlika procesnog i materijalnog prava — otvara se pitanje nadležnosti.

Pitanje tzv. prve nadležnosti, tj. nadležnosti za donošenje prvog pravnog akta, dovodi stvar na čistinu time što na jedan očigledan način vezuje legitimnost i nadležnost. Ali, mi ćemo videti da se vezivanje nadležnosti i legitimnosti ni najmanje ne svodi na ovu tačku, što će naročito doći do izražaja u pokušaju suštinskog, filozofsko-pravnog određenja nadležnosti tri vlasti — legislative, egzekutive i judikature.

U svom određenju pojma političkog Karl Šmit se bavi upravo ovom tačkom čistine, ovom prvom nadležnošću jer on upravo u tome vidi samu srž političkog fenomena. Nas ovde ne interesuje njegovo određenje političkog, nego samo deo puta kojim on do tog određenja dospeva. Šmit piše: „I pravni poredak, kao svaki poredak, počiva na nekoj odluci a ne na nekoj normi.”⁷ Prevedeno na jezik ovoga rada, mogli bismo reći: poredak ne počiva na nekoj normi, nego na prvoj nadležnosti. Ili, ako sada ponovimo ono što je ovde već ustanovljeno, onda isto to možemo reći i na ovaj način: nadležnost ne samo da je prva odredba procesnog prava, nego i celokupnog pozitivnog prava, dakle prava kao takvog.

Može se ovde dodati da kritiku Šmitovom shvatanju možemo uputiti upravo sa ovako određenog uporišta — uporišta u čijem pronalaženju nam je on na naveden način poučan. Naime, nije odluka, nego je nadležnost onaj početak fenomena prava u njegovoj pozitivnoj odredbi. Šmitu dakle treba prigovoriti da odluka koja se ne zasniva na nadležnosti ne može imati pravnu prirodu — nadležnost je upravo kriterijum njene pravnosti. On pogrešno smatra da je odluka alternativa normi. Pri tome su kod njega i odluka i norma prećutno tretirane kao fenomeni isključivo materijalnog prava.⁸ A stvar je upravo u tome da se spozna da prva odredba empirijske pravnosti ne leži u materijalnom nego u procesnom pravu, naime u nadležnosti. To znači da je zaista tačno da norma nije prva odredba pozitivnog prava — kako pogrešno smatra Kelzen a opravdano osporava Šmit — ali to nije ni odluka — kako to pogrešno smatra Šmit, ne uviđajući da u ovde bitnom smislu nema suštinske razlike između odluke i norme jer su obe fenomeni materijalnog prava. Uporište sa koga se stvara prva norma, što u ovom kontekstu znači uporište sa koga se stvara prvo pravo — nije odluka nego nadležnost. I odluka je zapravo u istoj meri pravo u kojoj je to i norma, možemo reći da su obe u istom nivou

⁷ Šmit K.: *Norma i odluka*, Filip Višnjić, Beograd, 2001, str. 93.

⁸ Kao karakterističan primer odluke kojom započinje fenomen prava Šmit navodi odluku o uvođenju vanrednog stanja, dakle jednu očigledno materijalno-pravnu odluku.

pravnosti, samo što je ona prva pojedinačni a ova druga opšti pravni akt.⁹ Obe one se pak kao materijalno-pravni fenomeni temelje na nadležnosti kao onome što ih podržava iz njima prethodeće procesne sfere.¹⁰

* * *

Tradicija kontinentalnog prava izgradila je jasno razlikovanje legislative, egzekutive i judikature. Filozofija prava treba da pruži jasno određenje nadležnosti svake od tri vlasti, pri čemu to određenje i razlikovanje mora biti utemeljeno na samim zakonitostima pravnog fenomena, dakle na ideji prava. Na taj način će se steći čvrsto uporište za izgradnju pozitivnog prava, odnosno kritiku postojeće distribucije nadležnosti. Takvo nešto ne bi bilo moguće ako je razlika u nadležnosti legislative, egzekutive i judikature bez suštinske zasnovanosti, kao što smatra Kelzen.¹¹ Ako se podela vlasti objašnjava potrebom za uzajamnim ograničavanjem tri vlasti, ako se dakle podela vlasti temelji samo na njenoj svrsi — tada o suštinskoj razlici u nadležnosti tri vlasti svakako ne može biti reč. Međutim, ako se podela vlasti ne temelji na njenoj svrsi, nego na suštinskoj ontološkoj diferenciji tri vlasti — legislative, egzekutive i judikature — tada stvar sa područja dnevne politike prelazi u područje filozofije prava (i filozofije politike), tada se napušta ono slučajno i dospeva do onog suštinskog.

U parlamentu se sreću politika i pravo, zapravo ovde politika prelazi u pravo. Momenat donošenja zakona je tačka prelaza politike u pravo. Svaka politička partija, odnosno svaki politički subjekt, idu za tim da svoju politiku pretvore u pravo. Posmatrano sa aspekta politike, pravo je

⁹ Kada se na jedan suštinski konsekventan način sagleda Šmitovo stanovište o primarnom značaju odluke (u odnosu na normu), možemo videti da on zapravo početak prava vidi u pojedinačnom pravnom aktu koji on pri tome suprotstavlja opštem pravnom aktu. Pravno posmatrano, odluka o vanrednom stanju u stvari nije značajna po svom sadržaju, odnosno predmetu, naime po tome što se ona odnosi upravo na vanredno stanje a ne nešto drugo. Od suštinskog je značaja samo to da je reč o pojedinačnom pravnom aktu koji se ne oslanja na opšti pravni akt (jer samo tako je on prioritetan u odnosu na normu). Šmit tu stvar ne vidi tako, ali to je zbog toga što on odluku ne posmatra sa njene suštinske pravne strane, naime kao pojedinačni pravni akt.

¹⁰ Kratak ali veoma efektivan kritički stav prema Šmitovom shvatanju političkog fenomena kao u osnovi odnosa prijatelj — neprijatelj, daje Fridrih Hajek na mestu koje ovde navodim: „Dok je u plemenskom društvu uslov unutrašnjeg mira posvećenost svih članova istim zajedničkim vidljivim ciljevima i, prema tome, volji nekoga ko u bilo kom trenutku može da odluči šta su ti ciljevi i kako mogu da se dostignu, Otvoreno Društvo slobodnih ljudi postaje moguće jedino kada su pojedinci primorani da se pridržavaju apstraktnih pravila koja opredeljuju oblast sredstava koja su svakome dozvoljena da ih koristi za svoje ciljeve. [...] Zaista, sve dok su posebni ciljevi osnova političke organizacije, oni čiji su ciljevi različiti neizbežno su neprijatelji; istina je da u takvom društvu politikom nužno dominira odnos prijatelj — neprijatelj.” (Hajek, F.: *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Službeni list SRJ — CID, Beograd — Podgorica, 2002, str. 262).

¹¹ „Zakonodavna, izvršna i sudska „vlast”, koje imaju na umu oni što formulišu načelo podele, nisu tri logički različite funkcije države, već nadležnosti koje su parlament, monarh i sudovi u istorijskom razvoju dobili u takozvanoj ustavnoj monarhiji.” (Kelzen, H.: *Opšta teorija prava i države*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951, st. 270).

rezultat uspešnosti jedne političke opcije. Dobiti većinu u parlamentu isto je što i pretvoriti svoju politiku u pravo. Posmatrano, pak, sa stanovišta prava, politika je argumentacija za pravo. Pozitivno pravo se kao fenomen sastoji od mere i argumentacije, pri čemu meru čine norma i činjenice na koje se ona odnosi, dok je argumentacija opravdanje jednog pravnog rešenja, jedne mere kao komponente pravnog fenomena.¹²

Sa ovog stanovišta se opšti i pojedinačni pravni akti razlikuju po karakteru svoje argumentacije — kod opštih pravnih akata argumentacija ima političku prirodu a kod pojedinačnih argumentacija upravo ne sme imati političku nego samo pravnu prirodu. Dakle, razlozi koji opravdavaju donošenje opštih pravnih akata se legitimno sastoje od političke argumentacije, dok prisustvo političke argumentacije u pojedinačnim pravnim aktima ove definitivno čini čak nelegalnim, a o nelegitimnosti da se i ne govori.

Pretenzija politike da preraste u pravo je legitimna. S druge strane, svaka pretenzija politike da se neposredno — dakle, bez prethodne institucionalizacije u pravo — primeni na činjenice, izvesno je nelegitimna. Neposredna — pravom neposredovana — primena politike u pojedinačnim činjeničnim stvarima jeste proizvoljnost onih koji su moćniji, onih koji su na vlasti. Takva neposredna primena političkog je čista prinuda. Samo pretvaranje politike u pravo, samo ovako izvedeno posredovanje politike pravom, obezbeđuje da na mesto samovolje onih koji su na vlasti stupi sloboda kao određenost, naime pravo kao institucionalizovana sloboda. Doduše, i pravo podrazumeva prinudu da bi bilo efikasno ali je pravna prinuda, za razliku od političke, legitimna. Njena se legitimnost zasniva na prirodi prava kao institucionalizovane slobode. Neposredna politička prinuda dovodi do vladavine ljudi (koji su moćniji), pravom posredovana prinuda dovodi do vladavine institucija. Vladavina politike i vladavina prava se razlikuju upravo po tome što je ona prva samovolja a ova druga sloboda. Neposredna vladavina politike nikada ne može biti sloboda, jer je sloboda kao određenost (a o takvoj je ovde reč) isključivo pravna kategorija. Samo određenost koju pravo pruža slobodi, čini ovu institucijom.

Pozitivno-pravnim rečnikom rečeno, politika legitimno prerasta u opšte pravne akte, ali nikada ne može legitimno prerasti neposredno u pojedinačne pravne akte. Otuda se istinska misija politike završava u parlamentu. Kada se vlada bavi politikom, ona to legitimno čini samo pre nego što problem dospe do parlamenta, tačnije rečeno, pre nego što pojedino političko pitanje u parlamentu stekne odredbu prava. Rad vlade nakon toga primarno je pravna a ne politička delatnost, jer je i vlada vezana postojećim pravom. Stoga vođenje politike kao uobičajena ustavna nadležnost vlade jeste legitimna samo pod ovde iznetim okolnostima, naime ako je reč o politici koja prethodi pravu ali ne i o politici koja bi ignori-

¹² Uporedi moje članke *Argumentacija kao element pravde*, Pravni život, Beograd, br. 12/1995. i *Mera kao element pravde*, Pravni život, Beograd, br. 12/1996.

sala ili menjala pravo uspostavljeno u parlamentu. Kada je u istoriji na mesto apsolutne monarhije stupila ustavna, odigrala se promena pravca rasprostiranja egzekutive. U apsolutnoj monarhiji izvršna vlast skoncentrisana u monarhu vodi politiku tako što se „ono političko” rasprostire od monarha neposredno prema građanima. U ustavnoj monarhiji političko se ne prostire neposredno do građana, nego tek do zakonodavnog organa, tako se ono prelama prerastajući u pravo i tek nakon toga se usmerava prema građanima. Tako su, istorijski posmatrano, zaključno sa apsolutnim monarhijama građani neposredno izloženi političkoj vlasti i utoliko svedeni na podanike.¹³ Počev od ustavne monarhije, politika se ne rasprostire direktno prema građanima, nego se „ono političko” postepeno obraća parlamentu gde prerasta u pravo i istovremeno se odvija i proces prerastanja podanika u građanina. Tako se sasvim jasno uspostavlja razlika između podanika i građanina upravo na granici politike i prava — čovek pod neposredno političkom vlašću je podanik, čovek u poretku autentičnog prava je građanin. Ustavna monarhija vezuje monarha ustavom a parlamentarna celokupnim pravom. Ustavna monarhija je početak institucionalizacije politike u pravo a parlamentarna demokratija je njen vrhunac. S druge strane, ovaj proces možemo posmatrati i kao uspostavljanje granice politici, ali ne više samo u političkom smislu, nego i u ontološkom: pojavljivanje granice politici, koje se odvija u pravu kao instituciji, uspostavlja njenu vlastitu određenost. Politička granica ograničava samovolju a ontološka ograničava sam fenomen političkog, te ga tako definiše, određuje. Tako politika nije više proizvoljnost nosilaca vlasti, nego prerasta u određenost onom granicom koja joj se uspostavlja i tako je definiše kao autentični politički fenomen. Tako se autentična politika i autentično pravo u ontološkom smislu sreću na istoj crti koja je politici (krajnja) granica a pravu početak. Mi sada možemo jasno uvideti da autentične politike nema bez autentičnog prava, jer se politika kao autentična u ontološkom smislu uspostavlja tek onom granicom koja je pravo. Upravo usled toga se politika i pravo kao autentični fenomeni istorijski mogu pojaviti samo istovremeno.

Politika, za razliku od prava, nije sloboda u jednom institucionalnom smislu. Naime u političkom fenomenu se sloboda javlja još u svom negativnom liku, kao „sloboda od”, kao nesputanost i sloboda kao ono što na jedan spoljašnji način nije vezano nečim drugim. U političkom fenomenu sloboda zapravo ostaje sasvim ono izvan, ono spoljašnje, što ne čini sam sadržaj i određenost fenomena (politike), nego tek izvan njega uspostavlja uporište za njenu mogućnost. Sasvim jednostavno rečeno, nemoguća je politika bez slobode ali tek u onom istom smislu u kome je nemoguća recimo i umetnost bez slobode. I umetnosti i politici, kao i svim ostalim duhovnim fenomenima (sociološki rečeno, društvenim institucijama) —

¹³ U istoriji se naravno podaništvo ne završava sa apsolutnim monarhijama, ali se završava prvi put. Svi istorijski kasniji totalitarni sistemi su dakle vraćanje političkog na nivo koji prethodi ustavnim monarhijama.

izuzev prava — sloboda je međutim samo jedno spoljašnje uporište koje ih čini mogućim ali samo ipak ostaje izvan njih. Nasuprot tome, u pravnom fenomenu sloboda čini sam sadržaj tog fenomena koji je pravo — fenomena koji je institut slobode. Tek u pravnom fenomenu sloboda uspostavlja svoju pozitivnu određenost, te se time uspostavlja kao institut. Pravo je institut slobode kao njene pozitivne određenosti, dok se u politici sloboda javlja samo u svojoj negativnoj odredbi, kao „sloboda od” (ne-slobode) a ne kao institucija. I politika je doduše institut, ali ne institut slobode. I politika se temelji na slobodi, ali ne na slobodi kao instituciji. Njoj je sloboda kao institucija ono spoljašnje, što njoj kao politici uspostavlja granicu i time određenost. Njoj se sloboda kao određenost, kao institut, javlja tek kao pravo, dakle ono politici spoljašnje. Pravo i politika su ontološki najbliži fenomeni, njih vezuje to što se obraćaju slobodi a razlikuje ih to što to čine na suštinski različite načine.

Politička delatnost koja dovodi do kreiranja prava — to je izvorna autentična nadležnost legislative. Upravo je to ona nadležnost na koju mislimo kada govorimo o podeli vlasti na legislativu, egzekutivu i judikaturu.

Parlamenti po tradiciji imaju nadležnost i izvan ovako određenog njenog izvornog kruga — naime nadležnost za donošenje pojedinačnih pravnih akata. Reč je o odlučivanju o ratu i miru, odlučivanju o amnestiji, izboru pojedinih funkcionera itd. To su stvari koje su u nadležnost parlamenta stavljene zbog svog značaja a ne zbog svoje prirode. Fridrih Hajek, sledeći mnoge druge autore, takođe ukazuje na to da „velika većina rezolucija koje odobravaju predstavničke skupštine ne donose, naravno, pravila pravednog ponašanja, nego usmeravaju mere vlade”.¹⁴

Posebno je u ovom kontekstu potrebno ukazati na pojedinačne pravne akte koji se donose u formi zakona, kao što je na primer onaj o budžetu. Zapravo je sasvim neopravdano da se jednom pitanju samo zbog njegovog značaja daje forma zakona jer ono što zakon određuje kao zakon nije značaj njegovog predmeta nego njegova priroda. Zakonom se ustanovljavaju prava, a kod odlučivanja o budžetu nije reč u ustanovljavanju prava nego o njihovoj primeni. Na ovo je ukazivao već Hegel¹⁵ a za njim i Karl Šmit.¹⁶ Paul Laband je smatrao da je u ovom smislu potrebno razli-

¹⁴ Hajek, F.: *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Službeni list SRJ — CID, Beograd — Podgorica, 2002, str. 118.

¹⁵ „Takozvani finansijski zakon [...] bitno je stvar vlade; on se samo nepravdo zove zakon u tom općem smislu što obuhvaća širok, cio opseg vanjskih sredstava vlade [...]. Kad bi se pri tome glavni sastavni dio potrebe smatrao kao trajan [...] onda bi određenje o njemu imalo više prirodu zakona; ali da bi bio zakon morao bi jedanput zauvijek biti dan, a ne bi se smio uvijek iznova davati svake godine ili nakon nekoliko godina. [...] Ime zakona za godišnje utvrđivanje finansijske potrebe služi samo za to da se pretpostavljenom rastavljanju zakonodavne vlasti vlade podržava obmana kao da to rastavljanje zaista postoji, i da se sakrije da je zakonodavna vlast uistinu zaposlena pravim poslovima vlade, jer odlučuje o financijama.” (Hegel, G. W. F.: *Enciklopedija filozofijskih znanosti*, Veselin Masleša — Svjetlost, Sarajevo, 1987, str. 445—446, primedba uz § 544).

¹⁶ Uporedi: Šmit, K.: *Norma i odluka*, Filip Višnjić, Beograd, 2001, str. 179.

kovati zakone u materijalnom i zakone u formalnom smislu, pri čemu su prvi istinski zakoni, dok su drugi samo akti kojima se uređuju odnosi države i pojedinca u pojedinačnoj sferi (budžet, organizacija administrativnih tela, plate državnih službenika, delovanje javnih preduzeća itd.).

Razlikovanje izvorne nadležnosti parlamenta od ove njegove tako reći „slučajne” nadležnosti je veoma značajno zbog toga što je priroda dopuštene argumentacije u jednom, odnosno drugom domenu suštinski različita. Naime, kao što je rečeno, kod donošenja autentičnih zakona, dakle kod donošenja zakona kojima se ustanovljavaju prava, sreću se politika i pravo, tj. argumentacija kod donošenja odluke parlamenta (tj. kod donošenja zakona) je legitimno politička, dok je ta argumentacija kod donošenja onih akata koji su po svojoj prirodi u stvari pojedinačni pravni akti — legitimna samo ako je pravna. U ovome se prepoznaje ono načelo po kome su u pravnoj državi svi subjekti vezani postojećim pravom, uključujući ovde i sam zakonodavni organ, dakle parlament. Iz ovoga je jasno da je pogrešno da se zakonom nazivaju akti koji po svojoj prirodi zapravo nisu opšti nego pojedinačni pravni akti. Drugim rečima, ono što Laband naziva zakonom u formalnom smislu, zapravo i nije zakon.

Politička argumentacija koja rezultira stvaranjem prava u parlamentu nije neka čista neodređenost. Nije to tek neka priča iz sna, neka proizvoljnost uma. Ona svoju granicu ima u ustavnim principima — a to znači u pravu i u slobodi kao instituciji. Tako se politika proteže između dva pravna područja — ustavnih principa s jedne strane i opštih pravnih akata s druge strane. Nije dakle politika sve ono što poseduje političko ruho. Kao i svaka druga duhovnost i politika se može pojaviti u svom autentičnom obliku ali i u liku svog privida. Jednostavno rečeno, svi duhovni fenomeni imaju jasnu određenost. Politika svoju određenost sreće u granici koju joj uspostavljaju ustavni principi.

Ovim naravno ne želim reći da je politički zahtev za promenu ustavnih principa nužno politički neautentičan. Ali takav zahtev je svakako izuzetan i ne pojavljuje se često. Iako se suština naravno ne može tražiti u učestalosti jednog fenomena.

Politički zahtev za promenu ustavnih principa isto tako nije proizvoljan i bez utemeljenja u nečemu izvan samog sebe. Naime, taj se zahtev poziva na slobodu kao institut, što je sasvim logično s obzirom da je pravo institucionalizovana sloboda, te dakle politika kada ide za tim da stvori ustavne principe, dakle pravo, mora se pozivati na slobodu. To je ono na šta se u krajnjoj liniji oslanja svaki ozbiljan politički zahtev. Kada je reč o zahtevu za promenu ustavnih principa, taj se na slobodu poziva neposredno, dok se kod stvaranja celokupnog ostalog prava u parlamentu politika poziva na istu tu slobodu ali tada i putem ustavnih principa.

Pošto zakonodavni proces nije stvar proizvoljnosti, odnosno pošto pravo nije rezultat slobodne volje, kako se to često smatra — to se u praksi kao osnovni problem javlja laički karakter parlamenta. Današnji parlament je iznikao iz tela koje nije bilo zakonodavno nego je primarno

imalo ulogu kontrole i ograničenja vladavine monarha.¹⁷ Za takvu prvobitnu nadležnost laička priroda parlamenta nije predstavljala naročit problem. Danas je međutim situacija sasvim drukčija jer se savremeni parlament suočava sa donošenjem zakona za koje je potrebno ne samo opšte, nego čak specifično znanje. Stručne službe parlamenta samo delimično mogu ublažiti problem laicizma. U takvoj situaciji, jedino rešenje je institut tzv. „čuvara ustava”, odnosno „čuvara zakona”. Funkcija čuvara je poverena organu kvalifikovanom za pravnu materiju — sudu (ustavnom ili vrhovnom). Sa stanovišta legitimeteta možemo reći da se parlament kao stvaralac zakona oslanja na politički legitimitet a sud kao „čuvar” ustava i zakona na legitimitet uma.

Kao što je rečeno, suštinska nadležnost legislative je u donošenju zakona, a to znači u ustanovljavanju prava putem opštih pravnih akata. Za razliku od legislative, egzekutiva uopšte nije nadležna za uspostavljanje prava (osim kao predlažak zakona, ali na ovom mestu govorimo o nadležnosti za odlučivanje), nego samo za njegovu primenu. Područje prava kojom tu primenu egzekutiva obezbeđuje je upravno pravo.

Upravna vlast je nadležna da određuje dužnosti, dakle da primenjuje pravo ukoliko je ono dužnost. Ako je pak sporno da li je upravna vlast to pravilno učinila, da li je njena odluka pravno korektna, tada prelazimo u sudsku vlast koja o pravu ne odlučuje primarno kao o dužnosti nego primarno upravo kao o pravu (uključujući i pravo države da posredstvom upravne vlasti izvršava opšte akte). Upravna vlast ostvaruje pravo države a dužnost pojedinca, sudska vlast izjednačava državu i pojedinca, te svačije pravo vidi kao pravo a ne više kao dužnost — tako je sudu pravo primarno sloboda dok je upravi pravo primarno granica.

S obzirom da je pravo institut slobode, to se ono nikada ne sme svešti na dužnost a to u ovom kontekstu znači da se proces primene prava putem organa uprave ne završava u definitivnom smislu na nivou dužnosti, nego prelazi i u pravo. Sa stanovišta nadležnosti to znači da upravno pravo svoju definitivnost ne stiče u upravnom postupku pred organima uprave, nego u upravnom sporu pred sudom. To da je upravni akt podložan sudskoj kontroli znači da dužnost prelazi u pravo, da se dužnost preispituje kao pravo.¹⁸

Taj vertikalno uspostavljen odnos upravnog prava u kome je gornja tačka država a donja građanin, u sudskoj kontroli uprave se uspostavlja kao linija horizontalnog pravca, kojoj su obe krajnje tačke — država i

¹⁷ Uporedi npr. Sartori: G.: *Teoría democracie*, Archa, Bratislava, 1993, str. 328.

¹⁸ Kelzen smatra da to što je upravni akt podložan sudskoj kontroli znači upravo nešto sasvim drugo: „Činjenica što se kontrola administracije od strane sudova smatra nužnom jasno ukazuje na nedostatke teorije podele vlasti. Izgleda da bi to načelo trebalo da zahteva da nijedna od tri vlasti ne bude kontrolisana ni od jedne druge dve. Pri svem tom poziva se na načelo podele vlasti da bi se opravdala najpotpunija kontrola administracije od strane sudova [...]” (Kelzen, H.: *Opšta teorija prava i države*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951. str. 269). Međutim, nasuprot Kelzenovom mišljenju treba reći da se suština podele vlasti ne sastoji u međusobnoj nezavisnosti tri vlasti, nego u razlici prirode tri vrste vlasti.

građanin — u istoj ravni, te ono što je bilo uspostavljeno kao vertikalna dužnost, sada preokrenuto u horizontalni pravac stiće obeležja prava. Privavljanje građevinske dozvole, na primer, nije primarno pravo „da se dozvola dobije”, nego je to primarno dužnost „da se traži odobrenje za izgradnju”. Pravo da se gradi tako najpre ima lik dužnosti da se traži odobrenje za izgradnju, da se traži odobrenje za to pravo. Ali ako zahtev učesnika u upravnom postupku bude odbijen, njegov dotadašnji karakter dužnosti da se traži odobrenje za izgradnju, prerasta u pravo pojedinca da se o toj njegovoj dužnosti odlučuje kao o pravu — o njegovom pravu da dobije dozvolu za izgradnju.

Mi tako vidimo da se granica upravnog i sudskog prava uspostavlja linijom razgraničenja dužnosti i prava. Da bi stvar bila sasvim jasna, isto to treba preciznije reći na sledeći način: ako se pravo javlja kao dužnost, reč je o upravnom pravu, a ako se pravo javlja kao sloboda, reč je o sudskom pravu. Doduše, autentično pravo je uvek institut slobode — i upravo to je uslov njegove autentičnosti — možemo reći naprosto njegove pravnosti — njegove vlastite prirode. Međutim, ona strana slobode, kao suštinska strana svakog prava, ne pojavljuje se u svakoj pravnoj situaciji neposredno u svom definitivnom liku, nego često započinje u svojoj sasvim drukčijoj dimenziji. Upravo takvu situaciju srećemo u upravnom pravu u kome pravo najpre ima lik dužnosti. Tokom istorije je tako dugo bilo i u celokupnom javnom pravu, kao i u krivičnom pravu.¹⁹ U totalitarnim režimima tako je čak i u sferi tzv. privatnog prava.

Sa nastankom građanske liberalne države, odnosno u pravnoj dimenziji sa nastankom ljudskih i građanskih prava u njihovom pravno institucionalnom i pravno autentičnom smislu, ustavno pravo kao temeljna grana javnog prava gubi taj dotadašnji svoj karakter prava kao čiste dužnosti, te se upravo u ustavnom pravu odvija promena karaktera javnog prava tako što se institucionalizovana sloboda javlja u svom neposrednom liku. Ustavno pravo doduše i dalje ostaje u sferi javnog prava, dakle u onoj sferi koja za svoj predmet ima odnos države i pojedinca kao vertikalnu relaciju. Međutim, ono više nema karakter jednostranog i jednosmernog prostiranja dužnosti od države prema pojedincu, jer pojedinac s jedne strane uspostavlja granicu ingerencijama države kroz prava čoveka, odnosno kroz svoj *status negativus*, dok s druge strane preko političkih prava preokreće pravac tog vertikalnog prostiranja na aktivan odnos pojedinca prema državi.

U krivičnom pravu se ovaj zaokret specifično²⁰ javlja istovremeno sa razvojem instituta državnog tužioca koji nije isto što i država, koji se

¹⁹ U fazi tzv. primitivnog prava celokupno pravo je na određen način bilo deliktno, te dakle zapravo nije postojala razlika krivičnog i građanskog prava — uporedi npr. Paund, R.: *Jurisprudencija I*, Službeni list SRJ — CID, Beograd — Podgorica, 2000, str. 195—203. i Veber, M.: *Privreda i društvo I*, Prosveta, Beograd, 1976, str. 542—546.

²⁰ Krivično pravo iz čisto državnog prerasta u sudsko pravo razvojem instituta suda kao takvog ali to već nije ništa specifično za krivično pravo, nego upravo nešto što je karakteristično za celokupno sudsko pravo — a o tome će biti reči u daljem tekstu prilikom razmatranja problema sudstva i njegove nadležnosti.

smešta negde između države i oštećenog lica, dakle između čisto represivne prirode krivičnog prava i prvobitnog sistema taliona.²¹ Izdvajanje državnog tužioca kao samostalnog državnog organa zapravo ide za onim istim preokretanjem vertikalnog odnosa države prema pojedincu u njihovu horizontalnu relaciju u kojoj na mesto države kao takve stupa državni tužilac kao njen organ koji gubi neposredno političku prirodu (u onom smislu u kojem je ovde bilo reči o političkoj prirodi parlamenta). U meri u kojoj na mesto države kao tužioca stupa državni tužilac kao poseban državni organ, nastaje mogućnost da krivično pravo iz jednog represivnog instituta države preraste u institut prava oštećenog. To pruža mogućnost da se na krivični sud ne ide više radi nametanja državne represije, nego radi ostvarenja prava oštećenog. Za ostvarenjem tog prava oštećeni doduše ne ide neposredno, kao privatni tužilac, nego ostvarenje tog prava zahteva državni tužilac. Državni tužilac, za razliku od privatnog tužioca, ne ostvaruje samo pravo oštećenog nego i štiti pravo kao takvo, štiti pravo od nepravda.²² Tako on pravo kao institut slobode vidi kao ono neposredno, za razliku od privatnog tužioca kome sloboda nije očigledna strana prava. Državni tužilac neposredno štiti pravo dakle slobodu, a to znači ono što je u ovom smislu opšte, ali posredno on štiti i pravo oštećenog, kao ono što je u ovom smislu pojedinačno. Privatni tužilac u krivičnoj stvari deluje upravo obrnuto: on neposredno štiti svoje pojedinačno pravo, ali time posredno i pravo kao takvo od povređivanja uopšte.

U prekršajnom pravu još i danas postoji dilema da li ga treba svrstati u upravno ili pak u sudsko pravo,²³ odnosno o tome kakva je njegova istinska priroda. U građanskom pravu je kod nas upravo u poslednjih nekoliko godina aktuelna dilema da li pitanje sticanja vlasništva uknjižbom spada u sudsku ili upravnu nadležnost. Na ovakve dileme se valjan odgovor — a to znači odgovor koji se zasniva na suštinskim razlozima — može dobiti samo uz jasno principijelno razgraničenje nadležnosti pojedinih vlasti (zakonodavne, upravne i sudske).

Zakonodavni organ uspostavlja prava putem zakona. Izvršni organi vode politiku i ostvaruju državno upravljanje putem podzakonskih akata. Sudovi ocenjuju pravnu ispravnost činjenica i prava. Tri vlasti svoje poreklo ne zasnivaju na potrebi uzajamnog ograničavanja i kontrole, kako se nekada smatralo i kako se i danas najčešće misli. Kada bi se podela vlasti zasnivala na ovoj svrsi, tada njena određenost na upravo ove tri vlasti ne

²¹ Sistem taliona je pred-državna socijalna institucija. Nakon taliona tužilačka funkcija krivičnog postupka se vezuje neposredno za državu, da bi se u institutu državnog tužioca postepeno opet odvajala od države.

²² Kao što je poznato, Hegel je smatrao da se suština celokupnog krivičnog prava sastoji upravo u povredi prava kao takvog s jedne strane, odnosno zaštiti prava kao takvog s druge strane — uporedi npr. § 82. i § 83. u njegovoj *Filozofiji prava*. Za razliku od krivičnog, u građanskom pravu nije reč o sukobu prava i nepravda, nego u koliziji subjektivnih prava, odnosno o supsumiranju činjenica pod nesporno važeće pravo — uporedi npr. § 84. i § 85.

²³ Uporedi npr. Šelih, A.: *Prekršaji kao ustavnopravna kategorija*, Glasnik AKV, Novi Sad, br. 4/2006, str. 139—148.

bi imala nikakvo utemeljenje i bila bi rezultat slučajnosti. Tada bismo mogli zamisliti sasvim konzistentan sistem u kome bi postojale četiri vlasti (na primer tako što bi se vlast nadležna za kontrolu ustavnosti izdvojila kao četvrta) ili sistem u kome bi postojalo pet vlasti (na primer tako što bi se i šef države izdvojio kao peta vlast), itd. Ali, to naravno nije tako. Jer, jedino se u zakonodavnoj vlasti politika institucionalizuje u pravo, jedino se u izvršnoj vlasti pravo pojavljuje primarno kao dužnost i jedino se u sudskoj vlasti pravo pojavljuje primarno kao sloboda. Ako to nije tako, pravni sistem nije zasnovan na ontološkim zakonitostima pravnog fenomena, odnosno pravo u takvom sistemu nije autentično. Hegel bi rekao, da ako to nije tako, nadležnost nije zasnovana na umnosti nego na slučajnosti.

Podela vlasti se dakle ne temelji na svrsi, bez obzira koja je to svrha, a to znači ni na onoj na koju se teoretičari najčešće pozivaju: uzajamno ograničavanje tri vlasti. Kada bi se diferenciranje tri vlasti temeljilo na svrsi, ono uopšte ne bi bilo nužno. Ako je svrha ograničenje samovolje nosilaca vlasti, onda u teorijskom smislu uopšte nije nužno da se rešenje iznalazi u podeli vlasti i možda postoje znatno efikasnija sredstva za ovu svrhu (kao na primer ograničavanje mandata nosilaca vlasti ili vezani mandati ili nešto treće). Čak i kada bi se ispostavilo da je podela vlasti najefikasnije sredstvo uzajamnog ograničavanja, to još uvek ne bi značilo da je podela nužna nego samo da je najpoželjnija. Međutim, podela vlasti se temelji na različitoj prirodi tri vlasti, kako je to već navedeno. Dakle, razlika ne ide od svrhe prema sredstvu, nego od osnova prema fenomenu, odnosno od ontološkog zakona prava prema empirijskom pravnom fenomenu.

Kada Platon formuliše svoju teoriju o idealnoj državi on se poziva na tri vrste ljudi — ljubitelje mudrosti, ljubitelje pobede i ljubitelje dobiti.²⁴ Aristotel govori o tri elementa o kojima se mora razmišljati u svakom državnom uređenju: savetodavnoj vlasti, izvršnoj i sudskoj vlasti.²⁵ Kod Loka „zakonodavna vlast je ona vlast koja ima pravo da određuje kako će biti upotrebljena sila države radi očuvanja zajednice i njenih pripadnika”.²⁶ Za razliku od Platona koji distribuciju nadležnosti zasniva na razlici u prirodi ljudi, Lok se poziva na razliku u funkcionisanju pojedinih vlasti: „Ali kako zakoni [...] zahtevaju neprestano izvršenje ili gotovost, nužna je vlast koja uvek postoji, koja treba da nadgleda izvršenje zakona, koji su doneti i da ostane na snazi. I stoga se dešava da su zakonodavna i izvršna vlast odvojene.”²⁷ Na razliku u funkcionisanju poziva se i Monteskeje: „izvršna vlast mora da bude u rukama monarha jer tim delom vlada-

²⁴ Platon: *Država*, BIGZ, Beograd, 1983, str. 280 (581c).

²⁵ „Jedan od tih elemenata obuhvata savetodavnu vlast, koja odlučuje o stvarima koje se tiču svih, drugi obuhvata izvršne vlasti i pitanje koje vlasti treba da postoje, kakva treba da bude njihova nadležnost, kakav treba da bude način izbora i treći element obuhvata sudsku vlast.” (Aristotel: *Politika*, BIGZ, Beograd, 1984, str. 110 (1298a)).

²⁶ Locke, J.: *Dve rasprave o vladi II*, Mladost, Beograd, 1978, str. 82.

²⁷ *Ibid.*, str. 83.

vine, koji gotovo zahteva trenutno delovanje, bolje upravlja pojedinac nego više njih, dok ono što spada u zakonodavnu vlast često bolje određuje nekolicina nego li pojedinac.”²⁸ Međutim, Monteskje ukazuje i na razliku u prirodi pojedinih vlasti, iako tu razliku, slično Platonu, zasniva na razlici u prirodi ljudi.²⁹

Ipak, niko od njih ne govori o razlici u samoj unutrašnjoj prirodi tri vlasti — govori se samo o ljudima različite prirode (Platon), o različitim elementima (Aristotel), o nadležnosti za određivanje načina za upotrebu sile (Lok), odnosno o najboljem načinu u funkcionisanju pojedinih vlasti (Monteskje). Stvar je, međutim, u tome što postoji razlika u ontološkoj, dakle unutrašnjoj prirodi tri vlasti.³⁰

* * *

Kao što je navedeno, sudovi ocenjuju pravnu ispravnost činjenica i prava. Sudeње je uvek pravno vrednovanje. Predmet vrednovanja mogu biti činjenice ili prava. U prvom slučaju reč je o nadležnosti tzv. redovnih sudova u najširem smislu te reči, u drugom slučaju reč je o ustavnim sudovima, odnosno sudovima koji vrše ustavno-sudsku nadležnost. Svaka sudska odluka je pravna vrednost inkorporirana u pojedinačnom pravnom aktu. Do sudske odluke se dospeva pravnom argumentacijom — upravo, pravna argumentacija je jedan od elemenata pravnih vrednosti.

Doduše, i u opštim pravnim aktima — koje ne donose sudovi nego drugi državni organi — takođe su ugrađene pravne vrednosti tako da je ontološka struktura pravnog fenomena u opštim i pojedinačnim pravnim aktima u suštini identična, odnosno u najmanju ruku analogna. Međutim, ta se analogija završava na kategorijama te strukture, drukčije rečeno, na elementima te strukture. Ono što sa ovde bitnog aspekta uspostavlja suštinsku razliku jeste priroda argumentacije. Kod opštih pravnih akata argumentacija s jedne strane ide područjem političkog ka području pravnog, dok je s druge strane ograničena ontološkim zakonitostima pravnog fenomena, ili, što je isto, ontološkim zakonitostima slobode kao institucije. Kod pojedinačnih pravnih akata argumentacija je isključivo pravna, ona je — uvek kada je reč o autentičnom pravnom fenomenu — sasvim izvan političkog područja.

Dakle, ono što uspostavlja diferencijalnu odredbu sudske u odnosu na ostale dve vlasti jeste upravo to što se ovde sreću dva faktora: argu-

²⁸ Monteskje: *O duhu zakona I*, Filip Višnjić, Beograd, 1989, str. 180—181 (XI. 6).

²⁹ „Po prirodi stvari ima neke protivrečnosti između monarhovih saveta i njegovih sudova. Kraljevski savet mora da bude malobrojan, sudska veća, pak, zahtevaju mnogo osoba. Razlog je tome što se u savetu poslovi moraju preduzimati i voditi s izvesnom strašću, a to se može očekivati jedino od četiri ili pet ljudi koji stvar uzimaju na sebe. Nasuprot tome, sudska veća treba da budu hladnokrvna i da prema svim predmetima budu, na neki način, podjednako ravnodušna.” (*Ibid.*, str. 94 (XI. 6)).

³⁰ Suprotno kod Kelzena: „Sudska funkcija je u stvari izvršna u potpuno istom smislu u kome je funkcija koja se obično obeležava tom rečju; sudska funkcija sastoji se takođe od izvršenja opštih normi.” (Kelzen, H.: *Opšta teorija prava i države*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951, str. 263).

mentacija koja je po svom unutrašnjem određenju, po svom sadržaju, isključivo pravna (izvan-politička) i pristupanje pravu kao primarno slobodi a ne dužnosti. Izvršna i sudska vlast se zasnivaju na pravnoj argumentaciji i to je ono što ih vezuje i ujedno principijelno diferencira od zakonodavne vlasti. S druge strane, izvršna i sudska vlast, kao što je već naznačeno, nalaze svoju međusobnu razliku u svom raspoznavanju prava: izvršna vlast pravo primarno vidi kao dužnost, dok se sudskoj pravo primarno prikazuje u liku slobode a dužnost do nje dospeva tek kao naličje prava.

Tako smo ponovno dospeli do onog određenja koje smo ranije uspostavili prilikom određenja upravnog prava, odnosno njegove razlike prema sudskom pravu, odnosno upravnom sporu: ako se pravo javlja kao dužnost, reč je o upravnom pravu, a ako se pravo javlja kao sloboda, reč je o sudskom pravu.

Kao što je takođe već izneto, kada se pravo javlja kao dužnost pravnih odnos se odvija između dve tačke — države i pojedinca — pri čemu je crta koja označava njihovu relaciju vertikalna. Kod sudske vlasti se ovaj odnos preokreće u horizontalni pravac, pri čemu ona gornja tačka dotadašnje vertikale ostaje netaknuta. Ta gornja tačka je „država” u njenoj prvobitnoj ulozi, tj. u ulozi institucije koja uspostavlja dužnost. Ta tačka ostaje, dakle država kao takva opstaje ali je potisnuta u drugi plan, dok se na sceni u prednjem planu pojavljuje horizontalni odnos uspostavljen između stranaka u sudskom sporu.

U sudskom sporu se pravo primarno javlja kao sloboda a ne više kao dužnost, kako je to bilo u upravnom pravu. Preciznije rečeno, dok se u upravnom pravu sloboda javlja tek kao naličje dužnosti, tek kao područje u koje dužnost ne zadire, u kome država izostaje (prava negativnog statusa), dotle se u sudskom pravu sloboda javlja kao ono što je neposredno. U upravnom pravu sloboda je negativna određenost, to je izostanak neslobode, sloboda od dužnosti. U sudskom pravu sloboda je pozitivna određenost, sloboda izvan svake proizvoljnosti, dakle sloboda kao uređenost. U upravi je sloboda tek naličje prava, dok je u sudstvu sloboda ono što je u pravu neposredno. U upravnom pravu građanin prijavljuje rođenje ili smrt, traži odobrenje za gradnju, ide na odsluženje vojnog roka — u svakom slučaju ispunjava neku dužnost. U sudskom pravu građanin traži naknadu štete, predaju svoje stvari, traži (u krivičnom postupku) satisfakciju zbog toga što je oštećen nečijim deliktom³¹ — u svakom slučaju štiti svoju slobodu, ostvaruje pravo kao svoju slobodu koja ima sasvim konkretnu (empirijsku) određenost.

U upravnom pravu država uspostavlja neposredan odnos prema pojedincu, za razliku od sudskog prava u kome država neposredan odnos ima

³¹ Krivično pravo treba razmatrati primarno sa stanovišta oštećenog a ne okrivljenog, kako se to činilo do sada. Građansko pravo se oduvek posmatralo sa stanovišta tužioca („oštećenog”) a ne sa stanovišta tuženog (onog ako je odgovoran ili čak kriv). Nema razloga da se kod dve grane prava primene različiti kriterijumi — naprotiv.

samo prema sudu a prema pojedincu tek posredno putem suda. Država je sredstvo prinude, ona uvek uspostavlja dužnost. Samo što se u upravnoj sferi ta dužnost rasprostire neposredno do pojedinca a u sudskom pravu se dužnost uspostavlja takoreći prema slobodi. Sloboda o kojoj je ovde reč, smeštena je unutar sudske vlasti i ima tačno određen pravac prostiranja: ona se prostire između dve tačke koje su u sudskom sporu, između dva subjekta koji se spore u sudu. Tako će sud svojom odlukom uspostaviti slobodu kao određenost, dakle pravo, dok će država obezbediti obaveznost te odluke, dakle uspostaviti dužnost te slobode.

UPRAVNO PRAVO

SUDSKO PRAVO

Samo je sudsko pravo ono područje putem koga sloboda može postati dužnost. U parlamentu sloboda stiče određenost ili — što je isto — ona se institucionalizuje u pravo. Ali, pravo u parlamentu još nije efikasno. Pravo najpre nastaje a tek nakon toga uspostavlja važenje. Pravo koje postoji ne mora da važi. Tek kada stupi na pravnu snagu, ono uspostavlja odnos prema poretку i tako započinje njegovo važenje. Nadalje, pravo koje važi, nije uvek i efikasno. Da bi važeće pravo zaista bilo efikasno, ono se vezuje za dužnost. Vezivanje prava za dužnost odvija se u dva pravca — preko uprave i preko sudstva.

Rečeno je već da u upravnoj sferi pravo ima lik dužnosti a slobodu čuva tek u svom naličju. Sada taj stav dobija svoj jasan izraz. Sloboda je naime ostala na nivou zakona, odnosno u sferi onoga parlamentarnog, onoga što se u svojoj bitnoj odredbi odvija u parlamentu. Nakon što sloboda u parlamentu stekne određenost u zakonu, ona postaje uporište uprave, ono na šta se uprava oslanja, što joj služi kao pozadina, kao naličje. Njen lik u svojoj neposrednosti ima međutim prirodu dužnosti. Upravo to je smisao onog stava kojim tvrdim da pravo u upravi ima karakter dužnosti a tek u naličju čuva slobodu.

U sudskom pravu stvar stoji sasvim drukčije. Ovde u pozadini ostaje najpre zakon, kao ono što izvorno pripada parlamentu, kao i dužnost kao ono što izvorno pripada upravi, te se ponovno otvara onaj lik prava koji se prvi put manifestovao u aktu njegovog nastanka u parlamentu — njegov lik slobode kao institucije. Ovde se dužnost ne uspostavlja neposredno prema pojedincu, nego se distancira kao ono nepristrasno, kao ono što

je — Aristotel bi rekao — sredina. Ovde dužnost nameće samo poštovanje presude, dakle prava, dakle slobode. U jednom neposrednom smislu — a to znači u neposrednom odnosu prema pojedincu — dužnost ovde nema vlastiti sadržaj. Drukčije rečeno, u upravnoj sferi pravo svoju sadržajnu određenost stiče u odredbi dužnosti, te samim tim možemo reći i da dužnost u upravi ima svoj vlastiti sadržaj. Nasuprot tome, u sudskoj sferi pravo svoju sadržajnu određenost stiče tek u odredbi slobode, te u tom smislu možemo reći da ovde dužnost ne poseduje vlastiti sadržaj.

To da dužnost u sudskom pravu ne poseduje vlastiti sadržaj znači zapravo da je dužnost ovde smeštena isključivo u procesnom pravu. Ovakav uvid omogućava preciziranje prema kome dužnost u sudskom pravu nije lišena svake sadržajne određenosti nego samo materijalno-pravne. U procesno-pravnom smislu ova dužnost naravno jeste određena. Ovde je reč o dužnosti u empirijskoj odredbi, pravnici bi rekli u pozitivnoj odredbi, a ne o nekom načelu dužnosti. Dakle, dužnost ovde nužno poseduje određenost samim tim što je empirijska kategorija, jer ništa što je empirijsko ne može biti bez određenosti. S druge strane, ova je dužnost sasvim izvan materijalnog prava i upravo je to ona karakteristika koja u ovom smislu uspostavlja diferenciju sudskog prema upravnom pravu. Naime, u upravnoj sferi se dužnost ne prostire samo područjem procesnog prava, kao što je to slučaj u sudskom pravu, nego zahvata i celokupno područje materijalnog prava. Ova diferencija čini jasnijim smisao u kome mi ovde govorimo o tome da se upravno pravo iscrpljuje u dužnosti a sudsko u slobodi.

Razlika upravnog i sudskog prava se najlakše može učiniti jasnom na nivou pojedinačnog. Pravni odnos se u upravi rasprostire od onog što je opšte, prema onom što je pojedinačno. Pravni odnos u upravi započinje u zakonu kao onom što je opšte i završava se u upravnoj odluci kao onom što je pojedinačno, što je vezano za pojedinačne činjenice. U sudskom pravu, međutim, pravni odnos započinje onim što je pojedinačno. Dok u upravi država ide za tim da primeni pravo, u sudstvu ide pojedinac za tim da ostvari svoje pravo.³² Država se pojedincu obraća samo onda kada on ima neku dužnost. Pojedinac na sud ide samo onda kada smatra da ima neko pravo na čije ostvarenje on pretenduje. Dakle, u upravi se pravni odnos razvija iz onoga što je opšte, u sudstvu iz onoga što je pojedinačno.

Država pojedincu u upravi pristupa izvana, uspostavlja mu granicu. U sudstvu se pravni odnos otvara iznutra i kreće se onim unutrašnjim područjem koje će dospeti do granice kao svoje pravne određenosti. U upravnom pravu je tako primarno ono što je granica, u sudskom je granica tek ono sekundarno, tek ono što potpomaže uspostavljanje određenosti. Granica je upravnom pravu ono unutrašnje a sudskom ono spoljašnje.

³² Uvek tužilac ide za tim da ostvari svoje pravo. To je tako i u krivičnom postupku gde oštećeni takođe ide za tim da ostvari svoje pravo (odnosno državni tužilac u njegovu ime).

Pojedini instituti materijalnog prava (lice, stvar, vlasništvo, krivica, šteta, brak, itd.) ne mogu se međusobno razlikovati sa stanovišta pripadnosti upravnoj odnosno sudskoj sferi. Ne može biti govora o predodređenosti pojedinih materijalno-pravnih instituta za pripadnost upravnom, odnosno sudskom pravu. U svojoj ontološkoj prirodi instituti materijalnog prava ne sadrže ni najmanju naklonost za jedno od ova dva područja prava. To znači da unutar materijalnog prava ne postoji diferencija upravnih i sudskih instituta. Time se svakako ni najmanje ne dovodi u pitanje postojanje te diferencije u procesnom pravu u sasvim oštrm obliku.

Dakle, nijedan institut materijalnog prava sam po sebi u procesnom smislu ne pripada ni upravnoj ni sudskoj sferi. Drugim rečima, svaki institut materijalnog prava je takoreći otvoren za mogućnost sticanja upravne odnosno sudske dimenzije. Ali, ta dimenzija nije materijalne nego procesne prirode, te je i razlika isključivo takva.

Položaj slobode i dužnosti unutar prava je ono što uspostavlja suštinsku diferenciju upravne i sudske oblasti — kako je ovde već izneto. Istorijski posmatrano, najpre je celokupno pravo bilo u suštini upravno, naime u tom smislu što se svodilo na dužnost. Zapravo, najpre nikakvog razlikovanja vrsta prava i nije bilo, čak ni razlikovanja materijalnog i procesnog prava, kao što je već rečeno. Ako u prvom planu imamo ovo nepostojanje diferencije prava, moglo bi se reći da je celokupno pravo zapravo najpre bilo ustavno, ali i to samo u onom smislu u kome je ono temelj celokupnog istorijskog budućeg prava.

Obe ove tvrdnje su na svoj način tačne. Ono je ustavno kao jedino, u sebi još neizdiferencirano, kao temelj celokupnog budućeg prava. Ono je upravno kao ono što je svedeno na dužnost.

Obe ove tvrdnje su međutim i netačne: nije ustavno pravo sve ono od čega se istorijski polazi, nego samo ono što u jednom ontološki suštinskom smislu jeste konstitucija prava kao takvog. S druge strane, nije upravno pravo ono pravo koje se — iako svedeno na dužnost — javlja pre prve mogućnosti suštinske diferencijacije raznih grana prava. Ovde se naime u jednom suštinskom smislu ne razlikuje dužnost i sloboda, te dakle nije moguća ni diferencija ustavnog na sudsko i upravno pravo, a to u krajnoj konsekvenciji znači da uopšte nije moguća bilo kakva diferencija prava na njegove grane.

Procesno razlikovanje uprave i sudstva istorijski nastaje tek sa nastankom građanskog liberalizma.³³ Dotadašnji sudovi vladara odnosno feudalaca nisu omogućavali razlikovanje uprave i sudstva a institucije koje su imale tretman sudova zapravo su bile upravni organi (ali ne i upravni

³³ Interesantan je u ovom kontekstu istorijski značaj porote koja „se u nekim zemljama pojavila u feudalnom društvu, no dobila je punu afirmaciju u buržoaskom društvu jer je preko porote buržoaska klasa ostvarivala uticaj na sudstvo u kojem su se još zadržali relikti feudalnog sudstva” (Kandić, Lj. — Vajs, A.: *Opšta istorija države i prava*, Savremena administracija, Beograd, 1976, str. 251). Porota dakle ulazi u sudstvo kao ono što ne potiče od vladara, te se tako u izvesnom smislu može shvatiti kao najava unošenja ne-vladarske komponente u sudstvo, tačnije rečeno kao najava onog elementa koji nije čisto upravne prirode.

sudovi). Dakle, o postojanju suda u jednom suštinskom smislu pre liberalizma i ne može biti reči.

Vladarski i feudalni sudovi su samo po imenu sudovi. Oni su element vladarske vlasti ali ne samo po tome što su u organizacionom smislu u neposrednoj nadležnosti vladara odnosno feudalaca, nego po tome što je pravo u takvim sudovima — usled te u suštini vladarske nadležnosti — još uvek svedeno na dužnost. Tek kada se u procesnopravnom smislu razdvoje dužnost i sloboda u ovde navedenom smislu, tek tada dakle može biti reči o sudskom pravu i istinskim sudovima. Izdvajanje dužnosti, njeno takoreći odstranjivanje iz sudskog prava, uz istovremeno njeno spoljašnje uspostavljanje u odnos prema slobodi koja se prostire između subjekata koji su u sudskom sporu, dakle tek mogućnost upostavljanja dužnosti slobode, kako sam to napred izneo, omogućava formiranje autentičnih sudova. Vladarski i feudalni sudovi se svode na dužnost kao neposredan odnos prema pojedincu o čijem pravu se odlučuje. Građanski sudovi se ne prostiru područjem neposredne dužnosti — njima je dužnost tek ono spoljašnje što obezbeđuje obaveznost njihovih odluka, dakle tek ono što obezbeđuje dužnost slobode definisane u sudskom procesu. Tako smo dospeli do jasnog razlikovanja sudskog i upravnog prava kroz procesnu sferu.

Upravno pravo ima dve referentne tačke a sudsko tri. Ovakvo „prostorno” prikazivanje čini tu razliku potpuno jasnom.

Kao što je već rečeno, dve referentne tačke upravnog prava su država i pojedinac. Država pojedincu u jednom vertikalnom pravcu prostiranja uspostavlja dužnost. U upravnoj sferi pojedinac dakle ima dužnost a pravo ima samo država. Zdravorazumsko mišljenje pravo posmatra isključivo „kao prinudu”, dakle kao dužnost a ne slobodu. Mi sada vidimo da je takvo gledište tačno samo kada je reč o području upravnog prava. Ovde pojedinac nema vlastito pravo nego je samo određen pravu države. To da država ima pravo znači ujedno i da samo država disponira slobodom, naime slobodom kao određenosti, kao institucijom, kao pravom.

Međutim, državi pravo kao sloboda nije njena vlastita određenost kao što je to pojedincu. Zapravo sloboda državi pripada kao tek jedna negativna određenost, kao čista nesputanost, kao goli suverenitet. Otuda mi o slobodi, kada je reč o državi, možemo govoriti samo u jednom uslovnom smislu. Sloboda kao određenost je nešto što pripada isključivo čoveku kao subjektu, čoveku kao duhovnom biću, te o slobodi kao određenosti možemo govoriti samo kao o slobodi čoveka a nikada o slobodi države (ili neke druge institucije).

U sudskom pravu ta gornja referentna tačka — država — ne obuhvata više pravo kao slobodu jer je sfera prava spuštena na područje odnosa između preostale dve referentne tačke koje stupaju u pravni odnos u sudskom sporu i koje tamo ostvaruju svoje vlastito pravo. Država u sudskoj sferi nema svoje vlastito pravo. Država ne uspostavlja odnos prema pojedincu nego tek prema pravnom odnosu između pojedinaca — prema njihovom sudskom sporu tako što mu obezbeđuje prinudno izvršenje. Dr-

žava ovde gubi svoje vlastito pravo, jer je pravo kao sloboda sada preneto na područje odnosa između pojedinaca, u sudski spor.

Usled toga možemo reći da, kada je reč o sudskom pravu, afirmativna strana prava — sloboda — prelazi iz izvorno državne u sudsku sferu, dok ona druga, da tako kažem negativna strana prava jeste ono što i nadalje ostaje u državi — u jednom „starinskom” smislu reči država. Drugim rečima, strana prava koja je dužnost ostaje u državi, strana prava koja je sloboda prelazi u pravosuđe. To je raspored komponenti prava koji omogućava da se u sudskoj vlasti o pravu odlučuje primarno kao o slobodi, ali se izvršenje sudskih odluka, dakle strana dužnosti tog prava, u krajnjoj liniji oslanja na tradicionalnu državnu sferu.³⁴

Na osnovu toga, možemo reći da se u procesno-pravnom smislu konstituisanje prava kao slobode uspostavlja tek sa formiranjem sudske vlasti koja je nezavisna od druge dve vlasti (zakonodavne i izvršne). Dakle, onaj suštinski značaj koji u materijalnom pravu ima konstituisanje lica, ovde u procesnom pravu možemo prepoznati u formiranju nezavisne sudske vlasti. Naime, institucionalizacija slobode u pravu, ili — što je isto — konstituisanje prava kao slobode — u materijalnom pravu se suštinski odvija u institutu lica a u procesnom pravu u institutu suda.

Parlament je mesto susreta politike i prava, mesto prelaska politike u pravo. Izvršna vlast je mesto uspostavljanja prava kao dužnosti. Sudska vlast je mesto konstituisanja prava kao slobode. Drugim rečima, ne može biti govora o autentičnoj politici pre istorijskog nastanka parlamenta, jer se politika tek u parlamentu artikuliše u jednom potpunom smislu — upravo time što se ovde priprema njen prelaz u pravo. Isto tako, ne može biti govora o pravu kao institutu slobode pre nastanka sudske vlasti — ali tek takve sudske vlasti koja se jasno razlikuje od izvršne (na ovde naveden način). Pre istorijske afirmacije parlamenta i suda, pravo je bilo svedeno na dužnost, odnosno na sistem pravila o privilegijama onih koji su na vlasti. Tada druga strana dužnosti nije bilo pravo nego privilegija a sâmo pravo nije bilo institut slobode, nego se svodilo na pravila o dužnostima (pravilnost o dužnostima). To znači da se dužnost tada nije zasnivala na pravu nego na privilegiji — dužnost tada nije bila naličje prava nego naličje privilegije (onih koji su na vlasti). Pri tome treba naglasiti da je ovde reč o procesnoj strani stvari.

U sferi materijalnog prava su politika, pravo, dužnost i sloboda drukčije raspoređeni. Na području materijalnog prava nije relevantno to što se politika i pravo sreću u parlamentu, niti to što je u izvršnoj vlasti primarna dužnost a u sudskoj sloboda. Materijalnom pravu je ta „razlika u području” irelevantna, ono je ne prepoznaje kao svojju. Ali, pri tome ne

³⁴ O razlici između upravne i sudske vlasti Fridrih Hajek piše: „Drukčije od nadzornika ili inspektora, sudija ne gleda da li su zapovesti izvršene ili da li svako obavlja dužnosti koje su mu dodeljene. Mada ga može postaviti viša vlast, njegova dužnost neće biti da nametne volju vlasti, nego da reši sporove koji mogu da poremete postojeći poredak.” (Hajek, F.: *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Službeni list SRJ — CID, Beograd — Podgorica, 2002, str. 94).

treba izgubiti iz vida da procesno i materijalno pravo nisu dva odvojena fenomena. Njihova diferencija postoji samo u sferi njihove ontološke prirode, dok u sferi egzistencije procesno i materijalno pravo čine samo dve stvari jednog istog fenomena — prava. To znači da navedeno razlikovanje rasporeda politike, prava, dužnosti i slobode, koje je karakteristično za procesno pravo — u sferi egzistencije, iako pada sasvim izvan materijalnog prava, ipak tesno prijanja uz njega kao njegova poledina a ona oštra diferencija sa procesnim pravom, koja time nije dirnuta, pada u odredbu ontološke prirode, u ontološku prošlost ove ovdašnje egzistencije. Dakle, politika, pravo, dužnost i sloboda se sreću „svako na svom mestu”, ali uvek i bez izuzetka svako na jednom jedinom mestu — parlamentu, egzekutivi, odnosno sudu — i bez obzira što to određenje tri mesta jeste procesna strana stvari, ono time nije manje „merodavno” za materijalno pravo, bez obzira što pada izvan ovoga. Dakle, to što je ovo razlikovanje mesta za materijalno pravo spoljašnje, ono u sferi egzistencije ipak nije daleko od njega — ono što je sa stanovišta ontološke suštine uzajamno udaljeno, sa aspekta egzistencije ipak ide jedno uz drugo.

U samom materijalnom pravu pak — najpre se čini da se politika i pravo sreću u javnom pravu, tako što politika prelazi u javno pravo kada se institucionalizuje; da se dužnost javlja isključivo unutar javnog prava (što znači i: tek nakon prelaska politike u pravo); da se sloboda konstituiše tek u privatnom pravu. Ali, to nije sasvim tako.

Javno pravo je na izvestan način bliže politici ali samo u tom smislu što ono pruža institucije putem kojih politika prelazi u pravo. Ono time u području materijalnog prava uspostavlja međusobne granice politici i pravu, kao i određenje jednoga prema drugom. Javno pravo, pored toga, daje pravila o institucionalizovanju politike u pravo — a to znači da javno pravo sadrži procesne norme o institucionalizovanju politike u pravo.

Privatno pravo se sa politikom sreće samo u fazi stvaranja prava, dok je — u sistemu autentičnog prava — u sferi primene privatno pravo veoma udaljeno od politike. Upravo je ovo osnovna razlika javnog i privatnog prava kada je reč o odnosu prava prema politici. To ujedno znači da je u jednom preciznijem određenju samo u ovom smislu tačna teza da se politika i pravo sreću u javnom pravu — oni se, naime, ovde sreću u punoj meri: i u fazi stvaranja i u fazi primene prava.

Međutim, područje njihovog susretanja i u javnom pravu mora biti veoma ograničeno kada je reč o primeni tog prava. To se područje naime mora svesti na procesno pravo i to u meri u kojoj procesno pravo određuje proces institucionalizacije politike u pravo. Kada je reč o materijalnom pravu, pa i materijalnom pravu u sferi javnog prava, politika u potpunosti mora da izostane. Kada je reč o primeni materijalnog prava u javnoj sferi, politika u izvesnoj meri ulazi u to pravo putem argumentacije kao elementa prava, ali i ta je argumentacija po svojoj prirodi pravna, odnosno time što je ušla u pravnu sferu prestala je da bude politička. Pravnost te argumentacije se zasniva na tome što je ona pravno a ne više politički relevantna. Tačnije rečeno, njena se relevantnost ocenjuje pravno a ne poli-

tički. Ona dakle po svom neposrednom empirijskom sadržaju u oba slučaja zapravo može biti identična a samo je kontekst u koji je dospela određuje kao političku, odnosno pravnu.

U sferi materijalnog prava politika prethodi pravu jer se legitimno može prostirati samo do tačke u kojoj prerasta u pravo i to u pravo kao institut slobode, a to ovde znači kao ono pravo koje je inkorporirano u opštim pravnim aktima. Kada se taj proces prerastanja politike u pravo jednom odigra, kada se dospe do formiranja materijalnog prava, tada se dalji život po tim političkim odnosno pravnim pitanjima odvija isključivo na temelju prava. Ako to nije tako, to znači da politika nelegitimno zakoračuje u pravnu sferu, tj. uzurpira slobodu inkorporiranu u pravo.

Politika po svojoj ontološkoj prirodi nema tu granicu koja je svojstvena isključivo pravu. Politika u tom smislu ne poseduje unutrašnju određenost, koja bi bila unutrašnja po tome što izvire iznutra iz samog tog fenomena (politike). Drugim rečima, politika ne poznaje slobodu kao pozitivnu određenost, kao instituciju. Sloboda je u politici zastupljena samo u svom neposrednom, negativnom određenju — kao nesputanost. Pojednostavljeno rečeno, sloboda je u politici isto što i proizvoljnost.

S druge strane, u sferi procesnog prava upravo pravo prethodi politici jer se politički proces atrikuliše putem procesnih pravnih normi (na primer, delovanje parlamenta). Na taj način se dospeva do situacije da politika ipak nije bez granice ali ta granica nije njena vlastita unutrašnja određenost, nego joj se uspostavlja spolja, iz drugog fenomena, naime prava. Tako ona granica koja politici uspostavlja određenost nije politička, dakle nije njena vlastita, nego pravna. Procesno pravo je dakle ona granica koja politici uspostavlja određenost, koja određuje meru do koje se politika može prostirati da bi bila politika, da bi dakle stekla određenost u vlastitoj prirodi, odnosno da ne bi bila neka čista proizvoljnost i čista neodređenost.

To znači da nema politike bez prava, ali ni prava bez politike. Ovaj stav ni najmanje nije fraza. Politike nema bez prava u tom smislu što procesno pravo politici uspostavlja granicu koja je ujedno njena određenost, jednostavno rečeno obmeđenost njenog područja. S druge strane, pravu je politika ono što mu neizbežno prethodi, što je neizbežni prethodni momenat njegove konstitucije, tj. institucionalizacije slobode. U politici je sloboda negativno određena, ovde je sloboda isto što i proizvoljnost, ali ona je to „samo” politički jer joj se — doduše ne iznutra, iz nje same, nego izvana — uspostavlja granica putem prava i to upravo procesnog prava. Tako se iz političkog života u jednom pragmatičnom smislu odstranjuje proizvoljnost time što se putem prava uspostavlja granica. U tom smislu se može reći da se konstituisanje političkog fenomena okončava tek ovim svojevrsnim suprotstavljanjem prava politici, ovim uspostavljanjem granice od strane prava tom njemu spoljašnjem fenomenu politike. To je smisao u kome ovde možemo reći da nema politike bez prava.

Liberalizam je istorijski prva politika u punom smislu tog pojma. Liberalizam je pak procedura, dakle politika kojoj je granica uspostavljena

procesnim pravom. Država blagostanja ide dalje od liberalizma ali to nije put na drugom pravcu jer se onaj faktor procesnog ne zaobilazi, nego se naprotiv prihvata kao jedan korak na tom putu. Dok je liberalizam suštinski okrenut procesnom pravu, dotle je država blagostanja već okrenuta materijalnom pravu, ali ne tako što bi procesno pravo bilo potisnuto u ignoranciju, nego tako što je njemu dat status jednog stadijuma. U svakom slučaju je međutim pravo ono što određuje politiku kao politiku, kao ontološki fenomen, ono što politici uspostavlja spoljašnju granicu u jednom ontološkom smislu.

* * *

Razlika u nadležnosti legislative, egzekutive i judikature ima suštinske temelje i umnogome se razlikuje od njihove današnje nadležnosti, s obzirom na postojeću značajnu interferenciju nadležnosti koja ne može naći uporište u suštini stvari. Smatram da iz ontološke prirode podele vlasti, odnosno razlikovanja nadležnosti, sledi potreba za teorijskim upostavljanjem četvrte vlasti — ustavno-sudske, ali o tome drugom prilikom.

JURISDICTION

Janko Kubinjec, Ph.D.
Attorney at law, from Novi Sad

S u m m a r y

Jurisdiction is the first category of the procedural law, as the person is the first category of the substantive law. The other side of jurisdiction is the legitimacy which can be procedural, political or based on wisdom. The essence of the partition of government is not in the mutual limitation of the three branches, but in their ontological difference. In the parliament, the policy is transferred into the law, where freedom as the negative determinant is transferred into freedom as the positive determinant. If the law appears as duty, we talk of the administrative law, and if the law appears as freedom, we talk of the judicial law. The court through its decision establishes the freedom as determinant, i.e., the law, where the state insures the enforcement of that decision, i.e., inaugurates that freedom. Procedural discernment of the administration and judiciary was historically established with the emergence of the civil liberalism.

Keywords: Jurisdiction, person, legitimacy, legislative, executive, judicature, freedom, duty