Dr Janko Kubinjec

MANIFESTACIJA SUŠTINE PRAVA U INSTITUTU ŠEFA DRŽAVE

SAŽETAK: Šef države je pravni institut u kojem problem nadležnosti i počinje i završava. Priznavanje drugog kao lica, koje je ontološka pretpostavka priznavanja nečije nadležnosti u tuđoj stvari, jeste najpre negacija prirodne odredbe čoveka u aktu uspostavljanja njegove apstraktno određeneosti. Duhovno priznavanje — o kome je ovde jedino reč — upravo je nešto suprotno psihološkom priznavanju. Apstraktna jednakost je početak materijalnog prava, dok je apstraktna razlika početak procesnog prava. Upravo ove dve apstraktno komponente — jednakost i razlika — konstituišu pravo kao slobodu. Na taj način se u sebi pojam prava zatvara i postaje celovit upravo putem vezivanja nadležnosti i lica. Tako se u jednom čistom i neposrednom obliku apstraktna jednakost i apstraktna nejednakost vezuju u temeljnu aporiju prava koja svoju najjasniju manifestaciju stiče upravo u institutu šefa države.

Ključne reči: Šef države, nadležnost, priznavanje, lice, gospodar i rob, aporija prava, apstraktna jednakost, apstraktna razlika, procesno pravo, materijalno pravo, sloboda

Šef države je pravni institut u kojem problem nadležnosti takoreći i počinje i završava. Mi danas kažemo da je šef države simbol jedinstva države, odnosno simbol jedinstva sve tri vlasti. Međutim, ono što je danas simbolično, nekada je bilo stvarno: šef države je zaista obuhvatao sve što se kasnije razvilo u tri vlasti. Na taj način, problem nadležnosti počinje sa institutom šefa države — time što je šef države najpre „bio nadležan za sve”. Dante Aligijeri piše da „ne postoji ništa što bi monarh mogao poželeti: naime, njegova jurisdikcija ograničena je jedino okeanom”.¹ S druge

¹ Dante smatra da iz ovoga sledi „da, među smrtnim ljudima, monarh može biti najiskreniji podanik pravde”. (Dante, A.: *Monarhija*, Centar za istraživanje tradicije, Beograd, 2004, str. 37.)

strane, razvojem tri grane vlasti nadležnost šefa države se istanjila i ona se postepeno lišava svakog sadržaja i svodi na svečani protokol.² Na taj način se problem razgraničenja nadležnosti tri vlasti završava i u tom smislu možemo reći da taj problem i prestaje sa svodenjem nadležnosti šefa države na protokolarnu. Kada predsednik republike ostane bez istinske pravno relevantne nadležnosti, kada se njegova nadležnost svede na protokolarnu, to označava istorijski kraj šefa države kao instituta istinske vlasti, odnosno potpuno razvijenu nadležnost tri vlasti. To je smisao u kojem se problem nadležnosti sa šefom države završava — nadležnost se sasvim jasno definiše i distribuira.

Šef države tada još može ostati samo simbol državnog jedinstva, dakle simbol a ne oličenje kao što je to kod B. Konstana u njegovom stavu o šefu države kao neutralnoj vlasti koja amortizuje sudare legislative, egzekutive i judikature.³ Neutralna vlast koja amortizuje sukobe tri vlasti zaista je potrebna, ali ona ne pripada šefu države, kao što smatra Konstan, nego nosiocu ustavno-sudske vlasti. Doduše, nosilac one vlasti koju savremenim jezikom označavamo kao ustavno-sudsku vlast je sve do početka dvadesetog veka — do pojave ustavnih sudova — bio upravo šef države. Dakle, istorijski se Konstanu ništa ne može prigovoriti. Međutim, ovde je reč o ukazivanju na jasnu razliku između simbola državnog jedinstva i istinske nadležnosti u pravnim stvarima, pa bilo to i u neutralizaciji tri vlasti.

* * *

Institut šefa države nazire se još pre nastanka države — sa starešinom plemena. Nama ustvari za početak ovog razmatranja i nije toliko bitno da li je reč o šefu države ili tek plemenskom starešini — važno je samo da je reč o situaciji gde jedno lice ima vlast nad drugim. Dakle, važno je samo uspostavljanje odnosa iz poznate parabole o gospodaru i robu, možda najpoznatije iz Hegelove *Fenomenologije duha*⁴ a u pogledu pravnog fenomena detaljno razrađene kod Aleksandra Koževa.⁵

Ali, nije vlast ono što je za nas istinski početak u metaforičnoj situaciji gospodara i roba. Vlast, naime, može biti i nasilna, da tako kažem „čisto prirodna“, tj. uspostavljena bez apstraktnog posredovanja pravom. Početak situacije o gospodaru i robu — koja je antropogena — nije u vlasti, nego u njenom priznavanju od strane potčinjenog. Priznavanje je

² Edru Hejvud ukazuje na razliku između ustavnih i izvršnih predsednika, pri čemu prvi imaju isključivo ceremonijalnu dok drugi imaju i istinsku izvršnu nadležnost (uporedi: Hejvud, E.: *Politika*, Clio, Beograd, 2004, str. 625).

³ „Izvršna vlast, zakonodavna vlast i sudska vlast su tri pokretača koji mora da sarađuju, svaki u svom delokrugu, u opštem kretanju; no, kada se ta tri neispravna pokretača ukrste, sudare i blokiraju jedan drugog, potrebna je sila koja će ih vratiti na mesto. Ta sila ne može biti u jednom od tih pokretača, jer bi mu poslužila da uništi druge. (...) Ustavna monarhija stvara tu neutralnu vlast u ličnosti šefa države.“ (Konstan, B.: *Principi politike*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 2000, str. 25).

⁴ Hegel, G. V. F.: *Fenomenologija duha*, BIGZ, Beograd, 1979, str. 116—118.

⁵ Vidi: Kožev, A.: *Fenomenologija prava*, Nolit, Beograd, 1984.

početak nadležnosti — priznati nekome da je pozvan (nadležan) da rešava u tuđoj stvari. Ovaj prvi akt priznavanja je poreklo i tajna celokupne pravnosti. Naglašavam da je reč o aktu priznavanja u ontološkom a ne istorijskom smislu. U pragmatičnom smislu, naravno, ni jedno pravo, ni jedan pravni sistem, ne može se pohvaliti priznavanjem svih njegovih adresata. Efikasnost jednog pravnog poretka nikada se ne iscrpljuje u priznavanju ali to ni najmanje ne dovodi u sumnju priznavanje kao osnovni ontološki izvor prava. Mi, dakle, ovde ne raspravljamo o pragmatici priznavanja nego o priznavanju kao ontološkom fenomenu.

Priznavanje drugog kao lica, koje je ontološka pretpostavka priznavanja nečije nadležnosti u tuđoj stvari, jeste najpre negacija prirodne odredbe čoveka u aktu uspostavljanja njegove apstraktne određenosti. Konstituisanje apstraktnog lica, izvođenje tog lica iz čoveka kao prirodnog bića — to je ontološki početak onoga što dolazi na sledećem stadijumu koji predstavlja relaciju tako apstraktno određenih lica: njihovo uzajamno priznavanje kao apstraktnih lica. Iz ovakve ontološke određenosti vidljivo je da ovde nije reč o uvažavanju drugoga, tačnije rečeno da ovde uopšte nije reč o psihičkoj sferi priznavanja. Pravni fenomen uopšte u svim nivoima nadilazi psihičku sferu. Tako se i u aktu pravno relevantnog priznavanja krećemo područjem duhovnosti a ne psihološkim terenom.

Duhovno priznavanje — o kome je ovde jedino reč — upravo je nešto suprotno psihološkom priznavanju. Priznavanje u psihološkom smislu obraća se isključivo prirodnoj određenosti čoveka, njegovoj individualnosti, njegovoj pojedinačnoj neponovljivosti. U psihološkoj sferi nekoga priznajemo na osnovu njegove razlike prema drugima, na osnovu njegove osobitosti (bez obzira da li ta osobitost kod nas izaziva poštovanje, strahopoštovanje ili samo strah). Kod priznavanja u duhovnom smislu reč je upravo o nečemu suprotnom ovome. Ovde se priznavanje temelji na zauzimanju indiferentnog odnosa prema svemu što je u čoveku prirodno, ono se sastoji u potpunom prevazilaženju svake njegove prirodne odredbe, te samim tim i svake razlike između individua. Ona lična, individualna osobitost prirodnog čoveka je ovde upravo ono što se pre svega dovodi do indiferentnosti, stavlja u „ontološku prošlost” (fenomenološkim rečnikom rečeno: stavlja se u zgradu).

Kod priznavanja u duhovnom smislu prirodna određenost se doduše ne negira, nego se samo zauzima indiferentan odnos prema njoj. I ne samo da se ta određenost ne negira, nego se ona upravo tim stavom indiferentnosti štiti. Konstituisanjem lica preko apstraktne određenosti ujedno se ide za punim očuvanjem prirodne različitosti — na taj način pravna jednakost je apstraktna jednakost u cilju zaštite prirodne nejednakosti.⁶ Duhovnost akta priznavanja je ono što prirodnu situaciju pretvara u pravnu. Međutim, u primeni prava se sudija u aktu individualizacije ponovno obraća prirodnosti čoveka. Na taj način pravo nije izvan prirodnosti, ali do nje dospeva posredno — preko apstrakcije. Čista apstrakcija uz odstra-

⁶ Uporediti moj članak *Tolerancija kao priroda prava*, Glasnik AKV, br. 3/2001.

njenu prirodnost bila bi sasvim nepravedna primena prava, jednako kao što je nepravedna i pretpravna situacija koja se na prirodnost svodi. Dakle, pretpravno svođenje na prirodnost, kao i hipotetičko čisto formalno-pravno svođenje na apstrakciju — bile bi jednako nepravedne situacije. O pravdi i pravu je reč samo kada dođe do obraćanja prirodnosti koje je posredovano apstrakcijom. Sa stanovišta priznavanja to znači da pravna situacija podrazumeva dospevanje do čoveka preko lica, dospevanje do prirodnog čoveka preko apstraktnog lica. Priznavanje drugog kao lica ne znači manje, nego više od običnog priznavanja. Naime, to ne podrazumeva svođenje prirodnog bića na apstraktno lice, nego dodavanje apstrakcije onoj prirodnosti jer se u pravnom priznavanju apstrakcija postavlja samo kao temelj za očuvanje prirodne različitosti.

To je smisao u kome treba reći da priznavanje gospodara od strane roba nije psihološko priznavanje. Tačnije rečeno, ukoliko je ipak psihološko, ono tada nije pravno relevantno jer ne dovodi do pravne situacije. Priznavanje koje uvažava ličnu osobitost može doduše dovesti do podređenosti onoga koji priznaje i uvažava, ali ta je podređenost čisto prirodna i pravno irelevantna. Pravna situacija nastaje tek sa apstraktnim priznavanjem, dakle sa priznavanjem lica kao apstraktne određenosti. Prva situacija može dovesti do faktičke vladavine ali samo druga situacija može dovesti do pravne vladavine. Vladavina uvek podrazumeva hijerarhijsku razliku — ali je ta razlika kod psihološkog uvažavanja prirodna a kod pravnog priznavanja apstraktna.

Nadležnost se može uspostaviti isključivo na osnovu priznavanja kao duhovne kategorije, dakle tek na osnovu priznavanja čoveka kao lica. Nadležnost (za odlučivanje u tuđoj stvari) podrazumeva priznavanje apstraktne razlike lica. To je razlika koja jednoga čini gospodarem a drugoga robom, odnosno čini ih vladarem i podanikom. Ali, ono što je za pravnu situaciju odlučujuće — oni se uzajamno priznaju kao lica, dakle i vladar priznaje podanika kao lice a ne samo ovaj onoga. Apstraktno priznavanje ne poznaje prirodnu razliku i na tome se zasniva nužnost uzajamnosti priznavanja. Ali apstraktno priznanje istovremeno poznaje apstraktnu razliku, tako da ono što je najpre, u prvom aktu konstituisanja lica, po svojoj unutrašnjoj prirodi bilo jednako — lica — sada uspostavlja razliku u području apstraktnog, dakle duhovnog. Bez prelaska iz psihičke u duhovnu sferu ne može biti reči o priznavanju koje je pravno relevantno — a to ujedno znači da bez toga ne možemo govoriti o priznavanju koje vodi konstituisanju slobode kao institucije.

Apstraktnost razlike ukida mogućnost ropstva kao odgovarajuće metafore. U ropstvu naime nema apstraktne jednakosti (dakle nečega što prethodi apstraktnoj razlici) i samim tim ni apstraktnog priznavanja roba kao lica od strane gospodara. Zbog toga je korisno na ovom mestu napustiti termine gospodar i rob i zameniti ih terminima vladar i podanik.

Apstraktna razlika je — pravno posmatrano — zapravo isto što i nadležnost. Obrnuto rečeno, nema nadležnosti kao pravnog instituta ako razlika između lica nije apstraktna, ako je dakle prirodna. Pri tome ne tre-

ba izgubiti iz vida ono što je ranije rečeno: da u apstraktnoj određenosti prirodna dimenzija nije odstranjena nego je samo postala indiferentna i u primeni prava će se ponovno vratiti na scenu. Aleksandar Kožev priznavanje ne posmatra neposredno kao ontološki institut, kako je to ovde slučaj, nego pre svega kao antropološku situaciju, doduše sa ontološkim značenjem. Dosledno tome, on ni nadležnost ne definiše putem apstraktne razlike, nego putem trećeg nepristrasnog — „onaj 'prijatelj' koji se prema drugima bude ponašao jedino s obzirom na svoje priznanje njihove univerzalne ljudskosti, to jest onaj koji se prema njima bude ophodio zaista kao prema jednakima, međusobno zameljivim, užiće Autoritet Sudije”.⁷

Apstraktnost razlike je upravo ono što može da objasni fenomen nadležnosti u samom njegovom suštinskom temelju. Apstraktnost te razlike naime može da objasni tu nelogičnost, tu *aporiju* koja je istovremeno i jedno *pozitivno čudo* koje vidimo kao nadležnost da se odlučuje u tuđoj stvari. Zašto bi neko prihvatio da neko drugi odlučuje u njegovoj stvari. To je zaista nelogično. Nelogično, ali ipak mora da postoji neko objašnjenje koje tu nelogičnost razotkriva kao privid jer u protivnom fenomen prava u jednom procesnom smislu ne bi bio moguć kao sloboda. To samim tim znači da bez rešenja ove aporije uopšte nije moguća sloboda kao institucija.

Hobsovo izbegavanje *bellum omnium contra omnes* nije dovoljno objašnjenje, kao ni sva druga objašnjenja koja svrhom pokušavaju da opravdaju sredstvo. Pri tome ukazujem na to da ovde nije reč o opravdavanju, nego objašnjenju sredstva svrhom. Dakle, nas ne interesuje da li je jedno rešenje opravdano, nego kako je ono u ontološkom smislu uopšte moguće. To znači da nas na ovom mestu ne interesuje da li je vlast, odnosno nadležnost šefa države opravdana i korisna, nego nas interesuje isključivo na čemu se zasniva njena ontološka mogućnost, njena ontološka legitimnost i to bez obzira da li je ona povrh toga i opravdana i korisna.

Dakle, nije ovde reč o tome da je uspostavljanje vlasti regulisane pravom korisno za sve ili bar za većinu ljudi koji čine zajednicu — i samim tim opravdano i usled toga prihvatljivo. Tako postavljeno pitanje vodilo bi u utilitarizam (koji svakako nije stran pravnom mišljenju, naročito onome koje ide angloameričkim putem). Utilitarizam možda može da opravda određeno društveno (i pravno) rešenje ali ne može da pruži ontološko objašnjenje sveta. To je principijelni hendikep svakog doslednog utilitarizma. Mi ovde međutim pokušavamo da dospemo do nečeg drugog — do samog ontološkog objašnjenja fenomena vlasti koja se ne temelji na nasilju, dakle do objašnjenja fenomena nadležnosti.

Ono što aporiju vlasti — a time i prava — čini objašnjivom, jeste apstraktnost razlike lica koja se konstituiše kao prvi akt (Hegel bi rekao: kao prvi momenat) nadležnosti. Za apstraktnost je ovde od ključnog značaja upravo njena osnovna karakteristika koja se sastoji u njenoj indiferentnosti prema prirodnosti. Ili, sasvim jednostavno rečeno, okolnost da

⁷ Kožev, A.: *Fenomenologija prava*, Nolit, Beograd, 1984, str. 279.

prirodna određenost gospodara ostaje izvan kao ono što je indiferentno. Ta okolnost omogućava da teorijski svako prirodno biće ima mogućnost da dospe do pozicije gospodara, odnosno da svako ima mogućnost (zapravo rizik) da se iz pozicije gospodara „spusti” na nivo podanika. Ova zamenljivost prirodnih lica u ličnosti gospodara, odnosno podanika, ova, kako bi se to ovde primenjenim jezikom reklo, indiferentnost prirodnosti u apstraktnoj razlici lica gospodara i lica podanika — pruža mogućnost objašnjenja aporije prava.

Prvi momenat materijalnog prava je konstituisanje čoveka kao lica, dakle konstituisanje apstraktne jednakosti. S druge strane, ovde smo došli do toga da je prvi momenat procesnog prava konstituisanje apstraktne razlike. Tako vidimo da je apstraktna jednakost početak materijalnog prava, dok je apstraktna razlika početak procesnog prava. Prvi pravni institut materijalnog prava je lice, koje se konstituiše upravo na osnovu apstraktne jednakosti. Prvi pravni institut procesnog prava je nadležnost, koja se konstituiše upravo na osnovu apstraktne razlike. Apstraktna jednakost materijalnog prava eliminiše prirodnog gospodara tako što uspostavlja jednakost svih ljudi. Apstraktna razlika procesnog prava konstituiše apstraktnog vladara kao pravni institut i omogućava razliku kao ono što je legitimno. Suštinska ontološka vezanost materijalnog i procesnog prava već ovde na samom ontološkom početku fenomena prava dolazi do punog izražaja. Već ovde dolazi do neprestanog prelaženja materijalnog u procesno pravo, apstraktne jednakosti u apstraktnu razliku.

Upravo ove dve apstraktne komponente — jednakost i razlika — konstituišu pravo kao slobodu. Apstraktna jednakost proteruje iz istorije proizvoljnost i na njeno mesto uvodi pravo, apstraktna razlika proteruje puku vladavinu i na njeno mesto uvodi instituciju vlasti. Tako se pravo konstituiše kao institut slobode. Drukčije rečeno, ne može biti reči o pravu kao institutu slobode bez komplementarne egzistencije obe strane fenomena prava: njegove apstraktne jednakosti kao početka materijalnog prava i njegove apstraktne razlike kao početka procesnog prava. Bez apstraktne razlike, bez procesnog prava, pravo kao takvo bi se rasplinulo i svelo na dobrovoljnost. Ako se pravo svede na dobrovoljnost, nestaje njegova obaveznost a to ovde znači njegova institucionalna priroda. Apstraktna jednakost kao temelj materijalnog prava omogućava konstituisanje prava kao fenomena, apstraktna razlika kao temelj procesnog prava omogućava konstituisanje tog prava kao institucije. Na ovom mestu možemo reći da pravo nastaje kao sloboda kada se uspostavi apstraktna jednakost — a da istovremeno pravo nastaje kao institucija kada se uspostavi legitimna apstraktna razlika.

Kada se stvar posmatra u sasvim jednostavnom ontološkom temelju, možemo uvideti da ontološki početak prava jeste u formiranju apstraktne jednakosti, ali je njegovo dovršenje moguće tek u apstraktnoj razlici. I — upravo je razlika ono što pravo definitivno distancira od drugih duhovnih fenomena koji za predmet imaju regulisanje društvenih odnosa. Pravednost kao zahtev za jednakošću može biti i pravna ali i moralna kategorija.

Pogrešno je dakle misliti da je ona ili pravna ili moralna kategorija i svaka rasprava o ovoj alternativni je rezultat paralogizma. Pravednost kao pravna i pravednost kao moralna kategorija su međutim sasvim različite. Obe one zahtevaju jednakost. Ali samo pravednost kao pravna kategorija to zahteva institucionalno. Drukčije rečeno, samo pravednost kao pravna kategorija uporište svog zahteva za jednakošću temelji na apstraktnoj razlici. Tako je upravo apstraktna razlika ona krajnja tačka u diferenciji prava i morala. U daljem ontološkom razvoju fenomena prava, ova početna razlika kao apstraktna razlika razvija se u fenomen procesnog prava. Nešto kao pandan procesnom pravu ne postoji ni u jednom drugom duhovnom fenomenu — ni u moralu, ni u politici, ni u ekonomiji.

Otuda mi na ovom mestu s pravom možemo — pomalo paradoksalno a izvesno sasvim iznenađujuće — reći da je razlika a ne jednakost krajnji momenat definicije prava. Pojedinaac naravno i u sferi morala može očekivati jednakost, ali to — za razliku od pravne sfere — u moralnoj ne može očekivati kao ostvarenje svog prava, nego kao ispunjenje dužnosti onog drugog. Dakle, ne može to očekivati, niti zahtevati kao nešto svoje, nego tek kao nešto tuđe. U moralnoj sferi takođe se može očekivati opravdanje nejednakosti ali je domet toga u moralnoj sferi beskonačno manji nego u pravnoj — u moralnoj sferi se nejednakost opravdava kao pojedinačni slučaj a ne kao princip, dok je u pravnoj sferi upravo obrnuto. Zbog toga u moralnoj sferi ne nastaje pandan procesnom pravu, ne nastaje neki procesni moral. Nejednakost u moralu nema ontološki značaj, nego pragmatični. Pragmatičnost tog značaja sastoji se u tome što se on zadržava na onom pojedinačnom. U sferi prava, međutim, nejednakost kao apstraktna razlika postaje druga strana samog fenomena, njegovo naličje, uporište njegovog ontološkog *causa*. Nejednakost koja se pojavljuje u moralu svoj pandan ima isključivo u materijalnom ali nikada i u procesnom pravu. Procesno pravo nejednakost ima kao svoj prvi princip, dok moralna sfera do jednakosti dopire samo u onom pojedinačnom — upravo jednako kao što je to slučaj i u materijalnom pravu.

Ali potpuno raščišćavanje svih razlika moguće je tek tamo gde je Hegel nalazio vrhunac razvoja onoga što on naziva objektivni duh — u običajnosti. Doduše, to raščišćavanje nema ovde ničeg zajedničkog sa Hegelovim shvatanjima. U sferu običajnosti zakoračujemo kada jedno društveno ponašanje prihvatimo kao svoje, kada dakle svoje očekivanje određenog ponašanja ne zasnivam na dužnosti drugog (kao u moralu), ni na sopstvenom pravu (kao u pravnom fenomenu), nego na sopstvenoj dužnosti, dužnosti prema samome sebi. Očuvanje sopstvenog identiteta mi nalaže da se ponašam u skladu sa običajima. Taj zahtev za identitetom je moj vlastiti zahtev. Običajno ponašanje ne podrazumeva i ne poznaje nikakvu argumentaciju, nikakav diskurs. Ono se ničim ne opravdava, naime ničim što bi išlo za suštinom i time opravdanjem. O jednakosti i nejednakosti ovde uopšte nije reč. Jedina razložnost se svodi na očuvanje identiteta.

Sasvim drukčiju situaciju srećemo u običajnom pravu. Ono poznaje distribuciju dobara i kazni koju preduzima onaj treći. Ono dakle poznaje

nadležnost a time i uspostavljanje relacije gospodara i podanika. Ono time omogućava da očekivanje određenog ponašanja zasnivam na sopstvenom pravu. Običajno pravo se time suštinski razlikuje od običaja. U običaju se čovek obraća sebi i svom identitetu, zahtevajući od sebe samoidentifikaciju, u običajnom pravu se čovek obraća drugom zahtevajući svoje pravo. To što je socijalni mehanizam nastanka običaja i običajnog prava istovetan — dugotrajno ponavljanje jednog ponašanja — sasvim je irelevantno za ovu suštinsku razliku. I upravo je taj socijalni mehanizam nastanka, koji je običaju i običajnom pravu zajednički, izazvao najveći deo konfuzija i bio osnovna prepreka u njihovom jasnom razlikovanju.

Ali, ono što je nama ovde od centralnog značaja, jeste da je razlika između običaja i običajnog prava uspostavljena pojavljivanjem odnosa gospodara i podanika, dakle nadležnosti da se odlučuje u tuđoj stvari. U najstarijem običajnom pravu pojavljivanje nadležnosti je bilo prva naznaka onoga što će se razviti u procesno pravo. Drugim rečima, običaj prerasta u običajno pravo sa pojavom instituta nadležnosti a to znači sa pojavom prvog instituta procesnog prava. Tako se i ovde vidi da je upravo procesno pravo neophodno za dovršenje procesa nastanka pravnog fenomena.

* * *

U izvesnom smislu možemo reći da je priznavanje procesna strana materijalno-pravnog instituta lica. Priznavanje je akt konstituisanja lica. Tako lice u svom naličju uvek ima priznavanje, kao što i priznavanje, s druge strane, uvek počiva na licu jer samo lice može merodavno da priznaje. Stoga u robovlasništvu između roba i gospodara nema pravnog odnosa — dakle ne samo zbog toga što robovlasnik ne priznaje roba kao lice, nego i zbog toga što rob, koji doduše priznaje gospodara kao gospodara, ne čini to kao lice, te samim tim to priznavanje nije pravno nego tek „faktičko”, tj. nije posredovano apstrakcijom nego je neposredno. Najzad, ne samo da rob u tom priznavanju gospodara nije lice, nego to nije ni gospodar. Ni gospodar u toj priznatosti nije robu apstraktno lice, nego prirodna ličnost. Ono strahopoštovanje koje praistorijski čovek ima prema udaru groma, ni u najmanjoj meri se ne razlikuje od priznavanja gospodara koje je u istoj meri neposredno prirodno, tj. koje nije posredovano apstrakcijom. U robovlasništvu usled svega toga nema pravne situacije između gospodara i robova, nego samo između gospodara — jer samo oni se međusobno priznaju kao lica.⁸ Svako neposredno priznavanje, koje dakle nije posredovano pravom, pravno je bezvredno i upravo zbog toga rob nikada ne može priznati gospodara u jednom pravnom smislu.

Priznavanje ne pokriva celinu procesnog područja koje ima poziciju pandana materijalno-pravnom institutu lica. Celinu tog procesnog područja pokriva tek institut nadležnosti. Upravo je rečeno da samo onaj ko je lice može da prizna drugog kao lice, tj. da je neophodno da priznavanje

⁸ O međusobnom priznavanju robova kao lica ne može biti reči zbog toga što je njihova nesloboda apsolutna, te oni ništa bitno ne mogu učiniti u svoje ime.

bude uzajamno. Drugim rečima, nekoga kao lice ne može priznati svako, nego samo onaj ko i sam jeste lice. Procesno-pravno to možemo reći i ovako: priznati nekoga kao lice može samo neko ko je za to nadležan (kompetentan). Ali, ko je nadležan? Samo onaj ko već i sam jeste lice! Na taj način se u punoj meri manifestuje stanovište da su lice i nadležnost jedno drugom naličje.

Na taj način se pojam prava u sebi zatvara i postaje celovit upravo putem vezivanja nadležnosti i lica. Drugim rečima, na ovom mestu je vidljivo da samo lice konstituiše drugog kao lice a to znači da pravo postoji samo ako se svi ljudi uzajamno priznaju kao lica. Priznavanje koje nije u ovom smislu univerzalno, drukčije rečeno situacija u kojoj nisu svi priznati kao lica — nije potpuna pravna situacija a to znači da pravo tada nije autentično. Ako dakle pojedinac priznaje drugog ali pri tome od njega sam nije priznat kao lice, on samim tim tog drugog ustvari ne priznaje kao lice, bez obzira što ga možda „priznaje” (prihvata) čak i kao svog vladara, u tom slučaju zapravo kao gospodara. Pojedinac tada vladara prihvata sasvim lično, kao ovu pojedinačnu prirodnu određenost a ne kao lice, ne apstraktno. Ono principijelno nije uspostavljeno a to znači da se situacija odvija izvan ontoloških zakonitosti prava. Vladar je tada pojedincu nezamenljiv, dakle upravo nešto suprotno onome što treba da bude da bi bio lice. U licu je ona prirodna ličnost, ona neposredna neponovljivost, uvek zamenljiva — jer lice je ono što je već apstraktno, što je prevazišlo prirodnost, kome je njegova vlastita prirodnost u pravnom smislu suštinski irelevantna. U situaciji kada podanik nije priznat od strane vladara, vladar nije ništa manje udaljen od svoje vlastite pravne određenosti nego što je to njegov podanik. Podanik nije lice jer ga vladar ne priznaje kao lice, što znači da samim tim egzistencija podanika u tom slučaju nije pravna. Ali, ni egzistencija vladara tada nije pravna jer ni njega podanik ne priznaje kao apstraktno lice, nego tek kao prirodnu ličnost. Ne može se ni vladar vinuti u pravo a da sa sobom ne povede i podanika.⁹

Podanik koji nije priznat kao lice, jednostavno nije kompetentan da priznaje drugog kao lice — pravno rečeno, on nije za to nadležan. U materijalno-pravnoj sferi duhovnost je onaj odlučujući faktor koji omogućava konstituisanje čoveka u lice. U procesno-pravnom području to međutim nije dovoljno. Ovde je duhovnost tek pretpostavka, uslov bez koga se ne može, ali dovoljan uslov je tek priznavanje. Dakle, u procesnoj sferi lice se konstituiše tek istupanjem iz vlastite pojedinačnosti i priznavanjem drugog kao lica, uz istovremeno njegovo priznavanje mene kao lica. U materijalno-pravnoj sferi se ne dospeva do pitanja kompetentnosti za priznavanje drugog, nego se stvar završava na nivou ontoloških uslova za konstituisanje lica kao nečeg što je još uvek u procesnom smislu nepo-

⁹ Na ovom mestu još jednom vidimo da vladar koji nije izbornog porekla i ograničenog mandata, ne ispunjava osnovni preduslov za nastanak pravne situacije — što znači da monarh nije pravni institut u punom smislu reči, tj. institut monarha nije autentičan pravni institut. U vezi ovog stanovišta uporedi i moj rad: *Ontološka struktura ustava*, Glasnik AKV, br. 2—3/2005, str. 77.

sredno, naime što nije stupilo u odnos prema drugom, što u tom smislu još nije posredovano onim drugim.

Ali, duhovnost je od odlučujućeg značaja i u procesnoj sferi. Naime, samo čovek kao duhovno biće ima mogućnost za akt priznavanja. Životinja, bez obzira na svoje intelektualne sposobnosti, ne poseduje subjektivnu duhovnost i zbog toga nije u stanju da prizna drugog — bez obzira da li čoveka ili životinju — kao lice. Dakle, kada govorimo o tome ko je kompetentan da drugog prizna kao lice, tada nije reč samo o pravnom postulatu, o nekoj pravno poželjnoj situaciji, nego je reč o ontološkoj mogućnosti, ontološkom temelju mogućnosti akta priznavanja.

Ako priznati nečiju nadležnost u tuđoj stvari jeste prvi akt prava, to ujedno znači da je nadležnost kao institut prvi institut ne samo procesnog prava, nego prava kao takvog. To dalje znači da je procesno a ne materijalno pravo ono čime počinje pravni fenomen. Pri tome, ne sme se gubiti iz vida da je sve vreme reč o ontološkoj a ne istorijskoj dimenziji fenomena prava. Istorijski, materijalno i procesno pravo nastaju istovremeno, zapravo nastaju kao pravo u kome još nema njihovog jasnog razlikovanja.¹⁰

* * *

U istorijskoj dimenziji izvestan spoljašnji lik nadležnosti srećemo već u prvobitnoj zajednici, gde plemenske starešine, odnosno starešine porodice imaju „nadležnost” da odlučuju u tuđoj stvari. Ali, tamo još nije reč o pravu i o nadležnosti, nego o neposrednoj vlasti, koju bismo onako čistu, neposredovanu pravom, mogli nazvati i prirodnom vlašću. Vlast plemenskih starešina — dakle i njihova nadležnost — nije uvek uspostavljena silom jer su postojala običajna pravila o tome ko treba da bude starešina. Vlast starešina porodice je po pravilu uspostavljana u skladu sa običajima jer se tačno znalo koje uslove treba da ispunjava član porodice da bi mogao steći status starešine. Nisu dakle čista sila i proizvoljnost faktori na kojima se temelji njihova vlast. Ali ipak ta vlast nije apstraktna, nego neposredna, prirodna jer još nema posredovanja apstraktnom određenosti. Ta vlast nije apstraktna jer se ne zasniva na priznavanju čoveka kao lica.

U razmatranju ovog problema ne smemo izgubiti iz vida da pred sobom imamo područje pravne slobode a to znači slobode kao pozitivne određenosti. Sloboda kao pozitivna određenost svakako implicira nadležnost — naime, postojanje subjekta nadležnog za određivanje sadržaja slobode. Kod negativne slobode, kod slobode kao nesputanosti takvo nešto je po prirodi stvari isključeno. Zbog toga gledište zdravog razuma, koje poznaje samo negativnu slobodu, slobodu kao nesputanost, ne može da prihvati

¹⁰ „Razlika između normi prava (koje se primenjuju u sudskom procesu) i normi koje se odnose na sam sudski proces nije uvek bila tako jasno povučena kao što je to danas razlika između materijalnog i parničnog prava.” (Veber, M.: *Privreda i društvo I*, Prosveta, Beograd, 1976, str. 548).

vladavinu pojedinca nad pojedincem i pravdu vidi samo u ukidanju takve situacije, što je stanovište anarhizma.

Istorija instituta šefa države umnogome je „suštinska istorija”¹¹ samog fenomena prava. Pravo počinje da nastaje kada se iz društva izdvaja gospodar koji će kasnije prerasti u šefa države. Pravo se u punoj meri razvija kao autentično istovremeno sa gubljenjem nadležnosti šefa države — sa prelaskom nadležnosti na zakonodavne, izvršne i sudske organe. Tako je šef države uslov nastanka prava a njegov nestanak uslov punog razvoja prava (tj. punog razvoja prava kao slobode). Reč nije, naravno, o tehničkom nego o suštinskom nestanku instituta šefa države (kraljica Elizabeta može zauvek ostati na vlasti a da se ovaj proces ne dovede u pitanje — pod uslovom da ona ima sadašnje — isključivo protokolarne — nadležnosti). Drugim rečima, ne radi se o tehničkom nestanku nego o gubljenju nadležnosti koje bi bile relevantne.

U parlamentarnom sistemu šef države gubi vlastitu nadležnost i njegova se nadležnost svodi na svečanu formu, dok istinska nadležnost prelazi na druge organe (parlament, vladu i sud¹²). U predsedničkom sistemu demokratske provenijencije predsednik takođe gubi tradicionalnu nadležnost i u tom smislu izvornu vlastitu nadležnost, ali on se on time ne pretvara u svečanu figuru zbog toga što istovremeno preuzima nadležnost celokupne egzekutive. Tako je u predsedničkom sistemu predsednik republike po svom suštinskom određenju — a to znači nadležnosti — zapravo vlada svedena na jedno lice. S obzirom na osnovnu nadležnost predsednika u predsedničkom sistemu, koja se ne razlikuje od tipične nadležnosti vlade, možemo reći da u predsedničkom sistemu ono čega nema nije ustvari vlada nego predsednik republike. Predsednik republike u predsedničkom sistemu po istorijskoj genezi svog nastanka u jednom suštinskom smislu jeste zapravo raskid sa prvobitno postojećim šefom države jer se do predsednika u predsedničkom sistemu — posmatrano sa suštinskog stanovišta — na izvestan način dospeva preko predsednika vlade: prvobitni šef države prerasta u predsednika vlade a ovaj u predsednika republike u predsedničkom sistemu. Kratko rečeno: podela vlasti dovodi do suštinskog nestanka instituta šefa države jer on postepeno gubi nadležnost time što se njegova iskonska — to ovde znači: celokupna — nadležnost deli na tri nove vlasti. Ako tako nije — trebalo bi da bude. To znači: ovo zahteva ontološka koordinata prava, dok ona istorijska koordinata često nije u skladu sa ontološkom i ide svojim putevima.

Sa stanovišta problema slobode, možemo reći da se u „starom sistemu” sa tradicionalnom nadležnošću šefa države pravo još ne konstituiše kao sloboda. Pravo se ovde svodi na dužnost, koja je zapravo samo naličje privilegije. Naime, ovde postoji samo dužnost podanika — niz dužnosti

¹¹ Pod suštinskom istorijom podrazumevam onu koja je oslobođena svih nebitnih činjenica.

¹² Odgovarajuća nadležnost šefa države istorijski prelazi i na ustavni sud, s obzirom da je šef države istorijski imao i današnju ustavno-sudsku nadležnost.

koje su u najboljem slučaju uređene u sistem pravila koja doduše veoma liče na pravo ali to ipak nisu: to su ipak samo pravila o dužnostima, izvan svakog prava.¹³ S druge strane, tradicionalni vladar nema nikakve dužnosti nego samo privilegije koje su zapravo istinski lik onog naličja koje je dužnost. Dakle, podanici imaju dužnosti, vladar ima privilegije a pravo nema niko — istinskog prava ovde naprosto nema. Ne postoji mogućnost egzistencije prava ako se u naličju dužnosti nalazi privilegija a ne sloboda.

To nadalje znači da ni vladar u takvom sistemu nije slobodan u institucionalnom smislu te reči. On je svakako u pozicij da čini sve što želi — kako bi rekao Dante, njegova je jurisdikcija ograničena samo okeanom — ali je ta njegova sloboda isključivo negativna, isključivo nespontanost. O pozitivnoj slobodi ovde ne može biti reči upravo zbog toga što vladar nije lice, što dakle ne poseduje apstraktnu određenost a to samim tim znači da ovde nema pravnog fenomena, dakle slobode kao institucije. Vladati bez prava verovatno je lagodnije, ali sigurno i neizvesnije.

Gubljenje nadležnosti šefa države kao šefa države, prenošenje njegovih nadležnosti na tri vlasti, konstituisanje apstraktne umesto prirodne jednakosti — zapravo su samo različite stvari jednog istog procesa. Istorijski posmatrano, podela vlasti je svojevrsno razgrađivanje instituta šefa države na tri vlasti, te njegovo potpuno odstranjivanje iz procesa stvarne vlasti. Drugim rečima, posmatrano sa stanovišta šefa države, podela vlasti se afirmiše upravo u meri u kojoj tradicionalni šef države gubi nadležnost. U tom smislu možemo reći da je šef države u sistemu autentičnog prava jedna ontološki nesuštinska institucija. Uobičajeno stanovište da šef države izražava državno jedinstvo, više govori o tome da on u toj svojoj opštosti zapravo u suštinskom smislu gubi svaku nadležnost, nego što govori o nekoj njegovoj sveopštoj nadležnosti. Njegova sveobuhvatnost je ujedno njegova udaljenost od svake istinske nadležnosti. Tako se i ovde — po ko zna koji put u filozofiji — ono što je sve, približava onome što je ništa. U potpuno razvijenom sistemu prava, nadležnost šefa države se upravo svodi na njegovo izražavanje državnog jedinstva, ali je to državno jedinstvo upravo u tako razvijenom sistemu prava iznegirano razvijenom podelom vlasti. Veliki istorijski posao na ovom planu je završen, tek kada se ono državno jedinstvo, koje je jedino što je preostalo šefu države — u suštini iznegira do metafore.

Postojanje stvarne nadležnosti šefa države, podrazumeva jedinstvo vlasti zbog toga što šef države, kao što smo videli, nema svoju vlastitu nadležnost, dakle onu koja bi upravo njemu pripadala po ontološkoj suštini. To znači da su ovde — u institutu šefa države — istorijska i ontološka strana stvari upravo suprotne jedna drugoj: istorijski šefu države najpre pripadaju „sve nadležnosti” (celokupna nadležnost), dok mu ontološki

¹³ Podsetimo se da i u prirodnom jeziku reći da na nešto imam pravo, znači izraziti nešto što je upravo suprotno dužnosti. U prirodnom jeziku, reći da na nešto imam pravo jeste isto što i reći da sam slobodan da tako činim odnosno ne činim.

zapravo ne pripada ni jedna. Tako on, da bi istorijski ipak opstao kao realni nosilac vlasti, mora sebi da prigrabi nešto od tri vlasti koje mu ontološki zapravo ne pripadaju. Na taj način dolazi do tenzije između istorijskog jedinstva vlasti i ontološke podele vlasti. Istorijski opstanak šefa države ide za jedinstvom vlasti koje se ostvaruje upravo u ovom institutu, dok ontološka suština otkriva potrebu za podelom vlasti u kojoj u krajnjoj liniji šefu države ne ostaje ništa.

* * *

Pravo je institut slobode. Sloboda koja je u pravu institucionalizovana, podrazumeva s jedne strane apstraktnu jednakost, kao prvi ontološki akt materijalnog prava a s druge strane apstraktnu nejednakost, kao prvi ontološki akt procesnog prava. Tako se u jednom čistom i neposrednom obliku apstraktna jednakost i apstraktna nejednakost vezuju u temeljnu aporiju prava koja svoju najjasniju manifestaciju stiće upravo u institutu šefa države. Upravo ova aporija uspostavlja nadležnost — nadležnost za rešavanje u tuđoj stvari.

Ova aporija, ova igra dva njena pola i tenzija koja se između njih prostire, upravo pruža ontološki temelj za formiranje slobode kao institucije. Ona razlika koja postoji između slobode izvan prava — gde sloboda nije institucija — i slobode unutar pravnog fenomena — gde ona jeste institucija — ta razlika je zasnovana upravo na ovoj aporiji kao krajnjem i najjednostavnijem temelju. Početak konstituisanja pozitivno određene slobode omogućava apstraktna jednakost — početak obaveznosti, dužnosti te slobode omogućava apstraktna nejednakost (koja prerasta u nadležnost). Upravo na ovoj osnovnoj aporiji prava zasniva se dakle sloboda koja je institut i ujedno uspostavlja njena razlika prema slobodi koja je samo ne-sputanost i odsustvo neslobode, koja je samo negativna određenost.

MANIFESTATION OF THE ESSENCE OF THE LAW IN THE CONCEPT OF THE PRESIDENT OF THE STATE

Janko Kubinjec, Ph.D.

Summary

The president of the state is a legal concept where the issue of competence both starts and finishes. Recognition of the other as a person, which is an ontological assumption of the recognition of one's competence in somebody else's matter, is primarily a negation of the natural determination of a human being in the act of establishment of his metaphysical determination. Spiritual recognition — which is the case here — is just the opposite of psychological recognition. Metaphysical equality is the beginning of the substantive law, while the metaphysical difference is the beginning of the procedural law. These two metaphysical components — equality and difference — constitute the law as the freedom. In this way the concept of the law is internally closed and becomes complete through the linkage between the competence and the person. In this way metaphysical equality and me-

taphysical difference are linked in a clear and direct form into the detailed apory of law which acquires its clearest manifestation in the president of the state.

Keywords: President, competence, recognition, person, master and the slave, apory of the law, metaphysical equality, metaphysical difference, procedural law, substantive law, freedom.