

Dr. sc. Ivan Padjen, redoviti profesor
Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu

JAVNO I PRIVATNO PRAVO: TRANSFER PRAVNIH TEORIJA*

UDK: 340.1

Primljeno: 01. 09. 2007.

Izvorni znanstveni rad

Ako Ulpijanova dvodioba prava u javno i privatno nije valjana, nije važno da li je - i ako jest kako je - prenesena u Hrvatsku. U tu svrhu članak je usredotočen na kritiku koju *Međunarodna enciklopedija poredbenog prava* upućuje modernim teorijama što podržavaju diobu, nalazeći da slabosti kritike ne vraćaju valjanost dvodiobi nego, paradoksalno, otkrivaju jednostranost teorija što je podržavaju.

Samo je nekoliko indicija da je dvodioba prenesena u hrvatsku pravnu kulturu. U hrvatskome pravnom sistemu Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96), članak 35., propisuje da Republika Hrvatska i druge pravne osobe javnog prava kao nositelji prava vlasništva imaju u pravnim odnosima jednak položaj kao i privatni vlasnici. U hrvatskoj pravnoj doktrini nekoliko je kratkih udžbeničkih prikaza dvodiobe, od kojih je najvažniji dioba prava koju je na temelju teorija Georgesa Gurvitche napravio Berislav Perić. Jedini je obuhvatni prinos problemu masivna doktorska disertacija Vladimira Vodinića, koja je započeta na Sveučilištu u Splitu, a obranjena na Univerzitetu u Beogradu

Članak nudi rekonstrukciju razlike javnog i privatnog prava koja polazi od Aristotelove analize pravednosti. Za razliku od teorije Ernesta Weinriba, koja poima privatno pravo kao potpuno različito od javnog prava, rekonstrukcija postulira da privatno pretpostavlja javno, ali ne i obratno. Ranije stajalište ovog autora (da je javno pravo uspostavljano zakonima, a privatno pravnim poslovima) dopunjeno je razlikovanjem tri vrste dvostranih pravnih poslova, tj. ugovora-pogodaba, ugovora-zakona i ugovora-saveza, od kojih potonji uspostavljaju socijalno pravo kao treće područje prava na istoj razini s javnim pravom i privatnim pravom.

Dokazuje se da se hrvatski pravni sistem još uvijek dijeli u ista tri područja, kako je to bio pokazivao Berislav Perić. Plodnost te trodiobe pokazuje se u raščlambi hrvatskog zakona o udrugama.

Trodioba prava u javno, privatno i socijalno u skladu je s evropskim naslijeđem. Štoviše, može biti držana uzornom za socijalnu demokraciju kako je nedavno analizirana od Thomasa Meyera.

Ključne riječi: *razdioba pravnog sistema, javno pravo, privatno pravo, transfer pravnih teorija*

* Prinos "10. hrvatsko-njemačkom pravničkom simpoziju 'Transfer prava: Problemi transfera prava između EU, Hrvatske i Njemačke na području privatnog i javnog prava'" (organizatori: Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn/Zagreb; Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu; Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, Bonn; HGK-Županijska gospodarska komora, Split; Split, 27.-28. travnja 2006.). Prinos znanstvenoistraživačkom projektu "Pravni sistem: temeljni problemi" podupiranom od Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa Republike Hrvatske. Autor zahvaljuje doc. dr. sc. Sanji Barić, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, na osvrtu na raniju inačicu ovog članka.

Problem sadržan u naslovu ovog članka ima, pogotovo u kontekstu podnaslova (koji je naslov simpozija na kojemu je članak izvorno podnesen), mnoštvo strana. Pokušat ću ih svesti na slijedećih pet: 1. da li je Ulpijanova dioba svog prava u javno i privatno održiva u svjetlu današnje kritike?; 2. u kojoj su mjeri vodeći suvremeni hrvatski teoretičari prava prihvatili Ulpijanovu diobu prava, a u kojoj nijekanja, ispravke i dopune te diobe?; 3. postoji li bolja teorija o diobi prava od raspoloživih?; 4. koje teorije objašnjavaju sastav hrvatskog prava?; 5. da li je sastav hrvatskog prava spojiv sa sastavom prava Evropske Unije i prava njezinih država članica?

Strane problema navedene u 2., 4. i 5. pitanju nisu istražene. Pokušat ću ih istražiti u ovom priopćenju. Pokušat ću ponuditi zadovoljavajuće te najvjerojatnije izvorne, a možda i bolje od raspoloživih, odgovore na 1. i 3. pitanje.

Usredotočit ću se na valjanost diobe prava u javno i privatno, jer ako nije valjana, nevažno je da li je i kako je prenesena u Hrvatsku. Pritom ću nastojati pokazati neopravdanost kritika Ulpinijanove diobe u *Međunarodnoj enciklopediji poredbenog prava*¹ (1. odsjek).

Ako je podjela prava u javno i privatno tako složena, a možda i tako raširena, kao što ću to sugerirati u 1. odsjeku ovog priopćenja, teško je primijetiti transfer teorija o toj podjeli u Hrvatsku. U hrvatskoj se literaturi izvanredno rijetko spominje. No, iz toga ne slijedi da određene teorije o toj podjeli jesu ili nisu prešle u hrvatsku teoriju prava. Pogotovo ne slijedi da se hrvatski pravni sistem dijeli ili ne dijeli u javno i privatno pravo. Dovoljno je ovdje spomenuti jedan primjer. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96., članak 35), propisuje da Republika Hrvatska i druge pravne osobe javnog prava kao nositelji prava vlasništva imaju u pravnim odnosima jednak položaj kao i privatni vlasnici. Taj propis pokazuje da su pravници koji su pisali Zakon imali neko poimanje razlike javnog i privatnog prava. No, što su o tome držali teško da je moguće zaključiti iz hrvatske literature građanskog prava. Ta je literatura, uz jednu važnu ali spornu iznimku, dosta udaljena od rasuđivanja karakterističnog za opću teoriju prava. Nije moguće zaključiti niti iz odluka hrvatskih sudova. Oslanjaju se na zakone, koji ne mogu dati dovoljne razloge za podjelu prava na javno i privatno. Stoga postoje samo dva indicija za transfer podjele u hrvatsku teoriju prava. Prvi su kratki prikazi problema u udžbenicima opće teorije prava, od kojih je najvažniji dioba prava koju je na temelju teorija Georgesa Gurviticha² napravio Berislav Perić.³ Drugi je netom navedena važna i sporna iznimka. To je masivna studija Vladimira Vodinića,⁴ koja pripada hrvatskoj pravnoj teoriji barem utoliko što je autor porijeklom iz Hrvatske i što je započeta na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Splitu (2. odsjek).

¹ Ch. Szladits, "II. The Civil Law System", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2, ch. 2 (Tübingen: Mohr, n. d. /1974?/), pars. 32-38, na 22-24.

² Georges Gurvitch, *L'Idée du droit social* (Paris: 1932).

³ Berislav Perić, *Struktura prava* (Zagreb: Narodne novine, 1964), 12. izd. (Zagreb: Informator, 1995).

⁴ Vladimir Vodinić, *Javno i privatno pravo* (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu: doktorska disertacija, 1986).

Pokušat ću rekonstruirati razliku javnog i privatnog prava polazeći od Aristotelove analize pravednosti,⁵ no drugačije od Ernesta Weinriba.⁶ Dočim on nastoji privatno pravo prikazati kao potpuno odvojeno od javnog, ja tvrdim da privatno uvijek pretpostavlja javno, ali ne i obratno. Priznat ću i nedovoljnu određenost mojega vlastitoga ranijeg stajališta,⁷ kojega sam možda dijelio s Jakšom Barbićem,⁸ da je privatno pravo određeno pravnim poslom (3. odsjek).

Sugerirat ću da se hrvatski pravni sistem još uvijek dijeli u javno, privatno i socijalno pravo, kako je to pokazao Berislav Perić (4. odsjek). Ta podjela je u skladu s evropskom tradicijom. Štoviše, može biti držana uzornom za socijalnu demokraciju, tu veliku evropsku stečevinu, kako ju je nedavno analizirao Thomas Mayer⁹ (Zaključak).

Nadam se da je moja raščlamba razlike javnog i privatnog prava u svjetlu Aristotelove analize pravednosti izvoran doprinos rješavanju tog problema ne samo u odnosu na hrvatsku literaturu nego i u odnosu na literaturu koju je konzultirao Vodinelić te onu koja je meni bila raspoloživa u pripremi ovog prinosa. Značaj prethodnog saopćenja trebala bi imati analiza razlike javnog i privatnog prava u današnjemu hrvatskome pravnom sistemu.

1. ULPIJAN, SLJEDBENICI I OSPORAVATELJI

1.1. RIMSKO NASLIJEĐE

Za razlikovanje javnog i privatnog prava relevantno je prvenstveno rimsko pravno naslijeđe.¹⁰ Međutim, to je naslijeđe opterećeno s najmanje tri teškoće. Prvo, samo jedan izvor rimskog prava daje koliko-toliko jasnu definiciju ta dva pojma. To je Ulpijanova izreka citirana u Justinijanovim Digestama i, gotovo istovjetno, u Institucijama, koja u Digestama glasi ovako: "Javno pravo je ono koje se odnosi na položaj rimske države, a privatno ono koje se odnosi na interese pojedinaca, jer su neke stvari korisne za zajednicu, a neke za pojedince. Javno pravo odnosi se na (uređenje pitanja) svetkovina, svećenstva, magistrata, dok je privatno trovršno: sastoji se, naime od odredaba prirodnog, općeg i građanskog prava."¹¹ Drugo, sporno je da li, odnosno u kojoj mjeri, navedena izreka potječe od Ulpijana ili je kasnija interpolacija, tj. umetak koji su dodali srednjovjekovni

⁵ Aristotel, *Nikomahova etika*, prij. T. Ladan (Zagreb: Fakultet političkih nauka Sveučilišta u Zagrebu, 1982), V. glava.

⁶ Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1995).

⁷ I. Padjen, "Političke stranke kao javnopravne osobe hrvatskoga pravnog sistema: pristup problemu" *Politička misao*, vol. 39, no. 2 (2002), 133-155.

⁸ Jakša Barbić, *Pravo društava; 3. knj.: Društva osoba* (Zagreb: Organizator, 2002), na 733 i d.

⁹ Thomas Meyer, *Theorie der Sozialen Demokratie* (Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2005).

¹⁰ Szladits, bilj. 1, par. 26, na 15; Vodinelić, bilj. 4, na 12-14.

¹¹ "Publicum jus est quod ad statum rei Romani spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit, privatum jus tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus preceptis aut gentium aut civilibus". D. 1.1.1.2., cit. u Ante Romac, *Izvori rimskog prava: latinski tekstovi s prijevodom* (Zagreb: Informator, 1973), na 3. Vidi također I.1.1.4., cit. u Vodinelić, bilj. 4, na 909-910, bilj. 7.

komentatori.¹² Treće, Ulpijanova izreka sadrži četiri različite odredbe javnog prava i istovremeno četiri različita mjerila njegovog razlikovanja od privatnog prava. Poblžiže po:

- interesima kojima služi: javno pravo, koje služi javim interesima, razlikuje se od privatnog prava, koje služi privatnim interesima;

- stvaraocima: javno pravo, koje je stvoreno od države, razlikuje se od privatnog, koje nije stvoreno od države;

- predmetima: javno pravo, koje uređuje državu i odnose u kojima je ona subjekt, razlikuje se od privatnog prava, koje uređuje pojedince i odnose u kojima su oni subjekti;¹³

- obveznosti: javno pravo, koje se sastoji od tzv. strogog prava (*jus strictum* ili *jus cogens*) stvorenog od države i obvezatnog za sve pravne subjekte, razlikuje se od tzv. dispozitivnog prava (*jus dispositivum*) koje je također stvoreno od države, ali je obvezatno za svoje adresate samo ako oni umjesto njega ne stvore drugačije, tj. autonomno pravo.¹⁴

Razlikovanje se sačuvalo u kontinentalnoevropskim, tj. romansko-germanskim pravnim sistemima do današnjih dana. Razlog zbog kojega je sačuvano možda je tričav: u Srednjem vijeku zakoni i zbirke zakona nisu, doduše, pravili razliku između javnog i privatnog prava,¹⁵ no srednjovjekovni univerziteti od rimskog su prava podučavali samo privatno pravo, pa su tako sačuvali i njegovo razlikovanje od javnoga. Kako god bilo, u praksi je razlika ponovno uspostavljena zahvaljujući Montesquieovom zalaganju, u *Duhu zakona*, za diobu vlasti, koje je rezultiralo francuskom diobom državne organizacije i pravnog sistema u upravu, koja provodi javno pravo, i sudstvo, koje provodi privatno pravo.¹⁶

1.2. FRANCUSKO I NJEMAČKO PRAVO

Svi današnji kontinentalno-evropski pravni sistemi, uključujući dva uzorna, tj. francuski i njemački, razlikuju javno i privatno pravo, no prvenstveno u didaktičke svrhe. Praktična posljedica te razlike svodi se na razgraničenje nadležnosti redovitih sudova, koji odlučuju o privatnopravnim predmetima, i upravnih sudova, koji odlučuju o javnopravnim predmetima.

¹² Szladits, *bilj. 1*, par. 26, na 15; Vodinelic, *bilj. 4*, na 910, bilj. 8.

¹³ Vodinelic, *bilj. 4*, na 13; slično Szladits, *bilj. 1*, par. 26, na 15-16.

¹⁴ Vidi Szladits, *bilj. 1*, par. 26, na 16.

¹⁵ *Isto*, par. 27, na 17.

¹⁶ *Isto*, par. 28, na 18 upućuje na Montesquieu, *L'Esprit des Lois / Duh zakona /*, Livre XI, Chapitre VI, I, 303. Toj uputi valja dodati da navedena glava *Duha zakona*, naslovljena "De la Constitution d'Angleterre" / "Engleski ustav", ne postavlja razliku između javnog i privatnog prava, nego između zakonodavne vlasti, izvršne vlasti u stvarima koje spadaju u međunarodno pravo i izvršne vlasti u stvarima koje spadaju u građansko pravo, ali na način koji uključuje, ili je u francuskoj ustavnoj provedbi protumačen tako da uključuje, diobu ukupnog prava u javno, koje je u nadležnosti prispomenute izvršne vlasti, tj. uprave, i privatno, koje je u nadležnosti drugospomenute izvršne vlasti, tj. pravosuđa.

Francuska doktrina za didaktičke potrebe svrstava pravne discipline ovako: javno pravo obuhvaća ustavno, upravno, financijsko i međunarodno javno pravo; privatno pravo obuhvaća građansko, trgovačko, pomorsko, građansko postupovno, krivično (koje je javnopravne naravi, no sadrži i mnoštvo odredaba o zaštiti privatnopravnih odnosa), određene posebne grane prava, u kojima su pomiješana javnopravna i privatnopravna pravila (najvažnije su pravo industrijskog vlasništva, autorsko pravo, radno pravo, poljodjelsko pravo, šumsko pravo, rudno pravo, prometno pravo, zračno pravo, međunarodno privatno pravo).¹⁷

Njemačka doktrina za didaktičke potrebe svrstava pravne discipline ovako: javno pravo obuhvaća ustavno, upravno, porezno, krivično, krivično postupovno, građansko postupovno (uključujući ovršno, stečajno, i izvanparnično postupovno), crkveno i međunarodno javno pravo; privatno pravo obuhvaća opće građansko pravo, koje se temelji na Građanskom zakoniku (BGB), i posebno građansko pravo, koje uključuje trgovačko pravo, pravo društava, pravo vriednosnica, autorsko pravo, pravo tržišne utakmice (koje opet uključuje prava patenata, žigova i uzoraka) te međunarodno privatno pravo; radno pravo se ponekad drži dijelom privatnog prava, no opća je tendencija da ga se drži pravnom granom *sui generis*.¹⁸

Kao što to izložene klasifikacije pokazuju, razlika između francuske i njemačke doktrine zanemarivo je mala: njemačka, konzistentnije s uobičajenim teorijama o razlozima diobe, svrstava krivično, krivično postupovno i građansko postupovno pravo kao dijelove javnog prava, dočim ih francuska svrstava kao dijelove privatnog prava, konzistentnije s francuskim pravnim sistemom, koji je te grane prava još na prijelazu u 19. stoljeće stavio u nadležnosti redovitog pravosuđa.

Valja voditi računa o činjenici da razlika nije samo didaktička, tj. nastavno-znanstvena, nego i praktična, tj. razlika u samome pravnom sistemu, a služi u najmanju ruku za razgraničavanje nadležnosti uprave, uključujući upravnih sudova, i sudova, tj. redovitih sudova za građanske i krivične predmete.¹⁹ U današnjemu njemačkome pravnome sistemu razlika javnog i privatnog prava ima vjerojatno još i slijedeće dvije glavne svrhe: postupovnopravnu (kao što je i razgraničavanje nadležnosti upravnih i redovitih sudova), a to je razgraničavanje zakonodavne nadležnosti saveza (*Bund*) i saveznih jedinica, tj. zemalja (*Länder*), te materijalnopravnu, a to je razgraničavanje uređenja oblika pravnih akata (pravnih poslova kao privatnopravnih i upravnih akata kao javnopravnih akata), uređenja zakonske odgovornosti za štetu (privatnopravne, kao opće, i javnopravne, kao posebne odgovornosti), primjene općih propisa (privatno- ili javnopravnih) za popunjavanje zakonskih obveznih odnosa i primjena normativnog sklopa (*Regelung*) javnog ili privatnog prava u tumačenju, odnosno primjeni prava u odlučivanju o konkretnom slučaju.²⁰

¹⁷ Szladits, *bilj. I*, par. 31, na 21.

¹⁸ *Isto*.

¹⁹ Za francuski pravni sistem vidi npr. Francois Terré, *Introduction générale au droit* (Paris: Dalloz, 1991), na 66-74. Za njemački pravni sistem nar. Detlef Schmidt, *Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht* (Baden-Baden: Nomos, 1985), na 45, 49-52.

²⁰ Schmidt, *isto*, na 46-49 i 53-79.

Praktičnu svrhu razlikovanja javnog i privatnog prava kao mjerila za razgraničenje nadležnosti upravnog sudstva i redovitog sudstva u današnjemu njemačkome pravnom sistemu ilustrira slijedeći primjer:

*Tužitelj, Savezno ministarstvo obrane, tuženiku je zajamčilo tekuću potporu za studij na visokoj tehničkoj školi. Sporazum koji je o tom zaključen odredio je da se tuženik obvezuje na novčani povrat stipendije ako ne provede određeno vrijeme kao službenik u tužiteljevom području djelovanja. S obzirom na to da je tuženik prije isteka tog roka po vlastitoj želji napustio službu kod tužitelja, od Zemaljskog suda je osuđen na novčani povrat studijske pomoći.*²¹

Rješenje ovog slučaja ovisi o tom da li je sporazum između tužitelja i tuženika privatnopravne naravi, kao što je to odlučio Zemaljski sud u Münchenu, ili javnopravne naravi, kao što je u prizivu odlučio Savezni upravni sud.²²

1.3. TEORIJE, PRIGOVORI, KRITIKA

Vladajuća dioba kontinentalnoevropskih prava u javno i privatno obrazlagana je nizom teorija. Vodinelić ih prikazuje i analizira četrdeset.²³ Svako od tih teorija upućivani su u literaturi ozbiljni prigovori, koje je Vodinelić sistematski izložio i, po svemu sudeći, dopunio. Međutim, i ti prigovori pokazuju velike slabosti.

U daljnjim dijelovima ovog odsjeka ukratko ću izložiti glavne teorije (vlasti, subordinacije, obvezatnosti, interesa) i standardne prigovore tim teorijama, kako je i jedne i druge sažeo Charles Szladits u *Međunarodnoj enciklopediji poređenog prava*²⁴ (tim teorijama i Vodinelić posvećuje najviše prostora u svojoj analizi²⁵). Pokazat ću slabosti svakoga od standardnih prigovora, ali i to da slabost prigovora ne snaži teorije o razlici javnog i privatnog prava nego, naprotiv, pokazuje jednostranost svake od njih.

1.3.1. Teorija vlasti

Teorije vlasti (usp. rimsko razlikovanje po subjektima u tč. 1) opravdavaju diobu ili tvrdnjom da su javnopravni odnosi oni u kojima je barem jedan od subjekata država ili druga pravna vlast (*Subjekttheorie*) ili pak tvrdnjom da se u javnopravnim odnosima država prema pojedincima odnosi kao vlast što zapovijeda i prinuđuje dočim se privatnopravni odnosi odlikuju zahtjevom za ostvarenje i tužbom (*Rechtsformentheorie*).²⁶

²¹ Isto, na 29.

²² Isto, na 30.

²³ Vodinelić, *bilj.* 4, na 27-102.

²⁴ Szladits, *bilj.* 1, pars. 32-38, na 22-24.

²⁵ Vidi Vodinelić, *bilj.* 4, 32-33, 37-38, 43, 45, 47, 50.

²⁶ Szladits, *bilj.* 1, par. 35, na 23. Vidi i Vodinelić, *bilj.* 4, "teorija nosioca javne vlasti", na 90. Od preostalih tridesetdevet teorija koje Vodinelić analizira najslabije su "teorija nužnog subjekta, teorija posebnog prava", isto, na 92; "tzv. primitivna ili starija ili prosto teorija subjekta, teorija (ne) učešća države", isto, na 72.

Prvoj se tvrdnji prigovara da država sudjeluje i u brojnim privatnopravnim odnosima, a drugoj da u sve brojnijim javnopravnim odnosima pojedinci imaju pravne zahtjeve i pravo na tužbu protiv države.²⁷

Prvi prigovor je neopstojan zbog toga što pravna država smije ulaziti u odnose koji su prividno privatnopravni, tj. uređeni dvostranim ili jednostranim pravnim poslovima, samo pod uvjetom da u njih unese javnopravne sastojke koji mogu ukloniti sukob između interesa države, koji su javni, i interesa njezinih dužnosnika, koji mogu biti i posve privatni. To znači da, primjerice, ugovore smije zaključivati u pravilu samo kao javnopravne ugovore, što redovito zahtijeva da ih zaključuje na temelju javnog natječaja, da na temelju tog natječaja ne može izabirati ponuđače koji su državni dužnosnici ili osobe s njima u bliskoj vezi itsl.²⁸ Slično tome, pravnoj je državi primjereno da se mjenično obvezuje izdavanjem državnih obveznica, koje svatko može kupiti pod jednakim uvjetima.²⁹ Činjenica da brojne države zaključuju i pravne poslove privatnog prava, ne dovodi u pitanje načelo da pravna država ne smije ulaziti u takve poslove, nego dovode u pitanje države koje se tog načela ne drže na način na koji ga se drže pravne države.

Drugi je prigovor neopstojan zbog toga što su subjektivna javna prava privatne osobe prema državi iznimka ili ograničenje ali ne i ukidanje, pa čak niti umanjeње državne vlasti. Primjerice, ustavno pravo na sudsku zaštitu subjektivnog prava, na temelju kojega porezni platiša smije osporavati rješenje o razredu poreza pred organom uprave, upravnim sudom i ustavnim sudom ograničava ali ne ukida i ne umanjuje poreznu vlast države.

1.3.2. Teorija subordinacije

Teorija subordinacije (usp. rimsko razlikovanje po obvezatnosti u tč. 1) tvrdi da javnopravne odnose karakterizira podređenost nedržavnih subjekata državnima, dočim privatnopravne odnose karakterizira koordinacija, tj. jednakost subjekata koji u njima sudjeluju.³⁰

Teoriji subordinacije upućuju se tri prigovora: prvo, da odnosi podređenosti postoje i u privatnom pravu, npr. u odnosima roditelja i djece; drugo, da odnosi koordinacije postoje i u javnom pravu, npr. u odnosima između dvije jedinice lokalne samouprave; treće, da je čitava teorija subordinacije *petitio principii*, jer je razlika između odnosa subordinacije i koordinacije posljedica, a ne uzrok razlike javnog i privatnog.³¹

²⁷ Szladits, *bilj. 1*, par. 35, na 23. Slične su Vodinićeve kritike, *bilj. 4*, na 90-92, 92-102 i 72-75.

²⁸ Općenito o javnopravnim ugovorima npr. C. C. Turpin, "Public Contracts", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 7, ch. 4 (Tübingen: Mohr, 1982). Posebno o javnim nabavama npr. Peter Trepte, *Regulating Procurement* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

²⁹ Ukratko "Obveznica", u M. Hanžeković i dr. (ur.), *Poslovni rječnik* (Zagreb: Masmedia, 1992), 360.

³⁰ Szladits, *bilj. 1*, par. 35, na 23. Vidi i Vodinić, *bilj. 4*, "teorija subjekcije, teorija subordinacije", na 78. Od preostalih tridesetdevet teorija koje Vodinić analizira najsličnija je "teorija primitivnih, atributivnih i atributivno-imperativnih normi", *isto*, na 75.

³¹ Szladits, *bilj. 1*, par. 34, na 22-23. Vidi i Vodinićeve kritike, *bilj. 4*, nar. Na 78-90, 75-76.

Da je prvi prigovor slab pokazuje primjer kojim se obrazlaže. Naime, subordinacija je djece roditeljima: loš primjer, jer je iznimka u odnosima koji redovito postoje među pojedincima; ostatak nekadašnje očinske vlasti (*patria potestas*), koja je karakteristična za predsuvremena društva te je slična njima svojstvenoj podložnosti podanika državi; u današnje vrijeme primijenjivana u svjetlu načela da je roditeljska superordinacija djeci utemeljena i treba se vršiti u interesu same djece;³² slična je odnosima u kojima privatne osobe imaju javne ovlasti, koji su izvanredno rijetki u kontinentalnoevropskim pravnim sistemima, no zadržali su se u angloameričkim pravnim sistemima, primjerice, kao pravo odvjetnika da pod prijetnjom kazne zbog izostanka sazove i uzme iskaze svjedoka³³ ili prava jamca otpusta iz pritvora (*bondsman*) da odbjeglog otpuštenika sam uhvati i privede državnim vlastima.

Da je drugi prigovor slab pokazuje, također, primjer kojim se obrazlaže. Na ovome mjestu dovoljno je navesti da ugovore ne zaključuju samo jedinice lokalne samouprave nego i države kao najvažniji javnopravni subjekti, ali da se ti ugovori, bez obzira na to što su načelno svi iste pravne snage, po svom sadržaju razlikuju. Tako se razlikuju uglava ili ugovor-savez (*Vereinbarung*), koji se ponekad poistovjećuje s ugovorom-zakonom (*traite-lois*), i pogodba ili ugovor-pogodba (*Vertrag*).³⁴ Najvažniji primjer prvoga je Povelja Ujedinjenih naroda, za koju se drži da je ustav međunarodne zajednice, budući da propisuje trajna prava i obveze svim članicama Ujedinjenih naroda pod jednakim uvjetima (uz iznimku stalnih članica Vijeća sigurnosti UN) i, štoviše, svim subjektima međunarodnog prava, uključujući države koje nisu članice UN.³⁵ Primjer drugoga je ugovor kojim se jedne država obvezuje drugoj na jednokratnu naknadu štete izazvane izlivanjem nafte s teritorija prve na teritorij druge (pobliže tč. 3.-4.).

Samo treći prigovor pogađa teoriju subordinacije, no ne zbog toga što je bitno pogrešna nego zbog toga što je jednostrana. Na taj ću se problem još vratiti.

1.3.3. Teorija strogog prava

Teorija strogog prava (usp. rimsko razlikovanje po obveznosti u tč. 1) tvrdi da je javno pravo obvezatno za sve subjekte pravnog sistema, dočim je privatno pravo obvezatno samo za one pravne subjekte koji su ga sami stvorili. Inačica te teorije tvrdi da javno pravo sačinjava *jus strictum*, a privatno pravo *jus dispositivum* te da je javno pravo provedivo po službenoj dužnosti, dočim je privatno pravo provedivo samo po privatnoj inicijativi.³⁶

³² Vidi npr. poredbeni pregled Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe* (Chicago: The University of Chicago Press, 1989), na 97-102. Vidi za hrvatsko pravo Mira Alinčić, Ana Bakarić-Abramović, Dubravka Hrabar i Nenad Hlača, *Obiteljsko pravo* (Zagreb: Birotehnika, 1994), na 211-244, nar. Na 233-239.

³³ Npr. Mirjan Damaska, *The Faces of Justice and State Authority* (New Haven: Yale University Press, 1987), na 63, 67.

³⁴ Juraj Andrassy, *Međunarodno pravo*, 5. izd. (Zagreb: Školska knjiga, 1971), na 17-18.

³⁵ Počevši s Alf Ross, *Constitution of the United Nations* (New York: Rinehart, 1950), na 28-40.

³⁶ Po Szladits, *bilj. 1*, par. 35., na 23. Vidi i Vodinelic, *bilj. 4*, "teorija dejstva norme", na 40. Od preostalih tridesetdevet teorija koje Vodinelic analizira, najslabije su "teorija osnova obaveznosti", isto, na 51, i "teorija prava-obaveze", isto, na 58, "teorija pravnog osnova", na 36, i "teorija autonomije", na 38.

Teoriji strogog prava prigovara se da je “neodgovarajuća u svakom pogledu”.³⁷ Prigovor se potkrepljuje primjerima kao što su slijedeći: u privatnom pravu (npr. u obiteljskom, nasljednom) postoje stroga pravila, koja njihovi adresati ne mogu mijenjati; u javnom pravu postoje pravila koja se provode samo po privatnoj inicijativi.³⁸

Prigovor se temelji na dvije sporne pretpostavke. Prva je da razlika između javnog i privatnog prava može postojati samo ako svaka pojedina pravna grana, npr. obiteljsko pravo, pripada u cijelosti bilo javnom pravu bilo privatnom pravu. Prigovor, dakle, previđa mogućnost da pravna grana sadrži sastojke i javnog i privatnog prava te da, ako uopće treba biti svrstana u jedno od tih pravnih područja, bude svrstana u jedno od ta dva pravna područja ovisno o svome pretežnom sadržaju. Druga je sporna pretpostavka srodna prvoj, a to je da teorija o strogom pravu uključuje načelo da pravni poredak treba povjeriti pokretanje postupaka ispravljanja povreda privatnog prava jednoj vrsti subjekata, a povreda javnog prava drugoj.³⁹ Potonja pretpostavka sporna je zbog toga što teoriji strogog prava pripisuje tezu koju njezini pobornici ne zastupaju, a da se ne pita nije li to teza neke druge teorije; uz to, pretpostavka ne uzima u obzir da strogo, tj. javno pravo, može biti posebno zaštićeno i time da isti organ vodi računa o povredi i njega i dispozitivnog, tj. privatnog prava, s tim da o povredi prvog vodi računa *ex officio*, a o povredi potonjeg samo *ex privata diligentia*.

1.3.4. Teorija interesa

Teorija interesa (usp. rimsko razlikovanje po interesima u tč. 1) tvrdi da javno pravo promiče zajednički, a privatno pojedinačni interes.⁴⁰

Standardni prigovor je da su javni i privatni interes često nerazlučivi.⁴¹ Ipak, Szladits nalazi da teorija interesa može mnogo toga ponuditi u rafiniranom obliku koji traži da se važe vrijednost dana javnom interesu.⁴² Za razliku od Szladitsa, Vodinečić odbacuje teoriju interesa u potpunosti, nalazeći, među ostalim, slijedeće: “Po sredi je najnejasniji od svih kriterijuma”... “Pojam interesa je relativan, promjenjiv, nejasan”... i “mnogoznačan.”⁴³

Čini se da izloženi prigovori tretiraju interes kao izvanpravnu pojavu koja utječe na pravo, umjesto kao posljedicu ili funkciju javnog i privatnog prava, pa stoga propuštaju postaviti pitanje o sastojcima prava kojima su javni i privatni interes posljedice ili funkcije. To bi pak pitanje, kao i promišljanje drugog

³⁷ Szladits, *bilj. 1*, par. 35., na 23.

³⁸ *Isto*. Vidi i Vodinečićeve kritike, *bilj. 4*, na 40-42, 51-52, 58-59, 36-38, 38-40.

³⁹ Vodinečić, *bilj. 4*, tretira teoriju strogog prava (“dejstva norme”), na 40, kao različitu od teorije subjekta pokretanja postupka ispravljanja povrede, na 63.

⁴⁰ Szladits, *bilj. 1*, par. 36, na 23-24. Vidi i Vodinečić, *bilj. 4*, “teorija interesa”, na 42-51. Od ostalih tridesetdevet teorija koje analizira najbližnja je “teorija načina motivisanja da se izvrši obaveza”, *isto*, na 62.

⁴¹ Szladits, *bilj. 1*, na 23.

⁴² *Isto*.

⁴³ Vodinečić, *bilj. 4*, na 43.

prigovora teoriji strogog prava (tč. 1.3.3), otvorilo dalekosežnije: nije li razlika javnog i privatnog prava systemske naravi, tj. takva da uključuje međuodnos više mjerila, odnosno sastojaka prava.

Tako, paradoksalno, upravo slabosti prigovora teorijama o razlici javnog i privatnog prava upućuju na slabosti teorija koje kritiziraju. Dakako, iz toga ne slijedi da su sve postojeće teorije o razlici pogrešne, kao što je to držao Kelsen.⁴⁴ Naprotiv, sve mogu biti točne, ali jednostrane. Stoga razliku treba rekonstruirati tako da se uzmu u obzir sve ili većina dosadašnjih teorija i povežu u složenu cjelinu. To, čini se, sugerira i Szladits prikazom kompromisnih teorija o razlici javnog i privatnog prava kojima ne nalazi zamjerke.⁴⁵

2. TRANSFER U HRVATSKU TEORIJU PRAVA

2.1. OPĆE TEORIJE PRAVA

Berislav Perić napisao je najutjecajniji hrvatski udžbenik opće teorije prava. Sastoji se od dva sveska: *Struktura prava*,⁴⁶ prvi put objavljen kao knjiga 1964., i *Država i pravni sustav*, prvi put objavljen kao knjiga 1981.,⁴⁷ a kao skripta desetak godina ranije. Najutjecajniji je po tom što je glavna obvezatna literatura za nastavni predmet “Teorija prava i države”, koji je obvezatan uvodni predmet dodiplomskih studija prava na sva četiri pravna fakulteta u Hrvatskoj, a tri desetljeća bio je i jedina takva literatura.

Država i pravni sustav sadrži samo kratak osvrt na odnos javnog i privatnog prava. Usredotočen je ne Bierlingovo učenje, koje je inačica teorije vlasti, tj. *Subjekttheorie*. Perić iznosi zamjerke toj teoriji, no ipak je prihvaća.⁴⁸ U tom podsjeća na Detlefa Schmidta, koji je svoje razlikovanje javnog i privatnog prava konstruirao kao teoriju vlasti, a izbjegao cirkularnost definicije javnog prava⁴⁹ pretpostavkom da je odluka o pravnom obliku neke pravne osobe, tj. o tom da li je ona osoba javnog prava ili privatnog prava, tipično zakonodavna.⁵⁰

Važniji je Perićev neizravan osvrt na odnos javnog i privatnog prava u prikazu autonomnog prava društvenih organizacija u *Strukturi prava*. Perić nalazi da to pravo ponovno stvara pravni pluralizam. Drži je najbolje objašnjivo Gurvitchevom teorijom o socijalnom pravu. Po Gurvitchu, socijalno pravo temelji se na socijalnoj

⁴⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, tr. (New York: Russell & Russell, 1961), završava analizu razlike javnog i privatnog prava, na 201-207, ocjenom da je “beskorisna kao zajednički temelj za sistematizaciju prava”.

⁴⁵ Szladits, bilj. 1, par. 37, na 24.

⁴⁶ Perić, bilj. 3.

⁴⁷ Berislav Perić, *Država i pravni sustav* (Zagreb: Pravni fakultet & Čakovec: Zrinski, 1981), 247 str.; 6. izd. (Zagreb: Informator, 1994).

⁴⁸ Isto, na 206-07.

⁴⁹ Opasnost da javno pravo bude definirano kao pravo koje uređuje pravne osobe javnog prava, a da pravna osoba javnog prava budu definirana javnim pravom.

⁵⁰ Schmidt, bilj. 19, na 157.

integraciji, za razliku od javnog prava, koje se temelji na subordinaciji, i privatnog prava, koje se temelji na koordinaciji. Socijalnom integracijom članovi neke zajednice ujedinjeni su u skupnost (*totalite*) tako da među njima nema suprostavljanja. Socijalno pravo uređuje unutrašnje odnose neke zajednice. Otvoreno je utjecaju svojih članova. Ima tendenciju prema jednakosti članova. Protivno je svakoj hijerarhiji. Ostvaruje se uvjetnom prisilom, tj. sankcijama koje članovi zajednice dobrovoljno prihvaćaju, zadržavajući mogućnost da istupe iz zajednice. Socijalno pravo može se očitovati u dva različita oblika, naime, kao potpuno neovisno o državi ili kao podvrgnuto zaštiti države.⁵¹

Struktura prava, u izdanjima objavljenima za vrijeme socijalizma, ističe da je Gurvitcheva ideja socijalnog prava izrijeком povezana sa socijalizmom te da je Gurvitich razvio interes za radničko samoupravljanjem u socijalističkoj Jugoslaviji.⁵² *Struktura prava*, u svom posljednjem izdanju, onome objavljenom nakon nestanka socijalizma u Hrvatskoj, sadrži tekst o socijalnom pravu koji je gotovo istovjetan tekstu iz izdanja objavljenih za vrijeme socijalizma. Izostavljeni su samo spomen socijalizma i radničkog samoupravljanja u Jugoslaviji.

Plodnost i dugovječnost Perićevog poimanja javnog i privatnog prava u velikoj je mjeri izraz njegovih općih teorijskih stajališta. Bitno su obilježena njegovom doktorskom disertacijom o poimanju autonomije i heteronomije u Immanuela Kanta i Rudolfa Launa.⁵³ Činjenica da je Perić pisao disertaciju na tu temu u vrijeme prve socijalističke petoljetke u velikoj mjeri pokazuje narav pravne znanosti, uključiv opće teorije prava, u Hrvatskoj, i dobrom dijelu Jugoslavije, nakon II. svjetskog rata.

Preostali današnji hrvatski sveučilišni udžbenici teorije prava i države, koji su svi prvi put objavljeni nakon 1990., malo se ili nimalo osvrću na odnos javnog i privatnog prava.

Tako Miličićev udžbenik ne sadrži sustavan osvrt na problem.⁵⁴

Viskovićev udžbenik sadrži kratak osvrt, u kojemu, veoma slično Periću, javno pravo određuje kao pravo subordinacije, a privatno pravo kao pravo koordinacije. Napominje da je klasičnome rimskom i ranome buržoaskom društvu odgovarala čista dioba u javno i privatno, no da se privatno pravo od kraja 19. stoljeća sužava. Sadrži sažetu, ali važnu ocjenu da pojedine grane prava imaju pretežno javni ili pretežno privatni značaj.⁵⁵

Vrbanov udžbenik sadrži najduži osvrt na problem. Za razliku od Viskovića i Perića, a slično Sladitsu, Vrban drži da je podjela prava u javno i privatno karakteristična za kontinentalnoevropske pravne sisteme te da se u najnovije vrijeme gubi. Prikazuje Ulpijanova mjerila za razlikovanje javnog i privatnog

⁵¹ Gurvitich: *bilj. 2; L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* (Paris, 1935), nav. po Perić, *bilj. 3, 6. izd.* (Zagreb: Pravni fakultet, 1978), na 185-188.

⁵² *Isto*, na 188.

⁵³ Berislav Perić, *Problem autonomije-heteronomije u pravu* (Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu: doktorska disertacija, 1955).

⁵⁴ Vjekoslav Miličić, *Opća teorija prava i države*, 3 sv. (Zagreb: Alinea: 1999).

⁵⁵ Nikola Visković, *Teorija države i prava* (Zagreb: Birotehnika, 2001), na 287-288.

prava s glavnim razlozima za i protiv tih mjerila. Također, za razliku od Viskovića, dijeli grane prava u one koje pripadaju javnom pravu i one koje pripadaju privatnom pravu.⁵⁶

2.2. POSEBNE TEORIJE PRAVA (DOGMATIKE)

Jedini današnji hrvatski pravnoznanstveni rad koji sistematski raspravlja razliku javnog i privatnog prava kako načelno tako i u hrvatskome pravnom sistemu je magistarski rad Ivana Šprajca.⁵⁷ Iako razlika, koju taj rad postavlja, udovoljava njegovoj osobitoj svrsi te pridonosi razumijevanju mjesta javnog i privatnog prava u hrvatskome pravu, ne dolazi do obuhvatnih mjerila za razgraničenje javnog i privatnog prava u hrvatskome pravnom sistemu.

U ranijoj jugoslavenskoj literaturi problem je analiziran u monumentalnoj Vodinićevoj disertaciji *Javno i privatno pravo* (1986),⁵⁸ obranjenoj na Pravnom fakultetu u Beogradu. Da je napisana na nekome svjetskom jeziku, disertacija bi vjerojatno bila međunarodno priznata kao jedan od najvažnijih prinosa rješavanju problema.⁵⁹ Za svaku daljnju analizu odnosa javnog i privatnog prava važni su naročito slijedeći Vodinićevi zaključci.

Prvo:

Ako pozitivno pravo, ili sudska praksa, operiše izrazima javno pravo i privatno pravo, javnopravno i privatnopravno, tada je izlišno pitanje da li je pravo podjeljeno na javno i privatno, i da li se mora operisati tom podelom. Tada je u pogledu postojanja javnog i privatnog prava situacija postupno ista kao i sa bilo kojim drugim pojmovima koje pravo upotrebljava u paru /pokretna stvar - nepokretna stvar, poslovno sposobno lice - poslovno nesposobno lice...⁶⁰

Taj je Vodinićev zaključak prihvatljiv u mjeri u kojoj potvrđuje potrebu poštivanja prava. Da se poslužim Bagehotovim primjerom, ako zakon ili presuda proglašuje muškarca ženom, i taj propis treba poštovati. Međutim, ne može se isključiti mogućnost da pravo ne prizna da je podijeljeno na javno i privatno, iako jest tako podijeljeno, ili da prizna podjelu, ali je odredi pogrešno.⁶¹

⁵⁶ Duško Vrban, *Država i pravo* (Zagreb: Golden Marketing, 2003), na 383-86.

⁵⁷ Ivan Šprajc, *Pravni položaj stranaca u Republici Hrvatskoj: javnopravni aspekt* (Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu: magistarski rad, 2000), pogl. III., 33-57.

⁵⁸ Vodinić, *bilj.* 4.

⁵⁹ Dovoljno je ovdje spomenuti da isto obasiže 1.184 stranice, a napisano je na temelju oko 1.100 naslova literature na pet vodećih evropskih jezika, s 3740 bilježaka.

⁶⁰ Vodinić, *bilj.* 4, na 803-804.

⁶¹ Dio jugoslavenske pravne doktrine, utemeljene na školskom marksizmu, pogrešno je tvrdio da društveno vlasništvo nije pravni nego samo ekonomski odnos. Vidi kritike te doktrine: I. Padjen, "Kritika politekonomskog i građanskopravnog poimanja vlasništva", *Pravo i društvo*, 4 (1983-84), 33-80; J. Barbić, "Društveno vlasništvo i poslovna praksa", *Pravo i društvo*, 4 (1983-84), 89-103. Usprkos kritici, Ustavni sud Republike Hrvatske prihvatio je (NN 43/92, na 1003) tu doktrinu kao valjanu te uskratilo ustavnu zaštitu društvenom vlasništvu i time omogućio njegovu hitnu pretvorbu u

Drugo, u svakome pravnom sistemu koji upotrebljava izraze javno pravo i privatno pravo, tj. u kojima su javno pravo i privatno pravo dijelovi pravnog sistema određeni pozitivnopravnim odredbama samoga tog sistema, zakonodavac nije izrijeком odredio značenja tih izraza, nego je taj posao prepustio primjenjivačima zakona, tj. praksi i teoriji.⁶² Međutim, začuđujuće je mali broj autora koji uočava da se to značenje određuje u tumačenju prava i popunjavanju pravnih praznina.⁶³

Treće, u pravnom sistemu SFRJ, koji n(ij)e upotrebljava(o) izraze javno pravo i privatno pravo, tj. u kojemu javno i privatno pravo nisu (bili) dijelovi pravnog sistema određeni njegovim pozitivnopravnim odredbama, ta dva područja prava nije moguće razlikovati tako da svako od njih uključuje u potpunosti pojedine grane prava, npr. tako da privatno pravo uključuje građansko i/ili trgovačko pravo, a da javno pravo uključuje ustavno i/ili upravno pravo. U pravnom sistemu SFRJ razliku javnog i privatnog prava, a slično i druge velike diobe prava (npr. imovinsko: ne-imovinsko), moguće je razlikovati jedino tako da pojedina pravna mjerila (norme, vrijednosti) neke grane prava, npr. građanskog ili upravnog, pripadaju javnom pravu, a da druga mjerila iste grane pripadaju privatnom pravu.⁶⁴ Taj Vodinećev nalaz, koji je uvjerljivo obrazložen, vrijedi i za svaki drugi pravni sistem koji je sličan pravnome sistemu SFRJ, pa dakle i za hrvatski nakon 1990. godine (kojemu su sa nekadašnjim pravnim sistemom SFRJ zajednički u najmanju ruku korišteni u kontinentalnoevropskim sistemima, poglavito u austrijskome).

Za razliku od izloženih zaključaka, nije prihvatljivo Vodinećevo⁶⁵ - i Szladitsevo⁶⁶ - sumarno odbacivanje stajališta, čiji je istaknuti zagovornik Radbruch,⁶⁷ da je razlika javnog i privatnog prava zadana *a priori*. Moja analiza teorija o toj razlici (u tč.1.3.4) pokazala je, doduše, da je svaka od njih jednostrana. Međutim, sukladnost tih teorija i njihova dugovječnost vjerojatno je objašnjiva baš time da su sve one, a također i neko njima zajedničko mjerilo, toliko ustaljeni i samorazumljivi kao da jesu apriorni.

pravo vlasništva i privatizaciju. I. Padjen, "Nezavisnost sudova, pravno rasuđivanje i pravno obrazovanje", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol.42: suppl.2 (1992), 797-712. Posljedice pretvorbe i privatizacije mnogih društvenih poduzeća, koja su već bila tržišni subjekti (za razliku od poduzeća u planskim gospodarstvima realnog socijalizma) pa privatizacija nije bila uvjet njihovog tržišnog djelovanja, bile su gospodarski i socijalno pogubne za ta poduzeća, njihove zaposlenike i čitavu Hrvatsku.

⁶² Vodineć, *bilj.* 4, na 808. Vodineć upotrebljava metaforički izraz zemlja umjesto pravni sistem ili pravni poredak.

⁶³ *Isto*, na 809.

⁶⁴ *Isto*, na 840 i d., 859.

⁶⁵ *Isto*, na 833-836.

⁶⁶ Szladits, *bilj.* 1, par. 38, na 24.

⁶⁷ Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, prij. (Beograd: Nolit, 1980), na 159. Dužnu pozornost daje mu Schmidt, *bilj.* 45, na 157-62.

Aristotel je otkrio to ustaljeno i samorazumljivo mjerilo. Zanimljivo je da su ga Vodinelić, Szladits i Schmidt previdjeli, iako se prvi i treći pozivaju na Radbrucha⁶⁸ i Riperta⁶⁹ koji su to mjerilo uočili.

3. REKONSTRUKCIJA POJMOVA JAVNOG I PRIVATNOG PRAVA

Aristotelovo razlikovanje diobene i poravnavajuće pravednosti središnje je - no moram odmah istaći: ne i jedino - mjerilo razlikovanja javnog i privatnog prava.⁷⁰ Središnje je mjerilo po tom što svaka pravednost pretpostavlja određeni pravni akt, koji uključuje glavna mjerila razlikovanja javnog i privatnog prava. Izraženo pojmovima moderne kontinentalnoevropske pravne teorije, diobena se pravednost uspostavlja zakonom, nar. zakonom u materijalnom smislu, tj. općim pravnim aktom, a poravnavajuća pravnim poslom, bilo dvostranim, tj. ugovorom, bilo jednostranim, i to u pravilu pravnim poslom koji je pojedinačni pravni akt. Pojam pak svakoga od tih pravnih akata uključuje gotovo sva mjerila koja su rimski i moderni pravници našli važnima za razlikovanje javnog i privatnog prava. No, postavlja ih uz kvalifikaciju koju naslijeđene teorije o razlici javnog i privatnog prava redovito pretpostavljaju, ali je rijetko izriču: u urednome pravnom sistemu redovito postoji čisto javno pravo, ali ne može postojati čisto privatno pravo, u smislu prava stvorenog isključivo pravnim poslovima, jer je ono po samoj razlici uvijek podređeno javnom i u granicama javnoga. Tek kad se ta kvalifikacija prihvati kao samorazumljiva, smisljeno je izraz privatno pravo upotrebljavati bez njezinog spominjanja.⁷¹

Polazeći također od Aristotelove analize pravednosti, Ernest Weinrib je privatno pravo povezo s ispravljajućom pravednošću, tj. s *justitia correctiva*, i potpuno je odvojio od javnog prava.⁷² Za razliku od Weinriba, držim, prvo, da je privatno pravo povezano prvenstveno s razmjenskom pravednošću, tj. s *justitia commutativa*; drugo, da obuhvaća samo jednu vrstu ispravljajuće pravednosti, onu građansku, koja se ravna po aritmetičkoj proporciji kao i razmjenska pravednost, a ne obuhvaća druge ispravljajuće pravednosti, naime, kaznenu, upravnu i ustavnu; treće, da privatno pravo pretpostavlja javno pravo, no ne i obratno. Ključ je razlike između Weinribovog pristupa i mogega stari spor o odnosu subjektivnog i objektivnog prava. Naime, čini mi se da Weinrib vjeruje da subjektivna prava mogu postojati bez objektivnog prava.

Iako je odnos javnog i privatnog prava u načelu objašnjiv odnosom prava stvorenog zakonima i prava stvorenog pravnim poslovima, nije tako do kraja objašnjiv. Prvo, postoje pojedinačni pravni akti različiti od pravnih poslova, a to su

⁶⁸ Isto, na 160.

⁶⁹ Georges Ripert, *Le Declin du droit: Etudes sur la législation contemporaine* (Paris, 1949), na 39, spominje javno pravo kao ono koje uspostavlja distributivnu pravednost.

⁷⁰ Aristotel, *bilj.* 5, 1131a-1134b.

⁷¹ Poblize Padjen, *bilj.* 7, na 141-142.

⁷² Weinrib, *bilj.* 6.

upravni akti i sudski akti, koji pripadaju javnom pravu.⁷³ Drugo, određeni pravni subjekti, priznati su kao javnopravni subjekti, s posljedicom da su većina akata tih subjekata javnopravni akti, dočim se akti većine ostalih pravnih subjekata ne drže javnopravnima.⁷⁴ Treće, i ovdje najvažnije, u ranijem prinosu problemu⁷⁵ nisam dovoljnu pažnju posvetio činjenici da postoje pravni akti koji su slični, no ipak različiti i od običnih pravnih poslova, tj. ugovora-pogodaba, i od zakona. To su ugovori-zakoni i ugovori-savezi. Razlika između ugovora-zakona, npr. višestrane međunarodne konvencije kao što je Konvencija UN o pravu mora, i ugovora-pogodbe, kao što je kupoprodaja broda, važna je u dogmatici međunarodnog prava, među ostalim zbog toga što je u najmanju ruku sporno vrijedi li načelo *pacta terti nec nocent nec prossunt* jednako za ugovore- zakone i za ugovore-pogodbe.⁷⁶ Još je veća razlika između, s jedne strane, bilo koje od te dvije vrste ugovora i, s druge, ugovora-saveza, u smislu akta kojim dva ili više pravnih subjekata tvore novi pravni subjekt, koji neizbježno ima posljedice za pravni subjektivitet svakoga od njih.⁷⁷ Tu ideju možda najbolje prenosi njemački izraz *Vereinbarung*, no on je i u današnjoj njemačkoj literaturi zanemaren.⁷⁸ No ideja je uglavnom sačuvana u tradiciji društvenog ugovora, tj. u shvaćanjima da je “temelj istinite i autentične političke zajednice pogodba ili sporazum učinjen od svih pojedinaca koji ga čine”.⁷⁹ Pritom je samorazumljivo da je društveni ugovor, tj. ugovor-savez, različit od svakodnevnih ugovora, tj. ugovora-pogodaba, kao što je kupoprodaja.⁸⁰ Samorazumljivo je također da nije pravni posao privatnog prava. Teškoću izaziva okolnost da barem moderna (ako već ne čitava) tradicija društvenog ugovora izrijeком ili šutke pretpostavlja da čovjek može biti članom samo jedne političke zajednice, i da stoga može postojati samo jedan društveni ugovor među istim pojedincima. Stoga drži da je širu političku zajednicu moguće stvoriti, ako uopće, samo kao zajednicu država, a ne pojedinaca.⁸¹ Upravo zbog tog razloga nedovoljno je analizirana narav ugovora-saveza kojim se ustanovljuju političke i slične institucije različite od država i saveza država, naročito one neteritorijalne, kao što su to udruge i političke stranke.

⁷³ Padjen, *bilj.* 7, na 143.

⁷⁴ *Isto*, na 143-144.

⁷⁵ *Isto*.

⁷⁶ Npr. Budislav Vukas, *Relativno djelovanje međunarodnih ugovora* (Zagreb: Školska knjiga, 1975), na 47 i d.

⁷⁷ Vidi nar. Georges Gurvitch, *Sociology of Law* (London: Routledge, 1947), nar. “Forms of Sociality and Kinds of Law (II.)”, na 161 i d.

⁷⁸ Npr. ne sadrži ga niti jedan od slijedećih njemačkih enciklopedijskih priručnika: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 11, U-V (Basel: Schwabe, 2001); *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 6, St-Vert (Stuttgart: Klett-Cotta, 1990); *Staatslexikon: Recht-Wirtschaft, Gesellschaft*, Bd. 5 Soz-Zwi (Freiburg: Herder, 1992). Pritom samo posljednje djelo sadrži članak pod naslovom “Verein”, no usredotočen na njemačko pozitivno pravo te od malo važnosti za opći pojam udruge, nekmoli ugovora-saveza.

⁷⁹ M. Forsyth, “The Social Contract from Hobbes to Rawls”, in D. Boucher and P. Kelly (eds.), *The Social Contract Tradition from Hobbes to Rawls* (London: Routledge, 1993), na 37.

⁸⁰ *Isto*, na 39.

⁸¹ Začetak te zamisli je Immanuel Kant, “Prema vječnom miru”, u *Isti, Pravno-politički spisi*, ur. i prev. Z. Posavec (Zagreb: Politička kultura, 2000), 113-153.

4. DIOBA HRVATSKOGA PRAVNOG SISTEMA

Nema sumnje da hrvatski pravni sistem uključuje javno pravo u smislu nadahnutom Aristotelom. Štoviše, priznaje određene pravne grane kao pretežno javne ili pretežno privatne.

Mnogo je važnijom od prisutnosti javnog i privatnog prava u hrvatskome pravnom sistemu prisutnost socijalnog prava u Gurvitchevom i Perićevom smislu. Čini ga u prvom redu autonomno pravo udruga i autonomnih javnih ustanova kao što su sveučilišta, javne škole i, dijelom, HRT. Eugen Pusić je pokazao da samoupravljanje, koje je po Periću važan institut socijalnog prava,⁸² ne proizlazi samo iz socijalizma nego iz hrvatske političke tradicije, u kojoj se, kako je to još Antun Radić bio kazao, “državni stroj” “smatra nekim strašnim i nesmiljenim fatumom”.⁸³ U Hrvatskoj je krajem 2005. bilo 27.678 udruga, od toga, po procjeni predstojnice Vladinog ureda za udruge, oko 6.000 nevladinih organizacija.⁸⁴ Po broju udruga po broju stanovnika Hrvatska je vjerojatno jedna od prvih zemalja svijeta. Vrijednost koju Hrvatska pridaje sveučilištima kao osobitoj vrsti subjekata socijalnog prava pokazuje odluka Ustavnog suda RH iz 2000. o autonomiji sveučilišta,⁸⁵ koja je po izvornosti, složenosti i opsegu možda najznačajnija sudska odluka te vrste u suvremenoj ustavnosti.⁸⁶

Iako nema sudske prakse koja bi omogućavala mjerodavne zaključke o hrvatskome pravu udruga, usuđujem se kazati da ne vidim dovoljan razlog za svrstavanje udruga po hrvatskom Zakonu o udrugama (NN 88/01, 11/02) u društva, a time u pravne subjekte privatnog prava.⁸⁷ To se svrstavanje, učinjeno u vodećemu hrvatskome traktatu o pravu društava, opravdava slijedećim razlozima: “a) privatnopravna je zajednica osoba, b) nastala je pravnim poslom, i to c) radi ostvarenja zajedničkog cilja.”⁸⁸

Ponajprije, ocjena da je udruga privatnopravna zajednica osoba temelji se na nalazu da po Zakonu o udrugama iz 2001. udruga ima još samo jedan javnopravni element, a to je da se udruge upisuju u registar udruga pri Ministarstvu pravosuđa, uprave i lokalne samouprave;⁸⁹ za razliku od toga, po Zakonu o udrugama iz 1997. (70/97, 106/97, 20/00) udruge su imale još i slijedeće javnopravne elemente: upravna su tijela obavljala inspekcijski nadzor nad djelovanjem udruge i mogla donijeti rješenje o njezinu prestanku, po službenoj

⁸² Berislav Perić, *Struktura prava*, 6. izd. (Zagreb: Sveučilišna naklada ‘Liber’, 1978), na 182-188.

⁸³ Antun Radić, *Sabrana djela*, knj. 1. (Zagreb, 1936), na 10, cit. u E. Pusić, “Birokratska vlast i samoupravna zajednica”, *Encyclopaedia moderna*, 2:2 (1967), na 10.

⁸⁴ V. Čutura, “Razgovor: Jadranka Cigelj, predstojnica Ureda za udruge Vlade Republike Hrvatske; Civilno društvo u Hrvatskoj treba više utjecati na društvene pojave”, *Glas Koncila*, br.43 /1.635/ (23.listopada 2005.).

⁸⁵ Odluka i Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-I-902/1999 od 26. siječnja 2000, NN 14/00.

⁸⁶ Vidi I. Padjen, “Ustavni sud i sveučilište: Prijedlozi Hrvatskoga pravnog centra u svjetlu Odluke Ustavnog suda od 26.I.2000.”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 21:1 (2000), 449-500.

⁸⁷ Jakša Barbić, *Pravo društava*, knj. 3.: *Društva osoba* (Zagreb: Organizator, 2002), 733-784.

⁸⁸ *Isto*, na 733.

⁸⁹ *Isto*.

dužnosti, pa i protiv volje članova, te likvidirati udrugu putem povjerenika kojega postavljaju ta tijela, a ne članovi udruge, s tim što bi imovinu udruge, ako statutom udruge nije bilo određeno drugačije, rasporedila u korist Republike Hrvatske. U svemu tome upravno tijelo djelovalo je po upravnom postupku.⁹⁰ Izložena ocjena sporna je u dva pogleda. Prvo, samo je malim dijelom točna: po članku 22. Zakona iz 1997., protiv konačnog rješenja upravnog tijela koje provodi registraciju udruge, a po analogiji i protiv konačnog rješenja o prestanku udruge, raspoloživa je sudska zaštita u upravnom sporu; po članku 30. stavku 1. Zakona iz 1997. upravno tijelo može samo privremeno zabraniti djelovanje udruge, a trajnu zabranu, po članku 31. i d., gotovo istovjetno članku 37. i d. Zakona iz 2001., može donijeti samo sud na zahtjev državnog odvjetništva; po članku 29. Zakona iz 1997., gotovo istovjetno Zakonu iz 1997., u slučaju prestanka udruge njezinu imovinu, ako statutom udruge nije određeno drugačije, preuzima Republika Hrvatske ili županija. Drugo, ocjena da je udruga privatnopravna zajednica sporna je po tom što dosta očito pretpostavlja da je upravno pravo javno, a prešutno vjerojatno pretpostavlja da je pravo koje nije upravno privatno. Ta je pretpostavka sporna zbog toga što razlika između javnog i privatnog prava nije istovjetna razlici između pojedinih grana prava.

Nadalje, ocjena da je udruga osnovana radi zajedničkog cilja svojih članova zanemaruje činjenicu da je po članku 2. stavku 1. Zakona o udrugama iz 2001. udruga određena kao “svaki oblik slobodnog i dobrovoljnog udruživanja više fizičkih, odnosno pravnih osoba, ... radi zaštite njihovih probitaka *ili zauzimanja za zaštitu ljudskih prava i sloboda, te ekološka, humanitarna, informacijska, kulturna, nacionalna, pronatalitetna, prosvjetna, socijalna, strukovna, športska, tehnička, zdravstvena, znanstvena ili druga uvjerenja i ciljeve*” (kurziv I. P.). Očito je, dakle, da se udruge osnivaju ne samo radi probitaka svojih članova nego i radi svrha koje se uobičajeno drže javnim dobrima.

Napokon, ocjena da je udruga osnovana pravnim poslom temelji se na nalazu da je “(t)emelj udruživanja ... pravni posao usvajanja statuta”.⁹¹ Taj je nalaz sporan.

Prvo, u svjetlu gornje raščlambe ugovora, tj. dvostranih pravnih poslova u ugovore-pogodbe, ugovore-zakone i ugovore-saveze, tvrdnja da je statut udruge pravni posao nije samorazumljivo točna nego tvrdnja koja zahtijeva složenu raščlambu i primjereno obrazloženje. Pritom je za ocjenu tvrdnje malo važan naziv statut, jer sam Zakon o udrugama iz 2001., u članku 11. stavku 2., propisuje da “(u)mjesto naziva statut, udruga može rabiti i drugi naziv”.

Drugo, po pravima i obvezama koje stvara, statut, ili drugačije nazvan temeljni akt udruge, nije pravni posao, jer se može mijenjati bez pristanka svih članova udruge te obvezuje i one članove udruge koji nisu za njega glasovali.⁹² To slijedi iz odredbe članka 6. stavku 3. Zakona, koja propisuje da “unutarnji ustroj udruge mora

⁹⁰ Jakša Barbić, *Pravo društava; knj. 1.: Opći dio* (Zagreb: Organizator, 1999), na 13.

⁹¹ Barbić, *bilj.* 87, na 734.

⁹² Usp. Alf Ross, *Constitution of the United Nations: Analysis of Structure and Functions* (New York: Rinehart, 1950), Pt. I. “The Charter as the Legal Foundation of the United Nations”, Sect. “A Treaty or a Constitution?”, na 30-40.

biti zasnovan na načelima demokratskog zastupanja i demokratskog očitovanja volje članova”. Iz te odredbe slijedi da statut ili drugačije nazvan temeljni akt udruge može biti donesen većinom glasova članova udruge. Štoviše, iz te odredbe slijedi da udruga može biti čak osnovana prihvaćanjem statuta od osnivačke skupštine udruge iako za statut nisu glasovali svi članovi osnivači. Kao što vodeći traktat o pravu društava sam navodi, “nema zapreke za to da osnivači ne sklope ugovor o tome kako će postupati na osnivačkoj skupštini”.⁹³ Dakle, moguće je čak to da osnivači svojim ugovorom o postupanju na osnivačkoj skupštini odrede da će statut udruge donijeti određenom većinom glasova članova osnivačke skupštine udruge, a da se tim ugovorom te statutom, koji glasovanjem prihvati većina članova osnivača udruge u skladu s ugovorom o postupanju, članovima udruge drže svi oni pravni subjekti koji su sudjelovali u osnivačkoj skupštini, bez obzira na to da li su glasovali za prijedlog statuta udruge ili ne. Iako takav slučaj nije naročito vjerojatan te može izgledati upravo kao potvrda tvrdnje da je statut pravni posao, zapravo pokazuje baš to da nije. Naime, moguće je da pokretači osnivanja udruge zaključe ugovor po kojemu će skupština donijeti statut dvotrećinskom većinom glasova osoba pozvanih da budu osnivači udruge te statutom propisati da članom udruge može postati svaka fizička osoba koja ispunjava uvjete ABC, a da većina pozvanih, uključujući i neke od stranaka ugovora, donese statut apsolutnom većinom prisutnih i statutom propiše da članom udruge može postati svaka fizička ili pravna osoba koja ispunjava uvjete AD. Iz članka 6. stavka 3. Zakona slijedi da su temeljna pravila udruge ona postavljena statutom, a ne ona postavljena ugovorom. Sve što preostaje strankama ugovora koje se nalaze izigranima od onih stranaka ugovora koje su protiv ugovora glasovale za statut jest da traže nadoknadu štete po obveznom pravu.

Treće, čak ako se zaključi da je bilo statut udruge, bilo ugovor o osnivanju udruge, pravni posao, ne slijedi da je akt privatnog prava. Dovoljno je podsjetiti da po kontinentalnoevropskoj klasifikaciji, uključujući vladajuću hrvatsku, pravni poslovi uključuju kako međunarodne ugovore tako i jednostrana očitovanja država u međunarodnom ugovoru, s tim što su obje vrste pravnih poslova akti međunarodnoga javnog prava.⁹⁴

Iz rečenih prigovora vodećemu hrvatskom traktatu o pravu društava ne slijedi nužno da udruga po današnjemu hrvatskom pravu (pri čemu, kako sam pokazao, ne vidim suštinske razlike između Zakona o udrugama iz 1997. i istoimenoga iz 2001.) nije pravna osoba privatnog prava nego pravna osoba javnog prava. Udruga očito ima i jedne i druge sastojke. Parafrazirajući gore citirane razloge iz vladajućeg traktata prava društava, opravdano je kazati da udruga ima slijedeće značajke: nastala je radi zajedničkog cilja svojih članova koji je istodobno javno dobro; osnovana je statutom koji u trenutku nastanka ima značajke pravnog posla, no dobiva značajke zakona; uslijed navedenih razloga te činjenice da je nedobitna (neprofitna) pravna osoba udruga nije pravna osoba niti javnog niti privatnog prava nego je pravna osoba socijalnog prava.

⁹³ *Isto*, na 748.

⁹⁴ Npr. Juraj Andrassy, *Međunarodno pravo*, 5. izd. (Zagreb: Školska knjiga, 1971), par. 46, na 289-294.

5. ZAKLJUČAK: SPOJIVOST SASTAVA HRVATSKOG PRAVA S EVROPSKIMA

Podjela hrvatskog pravnog sistema u javno, privatno i socijalno u skladu je s evropskom tradicijom. Štoviše, vjerujem da socijalno pravo, kako je razvijeno u Hrvatskoj, može biti držano uzornim za socijalnu demokraciju, tu veliku evropsku stečevinu, kako ju je nedavno analizirao Thomas Mayer.⁹⁵

PUBLIC LAW AND PRIVATE LAW: TRANSFER OF LEGAL THEORIES

If Ulpian's dichotomy of law into public and private is not valid, it is irrelevant whether - and if so how - it has been transferred to Croatia. To that end the paper focuses on the *International Encyclopedia of Comparative Law's* criticism of modern theories endorsing the dichotomy, finding that weaknesses of the criticism do not reinvigorate the dichotomy but reveal paradoxically one-sidedness of the theories that endorse it.

There are only a few indicators that the dichotomy has been transferred into Croatian legal culture. In the Croatian legal system The Law on Ownership and Other Real Rights (1991) Article 35 provides for that the Republic of Croatia and other juridical persons of public law as bearers of the right to ownership have the same rights in legal relations as private owners. In Croatian legal doctrine there are some short textbook reviews of the dichotomy, the most important being the division of law made by Berislav Perić on the basis of George Gurvitch's theory. The only comprehensive contribution to the problem is Vladimir Vodinelic's massive doctoral dissertation started at Split University and defended at Belgrade University in 1986.

The paper offers a reconstruction of the dichotomy that starts from Aristotle's analysis of justice. However, in contrast to Ernest Weinrib's theory, which conceptualizes private law as being entirely distinct from public law, the reconstruction postulates that private law presupposes public law without the reverse being the case. The present author's earlier view of the matter (that public law is created by statutes whereas private law is created by juridical acts) is amended by a distinction between three types of two-sided juridical acts, namely, contracts of exchange, contracts of legislation and of contracts of federation, the last one creating social law as a possible third area of law on the same footing as public law and private law.

It is argued that the Croatian legal system still divides into the same three areas, as demonstrated by Berislav Perić. The fruitfulness of the trichotomy is demonstrated by the analysis of the Croatian law of civic associations.

The trichotomy of law into public, private and social, is in accord with the European legal tradition. Moreover, the trichotomy may be considered exemplary for social democracy as analysed by Thomas Meyer.

Key words: *division of law, public law, private law, transfer of legal theories*

⁹⁵ Thomas Meyer, *Theorie der Sozialen Demokratie* (Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2005).