

Драган М. Митровић

НАЧЕЛО
ЗАКОНИТОСТИ

Појам, садржина, облици

ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА
Књига II

Драган М. Митровић

ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА

Књига II

НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ

Појам, садржина, облици

Драган М. Митровић
ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА
Књига II
НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ
Појам, садржина, облици

Издавач
Досије студио

За издавача
Мирко Милићевић

Уредник
Душан Мрђеновић

Рецензенти
Проф. др Александар Фатић
Проф. др Саша Бован
Проф. др Марко Трајковић

© 2026. Драган М. Митровић
Open Content License



www.dosije.rs

ДРАГАН М. МИТРОВИЋ

ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА

Књига II

НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ Појам, садржина, облици

Београд • 2026.

САДРЖАЈ

НАПОМЕНЕ УЗ ОВО ИЗДАЊЕ.....	9
Увод	
ПРЕТХОДНИ ПОЈАМ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ.....	11
1. Изрази и значења начела законитости	11
2. Дефинисање начела законитости	13
3. Место начела законитости	17
4. Значај начела законитости	18

ПРВИ ДЕО ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ И САВРЕМЕНА УЧЕЊА О НАЧЕЛУ ЗАКОНИТОСТИ

I глава	
ЗАКОНИТОСТ У СТАРОМ И СРЕДЊЕМ ВЕКУ	23
1. Законитост у Старом веку	23
2. Законитост у Средњем веку.....	29
II глава	
ГРАЂАНСКА ЗАКОНИТОСТ	37
1. Законитост у учењима грађанских мислилаца од позног средњег века и њихов утицај	37
2. Изграђивање грађанске законитости.....	45
3. Критика грађанске (буржоаске) законитости у радовима њених најпознатијих противника.....	48
4. Грађанска демократија и законитост.....	52

III глава

ГЛАВНА САВРЕМЕНА ГЛЕДИШТА О ПОЈМУ

ЗАКОНИТОСТИ 59

1. Европски континентални систем права и англосаксонски систем права. 59
2. Начело законитости у европској континенталној теорији права 61
3. Начело законитости у англосаксонској теорији права 69
4. Владавина права, слобода и правда у учењу Џона Ролса. 76
5. Начело законитости у домаћој теорији права. 79
6. Унификовање правне државе и владавине права. 84

ДРУГИ ДЕО

ПОЈАМ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

I глава

ИЗВЕСНОСТ И ЗАКОНИТОСТ 89

1. Научно-филозофска заснованост идеје извесности у природним и друштвеним наукама 89
2. Извесност као творевина свести и њено стање 92
3. Идеја извесности у радовима правних филозофа и теоретичара 98
4. Појам извесности и појам законитости као извесности . . . 105
5. Извесност, законитост и правно регулисање 108
6. Извесност као друштвени појам и садржај законитости. . . 110
7. Извесност као нормативни појам и законитост као захтев за сагласношћу аката са законом 114

II глава

ОБЕЛЕЖЈА ЗАКОНИТОСТИ И ЊЕН ОДНОС ПРЕМА

СРОДНИМ ПРАВНИМ НАЧЕЛИМА 117

1. Обележја начела законитости 117
2. Начело законитости и друга правна начела. 120

III глава

ХИЈЕРАРХИЈА И НОРМАТИВНА ЗАКОНИТОСТ 125

1. Хијерократски основ законитости 125

2. Два главна значења хијерархије	127
3. Хијерархија и законитост	129
4. Законитост и правна снага аката	131
5. Средства за обезбеђење законитости правних аката	132
6. Правни лекови	134
7. Заштитник грађана (омбудсман)	135
8. Санкције због незаконитости правних аката	136
9. Правоснажност правних аката	137
10. Ступање на снагу правних аката	138
11. Извршност правних аката	140

ТРЕЋИ ДЕО ПОЛИТИЧКИ И ПРАВНИ ОБЛИЦИ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

I глава

ПРАВНИ ОБЛИЦИ ДРЖАВЕ	143
1. Учења о облику државе	143
2. Одређивање идеалног и најбољег облика државе – владавина људи или владавина права	144
3. Појам правног облика државе	151
4. Држава безакоња (<i>No-Law State</i>)	153
5. Законска држава (<i>Lawful State</i>)	155
6. Правна држава (<i>Rechtsstaat</i>) – владавина права (<i>Rule of Law</i>)	157
7. Традиционални приговори и савремени изазови правној држави – владавини права	162
8. Стање државне нужде и стварање „државе националне сигурности“ (<i>Emergency State, National Security State</i>)	165

II глава

ГЛОБАЛИЗАМ И ТРАНСХУМАНА ВЛАДАВИНА ПРАВА	171
1. Владавина права и наднационално уједињавање у систем Европске уније	171
2. Глобализација права и правни трансплантати	174
3. Међународна владавина права и светска правна држава ...	176

4. Начело законитости, владавина права и људска права	180
5. Трансхуманизам, људска права и владавина права.	186
ЗАКЉУЧАК	191
BRIEF CONCLUSION	199
АБСТРАКТИ	201
ЛИТЕРАТУРА	207
BRIEF CONTENTS	219

НАПОМЕНА УЗ ОВО ИЗДАЊЕ

Протекло је скоро четрдесет година од када је одбрањен мој докторски рад *Појам и њиророа законийосийи. Садржина и облици* (1987.), а скоро тридесет година од када је исти рад под називом *Начело законийосийи – њојам, садржина, облици* први пут објављен у монографском облику (1996.).

Да поновно објавим овај свој рад одлучио сам се из помало неочекиваног разлога – зато што сам не тако давне 2011. године обавештен о скромном али постојаном вишегодишњем интересовању читалаца за ову књигу. Претрага на интернету показала је како је малобројни тираж одавно исцрпљен и да књига може да се наручи или купи само у понеким антикваријатима.

Признајем, нисам помислио да ће овај рад икоме више бити интересантан. Држава у којој смо живели разорена је и прича о њеној законитости завршена је за све, осим за историчаре. Шта поново рећи после толико година неизвесности и свега преживљеног, осим да треба „да живимо као сав нормалан свет“. Родио сам се исте године када је Уставним законом 1953. године уведено радничко самоуправљање. У међувремену, променио сам пет држава и исто толико држављанства, а да нисам променио адресу становања. О друштвеним експериментима или државним променама не вреди говорити.

Изгледа да се од тада свет толико променио да га је данас тешко препознати. А можда то није сасвим тачно. Можда се свет ипак није толико променио колико то на први поглед може да изгледа. Можда је та промена више површинска, само да збуни, а да садржински у ствари не постоји. Јер, одувек постоји само један поредак. Зове се робовласништво. А оно је непријатељ људског рода. Ако је та помисао тачна, онда је то и даље исти свет у коме владају неједнакост, неизвесност и неправда.

Та помисао ме је даље водила у сусрет жељама заинтересованих читалаца. Одлучио сам да им поново учиним доступном књигу коју су тражили, али у измењеном, допуњеном и дотераном облику.

Измене у овом издању, приређеном за јединствену професионалну и животну прилику какву представља објављивање мојих *Изабрани њравних дела*, састоје се у другачијем распореду материје или уношењу нових садржаја у изворни текст уместо неких старих који су скраћени или препуштени историчарима. То нарочито важи за нове садржаје у најважнијим главама ове књиге и додавање две нове главе. Допуне мањег обима налазе се у другим главама књиге. Оне су учињене ослањањем на моје краће радове написане до 2011. године. То не сматрам недостатком, јер се од тада ништа суштински није променило. Податке о тим радовима сам приложио у списку коришћене литературе. Иако учињена проширења и допуне нису истог обима у свим деловима, водио сам рачуна да не нарушим главне идеје и основну материју из изворног издања, тако да се може сматрати како се ради о „подмлађеном“ издању исте књиге.

Надам се да ће читаоци препознати поруке у овој књизи и да ће из сигурне прошлости извући драгоцене поуке за неизвесну будућност у којој барем исте грешке више не би требало да се понављају. Само таквим читаоцима припада будућност, јер је прошлост сачувана за њене понављаче.

У Београду, 2022. године.

Аутор

Увод

ПРЕТХОДНИ ПОЈАМ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

1. Изрази и значења начела законитости

Реч „законитост“ је изведена од речи „закон“. Али, док закон уобичајено означава највиши правни акт када нема писаног устава или правни акт који је формално подређен само писаном уставу, законитост представља динамичко правно начело којим се најчешће означава или сагласност нижих аката са законом, или степен ефикасности правног поретка, или стање и квалитет датог права. Састоји се у успостављању и одржавању поретка норми у правним актима и људског понашања сагласног са тим нормама и актима.

Поред српске речи законитост често се корист реч „легалност“, изведена из латинске речи „lex“ (закон), која означава исто што и законитост (са различитим варијантама: легислатор, легислатура итд.).¹ Истог су језичког порекла и друге сродне речи (законодавац, законодавство итд.).

У правној литератури сусрећу се и користе други страни језички изрази: у француском језику „légalité“; у енглеском и америчком „Legality“, „Rule of Law“, „Government under Law“ и „due process“ (који је карактеристичан за америчку правну терминологију и праксу); у немачком „Legalität“, „Rechtsstaat“ и „Gesetzmässigkeit“; у шпанском „Legalidad“; у италијанском „legalità“; у руском „законность“ итд.²

Сви наведени изрази којима се означава начело законитости немају увек исто значење, тј. нису „уходани“, већ садрже посебна значења или веома fine нијансе које их практично чине

1 Вид. М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд 1972; М. Станић и Д. Морачић, *Језичко-правнојсни савешњик*, Београд 1981.

2 *Политичка енциклопедија*, Београд 1975, 1160.

различитим.³ То дозвољава разликовање израза за општи нормативни појам законитости (законитост, *légalité* Legality, *Legalität*, *Gesetzmässigkeit*, *Legalidad*, *legalita*, законность) од израза за означавање материјалног, тј. друштвеног и политичког значења начела законитости (*Rechtsstaat*, Rule of Law, Government under Law, due process).

Често ни исти изрази за законитост немају исто значење, што још више усложњава коришћење конвенционалне терминологије која најчешће сасвим тачно не означава ниједно основно значење законитости, чак када је прихваћена као уходана.

Значајна језичка разноликост и бројни изрази који се користе за означавање посебних значења начела законитости резултат су још значајније разноликости која поводом овог начела постоји у правној теорији. Сагласност о изузетном значају и месту начела законитости и његовом повлашћеном правном и друштвеном положају писце ипак није довела до постизања сагласности око јединственог појма законитости. Различита полазишта, коришћени методолошки апарат, традиција или правна пракса, учинили су да појам законитости буде све друго само не неспоран у правној теорији.⁴ На пример, за изванредан број правника законитост је првенствено друштвено и политичко начело, док је нормативни правни израз начела законитости само један важан израз његовог основног друштвеног и политичког значења. У прилог таквом схватању неки учесници, нарочито на конференцији у Белагију (*The Bellagio Congregation*), истицали су да закон постоји и пре него што је његов предмет законски формулисан. Из тога су закључили да законитост није изворно правно већ друштвено и политичко начело. Она постаје правно начело накнадно, тек када је правно одређена.⁵ На поменутом скупу нешто су умеренији били ставови правника који су законитост одређивали барем у истој мери као политичко и нормативно правно начело.

Насупрот правницима који су предност давали ономе што претходи правном појму начела законитости и сматрали да је то важније од његовог нормативног формално-правног израза, друга велика група правника, нарочито западноевропских, заступала је став да законитост може да постоји само као чисто правно

3 J. A. Jolowitz, „Digest in Discussion“, *Annales de la Faculté du Droit d'Istanbul*, IX, No. 12, 1959.

4 Вид. *Quolloquium on: The Rule of Law as understood in the West*, Chicago 1957.

5 Вид. R. A. Falk and S. I. Shuman, „The Bellagio Congregation on Legal Positivism“, *Journal of Legal Education*, No. 2, Association of American Law Schools, 1961.

начело. Карактеристично је схватање Ханса Келзена (*Hans Kelsen*), према коме „Не постоји никакав социолошки појам државе поред правног појма. Такав двоструки појам је логички немогућ... Држава је онај поредак људског понашања који називамо правним поретком, поредак по коме се оријентишу извесне људске радње, идеје којима људи прилагођавају своје понашање“.⁶ У противном, не би могло да се одреди да ли је неки акт власти друштвени или државни, нити да ли је законит или не. Зато држава није ништа друго до поредак правних норми. Она у праву нема самосталну егзистенцију, а још мање је независна од права, већ је сасвим зависна од права и утопљена у њега. Она је „персоналификација права“.⁷

Упркос сагласности да је законитост изразито нормативно правно начело, као и да све што му претходи представља само подлогу и грађу за његово правно одређивање, правници који су припадали овој великој групи размимоилазили су се поводом недоумице како законитост треба одредити као правно начело. За неке, законитост је представљала чисто техничко правно начело, за друге нормативну правну појаву изражену у облику начела, а за треће правну појаву која обухвата чак и такве појмове који нису правни. Нарочито је ова трећа група правника истицала да начело законитости као правни појам има своју друштвену, политичку, логичку и многу другу страну. Али, сматрали су да то не значи да нормативно правно начело законитости није надређено тим другим странама законитости, још мање да оно постоји упоредо и равноправно са некаквим друштвеним, политичким, логичким итд. начелом законитости.

Завршетком скупа у Белагију нису завршене расправе међу правницима о начелу законитости. Али, све док буду постојали држава, право и потреба људи да организују и уреде заједнички живот – уз људску радозналост – трајаће и давно започета расправа о начелу законитости.⁸

2. Дефинисање начела законитости

Расправа у Белагију само је још један интересантан пример сучељавања нових размишљања и прихваћених гледишта о појму законитости. Она је на нешто другачији начин поново подстакла

6 Х. Келзен, *Ојшша теорија права и државе*, 186.

7 *Ibid.*, 129.

8 Вид. А. Р. д'Ентрèves, *The Notion of the State*, Oxford 1967.

размишљање о другом, исто тако важном али старијем теоријском проблему који се односи на недоумице поводом одређивања појма и обима законитости. Традиционална неуспешност таквих подухвата показује да појам законитости не треба да буде одређиван ни преуско, ни прешироко. Појму законитости треба придати његово уобичајено значење. Међутим, шта збиља представља уобичајено, тј. конвенционално значење законитости?

До конвенционалног појма законитости може се доћи када се као мерило одреди њена корисност, а не истинитост, јер је лакше одредити шта је корисно него шта је истинито. Будући да није могуће равноправно користити готово безброј појмова и дефиниција, из сасвим практичних разлога употребљава се само неколико најкориснијих појмова и дефиниција којима се постављени циљ остварује у највећој могућој мери. Само такви појмови и такве дефиниције постају драгоцене конвенције. Оне су ствар разумног договора људи о томе шта ће се уобичајено сматрати и називати законитошћу. Али, ни такви конвенционални појмови и дефиниције права нису стални јер трају онолико колико су корисни.

Изгледа да је најједноставнији начин за решење овог проблема давно предложио Аристотел, када је дефинисање било ког појма одредио као утврђивање разлике између „родног појма“ (*genus proximum*) и „особене разлике“ (*differentia specifica*). На пример, када се каже да је „аутомобил средство за превоз“, онда је у тој дефиницији *genus proximum* то да је аутомобил „средство“, а *differentia specifica* то да је намењена „превозу“, иако он може да буде намењена и нечем другом (нпр., становању ако је реч о аутомобилу– приколици). Према истом правилу, као родни појам права обично се наводе правила људског понашања, док се за њихову особену или врсну разлику узима могућност примене физичке или неке друге принуде. Може се запазити како је Аристотелова дефиниција пре корисна него што је прецизна у смислу пружања истинитог сазнања.

Карактеристично је и схватање Сергија Викторовича Троицког,⁹ према коме такође треба поћи од Аристотелове дефиниције

9 Вид. С. В. Троицки, *Црквено право*, изд. Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, 2011, 521. Такође, вид. Б. Гардашевић, „Др Сергије Викторович Троицки“, *Богословље*, св. 1 и 2, XXIV (XXXIX), Београд 1980, 175–188 и Д. Перић, „Сергије Викторович Троицки и његово *Црквено право*“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–2, 177–183, као и допуне *Библиографије др Сергија Викторовича Троицког* које је унео проф. др Благога Гардашевић, а податке прикупиле и средиле др Светлана Мирчов и Викторија Будић.

per genus proximum et differentiam specifica за одређивање појава. Најближи род (*genus proximum*) се односи на оно шта спада у дотичну појаву, а особена разлика (*differentia specifica*) на различитости између дотичне појаве и других појава исте или сличне врсте. Такав начин дефинисања може да се примени на право и законитост. Троицки том приликом полази од дефиниције коју је дао чувени римски правник Паулус (*Paulus*), а поновио исто тако чувени римски правник Улпијан (*Domitius Ulpianus*). Она гласи: *Ius est ars boni et aequi* („Право је уметност доброг и једнаког“), с тим да се прихвати како реч *ars* има „многo ужи смисао јер није свака људска уметност право. Реч *ius* није само *ars*, него је и *ius est ars boni* („право је уметност доброг“)“.¹⁰ Дакле, појам доброг или онога што одговара норми јесте генерички појам, *genus proximum* за право и законитост. Троицки затим одређује и особену разлику, *differentia specifica*, која право разликује од других сродних и сличних појава, а пре свега од морала. Пре свега, право није било каква норма већ „норма еквивалентног карактера“. То значи да „најважнију особину права чини појам једнаког“.¹¹ Та особина права произилази из „признања јавног значаја једнакости свих људи“. Због велике сличности и прожимања моралних и правних норми, то признавање има своју моралну страну.¹²

Полазећи од дефиниције *per genus proximum et differentiam specifica*, Троицки затим одређује појам права. Према њему, „право је скуп социјалних морала еквивалентног карактера“. Такав избор је начинио желећи да појача стару римску дефиницију *Ius est ars boni et aequi*. Том изреком је обухваћена и законитост. Сматрао је да су дефиниције *sui generis et differentia specifica* најприближније

10 С. Троицки, *Црквено право*, Београд 2011, 26.

11 *Ibid.*, 27.

12 *Id.*, 29–30. Право се јасно разликује од морала јер моралне норме имају једнострану а правне двострану, императивно-атрибутивни карактер. Дакле, природа правне норме је сложенија од природе моралне норме (нпр., морал се изражава у једноставној формули *do fas* – „дај да учиниш људима“, док за право постоје сложеније формуле: *do ut des* – „дајем да ми даш“, *facio ut facias* – „чиним да ми учиниш“, или *do ut facias, facio ut des* – „дајем да ми учиниш, чиниш да би ми дао“. Из ове основне разлике права и морала потичу бројне друге њихове разлике (нпр., право се заснива на идеји једнаког, а морал на идеји жртве; право има двострану или социјалну, док морал има и лични карактер; право има спољашњи карактер „само по себи и према својој санкцији“, док морал има „унутрашњи карактер према својој природи и санкцији“. Вид. Г. Вукадиновић, Д. Митровић, „Област права и морала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Год. LI, бр. 1, Нови Сад 2017, 9–23.

природи права и, због тога, најпогоднија за његово одређивање. Али, оне нису савршене.

Постоје правни писци који не деле уверење Сергија Троицког у вредност дефиниције *sui generis et differentia specifica*. Уместо ње, користе дефиниције засноване на одговарајућој језичкој пракси (нпр., прескриптивне, дескриптивне и мешовите). Писци користе и друге врсте дефиниција. Класичне су реалне, номиналне и концептуалне дефиниције. Њихова подела се заснива на томе да ли је предмет дефинисања ствар, израз или појам.¹³ Невоља са поменутиим дефиницијама састоји се у томе што оне не могу да захвате појаву у њеној укупности. Дакле, ни оне нису савршене.

Сасвим супротан пример избора представља одустајање од дефинисања појава било којом врстом дефиниција. Карактеристично је Хартово (*Herbert Hart*) одустајање од дефинисања права као појаве. Али, када би се Хартово становиште прихватило, то би значило да у савременој правној науци треба одбацити и дефинисање појма законитости. Срећом, није тако. Појаве је могуће одредити и разликовати чак и када их није могуће прецизно разграничити и у целости обухватити неком врстом дефиниције. Може се закључити још нешто: да је сам Харт право ипак сматрао системом норми којима се уређује понашање грађана и државних органа.¹⁴ А то значи да је поред дефиниције појма права располагао и дефиницијом појма законитости у духу англосаксонског схватања *rule of law*.

Изгледа да је за конвенционално одређивање појма законитости ипак најбоље користити дефиницију *per genus proximum et differentia specifica*. Према њој, родни појам законитости чинило би њена идеја, суштина, тј. оно што је стално у њој, што је трајно и непроменљиво, а особену разлику садржина, облици и пракса, тј. оно што није стално, трајно и непроменљиво. Можда би разликовање између сталног и променљивог, изворног и посебног у начелу законитости, могло да се одреди као „међусобно допуњавајућа нестабилност“ различитих страна исте појаве, нарочито када од тога зависи начин на који ће бити додатно одређена изведена значења појма законитости, која повратно утичу на смисао, домаћај и вредност њеног општег појма.

13 Вид. М. Марковић, *Филозофски основи науке*, Београд 1981, 425–426, 429, 435.

14 Вид. Х. Харт, *Оглед из јуриспруденције и филозофије*, Београд 2015.

3. Место начела законитости

Сложена природа и релативно остваривање начела законитости одређују улогу и место овог начела, које је прешло дуг пут од владареве воље до савременог правног начела. Није тешко запазити да се њено некадашње место у римској јуриспруденцији или у средњовековној теолошкој и световној мисли сасвим јасно међусобно разликују. Та разлика је још већа када се законитост као остварење бојје или владарске воље упореди са модерном законитошћу која се везује за постојање демократије и остваривање грађанских и људских слобода и права. Поменути историјски примери нису једини. На пример, у европској традицији на Континенту начело законитости се уобичајено повезивало са нормативним формално-логичким захтевом да нижи правни акти буду сагласни са законом. Само изузетно се појму законитости придавало значење које је иначе основно у англосаксонском праву, традицији и искуству. Реч је о држави владавине права, односно правној држави. Будући да је самоочигледно да сагласност са законом није увек сагласност са животним чињеницама, такође, сматрало се да због нормативног значења законитости не треба занемаривати њено друштвено значење, нити њена изведена политичка, културна, организационо-техничка или нека друга значења. У прилог томе, често је истицао како друштвено значење законитости увек штити политичку вољу владајуће класе.¹⁵ Та воља је објашњавана и оправдавана општом народном сагласношћу или барем сагласношћу датом од неког изабраног репрезентативног тела. То је нужно, будући да је владајућу класу и владајућу елиту унутар владајуће класе увек чинила повлашћена мањина. Осветљавање те воље и њено довођење у везу са нормативним појмом законитости због тога представља саставни део одговора на питање шта збиља јесте начело законитости и зашто је оно управо такво у неком друштву и времену, а нарочито зашто заузима средишње место у различитим друштвеним порецима и системима права. Изгледа да у том начелу постоји нешто што је дубље од његовог нормативног правног израза.

15 Вид. К. Mannheim, *Mensch und Gesellschaft im Zeitalter des Umbaus*, Leiden 1958; R. Dahl, *A critique of the Ruling Elite Model*, Cambridge University Press, 1958; Ch. R. Mills, *The Power Elite*, New York 1960; H. P. Dreitzel, *Elitebegriff und Sozialstruktur*, Stuttgart 1962; R. Presthus, *Men at the Top*, New York & London 1964; K. von Beyme, *Suvremene političke teorije*, Zagreb 1976.

Иза различитих значења начела законитости и исто тако различитог искуства са начелом законитости, иза тог површинског привада шароликости и нереди, налази се стална и непроменљива идеја која право са начелом законитости представља на сасвим другачији начин – као *йравну извесност*. Та важна страна у сасвим другачијем светлу приказује право и законитост као повезане динамичке системе правила о људском понашању.

Може се утврдити како је право свесно-плански или спонтано створен систем правила, а начело законитости свесно-плански створено правило или скуп правила о томе како ће право да се спроводи, односно процедурално метаправно правило о материјалним правним правилима.

4. Значај начела законитости

Начело законитости у свим друштвима има изузетан значај. Без њега не може да се замисли постојање никаквог историјског или садашњег поретка. Али, начело законитости није једино такво правно начело. Поред њега, важно место имају слична начела уставности или саправности. Данас је уставност формално надређена законитости, иако је у Новом веку изведена из начела законитости, док је саправност подлога сваком правном начелу, укључујући и законитост, и постоји од настанка права. Упркос настојањима, ова друга два начела нису успела до краја да оспоре и даље истакнуто место начела законитости.

Чињеница да начело законитости у свим друштвима има изузетан значај показује да не може постојати друштво са државом и правом без начела законитости. Много је лакше замислити друштво, државу и право без начела уставности. Мисли да је законитост правило или скуп правила о томе како ће право да се спроводи, тј. да је законитост процедурално метаправно правило, нарочито погодује настојање државне власти да на „свој“ начин спроводи важећа правна правила. Упркос томе, често је истицано супротно: да је за управљање друштвом довољна моћ, али да је за исправно управљање друштвом потребно начело законитости која усмерава и ограничава ту моћ. Будући да моћ савремене државе претеже над моћи друштва, то ограничавање државне власти начелом законитости постаје још важнији, а можда и најважнији начин да се моћ државе ипак институционализује,

инструментализује и контролише. Начело законитости, дакле, није само пуко средство државне власти, јер у сваком друштву постоје политички субјекти који ублажавају апсолутну примену државног елемента у друштву, као што су водеће друштвене групе (елите изван државе), прописи међународних организација који се без ратификације непосредно примењују у домаћем праву, различите политичке, привредне, верске, културне и друге организације које сачињавају цивилно друштво итд.¹⁶ Тек када се између та два пола успостави равнотежа у друштву, а она је увек динамичка и релативна, може се рећи да је оправдано додатно стабилизовање друштва коришћењем моћи државе у смислу појачавања степена предвидљивости финим подешавањем и подизањем степена опште друштвене извесности. У исто време, начело законитости је најважније средство да се у друштву обезбеди извесност између субјеката права.

Начело законитости треба да омогући и олакша правилну примену права. Иако оно никад не може потпуно да се оствари, његово релативно остваривање му не одузима изворну кохезивну снагу. У повољним условима, законитост може да уздигне право до висина које служе као узор, али може и да убрза пропаст лошег права појачавањем његових суштинских недостатака. То су начини на које законитост оснажује или одузима легитимност државној власти.

Колико је велики значај начела законитости потврђује бројна непосредна и готово непребројна посредна литература. Она на неки начин представља споменик непрекинутој човековој потрази за друштвеним поретком у коме ће законитост да се уважава и примењује, нарочито када је та потрага надахнута вредностима правде, правичности, слободе, једнакости, реда и мира, правне сигурности итд. То је случај чак и када се сусрећу сасвим опречни савети и препоруке, као што је случај са саветима да законима треба све да се регулише или да је највећа неправда обавезивати људе законима којих има толико да не могу да буду прочитани. Иза тог привидног утиска нереда налази се важна идеја коју су формулисали старогрчки софисти: да се закони мењају, али да законитост треба да буде постојана.

16 R. Layton, *Order and Anarchy. Civil Society, Social Disorder and War*, Cambridge University Press, 2006, 45–81. Вид. Ц. Кин, *Цивилно друштво*, Београд 2003.

ПРВИ ДЕО
ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ И
САВРЕМЕНА УЧЕЊА О
НАЧЕЛУ ЗАКОНИТОСТИ

I глава

ЗАКОНИТОСТ У СТАРОМ И СРЕДЊЕМ ВЕКУ

Изгледа да је нешто што би се могло назвати првобитном праксом законитости знатно древније од најстаријих сачуваних писаних сведочанстава која могу да послуже као поуздан ослонац за упознавање са историјатом начела законитости. Сачувани правни споменици померају историјску границу уназад, али то померање често подсећа на приближавање логаритамске криве оси. Ипак, захваљујући сачуваним правним споменицима, поуздано могу да се одреде главни облици начела законитости.

За историјске облике законитости најчешће се каже да спадају у правни облик безаконске државе, односно државе безакоња. Будући да се ради о аутократским облицима владања, њима је прилагођено начело законитости. Али, од тренутка када је правна пракса престала да буде жива традиција, о стварној ситуацији више од правних докумената обавештавају списи посвећени држави и праву.

1. Законитост у Старом веку

О законитости у Старом веку сведоче непосредни и посредни писани правни извори. Први европски наговештаји о законитости сусрећу се у митским предањима Грка о богињи Темис. По предању, „темис означава утемељење, поредак и обичај. Темис је, даље, пропис који утврђује свачије право и дужност пред ауторитетом...“.¹⁷ Она одређује које је понашање исправно.

17 Н. А. Кун, *Лејенде и митови старије Грчке*, Сарајево 1971, 14. Вид. В. С. Нерсесянц, *Право и закон*, Москва 1983, 85.

У грчкој митологији, поред богиње Темис, појављује се и богиња Дике, заштитница права на Олимпу и Земљи. Дике доноси право људима, објављује га и штити. У томе јој помаже помоћница Неместис, која врши одмазду над прекршиоцима и успоставља нарушену равнотежу. Богиња „Дике је Зевсова кћи која пази и на правосуђе“, јер „Зевс строго кажњава неправедне судије када му Дике јави да се они не придржавају закона који је он саздао“.¹⁸

У грчкој митологији су из наведених главних појмова изведени други појмови и изрази. То је нарочито био случај са „дикаион“ (митска представа правде или право које обухвата читаву правду), „деикнуми“ (доказати оно што јесте речима), „дисномиа“ (рђав поредак), „ерис“ (свађа, спор који омета ред), „бис“ (сила супротна праву) и „хубрис“ (правна неумереност која прекорачује границе права). Деикнуми се може схватити и као начин за доказивање материјалне истине, ерис као злоупотреба права на судску заштиту, а бис као ознака за ентропију у праву. Противници богиње Дике су дисномиа, ерис и хубрис. Наведеним појмовима блиски су појмови „еуномиа“ (првобитно богиња законитости, а касније сама законитост) и „аномиа“ (безакоње, незаконитост, необузданост, који се повезују са беспоретком и хаосом).¹⁹

Митолошким представама старих Грка одговарала је читава галерија појмова често оличених у ликовима божанстава. Упоредо са тим, одвијале су се промене у схватању начела законитости – од оног што је „праведно по природи“ до оног што је „праведно по закону“. Те промене су се одвијале упоредо са уступањем „митоса“ пред „логосом“ и све јаснијим прављењем разлике између *λοῖος* и *νομος*, од када започиње тзв. „антрополошки период“ у античкој грчкој историји.²⁰ Наведене промене кретале су се у распону од настанка и процвата софистичких учења све до њихове филозофске критике и негације у сачуваним делима Платона и Аристотела.

Сократ (*Sokrates*), један од најпознатијих присталица разликовања природног од позитивног права, сматрао је да се „треба покорити природном праву, које је воља богова, односно дело разума, вечитог и једног за све... То његово убеђење довело га је

18 Н. А. Кун, 14.

19 Вид. О. Gorski – Н. Majnarić, *Grčko-srpskohrvatski rječnik*, Zagreb 1960, 457; О. Станојевић, *Историја политичких и правних институција*, Крагујевац 1979, 102; Љ. Тадић, 31.

20 Вид. М. Ђурић, *Идеја природног права код грчких софиста*, Београд 1959, 82 и даље.

до трагичне смрти“.²¹ Сачуване су од заборавља његове мисли да „праведност није индивидуална, већ политичка врлина“, као и да су „праведно и законито једно другом супротстављени“.²²

За Платона (*Plato*, право име Аристокле, такође познат као „памет Академије“), закони треба да штите заједничко добро грађана. У томе је Платон налазио смисао служењу идеји правде. Закони који штите само добро појединаца или делова друштва нису прави већ привидни закони. На ту разлику подсећа паралела између Платонових ставова и Ксенофонове белешке о Перикловом схватању закона и законитости.²³

Интересантан је развој Платонових ставова о законитости. У *Држави* Платон је као млад мислилац полагао наду у владара-филозофа. Владари треба да буду стари, обазриви, енергични и ода ни држави, па чак смеју и да лажу у име државе, док то нико други не сме. Сматрао је да би тако могла да буде успостављена праведна, тј. најправеднија држава. У *Државнику*, Платон је као зрео мислилац сматрао да је мало владара који су у исто време способни да буду филозофи. Земље које немају никакве владаре-филозофе треба уместо владавине људи да уведу владавину закона.²⁴ Међутим, у *Законима*, делу које је написао као стар човек и сасвим зрео мислилац, Платон је ту своју идеју о владавини закона проширио. Истицао је: „Нужно је да људи имају законе и да према њима живе или да се нимало не разликују од потпуно дивљих животиња. Узрок је томе што се ниједан човек не рађа с природеном способношћу да спозна шта је људима у државном животу корисно, нити, ако схвати шта је за њих најбоље, да буде кадар и ваљан увек да то извршава... Заиста, када би се икада нашао човек, рођен божанским усудом, који би био способан да то схвати, не би му нимало требало закона да њиме владају. Ни закон наине нити икакав поредак није вреднији од знања, па није право да ум буде ичему подложен и да робује, него да влада свиме, ако је заиста по својој природи истинит и слободан. Сада, на жалост, нигде није тако или је само у ограниченој мери. Стога треба одабрати то друго, наине закон и поредак који додуше виде и примећују пуно тога, али ипак не могу све“.²⁵ Речју, када већ не могу да буду филозофи,

21 Р. Лукић, *Историја политичких и правних теорија. Од антике до почетка XVII века*. I, Београд 1979, 77.

22 Љ. Тадић, 33–35.

23 Р. Лукић, 96. Вид. *Platon, Državnik*, Zagreb 1942, 120; A. V. G. Sabine, *A History of Political Theory*, London 1938, 72 и даље.

24 Вид. Платон, *Држава*, Београд 1969.

25 Платон, *Закони*, IX, Београд 1957, 13.

владари треба да буду слуге закона. Ту своју идеју Платон је даље развио бележећи: „Они који се обично називају управљачима назвао сам сада слугама закона не из жеље да градим нове називе, него јер сам уверен да од тога више него од ичега другог зависи и одржање и пропаст. Таквој наине држави у којој је закон подвргнут власти и нема снаге, видим да је спремна пропаст. Оној напротив, где је закон господар управљача, а они његове слуге, осигурано је, јасно видим, и одржање и све благодети, које богови дадоше државама“.²⁶

Аристотел (*Aristotle*, познат и као „Учитељ“), Платонов ученик, други је најзначајнији антички мислилац. И у његовом филозофско-политичком учењу сусреће се низ значајних запажања и ставова о законитости. Полазећи од идеје да човекова природа захтева живот у заједници (јер је човек друштвена животиња / *zoon politikon*/), као и да се правом регулишу најважнији друштвени односи, Аристотел је законитост везао за позитивно право. Сматрао је да је позитивно право значајније када је законски установљено.²⁷ Али, то не значи да законитост неће постојати када право није праведно. Аристотел је дозвољавао да се законитим назову и закони у којима је очигледна самовоља владара. Сматрао је да су и такви закони законити, али да нису праведни.²⁸

Следећа важна Аристотелова мисао законитост доводи у везу са облицима државног уређења. Аристотел је о томе забележио: „Законе, наине, треба доносити према државном уређењу, а не да се државно уређење управља према закону, јер државно уређење је организација власти у држави, начин на који је власт распоређена; државним уређењем одређено је ко је носилац државне власти у држави и шта је циљ сваке поједине државне заједнице. Закони су напротив, одвојени од оног што одређује једно државно уређење као такво, по њима треба да владају они у чијим је рукама власт и да сузбију оне који крше законе“. Такође, говорећи о владоцу, Аристотел је запазио: „Може неко рећи да је уопште погрешно да владалац буде један човек, а не закон, пошто је један човек подложен страстима. Али ако је сад сам закон олигархијски или демократски, каква би била разлика између тог стања и напред помешног“. Уочивши наведену противречност, Аристотел је тврдио да сами закони нису довољни за отклањање самовоље појединца, али да ће правде и законитости бити више ако закон једнако обавезује

26 *Ibid.*, IV, 7.

27 Аристотел, *Метифизика*, Београд 1960, 297.

28 Аристотел, *Политика*, Београд 1960, 5.

оног који по њему треба да се влада и оног који о томе одлучује. Како би закони збиља подједнако обавезивали људе, Аристотел је предлагао: боље је све регулисати законом него се предати самовољи судија. Такође, предлагао је да ће у добро уређеној држави службеници, „било један или више њих, једино о оним стварима смети одлучивати где закони не могу дати никакву тачну одлуку, јер није лако да се општим одредбама обухвате такође сви појединачни случајеви“.²⁹

Упркос изнетом, може се запазити да је и сам Аристотел био скептичан према властитим упутствима. О томе сведочи следећи његов став у његовом делу *Полиџика*: „Захтевати да влада закон значи захтевати да влада бог и ум, а захтевати да влада човек значи допустити и животињи да влада, јер пожуда је нешто животињско, а страст квари и најбоље људе који су на власти. Стога закон представља разум без прохтева... Они који траже правду траже средину, а закон је средина“.³⁰

После Платона и Аристотела готово да није било значајних дела у којима су развијана учења о праву и законитости. Новину представљају мање-више успешне разраде Платонових и Аристотелових поставки. На пример, стоици су од Епикура са Самоса (*Ephikuros*) до римских правника практичара истицали да вечни закони делују као судбина, да су природни закони мерило позитивних закона, да је велика она држава са једним устројством и једним законом. Сматрали су да је најбоље када се такав закон поистовети са морално-правним законом. Тај закон су Епикур, Сенека (*Lucius Annaeus Seneca*) и Марко Аурелије (*Marcus Aurelius*) изједначавали са идеалом блаженог живота.

У римској правној науци законитост је претежно схватана прагматично, а не као прворазредана етичка категорија. Па ипак, за Цицерона (*Marcus Tullius Cicero*), поред „закона који владају људима“ (*ius*), постоје и „вечни закони“ који су израз природе. За Улпијана јуриспруденција је била познавање о ономе што је праведно и неправедно. Међутим, и за Улпијана, и за друге римске правнике, законитост се сводила на изреке: „Закон важи јер тако хоће владалац“ (*Quod principi placuit, legis habet vigorem*) и „Владалац је слободан од законске одговорности“ (*Princeps legibus solutus est*).³¹ Тиме је природно право изједначено са позитивним правом, а ово са вољом владара.

29 *Ibid.*, 115.

30 *Id.*, 2–4, 6.

31 Љ. Тадић, 43.

Исту идеју је у VI веку прихватио цар Јустинијан I (*Iustinianus Flavius Anicius*) у свом чувеном законнику *Corpus iuris civilis*.³² У делу овог законика под називом *Digesta* (Збирка мишљења римских правника и уџбеник права у 50 књига из 533. године) природно право је одређено као оно чему је природа научила све животиње, а *ius gentium* (право народа) као оно које користе сви народи. То је значило да и ропство представља део *ius gentium*-а, иако је противно природи, јер се сусреће код свих народа. Насупрот очекиваном, наведена дефиниција природног права ни данас нема филозофску важност или непосредан практичан значај, што не значи да од почетка није била лишена снажног емоционалног набоја. Она је усвојена како би се одрекао значај природном праву, јер је за римске правнике природно право одувек било „облик позитивног права, а не идеал права, или *граница* ваљаности позитивног права“.³³

У Старом веку појам законитости је постепено уобличаван од самих митолошких почетака до једног значајног, а можда и најзначајнијег правног начела. Међутим, треба уочити како сви закони, а нарочито људски закони који су основ законитости, нису исти ни међу собом нити по дејству према другима. Још је Тразимах (*Thrasymachos*) разликовао законе који учвршћују вољу моћника од закона који су израз разума. Према њему, „мали преступник, који је само једном украо бива строго кажњен, а велики може да учини све неправде, али свагда некажњено и у своју велику корист“, јер, „гаврановима се опрашта, голубови се стављају на муке“ (*Dat veniam corvis, vexat ceasura columbus*).³⁴

За античку грчку и римску мисао карактеристична су два приступа законитости. Према првом, законитост представља начело које треба да омогући остваривање идеала правде као највише вредности. Нарочито је у делима Платона и Аристотела истицано једно морализаторско третирање државе, права и законитости. Држава и право треба да су праведни, а законитост треба да следи тај захтев. Према другом, законитост представља начело које не мора увек да остварује правне идеале, а нарочито не идеал правде. Тиме је истакнута њена прагматичка, догматичко-нормативна страна.

Интересантно је да у античкој Грчкој и античком Риму нема ни трага одрицању послушности заповестима позитивних закона због

32 Вид. *Јустинијанова Дијестиа*, прир. О. Станојевић, Београд 1997.

33 Љ. Тадић, 46.

34 Нав. према: Љ. Тадић, 33.

њихове очигледне неправедности или несагласности са природним законима. Изгледа да је у свести античких народа била дубоко усађена идеја о потреби поштовања закона. Захваљујући Платону, непролазним сјајем је обасјано сећање на Сократову жртву 399. године пре н. е., када се покорио неправедној пресуди, сматрајући своју личну жртву мањим злом од зла проузрокованог непоштовањем рђавих закона.³⁵ Нешто другачији став о потреби строгог поштовања само праведних закона могуће је илустровати подсећањем на чувену Антигонину реченицу из истоимене Софоклове драме, по којој поред људских закона постоје вечни, независни од свести и воље људи, природни закони који су изнад позитивних.³⁶ Али, већ у позном Старом веку такво морализаторско схватање је напуштено, барем када се ради о законитости која је развијана у духу римске јуриспруденције и правне традиције. Поступати законито више не значи служити идеји правде, већ вољи владара.

2. Законитост у Средњем веку

Средњовековна законитост представља по много чему особен облик законитости. У времену у коме стара световна власт готово да ишчезава, а нова световна власт тек треба да попуни упражњене просторе друштвеног живота, хришћанска црква се наметнула као замена за расточену Западну римску државу и као стварни носилац феудалног начина производње постављеног у римском доминату. У таквим измењеним условима, хришћанска црква је развијала властити теолошко-филозофски поглед који је излагала догматски. Црквено учење имало је за циљ да разреши проблем човековог места у свету, али и однос духовне и световне власти. Централно место ове друге теме припада односу цркве и државе и питању ко је легитиман носилац власти у друштву.

У најважнијим црквеним списима право се посебно не помиње, иако је готово стално присутно у Старом и Новом завету и разрађено у за то посебно сроченим црквеним филозофско-правним списима.³⁷ У раним списима католичких филозофа, држава и право су одређивани као поредак „грешног стања“, а правда као религиозно савршенство. Такво учење је постепено промењено

35 Вид. Ђ. Шушњић, *Сокрајџ. Живот за истину*, Београд 2003.

36 Вид. Г. Фасо, *Историја филозофије љава*, Београд – Подгорица 2007, 24–25.

37 Вид. С. Троицки, *Црквено љава*, Београд 2011.

појавом патристике, од када су теолози (Јустин /*Justinus*/, Атенагора /*Athenagoras*/, Ориген /*Origenes Adamantius*/, Лактанције /*Lucius Caecilius Firmianus Lactancius*/) почели да преузимају и уграђују у теолошко учење духовно благо античког света не мењајући владајући црквени став да су филозофија и наука „слушкиње теологије“. Најистакнутије место међу њима припада каснијим црквеним филозофима, прво Аурелију Августину, а затим Томи Аквинском.

За св. Августина (*Aurelius Augustinus*), највећег представника патристике, не само држава већ и право представљају еманацију Божје воље. Управо она треба да обезбеди слогу која се у друштву испољава као мир. У свом петокњижном делу *О држави Божјој* (*De civitate Dei*),³⁸ Августин је изложио идеју о постојању три врсте закона, односно права (чиме је увео тријализам уместо античког дуализма): божанских вечних закона (*lex aeterna*), природних закона (*lex naturae*) и позитивних закона (*ius positum*). То је нужно, јер Бог више није природа, већ стваралац природе, тј. свега што постоји. Од вечних закона најудаљенији су позитивни закони за које Августин каже да су заједно са државом, власништвом и ропством настали из зла и насиља. Они су нелегитимни и неоправдани јер су лишени правде. Такви неправедни закони државу претварају у „разбојничко удружење“ са којим морално ратују „држава Божја „ и „Црква“. И обратно, позитивни закони су легитимни и оправдани када се у њима одражава божанска праведност која се огледа у отварању ка Богу и стапању са државом Божјом.³⁹

Наредни велики католички филозоф после Августина био је св. Тома Аквински (*Thomasius Aquitanus*). Он је у свом делу *Summa theologiae*⁴⁰ успео да „теологизује“ Аристотелово учење и „аристотелизује“ црквено учење. То је учинио напуштајући рану хришћанску сумњичавост према држави и праву, а затим и римско схватање закона као воље владара. Усвајајући Аристотелово схватање закона као средства разума за остварење доброг живота у заједници и Августинову троделну поделу закона, он је класично схватање права прилагодио новим интересима и потребама хришћанске доктрине. По њему, универзум представља поредак (*ordo*) који је уређен на један хијерархијски, ступњевит начин, способан да се хармонично изграђује. Саставни део те слике чине вечни закони (*lex aeterna*). Они су оличење божанског разума

38 Вид. А. Augustin, *О држави Божјој*, Zagreb 1982, 17–24.

39 Р. Лукић, 179.

40 Вид. Т. Aquitanus, *Summa theologiae*, Zagreb 1980, 43–49.

који сврховито управља свиме што постоји. Вечним законима су подређени природни закони (*lex naturalis*) који представљају „учествовање рационалног створења у вечном закону“. Њихово основно природноправно правило гласи: „чинити добро, избежавати зло“ (*bonum faciendum, malum vitandum*), док су остала природноправна правила рационално изведена и усклађена са овим основним правилом. Постоје и људски закони (*lex humana*) који су садржани у позитивном или државном праву (*ius positum*).⁴¹ Људски закони настају људском вољом и дедукцијом из природног закона (*per modum conclusionum*: нпр., сви су људи рођени једнаки) или допуњавањем општих природних правила (*per modum determinationis*: нпр., ко чини зло, треба да буде кажњен).

Аквински своју замисао универзалног поретка није апсолутизовао, већ релативизовао. Пошто природни закони нису довољни да уреде живот у заједници, постоје људски закони који се примењују тако да „конкретизују“ природне законе. Они се деле на опште (*lex generalis*) и специјалне (*lex specialis*). Прве поставља законодавац, а друге судија, с тим што је боље оставити прописивање људских закона законодавцу него судијама. Они који „доносе законе посматрају на основу дугог искуства оно што закон треба да садржи, док су пресуде о појединачним чињеницама изазване случајевима који су искрсли изненада“.⁴² Али, сви људски закони су обавезни само када су праведни, тј. у складу са природним и божанским законом. Када то није случај, тада треба одступити од таквих закона, јер су они „више насиље него закони“. Такође, од закона треба одступити када покажу своју немоћ да остваре постављени циљ или када „прекорачују овлашћења“ која су у њима записана, јер „не припада било коме да цени шта је корисно за закон а шта не“. То је посао владара „који имају, управо због таквих случајева, да ослободе од примене закона“.⁴³

Природноправно учење Томе Аквинског задржало се у римокатоличкој правној доктрини све до нашег доба као „вечна филозофија“ („томизам“). Оно је присутно и у савременим схоластичким природноправним учењима (Мишела Вилеја /*Michel Villey*/, Џона Финиса /*John M. Finnis*/, Алфонса Боастела /*Alphonse Barthélemy Martin Boistele*/, Виктора Катрајна /*Victor Cathrein*/, Жоржа Ренара /*Georges Renard*/ или Жака Леклерка /*Jacques Leclercq*/).⁴⁴

41 Вид. Т. Аквински, *Država*, Zagreb 1990, 96–97.

42 Нав. према: Р. Лукић, 204.

43 Т. Аквински, *Država*, 97.

44 Вид. Г. Вукадиновић, *Теорија права II*, Нови Сад 2002, 50 и даље.

Упоредо са римокатоличком природноправном теоријом, од XVI века се на тлу Западне Европе развијала протестантска природноправна теорија чији су главни представници Мартин Лутер (*Martin Luther*), Хајлдрајх Цвингли (*Huldreich Zwingli*), Жан Калвин (*Jean Calvin*), Филип Меланхтон (*Philipp Melancthon*) и други.⁴⁵ Све њих није толико покретала потреба за утврђивањем слободе „човека као таквог“, колико религиозна потреба за слободом „човека као хришћанина“. Ту слободу схватали су као слободу од греха, а не као слободу у политичком и правном смислу од ауторитета и власти. По њима, правда до човека стиже из саме вере, док је свет закона „свет греха“. Хришћани сами „примењују доброту и правду много више но што их томе могу научити сви закони заједно, па немају потребе да имају законе или право за себе“.⁴⁶ Одбијајући помисао на обавезност поштовање закона и дајући предност посланицама св. Павла над важећим законима, наведени представници су пропустили прилику да у средиште свог хришћанског схватања етичког живота поставе човека као аутономну стварност и апсолутну вредност. Уместо њих, то су касније учинили представници рационалистичких природноправних теорија.

Иако је средњовековна мисао заговарала правоверност и неговала херменеутичко схватање државе и права, то не значи да није прављена разлика између теолошког и световног појма законитости. Карактеристичан пример представљају *Василике* у средњовековној ромејској држави, у којој се развој правне мисли, а тиме и правног учења, одвијао на темељима Јустинијанове кодификације и римско-грчке правне традиције, више захваљујући вољи ромејских владара него моћи и убедљивости црквених отаца.⁴⁷ И пошто се захваљујући теорији симфоније знало шта ко

45 Вид. Љ. Тадић, 65–68.

46 Нав. према: Г. Фасо, 213.

47 Израз „Романија“ (или „Ромеја“) или „Романијско“ (или „Ромејско“) царство је прави назив за некадашње Источно римско царство које је трајало од 330. до 1453. године. Када се мисли на државу, каже се Романија, а када се мисли на њене становнике – Ромеја. Настао је од директног превода латинских речи „*Imperium Romanorum*“ („Римско царство“). Израз „Византијско царство“ (или „Византија“), потпуно је био стран његовим становницима и хроничарима. То потврђују сачувани извори који искључиво говоре о Ромејима, а не о Византинцима. Израз „Византија“ први пут се сусреће у XVI веку, 1577. године. Користио га је немачки историчар Хероним Волф у свом делу *Corpus Historiae Byzantinae*. Потиче од речи „Византион“, имена малог местаца на Босфору, на чијим је темељима 330. године Константин Велики подигао престоницу Источног римског царства – град Константинопољ. Од тада је израз Византија некритички прихваћен и коришћен да

треба да ради у држави, ромејски цар Василије I, оснивач Македонске династије, подстакнут потребом да обезбеди правду за све и заштити поседе ситних земљопоседника, поставио је у IX и X веку посебну комисију са задатком да изврши поновну кодификацију и ревизију важећег права. Његов посао наставио је нови ромејски цар Лав VI Мудри. Кодекс од 60 томова који је добијен овим радом, написан на грчком и познат као *Василике*, постао је основ средњовековног ромејског права, али постепено, јер је требало да протекне доста времена док је сасвим потиснуо Јустинијанов законик.⁴⁸ Тако је било до пропасти Ромејског царства, када се духовна и световна премоћ премешта на тле Западне Европе.

Два века касније, у XI и XII веку у Западној Европи, Пјер Абелар (*Pierre Abélard*), световни филозоф и претеча ренесансе, први је употребио израз „позитивно право“ и нагласио разлику између природне правде (*iustitia naturalis*) и позитивне правде (*iustitia positive*). Слично је поступио неколико деценија после Абелара Марсилије Падовански (*Marsilius Padovanus*), који је развио једну световну и позитивистичку концепцију права. Према њему, извор позитивног права није „Бог“ него „Народ“. Такве законе уобличава и спроводи држава. Закон је само заповест једне воље упућена другој вољи, која почива на световним санкцијама.⁴⁹

Световни приступ праву и законитости формално је потврђен у политичким и правним документима тог доба, као што су Салијски и Рипуарски законик, Руска правда, *Majestas Carolina* у Чешкој, Душанов законик у Србији, Општепруски законик, Општенамачки кривични законик, Царски судбеник Ивана IV итд. Поред тога, и Римокатоличка црква је доносила своје законике (кодексе), као што је (нпр.) Усаглашавање оног што је несагласно закону (*Concordantia discordantium canonum*), што, такође, указује на све јаснију разлику између световне и црквене власти. У исто време, доношени су правни документи којима су постављени темељи будућем модерном појму законитости.

Карактеристичан је пример Велике повеље слобода (*Magna carta libertatum*) из 1215. (1216, 1217. и 1225.) године, у чијем се

би се потиснуо прави назив, пре свега у корист првог, тзв. Светог римског царства (*Holy Roman Empire*, 962–1806). Треба додати да су постојала још два покушаја стварања царства на темељима некадашњег Светог римског царства: други, тзв. Немачко царство /*German Empire*, 1871–1918/ и трећи, Трећи рајх /*Third Empire*, 1933–1945/).

48 Рани средњи век, Београд 1976, 132.

49 Р. Лукић, 217–218.

члану 39. гарантује заштита личности и власништва као и сваки захват у област утврђен том повељом. Описујући борбу око Велике повеље, Џејмс Брајс (*James Bryce*) каже да су барони и прелати „ишчупали“ од краља Повељу, оптужујући га за тиранске поступке и насртаје на давнашња права грађана, њихову личност и својину, као и за незаконит рад судова, неправедно одмерене глобе и намете. После Повеље, све чешће се прихватало да се чак изнад самог владара налази закон кога и он мора да се придржава. Ако се владар понаша у складу са законом, тада поступа *per legem terrae*. У противном, он влада самовољно и противно Повељи, на основу свога *placitum*.⁵⁰ Већ у доба Хенрија VI закон је представљао „највише наслеђе које је краљ имао, јер он сам и сви његови поданици владају се по закону, и ако не буде закона, ниједног краља и ниједног наслеђа неће бити“.⁵¹ Сличне одредбе налазе се и у закону краља Владислава Јегеловича, у коме се каже да нико не може да се казни без правног основа (*Neminem captivabimus nisi iure victum*).⁵²

У Немањићкој средњовековној српској држави најважнији извор права била је *Светосавска крмчија* (Номоканон св. Саве) из 1219/1220. године. Представљала је рецепцију ромејског грађанског и црквеног права. Али, сасвим јасна идеја о владавини закона, и то не рудиментарна већ уобличена, сусреће се у каснијем српском *Законику Стјефана Душана* (донетом 21. маја 1349. године у Скопљу, а допуњеном на сабору одржаном 31. августа 1354. године у Серу). У члану 171. овог Законика стоји: „Ако успише писмо царства ми, или из срцбе, или из љубави, или из милости за некога, а то писмо ружи Законик, није по правди и закону, како Законик пише, судије том писму да не верују, него да суде и извршавају како је по правди“, а у члану 172: „Све судије да суде по Закону, право како пише у Законику, а да не суде по страху од царства ми“.⁵³ Иако су у Законику само два члана непосредно посвећена законитости, несумњиво је да је идеја законитости прожимала цео Законик, који је у много чему предњачио над другим сличним законцима тог доба. У Душановом законику је готово на афористичан начин правно одређена модерна идеја начела законитости, и то скоро два и по века пре него што ће у Западној

50 Џ. Брајс, *Савремене демократије*, I, Београд 1931, 78 и даље.

51 G. Vassalli, *Nullum crimen sine lege*, Torino 1939, 21 и даље.

52 A. V. Dicey, *Introduction to the study of the Law of constitution*, London 1927 (1982), 179 и даље.

53 *Душанов законик*, прир. Н. Радојчић, Београд 1960, 134–135.

Европи, захваљујући великим покретима и преокретима, да отпочне борба за начело законитости какво је већ било записано у Душановом законуку. Са Закоником је равноправно примењивана Светосавска крмчија, чак вековима после њиховог доношења.

Средњовековна теологизована мисао, надахнута римокатоличком интерпретацијом хришћанства, законитост је дуго времена схватала као поредак грешног стања који треба да тежи сагласности са божанским законом. Такво схватање касније се све чешће односило само на црквене прописе (нпр., *Corpus iuris canonici*). У исто време, стицањем одлучујуће предности световне власти над црквеном и њеним даљим јачањем, у свести и понашању људи краљ се све чешће схватао као „извор закона и чувар поретка“, па се тако доживљавало и начело законитости.

Ако је средњовековно друштво било крајње раслојено према хијерократском начелу, то је и његов састав морао да буде исто тако правно изражен и заштићен. Једно од најважнијих средстава за постизање тог циља представљала је законитост, иако на помало неуобичајен начин. Не само правни текстови, већ сви сачувани текстови у којима се истичу склад и хармонија, у ствари, само су на различите начине говорили о законитости. Због тога се може тврдити како средњовековна законитост поседује извесна стална обележја која је издвајају и представљају као особен облик законитости, упркос тврдњама угледних историчара, као што је Арнолд Тојнби (*Arnold John Toynbee*), да средњи век није био никаква засебна формација већ прелазни период у друштвено-историјском развоју друштва од робовласништва до капитализма. Када би се таква тврдња прихватила као тачна, излагање о средњовековној законитости постало би излишно, што није случај.

За средњовековну законитост карактеристичан је изразито неједнак правни третман читавих области или врста појединаца на номиналном простору партикуларизоване државе; нестабилна садржина коју пре свих одређују односи између цркве, владара и народа; несистематичност и неизграђеност сигурних јемстава и средстава за правну заштиту итд. Својства средњовековне законитости се мењају тек настанком грађанских држава и модерне грађанске законитости.

II глава

ГРАЂАНСКА ЗАКОНИТОСТ

1. Законитост у учењима грађанских мислилаца од краја позног средњег века и њихов утицај

За уобличавање модерног појма начела законитости нарочито су значајни мислиоци који су живели и стварали у позном Средњем веку, али су духовно припадали надолазећем грађанском добу. Као претече бурних политичких догађаја и друштвених потреса, а често и као њихови духовни оци, они су одлучујуће утицали на обликовање другачијег погледа на човека и његово место у свету. Захваљујући њиховим учењима, духовни универзализам и световна разједињеност феудалног друштва бивају замењени индивидуализмом и интеграцијом као новим погледима. То је произвело да се дотле неприкосновени закони релативизирају. Таквој новој духовној оријентацији нарочито је погодновало ширење рационализма у филозофији и науци.

Нова духовна оријентација одразила се на схватање законитости. Већ на размеђи XV и XVI века, Николо Макијавели (*Nicoló Machievelli*), један од првих модерних грађанских мислилаца који је раздвојио политику од етике и створио тзв. „чисту“ политику и политичку доктрину, први је успео да раздвоји појам државе (*il stato*) као модерне, стабилне и дефинисане политичке заједнице од средњовековног појма друштва (*civitas sive civitas civilis*), од када је било могуће разликовати и раздвојити државу од друштва у смислу данашњих израза „government“ и „civil society“.⁵⁴ Макијавели је истицао значај закона и законитости за учвршћивање односа у друштву по узору на античке писце. Позната је његова мисао: „Да се добре навике не би претвориле у веома лоше, законодавац мора обуздати људске прохтеве, мора да одузме људима сваку

54 Вид. Н. Макијавели, *Владалац*, Београд 1964.

наду да би могли некажњено да греше“. Говорећи о закону, Макијавели каже: „када нешто само по себи делује добро без закона, онда закон није потребан“.55 Али, и ту мисао треба прихватити уздржано, јер Макијавели каже и ово: „Као што од неспособног и неискусног судије не можемо да очекујемо праведне пресуде, тако не може да се очекује да народ који је пун заблуда и незнања буде, осим у ретким случајевима, разборит и паметан када бира или нешто одлучује“.

Готово у исто време када и Макијавели, о законитости је писао Томас Мор (*Thomas Morus*), који о становницима „Утопије“, свог најпознатијег списа, говори: „Они сматрају да је највећа неправда обавезивати било које људе таквим законима којих има толико много да их је немогуће прочитати или су опет толико нејасни да их нико не може разумети“.56 Само неколико деценија касније, Мишел де Монтењ (*Michael Eyquem de Montaigne*) истиче да законитост „постоји у сваком поретку, али да се понашања, обичаји и закони разликују и по месту и по времену“.57

Идеје наведених писаца операционализоване су у делима монархомаха (бораца против монарха). Суштину овог интелектуалног и политичког покрета чинила је идеја одбране од владарске самовоље и злоупотреба власти, иако су мотиви који су нагнали писце да се баве наведеним темама били сасвим различити. Суштина покрета у политичком смислу заснивала се на идеји о ограничавању владарске власти, док су узроци који су довели до настанка покрета монархомаха били различити. С једне стране, монархомаси су били оруђе феудалаца у борби против краљевског апсолутизма, а, с друге, оруђе цркве која се није одрекла борбе за световно првенство. Учење монархомаха касније је прихватила нова грађанска класа.

Најпознатији припадници овог покрета били су Францис Хотман (*François Hotman*), Стефан Јунијус Брутус (*Stephanus Junius Brutus*) и Џорџ Бјуканан (*George Buchanan*). Сви су тиранију сматрали неспојивом са владавином закона. Закони постоје да би их краљ извршавао, док народ има право на побуну против владара који не поштује законе. На пример, Хотман је у свом делу *Franco-Galia* отворено истицао да власт француских краљева потиче од народа и да владар мора да поштује законе створене народном вољом. С друге стране, Брутус је у свом спису *Vindicae contra*

55 N. Machievelli, *Opere complete*, Zagreb 1977, 856.

56 Т. Мор, *Утопија*, Београд 1964, 169.

57 М. de Montaigne, *Essais*, Paris 1879, I, 23.

tyrannos (Одбрана од тирана) више указивао на уговорни карактер владарске власти. Он је заговарао право народа да пружи отпор владару који крши законе. Говорећи о Брутусовом делу, Љубомир Тадић запажа: „Власт није достојанство већ терет, није имунитет него служба, није доколица већ дужност и позив“.⁵⁸

У исто време када је штампана Брутусова књига, објављено је Бјукананово дело *De iure regni apud Scotos* (О краљевској власти код Шкота). У њему је Бјуканан такође истицао да је тиранија неспојива са владавином закона. Уколико тиранија ипак постоји, тада је оправдано тираноубиство, јер је „боље живети у друштву где влада безакоње, него у ономе у коме је све допуштено“.⁵⁹ Безакоње је самовоља једног или неколицине, а анархија самовоља свих.

Ширењем рационализма у филозофији и науци законитост се све више везивала за старо римско начело *Nullum crimen sine lege, nulla poene sine lege*. На челу тог покрета у XVIII веку налазио се француски филозоф Волтер (*François Marie-Arueit Voltaire*). Али, пажња писаца је у исто време била усмерена ка другим важним странама закона и законитости. На пример, Франсис Бејкон (*Francis Bacon*) сматрао је да је најбољи онај закон који је најпрецизнији. Његово је гесло било: „закон је бољи што је прецизнији и што је мања слобода судија“.⁶⁰

Док је Бекон указивао на важност прецизности закона, дотле је Томас Хобс (*Thomas Hobbes*) законитост заснивао на моћи и ауторитету државне власти, независно од њихове прецизности. Карактеристична је његова мисао да „Закони нису закони стога што су праведни, истинити и разборити, већ услед моћи и ауторитета власти који стоји иза њих, услед заповести и воље који чине њихову снагу“ (*auctoritas, non veritas facit legem*).⁶¹

И Барух де Спиноза (*Baruch Benedictus de Spinoza*) је законитост везивао за моћ и ауторитет државе. По њему, држава има онолико права колико има моћи, док се стање у коме се не поштују закони мало разликује од природног стања. Право и законитост проистичу из људске воље и служе остварењу мира и безбедности. Они су израз тзв. „јединствене самозаконитости“ која влада целим светом.⁶²

58 Л. Тадић, 69.

59 Р. Лукић, 326–333.

60 G. Vassalli, 22 и даље.

61 Т. Хобс, *Левијатајн*, Београд 1960, 151–152.

62 Б. де Спиноза, *Полијички трактат*, 69.

За разматрање политичко-правног појма законитости нарочито је значајно дело Џона Лока (*John Locke*). У студији *Две расправе о влади*, која је надахнута књигом *Oceanía* Џејмса Харингтона (*James Harrington*), Лок је позитивне законе одређивао као средства којима се учвршћују природни закони (*law of nature*) и ограничава државна власт. Влада и власт нису сами себи сврха, већ средства за остварење човекових права, слобода и стваралачких могућности. То је разлог за успостављање влада. Њихова власт је ограничена. Само тако ограничена власт може да поступа законито. Никакво тело, ни појединац ни скупштина, не могу да поступају другачије него само као ограничена власт у служби општег интереса и интереса човека као субјекта природних права. Лок је такође истицао да политичка власт мора да буде ограничена и подељена. Она је ограничена природним законима и постојећим правом, а подељена, дакле, опет ограничена, раздвајањем извршне власти од законодавне и проглашавањем законодавне власти, парламента, за врховни државни орган. Због таквог положаја законодавне власти, сматрао је, позитивни закони морају да буду општи и извесни, а таква треба да буде и законитост.⁶³ То значи да само закон може да буде основ кажњавања, док је задатак извршне власти да осигура његово поштовање изнутра и споља. Извршна власт може да влада само на основу „важећих установљених закона“. Влада своју легитимацију добија пристанком оних над којима влада. То значи да закони морају да одговарају интересима оних који су влади поклонили своје поверење. Влада „не може за себе да присвоји власт управљања на основу импровизованих декрета, већ је дужна да дели правду и да решава о правима поданика на основу објављених важећих закона и преко познатих овлашћења судија“.⁶⁴ Једнако правило за богатог и за сиромашног, за миљеника двора и за сељака, треба да је њено гесло. То правило начело законитости приказује као важну гаранцију да ће се ипак поштовати слободе и урођена природна права човека.

Исте идеје о ограничавању државне власти, о слободи и законима, обрађене су и осавремењене у делима Волтера, Шарла Монтескјеа и Жан-Жак Русоа.

Средишње место у Волтеровом филозофском и политичком учењу припадало је слободи, која у исто време обухвата слободу мисли за појединца и поштовање закона у друштву. Поред слободе, Волтер је велики значај придавао једнакости, без које законитост

63 Џ. Лок, *Две расправе о влади*, II, Београд 1978, 75–82, 122–123.

64 *Ibid.*, 79.

такође не може да постоји. Слобода и једнакост у друштву треба да буду обезбеђени исправним средствима и првенствено да се односе на рад судова. Тек када се обезбеди независност судова (која у Француској Волтеровог доба готово да уопште није постојала), а нарочито када се у кривично право унесе начело *Nullum crimen sine lege...*, тек тада се може говорити о постојању и примењивању начела законитости.⁶⁵ На ову Волтерову идеју о слободи и законитости као њеном средству, згодно се надовезује његово учење о толеранцији. И данас је чувена Волтерова реченица из његове исто тако чувене *Расправе о толеранцији*: „Не слажем се са тим што говориш, али ћу до смрти бранити твоје право да то слободно кажеш“.⁶⁶ Толеранција такође представља залог да ће начело законитости бити лакше и успешније остварено.

Док је за Волтера средишње место припадало слободи, дотле је за Шарла Монтескјеа (*Charles-Louis de Secondat Montesquieu*) то место у истој мери припадало слободи и значењу закона. Одређујући законе као систем односа, као нужне односе који потичу из природе ствари, Монтескје је законе поделио на непроменљиве и променљиве. Прве ствара највиши разум, а друге човек. Зато циљ сваког законодавца треба да буде старање о одржавању људских позитивних закона и њиховом усклађивању са природним законима. Само тада законитост збиља може постојати у друштву.⁶⁷ Али, „Већина законодаваца је ограничена, захваљујући случају на челу других, и не консултује ништа друго него своје предрасуде и фантазију. Чини се да нису свесни величине и достојанства свог дела“.⁶⁸ Монтескје је на сличан начин размишљао и када је одређивао појам слободе. Он је разликовао политичку слободу, која је израз друштвеног мира и „спокојства духа“, од слободе као могућности да се ради „оно што дозвољавају закони“.⁶⁹ Законитост се односи само на правну слободу која постоји када су закони усклађени, а извршна власт одвојена од закона. Монтескје је узрок подели власти и успостављању законитости проналази у вечној истини да је „сваки човек који има власт склон да је злоупотреби све док не нађе границе“, а њен смисао у ограничавању самовоље. Позната је његова мисао да само „Власт зауставља власт“.⁷⁰

65 Вид. М. Чубински, *Волтер и кривично право*, Београд 1925.

66 Вид. *Толеранција – сусрет разлика*, зборник радова, Београд 2002.

67 Ш. Монтескје, *О духу закона*, I, Београд 1989, 65.

68 *Ibidem*.

69 *Ibid.*, 65–66.

70 *Id.*, 71, 84.

Најпознатији критичар Монтескјеових идеја у Француској био је Жан-Жак Русо (*Jean-Jacques Rousseau*). Иако је у његовим радовима, а нарочито у *Друштвеном уговору*,⁷¹ тежиште више на легитимности него на законитости, и он је указивао велики значај законитости. Полазећи од своје познате идеје о склапању друштвеног уговора, Русо је закључио да човек остварује друштвену слободу само зато што слуша законе који су израз такве опште воље. Друштвена слобода почива на свести о солидарности чланова и њиховој једнакости, док законитост почива на нужности покоравања појединаца. Али, то је за Русоа била само једна важна страна законитости, будући да законима једнако треба да се покоравају они који их доносе и они који их спроводе. Према томе, законито поступају и легитимни су они државни органи који поштују и примењују законе. Ако то није случај, Русо је из чињенице кршења таквих закона од стране државних органа изводио право народа на побуну, као монархомаси пре њега. Народ добро чини док се покорава, али чини још веће добро ако може да збаци јарам моћника.

Трагање за стварним људским ослобођењем и његово довођење у везу са модерним појмом начела законитости, представљаће у току и непосредно после изведених грађанских револуција трајну преокупацију најзначајнијих правних и политичких мислилаца. Међу њима, истакнуто место припада Имануелу Канту и Јохану Готлибу Фихтеу.

Имануел Кант (*Immanuel Kant*) је први и највећи филозоф немачког либерализма. Према његовом учењу, за природу важе хипотетички императиви, а за слободу и аутономију категорички императиви. То је разлог зашто Кант није полазио од природе човека која је дата, већ од слободе која је задата и представља највишу моралну вредност. За Канта је „природно стање“ (*status naturalis*) једно стање насиља, пуке самовоље и бесправности, а

71 Израз „друштвени споразум“ је прецизнији од „израза друштвени уговор“ који се чешће користи. Споразум је правни посао који се склапа када обе стране имају заједнички циљ (нпр., када будући супружници заједно одлуче које ће презиме користити), док је уговор правни посао у коме обе стране имају различите циљеве (нпр., продавац да прода робу, а купац да купи исту робу). У првом случају, везују их исти заједнички циљ и интерес, а у другом само циљ да склопе и обаве правни посао, јер су им сви други циљеви и интереси различити. Није тешко претпоставити да су појединци у хипотетичком природном стању имали заједнички циљ и интерес да створе друштво (друштвено стање) а, затим државу (државно стање). Због тога је прецизније и боље користити израз друштвени споразум, а не израз друштвени уговор који се уврежио.

„грађанско стање“ (*status civilis*) установљено друштвеним уговором једна „пука идеја ума“ а не факт, једна „фикција уговора“ која има за циљ да очува аутономију појединца и утемељи ауторитет законодавне власти као „умне власти“. Та власт заповеда да се поштује стечена својина, што значи да њена воља постоји само као „уједињена самовоља приватних власника која штити и регулише приватну својину као такву, независно од појединих власника“.⁷² Поред законодавне власти, која је најзначајнија, постоје извршна и судска власт. Али, тек све три власти заједно сачињавају државу, то „уједињење гомиле људи под правним законима“.⁷³ У њој су сви слободни и једнаки под постојећим јавним законима. Али, сви не могу да учествују у њиховом доношењу, јер то могу само власници.

Кант човекову слободу проглашава основном вредношћу. Иако је човек као природно биће неслободан, будући да је ограничен деловањем објективних природних закона, он је као духовно биће своје властито дело и слободан је. Човек своју разапетост између природног и духовног решава проглашавањем слободе за основну вредност. Али, та слобода није самовоља, већ *легалитет*, тј. човеково спољашње деловање сагласно општем закону, јер једино такво понашање може да буде предмет права које штити поредак у коме је сваком зајемчено „Моје“ и „Твоје“.⁷⁴ Из тога је Кант закључио да појединцима само у грађанском поретку, у коме је осигурано „сваком своје“, може да буде обезбеђена слобода, јер су сви „под постојећим јавним законима слободни и једнаки“.⁷⁵ То значи да свако нарушавање закона и неовлашћено присвајање својине представља повреду утврђеног правног стања. Насупрот легалитету, *моралитет* представља деловање човека у складу са законом због самог закона, због његове умности.

У Кантовом учењу, као што може да се примети, легалност и моралност су усредсређени у појму слободе којој су супротни безаконје, терор и деспотија. Кант је био њихов непомирљиви противник. Али, и за Кантову грађанску државу се може рећи да представља једну „илузорну општост“. Исто се може рећи и за његово схватање природног стања, које је карактеристично више за подручје умности и моралности него легалности.⁷⁶

72 И. Кант, *Метафизика њудореха*, Сарајево 1967, 120, одн. *Метафизика морала*, Сремски Карловци 1993.

73 *Ibid.*, 118–119.

74 *Ibid.*, 32.

75 *Ibid.*, 119.

76 Љ. Тадић, 122.

Поред Кантовог филозофског учења, вези између слободе и законитости припада истакнуто место у учењу Јохана Готлиба Фихтеа (*Johann Gottlieb Fichte*). За Фихтеа је основ слободе почивао на појединчевој неутуђивој индивидуалној слободи. Она је основ политичке слободе, јер појединци живе у заједници и (само)ограничавају се како би била могућа слобода других. То међусобно (само)ограничавање личне слободе у име слободе свих представља за Фихтеа разумну логичку границу и врши се законима. Закони су израз општег пристанка индивидуалних воља и зависни су од (само)вољности појединаца, од њихове слободе да се опредељују. Закони треба да су практично усмерени, а једна од вредности права и закона састоји се у стварању државе као „осигуравајуће силе“. Држава треба да обезбеди правну заштиту грађанима и да позива на одговорност сваког члана који прекрши преузете обавезе. Она то може да чини будући да је сила која превазилази пуку сагласност појединаца.⁷⁷

Главне идеје грађанских мислилаца у позном Средњем веку и на почетку Новог века уграђене су у прве политичке и правне документе младих грађанских држава: *Agreement of People*, *Body of Liberties* и *Law of Liberties*, а касније, *Bill of Rights* државе Вирџиније од 12. јуна 1776. године, Декларацију о независности Сједињених Америчких Држава од 4. јула 1776. године, Декларацију права човека и грађанина из 1789 (и 1793.) године итд.

У свим наведеним документима истакнуто место заузима начело законитости. На пример, у члану 3. Декларације из 1789. године стоји: „Сви су људи једнаки пред законом и природом“, а у члану 8: „Законом се могу установити само казне које су очигледне и строго потребне; нико не може бити кажњен осим на основу закона који је донет и проглашен пре извршеног кривичног дела и који је законито примењен“. У истом духу формулисани су и други чланови Декларације: „Слобода се састоји у могућности да се чини све оно што не шкоди другоме; вршење природних права сваког човека нема граница осим оних које обезбеђују другим члановима друштва уживање истих таквих права. Ове границе могу бити одређене само законом“ (члан 4); „Закон је израз опште воље... Он мора бити исти за све, било да штити, било да кажњава“ (члан 6); „Закон има право да забрани само радње штетне за друштво. Све оно што није забрањено законом не може бити спречено, а нико не може бити принуђен да чини оно што закон не наређује“ (члан 5) итд. Те идеје данас чине основни садржај

77 J. Kolaković, *Historija novovijekovnih političkih teorija*, Zagreb 1976, 253 и даље. Вид. Ј. Г. Фихте, *Завршена шћровачка држава*, Београд 1980.

Универзалне декларације о људским правима Уједињених нација, донете у Паризу 1948. године или Повеље о основним правима Европске уније донете у Ници 2000. године.

Готово у исто време, у XIX веку, у ондашњој устанничкој Србији, исту ту идеју о владавини закона и права изнео је 1811. године приликом израде српског устава (са Младеном Миловановићем) у својој приступној беседи *Михаило Грујовић*, други секретар Правитељствујушћег совјета (по смрти свог брата Божицара – Боже Грујовића /*alias* Теодора Филиповића/, првог секретара Правитељствујушћег совјета).

Теоријска припрема, која је нарочито била појачана током друге половине XVIII века, као и први политичко-правни документи нове власти, врло брзо су омогућили функционисање законитости у новоуспостављеним грађанским порецима. Међу новим вредностима, остави ли се по страни идеологизована идеја братства међу људима, истакнуто место је припало идејама слободе и једнакости. Слобода треба да обезбеди ничим спутану утакмицу и могућност неограниченог присвајања, а једнакост да политички и правно учврсти идеале и власт нове класе као и да одреди границе слободе. Задатак законитости је да заштити такву правно утврђену слободу и једнакост. Иако ови идеали нису у исто време и свуда једнако прихваћени, идеје слободе, једнакости и братства су у толико великој мери свезане за настанак нових грађанских држава да се савремени појам законитости повезује управо са њиховим настанком и развојем. У те идеје, упркос данашњим драматичним променама у свету, а можда управо због тога, и данас се верује упркос честом оглушавању власти о њих или њиховом најгрубљем кршењу увек на штету грађана. Такви насртаји на људски интегритет нису случајни, јер те идеје сваки цивилизован појединац носи у себи и сматра својим урођеним природним правима. Та права треба да га заштите од претварања у поданика и роба.

2. Изграђивање грађанске законитости

Грађанска законитост представља модеран облик законитости. Као таква, она има више главних значења. Основна су њено историјско-цивилизацијско, културно-идејно и правно-политичко значење.

Историјско-цивилизацијско значење грађанске законитости произилази из теоријских поставки, економске превласти грађан-

ске класе у позном средњем веку и успешно изведених грађанских револуција којима је раскинуто са поретком феудалног друштва. Све то сачињава препознатљиве показатеље једног дуготрајног историјског процеса који је, заједно са другим важним друштвеним променама, давно започет образовањем нових средишта моћи у градовима, другачијом организацијом јавног живота, настајањем нових схватања, обичаја, навика итд. Наиме, укидајући феудалне привилегије, нова грађанска класа укинула је формалну правну неједнакост и, позивајући се на природна права човека, по први пут све чланове друштва прогласила правно једнаким носиоцима грађанских и других демократских слобода и права. Наведене промене су потврђене новим политичко-правним документима у којима начелу законитости припада истакнуто место.⁷⁸ Значај овог начела је толико уздигнут да је легитимном почела да се сматра само она власт која свој рад заснива на законима. То је био начин да законитост постане пожељан образац за одвијање предузетништва и друштвеног живота. Такав приступ је учинио да и сама грађанска законитост убрзо почне да се доживљава као засебна културна вредност, а не само као средство за остваривање других друштвених и правних вредности.

Културно-идејна улога грађанске законитости је навела правне писце, а нарочито немачке, да средином XX века створе појам тзв. „културне правне државе“ (*Kulturstaat*) који су сматрали највишим достигнутим степеном правне државе. Нарочита мисија културне државе је требало да буде старање о свим основним културним потребама грађана. Та идеја убрзо је унапређена учењем о тзв. „социјалној држави“ или „држави социјалног благостања“ (*Welfare State*). Али, она није свуда једнако успешно остварена. Иако су пожељни резултати постигнути у данашњим најразвијенијим друштвима, због чега се она означавају изразом „друштва обиља“ (*Affluent Society*), ти резултати су изостали у другим, мање развијеним друштвима. Интересантно је да се данас исти процеси опадања догађају у најразвијенијим друштвима. Будући да су и она у све већој кризи, показује се да у неповољним друштвеним условима обрасци културне и социјалне државе лако могу да се преобразе у непожељне обрасце законске државе или државе безакоња тоталитарног типа.⁷⁹

78 Вид. R. A. Humphrey, *The Rule of Law American Revolution*, Massachusetts 1937; D. C. M. Yardley, *Introduction to British Constitutional Law*, London – Boston, 1978.

79 A. P. ðEntrevès, *The Notion of the State*, 114.

Може се говорити и о правно-политичком значењу грађанске законитости. Наиме, очигледна променљивост у погледу садржаја начела законитости произвела је једну значајну противречност. Она је довела до великог неслагања правних писаца поводом одређивања друштвеног карактера или, боље речено, правно-политичког значења грађанског начела законитости. То неслагање је је било највидљивије у тренуцима када се одлучујући значај давао различитим друштвеним странама исте законитости на уштрб њених других страна. Познат је покушај Леона Дигија (*Leon Duguit*) да идејом солидарности, на којој је заснована његова позната солидаристичка правна теорија, објасни „некласни“ или „надкласни“ карактер државе, права и начела законитости.⁸⁰ Али, ништа мање није познат ни Јерингов покушај да карактер законитости објасни првенствено друштвеним борбама, међу којима је сам Јеринг највећи значај придавао управо класној борби.⁸¹

Наведена учења имају своју „предисторију“. Још су Волтер и Монтескје из појма слободе изводили појам законитости, а на исти начин су поступали барон Холбах (*Paul-Henri Thiry, baron d' Holbach*) и Кант. На пример, за Канта је „сопственик једини прави грађанин“, јер „само је сопственик слободан“. Захваљујући томе, Маркс је касније закључио да се за „буржоазију слобода састоји у могућности неограниченог присвајања“.⁸² Други писци, као Жан Жорес (*Jean Léon Jaurès*), слободу су изједначавали са једнакошћу и сматрали да је „човеку могуће да сазна слободу само као способност експлоатације других људи“.⁸³ Трећи, као поменути Леон Диги, истицали су солидаристички друштвени карактер начела законитости.

Данас готово сви писци на Западу говорећи о законитости мисле пре свега на постојање демократских грађанских и људских слобода и права, на систем поделе власти и на читав низ других политичко-правних механизма и средстава који државну власт треба да ограниче и контролишу. Често се том приликом испушта из вида једноставна чињеница – да се демократске грађанске и људске слободе и права само формално-правно једнако односе на све чланове, односно да су чланови друштва *само* формално-правно

80 Вид. Л. Диги, *Преображаји јавној њрава*, Београд 1929 (1998), 12 и даље.

81 Вид. Р. Јеринг, *Борба за њраво*, Београд 1874 (1999) и *Циљ у њраву*, Београд 1894–1895.

82 К. Маркс, *Прилој јеврејском њишњању*, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, *Изабрана дела*, I, Београд 1949–1950, 67–68.

83 J. Joures, *Socialisme et liberté*, Paris 1898.

изједначени, а да су и даље стварно, тј. садржински, друштвено неједнаки; да је подела власти само један од нужних услова за постизање наведеног циља – успостављање исправног демократског начела законитости; да је демократија сведена на социјалне процедуре итд. Очигледно, и грађанска законитост представља противречну друштвену, политичку и правну појаву, као што је случај са сваким у пракси испробаним обликом начела законитости.

3. Критика грађанске (буржоаске) законитости у радовима њених најпознатијих противника

Поменуте противречности послужиле су као непосредан повод и подстицај за оправдану критику и неоправдано негирање грађанске законитости и њених вредности.

Упечатљива критика грађанске законитости и грађанског друштва, којима су противстављани тзв. „социјалистичка законитост“ и „социјалистичко друштво“ у другој половини XIX века, изложена је у радовима Маркса, Енгелса и њихових тумача (нарочито Лењина). Према њима, друштвени карактер начела законитости може да се разуме и објасни само класном борбом и њеним класним садржајем.

Нарочито је у радовима Карла Маркса (*Karl Marx*) истицана разлика између грађанина и буржуја, односно између грађанског и буржоаског друштва, грађанске и буржоаске законитости. Наиме, Маркс је анализирао буржоаско друштво и буржоаску законитост полазећи од тога да само у име општих права буржоазија може да полаже право на општу власт. Он је закључио да је човеково право на власништво „право самовољно“ (*a son gré*) и „право себичности“, које сваког човека приморава да у другом човеку нађе запреку, а не остварење своје слободе. За Маркса, једнакост у „неполитичком облику“ подразумева „да се сваки човек подједнако сматра таквом монадом, која почива на себи“. Посматрана у „политичком облику“, једнакост се своди на слободу присвајања, тј. на власништво. С друге стране, сигурност у буржоаском друштву представља „највиши социјални појам... појам полиције“. Њен циљ је „осигурање“ човековог егоизма.⁸⁴ Маркс је сматрао илузијом да законитост има исту вредност за све чланове друштва. Илузија је

84 *Ibid.*, 68.

„да се закон заснива на вољи и то на слободној вољи, отргнутој од своје реалне базе“.⁸⁵ Пропустио је да запази да је иста неправда када се једнаким мерилом обавезују неједнаки субјекти, као и када се неједнаким мерилом обавезују једнаки субјекти. Очигледно, требало би једнаким мерилом обавезивати једнаке субјекте, а неједнаким мерилом – сразмерно разликама – неједнаке субјекте. Једни проблем се састоји у томе да се одреди ко је тај у друштву који одређује шта је једнако, а шта сразмерно неједнако. Ко би то могао да чини, био би прави суверен. Платон је писао о владарима-филозофима, док је Маркс тврдио да то треба да буду пролетери. Али, власт пролетера се убрзо преобразила у стварну власт бирократске пролетерске врхушке. То се прво догодило у Русији, а касније у земљама тзв. Источног блока. У таквим државама је законитост постала средство за оправдавање спровођења ничим ограниченог насиља над властитим народом.

Док је за Маркса законитост била тек један од елемената у анализи грађанског, односно буржоаског друштва, за његовог следбеника Фридриха Енгелса (*Fridrich Engels*) законитост је представљала главно средство буржоаске класне владавине. Може се приметити да Енгелс није користио израз грађанска законитост. Он је тврдио: за буржоазију „закон је светиња“. Буржуј врло добро зна да „чак и ако му конкретан закон шкоди, законодавство штити његове интересе“. Очигледно је да је „циљ законодавца да поседника заштити од непоседника. Закони су нужни само зато што има непоседника“. И мада је то „отворено речено само у мало закона... ипак непријатељство закона према пролетаријату лежи колико у целокупном законодавству, толико и у основи да судије, нарочито мировне, који су и сами буржуји и с којима пролетаријат најчешће долази у додир, лако налазе тај смисао у закону“. Законитост је, закључио је Енгелс, дело буржоазије, „донето с њеним одобрењем и ради њене заштите и користи“. Таква законитост „за буржуја има чудотворно умирујућу моћ. Радник сувише добро зна и сувише је често искусио да је закон бич који је буржуј за њега исплео, па му се стога не обраћа ако не мора“.⁸⁶ И даље, „Иронија светске историје поставља све на главу... Ми, револуционари, превратници, ми напредујемо куди камо боље служећи се законитим средствима него незаконитим средствима и превратом. Странке реда... пропадају од законитог стања које су саме

85 Нав. према: М. Ђуковић, 54.

86 Ф. Енгелс, *Положај радничке класе у Енглеској*, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, *Изabrана дела I*, 223–224, 255–256, 312.

створиле. Оне очајнички вапију заједно са Одилардом Бароом: *La légalité nous tue*, легалност нас убија, док ми, пак, служећи се легалношћу, добијамо чврсте мишице и румене образе и изгледамо као живот вечни“.⁸⁷

Марксово и Енгелсово учење о класном карактеру законитости послужило је Владимиру Иљичу – Лењину (*Владимир Илич Уљанов – Ленин*) као основ за анализирање буржоаске законитости у доба империјализма и њено оперативно коришћење за крвави обрачун са властитом државом и народом. Њему се приписује изрека: „Поверење је добро, контрола је боља“. У империјализму, сматрао је Лењин, законитост постаје „препрека на путу онима који су увели ту законитост“. Њено напуштање показује да је буржоазија престала да буде „прогресивна друштвена снага“. Лењин је на основу тога закључио: „Закони су важни не по томе што су записани на хартији, него по томе ко их проводи... Ако напишете и најлепше и најидеалније законе – ко ће их проводити у живот? Ти исти чиновници, а и они су везани за буржоазију“.⁸⁸ Треба запазити да је и Лењин мислио на законе као ничим ограничену силу „револуције“ на чијем је челу био. Такође, Лењин је напуштање грађанске законитости доводио у везу са напуштањем грађанске демократије. Сматрао их је непотребним. Због тога у средишту његове анализе више није била слобода, већ сигурност. Цена те „сигурности“ била је завођење диктатуре и вођење грађанског рата у Русији. Ту чињеницу Лењин је тумачио кратко и на свој начин: „и демократија је држава... и она је организација за систематско насиље једне класе над другом класом“.⁸⁹ На тај начин је некадашњој личној диктатури, као неограниченој власти једног човека придодато значење неограничене власти великог броја припадника неког покрета или чак целе друштвене класе над властитим народом који не може да се сведе на једну друштвену класу, макар и најбројнију. Таква диктатура може да буде страначка (јакобинска диктатура, пролетерска диктатура) или ванстраначка. У првом случају, диктатура је „крвава реч која изражава борбу без опроштаја, и то не на живот, већ на смрт између две класе“ (Лењин), а у другом средство да надстраначка влада мирним путем успостави „органску целину заједничког живота“ (*Александар Керенски /Александр Фёдорович Керенский/*).⁹⁰

87 Ф. Енгелс, *Увод у класне борбе у Француској*, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, *Избрана дела*, I, 24–25.

88 В. И. Лењин, *Избрана дела*, X, XIV, Београд 1960, 410–411, 283–284.

89 *Ibid.*, II, 202.

90 Е. Спекторски, 108.

Посматрано с једновековног одстојања, Лењинове речи и данас звуче геноцидно. Али, ко је пре једног века могао да га спречи у стварању и извођењу хаоса који је изазвао са својим фанатизованим сарадницима и следбеницима.

Лењинове идеје послужиле су као полазиште и метод за успостављање пролетерске власти, за одређивање односа нове државне власти према пораженим политичким снагама у грађанском рату, као и за сламање отпора свих који нису прихватили наметнуте пролетерске идеале. Као једини властодршци у земљи, бољшевици су одмах завели терор, тј. диктатуру, и увели ново државно уређење које је још једном промењено 1924. године. Уместо Русије, чије је име званично уништено, створен је СССР (Савез Совјетских Социјалистичких Република). Таква држава је правно учвршћена Стаљиновим уставом из 1935. године, у коме је порекнуто скоро све што сачињава суштину једне државе: територија, становништво, организација, органи власти итд. Званична доктрина „лењинизма–стаљинизма“ у СССР постали су марксизам и атеизам.⁹¹ Диктаторска власт је формално припала радничкој и сељачкој класи преко изабраних совјета (одбора), а стварно комунистичкој странци и њеном неспорном вођи Јосифу Висарионовичу – Стаљину (*Јосиф Виссарионович – Сталин*).

Укратко приказана гледишта Маркса, Енгелса и Лењина о грађанској законитости нису једина таква гледишта. У њих треба убројати „учења“ њихових каснијих следбеника (тзв. „марксиста“). Сва она потврђују стару истину да је лакше одбацити старо него створити ново. Може се закључити и да грађанска (буржоаска) законитост није некакав превазиђени облик законитости. Упркос томе што не може да реши друштвене проблеме, пракса грађанске законитости је показала да барем може да их регулише под подношљивим условима. Практика тзв. пролетерска законитост је показала да се друштвени проблеми могу регулисати само под неподношљивим условима, док социјалистичка законитост никад није успостављена у смислу изворних учења. Наравно, и грађанска законитост представља средство хијерократског владања. Једино, то средство је први пут пружило барем једнаке могућности располагања слободама и правима свим субјектима права, што пролетерска није. Ни грађанском законитошћу није укинута неједнакост међу људима, па ни њихова класна неједнакост, али су барем успостављена чврста формална мерила за остваривање

91 *Ibid.*, 109–110. Вид. Н. Ј. Berman, *Justice in SSSR*, Cambridge University Press, 1966.

правне једнакости. А то је нешто што се први пут догодило у записаној људској историји.

4. Грађанска демократија и законитост

Демократија и законитост су веома старе. Често се атинска демократија узима као класичан пример из давних времена чији сјај ни данас није усахнуо. Ипак, реч је о демократији која је постојала краће од два века (од 508. године пре н. е., захваљујући Клистену, грађанину племенитог рода, до 323. године пре н. е., тј. до краља Филипа II Македонског) само за слободне атинске грађане (њих тридесетак-четрдесетак хиљада мушкараца) старије од 18 година, који су представљали мањину чак и на врхунцу моћи античке Атине. Уз то, и сами атински грађани делили су се на оне који су учествовали у јавном животу („политес“) и на оне који то нису чинили („идиотес“), тако да је број оних који су учествовали у јавном животу био још мањи. То је главни разлог зашто се за античку демократију каже да се односила само на слободну мањину грађана, као и да је била ограничена на слободан говор у скупштини („исегориа“) и исти такав положај грађана пред законом („исономиа“).⁹² Сматрало се да сви слободни грађани имају право да се кандидују за чланове скупштине (*еклесије*) у којој се одлучивало о свим важним питањима. Њихове одлуке биле су извршне и на њих нико није могао да утиче. Тиме је постигнуто да атински демос има суверену власт. Али, постојало је још једно значење демократије, као владавине масе, руље, коју су Сократ и Аристотел сврстали у изопачене облике државе, јер је већина слободних грађана била сиромашна. Слободан Јовановић је такав изопачени облик демократије назвао „демократија масе“.

Када се данас каже демократија, мисли се на модерну представничку демократију насталу у Европи током XIX века, повремено допуњавану и исправљану облицима непосредне демократије, која се суштински разликује од свог античког узора непосредне демократије. Она почива на Волтеровим поставкама о демократији као отвореном и толерантном дијалогу о свему и Русоовим идејама о владавини сувереног народа (народној суверености) заснованој на слободи и једнакости људи.

92 A. Saxsonhouse, *Free Speech and Democracy in Ancient Athens*, Cambridge University Press, 2006, 80–81.

Ако су стари Грци измислили демократију, Волтер и Русо су је духовно спустили међу народ. Ипак, стварни темељи модерне демократије су формалноправно постављени тек после изведених грађанских револуција на тлу Западне Европе, одакле се постепено раширила по целом свету. Од тада је демократија током протекла два века доживела низ важних промена, постајући преовлађујући или барем пожељан образац. Ипак, једно је остало непромењено – демократија је политички режим у коме мањина врши власт у име већине. Та мањина је изабрана на демократским изборима и она одређено време учествује у вршењу власти. Модерна демократија, дакле, није владавина народа, већ владавина изабраних у име народа и у интересу народа посредством законитости. Таква демократија би за старе Атињане била у ствари олигократија (од „олигос“ – мањина и „кратеин“ – владати), дакле, владавина изабране мањине, што је и данас случај у системима представничке демократије.

Постоји неколико етапа у развоју грађанске демократије и законитости. Тим етапама одговарају садржинске промене начела законитости. Непосредно после образовања првих грађанских држава у доба државе старијег либерализма, модерна демократија је изграђивана у условима у којима је човек правно одређиван као темељна друштвена вредност. То је доба декларација, устава и повеља, као и великих законика и најпотпунијих кодификација којима се у привреди прокламује начело слободне конкуренције, као врхунац либерализма истиче обезбеђивање личних слобода грађана, држава ограничава начелом поделе власти и њеним демократским устројством, омогућава превласт парламента и подвргавање управе владавини права и законитости, слобода схвата као основа превласти права над државом а новостворена државна организација користи као подлога за остваривање проглашених правних начела слободе и једнакости. Крајњи резултат таквог развоја састојао се у успостављању *либералне* демократије која је схваћена као средство за остваривање широко проглашеног начела слободе подржаног исто таквим либерално надахнутим начелом законитости.

У доба државе млађег либерализма, демократија се првенствено схватала као средство за остварење начела једнакости. На тај начин је идеал грађанске слободе и либералне демократије замењен идеалом грађанске једнакости и *ејалијарне* демократије. Томе одговарају спроведене политичке и правне мере: укинут је имовински цензус, обезбеђено је једнако право гласа, промењено

је унутрашње устројство парламента у духу схватања да је меродавна само народна воља (*la volonté générale*), изједначени су домови у парламенту, постављена је јасна разлика између делокруга рада управе и правосуђа итд. Упоредо са наведеним променама, мењало се и размишљање о друштвеном задатку либералне државе. Држава се више није схватала као „ноћни чувар“, већ јој је постепено препуштано обављање најважнијих друштвених задатака. Поред традиционалних задатака који се односе на организацију политичког система, посебно задатака који се односе на утицај и удео политичких странака у стварању и вршењу политичке власти, држава млађег либерализма је све више преузимала на себе обављање различитих социјалних, образовних и културних задатака који су дотле били ствар породице или приватне иницијативе (тзв. „културна“ мисија државе). Наведено проширивање државних задатака са очигледним наговештајима будућег државног интервенционизма, јачало је упоредо са осамостаљивањем професионалног управљачког слоја у држави. Држава млађег либерализма због тога није представљала само одбор власника капитала, већ и савез најбогатијег грађанског слоја са државном бирократијом. Такође, у држави млађег либерализма друштвени сукоби нису имали она обележја која ће касније да стекну, вероватно због тога што су за појединце закони у таквој држави и даље изгледали као некаква самостална сила која невидљивим нитима прожима и повезују цело друштво. Таква снага закона и законитости објашњавала се снагом нових идеала, због чега је систем представничке демократије доживљаван као оличење хомогенизоване и снажне грађанске државе.

Крајем XIX века интервенционизам државе млађег либерализма прерастао је у империјализам као начин за решавање нагомиланих друштвених противречности и напетости. Томе је погодно развијено конституционалистичко и *милиитантно* схватање демократије, пред којим је уступало класично схватање демократије. Убрзо затим, демократско начело је у појединим развијеним грађанским државама почело прикривено или отворено да се нарушава и напушта у корист начела биолошке, расне, крвне или некакве друге надмоћи, што је у првим деценијама XX века довело до настанка тоталитарних диктатура каквим готово да није било премца у историји (фашизам, национал-социјализам, стаљинизам, маоизам итд.). Заједничко им је да су, позивајући се на „конституционализам“ и „позитивистички легализам“, демократију

претварали у предмет изругивања или су је отворено укидали истичући да „култ бруталне силе искључује култ закона“.⁹³

Најновије промене, нарочито промене у данашњим развијеним либерално-демократским друштвима, одвијају се у знаку идеје *глобализма*, коју не треба изједначавати са идејом интернационализма. Док глобализам представља средство за стварање једне „светске државе“ или једне „светске владе“, дотле интернационализам признаје постојање различитих и равноправних националних држава без жеље за њиховим укидањем и претварањем у универзалну државу. Али, савремени глобализам има и своју другу скривену, „тамну“ страну. Он је знатно допринео ограничавању демократије, њеном изигравању или заобилажењу у најразвијенијим демократским друштвима, у којима је она једино могла да постоји.⁹⁴ То се чинило „тихим“ напуштањем (заласком, *decline*) демократских институција, посебним механизмима за изузимање из општег режима одговорности, појавама „легалне незаконитости“,⁹⁵ укључујући ту и „инцидентне случајеве“ (политичке афере, корупцију, наслаге политичких лажи и олаких обећања, прекрајање изборних резултата итд.). На пример, тихо преношење власти са парламента на владу у Енглеској средином прошлог века, на шта су указивали многи правни писци,⁹⁶ означавало је залазак либералне демократије у Дајсијевој „колеџи законитости“. Јачање председничког положаја у Француској такође је својевремено омогућило Шарлу де Голу да добије толика овлашћења да промена или примена закона практично постане ствар његове воље формално се држећи закона и законске процедуре. То је случај и са некадашњом активношћу Макартијевог комитета у САД, чији је рад почивао на грубом тумачењу и изигравању закона, али и са садашњим Декретом о патриотизму, Декретом о безбедности отаџбине, бројним декретима о војним судовима, Законом о антитероризму из 1996. године и другим сличним законским прописима којима су на неодређено време суспендована уставна права и грађанске слободе америчких грађана и ограничене могућности пружања отпора репресији државне власти легализовањем претреса домова без судског налога и присуства

93 Д. Аранђеловић, *Принципи државног уређења у скорој прошлости и садашњости*, Београд 1935, 25.

94 R. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven & London 1989, 67 и даље.

95 F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago (1960) 1979, 84.

96 *Ibid.*, 101–102. Вид. Н. Бобио, *Доба права. Дванаест есеја о људским правима*, Београд 2008.

власника, задржавањем у притвору на неодређено време без оптужнице и права на адвоката, дозвољавањем могућности правног злостављања, успостављање система незаконитих (FEMA) и скривених затворских испостава широм света (нпр., Гвантанамо) итд.

Забринутост за судбину демократије и проглашено начело законитости увећавају оправдане стрепње од наглих промена и нових последица које доносе нови недовољно познати процеси у глобализованом свету. Управо они у све већој мери мењају суштину демократије и удаљавају је од народа и јавне сцене, што ствара повољне услове за успостављање двоструких стандарда и одустајање од примене јединственог начела законитости. Драматично убрзање протока информација и новца данас доводи у шкрипац и само легитимно доношење одлука о њиховом протоку, што погодује стварању невидљивих и неконтролисаних центара моћи и одлучивања који се увелико премештају из демократских легитимних институција у затворене неформалне кругове без демократског покрића и легитимне контроле. Такве промене (као што је случај са вештачки изазваним финансијским кризама у САД и у другим земљама од стране финансијских картела, лажним пандемијама, вештачким несташицама добара, гашењем индустрија, општим и свеобухватним загађивањем природне средине, намерним разбољевањем људи што подржавају водеће еугеничке фармацеутске компаније итд.) навеле су поједине писце да суморно закључе како је дошло до „крађе демократије и права на самоодлучивање легитимних учесника“ (Ралф Дарендорф /*Ralf Dahrendorf*), да је у току „драстично растакање“ суштине демократског начина владавине (Петер Килмансег /*Peter Kielmansegg*),⁹⁷ односно да је већ сада устоличена „модерна форма тоталитаризма“ (Ноам Чомски /*Noam Chomsky*).⁹⁸ Такве промене се могу означити изразом „анократија“, којим се означавају савремени политички системи који се налазе између демократије и ауторитаризма државне власти. Они су само формално демократски, јер постоје привиди слободних избора и контроле власти. Али, унутар њих се институције система заобилазе, злоупотребљавају или блокирају. Ипак, и даље се узима за готово да либерална држава почива на начелима индивидуализма и демократије заснованим на народној суверености. Тим начелима се у савременој либералној теорији придаје двострука улога. Она треба

97 P. Kielmansegg, *Volkssouveränität*, Stuttgart 1977, 161.

98 Вид. Н. Чомски, *Нужне илузије: контрола мисли у демократским друштвима*, Нови Сад 2000, 18.

или да оправдају политички поредак либералне државе заснован на моделима појединца и друштвеног уговора (од Жан-Жак Русоа до Џона Ролса), или да створе на начелу правде заснован модел грађанина (нпр., да основне слободе и друштвена добра буду основ за бољи живот, без обзира на међусобне разлике). Данас у већини либералних држава преовлађује први приступ. По њему, либерална држава и даље треба да буде неутрална када се ради о индивидуалном идентитету, те стога неутрална и у погледу оправдања и примене начела друштвене правде, иако је њена неутралност у основи само један „контровверзан стандард“.⁹⁹

Наведени примери угрожавања демократије показују да демократија нема исти положај и облик чак ни у развијеним либералним грађанским друштвима која познају и упражњавају облике компетитивне, технократске или партиципативне демократије. Такође, наведени примери показују да демократија нема увек исту друштвену садржину ни у тим друштвима. А то даље значи да је она и у либералним друштвима подложна променама које се не могу сматрати само њеним „аберијацијама“.¹⁰⁰ Самим тим, угрожена је носећа идеја да законитост треба да буде иста и једнака за све. Али, за демократију се и даље каже да представља „најбољи од свих лоших облика“ политичког поретка који се не поседује већ заслужује, изузев ако се не жели да парламент и друге легалне институције постану застареле иконе са демократском легитимацијом без демократске суштине и неприкосновености.

Примери развоја грађанске демократије показују да се грађанска законитост стално мења и преображава, али да јој се суштина не мења. Ту суштину оличавају њене главне идеје. Вероватно је најважнија њена еманципаторска друштвена улога, која се све чешће доводи у питање. Грађанској законитости својствена је и данас једна савремена природноправна црта. Чини је учење о неотуђивом карактеру човекових (људских) права која не потичу само од државе, већ постоје пре државе и независно од ње. То

99 Вид. А. Lijphart, *Демократија и плуралним друштвима*, Загреб 1992; J. Rawls, *О либерализму и праведности*, Ријека 1993; S. Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago 1995; *States and Citizens*, Cambridge University Press, 2003; K. Dowding, *Justice and Democracy*, London 2004; J. Christman, *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, Cambridge University Press 2005; T. Iversen, *Capitalism, Democracy and Welfare*, Harvard University Press, 2005; C. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, Wisconsin, 2006.

100 Д. Хелд, *Демократија и глобални поредак*, Београд 1997, 23, 223–234, 309–333. Вид. D. Held, *Modeli демократије*, Загреб 1990; И. Маус, *Асијекти народне суверености*, Београд 2001.

значи се у демократским друштвима слобода схвата као „моћи да се чини све што не шкоди другоме“, тј. као вредност коју управо начело законитости треба да обезбеди, док се једнакост „састоји у томе да је закон једнак за све, било да штити, било да кажњава“. Сигурност, пак, треба да омогући заштиту „коју друштво пружа сваком свом члану како би заштитио своју личност, своја права и своје власништво“.¹⁰¹ У техничко-правном смислу, грађанску законитост обележава стварање и увођење у правну праксу нових средстава и поступака. Нарочито значајна улога припада релативно младим установама уставног судства, управног спора, омбудмана итд. То је случај и са изграђивањем бројних парламентарних организација (нпр., различитих агенција, владиних и невладиних организација итд.) или сложених правних процедура.

Можда је од свих особина и обележја грађанске законитости најупечатљивији савремени систем правних и ванправних гаранција за њену контролу и заштиту, заснован на уверењу да само тамо где постоји слободна економска утакмица, тј. демократија на пољу рада, да само тамо могу да постоје демократске слободе, права и обавезе, тј. демократија на политичком пољу. Захваљујући таквом уверењу, очигледне противречности грађанске законитости у повољнијим друштвеним условима попримају умереније институционалне и ванинституционалне облике испољавања. Али, нису сви мислили тако о економској и политичкој демократији. Чувена је изјава оснивача династије Рокфелер и првог милијардера у модерном добу, Џона Д. Рокфелера, који је изјавио: „Конкуренција је грех“.

101 Вид. чл. 5 и 8 Устава Француске Републике из 1793. године.

III глава

ГЛАВНА САВРЕМЕНА ГЛЕДИШТА О ПОЈМУ ЗАКОНИТОСТИ

1. Европски континентални систем права и англосаксонски систем права

У савременој правној теорији постоје два главна значења која се придају појму законитости. Она одговарају носећим идејама два главна савремена светска система права – европском континенталном и англосаксонском.

Европски континентални систем права има дугу историју и традицију. Она се заснива на писаном и кодификованом праву. У његовом стварању одлучујућу улогу је одиграла римска јуриспруденција. Његов утицај сачуван је и настављен све до данас захваљујући рецепцији римског права која се одвијала упоредо са образовањем правника у најважнијим европским универзитетским центрима.¹⁰² Такође, утицај доктрине природног права, оснажене стварањем великих кодификација, учинио је неопходним коришћење апстрактних појмова, формулисање општих норми, поделу права на јавно и приватно или материјално и формално. То је захтевало логичко уобличавање и стварање кохерентног правног система, што се данас види по израженој потреби за успостављањем хијерахије извора права на чијем се врху налазе

102 Први европски универзитет био је Пандидактерион. Основао га је ромејски цар Теодосије II у Константинопољу 27. фебруара 425. године. Са повременим прекидима трајао је до 29. маја 1453. године. Упркос томе, сматра се да је Универзитет у Болоњи, основан од учитеља, теоретичара права и оснивача Школе глосатора – Иринерија (*Irinarius*, званог *lucerna iuris*) 1088. године, најстарији универзитет на свету који је непрекидно активан. То не одговара чињеницама, јер је Пандидактерион апсолутно најстарији на свету ако се има у виду да је његов субјективитет после 1453. године преузео Цариградски универзитет који до данас постоји и ради.

устав и закон. Законима се и данас ствара претежан део права, док то није случај са уставима. Уз то, одређено место припада другим изворима права, као што је случај са различитим актима корпорација, судском праксом, правним обичајима, уговорима итд. Улога ових аката је обично мања од улоге писаног права које се ствара законодавном делатношћу. Најизраженију карактеристику европског континенталног система чини постојање развијеног писаног и кодификованог система правила која је лако открити и разумети пошто су готово одмах доступна.

И англосаксонски систем права има дугу историју, током које је од локалног правног система постао други велики правни систем. Он се претежно заснива на правилима која су вековима стварали енглески судови, а у знатно мањој мери на римском праву, природном праву или кодификацијама. У њему значајну улогу има подела права на „common law“, израженог у облику заједничких обичаја, и „equity law“, израженог у облику судских одлука заснованих на обичајима и правичности. У савременом добу све већа је улога „statute law“, проистеклог из законодавне активности, упркос томе што се и даље тврди како основни извор права представља судски прецедент. Наиме, од када су у другој половини XX века обједињени common law и equity law, све већи значај почео је да стиче закон (*Act*) као извор права, нарочито у областима индустријских односа, корпорација, акционарских друштава, берзи итд. Најновију појаву представља тзв. „секундарно законодавство“ (*SiS*) у Великој Британији, којим се еродирају гаранције успостављене бројним *Habeas corpus* актима. Али, и унутар система англосаксонског права постоје важне разлике између појединих националних права која му припадају. На пример, у праву САД писани устав је најзначајнији извор права, али са знатно другачијом улогом проистеклом из историје, особености федералног устројства и правног система те земље. Због тога се уместо израза англосаксонски све чешће користи израз „англоамерички“ систем права.

Данас се разлике између европског континенталног и англосаксонског система права свесно и плански ублажавају и губе захваљујући унификавању различитих делова права, широком коришћењу правних трансплантата итд. На пример, у европском континенталном правном систему судска пракса постаје све значајнији извор права, а закон у англосаксонском. Постепено ублажавање првобитних разлика између ова два система и њихово приближавање, а добар пример представљају правна држава и владавина права, дозвољавају да се закључи како ова два

система у догледној будућности могу да се стопе у један, светски правни систем.

Томе погодује како праксом проверено искуство нордијског правног система који је настајао неколико векова и садржи измешане карактеристике европског континенталног (романско-германског) и англосаксонског права, тако и све снажнији глобалистички захтеви за правом које све више „тежи ка апсолутном Праву универзалне и хомогене Државе“ (Александар Кожев / *Aleksandar Kozhev*).¹⁰³ То право имало би као главни задатак „да испита смисао којим би могао да се разреши сукоб идеје о малој групи и идеје о универзалној републици“ (Роберто Унгер / *Roberto Mungabeira Unger*).¹⁰⁴ Примена те глобалистичке идеје се јасно уочава у начину на који се изграђује тзв. „комунитарно право“ Европске уније.

Великим система права прилагођено је њихово схватање законитости. Прво, европско-континентално, засновано је на традицији класичне римске јуриспруденције, док англосаксонско није. Историјски посматрано, унутар сваког значења развила су се многобројна изведена схватања законитости која изражавају најбоља искуства сваког од ова два велика савремена правна система.

2. Начело законитости у европској континенталној теорији права

Европско континентално значење начела законитости, као што је поменуто, настало је из теоријских поставки о праву и праксе засноване на римској јуриспруденцији и радовима највећих и најпознатијих правника. Снажна тежња да се изгради право на хијерархијски уређеним основама, као и тежња да се створи логички усклађен правни систем, барем делом налик на систем који су створили римски правници, оставили су неизбрисив траг на савремено схватање законитости.

Од римске јуриспруденције, преко учења егзегетичке правне школе, све до нормативних и нормативистичких учења о праву, учења аналитичке јуриспруденције или скандинавског правног реализма, законитост је схватана и одређивана као сагласност са

103 А. Кожев, *Феноменологија њрава*, Београд 1984, 197.

104 R. M. Unger, *Znanje i politika*, Zagreb 1989, 324 и даље.

законом. Закони треба да се примењују, док законитост треба да омогући њихову примену. Таквом схватању одговара читав систем правних идеја, институција и средстава који треба да поспеше остваривање идеје права изражене у облику постојаног придржавања законитости.

Сматра се да је у правној теорији модеран појам начела законитости први пут јасно одређен у *немачкој* правној литератури тек 1873. године, као и да су га истовремено и независно један од другог одредили Пол Лабанд (*Paul Laband*) и Герхард Лутолд (*Karl Edwin Luthold*). Упркос томе, и данас се радо истиче да је законитост у Немачкој у модерном смислу постојала у Пруској још за време Фридриха II, за кога се веже једна анегдота.¹⁰⁵ За Фридриха II се каже да му је сметала једна ветрењача која се налазила у близини његове палате, јер му је кварила поглед на околину. После више безуспешних покушаја да је купи власнику је запретио затвором, на шта му је власник одговорио: „Ми још увек у Пруској имамо судове правде“ (*Es gibt noch eine Kammergericht in Berlin!*).¹⁰⁶

Према Фридриху Хајеку (*Freidrich Augustus von Hayek*), савремена идеја законитости ушла је у свакодневну употребу у Немачкој у првој половини XVIII века, док поменута анегдота (причица) наговештава границе краљевске власти која у оно време „није вероватно постојала ни у једној другој земљи на Континенту, а сумњам да и данас постоји у водећим земљама демократије. Када би неко од данашњих архитеката политике рекао да му тако нешто смета, то би се вероватно уклонило, али у јавном интересу“. Најинтересантније је да Хајек заслугу за овакав развој законитости приписује самом Фридриху II, који је себе описао као „првог слугу државе“.¹⁰⁷

Насупрот идеализованој слици законитости у Немачкој, Георг Јелинек (*Georg Jellinek*) износи у својој књизи *Ујравно љраво* да легенда о Фридриху II и млинару из Сансија (*Sanssouci*) „спада у царство прича, као и да су се фактички у неким другим случајевима спроводила тешка насиља над судовима“. Међутим, за Јелинека је веома значајно било то да је апсолутистички владар, када се на неправилан начин мешао у рад судства, „барем осећао да ствар некако није у реду“.¹⁰⁸

105 Вид. J. F. Garner, *Administrative Law*, London 1979.

106 F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago 1979, 481.

107 *Ibid.*, 171, 481.

108 Нав. према: I. Krbeek, *Zakonitost uprave*, Zagreb 1936, 28.

Поменути анегдота је и данас пријемчива јер садржи идеју о нужном ограничавању државне власти законима. Од Имануела Канта, та идеја је у немачкој правној теорији додатно развијана у облику учења о правној држави (*Rechtsstaat*), које је данас општеприхваћено на Континенту и у другим деловима света. Због тога се у немачкој државно-правној теорији разликују изрази *Legalität* и *Gesetzmässigkeit* од израза *Rechtsstaat*. Наведени изрази јасно одређују начин за даље истраживање начела законитости. Први начин се обично назива позитивистичким, догматичко-нормативистичким, а други социолошко-политичким и етичким. Оба начина се најчешће сучељавају један са другим без нарочитог разлога, а то је случај и са учењима о законитости, која се такође погрешно схватају као два супротстављена значења или правца размишљања.

Најистакнутији представник првог правца је Ханс Келзен. За Келзена право представља „поредак људског понашања“, правни поредак „систем правила која имају ону врсту јединства коју ми схватамо као систем“, правни систем „затворен логички систем из кога се правилне одлуке могу извући из претходно одређених правила на логичан начин“, а начело законитости захтев да сви правни акти и материјалне људске радње буду међусобно усаглашени.¹⁰⁹ Таква међусобна сагласност правних аката представља нужан услов за постојање правног поретка. Да би потврдио своје закључке, Келзен је разматрао везу начела законитости са појмом правде. Према њему, „само онај поредак који не задовољава интересе једног на рачун другог, већ успоставља компромис између супротстављених интереса да би умањио могуће сукобе, има изгледа да релативно дуго траје“.¹¹⁰ Дакле, да би поредак постојао, потребно је да буде ефикасан, а не праведан. Правда може да се доведе „у склад са било којим позитивноправним поретком и сваки такав поредак захтева такву правду, па био он капиталистички или комунистички, демократски или аутократски“.¹¹¹ Она се не односи на садржину правног поретка, него на његову примену.¹¹² Због тога правда може да уђе у „правну науку једино у смислу законитости“, јер је „законитост правда ефикасног поретка“.¹¹³

109 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1951 (1998, 2010), 17, 49–50, 116, 122.

110 *Ibid.*, 19–20.

111 *Id.*, 27–28.

112 *Id.*, 32.

113 *Id.*

Келзен те своје идеје о вези законитости и правде објашњава следећим речима: „ослободити појам права од идеје правде тешко је зато што се оба појма мешају... и што то мешање одговара идеолошкој тенденцији да се позитивно право прикаже као правдено... Чиста теорија права не противи се ни на који начин захтевима за правденим правом ако изјављује да није надлежна да одговори на питање у чему се састоји основни елемент правде“. Правда је „ирационална идеја“, односно „друштвена срећа“, док „срећа коју друштвени поредак хоће да осигура може бити једино срећа у друштвеном смислу, тј. задовољење извесних потреба за које је друштвена власт, тј. онај који прописује правне норме, признао да вреди да буду задовољене“.114 Због тога, „у погледу општег правила, *правдено* је да оно буде стварно примењивано на све случајеве на које, према свом садржају, треба да буде примењено“. И обрнуто, „*неправедно* је у погледу њега да буде примењено у једном случају а да не буде примењено у другом случају“.115

Немачкој правној теорији није страни ни политичко-правно значење начела законитости, као што је поменуто. Означава се изразом *Rechtsstaat*. Њиме се у европској правној традицији одређује изведено, а не опште значење појма законитости.

На сличан позитивноправни начин законитост се одређује у *француској* правној теорији. Законитост као нормативно начело означава сагласност нижег правног акта са вишим правним актом, али и сагласност људског понашања са законом и другим правним актима. Законитост се одређује и уже, као сагласност свих појединачних правних аката са законом, под условом да се законом сматра „сваки општи акт, а не само закон у материјалном смислу“.116 То је разумљиво, имају ли се у виду непријатна историјска искуства са полицијском државом која у Француској ни данас нису заборављена. На пример, подстакнут бригом од злоупотребе власти, Андре де Лобадер (*André de Laubadère*) је средином XX века о начелу законитости забележио: „Оно се односи на све активности административне власти, а најпре на појединачне одлуке које морају да буду у складу са постојећим правилима“. Рећи да је администрација „везана законским прописима који се на њу односе, значи утврдити однос моћи између апарата административних органа и парламента“. Пошто то не може ваљано да

114 *Id.*, 19–20.

115 *Id.*, 27–28.

116 L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III, Paris 1930, 732.

се уради, „појам законитости се односи на све административне акте, а посебно на уредбе владе“.¹¹⁷ Такво уже одређивање појма законитости потврђује изричит став француских правника, по коме сваки појединачни правни акт, а посебно судски и управни акт, увек мора да се заснива на закону.

Најпознатије схватање о праву и законитости изложио је француски правник Леон Диги у првим деценијама XX века. Правно правило представља основ правног система, док је задатак начела законитости да обезбеди ефикасност на тај начин што „ниједан државни орган не може да донесе појединачну одлуку која не би била сагласна једној општој одредби донетој раније или, у другом облику, појединачна одлука може да буде донета само у границама које одређује претходан материјални закон. Тај је принцип у битности заштите појединаца и може се рећи да он нема, не може да има, не сме да има изузетке“.¹¹⁸ Очигледно, Диги законитост одређује позитивистички – као „систем односа“ између „нормативних“ и „техничких“ правила. Она нарочито обавезује државне органе који своје одлуке могу да доносе једино у сагласности са претходно донетим општим правилом, јер „појединачна одлука може бити донета једино у границама које поставља ранији материјални закон“.¹¹⁹ На поменути начин одређен позитивноправни појам законитости налази свој основ у претходећој Дигијевој идеји друштвене солидарности на којој он гради читаву своју солидаристичку правну теорију.

И други француски писци-позитивисти су на сличан начин одређивали начело законитости. На пример, Рејмон Бонар (*Raymond Bonnard*) је у свом учењу законитост везивао за активност државних органа која „може да се врши само на основу општих, безличних и једнаких одредби које су ту делатност организовале“.¹²⁰ Он је закључио да се основ законитости налази у законима и правним прописима, док сама законитост има улогу коректора оних радњи којима се крши право. Али, начело законитости нема апсолутан значај ни у његовом учењу. Оно „не стеже сву административну делатност“; будући да административни органи и даље располажу „влашћу слободне оцене“.¹²¹

117 A. de Laubadère, нав. према: Ch. Eisenmann, „Le droit administratif et la principé de légalité“, Extr. de *Études et documents*, fase 11, Paris 1957, 29.

118 *Ibidem*, 733.

119 *Ibid.*, 732–733.

120 R. Bonard, *Précis élémentaire du droit administratif*, Paris 1926, 137–138.

121 *Ibidem*, 138.

Обим појма законитости проширио је у свом учењу Шарл Ајзенман (*Charles Eisenmann*). Сматрао је да под појам законитости треба подвести „све правне прописе које доноси законодавац“. Али, по њему, треба водити рачуна и о чињеници да законитост у исто време представља „захтев за *не-сујројиношћу* са законодавством“ и „захтев за прилагођавањем законском уређењу“. Ма шта то тачно значило, можда чак слободу судија да поступају *praeter legem*, Ајзенман је у праву када тврди да је први задатак администрације да „поштује правила која доноси законодавац“.¹²² У противном, администрација би постала сама свој законодавац поступајући *contra legem*, што је неприхватљиво за „нормалну“ државу и крајње штетно за друштво.

Појам законитости још је више проширио Жорж Ведел (*Georges Vedel*), по коме законитости обухвата и поштовање уговора, индивидуалних административних аката и других аката које доносе државни органи или правна лица. Такву законитост Ведел је одређивао као „однос између аката и радњи администрације“, тј. као „однос између свих врста разних правила различитих извора“.¹²³ У Веделовом учењу бледи разлика између појма нормативне законитости и појма нормативне саправности.

У најкраћем, за француске правнике формално-позитивно начело законитости треба да обезбеди сагласност свих нижих правних аката и људског понашања са вишим правним актима. Оно нарочито треба да обезбеди сагласност појединачних правних аката са законом у формалном смислу, док материјално начело законитости представља пре „један политички појам“ који се односи на постојање правне државе.¹²⁴

Из савим другачијих разлога и на сасвим другачији начин, појам законитости одређиван је у некадашњој *совјетској* правној теорији. Разлоге не треба нарочито објашњавати. Довољно је поменути циљ: стварање и изградњу „социјалистичке законитости“ као „најсавршенијег“ облика законитости у друштву. Интересантан је пример Михаила Чхиквадзе (*Михаил Чхиквадзе*) који је сматрао да се социјалистичка законитост, састоји у „тачком поштовању и извршавању... устава и на њему заснованих закона и подзаконских аката који извршавају вољу совјетског народа... и усмерени су на заштиту друштвеног и државног уређења, права,

122 Ch. Eisenmann, „Le droit administratif et la principé de légalité“, Extr. de *Études et documenta*, fase 11, 25–28, 40.

123 G. Vedel, нав. према: Ch. Eisenmann, 27.

124 G. Birdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1980, 81.

слободе и интереса грађана“.¹²⁵ На сличан начин су појам законитости одређивали други совјетски писци (И. С. Самошченко /И. С. Самошченко/, Е. П. Лукашова /Е. П. Лукашова/, П. М. Рабинович /П. М. Рабинович/).¹²⁶

Када се некадашња совјетска правна теорија пажљивије проучи, могу да се запазе два главна правца размишљања о начелу законитости. Први правац социјалистичку законитост одређује на поменути чисто нормативни и позитивистички начин. Законитост представља „доследно и безрезервно придржавање Устава СССР и совјетских закона од стране свих државних органа, државних и друштвених организација и дужност правних лица и грађана“.¹²⁷ Такав нормативни појам подупире се тврдњом да законитост представља „метод остваривања власти радног народа“ који се у ширем смислу испољава „у форми закона“ (Н. П. Фаткулин /Н. П. Фаткулин/), односно да је законитост „главна, суштинска црта совјетског права“ (Н. Н. Вопленка /Н. Н. Войленко/).¹²⁸ Прочита ли се између редова, може се закључити супротно: да је метод такве законитости насиље које није било ограничено чак ни формом закона. Други правац социјалистичку законитост изводи из садржинских својстава и обележја општег појма законитости. Тако је поступио С. С. Алексејев (С. С. Алексеев). Према њему, појам законитости састоји се из три основна елемента: „опште обавезности права“, „идеје законитости“ и „захтева за постојањем закона у поретку друштвено-политичког живота“.¹²⁹ Без тих елемената, сматрао је Алексејев, модерна законитост не може да постоји. Први елемент „представља само пројекцију, специфичан израз својстава и регулативних особина права“. Други елемент има идеолошко-политички карактер. Идеја законитости може да означава само „једнакост свих пред законом, одсуство привилегија, примат закона, правну одговорност за кршење права без изузетака и друго“. Трећи елемент изражава свеопшност права, која се изједначава са изградњом „савршеног законодавства“, врховнишвом устава и закона, једнакошћу свих пред законом,

125 М. Чикхвадзе, *Социјалистическа законност в СССР*, Москва 1958, 46.

126 Вид. И. С. Самошченко, *Охрана режима законности Советским јосударством*, Москва 1960, 14; Е. П. Лукашова, *Социјалистическо јравосознание и законност*, Москва 1973, 25; П. М. Рабинович, *Ујрочение законности – закономерности социализма*, Львов 1975, 66.

127 Колектив аутора: *Советское јосударство и јраво*, Москва 1980, 32.

128 Вид. Н. Н. Вопленко, „Сферы выражения социјалистической законности“, *Советское јосударство и јраво*, 11, Москва 1978, 24–25, 29.

129 С. С. Алексеев, *Общая теория јрава*, Москва 1981, I, 217–218.

постојањем друштвених и правних механизма за заштиту законитости, системом гаранција за примену права и стабилношћу правног поретка.¹³⁰ Полазећи од елемената које је набројао, Алексејев прави разлику између аутократских и демократских система, по узору на своје колеге правнике на Западу, али са неколико важних измена. По њему, у демократским системима најистакнутије место припада социјалистичком систему, који се од свих других друштвених и политичких система наводно највише приближио проглашеном идеалу. Алексејев наглашава да аутократски системи постоје када постоји само први елемент законитости, демократски системи када у исто време постоје први и други елемент законитости, док социјалистички систем постоји када постоје сва три елемента законитости. Али, Алексејев занемарује да и у аутократским порецима законитост мора да има неку своју „идеју“. То значи да се разлика између класификованих система своди на њихову вредносно-идеолошку оцену, а то је пре политичко него правно питање. Треба скренути пажњу и на чињеницу да се тешко може замислити поредак у коме се законитост своди само на „захтев“ за одговарајућим „поретком друштвено-политичког живота“. Суштина није у томе да ли такав захтев постоји, већ у чему се он формално и садржински састоји. А тај захтев, као што је учињено у СССР, наметнут је продуженим средствима пролетерске диктатуре. Алексејев ништа не говори ни о разлозима којима се руководио када је изабрао наведена три елемента за разликовање друштвених система. Можда је могао да дода још неке елементе или да одбаци неке изабране елементе. Он не објашњава ни суштинске разлоге због којих само социјалистичка законитост поседује сва три елемента, као да је то самоочигледно. Ипак, његово схватање законитости у совјетској правној теорији најсличније је савременим схватањима законитости, одбаци ли се додатна аргументација у корист социјалистичке законитости.

Наведеним карактеристичним гледиштима о појму законитости која припадају европском континенталном правном систему, изузев немачке концепције правне државе и донекле совјетске концепције социјалистичке законитости, заједничко је да појам законитости одређују под снажним утицајем нормативистичког правног схватања и да проблематику законитости усредсређују на традиционалне или актуелне правне проблеме који и данас заокупљају правну науку и праксу у смислу рада на унапређивању постојећег права. Али, законитост се различито одређује и као

130 *Ibidem*, 217.

чисто нормативни појам. Једни писци законитост изједначавају са саправношћу, други као сагласност свих појединачних аката са свим општим актима, трећи као сагласност свих појединачних аката само са законом, четврти као сагласност само административних појединачних правних аката са законом итд. Писци су ипак сагласни у погледу истицање потребе да одређеном појму законитости мора да одговара његов садржај. Без тог подударанја, законитост не може да постоји. Али, чак и тада, за једне законитост у материјалном смислу означава постојање слободе и демократије, за друге средство за ограничавање државне власти изнутра, за треће средство за учвршћивање социјалистичког друштвеног и правног система итд.

3. Начело законитости у англосаксонској теорији права

Начело законитости у англосаксонском систему права означава се тешко преводивим изразом *Rule of Law*, који у „ужем смислу означава ‘владавину закона’, а у ширем ‘владавину права’.. Поред овог, као што је наведено, користе се изрази *government under law*, који у ужем смислу означава „владу која је ограничена законом (правом)“, а у ширем смислу „администрацију (управу) која је ограничена законом (правом)“, или посебним изразом и инструментом *due process (procedural regularity)*, који представља „поступак за заштиту људских права и слобода који у правном систему одређују или народ, или држава“.¹³¹

Посматрано из угла европског континенталног правног система, односно највећег броја правника који му припадају, изразом *rule of law* означава се законитост у материјалном смислу, тј. њен политички појам. Међутим, из угла англосаксонског права и правника који му припадају, управо *rule of law* представља право значење начела законитости, док је законитост у смислу који јој придају правници на Континенту „сувише уско схваћена“ и оптерећена „позитивизмом“, „формализмом“ и „догматизмом“.¹³² Не треба да чуди што је међу правницима, учесницима Чикашког колоквијума Међународног удружења за правне науке (*Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*) који је одржан 1957.

131 *Webster's New Dictionary*, New York 1977, 562.

132 Вид. *Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*, Chicago 1957.

године, сагласност постигнута само око тога да англосаксонском појму владавине права (*Rule of Law*) одговара европски континентални појам правне државе (*Rechtsstaat*), који чак и у немачкој правној теорији има посебно а не опште значење.

Поред жучних расправа око израза и значења начела законитости, на поменутом скупу слична расправа вођена је око методологије која треба да се користи приликом одређивања појма законитости. Чак су образоване две групе међусобно супротстављених гледишта око овог „методолошко-сазнајног“ проблема. Према првој групи, појам законитости може да се одреди уопштавањем издвојених заједничких елемената из низа узорака једне исте појаве, а према другој групи, чији је главни заступник и референт био Чарлс Хамсон (*Charls John Joseph Hamson*), у различитим правним системима изрази се разликују због значења која се односе на различите елементе законитости. Из тога се закључује како појам законитости може да се одреди тек испитивањем сврхе различитих правних система и средстава помоћу којих се та сврха остварује. Само тако могу да се утврде сличности и разлике између правних система.¹³³

Резултат поменутих расправа на Чикашком колоквијуму саопштен је као заједнички став свих учесника да законитост представља начело које се састоји из постојања традиционалних права и слобода (укључујући ту и средства за њихову заштиту), систематизованих општих норми које обавезују управу и судство, обезбеђеног независног и сталног судства, непристрасног судског поступка, правног основа за управне акте и судског надзора над управним органима.

Такав аналитички приступ који је превладао на Чикашком колоквијуму поново је формулисан као став Међународне комисије правника у тзв. „Делхијској декларацији“ (*Declaration od Delhi*) из 1959. године.¹³⁴ У њој је записано: „Основна функција законодавства у слободном друштву које подлеже законитости јесте да се створе и одрже услови који ће одржати понос човека као индивидуе. Овај понос захтева не само одређено признавање његових грађанских и политичких права, већ и стварање друштвених, економских, образовних и културних услова који су неопходни за развој његове личности“.¹³⁵ У Делхијској декларацији се истиче и

133 Вид. J. C. Hamson, „Проблем законитости у западним земљама“, *Сџрани љравни живојш*, Београд 14/1958.

134 Вид. „The Rule of Law in a Free Society. A Report on the International Congress of Jurists“, New Delhi, 1959, у: *Annales de la faculté de droit d'Istanbul*, 12/1959.

135 Нав. према: J. F. Garner, *Administrative Law*, 20.

да законитост подразумева остваривање „одговарајућих услова за развој људског достојанства“.

Закључак из Делхијске декларације поновљен је и прецизиран у тзв. „Лагошком документу“ (*Act of Lagos*) из 1961. године. У њему је истакнуто да законитост постоји само ако су испуњена следећа три услова: „постојање ефикасне владе која је у стању да одржи закон и ред и да обезбеди друштвене и економске услове живота у друштву“, „независно судство“ и „могућност да се они који крше законитост лише положаја, угледа и сличних друштвених добара“.¹³⁶

Наведени ставови у поменутих документима своју теоријску подлогу имају у радовима најугледнијих англосаксонских правних писаца. Истакнуто место припада Алберту Дајсију (*Albert Venn Dicey*), за кога је законитост (коју је теоријски одредио 1885. године) увек „нешто више од пуког закона и реда“. Она постоји када су испуњена следећа три услова: *Nullum crimen sine lege...*; једнакост пред законом – нарочито једнакост високих државних функционера који не треба да имају никакве привилегије; као и постојање уставног закона који може да се мења једино према жељи народа, али само у делу у коме се укидају привилегије. За Дајсија испуњавање првог услова означава „потпуну превагу или превласт закона према утицају арбитрерне власти и искључење арбитрерности, прерогатива или чак широке дискреционе власти владе“. Испуњавање другог услова означава „једнакост пред законом или подједнаку потчињеност свих класа обичном закону земље који примењује редован суд“. Најзад, под трећим условом Дајси подразумева да „уставни закони... нису извор него последица права које је заштићено од стране судова“.¹³⁷

У ситуацији у којој се пракса очигледно разликовала од Дајсијеве идеализоване представе законитости, будући да је већ у његово време кршење законитости у Енглеској означавано изразом „залазак“ („сумрак“) законитости (*development away from the rule of law*), настала је тзв. „Antirule-of-law-theory“. Заслуга за овај преокрет припада В. И. Џ. Џенингсу (*W. I. J. Jennings*, касније *Lord Justice Hewart*), који је у својој књизи *The New Despotism* (Нови деспотизам) истицао да је „законитост мало у складу са ситуацијом која постоји у Енглеској“. Џенингс је нарочито критиковао Дајсијево учење. Он је сматрао да чак ни у Дајсијево време

136 *Ibid.*, 20–21.

137 A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law and constitution*, 183–185, 188, 198–199.

није било непознато кршење закона у Енглеској. Исто тако, истицао је Џенингс, законитост не постоји само у Енглеској. Она је или заједничка свим нацијама, или уопште не постоји.¹³⁸ С друге стране, законитост и целисходност нису неспојиви, као што је истицао Дајси. Према Џенингсу, због симбиозе и „појачаног“ утицаја владе на рад парламента у Енглеској више не постоји сукоб између „Regular Law“ и „Administrative Powers“. Ову његову важну идеју и данас радо истичу многи англосаксонски писци.¹³⁹

Своју критику Дајсијевог гледишта, које је у то време имало снагу званичног става, Џенингс је отпочео нападом на „Извештај“ (*Report*) и „Документа“ (*Documents*). У њима је формулисан став тзв. „правника-социјалиста“, окупљених око Харолда Ласкија (*Harold Laski*) у Комитету који је требало да „оцени и формулише стање законитости у Енглеској“. Џенингс је тим поводом истакао да је Дајсијева концепција законитости у смислу у коме је употребљена у Извештају, ако се дословно схвати – „обична глупост!“. Када Дајси каже „да Енглезима влада закон и само закон“, он сматра да њима владају судије и само судије. Управо је сам Дајси – наставља Џенингс – „спречио“ развој законитости уставовљавањем власти административних судова.¹⁴⁰

Према Фридриху Хајеку, Џенингсова књига је одмах по објављивању произвела „скандалозан ефекат“ и дуго времена је у Енглеској третирана као „реакционарни памфлет“. Међутим, само двадесет година касније, утицај *Anti-Rule-of-Law-Theory* довео је до промене става већег дела јавности, тако да се о књизи говорило на исти начин „као што је написана“.¹⁴¹ Тиме је још једном у пракси потврђена мисао немачког филозофа Артура Шопенхауера (*Arthur Schopenhauer*) о фазама кроз које пролази истина: „У првој је исмејана. Затим јој се жестоко супротстављају. Коначно бива призната, као очигледна“. Па онда све изнова.

Та Шопенхауерова мисао се може применити и на примеру Џенингсове мисаоне путање. После почетне критике, он је своје идеје и ставове допунио и проширио. Тиме је посредно утицао на јачање министарске власти у Енглеској.¹⁴² При крају живота,

138 Вид. W. I. J. Jennings, *The New Despotism*, London 1920.

139 Вид. A. Allott, *The Limits of Law*, London 1980; J. F. Garner, *Administrative Law*; Radcliffe and Cross, *English Legal System*, London 1977; J. W. Harris, *Legal Philologies*, Oxford 1980; J. Cooper, *The Individual and the Law*, Buckingham 1981.

140 W. I. J. Jennings, *The New Despotism*, 19–20.

141 F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, 234–240.

142 Вид. W. I. J. Jennings, *The Law and Constitution*, London 1933.

сасвим је променио своје полазно гледиште о законитости „пошто је оно учинило оно што је требало да учини“. ¹⁴³ У својој последњој књизи, Џенингс је читаве одељке посветио похвали законитости у Енглеској и, као Дајси, подржавао њену идеализовану слику. ¹⁴⁴ Заокруживши своје идеје, Џенингс се вратио на поставке које су својевремено биле предмет његове оштре критике.

После Џенингса чињени су покушаји да се његови и Дајсијеви ставови о законитости приближе или барем некако ускладе. Запажен је покушај Вилијама Робсона (*William A. Robson*), за кога је подједнако погрешно када се идеализује законитост, као и када се законитост „раздваја“ од уставног система Енглеске. За Робсона је нарочито „погрешна“ концепција према којој „судију не интересују циљеви владе“, већ „административна правда“. Због тога он предлаже комбиновање начела законитости са начелом целисходности (опортуности). Робсон је свој предлог објашњавао чињеницом да административни трибунал може да води политику која је независна од закона и судских прецедената. Позната је његова изјава да „од свих карактеристика административног права ниједна нема већу предност од моћи трибунала да одлучи о случајевима који дођу пред трибунал“. То га је на крају навело да закључи како предност треба дати начелу целисходности над начелом законитости (!) будући да „законитост уступа пред административном моћи“. ¹⁴⁵ То није сасвим нетачно, али је забрањено, барем у демократијама. Згодан савремени пример утицаја Робсоновог учења у Енглеској представља најновије *SiS* законодавство, које није ништа друго до још један пример административне надмоћи прикривене формом закона.

Гледиште о законитост која је смештена у шире филозофско-теоријске оквири, чиме је њен појам смештен у шири контекст људског знања, заступао је Џон Гарнер (*John Francis Garner*). За њега је законитост „нешто више од пуког закона и реда“. У савременим друштвима сувереност парламента представља основ за постојање било које врсте законитости. Та важна чињеница законитост представља као јединствено и општеобавезно начело које не може верно да се објасни само изразима „Law“ и „Order“. Према Гарнеру, „човек је од памтивека тежио да достигне нешто више него што је само право (закон), које је он сам измислио, било да је то природно право старих Римљана, божански средњовековни

143 F. A. Hayek, 238.

144 Вид. W. I. J. Jennings, *The Queen's Government*, London 1954.

145 W. A. Robson, *Justice and Administrative Law*, London 1951, XI–XIV.

закон или друштвено и природно право Хобса, Лока или Русоа, а и ми данас покушавамо да одредимо законитост као норму или као идеал који закони свих земаља желе да достигну... јер сваки закон мора да задовољи неку сврху“.¹⁴⁶ Та сврха састоји се у постојању и гарантовању људских слобода и права. Уз то, за постојање законитости у наведеном смислу није довољно само да се нађу одговарајући чувари који ће се старати да егзекутива не злоупотреби власт, већ је потребно и да постоји „ефикасна влада... која је у стању да одржи закон и ред и обезбеди друштвене и политичке услове за живот у друштву“. Своје гледиште Гарнер је објашњавао, као и Аристотел много пре њега, чињеницом да је човек у суштини „друштвена животиња и да је живећи у друштву сам морао да изгради законе и остале инструменте власти... што је морало да ограничи његове слободе“.¹⁴⁷

Појму и садржини начела законитости дужну пажњу посветио је Фридрих Хајек.¹⁴⁸ И он је приметио да главни циљ законитости представља заштита слобода и права човека. Али, на супрот Платоновим идејама у „Законима“, Хајек је сматрао да „закон сам не може да влада“, јер „само људи могу да имају моћ над другим људима“. Због тога би највећу вредност међу људима требало да представља „благостање“ (*Welfare*), као „крајњи циљ права и закона“.¹⁴⁹ У том смислу, законитост је пре једно „правило о ономе што би закон требало да буде, једна метаправна доктрина или политички идеал“. Законитост ће да важи – истицао је Хајек – „све док буде морални део заједнице“, а морални део заједнице може да буде само у демократији. У противном, друштво би убрзо дошло до „стања арбитрерне тираније“.

Хајек је такође појам законитости доводио у везу са њеном садржином полазећи од чињенице да људи нису једнаки. Закључио је да се „једнакост пред законом и стварна једнакост искључују“. Како би се таква неједнакост међу људима ублажила, потребно је да се прво успостави „демократија на пољу рада“. У противном, законитост ће и даље бити „формално мерило које обезбеђује употребу одговарајућих мера...“.¹⁵⁰ Поред економских услова, за

146 J. F. Garner, *Administrative Law*, 17–19.

147 *Ibid.*, 20.

148 Поред наведеног Хајековог наслова *The Constitution of Liberty*, вид. *Law, Legislation and Liberty*, I-III, London 1981 (*Право, законодавство и слобода*, Београд – Подгорица 2002); *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb 1994; *The Road of Selfdom*, Chicago 1994.

149 F. A. Hayek, 19.

150 *Ibid.*, 185, 222.

законитост је потребно да буду испуњени одговарајући политички и културни услови. Хајек је нарочито важно место придавао условима и средствима којима се ограничава административна власт. Насупрот (нпр.) Робсоновом учењу, законитост према Хајеку „треба да ограничава владу само у њеним принудним радњама“. То значи да само под законитошћу „влада може да се меша, да казни“.¹⁵¹ Позната је Хајекова мисао да су већим ограничавањем административне власти све веће слободе појединаца. Због тога је главни „задачак политичара да пронађу мишљење које у демократији заступа већина људи, а не да дају нова мишљења која би могла да постану гледишта већине у далекој будућности“.¹⁵²

Интересантно је упоредити главне идеје наведених англосаксонских писаца. На пример, Дајсијево гледиште чак и у Енглеској већ дуго времена има историјски значај, иако је његова најпознатија књига о законитости после Другог светског рата убрајана у сто најутицајнијих књига. То не треба да чуди има ли се у виду да је Дајси законитост одредио према условима и потребама своје земље у зениту њених империјалних моћи (тзв. Викторијанске ере /*Victorian Era*/). Те услове и потребе сам Дајси је уочио и изабрао. Једино је пропустио да узме у обзир отежавајуће услове који су већ у његово време постојали у Енглеској. Упркос томе, до данас се задржала његова изрека (слична изреци млинара из Сансија): „да у Енглеској влада закон, а овим судије“.

Док је за Дајсија законитост представљала највише начело, за Робсона је законитост представљала секундарно правно начело које уступа пред начелом целисходности. Ипак, обојици је заједничко да законитост поистовећују са стањем какво је постојало у Енглеској њиховог доба, само су јој придавали различиту важност. С друге стране, када се Робсонове идеје упореде са Џенингсовим, може се приметити једна важна разлика. Џенингс је, насупрот Робсону (и Дајсију), тврдио да законитост постоји у сваком поретку, а не само у Енглеској. Такође, тврдио је да моћ трибунала треба да има корективну (секундарну) улогу, а не да законитост буде корективно (секундарно) средство начела целисходности.

За разлику од Дајсија, Џенингса и Робсона, Гарнер и Хајек су појам законитости проширили чак на поретке који нису обавезно демократски. Тврдили су (као Келзен) да законитост у формалном смислу може да постоји у сваком поретку. Али, за постојање законитости у садржинском смислу, Гарнер је инсистирао на ограни-

151 *Id.*, 206.

152 *Id.*, 122.

чавању административне власти у корист слобода и права, док је Хајек једнакост и економску демократију сматрао основним условима за успостављање законитости у садржинском смислу. Иако законитост формално постоји у свим порецима, она садржински постоји само када је ограничена власт административних органа или када постоје правна једнакост и економска демократија.

Можда је најближи истини био Ричард Џексон (*Richard Meredith Jackson*). Он није негирао постојање законитости, али је смештао у ред људских химера. Карактеристично је његово запажање да је „законитост динамична, иако није довољно прецизна. Законитост представља једну деликатну фразу и може да се сврста, заједно са братством међу људима, са људским правима и свим другим слоганима који се односе на људе“.¹⁵³

4. Владавина права, слобода и правда у учењу Џона Ролса

Приказано стање у теорији трајало је све до појаве Џона Ролса (*John B. Rawls*). Окосницу његовог учења чини анализа следећег односа: *правда* (са својим начелима и схватањима) – *слобода* (једнака и неједнака) – *јавни систем* (и правни поредак) – *одговорност* (са одговарајућим системом кажњавања). Ролс се нарочито задржавао на вези владавине права и слободе, разматрајући тесну повезаност правног система са прописима који правду представљају као једну врсту правилности. Владавина права у смислу формалне правде односи се на регуларну и непристрасну примену јавних правила тек када се примени на правни систем као „принудни поредак јавних правила насловљених на рационалне особе, са циљем да уреди њихово понашање и обезбеди оквир за друштвену сарадњу“. Када су ова правила праведна, она уставнољубавају основ за „леgitимна очекивања“. Али, када су „основе ових захтева несигурне, несигурне су и границе слобода људи“.¹⁵⁴ Може се закључити како начело законитости почива на чврстој сагласности рационалних особа да за себе успоставе „највећу могућу слободу“.

153 R. M. Jackson, нав. према: F. A. Hayek, 21.

154 Џ. Ролс, *Теорија правде*, Београд – Подгорица 1998, 221. Вид. Џ. Ролс: *Право народа*, Београд 2003. и *Политички либерализам*, Београд 1998.

Следећу важну ствар представља Ролсова тврдња да у добро уређеном друштву свако мора да буде заинтересован да се „владавина права одржи“.¹⁵⁵ Правни систем од других правила дели његово готово свеобухватан обим, ауторитативна моћ уређивања у односу на друга правила, широк домашај делатности које уређује и темељна природа интереса због којих је обликован како јесте. Такав правни систем има „коначну моћ“ – а то је државна моћ у људским стварима.¹⁵⁶ Он треба да буде што више налик свом идеалном облику. Његови прописи треба да буду такви да савршено отелотворују идеју правног система. Будући да такав идеалан правни систем не постоји, од прописа (а нарочито од закона) треба очекивати само да му се што је могуће више приближе. Али, када су одступања од правде исувише велика, такав правни систем постаје изопачен јер служи интересима диктатора или деспота. Поента је да се „један правни поредак праведније примењује од другог, ако он савршеније извршава прописе владавине права“. Тада ће слобода бити сигурнија, а могућност корпоративног деловања већа. Упркос чињеници да правила правног поретка могу да гарантују само непристрасну и правилну примену, касније је прављена разлика између *thin* и *thick rule of law*. Заснива се на супротној идеји – да исти обрасци не морају обавезно да буду исто успешни у истом правном и културном окружењу.

Владавина права почива на испуњавању неколико важних захтева. Ролс своје набрајање започиње запажањем да свако разумно правило, садржавајући неки захтев („треба“), посредно садржи могућност („може“) да се тај захтев оствари. Све делатности које захтевају и забрањују правила права треба да су такве врсте да се „разумно може очекивати да ће их људи вршити или избегавати“. Од људи се правилима не може тражити да чине нешто немогуће или да чине нешто што чине и без правила. У првом случају, правила су бесмислена, а у другом сувишна. У оба случаја, она су немоћна. Због тога, „појам да *треба* имплицира *може*“ почива на уверењу да законодавци и налогодавци свој посао раде у доброј вери (*bone fidei*) и да верују да се прописи могу поштовати. У противном, „Био би неиздржив терет слободи ако одговорност за кажњавање не би била нормално ограничена на понашања унутар наше моћи да нешто урадимо или не урадимо“.¹⁵⁷ Такође, владавина права захтева да „слични случајеви буду третирани слично“.

155 Џ. Ролс, *Теорија правде*, 225.

156 *Ibid.*, 222.

157 *Id.*, 223.

Мерило сличности дато је самим правилима и начелима за њихово тумачење, чиме се значајно ограничава дискрециона моћ државних органа и спречава њихова произвољност. Тај услов важи и за случајеве правичности. Владавина права почива и на начелу *Nullum crimen sine lege, nulla poene sine lege*. Овај услов додатно захтева да закони и прописи буду познати или јавно проглашени, да њихово значење буде јасно одређено, да буду јасни у исказу и намери, као и да се њиховом применом не повреде права појединаца која су у њима наведена поименце, да се најоштрији прекршаји строго тумаче и да се повратним дејством кривичних закона не наноси штета субјектима. Само тиранин може да мења законе и кажњава без њиховог објављивања, али таква правила не чине правни систем, јер руше „основ за легитимна очекивања“. На крају, Ролс као посебан услов наводи постојање правила која одређују „појам природне правде“. Правила природне правде представљају „смернице“ које треба да „заштите интегритет судског процеса“ и осигурају да се правни поредак непристрасно и правилно одржава.¹⁵⁸

Ролс из везе начела слободе и начела одговорности одређује везу између слободе и владавине права. Начело одговорности се традиционално заснива на идеји да је циљ кажњавања одмазда или претња. Спровођењем јавног система казни држава уклања разлоге за мишљење да други не поштују правна правила. Сагласно са тим, „постојање делотворне казнене машинерије пре служи као средство за узајамну сигурност људи“, али само под условом да су отклоњене две врсте „неповољности“: да трошкови кажњавања буду оправдани и што мањи, као и да се на тај начин са што мањом вероватноћом на погрешан начин ометају слободе тзв. „репрезентативног грађанина“.¹⁵⁹ Грађани који поштују проглашена правила, истиче Ролс, никад не треба да се плаше због кршења своје слободе, јер је циљ казне да се заштите слободе грађана. Произилази да је начело одговорности последица „схватања правног система као поретка јавних правила насловљених на рационалне особе, како би се уредила њихова сарадња и дала одговарајућа вредност слободи“.¹⁶⁰ На основу тога Ролс закључује: „аргументи за ограничавање слободе проистичу из самог начела слободе... Слобода може бити ограничена само у корист саме слободе“.¹⁶¹

158 *Id.*, 222–224.

159 *Id.*, 226.

160 *Id.*

161 *Id.*, 228–229.

Али, то није добар начин да се „уробором“ објасни веза слободе са владавином права. Такође, Ролс не разматра природу аргумената *pro et contra* за ограничавање слободе, нити те аргументе објашњава, већ их – ваљда – подразумева. Пропустио је барем да укаже на њихову аксиолошку, етичку и правну страну. Упркос реченом, Ролсово схватање владавине права представља снажан исказ у прилог слободе и правде. Суштину владавине права увек чини слобода, а не једнакост, чак и када су границе наше слободе неизвесне. У држави владавине права сви имају само једнако право на правду као образац непристрасности. То мора да буде случај чак и када постоји присила да се дозволе неки прекршаји прописа, али само под условом да се тиме ублажи губитак слободе због друштвених зала која не могу да се уклоне. Али и тада треба изабрати најмању неправду (штету), да би се сачувала заједничка корист од слободе. Такво одступање не доводи у питање опстанак „праведног друштва“, сматра Ролс. У држави владавине права заједничко добро, изражено у облику основних и једнаких слобода, захтева целовито постојање утврђених права и дужности којима се слобода уређује и штити. У противном, ако би превладала једнакост над слободом или произвољност, такав правни поредак би се у најкраћем времену преобратио у своју супротност.

5. Начело законитости у домаћој теорији права

Начело законитости заузима важно место у радовима домаћих старијих и нешто млађих српских и некадашњих југословенских правних писаца. За старије српске правне писце карактеристично је усредсређивање пажње на проблем повезивања формалног појма начела законитости са правном државом.

Карактеристично је схватање *Феодора Тарановског*, према коме „законитост државне радње“ одговара формалном појму законитости који постоји упоредо са појмом правне државе. У међусобном односу ове две стране законитости, тј. њена два значења, Тарановски је предност давао материји (садржини) над формом (обликом). Он је сматрао да је циљ законитости „остваривање заједничког добра у правној држави“. Да би тај циљ био остварен, потребно је да радње свих државних органа буду „строго подређене поштовању права“. Ако то није случај, тј. ако закони не обавезују државне органе нити одговарају „народним потребама“,

тада ни најстроже старање о поштовању законитости неће моћи да обезбеди стварну законитост у друштву.¹⁶²

Начелу законитости је нарочиту пажњу посвећивао *Иво Крбек*, чији су најважнији радови готово у целости посвећени овом начелу.¹⁶³ Према њему, разлика у погледу одређивања појма законитости не састоји се толико у теоријском постављању самог начела законитости колико у изналажењу све веће и све потпуније мреже правних средстава за остваривање тог начела. О законитости се нарочито говори због тога што су законите правне норме изведене из закона и што је закон далеко најважнији правни извор, чак и када постоји писани устав као темељни закон.

Наведено Крбеково почетно излагање о законитости представља „постулат уставне државе“, којој је он супротстављао „идеју правне државе“. У правној држави се „начело законитости управе“ оправдава политичким разлогом, јер се на тај начин управа потчињава представничким органима државне власти; техничким разлогом, јер се тиме осигурава правилно функционисање целокупног управног апарата; и, психолошким разлогом, јер се тако остварује правна сигурност грађана. Због тога се појединац покрепа безличним нормама, а не личном заповедању и владању. Таква општа обавезаност правом или „омнипотенција правне норме“, сматрао је Крбек, одговара формалном појму правне државе који се не поклапа са појмом „законитости рада управе“. Општа обавезаност у исто време значи да су грађанима гарантоване њихове слободе и права, као и да је сужен слободан делокруг рада управе. У противном, постоји „шупља законска држава“.¹⁶⁴

Начело законитости се на другачији начин одређује у радovima нешто млађих домаћих правних писаца. Карактеристично је нормативно схватање *Радомира Лукића*, за кога је законитост представљала првенствено нормативни правни појам. Као што је за појам права карактеристична правна норма, тако је за законитост карактеристично њено нормативно значење, истицао је Лукић. У најширем смислу, законитост представља „сагласност

162 Ф. Тарановски, *Енциклопедија права*, Београд 1923 (2003), 64, 76, 337–340, 446–489.

163 И. Крбек, „Правна средства за остваривање уставности и законитости“, у: *Симпозијум о основама и облицима уставности и законитости у социјализму*, Београд 1967, 13 и *Управно право ФНРЈ*, I, Београд 1955, 162. Вид. I Крбек, *О дискреционој оцјени*, Загреб 1937; *Прилог теорији о појму права*, Загреб 1952; *Suverenitet*, Загреб 1964.

164 I. Krbek, *Zakonitost uprave*, 4.

односних аката са законом као вишим актом“. У ширем смислу, „законитост значи да сви правни акти и све материјалне радње, које предузимају било државни органи било грађани, јесу, односно морају бити у складу са законом, морају се донети, односно вршити у складу и на основу закона као највишег правног акта, основе правног поретка, најтачнијег израза воље и интереса дате владајуће класе“. У ужем смислу, „законитост значи да сви правни акти с мањом правном снагом јесу, односно морају бити у складу и донети на основу правних аката с већом правном снагом“. Такав нормативни појам законитости има своју формалну и материјалну страну коју треба разликовати од непосредне и посредне законитости.¹⁶⁵ Али, законитост располаже и својим социолошко-политичким значењем. То значење Лукић није везивао за правну државу, већ прагматично и динамички – за „однос политичких снага у друштву“. Наслањајући се на сличне идеје Ханса Келзена и Жоржа Бирдоа (*Georges Burdeau*), Лукић сматра да се законитост састоји у томе што „конкретне друштвено-политичке снаге законитост формулишу на начин који њима највише одговара, а када је једном формулисана, законитост повратно утиче на исте снаге у друштву. Наиме, „посматрањем друштвено-политичке стварности може се утврдити да друштвени и политички односи нису хаотични него сређени... Тај сложен сплет друштвено-политичких снага у вршењу државне, а пре свега, наравно, уставотворне власти чини суштину законитости у њеном социолошко-политичком смислу“.¹⁶⁶ То значи да у случају несклада између правно-нормативног и социолошко-политичког значења, претеже њено друго значење. Најзад, законитост располаже и својим емпиријским значењем. Она се по Лукићу разликује од социолошко-политичког значења по томе што показује „шта је стварна законитост, тј. шта се стварно у праву сматра да је законитост без обзира на оно што је прописано правним нормама“.¹⁶⁷

Законитост као нормативну појаву одређивао је у крајње проширеном значењу *Берислав Перић*. За њега законитост у формалном смислу није представљала сагласност норми са законом, већ сагласност свих аката међусобно. Таква сагласност се уобичајено назива саправност, под условом да се ради о правним нормама, а не правним актима. Будући да Перић у свом учењу истрајива на појму нормативне законитости као сагласности правних

165 Р. Лукић, *Уставности и законитости у Југославији*, Београд 1966, 51–56.

166 *Ibid.*, 10.

167 *Id.*, 62.

аката, а не норми, то се она може сматрати архивским или библиотечким начелом. У садржинском смислу, Перић је као нарочиту сврху законитости одређивао остваривање правде. Само, она није непромењива, већ је конкретан друштвено и политички променљив појам, „подједнако користан и штетан када се преобрази у неправду, тј. када је супротан субјективном осећају појединаца“, „објективној правди“ и „потребама да се одреди материјалан појам правде“.168 Будући да се његов појам правде само делимично подудара са појмом законитости, то и законитост треба схватити релативно јер њено апсолутизовање „не би било ни научно ни политички оправдано“.169 Може се запитати шта би преостало када би се релативистички одређена правда повезала са исто тако схваћеним начелом законитости. Кратак одговор дао је Жан-Жак Русо: тиранија и диктатура.

У нашој теорији гледиште о законитости као владавини права, а не само као нормативном начелу, заступао је Јован Ђорђевић. За Ђорђевића суштина законитости састоји се у постојању „политичких и друштвених премиса и правног механизма који омогућују и спечавају појаву самовоље, арбитрерности и пуне дискреционарности“. Та чињеница представља законитост као „установу демократије и елемент демократизма једног политичког уређења“.170 Законитост и као правно начело има два главна значења. У ширем смислу, она значи да „нико не може по својој вољи стварати право и обавезе и да је свако... потчињен правном поретку и правним правилима“. У ужем смислу, законитост „садржи у себи правна ограничења за парламент, односно за органе који стварају право“.171 Ђорђевић је појму законитости придавао још два значења. У материјално-правном смислу, „законитост изражава везаност државних органа за закон, а у формално-правном смислу, потребу да радње односних органа буду засноване на законима и актима, као и у складу са њима“.172 У односу на законитост, сматрао је Ђорђевић, уставност представља „виши и основни облик законитости“, њену „основу“ и „посебну гаранцију“.173

168 В. Perić, *Struktura prava*, I, Zagreb 1978, 139–145.

169 *Ibid.*, 120–124, 126, 163.

170 Ј. Ђорђевић, „Начело законитости и његов значај“, *Народна милиција*, 6, Београд 1954, 3–4.

171 Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Београд 1976, 331–332.

172 Ј. Ђорђевић, „Право, законитост и образовање правника у социјализму“, *Нова администрација*, 6, Београд 1956, 481.

173 Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, 331, 357.

Најоригиналније схватање законитости у нашој правној теорији изложио је *Стиван Врачар*. По њему, законитост представља „један између многих и разноврсних принципа структурирања и функционисања државноправног поретка“.174 Изванредно значајно *инијерално* правно начело законитости може да се одреди тек када се имају у виду сви елементи „државноправног поретка“, тј. везе између правних норми, правних (ф)аката, субјеката, објеката итд. На тај начин, законитост постаје други израз за државу и право: какви су држава и право, такво је њихово начело законитости. И даље, да би постојала законитост неопходно је да буду испуњене одговарајуће претпоставке: постојање „државноправног поретка“, „системност права“, разликовање „нормативних аката“ од „нормативних факата“, као и само „постојање закона“. Све наведене претпоставке сачињавају унутрашњи склоп државно-правног поретка, у коме се законитост појављује „истовремено као један принцип хијерархијског повезивања нормативних (ф)аката... тако да су нижи усклађени са вишим“, али и као „једно својство присутно у свим творевинама“. Такође, начело законитости располаже извесним сталним особинама: објективношћу, универзалношћу, јединственошћу и релативношћу. Таквом саставу законитости одговара њено формализовање и проглашавање. Оно се врши „филозофско-етичким погледима“, „правним нормирањем“ и „гносеолошко-научним захватима и сазнањима“. Исто тако, начело законитости захтева постојање „потребне и могуће мере усклађености нижих правних аката са законима, али и подешавање структуре и функционисања државе сходно садржини закона“.175 Доследно свом интегралистичком учењу, Врачар је истицао да законитост може да постоји само као јединство формалних и материјалних, политичких и техничких правних моментата, будући да све њене стране имају подједнак значај за одређивање њеног појма.

Када се упореде наведена схватања, између наведених писца се могу запазити значајне разлике поводом одређивања појма законитости. На пример, Тарановски законитост у формалном смислу изједначава са „законитошћу државних радњи“, а Крбек са „омни-

174 С. Врачар, *Социјална садржина функције државноправног поретка*, Београд 1965, 163 и даље. Вид. „Нормативни (ф)акти социјалистичког државноправног поретка“, у: *Извори права у самоуправном социјалистичком друштву*, Београд 1976, 22.

175 С. Врачар, „Релативно остваривање прокламованог принципа законитости у Совјетском Савезу“, у: *Симпозијум о основама и облицима законитости у социјализму*, Београд 1967, 76–77.

потенцијом правне норме“. То није исто: прво схватање је карактеристично за законску државу, а друго за правну државу. Такође, писци садржај правне државе, тј. материјални појам законитости, доводе у везу са различитим друштвеним и правним вредностима. Док је за Тарановског материјални појам законитости један и непроменљив, будући да је циљ државе „заједничко добро“, дотле је за Крбека садржина материјалног појма законитости променљива и састоји се у остваривању идеје правде или барем идеје правичности. С друге стране, Лукић је основ нормативног начела законитости налазио у односу политичких снага у друштву, што се може сматрати његовим вредносно неутралним одговором, а Перић у крајње промењивој вредности правде. За Лукића је нормативна законитост сагласност свих аката са законом, а за Перића сагласност свих аката међусобно. Законитост за Лукића има предност над начелом уставности, док за Перића укључује у себе начело уставности итд. Треба још нешто рећи и о Ђорђевићевом гледишту, које је интересантно како због (у то време код нас) неуобичајеног поистовећивања начела законитости са владавином права, тако и због давања предности формалном начелу уставности над законитошћу, упркос чињеници да закон може да се користи као устав, али да устав не може да се користи као закон.

Различита гледишта у домаћој правној теорији показују да законитост представља изузетно сложену и динамичну појаву. Законитост није само једно од више сличних правних начела, већ је најважније правно начело.

6. Унификовање правне државе и владавине права

Карактеристична наведена гледишта иностраних и домаћих правних писаца оставила су дубок траг у правној теорији и пракси. Нарочито је писцима који су се формирали на традицији англосаксонског система права заједничка тежња ка унификавању западњачког типа законитости, што је до 1961. године учињено. Англосаксонским писцима је исто тако заједничко критиковање ставова правних писаца који припадају континенталној правној традицији и пракси. Према њима, правници на Континенту, тј. „позитивисти“, своде законитост или на „питање чињеница“ или на „процену обавезности закона“ коју стављају у потпуно другачију раван од равни у којој би законитост иначе требало да се

посматра. Англосаксонски правници су нарочито истицали да закон у европском континенталном праву „представља првенствено израз смишљеног стварања закона“ које може да се одреди максимумом из Гајевих (*Gaius*) *Institutiones*: „Право је оно што народ нареди и успостави“ (*Lex est quod populus iubet atque constituit*),¹⁷⁶ као и да је формални третман законитости главни узрок разликама поводом одређивања појма законитости. На пример, у Њу Делхију и Лагосу је оштро нападнута Келзенова „чиста теорија права“, а нарочито онај њен део који се односи на учење о логичкој затворености правног система. Према критичарима Келзенове теорије, законитост није само захтев за формалном сагласношћу и тачношћу са односним законом. Она је у исто време „захтев за сагласношћу закона и одлука са вредностима које се постављају као неопходне за постојање ‘слободног друштва’“.¹⁷⁷

Наведени ставови и расправе допринели су постављању основа за одређивање „заједничког“ појма начела законитости. Њихов значај није усахнуо, јер и данас утичу на правна схватања и праксу. Али, да тај заједнички посао није завршен до краја показује задржано разликовање владавине права „под правом“ (*sub lege*) од владавине права „посредством права“ (*per leges*). У првом случају, забрањује се или спречава злоупотреба власти, а у другом обезбеђује примена општих и апстрактних правних норми уместо индивидуалних и конкретних заповести. Срећом, оба захтева не противрече један другом и нису надређени један другом, независно од тога да ли је реч о раду законодавца или судије.¹⁷⁸

176 *Gaius, Institutiones*, I, 2, 3.

177 Вид. R. A. Falk and S. I. Shuman, „The Bellagio Congregence on Legal Positivism“.

178 Вид. Н. Бобио, *Будућности демократије. Одбрана правила игре*, Београд 1990, 167–168.

ДРУГИ ДЕО
ПОЈАМ НАЧЕЛА
ЗАКОНИТОСТИ

I глава

ИЗВЕСНОСТ И ЗАКОНИТОСТ

1. Научно-филозофска заснованост идеје извесности у природним и друштвеним наукама

Извесности припада посебно место у појмовнику научника који припадају природним наукама. Можда то усмерење успешно илуструје важно запажање Џона Мајнарда Кејнса (*John Maynard Keynes*) о поливалентној логици која се бави степенима вероватноће. Према Кејнсу, извесне гране академске логике, а посебно теорија силогизма, теже ка доказаној сигурности, иако постоје и недефинитивни закључци. Међутим, у стварном вођењу мишљења истраживач не би смео да чека само на сигурност, већ мора да се ослања и на судове вероватноће који нису сигурни у мери у којој је то пожељно.¹⁷⁹ То упутство у истој мери треба да важи за хуманистичке науке.

Извесност заузима важно место и када се ради о филозофским системима или правним теоријама у којима постоји потреба да се променљиве величине на одговарајући начин изразе и доведу у склад са почетним поставкама.¹⁸⁰ На тај начин се преко појма извесности постиже повезивање филозофије природе са социјалном и правном теоријом. То отвара нове сазнајне и практичне могућности за истраживање права и законитости.

Извесност се у теорији доводи у везу са учесталošћу понашања, тј. са регуларношћу и адаптацијом на регуларност, при чему се посебно наглашава разлика између сигурног и вероватног у понашању истраживане појаве.¹⁸¹ О тој разлици Ханс Рајхенбах

179 J. M. Keynes, *A Treatise of Probability*, London 1957, 3–4.

180 К. Попер, *The Logic of Scientific Discovery*, London 1997, 149–150.

181 М. Илић, *Лоичке основе теорије вероватноће*, Београд 1962, 18–35; К. Попер, *Трајање без краја. Интелектуална аутобиографија*, Београд 1991, 198–199.

(Hans Reichenbach) каже следеће у својој књизи *Wahrscheinlichkeitslehre* (Учење о вероватноћи): „Сигурност је само специјалан случај вероватноће која је равна јединици“. Из наведене тврдње може се закључити још нешто важно: „да сигурне опште импликације могу да се појаве само као таутологије“, да „свако појмовно схватање неког природног догађаја јесте његова идеализација и стога свака примена идеализације на стварност има карактер вероватноће“.182 Другим речима, сви природни закони су само импликације вероватноће.

Постојање вероватноће подразумева могућност њеног степеновања. Вероватноћа је „разумни *sicheren* вере... и свака вероватноћа може да се изрази неким бројем“. У том низу, крајње степене вероватноће представљају „сигурност“ и „немогућност“.183 Сигурност је максимална вероватноћа, а немогућност негативни корелат сигурности, што може да се изрази формулом:

$$1 < \text{вера} < 0$$

сиурносѝ *немоућносѝ*

Приказана релација показује да је највиши степен вере сигурност (сазнање, сигурна рационална вера), а њен најнижи (нулти) степен немогућност (незнање, потпуна рационална невероватност). По страни су остављене вероватне појаве које уопште не могу рационално да се објасне. Па ипак, то не утиче на почетну тврдњу да термини „сигурно“ и „немогуће“ садрже најшири распон вероватности, који најједноставније може да се степенује на следећи начин:

$$1 < \text{рационална вера} < \text{веровајна (обична) вера} < 0$$

сиурносѝ *сиурносѝ* *сиурносѝ*

Није потребно много да се у наведеној релацији пронађе узор за другу одговарајућу сличну правну релацију. Она може да се прикаже на следећи начин:

идеалан поредак нормативан и правни поредак спонтан поредак

$$1 < \text{рационална извесносѝ} < \text{обична извесносѝ} < 0$$

йравна сиурносѝ *йравна (не)извесносѝ* *йравна анархија*

То важи и за следећу сличну релацију, која се односи на законитост као извесност:

182 H. Reichenbach, *The Rise of Scientific Philosophy*, Barkley 1968, 65–67.

183 Вид. H. Jeffris, *Theory of Probability*, Oxford 1948, 17, 24; J. M. Keynes, 16–17.

идеална зак. (еуномија) релативна зак. безакоње (аномија)

1 < рационална извесност < обична извесност < 0
 љравна сигурност љравна (не)извесност љравна анархија

Наведена релација показује да изрази „сигурно“ и „немогуће“ само описују „различите степене рационалне вере о некој пропозицији“. То омогућава да се закључи како потпуна регуларност нигде не постоји, изузев као виртуелни садржај свести појединаца. То у истој мери важи за законитост, њено правно стање и оцену, будући да сваки појединац има властиту представу о законитости и њеној регуларности. Такво размишљање могло би афористички да се изрази речима: законито је само оно што ја сматрам законитим, јер је то у моме интересу. Али није тако. Вероватноћа, како истиче Кејнс, није ствар каприца, јер, када су дате чињенице које одређују наше сазнање, тада су вероватноћа и невероватноћа објективно утврђене и више не зависе од нашег мишљења.¹⁸⁴ Боље је рећи да постоји извесност изражена у облику одговарајућег степена вероватноће који може математички да се одреди. То значи да могу да се одреде и различити степени остваривања начела законитости.

Извесност као меру вероватноће, као тзв. вероватно сазнање, треба разликовати од нејасног сазнања. Вероватно сазнање (*probable knowledge*) постиже се када се не располаже свим потребним сазнањима за решење неког проблема (нпр., „свесна“ заблуда). Нејасно сазнање (*vague knowledge*) зависи или од могућности властитог ума, или од количине података који стоје на располагању појединцу или читавом народу у крајњој линији.¹⁸⁵ На пример, постоји велика разлика између двојице судија од којих (нпр.) један не располаже свим релевантним чињеницама за решење спора, а други спор не може ваљано да реши чак и када располаже свим релевантним чињеницама. Први ће да застане у најгорем случају, док ће други да одустане од повереног му посла у најбољем случају. То важи за све професије, а у правничкој професији нарочито за судије, тужиоце и адвокате.

Извесност као меру вероватноће треба разликовати и од појма могућности. Филозофи у могућности налазе извор света, а у свету извор вероватности. Том приликом, истиче се како је

184 J. M. Keynes, 11–12, 15, 24.

185 *Ibidem*, 16–17.

појам могућности „компаративно неутралнији“.¹⁸⁶ Међутим, о било ком начину размишљања да се ради, не може се оспорити да је у суштини реч пре о логичком него о онтолошком решењу проблема.¹⁸⁷

Истраживање логичких проблема вероватноће и извесности подразумева претходно разликовање квалитативних од квантитативних својстава вероватноће. Квалитативним својствима вероватноће одговарају „врсност“ и „тежина“ аргумената, а квантитативним њихов „интензитет“.¹⁸⁸ Али, како год да су означена поменута својства вероватноће, а тиме извесности и законитости, не може им се оспорити њихова метафоричка вредност која је сумњиве научне али велике практичне вредности. Такав је био савет лорда Менсфилда (*Lord Mansfield*), који је новопостављеном гувернеру Западне Индије препоручио следеће: „Нема тешкоћа при одлучивању о неком случају – треба само пажљиво саслушати обе стране, онда проценити оно што ви мислите да захтева правду и донети одлуку сагласно томе; али нипошто не износите разлоге који говоре у прилог томе да ће ваша пресуда вероватно бити исправна, пошто ће ваши разлози сигурно бити погрешни“.¹⁸⁹ Речју, чак и тада, истраживач мора да води рачуна да слагање и подударање (кохерентност и конгруентност) сазнања повећавају или смањују вероватноћу за повољно решавање случаја. Једино, као у поменутом примеру, то не сме да се саопшти странкама, иако спор треба да буде правично решен када год је то могуће у сагласности са правом и правдом.

2. Извесност као творевина свести и њено стање

Извесност као мера вероватноће није страна ни филозофским дисциплинама, у којима се „препоручује“ да „треба разликовати извесност од различитих стања вероватности“. Том приликом се „извесност или сигурност“ представља као „карактеристика стања свести, односно доживљаја који неки суд прихвата као сасвим истинит, несумњив, неспоран“, при чему се допушта

186 E. Borel, *Valeur pratique et philosophie*, Paris 1939. Нав. према: М. Илић, 122–123.

187 Р. Лукић, 278–282.

188 М. Илић, 56.

189 *Ibidem*, 56, 162.

да „доживљај извесности, психолошки јединствен“, може неки пут да се разликује од „објективне сигурности знања“, и то из „психолошких или методичких потреба“.¹⁹⁰ Поменута разлика је изузетно значајна, не само због психолошких или методичких потреба разликовања извесности од сигурности, већ и због тога што се њом јасно указује на могућности теорије вероватноће. Али, ни том приликом, извесност не може јасно и до краја да се раздвоји од сигурности.

Да се конвенционално схватање извесности постепено напушта показују резултати постигнути истраживањем језичких и логичких проблема. Развоју те области изузетно је допринео Лудвиг Витгенштајн (*Ludwig Wittgenstein*). Захваљујући његовим истраживањима, омогућено је разликовање извесности од сигурности, укључујући и њихово јасније раздвајање. То је додатно омогућило боље разумевање појава у другим дисциплинама.

Филозофски напор Лудвига Витгенштајна да одреди извесност и да је раздвоји у филозофском и логичком смислу од сигурности заснован је на његовој теорији у којој чињеницама (конкретном) и мислима (сликама, језичким и другим знацима) припадају посебна места. Полазећи од става да је „значење неке речи начин њене употребе“, Витгенштајн је закључио да је извесност „у неку руку тон којим кажемо како ствари стоје, али из тога не закључујемо да смо у праву“.¹⁹¹ То чинимо износећи „тврдње о стварности, тврдње с разним степенима поузданости“, поступајући са „пуном извесношћу“ која је „само наша“.¹⁹² Када на тај начин изражавамо „потпуну убеђеност, одсуство сваке сумње, и тиме покушавамо да убедимо друге људе“ – такву „потпуну убеђеност“, „одсуство сумње“ Витгенштајн назива „субјективна извесност“ – „ми не тврдимо да грешка није могућа“ или да грешке не може да буде, упркос личној убеђености или одсуству сумње. И обрнуто, могућност да се погреша упркос нашим сазнањима, чини садржину „објективне извесности“.¹⁹³ Објективна извесност, као и објективна вероватноћа, произилази из датих пропозиција а не из жеља и намера. Када тврдимо да је грешка могућа, ми само тврдимо да „не постоји субјективна сигурност да ја нешто знам“, јер, „субјективна је извесност, а не знање“. На пример, „поступак у судској дворани почива на чињеници да околности дају извесну

190 *Filozofijski riječnik*, Zagreb 1965, 195.

191 Л. Витгенштајн, *О извесности*, т. 61, 16.

192 *Ibid.*, т. 66, 17; т. 174, 34.

193 *Id.*, т. 273, 46.

вероватност исказима; исказ да се неко родио без родитеља не би ту никад био узет у обзир“, али би „физичарев исказ да вода кључа на 100° С био безусловно прихваћен као истинит“.194 Другим речима, у логику научних истраживања спада да се „у извесне ствари збиља не сумња“. Али, то не значи да баш не може све да се истражује, чак и када истраживач мора да се задовољи претпоставкама.

Разликујући извесност од сигурности, Витгенштајн не ствара већ поново уводи у науку појам извесности, који је много старији него што се обично мисли. То важи и за законитост, која у поменутом примењивачком смислу извесности представља неупоредиво богатију и сложенију појаву од њене уобичајене представе.

Извесност није само логички и математички појам који се користи као мерило за одређивање и изражавање степена предвидљивости. Ради се о појму који има свој психички, нормативни, социјални и вредносни смисао. Ове различите стране извесности у праву проучавају правна психологија, правна догматика са нормативном правном теоријом, социологија права и правна филозофија. Захваљујући њима, може јасније да се сагледа и одреди појам извесности у праву. Такође, очигледно је да је извесност као пропозиција творевина људског духа. Али, она је у исто време и његово стање. Као стање људске свести, извесност представља стални предмет опште и посебне правне психологије у којима управо свест представља централни појам развијаних психичких система. Такво довођење извесности у везу са људском свешћу у поменутом смислу приказује извесност као чисто субјективан појам, чији настанак и развој могу упоредо да се прате са настанком и развојем људске свести уопште.

Према Карлу Густаву Јунгу (*Carl Gustav Jung*), до развоја људске свести долази упоредним одвијањем процеса „индивидуализације“ и „индивидуације“. Јунг под индивидуализацијом подразумева изградњу целовите људске личности (ум, душа, дух), а под индивидуацијом изградњу човекове засебности у односу на природну и друштвену средину. Индивидуализација је интровертан, дубински процес преображавања људске свести подстакнут и омогућен процесом индивидуације. Успињући се до највиших степена духовног развоја, човек помоћу ње може да пронађе и спозна Бога у себи. Индивидуација је више екстрорвертан процес, окренут одређивању разлике између целине коју ствара свест о себи и околине, тј. света као целине у најширем смислу. Помоћу

194 *Id.*, т. 604, 97.

ње човек може да упозна свет као Божје дело. Оба ова процеса дају неопходну динамичност раду и развоју људске свести. Они су две испреплетане путање које воде ка истом циљу.

Онтогенетско и филогенетско учење о узроцима настанка и развоју људске свести преточено је у неколико главних теорија.

Према теорији биолошке еволуције, свест је производ биолошке еволуције животињских и људских организама, па је извесност као садржај свести такође одређена развојем органске подлоге до нивоа који омогућава настанак и испољавање „властитих“ осећаја, мисли, намера, страхова, успомена или интереса који су постепено претворени у нормативни, когнитивни или естетски облик сазнања.

Према етиолошко-антрополошкој теорији, развој свести је производ промена у човековом понашању које изазивају одговарајући процеси у свести. Сагласно са тим, етиолошко-антрополошко објашњење корена неизвесности налази се у тескоби изазваној „новом поузданошћу приликом оријентације инстинкта“ или у тескоби до које долази „заменом оријентације утемељене на инстинкту“, тј. свесном заменом и свесним распоредом „пажње“.¹⁹⁵ Тај прелаз обележава настојање да се отклони неизвесност и успостави стабилност која треба да омогући предвидљивост у понашању људи. Нарочито се истиче улога људске комуникације, језика и културе за стварање свести о властитом „Ја“. Без те свести, која се преображава у „потпуну свест о себи“, нема истинског самоодређења (самореференције).

Велики број писаца, међу којима је и Карл Попер (*Karl Popper*), истичу да је тај прелазак на самосвест омогућила употреба језика (знакова и смисла). Језик је „егзосоматски алат чија је употреба урођена или, пре, генетски заснована у човеку“, што значи да би „психолошке основе човековог ума могле да се налазе у центру за говор“.¹⁹⁶ С друге стране, не може се тврдити како постоји потпуна свест о себи самом ако нема сталне интеракције између појединца и заједнице. На тој претпоставци почива теорија о еволуцији културе као главном покретачу развоја свести. Према тој теорији, нема потпуне свести о себи самом, па, дакле, ни извесности, без деловања повратне спреге у психо-социјалним односима. Та интеракционистичка црта представља теорију еволуције културе као подврсту шире интеракционистичке теорије, према којој интеракција постоји како између „различитих органа тела“

195 E. Pusić, *Društvena regulacija*, Zagreb 1989, 100–101.

196 K. Popper, 240–241.

тако и тих „органа и ума“.197 Нема разлога да то не буде случај и са интеракцијом између „ума и ума“. До поменуте интеракције долази захваљујући деловању свепрожимајућег холистичког начела.

И морфолошка анализа садржаја свести показује да се свест састоји из елемената који су тако међусобно повезани да може да се говори о „саставу свести“. Том приликом, кључну улогу у поступку стварања свести имају тзв. „подсистеми свести“, од којих је вероватно најстарији „нормативни подсистем свести“.198 Он се изграђује у процесу социјализације и заједно са когнитивним и естетским подсистемом свести „служи од почетка за неутрализацију неизвесности“.199 То се постиже нормама које су интегрисане унутар нормативног подсистема и вредностима које су мерило за процењивање оног што тек треба да буде.

Извесност ипак није једини централни део људске свести. То је у истој мери „очекивање“, у коме се сусрећу и преплићу психички и друштвени системи. Према Никласу Луману (*Niklas Luhmann*) и Јиргену Хабермасу (*Jürgen Habermas*), очекивање представља „облик оријентације којим систем ‘опипава’ контигенцију своје околине у односу на себе и преузима је као властиту, као неизвесност, у процесу властитог обнављања“.200 Штавише, и сама норма представља „принцип очекивања“.201 Наведени писци, као што може да се примети, управо из појма очекивања изводе читав систем у коме нарочито важно место припада мотивима, захтевима, интересима, прилагођавању или деловању повратне спреге за настанак и објашњење система свести и друштвених система који имају за циљ да неутралишу неизвесност.

Иако није једини централни део људске свести, извесност као њено стање има изванредан значај за разумевање везе између свести и права. Будући да свака (не)извесност води ка норми, помоћу ње се може објаснити настанак регулативе и начела законитости. С једне стране, регулатива је нужна због оскудице и људске међузависности, које на нивоу свести добијају облик неизвесности (*metus et indigentia*), било да је реч о „егзистенцијалној несигурности у оскудици“, било да је реч о „беспомоћности

197 *Ibid.*, 244.

198 A. Gierer, *Die Physik, das Leben und Seele*, München und Zürich 1985, 232–233.

199 E. Pusić, 109.

200 N. Luhmann, *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984, 364.

201 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. II, Frankfurt am Main 1981, 263.

свести у односу на информације које су неопходне да би се преживело²⁰². С друге стране, регулатива је неопходна да би се повећала предвидљивост. Спој поменутих објективних ситуација и субјективних акција доводи до настанка друштва као сложеног и динамичног састава у коме се „међусобним ограничавањем кроз очекивања изворно и начелно непредвидљиво понашање људи претвара у предвидљиве обрасце, у структуре, од опозиција и улога до институција, организација и система“²⁰³. Читав тај процес прати стварање одговарајућег нормативног апарата чији је изворни носилац друштвена заједница, а у њој држава као основни политички систем, оличење највише друштвене власти и гарант да ће нормативан правни поредак барем у демократијама формално једнако важити за све.²⁰⁴

Довођење извесности у везу са људским језиком, интересима надахнутим мотивима и одговарајућим облицима понашања који све више постају подређени правилима институција, организација и система, омогућава стварање пропозиција и правила који својим властитим функционисањем и трајањем „објективизирају извесност“. На тај начин, извесност, као првобитан или регуларан садржај свести појединца, постаје саставни део заједничке свести о правилима институција, организација и система. И не само то: онтогенетско и филогенетско учење о извесности као садржају људске свести може да се преточи у онтогенетско и филогенетско учење о настанку и развоју средстава и система који обезбеђују извесност у друштву и праву.

Улога норме и механизма очекивања у друштву може се посматрати и нешто другачије. Наиме, свако очекивање не мора да се оствари, а то доводи до разочарања и кршења норме. Кршење норме представља узрок реаговању државног органа на такво понашање. Реаговање државног органа састоји се у тумачењу девијантног поступка или догађаја који је довео до разочарања, као и у захтеву за примену санкције. На тај начин, стварају се услови за обнављање нарушеног система нормативног очекивања, повећавање вероватности пожељног понашања субјеката и успостављање нарушене друштвене равнотеже. Те услове је лакше остварити ако је употреба права као инструмента подржана израженом правотворчевом способношћу да предвиди и контролише „ненамераване пропратне последице“ сврсисходног понашања

202 E. Pusić, 149, 156.

203 *Ibid.*, 139.

204 Вид. E. Pusić, *Država i državna uprava*, Zagreb 1999.

субјеката права, а нарочито „последнице које су за институције мултифункционалне“.²⁰⁵

Очекивање и разочарање, такође, повезују норму са извесношћу, тј. неизвесношћу, којој припада централно место у релацији људске свести и права. Због тога норма представља снажан неутрализатор неизвесности. То је нарочито случај са правним нормама као најзначајнијим неутрализаторима неизвесности. Али, није довољно само рећи да је право извесност. Много је одређеније када се каже да је право свесно и плански створен систем извесности који у друштву треба да обезбеди предвидљивост у понашању субјеката права и поузданост у функционисању друштвених и државних институција.

Поменута разлика омогућава додатно разликовање квантитативне од квалитативне извесности у објективном смислу. Квантитативна извесност треба да обезбеди предвидљивост у понашању великог броја субјеката, појава или система. Она је предмет истраживања теорије вероватноће. Али, и квалитативна извесност представља предмет истраживања теорије вероватноће. Разлог је исти: обе врсте извесности треба да обезбеде висок или највиши степен поузданости у предвиђању и праћењу развоја појаве која се проучава.²⁰⁶ На тај начин је почетна мисао о кохеренцији (сагласности) и конгруенцији (подударању) ставова правно конкретизована следећим запажањем: „Повећање могућности нормативног очекивања добија облик права“.²⁰⁷

3. Идеја извесности у радовима правних филозофа и теоретичара

Извесност представља појам који се често користи у друштвеним наукама. То није случај са правним наукама, јер о појму извесности све до скоро није много писано. Вероватно се разлог налази у привидној сличности појма извесности са другим правним појмовима, а нарочито са појмом сигурности. И данас се о извесности много више може сазнати читањем филозофских и политичких списа него правних текстова. Ваљда су писци таквог усмерења боље осетили проблем од правника који су се одувек

205 М. Вебер, I, 362–363.

206 М. Илић, 55–56.

207 N. Luhmann, 451.

позивали на правну сигурност. Исправљање погрешеног или занемареног започето је тек неколико последњих деценија XX века, од када је појму извесности почела да се посвећује пажња у радovima познатих правних филозофа и теоретичара.

Историјски посматрано, идеја извесности се сусреће код првих античких филозофа, али она чини или претпоставку у њиховом учењу, или се само узгред и повремено помиње. Много касније, извесност се сусреће у радovima теоретичара рационалног природног права. На пример, о извесности је писао Рене Декарт (*René Descartes*) када је испитивао шта се уопште захтева од једног става да би био „истинит и извештан“. Он је закључио да су мерила за утврђивање извесности „јасност“ и „разговетност“ мисли и ставова.²⁰⁸ Извесност је такође разматрао Имануел Кант, који је закључио да извесност постоји када „увиђамо да је немогуће да сазнање буде лажно“. Насупрот њима, Авенар (*Avenarius*) је извесност једноставно убрајао међу карактеристике људског сазнања.²⁰⁹

Извесност као ознака за квалитет знања користи се и као мерило за класификовање наука. Први запажен покушај да се идеја извесности искористи за систематизацију наука учинио је Ђамбатиста Вико (*Giambattista Vico*). Према Викоу, „филозофија, као наука о истинитом (*vero*), синтетизује се са филологијом (или историјом), науком о извесном (*certo*)... Извесно право (*diritto certo*) је позитивно право (*diritto positivo*)“.²¹⁰ Оно је извесно, сматрао је Вико, зато што произилази из ауторитета, а не из разума. Право које се заснива на разуму, истинито је, природно право. Пошто се разум и ауторитет допуњавају, истицао је даље Вико, ни природно ни позитивно право, ни филозофија ни филологија, нису контрадикторни него комплементарни. Њима је својствено допуњавање а не супротстављање или међусобно оспоравање. За разлику од права заснованог на разуму, извесно право је променљиво и никад се не остварује до краја. То је случај и са законитошћу. Много касније, иста идеја сусреће се у феноменолошким учењима, као што је учење Франца Ксавера Кауфмана (*Franz Xaver Kaufmann*), који разликује тзв. „ејдетску“ од тзв. „емпиријске“ правне науке.²¹¹

208 Р. Декарт, *Реч о методи доброј вођења своја ума и истраживања истине у наукама*, 193 и *Практична и јасна правила руковођења духом у истраживању истине*, 122–125.

209 *Filozofijski riječnik*, 195.

210 Вид. Ђ. Vico, *Nova znanost*, Zagreb 1982.

211 Вид. F. X. Kaufmann, *Die Kriterien des Rechts*, Helsinki 1924.

Судећи према сачуваним писаним правним изворима, идеја извесности први пут је озбиљније разматрана у радовима Томе Аквинског, у оквиру његовог учења о универзалном поретку (*ordo*) и људским законима (*lex humana*),²¹² а затим у учењу Баруха де Спинозе, који је као циљ права одређивао „безбедност живота и државе“,²¹³ и Џона Лока, који је сматрао да је извесност, поред општости, једна од битних одлика позитивних закона.

Идеје наведених писаца на различите начине су преузимали, тумачили и развијали други филозофи и правници. На пример, од старијих писаца Пол Јохан Анселм Фојербах (*Paul Johann Anselm Feuerbach*) и Петре Негулеско (*Petre P. Negulesco*) су извесност повезивали са потребом да се обезбеди предвидљивост правних правила,²¹⁴ а на сличан начин су поступали други писци тог доба. Истакнуто место међу њима припада Макс Веберу (*Max Weber*), који је идеју извесности уградио у саме основе свог учења и на нај начин је поново афирмисао у друштвеним наукама. Полазећи од појма друштвеног односа који се састоји „потпуно и искључиво у изгледима да се друштвено дела на неки (смисаоно) могућ начин“, Вебер појам права одређује као „поредак са извесним специфичним јемствима да постоји вероватност да ће тај поредак емпиријски важити“, односно да постоји „правилност“ у понашању.²¹⁵ Изрази „правилност“, „ред“ или „извесност“ имају за Вебера основно значење „шансе“, „вероватноће“, са којом људи рачунају када успостављају међусобне односе. Произилази да сви друштвени и правни пореци могу да буду само извесни, а не сигурни.

Појмом извесности бавили су се писци који припадају феноменолошкој и егзистенцијалистичкој оријентацији, али и писци који припадају неким гранама правног реализма. Такво је феноменолошко правно учење Франца Шрајера (*Franz Schreier*), који разликује тзв. „могуће право“ (*mögliches Recht*) од тзв. „збиљског права“ (*wirkliches Recht*). Према Шрајеру, прва врста права представља предмет чисте теорије права као средства за сазнање права, а друга остварено право које важи и примењује се.²¹⁶ Али, извесност је предмет пажње и у егзистенцијалистички надахнутим филозофским учењима. Њено истраживање је сасвим сагласно са

212 Вид. Т. Аквински, *Summa theologiae. Izabrano djelo*, Zagreb 1981.

213 Вид. Б. де Спиноза, *Политички трактати*, Београд 1957.

214 I. Kr̃bek, *Zakornost uprave*, 4.

215 М. Вебер, *Привреда и друштво*, I, Београд 1976, 18 и даље, 252–253, 264 и даље.

216 Вид. F. Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, Vienna 1924.

основним егзистенцијалистичким поставкама у којима се право схвата као „моћи бити“.²¹⁷ На пример, за Мартина Хајдегера (*Martin Heidegger*), право представља оруђе чија је сврха „збрињавање“ и „услужност“ као „дневна потреба“. Оно треба да омогући заштиту од „неизвесности и непрорачунљивости“ и обезбеди „извесност и прорачунљивост“.²¹⁸ У истом смислу може се разумети чувена дефиниција права Оливера Холмса (*Oliver Wendell Holmes*), најпознатијег представника америчког правног реализма, према коме је право „прорицање оног *што ће судови у ствари учинити*“. Холмс сматра да се суштина права налази у оном што је „корисно за одређену епоху“, док је облик права мера у којој је оно у стању да постигне жељени резултат.²¹⁹ Такође, карактеристичан је пример Карла Лјуелина (*Karl Llewellyn*), који је Холмсову дефиницију права проширио на друге ауторитете (шерифе, управнике затвора, адвокате итд.).²²⁰ Поменути примери Холмсове и Лјуелинове дефиниције права показују да одређивање права зависи од арбитрерне одлуке неког од наведених ауторитета. Вероватно је то био онај „пресуђујући разлог“ због кога у учењима америчких правних реалиста проблем извесности заузимао главно место. Тим проблемом се нарочито позабавио Џером Франк, али подстакнут жељом да оспори постојање појма извесности у праву.

За Џерома Франка (*Jerome Frank*) „извесност права представља један мит“, будући да право означава различите ствари у исто време. Према Франку, разлог толике тежње одраслих људи за извесношћу потиче од њихове „незрелости“. Интересантно је Франково објашњење ове тврдње. Са њом је тешко сложити се, има ли се у виду да извесност надилази васпитање и није везана за животно доба људи. Према Франку, „У детињству човек верује у свемогућност и свезнање оца, те отуда долази и осећај сигурности. Затим значајну улогу у животу индивидуе имају учитељи, професори, свештеници, вође итд. Код одраслог човека потреба за извесношћу и предвидљивошћу и даље постоји, али она је на нивоу несвесног. Када је у питању право, та потреба се изражава веровањем у 'непогрешивост судије' као творца јасних и извесних

217 Љ. Тадић, *Филозофија њрава*, Загреб 1983 (Београд 1996), 159–160, 164, 178–179.

218 *Ibid.*, 178–179.

219 Вид. О. W. Holmes, *Common Law*, Boston 1881.

220 Вид. K. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism, Theory and Practice*, Chicago 1962.

правила понашања. Тако кроз право одрасли, а незрели људи, откривају оца и извештан предвидљив 'свет детињства'. Судија није само механички извршилац, примењивач права, већ је он стваралац, тачније, један креатор права. Право не чине норме које је створио законодавац, нити норме створене прецедентима, већ је право одлука суда. Разлог за одбацивање прецедентног права Франк налази у чињеници да судија не може доживети искуство претходног судије, као и у вери у кодексе којима се не ублажава неизвесност права. И у правним системима где постоје законици, извесност није остварена, а прилагођавање и иновације права сакривају се иза маске формалне прецизности²²¹. Дакле, треба сазрети и одбацивати мит о извесности права.

Франков психоаналитички приступ, заснован на учењима Сигмунда Фројда (*Sigmund Scholomo Freud*) и Теодора Адорна (*Theodor W. Adorno*), познат је као тзв. „психоаналитичка јуриспруденција“. Он је убрзо постао предмет аргументоване критике Норберта Бобија (*Norberto Bobbio*), који је истицао да је Франково објашњење извесности у праву једноставно „апсурдно“. Оно представља једну нову врсту „екстремизма“ у правној науци проистеклог из Франковог неоснованог „позитивистичког ентузијазма“. Ту своју тврдњу Бобио поткрепљује очигледном променљивошћу друштвених односа и немогућношћу стварања правних норми које унапред могу да регулишу све случајеве у будућности. Због тога је неизвесност (као и извесност) својствена праву, тврди Бобио. Њу „не треба схватити као несрећу и недостатак, него као друштвену вредност у смислу да је право живо, покретљиво и променљиво“²²². Такође, наставља Бобио, Франк полази од појма спора, а не од појма понашања људи сагласног са правом. На тај начин, он је занемарио тзв. „примарну ефикасност“ правних норми у корист њихове тзв. „секундарне ефикасности“²²³. Како год, Бобио сматра да су Франкове идеје о извесности, подстакнуте открићима психологије, једноставно неприхватљиве. Одбацивати извесност – то значи „укинути једнакост људи пред законом и оставити човека без одбране пред арбитрарношћу власти“²²⁴. Извесност захтева постојање претходно донетих правних норми које одређују понашање људи и казне у случају њиховог кршења,

221 Нав. према: Г. Вукадиновић, Р. Степанов, *Теорија њрава I*, Петроварадин 2001, 227.

222 *Ibidem*.

223 Вид. Д. Митровић, *Увод у њраво*, 2 изд., Београд 2010, 299–300.

224 Г. Вукадиновић, Р. Степанов, *Теорија њрава I*, 228.

као и обавезу судије или неког другог ауторитета да своју одлуку заснује на таквим општим нормама.²²⁵

Извесност није сасвим занемарен појам ни у домаћој правној теорији. У нашој старијој правној теорији на значај извесности нарочито је указивао *Ђорђе Тасић*. У свом раду „Правда, општи интерес и друштвени мир“ он тачно запажа да је „модерна наука, која се посветила суптилним анализама, нашла да треба правити разлику између извесности, сигурности, стабилности односа и правних правила“. По њему, прворазредну важност имају мир или сигурност.²²⁶ Такође, говорећи о правди и реду, Тасић примећује да ред „сам по себи има вредност, и то једну велику вредност... Ред значи на првом месту предвидљивост или извесност“.²²⁷ Међутим, у *Уводу у њравне науке* из 1933. године, „сигурност или извесност“ за Тасића представљају тек једну од три користи које право пружа људима. Сигурност значи одређеност, када се правом уреди „шта коме припада“. Сигурност, међутим, има и дубље значење: „она означава и извесност да ће се поштовати оно што је прописано“.²²⁸ Исту идеју, више од пола века после Тасића, поновио је *Јован Мирић* када је истицао да слобода није у анархији, „већ у организацији и извесности поступања“. Извесност за Мирића не постоји само као „датост“, већ и као „вредност“ која има своју „динамичку, активистичку димензију“.²²⁹ Такође, за оба писца, извесност представља стање у коме је легитиман поредак ефикасан и функционише на легалан начин.

На сличан начин о извесности је писао *Рагомир Лукић* у *Систему филозофије њрава* из 1992. године, у делу посвећеном разматрању тзв. „чисто правних вредности“. Према Лукићу, правна сигурност може да се схвати у ширем и ужем смислу. Сигурност у ширем смислу представља посебну правну вредност која обухвата „заједно мир и ред“. Сигурност у ужем смислу представља „стање извесности примене правних норми у свим случајевима које оне регулишу“. Ово „објективно стање“ изазива „свест о постојању

225 Вид. N. Bobbio, „La certezza del diritto e un mito?“, *Rivista Internazionale de Filosofia del diritto*, 1, 1951, 146 и даље. Нав. према: Г. Вукадиновић, Р. Степанов, 228.

226 Ђ. Тасић, *Правда, ойишии инћерес и друшћивени мир*, у: *Ђорђе Тасић, Ра-сћраве из филозофије и теорије њрава – ѡреводи са сћраних језика*, Београд 1992, 161.

227 Ђ. Тасић, *Правда и ред као ѡринцији ѡрава*, у: *Ђорђе Тасић, Избор расћрава и чланака из теорије ѡрава*, Београд 1984, 211–212.

228 Ђ. Тасић, *Увод у ѡравне науке*, Београд 1933, 24.

229 Ј. Мирић, *Систем и криза*, Загреб 1984, 182–183.

сигурности, њену субјективну страну, која делује повољно на ток правних, а тиме и друштвених односа“, јер, „субјекти права тада поуздано знају какве су последице њиховог делања, како могу постићи своје циљеве помоћу права и мирно и систематски раде у том правцу будући сигурни да ће се то и остварити“. Сагласно са тим, Лукић је разликовао објективно од субјективног значења сигурности у ужем смислу. Сигурност објективно значи „благовремену и потпуну примену права“, а субјективно „поуздано уверење да ће право бити примењено“.²³⁰

Може се приметити како ни Ђорђе Тасић, ни Радомир Лукић, нису у потребној мери раздвојили појам извесности од појма сигурности. Тако поступајући, они су појам извесности изједначили са друштвеном и правном вредношћу сигурности. Али, у српској правној теорији постоје писци који јасно раздвајају извесност од сигурности. Најпознатији је пример *Томе Живановића* који у свом делу *Систем синтетичке филозофије права* (нарочито у III књизи из 1959. године) судове извесности (нужности) раздваја од судова могућности и судова вероватноће. Први, суд у погледу кога „постоји свесћ (уверење) о његовој истинитости, дакле извесности, назива се очигледним (евидентним) судом (на супрот неевидентном суду) или судом извесности или нужности (суд с евидентном извесношћу, ‘известан’ суд)“. Суд о коме постоји „само претпоставка о његовој истинитости, зове се обично, на супрот суду извесности, судом вероватноће (судом с евидентном вероватноћом, ‘вероватан’ суд)“.²³¹ Супротност суду извесности представља суд могућности који у себи садржи „већи степен могућности“.²³² Исто тако, наставља Живановић, извесност може да буде непосредна и посредна, зависно од тога да ли је евидентност јасна сама по себи или то није случај. Ако се извесност односи на искуством условљен садржај свести, она се зове „искуственом“ (емпиријском) или „асертиоричком (од *assere*) извесношћу“, а ако је само „умно заснована“ зове се „ајодиктичком извесношћу“. Прва врста извесности има само субјективан значај, а друга општеважећи значај. Наведене врсте судова имају велику улогу у праву, истиче Живановић, независно од тога да ли се ради о законодавству или правним наукама.²³³

230 Р. Лукић, *Систем филозофије права*, Београд 1992 (2012), 479–480.

231 Т. Живановић, *Систем синтетичке филозофије права*, III, Београд 1959, 742 под 1а и 1б.

232 *Ibidem*, 742–743 под 1в и 1г.

233 *Ibid.*, 742–747 под 1д, 2а и 2б.

Извесност, очигледно, није непознат појам у правној теорији. Она је само занемарена, јер већина иностраних и домаћих правних писаца није препознала њене велике могућности за објашњење динамичке стране права. Разлог се вероватно састоји у томе што њено истраживање захтева такав приступ који укључује више различитих дисциплина, укључујући и оне из области природних наука. Али, постоје писци који размишљају и пишу о извесности. Невоља је у томе што су они извесност методолошки и сазнајно одређивали на крајње различите начине, великим делом због чињенице што су припадали различитим временима и мисаоним токовима. Због тога и даље остаје отворено питање: шта је извесност, односно шта је законитост као извесност?

4. Појам извесности и појам законитости као извесности

Извесност треба да обезбеди предвидљивост у односима међу људима. Због тога се она тиче свих друштвених односа, а не само односа који су регулисани правом. Та чињеница јасно показује да порекло извесности није чисто правно. Извесност само прожима право. Она се остварује у праву понајвише придржавањем начела законитости.

Извесност представља резултат индивидуације, једну субјективну творевину која произилази из људске свес(нос)ти о себи самом као нечем различитом од природног и друштвеног окружења. Та првобитна врхунска мисао, то самосазнање, издваја човека од природног окружења у коме се налази, мења његов став према себи самом и његов однос према друштву и природи. Као несвесно биће, човек и природа су једно, јер не постоји разлика између субјекта и објекта, између оног што „ја јесам“ и оног што „јесте по себи“. Очигледно, „ум је одувек егзистирао, само не у умном облику“. ²³⁴ Када је човек постао свесно биће, тај однос се променио. Од тренутка те промене, успостављен је однос извесности између човека, природе и друштва.

Може се запитати: како се извесност испољава, тј. у каквом све облику она постоји? Као што је наговештено, свест о властитом

234 K. Marks, „Marksovo pismo Rugeu septembra 1843. godine“, u: *Rani radovi*, Zagreb 1961, 45.

постојању (егзистенцији) и потреба да се постојање продужи, одређују човеков став према свету. Тај став се емотивно испољава као „брига“ за властито постојање, а рационално као „извесност“ или „неизвесност“, тј. као нешто што треба да се чини или не чини, како би се смањила неизвесност и повећала извесност. То показује како извесност постоји упоредо са неизвесношћу, која се сматра једном од више главних „сметњи“ за „проточност свести“ и „поздано одржавања релевантне околине“. Неизвесност се односи и на стање права које се повезује са аномијом (безакоњем) и ентропијом (разарањем) правног поретка и система. Када се упореди са неизвесношћу, извесност се појављује као пожељна вредност.

Извесност може да се одреди као засебна вредност из два главна разлога. Прво, свака извесност је у одређеној мери неизвесност, па се отклањање неизвесности сматра циљем, а извесност – логички нужно – засебном вредношћу. Извесност као вредност показује да су поредак и систем права нормално ефикасни, тј. да се нормално остварују. И друго, извесност има улогу мерила за критичко расуђивање о стању и квалитету датог друштвеног и правног поретка, како би било више извесности а мање неизвесности. У том смислу, извесност као вредност указује на степен неизвесности као „не-вредности“, тј. на постојање нереда и врсте поремећаја у праву.

Извесност као вредност треба разликовати од других друштвених и правних вредности. Пре свега, треба разликовати извесност од сигурности и правну извесност од правне сигурности. На пример, извесно је да ће се летети авионом уколико су за то обављене све неопходне припреме, али сигурно је да се лети тек када авион узлети (док не слети). То показује да наша стварност није сигурна. Сигурно је само оно што се десило, а то припада прошлости. Дакле, стварност је увек и само извесна (док је будућност низ могућности од којих се само једна остварује у садашњости, све док и она не постане део сигурне прошлости). Такав закључак је нужан. Он је резултат немоћи да се стварност обухвати и сазна у целости. Проблем је исти, као у тамном вилајету у коме се можда греша када се узме, а можда и када се не узме. Нешто слично записано је у *Ведама*, светим староиндијским списима: „Ко напусти извесно а прати неизвесно, он губи извесно, а и неизвесно је изгубљено“.

Између појмова извесности и сигурности не постоје само додирне тачке, већ и тачке раздвајања. На пример, правна извесност се односи на такво стање и квалитет у коме се право и закони-

тост крше у толерантној мери која не угрожава њихово нормално остваривање, док се правна сигурност односи на стање у коме се правни поредак уопште не крши и прераста у морални поредак. Већ се због тога може устврдити како правна сигурност представља недостижну правну вредност, једну пожељну идеју или чист идеал, али не и „датост“, као што се често одређује у правној науци. Чак и када би правни поредак функционисао на најбољи могући начин, још увек би постојала незаконитост, макар у малом и прикривеном облику. Из реченог произилази следеће: иако би сваки поредак да буде сигуран, ниједан не може више него да буде изван. Због тог значајног ограничења, суштини начела законитости више одговара правна извесност. Правна сигурност, посматрана са становишта правне извесности, представља недостижни идеал или остварену извесност.

Наведени однос правне извесности и правне сигурности може да се посматра динамички. Наиме, све већа оствареност права приближава правну извесност правној сигурности, све до неког тренутка у коме правна извесност постаје правна сигурност. Тај тренутак означава почетак новог циклуса који започиње претварањем већ достигнуте правне сигурности у нову правну (не)извесност. На тај начин, правна сигурност поново постаје пожељан циљ. Такво смењивање извесности са сигурношћу не крњи сталну супстанцу извесности као вредности, будући да је извесност изворно стање свих динамичких појава и система. То значи да је правна сигурност достижна вредност само као свршетак одређеног циклуса, након чега се поново претвара у правну извесност. Такво цикличко смењивање извесности и сигурности дозвољава да се устврди како су извесност и сигурност корелативни појмови. Готово да је непотребно рећи да то није случај са ситуацијама у којима постоји потпуна неизвесност, тј. несигурност, или ситуацијама када постоји потпуна извесност, тј. сигурност. Разлог је јасан: са правном несигурношћу ниједан поредак не може да рачуна а да постоји, јер она означава његово разарање. У том случају, радило би се о „беспоретку“ који је потпуна супротност правној сигурности. Из реченог се може закључити још нешто: да правна неизвесност готово увек постоји, чак и када поредак нормално функционише. Са њом сваки поредак мора да рачуна, јер, док постоји неизвесност, постоји и њен пожељнији корелат – извесност.

Појам извесности разликује се и од других правних вредности, као што су правда, правичност, ред, мир итд. И те вредности могу под одређеним условима да се доведу у везу са извесношћу.

На пример, тако је поступао Ђорђе Тасић када је ред и мир одредио као вредности које треба да обезбеде извесност. Ради се о занимљивом односу различитих правних вредности које подржавају вредност законитости као извесности.

5. Извесност, законитост и правно регулисање

Извесност има и своју техничку правну страну. Будући да право као систем извесности треба да обезбеди систематски и легитиман утицај на понашање људи, то правна регулација треба у што већој мери да буде резултат свесно-планског стварања права. Сматра се да је право добро формулисано ако норме брзо, лако и на трајан начин налазе пут од правотворчеве свести до свести субјеката на које се односе а преко чијег понашање треба да се остваре.

Правно регулисање треба да задовољи и друге важне услове у наведеном правно-техничком смислу. Пре свега, правне норме морају да се доносе унапред и за неодређен број случајева. У историјским типовима права недостатак предвидљивости произишао је из неразвијености права или његове самовољне примене, а у модерним или формално-правно новим порецима због правних празнина или прекобројности прописа. Правно регулисање треба да представља и трајну систематску делатност. На тај начин се обезбеђује изградња и стабилизација правног поретка и система. Нарочито треба водити рачуна да такво систематско правно регулисање прати друштвене промене, при чему треба подстицати оне врсте промена које воде ка друштвеној стабилности, а запречавати промене које осујећују тај важан циљ. Такво правно регулисање треба да буде легитимно, тј. прихваћено од највећег броја субјеката права. Данас се сматра цивилизацијским стандардом да легитимност правног регулисања почива на добровољном пристанку грађана, а не на превари или насилном наметању.²³⁵ Такође, правно регулисање треба да буде сврсисходно и способно да оствари постављени циљ. Тај циљ се одређује на основу интереса којим треба да се оствари нека вредност. То је тренутак у коме правотворац мора да води рачуна о границама правног регулисања. Пре свега, он мора да води рачуна да правним нормама не захтева од људи оно што они не могу да остваре. Полазиште

235 Вид. Р. Лукић, *Методологија права*, Београд 1977, 166–219.

доброг правног регулисања мора да буде познавање и уважавање објективног деловања природних „законитости физичког света“ и „законитости живе материје организоване путем информација“. ²³⁶ Правотворац исто тако не треба правним нормама да захтева од људи да чине оно што они чине без норми. Најзад, правотворац мора да води рачуна да саме норме не буду бесмислене, тј. без значења, или немогуће за примену, јер тада људи неће знати како да се понашају чак и када су надахнути најбољим намерама. Познавање и уважавање наведених захтева регулисања представља нужну претпоставку за успешно испуњавање односних правно-техничких задатака извесности у праву. Такво правно регулисање, које припада ширем појму регулативне улоге права, не може се замислити без рационализације, рефлексивности и хабитуализације као нужних претпоставки за остваривање права и законитости као извесности.

Рационализација оспособљава савремено право да преузме на себе главни терет правног регулисања. Том приликом, треба разликовати улогу државе у рационализовању права од улоге права у рационализовању државе. ²³⁷ Рационализовање права ослања се на рефлексивност права и његову хабитуализацију.

Рефлексивност представља такав начин нормирања којим се не решава само питање какве норме треба створити, већ и како то треба чинити. Поменута процедурална страна рефлексивности конкретизује и учвршћује право, јер су „поступци временски ограничени системи који имају своју структуру“. ²³⁸ Они треба да неутралишу неизвесност када се појави спор и обезбеде важење норми. То је нарочито важно за судски поступак у кривичним и грађанским парницама, јер су они крајња средства да се једна нерегуларна ситуација реши, да се обезбеди сигурност у конкретном случају и извесност у свим будућим случајевима. У данашњим правима ти поступци су диференцирани и специфицирани, како би се и на тај начин обезбедила извесност до решења спора и (нека, што вернија материјалној истини) сигурност после доношења правоснажне судске одлуке. Истрајавање на форми у поступку пред судом оправдано је будући да управо форма треба да учврсти осећај извесности заинтересованим странкама према суду коме се обраћају и осећај сигурности због решеног спора.

236 E. Pusić, 149–151.

237 Вид. Д. Митровић, *Теорија државе и права*, Београд 2010, 221–243.

238 N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt – Neuwied, 1969, 41.

Рационализација и рефлексивност права повезане су са хабитуализацијом права која се састоји у институционализовању извесности кроз претварање непредвидљивог понашања људи у предвидљиве обрасце.²³⁹ То може да се постигне социјализацијом која треба да омогући формирање „активне правне свести“ грађана. Та свест не захтева само познавање и прихватање права, већ и учествовање у његовом стварању и мењању. Те активне правне свести нема без демократије, која једина омогућава учествовање грађана у вршењу власти. Али, хабитуализација подразумева и понашање људи по праву под принудом (физичком, религиозном, економском или неком другом). Хабитуализација у том ужем смислу показује да право обавезује чак и у ситуацијама када се то не жели или не признаје.

6. Извесност као друштвени појам и садржај законитости

Суштина начела законитости је непроменљива. Али, њен садржај је подложен променама. Промене садржаја утичу на промене карактера начела законитости. Та чињеница наговештава да се извесност не појављује само као засебна вредност, него и као „датост“, као стање и квалитет конкретног права и његове законитости.

Извесност као „датост конкретног права“ односи се на друштвену страну законитости. Она се испољава у облику тзв. „наметнуте“, „ауторитативне извесности“. Та чињеница начело законитости приказује као универзално средство хијерократског владања.

Друштвени карактер и садржај начела законитости зависи првенствено од тога ко га одређује, тј. ко има моћ и власт у друштву. Очигледно је да онај ко има највећу моћ има и власт по својој мери. Неки пут је то власт „владајуће“ класе, а неки пут власт њој супротстављене класе. Неки пут је то власт привилеговане групе људи, елите настале по ма каквом основу, док се неки пут ради о „власти из сенке“ јавности непознатих појединаца или тела. Такође, друштвени карактер начела законитости и његови конкретни садржаји не зависе само од састава друштва већ и од начина на који је друштво организовано, његових особености, државних облика, степена културе и свих других неопходних услова и сред-

239 E. Pusić, 139–140.

става који треба да обезбеде његово исправно остваривање. Може се рећи како начело законитости није исто чак ни у друштвима са истим друштвеним карактером и саставом. Обично се каже да начело законитости постоји свуда где су обезбеђени стабилност, хомогеност, ред и мир у друштву. Али, потребно је да постоји и жеља да се законитост остварује. Таква жеља се најлакше препознаје у настојањима да се успостави демократија, оствари подела власти, рационализује држава, успостави јефтина и функционална бирократија, добро изграђено право и афирмативан став органа и грађана према њему. Очигледно, какво је друштво, такви су му право и законитост. Када је друштво у кризи, право и законитост су у кризи. Када друштво није у кризи, ни право и законитост нису у кризи.

Од комбинације наведених услова и средстава зависе не само конкретни облици начела законитости, већ и могућности за одређивање субјективне и објективне границе начела законитости као извесности.

Што се тиче конкретних облика начела законитости, чини се да они имају независно кретање. Али, та независност је привидна. Карактеристични су облици незаконске, законске и правне државе (владавине права). Њихово постојање омогућава утврђивање објективне и субјективне границе начела законитости. И друго, у савременој политичкој и правној теорији писци на различите начине одређују објективну и субјективну границу начела законитости.²⁴⁰ Објективна граница начела законитости доводи се у везу са правом као системом заповести и потребом да се силом правних заповести обезбеди ефикасност правном поретку. У том случају, границу објективне законитости одређује само право, односно моћ и ауторитет на које се право ослања.²⁴¹ Ипак, ауторитет и моћ закона и закон ауторитета и моћи представљају само средства којима се обезбеђује правна извесност. Карактеристично је Келзеново запажање да „оно што се тумачи као самовоља јесте само правна могућност аутократе да донесе сваку одлуку по себи, да безусловно одређује делатност подређених органа и да, у свако доба, једном постављене норме са општим или само са посебним

240 Вид. N. K. Komesar, *Law's Limits. Rule of Law and Supply and Demand of Rights*, University of Winsconsin, 2002.

241 Вид: Т. Хобс, *Левиијан*, Београд 1960 (2011); М. Вебер, *Прирега и друштво*; Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Oxford 1832. и *Lectures of Jurisprudence*, Oxford, 1863; T. D. Weldon, *Vocabulary of Politics*, Penguin, 1953; C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, München und Leipzig 1932.

важењем укине или измени... потпуно је бесмислена тврдња да у деспотији не постоји никакав правни поредак, већ да влада самовоља деспота“.²⁴² Из наведеног произилази да не постоји разлика између објективне и субјективне границе начела законитости. Постоји само једна граница која је у исто време објективна и субјективна. Ту границу одређују моћ и ауторитет преточени у правне заповести подржане санкцијама, под условом постоји „лична одговорност државних органа... ако изостане лична одговорност, тада законитост пре може да буде обезбеђена у релативно аутократској организацији администрације... него у радикално демократској организацији администрације“.²⁴³

Другачијој оријентацији припадају политички и правни писци који раздвајају субјективну границу начела законитости од његове објективне границе. Они управо у субјективној граници проналазе мерило за разликовање незаконитог од законитог поступања. Позната је Локова мисао да тамо где престаје закон почиње тиранија, али, ништа мање није позната ни мисао Монтескјеа да сила налази властиту границу само у сили. Обојица имају као циљ да раздвоје употребу од злоупотребе права. Тај циљ се постиже тек када се раздвоје „легитимна моћ права“ од „нелегитимне силе државе“,²⁴⁴ тј. када се поштовање начела законитости схвати као „квалитет цивилизованог правног живота“.²⁴⁵ У противном, ако поједине друштвене групе, „нарочито оне ослоњене на власт и врхове државне хијерерхије, уместо поштовања равноправности и слободе... намећу владавину; ако воља моћника постаје закон, а човек лишен сваког учествовања у његовом формулисању, правни систем губи своју аутентичност и право своје достојанство“.²⁴⁶

У нашој старијој правној теорији нарочито је Јован Ђорђевић истицао да је легитимна моћ права обезбеђена када грађани нису „равнодушни према правди и људским слободама и правима“, као и када постоји „аутономно судство подржано од јавности“.

242 Вид. В. Становчић, „Друштвено-политички облици уставности и законитости“, *Архив за љравне и друштвене науке*, 4, Београд 1983; Н. Kelsen, *What is Justice?*, Los Angeles 1971. и *Социјализам и држава. Испрживање политичке теорије марксизма*, у: Ханс Келзен – Макс Адлер, *Марксизам и држава. Две расправе у сиору*, Београд 1985.

243 Х. Келзен, *Општа теорија љрава и државе*, 286.

244 Ј. Ђорђевић, „Функционалност и дисфункционалност права у Југославији“, *Архив за љравне и друштвене науке*, 4, Београд 1984, 654.

245 В. Становчић, „Правна неизвесност као средство ауторитарне политичке контроле“, *Архив за љравне и друштвене науке*, 4, Београд 1984, 701.

246 Ј. Ђорђевић, 656–657.

У ауторитарним друштвима право је лишено моћи легитимности. То показује пракса у којој законитост израста из „друштвено-економске основе друштва“ и преобраћа се у „сукоб политичких односа и структура које право штити и људског стваралаштва“.²⁴⁷ Такав „антилегитимни концепт права“ и „правни нихилизам“ разарају начело законитости. Насупрот томе, субјективна граница начела законитости треба да сачува „еманципаторски карактер права“. Подлогу начелу законитости треба да чини могућност људи да унапред подешавају своје понашање према праву које ће брзо бити „пронађено“ и „потврђено“.²⁴⁸ Та подлога се често изједначава са остваривањем демократије и уживањем одговарајућих демократских грађанских и људских слобода и права, због чега се исправно закључује како само у демократски уређеним друштвима може да се одреди субјективна граница начела законитости.

Од објективне и субјективне границе начела законитости треба разликовати објективну и субјективну законитост, јер „као правници, морамо узети да у правној стварности постоји објективно својство... законитости“.²⁴⁹ Али, шта збиља јесте објективна законитост – на то питање коначан одговор не може да се пружи, изузев ако се под објективном законитошћу не мисли на божански, природни, апсолутни или некакав други поредак. Али, и тада се ради о замислима и представама уместо о чињеницама. Произилази да се о објективној законитости у најбољем случају може говорити у смислу претпостављене објективне, тј. *објективизоване* законитости, с тим што се мора знати како се суштински ради о субјективној законитости. Али, таква субјективна законитост не мора да буде пука самовоља, већ резултат људског увида у стварност и жељене циљеве, плод људске сагласности. Дакле, између „безаконске самовоље“ и објективне законитости налази се субјективна законитост као друштвено објективизован систем правила која треба да обезбеде правну извесност.

Треба разликовати још једно значење законитости. Оно није социолошко-политичко већ искуствено, емпиријско. Такође, оно не садржи никакво ново значење законитости, будући да се односи на оно што се од проглашеног начела законитости збиља остварује. Али, можда искуство није оно што нам се дешава, већ оно што примећујемо да нам се дешава. Дакле, рећи да је нешто законито значило би рећи само да је нешто извесно законито, а не да је сигурно законито.

247 В. Становчић, 701–702.

248 Ј. Ђорђевић, 657.

249 Р. Лукић, *Уставности и законийности у Југославији*, 54–55.

7. Извесност као нормативни појам и законитост као захтев за сагласношћу аката са законом

Извесност постоји и као нормативно-правни захтев за сагласношћу са законом. Готово у свим текстовима у којима се говори о поретку, реду и сагласности, говори се о начелу законитости. Сагласност са законом треба да обезбеди поредак правних аката и његову ефикасност. Такође, извесност као нормативно-правни појам располаже различитим облицима. Може се разликовати формална од материјалне и непосредна од посредне законитости итд. Али, чисто нормативно значење законитости као извесности није својствено само праву, већ свим нормативним друштвеним творевинама.²⁵⁰

Формална законитост постоји увек када су акти слабије правне снаге формално сагласни са законом, а материјална законитост када су акти слабије правне снаге материјално сагласни са законом. С друге стране, непосредна законитост значи да правни акти који се непосредно заснивају на закону морају непосредно да буду сагласни са законом, као и да материјални акти које закон непосредно одређује, такође, морају да буду непосредно сагласни са законом.²⁵¹ Посредно су законити сви други нормативни и материјални правни акти.

Постоје још две врсте законитости – почетна и накнадна законитост. Прва означава да се неки правни акт сматра законитим од тренутка свог доношења, односно примене. Почетна законитост је нужно претпостављена, будући да почива на оборивој претпоставци да је право законито и исправно створено. Накнадна законитост постоји када се у случају сумње у погледу законитости неког аката поново, тј. накнадно, успоставља нарушен склад са законом (нпр., након окончања поступка за утврђивање законитости пред надлежним судским органом, тј. када је неки општи акт постао правоснажан). Разлика између почетне и накнадне законитости може да послужи као мерило за одређивање раскорака између проглашеног и стварног у праву и друштву. Почетна и накнадна законитост имају више везе са њеним социолошко-политичким него са нормативно-правним значењем. Почетна законитост се назива констатованом, а накнадна законитост конвалидираном законитошћу.

250 Вид. Д. Митровић, *Увод у право*, 170–174.

251 *Ibid.*, 42–46, 49–51, 54–55.

Појму законитости супротан је појам незаконитости. Незаконитост постоји када је неки нормативни или материјални правни акт супротан закону као вишем акту, због чега се акт поништава а њихов прекршилац кажњава. Састоји се из кршења правних норми и непримењивања правних санкција, а отклања коришћењем одговарајућих правних средстава и радњи од стране надлежних државних органа. До кршења законитости може да дође и када неки орган свесно доносе незаконит пропис или када неки пропис намерно крши својим материјалним радњама. Такође, до незаконитости може да дође из незнања, нпр., када државни орган не познаје правне прописе. Постоји и тзв. „добронамерна“ незаконитост, коју државни органи чине из жеље да „поправе“ правни поредак. Овај облик незаконитости нарочито је опасан. Јер, када грађани крше право, државни орган ће такве њихове незаконите радње да спречи предузимањем одговарајућих мера. Исто тако, када то несвесно чине сами државни органи, неки други орган ће исправити њихове грешке, јер су такви случајеви ретки. Али, када државни орган (нижи или виши) свесно чини незаконитост, сматрајући себе бољим познаваоцем јавног интереса од других, тада је опасност велика, јер се право и законитост крше систематски.²⁵²

Постоји још неколико карактеристичних облика незаконитости.²⁵³ Први облик је панјуридизација, тј. претерано проширивање области правног регулација. Она се најлакше препознаје према намери да се све нормира (и што треба, и што не треба), постојању уврежене свести према којој је правно обавезно само оно што има писани облик, али и према гломазном, скупом и неефикасном државном апарату који усложњава и успорава правни саобраћај. Други облик је пролиферација, тј. умножавање (суперпроизвођење) прописа. Настаје када сваки виши правни пропис ствара властиту „породицу нижих прописа“. И пролиферација је опасан облик незаконитости. Њом се у непримерено великој мери „производи“ право које не може да се примени. Трећи облик је превелика покретљивост и променљивост правних прописа. Право мора да се мења, али то не треба чинити неумерено, јер се тиме слабе квалитет и обим примене његових прописа. До истих последица доводи и претерана специјализација, као четврти карактеристичан облик незаконитости. Она се препознаје по склоности ка детаљизму, лошем језику и стилу, неодговарајућим конструкцијама и фразама, бирократском начину изражавања итд.

252 Вид. Р. Лукић, *Теорија државе и њена права*, Београд 1978, 217 и даље.

253 Вид. М. Јовичић, *Закон и законийности*, Београд 1977, 277–278.

Нормативни захтев за сагласношћу са законом, као што може да се примети, представља тек препознатљиво позитивноправно обележје начела законитости. Тај захтев често није захтев за сагласношћу са животним чињеницама и потребама. Због тог раскорака долази до појава незаконитости. Оне могу само мање-више успешно да се уклањају, исправљају и спречавају, док безакоње не може да се искорени.

Три нивоа у начелу законитости: идејни, друштвени и нормативни, представљају три главне стране исте јединствене појаве. Потребно је да постоје све три главне стране. У противном, чему нормативна законитост ако је лишена свог друштвеног циља? Или, чему друштвени циљ ако се његова идеја не остварује у пракси? То појмовно „тројединство“ дозвољава да се законитост одреди на нешто другачији начин, као облик легитимне, институционализоване, од државе потврђене и гарантоване извесности, која се у праву испољава као сагласност свих нормативних и материјалних правних аката са законом.

II глава

ОБЕЛЕЖЈА ЗАКОНИТОСТИ И ЊЕН ОДНОС ПРЕМА СРОДНИМ ПРАВНИМ НАЧЕЛИМА

1. Обележја начела законитости

Начело законитости има неколико сталних обележја. Она одређују његов карактер и штите његову важну идеју: да законитост треба да буде постојана.

Везаност за државу и право представља наочљивије обележје начела законитости. Када не би било тако, законитост би се свела на општу нормативну сагласност друштвених аката, тј. утопила би се у тзв. „друштвену правилност“. Везаност за државу и право, такође, показује да се законитост ослања на државу и право у толикој мери да без њих уопште не може да постоји као правно начело. Веза државе, права и законитости у позитивноправном смислу потпуно је уочљива када се законитост одреди као правило или скуп правила о томе како ће право да се спроводи.²⁵⁴ Изразита повезаност законитости са државом и правом, ипак, не значи да између њих постоји аутоматизам у раду и примени. Постоје ситуације када само право онемогућава исправну примену законитости и нормалана рад државних органа. Али, постоје ситуације када незаконитост производи сама држава, што је нарочито штетно за остваривање права.

Друго препознатљиво обележје законитости, њена универзалност, показује да сви пореци располажу некаквим обликом и степеном постојања начела законитости, односно да „у сваком поретку постоји ‘закон’ и његово остваривање“, што поретку даје

254 Р. Лукић, *Увод у право*, Београд 1978, 57. Вид. Д. Митровић, *Теорија државе и права*, 205–209.

„највећу чврстину и животворност“.²⁵⁵ Да сви пореци морају да имају неки облик и степен остваривања начела законитости – то налаже логика, будући да поредак без формалног начела законитости представља *contradictio in adiecto*. Другачије је врсте питање какав је квалитет законитости у таквим порецима. На основу одговора на ово друго питање, могу се разликовати различите врсте и облици законитости, као и аутократски од демократских поредака.

Треће обележје законитости чини њена јединственост. Она показује да законитост важи и примењује се на целом државном простору. Речју, где су држава и право, ту је поредак, а где је поредак, ту је јединствена законитост. О том обележју законитости Диги је забележио следеће: „Пошто је закон израз суверене воље, једне и недељиве, очигледно је да на једној територији може да постоји само један закон, појединци могу да буду само под једним државним законом“.²⁵⁶ Дакле, законитост мора да буде јединствена и недељива, тј. мора једнако да важи за све субјекте права и исто тако да се примењује на целој државној територији. Али, то није апсолутно правило. На пример, учевајући противречности између захтева за јединственом законитошћу и партикуларних законодавстава на истој државној територији, Диги је допуштао постојање „локалних закона“ и „закона корпорација“ који, очигледно, представљају одступање од јединственог начела законитости, али под условом да се тиме не крњи стална супстанца јединственог начела законитости. Та идеја је, касније искоришћена, довела је до супротног – до стварања готово потпуно самосталних система правних прописа унутар и између глобалних корпорација или ужих подручја у држави. Сличан став Дигијевом заступао је Ханс Келзен, творац познате „теорије степена“ у праву (*Stufentheorie*), који је своју тврдњу поткрепио анализом неуспешног остваривања јединствене законитости у државама са вишепартијским системима. О јединственој законитости, такође, али исто тако недоследно, говорио је Лењин непосредно после 1917. године. Према њему, „законитост треба да буде једна, и основно зло у читавом нашем животу и читавој нашој некултурности јесте толерисање исконског руског схватања и навике полуварвара који желе да сачувају калушку законитост за разлику од казанске законитости“. Одмах затим, он каже супротно: „Чуо сам само аргументе да у даном случају одбрана ‚двостуког‘ потчињавања

255 С. Врачар, „Релативно остваривање прокламованог принципа законитости у Совјетском Савезу“, 76–77.

256 Л. Диги, *Преображаји јавној љрава*, 105.

представља закониту борбу против бирократског централизма, за неопходну самосталност месних органа и против надуведеног односа центра према губернијским извршним комитетима. Постоји ли надувеност у схватању да законитост не може бити калушка и казанска, него да мора бити једна за целу Русију и чак једна за читаву федерацију совјетских република²⁵⁷. Очигледно, „надувености“ нема места, јер законитост збиља мора да буде јединствена у јединственој држави. А то што су Лењинови ставови такви какви јесу, лако може да се објасни прагматичном потребом да се законитост нове бољшевичке власти искористи као средство диктатуре која се спроводи наметањем тзв. пролетерске законитости на номиналној територији целокупне државе захваћене грађанским ратом. И данас готово сви правни писци истичу како законитост мора да буде јединствена. То се чини нарочито у ситуацијама када се због снажних дезинтеграционих процеса разграђују државни и правни пореци. То су ситуације у којима оживљавају захтеви за напуштањем начела јединствене законитости у корист некакве „консенсуалне законитости“.

Најзад, и релативност у погледу остваривања представља једно од главних обележја законитости. До релативног остваривања законитости долази због несавршености заједнице и људи, економске и социјалне неједнакости, диференцијације и стратификације, унутрашњих сукоба и поремећаја, политичких трзавица и хроничних слабости система, неадекватног дејства водећих снага у друштву, културне заосталости, јаза између елите и масе, идеолошке подвојености међу људима, слабости управљача који нису увек спремни да жртвују своје интересе због законитости итд. Карактеристичан је став Рудолфа Јеринга (*Rudolph von Ihering*), који је предлагао да се примена закона „релативизира“ како би се закони мање кршили а законитост више поштовала. Јеринг је у већој слободи судија „пронашао“ начин да се ублажи одступање од проглашеног начела законитости зато што се закони никад не примењују у потпуности.²⁵⁸ Важно је уочити да Јеринг не заговара некакву консенсуалну законитост. Он релативизовање јединствене законитости заснива на проширивању слободе поступања, нарочито државних органа, управо због спречавања њене круте примене.

У домаћој правној теорији је карактеристично мишљење Стевана Врачара, који о овој особини законитости каже: „Релативност

257 В. И. Лењин, *Изабрана дела*, II, Београд 1950, 525.

258 Р. Јеринг, *Циљ у праву*, Београд 1894–1895, 292 и даље.

остваривања овог принципа је неизбежна у сваком државноправном поретку“, па су зато „неосноване упрошћене и круте тврдње о постојању или непостојању, остварености или неостварености овог принципа“.259 Потпуно остваривање начела законитости није могуће, јер „све што је противправно, јавља се као незаконитост“. Ту противправност ни најбоље законодавчеве намере не могу да уклоне. И сам закон често може да „спречи и погрешно да усмери одређене процесе ако они не могу потпуно да се сагледају и оцене... а обезбедити ауторитет таквом закону значи компромитовати се, јер је такав закон у суштини незаконитост“.260

Релативно остваривање проглашеног начела законитости омогућава још једну важну ствар: разликовање њених „стандардних аберација“ од „аномије права“. Док су аберације неизбежне, аномија није, јер представља деформацију која разара поредак. Али, ни аномија не мора да буде крај поретка као таквог. Она може да постане шанса за стварање новог, бољег пооретка и система права. Таква „регенерација“ доводи до поновног успостављања и функционисања начела законитости. Наведени преокрет отпочиње борбом за право и законитост. Али, то више није борба за легитимност, већ за аутентичност поретка. Тек из аутентичности настаје легитимност, а из ње законито и ефикасно право.

2. Начело законитости и друга правна начела

Законитост се разликује од других сродних правних начела, као што су саправност (правна правилност), уставност, подзаконитост и аутономност.

У правној теорији постоје различита гледишта о односу начела законитости и начела *саправности*. Најчешће се ови појмови јасно разликују и разграничавају. Нарочито се у немачкој правној теорији прави јасна језичка разлика између ова два начела. Законитост (*Legalität* и *Gesetzmäßigkeit*) представља захтев да сви правни акти и све људске радње буду засноване на закону, а саправност (*Rechtmäßigkeit*) захтев да свака радња буде заснована на неком

259 С. Врачар, 78.

260 Ј. Ђорђевић, „Улога права и правника у нашем друштвеном уређењу“, *Материјали са Првог конгреса правника Југославије*, Београд 1954, 39–40. Вид. М. Ђуковић, *Принцип законитости у Југославији*, Београд 1959, 151; М. Јовичић, *Закон и законитост*, Београд 1977, 201–203, 279.

правном акту који је усклађен са свим другим правним актима.²⁶¹ Али, постоје и гледишта која поистовећују ова два начела. У нашој правној теорији тако поступају писци када законитост одређују као „захтев да садржај и облик нижег правног акта буде у складу са вишим правним актом“.²⁶² То је случај и са писцима у некадашњој совјетској правној теорији, у којој се законитост такође одређивала као „тачно поштовање и извршавање... устава и на њему заснованих закона и подзаконских аката“, односно као „режим који обележава усклађеност друштвених закона и подзаконских аката“ који представљају „саставни део политичког режима“.²⁶³

До таквих гледишта о односу законитости и саправности долази како због различитог одређивања појма законитости, тако и због сличности законитости и саправности. Упркос томе, законитост и саправност нису иста правна начела, нарочито не у нормативном смислу. Саправност или правна правилност представља захтев за међусобном усклађеношћу свих нормативних и материјалних правних аката међусобно, а законитост захтев за сагласношћу са законом свих нижих нормативних и материјалних правних аката у формалном и материјалном смислу.²⁶⁴ Саправност показује потребу сваког права да постоји као јединствена и логички непротивречна целина, док законитост треба да обезбеди ту непротивречност у делу права који се тиче система и поретка успостављеног законима и актима нижим од закона. Наведена разлика саправност приказује као подлогу законитости, која је настала издвајањем из саправности. До тога је дошло када се закон издвојио од других правних аката. Од тог тренутка, законитост је постала логички изведено и засебно обликовано правно начело. То начело је историјски млађе, а формално и садржински уже од начела саправности. Али, због очигледно већег значаја закона, правна теорија и пракса одавно воде више рачуна о законитости него о саправности. Штавише, сматра се да када постоји законитост, да тада постоји и саправност.

Начело законитости се разликује и од начела *уставности*. Оба правна начела настала су из јединственог појма саправности: прво законитост, а тек много касније модарни појам устава и уставности. Разлика између ова два правна начела нарочито је

261 I. Krbek, *Zakornost uprave*, 3.

262 V. Perić, *Struktura prava*, 123–124.

263 В. М. Чхиквадзе, *Социјалистическа законност в СССР*, 3; П. М. Рабинович, *Ујроченне законности – закономерности социјализма*, 66.

264 Вид. Р. Лукић, 51–56.

јасна у формалном смислу, када се упореде нормативни појмови уставности и законитости. Уставност у нормативном смислу представља сагласност свих правних аката са уставом у формалном и садржинском смислу, што значи да и закони морају да буду формално и садржински у складу са уставом.²⁶⁵ Такав положај начела уставности произилази из надређености устава закону. До тога је дошло непосредно после изведених грађанских револуција у Европи када су створени први модерни грађански уставни или када су се издвојили посебно важни (органични, основни, општи) закони са повећаном правном снагом од тзв. „обичних закона“. У наведеном разликовању постоји знатна нелогичност. Ако може да се прихвати да је устав закон над законима, тешко може да се прихвати да постоје и закони над законима.

Формална надређеност начела уставности начелу законитости не значи да је уставност обавезно и материјално важније начело. Пре свега, законитост је историјски старија. Из ње је настало и развило се начело уставности. Због тога ни данас не могу тачно да се разграниче уставност и законитост у материјалном смислу. У неким уставима се налази материја која је традиционалан предмет законског регулисања, док се у бројним законима налази материја уставног карактера. Због тог преплитања се истиче како је устав у материјалном смислу првенствено политички акт, док закон то није, иако се умесно може запитати који то закон није политички акт? Очигледно, ради се пре о мери утицаја, него о суштини.²⁶⁶ Како год, питање да ли уставност треба да се изводи из законитости или законитост из уставности, није лишено смисла. Од одговора на то питање зависе бројне последице – од друштвених и политичких до правних и организационо-техничких. На пример, показало се да је уставност у бившој СФРЈ била замишљена да деградира и уништи савезну законитост, уместо да је афирмише као главно начело државно-правног поретка. Изгледа да Марксова препорука да народ треба да има своје мишљење не само о „начелима“ (уставу) него и о „деталима“ (закону и другим прописима) и данас има велику вредност.

Упркос више формалној него садржинској надређености устава закону, предност треба да има законитост, а не уставност. Формална предност начела уставности не мора обавезно да буде

265 *Ibid.*, 42–46.

266 Упор. М. Јовичић, *Закон и законитости*; Ј. Ђорђевић, *Уставно право*; Ф. А. Најек, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago 1981; В. С. Нерсесянц, *Право и закон*.

његова стварна предност над начелом законитости. Може се само замислити поредак у коме би се сви правни акти примењивали на основу устава. Али, такав поредак никад није постојао. Много је лакше замислити поредак без устава са законима, а можда и без закона. Произлази да начело законитости и даље има предност над начелом уставности и другим правним начелима.

У нашој правној теорији, поред начела саправности, уставности и законитости, повремено су се помињала начела *йодзаконитости* и *ауџономности*, више као теоријски покушаји да се укаже на развијеност и сложеност (некадашњег југословенског) права.²⁶⁷ Њиховим прихватањем и коришћењем правна теорија и пракса не би добили ништа ново, будући да подзаконитост и аутономност могу да буду само посебни облици непосредне и посредне законитости. Због знатног ослањања на друштвена правила (нпр., пословна пракса), начело аутономности било би ближе начелу друштвене правилности (из кога је настала саправност), него начелу уставности и законитости.

Наведена обележја приказују законитост као изузетно важно правно начело. Без тог начела не може се замислити постојање правног поретка. Али, и однос начела законитости са другим правним начелима показује да законитости припада суштински најважније место, да је начело уставности само формално најважније, као и да друга правна начела морају да буду усклађена не само с начелом уставности већ и с начелом законитости. Такав распоред и усклађеност заснива се на још ширем начелу саправности, које је настало из начела друштвене правилности.

267 М. Јовичић, 267–268; Н. Стјепановић са колективним аутора, *Уставности и законитости ојшћих акаџа оріанџација удруженој рада*, Београд 1976, 1–14; Љ. Стојановић, „О примарној заштити уставности“, *Уставности и законитости*, 1, Београд 1981, 17–25.

III глава

ХИЈЕРАРХИЈА И НОРМАТИВНА ЗАКОНИТОСТ

1. Хијерократски основ законитости

Реч *хијерократија* потиче од грчких речи „хијерос“ – свет и „кратос“ – владати. Као сложеница ове две речи, у најширем смислу означава „начин на који су организоване различите друштвене организације“, укључујући ту и само друштво као организацију, тако да „унутар сваке организације постоје строго утврђени односи надређености и подређености међу вертикално распоређеним деловима“.²⁶⁸ У том најширем смислу, хијерократија потврђује да је само друштво једна хијерократска уређена заједница и организација. Али, у нешто ужем смислу може се говорити о хијерократском устројству саме државне организације (главним властима у држави, начину вршења власти, везама са друштвеним организацијама итд.). Такође, због блиске повезаности државе са правом, хијерократија у још ужем смислу одређује каква ће бити хијерархијска организација самог права. Најзад, у најужем смислу, хијерократија одређује карактер, особине, обележја итд. начела законитости. Она показује да у истој друштвеној, државној и правној организацији постоји одговарајући хијерархијски састав и распоред. Тај састав и распоред је тако уређен да власт увек припада мањини која заузима највише место на заједничкој трострукој хијерархијској пирамиди.²⁶⁹ То хијерократију јасно приказује као универзални облик власти над људима и њиховим творевинама.

Постојање хијерократије као облика владања и хијерархије као њеног организационо-техничког обрасца показује да је

268 *Политичка енциклопедија*, Београд 1975, 311.

269 М. Вебер, *Привреда и друштво*, II, 245–297.

друштвена неједнакост добила свој трајни институционализовани и инструментализовани облик. Почетни основ хијерократског владања налази се у природним разликама међу људима. Оне се умножавају и претварају у друштвене разлике и друштвену неједнакост. Ако се иде даље, приметитиће се како основ друштвене неједнакости потиче од датог начина производње. Начин производње утиче на хијерократију прво тако што одређује да ли ће друштво уопште да буде хијерократски уређено, јер свака неједнакост не доводи обавезно до хијерократског начина владања (нпр., неједнакост у тзв. првобитним заједницама). Да би се то догодило, потребно је да се друштвена неједнакост редовно обнавља на институционализован начин. Можда од начина производње већи утицај имају мерила за расподелу произведених добара. Таква врста институционализације у области расподеле добара „прелива“ се на цело друштво. Она има за циљ да обезбеди трајност успостављеним друштвеним односима неједнакости. Такође, начин производње и расподела добара утичу на обрасце власти, од којих држава представља најмоћнији хијерократски образац. Она располаже монополом физичке силе из кога извлачи право на располагање правилима која ствара и примењује. Постојање тих правила показује да држава има своје задатке, као и да располаже средствима за њихово остваривање. То је начин на који се хијерократија преко државе „инструментализује на најпогоднији могући начин“.²⁷⁰ Изгледа да су од државе само наднационалне корпорације више хијерократски устројене. Ради се о организацијама у којима је начело хијерархије уздигнуто до највишег могућег нивоа. Многе су данас моћније и богатије од великог броја земаља у свету.

Хијерократски карактер државе преноси се на право. Његов утицај се испољава у облику хијерархијске лествице или купе правних аката. Такво устројство права је нужно, али захтева додатно успостављање средстава за надзор, контролу и одржавање те лествице. Решење је пронађено у законитости која се такође заснива на начелима хијерократије и хијерархије. Законитост треба да обједини и повеже друштво са државом и правом раздвајањем дозвољеног од забрањеног. Када се упореди хијерархијско начело са начелом законитости, показује се како хијерархија обезбеђује састав, а законитост делотворност поретку.

270 С. Врачар, *Социјална садржина функције државнојравној йорейка*, 89.

2. Два главна значења хијерархије

Реч *хијерархија* има више значења. У најширем смислу представља службену лествицу, ранг, према коме се одређује положај делова у једној целини. Хијерархија у нешто ужем смислу представља „концентрисан израз права одлучивања и заповедања“. Означава „потпуну подређеност нижих, тако да се у крајњој линији сва власт концентрише у самом врху хијерархијске лествице“.²⁷¹ Испољава се у постојању формализоване хијерархијске лествице. Може се рећи да хијерархија представља силу реда у друштву, држави и праву, као што гравитација представља силу реда у природи. Али, хијерархија има још два значења. У првом, које је формалног карактера, хијерархија представља логичко својство свих система. О хијерархији у наведеном смислу Лудвиг фон Барталанфи (*Ludwig von Bertalanffy*), аутор опште теорије система, каже: „Општа теорија хијерархијског поретка представља главно упориште теорије система“;²⁷² а нобеловац Херберт Сајмон (*Herbert Simon*): „Хијерархија је једна од структурних шема што их употребљава архитекткт комплексности“.²⁷³ О хијерархији као својству свих организација и неутралној функцији управљања на сличан начин пишу други писци.²⁷⁴ У свом другом значењу, којим се осветљава чисто друштвена страна овог појма, хијерархија означава власт, тј. „посебан друштвени однос у коме један субјект наређује другоме, а други те заповести слуша и мора да слуша, односно као „наметање воље једног субјекта другоме“.²⁷⁵ Такав друштвени однос обележава „систематски неравномерна дистрибуција моћи у систему“.²⁷⁶ У том другом значењу, хијерархија се не сасвим исправно изједначава са хијерократијом.

271 Мала политичка енциклопедија, Београд 1966, 352.

272 L. von Bertalanffy, *General System Theory*, New York 1968, 27.

273 H. Simon, „The Architecture of Complexity“, *General Systems*, vol. 10, New York 1965, 64.

274 Вид. L. Earl, „Hierarchy and Hieratics – Employment Form“, *General Systems*, Vol. 2, New York 1947; E. Amitai, „Authority Structure and Organizational Effectiveness“, *Administrative Science Quarterly*, No. 1, 1959; Th. Victor, *Modern Organisation*, New York 1961; В. Г. Фанасев, *Знаниственое управление обществом*, Москва 1968; J. G. March and H. A. Simon, *Les organisations*, Paris, 1969; H. Fuchs, *Systemtheorie und Organisation*, Weisbaden 1973.

275 Р. Лукић, *Увод у право*, 33–34.

276 М. Рамљак, „Хијерархија и самоуправљање“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1, 1980, 43.

Хијерархија располаже и другим значењима. Историјски посматрано, она постоји од када постоје људске заједнице; друштвено-економски, зависи од датог начина производње и односа у расподели; политички, означава претварање друштвеног ауторитета у политичку власт; културолошки, настаје дуготрајним усађивањем и усвајањем као властитих туђих (хетерономних) културно-идејних ставова, традиција и образаца; психолошки, из осећај страха, инфериорности, пуког интереса итд. Једно је сигурно: у многим од споменутих схватања појам хијерархије се брка са појмом хијерократије. Том приликом се занемарује да хијерархија представља спољни израз нечег много дубљег и скривенијег – хијерократије у друштву.

Упркос реченом, велики број писаца упорно истрајава на друштвеном, а не на организационо-техничком значењу хијерархије као њеном првом и правом значењу.²⁷⁷ То је данак традицији да се сродне али различите ствари сматрају истим (нпр. да је извесност сигурност). Ту друштвену, а не организационо-техничку, страну хијерархије је (нпр.) истраживао Маркс у анализи капитала, вредности, робе и њених токова. Он је издвојио две основне компоненте хијерархијске структуре: повезивање и доминацију, из којих настаје експлоатација.²⁷⁸ На трагу Марксовог учења, Енгелс је у својим радовима расправљао о пореклу и нужности постојања доминације и ауторитета. Према њему, „апсурдно је претпоставити принцип ауторитета као апсолутно лош... Ауторитет и аутономија су ствари релативне; њихове сфере мењају се са различитим фазама друштвеног развитка“.²⁷⁹ Познати су и Веберови ставови о хијерархији. По њему, хијерархија почива на насиљу, тј. на „давању или ускраћивању средстава спасења (хијерократска принуда)“.²⁸⁰ На сличан начин су појам хијерархије одређивали Чарлс Рајт Милс (*Charles Right Mills*), Питер Абел (*Peter Abell*), Роберт Престус (*Robert Presthus*) и други.²⁸¹

Већини поменутих гледишта заједничко је продубљено истраживање хијерарократије коју писци називају хијерархија. Као што

277 Вид. *L' autorité et la hiérarchie, Annales de l' Institut international de sociologie*, tome XV, Paris 1928.

278 К. Маркс, „Најамни рад и капитал“, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, I, 1949, 215 и даље.

279 Ф. Енгелс, „О ауторитету“, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, *Изабрана дела*, 615.

280 М. Вебер, *Привреда и друштво*, II, 38.

281 W. Mills, *The Power Elite*, New York 1956; P. Abell, *Hierarchy and Democratic Authority*, Birmingham 1977; R. Presthus, *Individuum and Organisation*, Frankfurt 1972; D. l'Aréopagite, *La hiérarchie céleste*, Paris 1970.

је поменуто, нарочито их је интересовала социолошко-политичка страна хијерархије у којој субординација има „инструменталну улогу експлоатације туђег рада“.²⁸² Захваљујући тим истраживањима, може се још једном закључити оно што је већ закључено: да је хијерократија универзални облик владања у друштву, али да њен спољни израз, њена форма – хијерархија, не искључује већ захтева повезивање и сарадњу. То значи да хијерархија представља тек једно од више средстава за повезивање различитих делова у једну сложену целину у којој сви делови немају исто место и значај. Она, дакле, није једино начело друштвеног, државног и правног организовања. Поред ње, постоје друга начела државне и правне организације, као што су начело центрo-периферне повезаности, координације, кооперације, корелације или комплементарности. Наведена начела су у стварности неодвојива једна од других. Захваљујући њима, између државних органа се успостављају најразличитије вертикалне, хоризонталне и побочне (дијагоналне) везе. А то утиче на сличне везе унутар права или на везе између делова државне и правне организације.

3. Хијерархија и законитост

Хијерархија је присутна и у нормативним творевинама, свуда где се стварају и извршавају обавезе. Тако се добија једна хијерархијска лествица правних аката паралелна са хијерархијском лествицом државних органа. На ту везу су указивали Адолф Меркл (*Adolf Merkl*) и Ханс Келзен, творци тзв. „Stufentheorie“. Према њима, без хијерархије „подела правног поретка на поједине ступњеве била би бесмислена“, а законитост непотребна.²⁸³ На везу хијерархијске лествице правних аката и органа указивали су и домаћи правни писци. Сложно су истицали да хијерархијску лествицу друштвених и државних органа одређује количина власти којом односни органи располажу, а хијерархијску лествицу правних норми и аката правна снага којом норме у актима располажу. Ради се о две паралелне лествице, јер правна снага норми зависи од количине власти којом располажу органи који их доносе. То је и данас најједноставнији начин да се обезбеди чврста „хијерархичност“ између творца права, правних правила

282 М. Рамљак, „Нижерархија и самoуправљање“, 47.

283 Х. Келзен, *Општиа теорија права и државе*, 129.

и примењивача права. Речју, сви правни прописи и акти морају да буду обухваћени и систематизовани на јединствен начин према хијерархијском начелу. Мерило за њихову систематизацију представља управо правна снага којом норме располажу у правним актима. То мерило се примењује само за разврставање тзв. извора права, а не свих правних норми и аката. Тако се добија „пирамида“ или „купа“ извора права, на чијем се врху налази устав, испод њега закони, а испод закона подзаконски прописи, уговори, обичаји и општи акти друштвених организација. Наведени модел је сложенији у федерацијама, јер је у федерацијама све двоструко. То значи да се исти правни акти исте правне снаге разликују према томе да ли је реч о власти савезне државе или власти федералних јединица.²⁸⁴ Како год, хијерархија обезбеђује правном поретку потребну уобличеност и кохерентност. Без постојања хијерархије истрајавање на постојању законитости било би бесмислено. Хијерархија је „структурна шема“ законитости, јер обе представљају две стране исте правне организације. Хијерархија такође показује какав је друштвени карактер и колики је домаћај законитости. Помоћу ње се могу одредити историјски типови законитости (старовековна, средњовековна, грађанска итд.), као и њени социолошко-политички облици (држава са законима, законска држава и правна држава, одн. држава владавине права). Најзад, хијерархија непосредно одређује и саме нормативне облике законитости (непосредна, посредна, констатована, конвалидирана законитост итд.), као и њима прилагођене режиме контроле и заштите (органи и агенције за праћење и надзор, уставни суд, судски и други поступци, правна средства, правни лекови итд.). Неспорни утицај хијерархије на законитост заснива се на чињеници да хијерархија логички и историјски претходи законитости. Да би законитост настала, потребно је да буде успостављена одговарајућа хијерархијска државна и правна лествица. Она се ствара тако што се помоћу хијерархије одређују састав и везе делова унутар система државне и правне организације.

Али, не утиче само хијерархија на законитост, већ и сама трпи њен утицај. Тај повратни утицај законитости на хијерархију омогућава функционисање државне и правне организације. Такође, законитост ограничава ове две тесно повезане организације.

284 Упор. Р. Лукић, *Увод у право*, 283; М. Јовичић, *Закон и законитост*, 84. Р. Марковић, „Систем општих аката самоуправног права“, *Самоуправно право*, 4, Београд 1976, 45–47; С. Врачар, *Нормативни (ф)активи социјалистичкој државнојравној поретка*, 27.

На тај начин она постаје мерило за утврђивање легитимности државне власти. (Може се замислити легитиман а „не-законит“ поредак, али не може законит а „не-легитиман“ поредак.) Најзад, законитост учвршћује друштвени, државни и правни поредак и показује у којој је мери постојећи поредак способан да буде ефикасан. Управо је она та која „даје смисао и политичко-правну оправданост хијерархијској структури правног поретка“,²⁸⁵ омогућава одржавање хијерархије „међу државним органима као и између ових и других недржавних субјеката“. Остварујући наведене задатке, законитост треба да „одржи одговарајућу политичку, класну и друштвену равнотежу снага“.²⁸⁶

4. Законитост и правна снага аката

Правна снага представља меру утицаја (дејства) једног акта на друге акте. Она је одређана количином власти којом располаже односни државни органи као ствараоци или примењивачи права. Захваљујући том мерилу, „сваки акт има одређено место на хијерархијској лествици правних аката“ и располаже одређеном мером „утицаја на друге акте, као што, опет, мора да трпи одређену меру утицаја других аката на себе“.²⁸⁷ Акти са већом правном снагом заузимају више место на хијерархијској лествици, док они са мањом снагом заузимају ниже место и не смеју да противрече вишим актима. На пример, устав се налази на самом врху хијерархијске лествице правних аката. Његова највећа правна снага у садржинском смислу изражава се кроз свест о значају устава као израза опште воље, а затим и тако што се уставом утврђују основи државног и друштвеног уређења. У формалном смислу највећа правна снага устава значи да је он основни извор овлашћења из кога сви државни органи црпу своју власт. То значи да и сви правни акти морају да буду у складу са њим. Ту снагу устава потврђује посебан поступак по коме се доноси, мења и укида. И обратно, на самом дну хијерархијске лествице се налазе одговарајући појединачни правни акти које доносе државни и друштвени органи или грађани. Такви правни акти немају никакав утицај на друге правне акте чији утицај трпе, али утичу на материјалне акте који

285 Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, 302.

286 Р. Лукић, *Уставности и законитости у Југославији*, 42.

287 Р. Лукић, *Увод у право*, 295.

су законити само када се врше на основу и у складу са тим појединачним актима. Строга хијерархијска распоређеност правних аката такође олакшава разликовање правних од моралних или неких других друштвених норми и аката.

Од правне снаге треба разликовати правну обавезност аката, јер су сви прописи подједнако обавезни за све субјекте на које се односе без обзира на своју правну снагу. Ту се питање који је акт обавезан може поставити једино у случају да се два правна акта међусобно не слажу. Али се и у таквим случајевима помоћу хијерархије и тумачења правних аката може утврдити снага прописа, чиме се решава проблем њиховог сукоба (колизије) у случају примене.

5. Средства за обезбеђење законитости правних аката

Правна средства представљају изјаве воља којима односни овлашћени субјекти захтевају од надлежних органа да испитају законитост извесних правних или материјалних аката.²⁸⁸ Зато сви правни пореци предвиђају средства за испитивање законитости правних и материјалних аката барем пред једним надлежним органом, како би се законитост остваривала без озбиљнијих сметњи и застоја. У тој могућности је садржана носећа идеја начела првостепености и двостепености, а изузетно и тростепености рада односних државних органа задужених за заштиту законитости. На пример, у првом степену законитост цени сам орган или субјект који дотични акт доноси или врши, у другом то чини виши надлежни орган, а, изузетно, у трећем, највиши орган: врховни, савезни, касациони или неки други судски орган. Начело двостепености или тростепености једино не може да буде примењено на највише акте којима се одређују сви други акти. У нашем праву контрола законитости представља дужност свих државних и друштвених органа, док се судска контрола спроводи успостављањем двостепеног и тростепеног система судских органа.

Пошто се контрола и заштита законитости врше на основу одлука надлежних државних органа, то би најбоље било када би се сваки правни акт по службеној дужности подвргавао оцени

288 *Ibidem*, 296.

законитости надлежног органа. То је тешко постићи, јер би то захтевало огроман државни апарат који би се бавио само тим пословима. Због тога се контрола законитости аката организује тако да се само њихов мали број подвргава обавезној контроли, што чине овлашћени државни органи (нпр., јавни тужилац по службеној дужности /*ex officio*/). Сви остали акти се само изузетно подвргавају испитивању законитости, тек када неки овлашћени субјект нађе да постоји основана сумња да је извршена незаконитост. Он у том случају покреће поступак својом изјавом воље (*ad personam*), а не по службеној дужности.

Најважнија правна средства која се најчешће користе су тужба и жалба. Поред њих постоје право на петицију, право на уставну жалбу итд.²⁸⁹ С друге стране, да би се спречио бескрајан низ контроле законитости, правом се утврђује граница до које та контрола може да се врши. Та граница је највиша (судска) инстанца или временски рок у коме може да се користи одговарајући правни лек (обично 15 дана за улагање жалбе, а 8 дана за улагање приговора), после чега се сматра да је акт постао законит (правоснажан). Правно средство је, дакле, свака радња у поступку којом се вршилац те радње супротставља одређеном процесном акту. Оно може да се употреби и против поступка, а не само против одлуке органа који води поступак (нпр., *иришужба*), као и против акта друге стране у поступку (нпр., *ириговор* против оптужнице).

Од правног средства треба разликовати *иравну самопомоћ*, коју су старија права дозвољавала (да се поверилац намири одузимањем дела дужникове имовине, да се убиство освети крвном осветом /*умиром*/, да се част одбрани двобојем итд.). Савремена права забрањују правну самопомоћ, изузев у случају нужне одбране и крајње нужде. Спорно је да ли у правну самопомоћ треба убројати право грађана на побуну (устанак) или право на вођење праведног рата.²⁹⁰

Постоје и *иравни механизми* за заштиту законитости правних аката, од којих су најважнији контрола права од стране судова, судска контрола рада управе (управни спор), уставно судство, забрана ретроактивности закона, објављивање закона и других прописа, установа заштитника грађана (омбудсмана) итд.²⁹¹

289 Вид. Р. Лукић, 296–297; N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb 2001 (2006), 222.

290 Вид. N. Visković, 223–224.

291 Г. Вукадиновић, *Теорија државе и ирава I-II*, Нови Сад (2007) 2008, 222.

6. Правни лекови

Правни лекови су врста правних средства којима се захтева доношење другостепене или трећестепене судске одлуке. Они имају за циљ да побију првостепену или другостепену одлуку која се сматра незаконитом. Њима се предлаже да одлука буде преиначена или укинута.

Позната је подела правних лекова на *ремонсџрајџивне* и *деволуџивне* (први се примењују када о уложеном правном леку одлучује исти орган који је донео првостепену одлуку, а други када о уложеном правном леку одлучује виши орган), *сусџензивне* и *несусџензивне* (којима се одлаже или не одлаже извршење побијане одлуке) и *једносџране* и *двосџране* (први се примењују када надлежни орган одлучује о случају на основу једностраног саопштења /нпр., подносиоца жалбе као правног лека/, док други пружају могућност и другој страни да се изјасни о уложеном правном леку /нпр., одговор на жалбу/).²⁹² Али, најпознатија је подела на редовне и ванредне правне лекове.

Редовни правни лекови се улажу против одлука које још нису постале правоснажне, а ванредни после наступања правоснажности. Редовни правни лек је жалба против првостепене пресуде и решења судског органа или решења управног органа, док су (нпр.) ванредни правни лекови захтев за заштиту законитости или захтев за понављање поступка. Ванредни правни лекови су предвиђени у кривичном, грађанском, управном итд. поступку.²⁹³ Жалба је деволуџивни редовни правни лек, јер по њему решава другостепени судски или управни орган. Његове одлуке по правилу имају суспензивно дејство пошто одлажу правоснажност побијене одлуке. За разлику од жалбе, *ванредни* правни лекови начелно могу да се улажу само против одлука које су постале правоснажне. Ови правни лекови нису суспензивни, а често нису ни деволуџивни. Један од најпознатијих ванредних правних лекова је *захџев за зашџиџију законџиџосџи*.²⁹⁴ Поред захтева за заштиту законитости, користе се и други ванредни правни лекови, као што су захтев за понављањем поступка или захтев за ванредним преиспитивањем правоснажне судске пресуде (ревизија).²⁹⁵

292 *Ibidem*, 222–223.

293 N. Visković, 220–221.

294 Вид. Р. Лукић, 296; N. Visković, 222; B. Perić, 127–133.

295 B. Perić, 130–131.

Наведени ванредни правни лекови се често користе у кривичном праву. Поред њих, у кривичном праву се користи *захтев за ванредним ублажавањем казне*.²⁹⁶

7. Заштитник грађана (омбудсман)

Заштита законитости се не састоји само у коришћењу наведених државних средстава и механизма за испитивање законитости, већ и у успостављању допунских друштвених средстава и механизма којима се грађанима омогућава да се без формалности обратe заштитнику јавног интереса грађана (омбудману) када сматрају да су њихова права угрожена поступцима јавне власти.²⁹⁷

Двовековна установа заштитника грађана (заштитника јавног интереса, повереника, представника, комесара, правобраниоца), како се све назива шведска установа омбудсмана (настала 1809. године), карактеристична је за нордијски правни систем из кога се „правном трансплантацијом“ проширила на већину савремених демократских земаља у којима је успостављен посебан орган чији је задатак да надзире рад управе и штити права грађана. То важи и за Републику Србију, која је положај овог органа одредила посебним законом 2005. године.

Првенствени задатак заштитника јавног интереса је да разматра притужбе на рад јавне управе и других јавних служби (електродистрибуције, железнице, полиције, затворске управе итд.), укључујући у извесној мери и рад судова, пошто се у неким земљама правно допушта његова иницијатива за покретање или обнову судског поступка. Али, омбудсман нема право на доношење одлука, што је важно истаћи, тј. нема наредбодавну власт као судови, иако има право да тражи увид у судске акте, да образложено саопшти своје критичке замерке итд. Такође, он располаже законодавном иницијативом као овлашћени предлагач, чинећи у оквиру своје надлежности предлоге за доношење или измену закона, разрешавање службеника, покретање судског или дисциплинског поступка итд.,²⁹⁸ чиме се додатно спречава појава незаконитих аката и омогућава њихово санкционисање због незаконитости.

296 *Ibid.*, 129.

297 Вид. М. Јовичић, *Омбудсман. Чувар законийности и ђрава ђрађана*, Београд 1969.

298 Вид. Р. Марковић, 631–635; D. Vrban, *Država i pravo*, Zagreb 2003, 105–106.

8. Санкције због незаконитости правних аката

Против незаконитих аката се изричу санкције којима се они уклањају. То се постиже *нишштавањем* судских и управних аката или *укидањем* правних послова, јер се сматра да незаконити судски или управни акти важе све док се не ставе ван снаге, док су незаконити правни послови од самог почетка без правних последица. На тај начин се бришу повреде правног поретка, поништавају противправне последице и спречава доношење нових незаконитих аката.²⁹⁹

У случају незаконитих нормативних правних аката се изричу санкције према тим актима. Оне имају за циљ повраћај у стање какво је постојало пре повреде законитости поништавањем правног акта и последица које је он произвео у правном поретку (реститутивне санкције).

У зависности од врсте незаконитости, прави се разлика између тежих и лакших повреда законитости. Теже повреде незаконитости санкционишу се тако што се правни акти проглашавају *ништивним*, што значи да је сваки државни орган дужан да по службеној дужности (*ex officio*) покрене поступак за њихово поништавање. Лакше повреде незаконитости санкционишу се тако што се правни акти проглашавају *рушљивим*, што значи да право оставља на вољу свим заинтересованим субјектима да траже санкционисање дотичног акта, односно да то не чине када сматрају да је за њих мање штетно да такав акт и даље важи.³⁰⁰

Између ништавности и рушљивости постоје јасне *разлике*. Ништаван правни акт не производи никаква правна дејства, док рушљив правни акт производи правна дејства све док не буде укинут, тј. важи док не буде нападнут. Исто тако, круг лица која могу да захтевају ништавност или рушљивост није исти – ништавност правног акта могу сви да нападају, док рушљивост могу да нападају само непосредно заинтересована лица. Такође, на ништавност неког акта се увек може позвати, а на рушљивост само у одређеном року, што значи да рушљив акт постаје перфектан истеком рока за његово оспоравање. Најзад, приликом ништења акта се укидају све правне последице, док је код рушења могуће да неке правне последице остану. Ипак, у оба случаја се сматра да такви незаконити акти не постоје.³⁰¹

299 Р. Лукић, 297–298.

300 *Ibidem*, 297.

301 В. Perić, 138–139.

У случају материјалних правних аката, примењују се ретрибутивне санкције. Оне имају за циљ одмазду над прекршиоцем, како би се спречило да се прекршај понови. Али, могу да се примене и реститутивне санкције. Оне се састоје у вршењу супротне радње из које се састоји незаконити акт, са циљем да се успостави стање које је постојало пре извршења незаконитог материјалног акта (нпр., када се незаконит акт састоји у неплаћању дуга, санкција се састоји у супротној радњи – наплати дуга).³⁰²

9. Правоснажност правних аката

У сваком правном поретку се предвиђају рокови до када мора да се оконча испитивање законитости аката. На основу тога се коначно зна да ли су такви акти законити. Исход поступка за испитивање законитости састоји се у томе што надлежни државни орган утврђује законитост акта (проглашава га законитим) или утврђује његову незаконитост (изриче санкцију против акта који је прогласио незаконитим). Зато се за правоснажност каже да представља својство које општи и појединачни правни акти стичу окончањем поступка за испитивање њихове законитости.³⁰³

Правоснажност представља коначно стање правних аката у погледу њихове законитости, јер правни акти више не могу да буду поништени редовним правним леком. Још виши степен правоснажности, када је то изузетно омогућено, постоји када се потврди законитост неког правног акта окончањем другостепеног поступка који је покренут улагањем ванредног правног лека (тзв. потврђена правоснажност). Дејство правоснажности се састоји у томе што стране у спору више не могу исти спор да износе на решавање пред надлежни државни орган, али и у томе што су сви државни органи везани правоснажно пресуђеним случајем. То значи да се правоснажним актима коначно, неопозиво и једном за свагда уклања спор око повреде права.

Правоснажност се односи на све опште и појединачне правне акте. Када је реч о правоснажности општих правних аката (извора права: устава, закона, колективних уговора итд.), чешће се користи израз „ступање на снагу“ него „правоснажност“. То је данак

302 Г. Вукадиновић, 145–147.

303 Р. Лукић, 298–299.

дуготрајној пракси која је учинила да у конвенционалном смислу не постане уобичајено да се каже како је устав или закон постао правоснажан или правно обавезан, што збиља јесте уобичајено за појединачне правне акте.³⁰⁴ Када је реч о правоснажности појединачних правних аката, а правоснажност се уобичајено односи на њих, ситуација је много јаснија.³⁰⁵

Главне или карактеристичне последице правоснажности састоје се у томе што утврђивањем правоснажности започиње поступак извршности. Тренутком правоснажности се такође оснажују начела *ne bis in idem* (дословно: не два пута о истој ствари) и *res iudicata* (дефинитивна одлука, коначно пресуђену ствар).³⁰⁶

Обично се сматра да од тренутка окончања поступка за утврђивање законитости правни акт постаје правоснажан, а од тренутка ступања на снагу извршан. Али, догађа се и да извршност правног акта, подржана материјалним радњама, настане пре правоснажности (нпр., решење пореског органа о обавези плаћања пореза је извршно пре него што постане правоснажно, иако грађанин има право на жалбу). Али, то још не значи да је такав правни акт збиља законит, већ само да претпоставка о његовој законитости (*йравна истиина*) више не може да се оспорава.

Поменута претпоставка под одређеним условима може да се исправи (коригује) коришћењем установа помиловања, аболиције и амнестије.³⁰⁷ За сва три средства се каже да представљају деривате „божанске праведности и милосрђа“, јер је најбоље оно право чија је правда зачињена милосрђем.

10. Ступање на снагу правних аката

Док правоснажност значи да акти више не могу да се поништавају због незаконитости, ступање на снагу значи да су субјекти обавезни да своје понашање ускладе са нормом од тренутка њеног ступања на снагу. Правило је да акти ступају на снагу одмах или убрзо после свог доношења. Али поступак за утврђивање њихове законитости може да буде покренут и после њиховог

304 B. Perić, 135.

305 N. Visković, 221.

306 B. Perić, 135–136.

307 N. Visković, 222–223.

доношења, што значи да у том случају акти ступају на снагу тек после утврђивања њихове правоснажности.³⁰⁸

Правило да акти ступају на снагу после свог доношења не примењује се исто када је реч о уставу, закону или подзаконским прописима.³⁰⁹

Устави по правилу ступају на снагу даном свог проглашења, што значи да се на њих не примењује институт *vacatio legis*.³¹⁰

Тренутак ступања на снагу закона одређује се на два начина: или сам закон на крају, обично у свом последњем члану, одређује када ступа на снагу, или је његово ступање на снагу одређено на општи начин уставом или посебним законом тако да закон не мора ни да садржи такву одредбу. Посебан проблем за одређивање тачног тренутка ступања на снагу представља *случај ауиенцичної тумачења закона*, због недоумице од кога тренутка тумачење закона дејствује: од тренутка ступања на снагу закона чије се одредбе тумаче или од тренутка ступања на снагу акта о тумачењу (*интерпретативної закона*). Друго решење је прихватљивије, али под условом да се оно односи само на део закона који је промењен актом о тумачењу. Сличан проблем са одређивањем тачног ступања на снагу закона постоји када закон садржи одредбе о повратној (ретроактивној) снази. Данас се у правној науци правило о забрани повратне снаге закона више не сматра апсолутним. Закони начелно не могу да имају повратно дејство, али изузетно повратно дејство може да се прида појединим одредбама закона када то захтева општи интерес утврђен приликом њиховог доношења.³¹¹

Поступак доношења *подзаконских прописи* најчешће није правно регулисан. Правило је да подзаконски прописи ступају на снагу даном свог објављивања, али постоје случајеви када они ступају на снагу као закони.³¹²

Најзад, у неким случајевима може да буде важно и када појединачни правни акти ступају на снагу. Сматра се да они ступају на снагу од тренутка свог доношења, с тим што су за сваку врсту аката разрађена посебна правила.

308 Р. Лукић, 299.

309 Вид. М. Јовичић, *Закон и законийостїи*, 157–180.

310 *Ibid.*, 158–159.

311 *Id.*, 159–178.

312 *Id.*, 178–180.

11. Извршност правних аката

Док ступање на снагу значи да је неки акт почео да важи, тј. да је постао саставни део позитивног права, извршност значи да су субјекти дужни да се понашају по акту од тренутка када су испуњени сви за то предвиђени услови.³¹³

Тренутак када акт постаје извршан не мора увек да се подудари са његовим ступањем на снагу. Извршност такође није истоветна ни са правоснажношћу, јер не мора да наступи заједно са њом. Неки акт може да буде правоснажан а да не буде извршан, али само изузетно акт може да буде извршан а да не буде правоснажан. Зато су извршни само појединачни акти који тачно предвиђају услове за своју извршност и тренутак њеног наступања (извршност у *ширем* смислу).

Извршност такође значи да је од тренутка њеног наступања односни државни орган овлашћен да примени принуду како би обезбедио да се односни субјекти понашају у складу са извршним актом (извршност у *ужем* смислу).³¹⁴ То се чини према посебним и подробно уређеним *извршним йосџуиџима* који се разликују према врстама аката (грађанскоправни, кривичноправни, управноправни итд.).

313 Р. Лукић, 299–300.

314 *Id.*, 300.

ТРЕЋИ ДЕО
ПОЛИТИЧКИ И ПРАВНИ
ОБЛИЦИ НАЧЕЛА
ЗАКОНИТОСТИ

I глава

ПРАВНИ ОБЛИЦИ ДРЖАВЕ

1. Учења о облику државе

Учења која се баве истраживањем облика државе представљају посебан део правне теорије државе. Она се често непрецизно називају теоријама државних облика. Али, пошто је држава предмет теоријског изучавања различитих наука, то и о облицима државе постоје различите посебне теорије (политичка, социолошка, функционалистичка, бихејвиористичка, реалистичка, институционална итд.). То је случај чак и када је „модерна политичка теорија у суштини равнодушна према појавним облицима политичке државе и владавине и када изучава државу као такву“.³¹⁵ Због тога је боље и прецизније користити назив правна теорија државних облика, како би се нагласило да се ради о посебној правној теорији која се бави истраживањем облика државе, а не о политичкој, социолошкој или некој другој теорији, укључујући ту и посебну државну теорију. Правна теорија државних облика, дакле, има задатак да пружи апстрактна основна и општа знања о облицима државе, а посебно да одговори на питања постоји ли идеални тип државе и који је облик државе најбољи.³¹⁶

Различите правне теорије о облицима државе садрже бројне класификације и типологије. То је повремено доводило до погрешног поистовећивања типологија са теоријама. Штавише, често су изрази „теорија“ и „тип“ коришћени као синоними. Па ипак, разлика је више него јасна, упркос томе што рад на класификацијама и типологијама представља неку врсту или део теоријског рада. Наиме, теорија државних облика представља систем међусобно

315 Љ. Тадић, *Наука о политици*, Београд (1988) 1996, 59.

316 Вид. М. Вебер, *Прирега и друштво*, I, 167; R. Heintze, *Gesammelte Abhandlungen*, I, Göttingen 1962, 124.

сређених и непротивречних исказа о облицима државе, док се типологије (таксономије) претежно односе на утврђивање формалних мерила за сређивање најразличитијих државних облика које треба разврстати пре давања било каквих формулисаних и употребљивих претпоставки. Очигледно, потпуну класификацију државних типова и облика није могуће саставити. Чак ни у најстаријим теоријама о облицима државе, познатим као учења о облицима власти, целовита класификација државних облика није се показала ништа више разумном од сличних класификација у биологији, физици или хемији. Таква целовита класификација није могућна због тога што живот државе није могуће обухватити и сместити ни у какву типологију. То не може да се постигне ни посебним класификацијама државних облика, што потврђују бројни мање-више неуспешни покушаји и примери.³¹⁷ Најзад, није могуће створити ни поуздане идеалне типове државе. Али, њихово стварање је корисно као мерило за критичко испитивање вредности актуелних облика државе

2. Одређивање идеалног и најбољег облика државе – владавина људи или владавина права

Од питања шта је државни облик, сложеније је питање који је облик државе идеалан, а који најбољи? То питање се своди на друго, слично питање: који је облик владавине бољи – владавина људи или владавина права? Изгледа да је неизменично давање различитих одговора окончано тек у другој половини XIX века у корист владавине права. На тој основи је постављено разликовање државе безакоња и законске држава од правне државе, односно државе владавине права.

На питање који је облик државе идеалан, први је одговорио *Платон*, антички филозоф-идеалиста. Као млад човек, он је изложио учење по коме је идеална она држава на чијем је челу владар-филозоф.³¹⁸ Иако су неславно пропали сви његови покушаји да уреди државу према свом учењу, Платон није променио своје интересовање, већ учење, по коме уместо људи треба да владају закони. Према њему, *идеална* је она држава у којој „владају они

317 Вид. К. von Beyme, *Suvremene političke teorije*, Zagreb 1976, 147, 149–150.

318 Вид. Платон, *Држава*, Београд 1969, IV, 7.

закони који у највишем могућем степену стварају потпуно јединство у држави“.³¹⁹ Такву идеалну државу у којој власт врше најзаслужнији, најмудрији, најспособнији: речју, најбољи, Платон назива *меријокраџија*. Али, први прави покушај систематског разврставања државних облика и утврђивања који је облик државе најбољи – а не који је облик идеалан – учинио је *Аристотел*. Полазећи од предности форме (облика) над материјом, Аристотел је закључио да облик државе има предност над њеном материјом. Међутим, он под формом није сматрао спољашњи или покретачки облик предмета (*causa efficiens*), као што се данас чини, већ стваралачко начело које образује предмет (*causa formalis*), као што су чинили његови ученици и касније средњовековни схоластичари, све до Готфрида Лајбница (*Gottfried Wilhelm Leibniz*). Форма је активна и због тога је важнија, док је материја трема и мање важна. Због тога је облик државе, тј. њена власт, важнији од њене материје (територије и становништва). Ко има власт, тај територију и становништво претвара у државу.³²⁰ Аристотел је затим разврстао државе према облику њихове власти, узевши за основ своје класификације два мерила: разлог због кога се управља државом и број лица која управљају државом. Према првом мерилу, државе се деле на нормалне (добре, ваљане) и изопачене (лоше), зависно од тога да ли се власт врши због општег добра или сопствене користи. Ако се државама влада због општег добра, такве државе су нормалне. У противном, оне су изопачене. Према другом мерилу, нормалне и изопачене државе се међусобно разликују према томе да ли влада један, неколицина или већина. Када влада један, реч је о монархији или тираниди. Када влада неколицина, реч је о аристократији или олигархији. Када, пак, влада већина, реч је о политеји или демократији.³²¹ Аристотел је у нормалне облике државе убрајао монархију (краљевство, басилеју), аристократију и политеју, а у изопачене и покварене облике тираниду, олигархију и демократију. Према њему, монархија која има у виду опште интересе назива се басилејом (краљевством), а аристократијом власт малог броја људи: најбољих или зато што је усмерена ка највећем добру државе и њених становника. Али, када већина управља државом у општем интересу, таква држава се назива политејом (именом заједничким за сва уређења). Одступање од

319 Платон, *Закони*, Београд 1990, 181.

320 Вид. Аристотел, *Политика*, Београд 1975.

321 Вид. Е. Спекторски, *Историја социјалне филозофије*, Београд (Подгорица) 1997, 62, 64 и *Држава и њен животи*, Београд 2000, 85.

наведених нормалних облика представљају: тиранида од басилеје, олигархија од аристократије и демократија од политеје. Тиранида је монархија која има у виду само интересе монарха, олигархија интересе богаташа, а демократија интересе сиромаша. Ниједна од њих нема у виду опште интересе.³²² Уз то, демократија не представља републику (*res publicum*), него буквално владу демоса која не тежи општем добру.³²³

Дуго времена после Аристотела његова класификација једнообразних држава према броју лица која владају је сматрана једино тачном, због чега је навођена у уџбеницима. Па ипак, и она је доживела извесне промене. Најпре су поменути класификацију допунили *Полибије (Polybios)* и *Цицерон*, уносећи у постојећу поделу мешовит државни облик који су сматрали најсавршенијим јер је у себи сједињавао сва три облика. Тај облик, уверавали су, јесте баш римска република. У њој се монархија огледа у конзулској власти, аристократија у сенату, а политика у народној скупштини (комицији).³²⁴ Уз римски додатак мешовитог облика коме одговара римска република, Аристотелова класификација је представљала мерило како за средњовековну теократију, тако и за феудални империјализам, апсолутизам и конституционализам. На тој основи су настале теорије о облицима државе у чијем је средишту однос цркве и државе.

Најпознатија је *теорија симфоније* (склада између цркве и државе), која је први пут одређена у шестој новели Јустинијановог (*Justinianus I*) *Corpus iuris civilis*-а 535. године, а затим општеприхваћена у целом РOMEЈСКОМ царству. Њена суштина састојала се у следећем: у међусобном односу цркве и државе постоје два

322 Е. Спекторски, *Историја социјалне филозофије*, 65.

323 *Ibid.*, 156. Исто неповерење према демократији давно је показивао Сократ. По њему, „демократија ће платити зато што ће покушати да одговара свима. Сиромаси ће штети иметак богатих. А демократија ће им дати. Млади ће штети да буду уважавани као стари, жене ће штети да буду као мушкарци, странци ће штети права староседелаца. А демократија ће им то дати. Лопови и преваранти ће штети важне државне функције. А демократија ће им то дати. А када лопови и преваранти коначно демократски преузму власт јер криминалци и злочинци желе моћ, настаће гора тиранија него у време било које монархије или олигархије“. Од тада се ништа није променило, осим технологије. Према Слободану Јовановићу, свака савремена демократска или аутократска држава је увек „држава масе“. Вид. С. Јовановић, *О држави. Основи једне њравне теорије*, у: *Сабрана дела Слободана Јовановића*, том 8, Београд 1990, 504–509.

324 Е. Спекторски, 74. Вид. Т. Ливије, *Историја Рима од оснивања града*, Београд 1991.

крајње неприродна стања. То су *цезаропапизам*, када је владар врховна власт у цркви и држави, и *папоцезаризам*, када духовни поглавар има и духовну и државну власт. Пошто су оба стања неприродна за цркву и државу, а штетна за друштвену заједницу, најбоље је да постоје две власти: црквена и државна, попут два круга који се међусобно секу, чинећи три области: чисто црквену, чисто државну и заједничку. Зато је најбољи онај облик државе у коме постоји симфонија.³²⁵ Многи савремени правни писци и историчари, добрим делом захваљујући управо теорији симфоније, закључили су како је већ у Јустинијановом законуку записан модеран појам владавине права (Улрих Бек /*Ulrich Beck*/).

Почев од XV века, учења о облицима државе су више прилагођавана потребама конкретних историјских друштава него што су у правом смислу речи даље развијана у духу Аристотеловог учења. Изузетак представљају утопијска учења о идеалном друштву и држави. На пример, Џон Фортескју (*John Fortescue*) је већ у XV веку дефинисао Енглеску као спој Аристотелове политеје и монархије (*dominium politicum et regale*), док је у XVII веку Самуел Пуфендорф (*Samuel Puffendorf*) тзв. „Свето римско царство“ прогласио политичком наказом, јер није спадало ни у један Аристотелов облик државе. У истом XVII веку, Томас Хобс је упростио Аристотелову класификацију држава одбацивањем изопачених облика, јер је сваки облик државе природан, тј. нормалан, самим тим што постоји.³²⁶

Аристотелово учење да облик државе ствара и мења њену материју, дозвољава да се закључи како у држави нема успореног развоја, да се државни облици мењају нагло, на мах, и то тако да се свака нормална држава на крају претвара у изопачену. Такво схватање је владало и у XVIII веку. Ипак, када је вера упала у рационализам, свет се окренуо емпиријском знању.³²⁷ И управо је у XVIII веку теорија државних облика знатно промењена, а са њом и схватање о најбољем облику државе. То је сасвим видљиво у радовима Џона Лока, Жан-Жак Русоа, Шарла Монтескјеа, Имануела Канта и других припадника уговорних-природноправних теорија.

Према Џону Локу, облик државе зависи од уређења врховне власти, а то је законодавна власт. Пошто не може да се замисли да нижа власт заповеда вишој или да нека друга власт осим врховне доноси законе, Лок је закључио да облици државе зависе од

325 Д. Перић, *Црквено право*, Београд 1997, 165–167.

326 Вид. Е. Спекторски, *Држава и њен животи*, 86.

327 Вид. Е. Спекторски, *Историја социјалне филозофије*, 65–66.

тога како је уређена власт доношења закона. Због тога постоје три главна облика: демократија, олигархија и монархија. Демократија, и то „савршена“ како је истицао, постоји када друштвена већина употреби целокупну власт да повремено доноси законе за заједницу и да извршава те законе. Олигархија постоји када се власт доношења закона предаје у руке неколицини изабраних људи и њиховим наследницима или следбеницима, а монархија када се власт доношења закона предаје у руке једном човеку. Монархија је сталешка када се власт предаје једном човеку и његовим наследницима, а изборна када се после смрти старог монарха власт враћа већини да изнова изабере новог монарха.³²⁸

И Жан-Жак Русо је у своје учење увео три главна облика државе (владавине). То су демократија, аристократија и монархија. Када суверен завешта власт целом народу или највећем делу народа, тако да има више грађана-магистрата него обичних грађана, такав се облик државе назива демократија. Када суверен ограничи власт на мали број људи, тако да има више обичних грађана него магистрата, реч је о аристократији. И коначно, када се сва власт усредсреди у рукама једног јединог магистрата, док сви други подржавају такву власт, тада се ради о монархији (краљевској влади). Очигледно, за Русоа је идеална она држава у којој би појединци, задовољивши се да одобре законе, установили уважене трибунале и „бирани из године у годину најспособније и најнепорочније од својих суграђана“ да деле правду и владају државом. У таквој држави, неспоразуми који би могли да поремете јавну слогу, чак и у случају сукоба, могли би да се уклоне „доказима умерености, узајамног уважавања и заједничким поштовањем закона, тим знамењима и јемствима искреног и трајног измирења“. Али, сваки напредак друштва је „исто толико корак према усавршавању појединца колико и према оронулости врсте“, због чега је тиранија она крајња тачка у којој се неједнакост преобраћа у једнакост друштвеног уговора.³²⁹ С друге стране, истицао је Русо, „Одувек се много расправљало о најбољем облику владавине, при чему се није узимало у обзир да је сваки од њих најбољи у одређеном случају, а најгори у неком другом“. Следи ли се развој неједнакости кроз њене промене, откриће се да је први исказ неједнакости било „установљавање закона и права власништва, други успостављање магистратуре, а трећи и последњи претварање

328 Вид. Ц. Лок, *Две расправе о влади*, II, 75–82, 122–123.

329 Вид. *Ž.-Ž. Rousseau, Rasprava o poreklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, 18–19, 56, 67–69.

законите власти у самовлашће“. Због тога деспотизам представља крајњи облик неједнакости и његов коначан ступањ. У деспотизму, сматрао је Русо, сви појединци постају „поново једнаки“, јер „више нису ништа“, и „једина врлина која преостаје робовима јесте слепа послушност“.³³⁰

И Шарл Монтеѕкје, као Лок и Русо, тројако је разврставао главне државне облике. То су републиканска, монархијска и деспотска владавина, пошто је Монтеѕкје у своју класификацију унео деспотију уместо Аристотелове тираније. Републиканска владавина постоји када цео народ или само један његов део има суверену власт, монархијска када само један влада помоћу устаљених и установљених закона, а деспотска када „само један влада без закона и правила према својој вољи и хировима“.³³¹ Такође, поделио је државне облике на умерене и самовољне. Република и монархија су умерени облици, док је деспотија неумерена. Нарочито је Енглеску сматрао узорном државом, у којој је грађанска слобода обезбеђена поделом власти. Тиме је поставио научни темељ подели држава на уставне и неуставне. Међутим, и Монтеѕкје је делио заблуду својих претходника када је тврдио да се државе не развијају, тј. да остају непромењене или да се изопачују. То је сасвим супротно схватању које је владало на почетку XIX века.

Немачки филозоф Имануел Кант је још више од Монтеѕкје истакао поделу држава на уставне и неуставне. Он је правио разлику између облика владавине (*forma imperii*) и облика управљања (*forma regimnis*). Облици владавине су аутократија, аристократија и демократија, а облици управљања република и деспотија, зависно од тога да ли је у држави законодавна власт одвојена од извршне. По Канту, свака држава садржи три главне врсте власти сједињених у њеној трострукој личности: законодавну (суверену власт, *legislatoris*), извршну (владар, *summi rectoris*) и правосудну (судија, *supremi iudicis*). Све три државне власти су важне за образовање државе. Прва је неоспорива, друга неодржива, а трећа непроменљива. Оне су координиране (*complementum ad sufficientiam*), јер допуњавају једна другу и међусобно су подређене једна другој (*subordinatae*), јер ниједна не може да узурпира власт друге. Кант је у тој чињеници пронашао суштину уставне државе.³³²

Учвршћивањем грађанских уставних држава у XIX веку, трихотомне поделе на монархије, аристократије и републике су у знат-

330 *Ibid.*, 132–133.

331 Ш. Монтеѕкје, *О духу закона*, I, 18.

332 Вид. И. Кант, *Метафизика ћудоређа*, Сарајево 1967, 119, 122.

ној мери изгубиле свој првобитни значај. Ипак, и данас се истиче да се савремена парламентарна монархија у Енглеској знатно разликује од некадашњих и савремених монархија са поделом власти, као и да је краљевска власт свуда где постоји смањена у толикој мери да краљ влада (као поглавар) али не управља (као шеф државе). У ствари, краљевска власт је толико формално смањена (као што је случај у Енглеској, Шпанији, Белгији, Холандији или Шведској), да се пре ради о „крунисаним републикама“ него о „правим монархијама“. С друге стране, власт председника САД, као што се понекад каже, надмашује власт „римског папе и руског цара“.³³³ Зато су корисније класификације и типологије које се заснивају на начелима државног уређења, тј. подели власти, парламентаризму или непосредној демократији.

Током XX, као и на самом почетку XXI века, истраживање, класификовање и стварање типологија државних облика смештено је у шире друштвене оквире. То је било доба када су социолошке и политиколошке дисциплине преузеле од правних наука првенство у њиховом истраживању. На тај начин су у друштвеним наукама настале нове типологије, засноване на историјским и неисторијским типовима државе и аналогијама са њиховим политичким облицима.

Када је реч о историјским типовима државе, почев од Огиста Конта (*Auguste Comte*), у развоју државе се уочава фаза њеног теолошког утицаја која се разликује од фазе њеног метафизичког и позитивистичког утицаја. Почев од Херберта Спенсера (*Herbert Spencer*), Луиса Моргана (*Lewis Henry Morgan*), Хенрија Мејна (*Henry James Sumner Maine*) и Емила Диркема (*Emile Durkheim*), историјски типови државе се деле на ратничко и индустријско друштво, на дивљаштво, варварство и цивилизацију, или се за њихово разврставање одлучујућом сматра разлика између механичке и органске солидарности. Прва и друга врста историјских типова се заснива на положају, а трећа на уговору. Када је реч о неисторијским типовима државе, Макс Вебер је разликовао харизматску и традиционалну од рационалне власти, јер савремене државе рационализују право, а право државу, док је Макс Шелер (*Max Scheler*) у држави као културолошкој појави уочавао фазе „искупљујућег“ знања које раздваја од фаза образовног и делотворног знања.

Када је, пак, реч о аналогијама државе са њеним политичким облицима, којима се баве модерна учења о политичким системима

333 Е. Спекторски, *Држава и њен животи*, Београд 1933 (2000), 133.

(почев од Шарла Монтескјеа до Клауса фон Бејмеа /*Klaus von Beume*/), прави се разлика између „тоталитарне диктатуре“, „система земаља у развоју“ и „система репрезентативних демократија“ (Франц Нојман /*Franz Neuman*/, Морис Диверже /*Maurice Duverger*/, Дејвид Аптер /*David Ernest Apter*/, Габриел Олмонд /*Gabriel A. Almond*/). Георгије Острогорски је, говорећи о типовима партија, државне облике је разликовао према томе да ли се ради о „слободним лигама“ или „дисциплинованим партијским машинама“.³³⁴

Државе и данас могу да се разврстају према мерилима која су некада сматрана одлучујућим. Њихово коришћење или комбиновање омогућава да се класификације изведу према квантитативном саставу владања, степену обезбеђења заједничког добра, зајемченим индивидуалним слободама, разлици у културном стању и саставу друштвених елемената или на неке друге начине.³³⁵ Ипак, идеалан облик државе и даље представља Платонова *меријокрајија*, а најбољи Аристотелова политеја као нека врста *владавине права*. Таквој идеалној и најбољој држави супротни су *клејјокрајија* и *јајјокрајија*, изрази који се користе у савременој правној и политичкој литератури за означавање најгорих држава.

Када је реч о другом питању: да ли је боља владавина људи или владавина права, данас се сматра да је најбоља, а не идеална, владавина права која обезбеђује поштовање људских слобода и права. Захваљујући томе, „Слободан човек слуша, а не служи. Он има шефове, али нема господара. Он слуша само законе. Захваљујући законима он се покорава људима“.³³⁶

3. Појам правног облика државе

Ако се под правним обликом сматра све оно што право додаје обичној, неправној стварности како би је претворило у правну стварност, тада све оно што право додаје држави, претварајући је у правну организацију, чини правни облик државе. Такав правни облик државе треба разликовати од правног облика самог права (државног и друштвеног) иако им је циљ исти – да се остварују,

334 К. von Beume, 149–150.

335 Ђ. Пођи, у: *Политичка теорија Слободана Јовановића*, Београд 1996, 46 и даље.

336 Ж.-Ж. Русо, *Друштвени уговор*, Београд 1974, 9.

да владају преко „правне“ стварности „правом“ стварношћу, тј. да производе последице којих не би било да њих нема.³³⁷

Правни облик државе треба разликовати од облика државе који означавају састав и функционисање државних органа међусобно и њихове везе са народом.³³⁸ У том случају, ради се о државним облицима (државе). Поменута разлика се може направити јер у случају државног облика право има пасивну улогу, оно само изражава односне друштвене узроке, чињенице и околности који му претходе и одређују какав ће бити облик државе, тј. њен државни облик. У случају правног облика државе, право је то које је активно и које држави даје одговарајући правни облик. Треба истаћи да тај обострани утицај ипак није једнак, јер снага утицаја права на државу није изворна већ изведена из снаге коју праву најчешће даје управо држава, а у мањој мери друштво. У противном, морало би додатно да се размотри одакле важећем праву снага независна од снаге коју му прибавља државна власт. Одговор би могао да се пронађе у снази која потиче од здружене и сагласне воље народа, као што је својевремено истицао Жан-Жак Русо говорећи о склапању друштвеног споразума и његовим последицама. Дакле, треба разликовати државне облике државе од правних облика државе. Први су резултат деловања друштвених узрока на државу као друштвену појаву, а други резултат деловања права на државу.

Правни облици државе нису исти ни теоријски, ни историјски. Може се запазити да је сваки правни облик државе прилагођен особеностима конкретне државе, као и да правни облици имају релативно независно кретање у односу на друштвени карактер и садржај државе, што значи да иста држава може да мења своје правне облике.³³⁹ Али, у том смењивању има „скривеног“ реда. Држава безакоња или незаконска држава односи се готово без изузетака на све државе до грађанских револуција у XVI и XVIII веку. Законска држава је карактеристична за крај XVIII и скоро цео XIX век. Правна држава се сусреће тек последњих деценија XIX века и данас постоји. Од средине XX века сматрало се да су правна држава и владавина права исто будући да између њих нема значајнијих разлика.³⁴⁰ Упркос реченом, може се запазити да

337 Р. Лукић, *Методологија права*, Београд 1977, 203.

338 Р. Лукић, *Увод у право*, 131–132.

339 Вид. С. Врачар, „Право као компонента политике“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1, Београд 1984. и „Правно обликовање политике“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1, Београд 1985.

340 Упор. В. Вуксановић, *О појму правној порејка и државе*, Београд 1931; Д. Аранђеловић, *Принципи државној уређења у скорој прошлости и са-*

тамо, где је уместо демократије аутократија, уместо поделе власти њено јединство оличено у личности владара, уместо рационалне државе са функционалном бирократијом свемоћна држава са неодговорном бирократијом – да је тамо држава безакоња (*No-Law State*); да тамо, где је власт подељена а управа подређена, иако не потпуно обавезана законима – да тамо постоји законска држава (*Lawful State*); да тамо, где је уместо аутократије демократија, уместо јединства власти њена подела, уместо етатизма и бирократизма рационална држава са функционалном бирократијом и политичком одговорношћу носилаца јавне власти – да тамо постоји правна држава (*Rechtsstaat*), односно држава владавине права (*Rule of Law*).³⁴¹

Наведена разлика, унеколико осавремењена парафраза Платонових размишљања у „Законима“, није никакав рецепт за стварање правне државе, јер су сви облици подложни кварењу. Али, без наведених услова тешко може да се замисли било који други правни облик државе. Такође, не може да се изрази ни очигледна разлика између историјских и садашњих правних облика државе. То у истој мери важи за постојеће облике државе.

4. Држава безакоња (*No-Law State*)

У држави безакоња право и закон постоје, али не обавезују суверена; постоје право и закони, али је воља владара изван и изнад њих. Владар је тај који одређује шта је законито, а шта не. У држави са законима право и законитост немају једнако обавезујућу снагу и схватају се као корективно средство начела целисходности.

Такав однос државе, права и начела законитости представљао је појаву која је била присутна у порецима и системима права све до грађанске државе тзв. старијег либерализма. Најјасније је испољен у државама Старог века и позним средњовековним државама просвећеног апсолутизма, иако се већ тада размишљало о бољим облицима. На пример, већ је у античкој политичкој и правној мисли уобличена замисао правне државе, иако су та-

дашњости, Београд 1935; Б. С. Марковић, „Оглед о принципима демократије“, *Правна мисао*, 9–10, Београд 1936; М. Ч. Марковић, *Правна држава*, Београд, 1939.

341 Вид. А. Allott, *The limits of Law*, London 1980, 237–259.

дашњи пореци били све само не налик на правну државу. То нарочито важи за атински полис, који се тако радо помиње као леп пример из давне прошлости. Међутим, његово демократско устројство је располагало свим одликама аутократског режима, јер су се слободе и права односили само на слободне грађане, дакле, на мањину, и то само на „политес“ (грађане који су учествовали у јавном животу) а не и на „идиотес“ (грађане који су одбијали да учествују). Други такав пример, држава просвећеног апсолутизма, такође припада правном облику државе безакоња. Заједничка јој је опширност државних задатака, свеприсутност државне силе, строга централизација државног апарата, строга хијерархија у поретку државе и друштва, укидање посредништва између власти и народа и непосредан однос владара према поданицима, моћна и неодговорна управа, подређено и контролисано судство.³⁴² Задатак је владара, а не права и закона, да „усрећи“ своје поданике. Владар се радо назива „првим слугом државе“, иако су држава и право зависни од његове (само)воље.

У оба наведена примера, држава безакоња представља такав правни облик који треба да обезбеди аутократску власт мањине у друштву. Не треба много маште да се наведена својства безаконске државе препознају у савременим аутократијама. Њихова је значајна особеност привидно усвајање и истицање демократских облика, а не њихово формално одбацивање. Тиме се прикрива левијатанско обличје таквих поредака. Рафинирани начини контроле и утицаја, као и могућност стварања јавног мњења и анимирања маса, омогућавају властима у таквим државама да присвоје вршење чак и оних послова који су традиционално припадали породици, грађанима и њиховим удружењима. У њима право постаје средство манипулације, а не регулације. Радо истицана једнакост у погледу уживања грађанских и људских слобода и права у таквим „демократијама“ постаје непресушан извор надахнућа званичне пропаганде. Она се може описати речима Џорџа Орвела (*George Orwell*) из његовог романа *Животињска фарма*: „Све су животиње једнаке, али неке животиње су једнакије од других“.

У држави безакоња утицај права на државу је незнатан, јер је право ствар процене суверена или елите у државном апарату и његовом окружењу. У таквој држави постоји право, али се оно не односи на његове творце или се не односи на све једнако. За једне је такво право повластица, а за друге обавеза. У држави безакоња

342 Д. Аранђеловић, *Принципи државног уређења у скорој прошлости и садашњости*, 6–7.

постоји правна организација, али нема једнаке правне обавезности ни одговорности. У њој постоје закони, али нема законитости. У држави безакоња утицај права на државу је најмањи.

5. Законска држава (*Lawful State*)

Везивање државе за право и законе обезбеђено је тек у законској држави тзв. млађег либерализма. До тога је дошло успостављањем и сређивањем политичке власти у младим грађанским државама. Декларације, повеље и уставы у којима се прокламују и гарантују демократски срочене грађанске слободе и права били су израз новог друштвеног усмерења. Посебно место у тим политичко-правним документима припада човеку као грађанину, а не као поданику, као субјекту, а не као објекту права. У свим програмским документима из тог доба истичу се једнакост грађана пред законом и потреба да се другачије уреди њихов однос са државном влашћу. Решење је пронађено у уздизању уставног положаја парламента и стављању управе под законе. Поменуте промене представљале су полазну основу за настанак законске државе. Њима је раскинуто са праксом полицијске државе просвећеног (или не) апсолутистичког типа.

До наведених промена није дошло одједном. Започели су их грађански мислиоци позног средњег века. То драгоцено духовно наслеђе потоњи правни и политички писци су даље разрађивали и уносили у позитивно право. Позитивизацији главних теоријских идеја нарочито су допринеле присталице тзв. егзегетичке правне школе, од којих су многи учествовали у изради Code Civil-a из 1804. или Code Napoleon-a из 1811. године у Француској. Наведеним и сличним правним документима је постепено уобличаван појам законске државе. У њеном средишту се налазио проблем изналагања одговарајућих средстава за ограничавање слободног деловања управе и успостављање независног судства. На пример, док је у полицијској држави управа била невезана законима, у законској држави је везана законима и одговара за свој рад. Док је у полицијској држави власт управног органа сматрана средством за постизање постављеног циља, у законској држави је власт управног органа сматрана средством за „постизање извесног циља који је предвиђен правним поретком“.³⁴³ То је постигнуто тако

343 М. Ч. Марковић, *Правна држава*, 22.

што је контрола над радом извршне и управне власти додатно ојачана увођењем уставно-судске контроле, установе управног спора и предузимањем на закону заснованих процесуалних и материјалних радњи за примену закона. Али, ни законска држава није могла да спречи две крајности у вези са радом извршне и управне власти: једанпут управу са широким овлашћењима у закону, а други пут управу ограничену више него што је то захтевала природа послова који су јој стављени у задатак.³⁴⁴ Ова значајна околност натерала је бројне писце не само да разликују законску државу од правне државе која је била на помолу, већ и да законску државу прогласе „шупљом законском формом“.³⁴⁵

Таква оцена законске државе проистекла је највише из неједначене праксе тадашњих поредака и произведених штетних последица. Као што је поменуто, или преобимност, или преускост у одређивању нормативно утврђеног делокруга рада управних органа, довели су до тога да управа задржи или поново освоји просторе које је својим радом неосновано запосела и злоупотребила. Последично, то је наудило самој идеји законске државе. Таква промена је неке писце навела на помисао да садржина материјалног појма законске државе може да се прошири и на чисто аутократске режиме владања, што је такође било супротно основним идејама и улози намењеној законској држави. Најзад, разлог пропасти законске државе треба тражити у немоћи законске државе да одговори очекивањима која су у њу од самог почетка полагана, као и у очигледном раскораку између проглашеног и оствареног учинка у пракси.

Упркос недостацима, у несумњиве домете законске државе свакако спадају следеће тековине: појединци постају грађани; постављају се савремена демократска начела, као што су правна једнакост и сигурност; снажно је истакнут општеобавезни карактер закона и значај законитости; другачије је уређен однос између основних облика државне власти, с тим што је у систему поделе власти нарочито истакнут демократски карактер парламента, подређеност управе законима и независност судова. Све је то представљало драгоцену основу за важне друштвене промене захваљујући којима је затим настала правна држава као савременији и по много чему оригиналнији и успешнији облик контролисања државне власти правом.

344 I. Krbek, 16 и даље.

345 Вид. R. Bonard, *Précis élémentaire du droit administratif*; Anschütz, *Encyklopädie Holtzendorf – Kohler*, 4, 1936.

6. Правна држава (*Rechtsstaat*) – владавина права (*Rule of Law*)

Правна држава је настала на позитивним тековинама законске државе, али се од законске државе разликује према облику, садржају, циљевима и друштвеним (политичким и цивилизацијско-културним) домашајима.

Сматра се да је појам правне државе на систематски и модеран начин први изложио Кант, иако правна држава као идеја и као потреба није била непозната другим писцима, Кантовим савременицима или претечама и творцима првих модерних политичко-правних докуманата (Жан-Жак Русоу, Јохану Готлибу Фихтеу, творцима и састављачима Декларације о правима човека и грађанина из 1789. године итд.). Према Канту, грађанин у држави има следеће атрибуте: законску слободу, грађанску једнакост и грађанску самосталност. Законска слобода се састоји у могућности грађанина да примењује само оне законе за које је дао свој пристанак; грађанска једнакост у реципроцитету воља; грађанска самосталност у могућности грађанина да свој положај црпе из закона, а не из (само)воље другог.³⁴⁶ Исту ту идеју је на једноставнији начин саопштио Вилијам Хезлит (*William Hazlit*), председавајући оба дома енглеског парламента 1826. године, следећим речима: „Да је човечанство желело правду, одавно је могло да је има“.³⁴⁷ Пошто то очигледно није био случај, људи су створили правну државу којом су правду као вредност заменили вредношћу правне државе. На тај начин је учињено мало, јер је једна општељудска вредност замењена другом правном вредношћу. Али, учињено је и много, јер је у људске односе унета ослобађајућа идеја о општој правној једнакости, сигурности и предвидљивости.

Ни у некадашњој устанничкој Србији, у Кантово време, треба истаћи, није била непозната идеја правне државе. У својој приступној беседи коју је припремио уочи одржавања седнице Правитељствујушћег совјета сербског у Београду 1811. године, тадашњи секретар Совјета, Божидар Грујовић, истиче мисао која због своје лепоте може да пореди са Платоновим запажањима у „Законима“: „Гди је добра конституција, тј. гди је добро уређена власт под законом, ту је слобода, ту је вољност, а гди један или више по својој

346 И. Кант, *Метафизика њугоређа*, Сарајево 1967, 32, 119.

347 V. Hazlit, *The Plain Speaker* (1826): „If mankind had wished for what is right, they might have it long ago“. *Velika enciklopedija aforizama*, Zagreb 1977, 535, т. 5012.

вољи заповедају, закон не слушају, но оно што хоће чине: ту је умрео вилајет, ту нема слободе, нема сигурности, нема добра, већ је онде пуштаилук и ајдуклук, само под другим именом“. Закон и његово поштовање су за Божидача Грујовића „воља вилајетска која вилајету цјелом и сваком добру заповеда а зло запречава“. Закон је „први господар и судија вилајету... Под законом мораду и господари, и поглавари и Совјет правитељствујушчи (обшча канцеларија), и свјашченство, и воинство, сав народ бити; и то под једним и тим истим законом“. ³⁴⁸ Та идеја је актуелна и данас, више од двеста година касније, али не зато што је оригинална или нова, већ зато што још није довољно уврежена у свести и пракси. ³⁴⁹

Од тада до данас, идеја правне државе је испробавана и мењана, али никад није напуштана. У идеји правне државе садржано је схватање о владавини права, а не закона. То значи да основно начело правне државе треба да буде да правна правила, која су једном донета и све док важе, имају једнаку обавезну снагу како за оне који управљају тако и за оне којима се управља. ³⁵⁰ Тиме се у једно спајају две важне идеје правне државе: идеја о омпотенцији, тј. свеопштој обавезности и владавини правне норме (која свој оригиналан облик добија у теорији о самообавезивању суверена) и идеја о садржини правне државе која се концентрише у различитим схватањима о карактеру правне државе, њеним искуствима и донетима. Прва идеја је важна за одређивање формалног појма правне државе, а друга за одређивање њеног материјалног појма.

Правна држава у формалном смислу представља правни облик у коме су сви једнако обавезани правом, тј. у коме постоји

348 Нав. према: М. Ђорђевић, „Уставни развитак Србије у Првом српском устанку“, у: *Зборник радова о судству и законности у Првом српском устанку*, Београд 1979, 31–32.

349 М. Ђорђевић, „Уставни развитак Србије у Првом српском устанку“, у: *Зборник радова о судству и законности у Првом српском устанку*, Београд 1979, 31–32. Вид. М. Ч. Марковић, *Правна држава*, Београд 1939; Р. Лукић, *Уставности и законности у Југославији*, Београд 1966; зборнике радова *О судству и законности у Првом српском устанку и 150. година од доношења Сремској уставу*, Крагујевац 1985; *Правна држава, људска права и владавина права*, Београд 1989; *Правна држава – порекло и будућности једне идеје*, Београд 1991; Б. С. Марковић, *О праведном праву*, Нови Сад 1993; Г. Вукадиновић, *Правна држава*, Нови Сад 1995; Д. Митровић, *Начело законности – појам, садржина, облици*, Београд 1996; *Уставности и владавина права*, зборник радова, Београд 2000; З. Жеж, *Принципи демократске правне државе*, докторски рад, Нови Сад 2002.

350 I. Krbeč, 18.

омнипотенција (господство, владавина) права. О томе Рудолф Јеринг у својој књизи *Циљ у праву* каже: „Повињавање закону је прва врлина судијина“, иако и сам увиђа да је потпуну независност судова немогуће „обезбедити и остварити у класном друштву, у коме, уместо правила ‚апсолутне правде‘, постоје правна правила одређене владајуће класе“.³⁵¹ Законитост је, закључује Јеринг, „благо за које као и за свако друго благо вреди да се боримо ако желимо његову корист, иако морамо да се помиримо са његовим злоупотребама“.³⁵² Формални појам правне државе на сличан начин одређују и други писци, почевши од Пола Лабанда и Карла Лутолда (*Karl Edwin Leuthold*), према којима је правна само она држава у којој постоји изграђен систем правних норми, независно судство, законодавац који суверено доноси законе и управа која се у свом раду руководи начелом законитости. Писци се, такође, слажу да правна правила, када су једном постављена, траже „строги и доследни режим правних норми“. За Герхарда Аншуца (*Gerhard Anschütz*), то је нарочита сврха начела законитости, док је за Георга Јелинека правна само она држава „где је баш сама управа сведена на строги правни поредак и где се ова начелно руководи правним нормама као и судство“.³⁵³ Штавише, „подвести управу под правни поредак и развити је као строго правну појаву не значи само завести господство правне норме (начело законитости управе), него укључује и друге идеје, а нарочито деловање управе посредством формалног управног акта који је корелат судској пресуди, као и спровођење судске контроле“.³⁵⁴

Док међу правним писцима постоји сагласност око одређивања формалног појма правне државе, то није случај са њеним садржинским, материјалним појмом. Писци који предност дају формалном појму правне државе, тј. омнипотенцији правне норме, најчешће истичу да правна држава није везана обимом државне интервенције. То би значило да правна држава може да постоји једнако у демократским и аутократским политичким режимима. У тој тврдњи има истине, јер је (нпр.) Аустро-Угарска монархија збиља била правна држава, али бирократска. Суштина њиховог схватања је у следећем: за правну државу је важна само идеја опште нормативности, док садржина правне државе није

351 Р. Јеринг, *Циљ у праву*, II, Београд 1894, 292, 382.

352 *Ibid.*, 382.

353 Вид. Anschütz, *Encyklopädie Holtzendorf-Kohler*, 87; Г. Јелинек, *Управно право*, I, Београд 1927, 79.

354 Г. Јелинек, 79.

толико важна јер се може променити. Други правни писци су истицали супротно: да је за правну државу важна садржина, тј. да правна држава не може да постоји само као формални појам и облик. Сматрали су да је управо садржина правне државе поуздано мерило за њено раздвајање од аутократских облика државе безакоња и законске државе као прелазног правног облика. Нарочито су истицали чињеницу да то не може да буде било каква садржина и закључили да правна држава може да постоји само у демократији. Они допуштају да и у таквој правној држави интервенција државне власти може да буде ужа или шира, али сматрају да она никако не сме да угрози демократске слободе и права грађана.

Али, нису сви тако мислили. У првој половини XX века појавили су се писци који су у својим учењима раздвајали законитост од легитимности. Најпознатији такав покушај је у немачкој теорији учинио Карл Шмит (*Karl Schmidt*). Свој кратки есеј под називом *Legalität und Legitimität* (Законитост и легитимност),³⁵⁵ Шмит је написао као присталица и поборник национал-социјалистичког учења и члан истоимене партије. Такав избор је одредио његово схватање правне државе. По њему, правни поредак је „јединствено биће“ које се делимично покреће правилима, али који пре свега сам покреће правила као „фигуре на игралишту“. Правила, сматра Шмит, представљају пре „објект или средство правног поретка, неголи елемент његове структуре“.³⁵⁶ Такође, критикујући одредбе Вајмарског устава због успостављања „либералне правне државе“, он је успео да одреди појам тзв. „националне правне државе“. По њему, правна држава морала би да у целости буде ослобођена „либералистичких примеса“, јер либералистичко третирање правне државе „затамњује“ праву суштину правне државе. Национална правна држава, као супротност либералној правној држави, требало би пре свега да обезбеди ред, дисциплину и на расним национал-социјалистичким основама реформисану правду. Поред Шмита, за увођење „националне правне државе“ у науку, идеологију и праксу залагали су се и други немачки писци, Шмитови савременици, као што су Немац Карл Келеројтер (*Karl Koellerouter*) и Швајцарац Еуген Хубер (*Eugen Huber*). Заговарајући тоталитарни, националсоцијалистички тип државе као пожељан и оправдан, они су истицали да легитимност не зависи од законитости, као и да постојање законитости само по себи не доказује

355 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 95 и даље.

356 Нав. према: I. Krbek, 20. Упор. D. Schönbrun, *New York Times Magazine* од 14. фебруара 1960. Вид. A. P. d'Entrèves, *The Notion of the State*, Oxford 1960.

постојање легитимности државне власти. Практичне последице таквих учења састојале су се у теоријском припремању терена за рушење сваке правне државе либералног типа.

Пропашћу нацизма и фашизма, поново су у Немачкој обновљене идеје о правној држави либералног типа. Концепција о самообвезивању суверена, која је једна од најслабијих тачака у појму правне државе, није напуштена већ је прилагођена демократским преображајима немачког друштва после Другог светског рата. На тај начин је у Немачкој поново оживљена идеја Хајнриха Гнајста (*Heinrich Rudolph Hermann Friedrich von Gneist*) да правна држава представља „генерални постулат друштва“.³⁵⁷ Њен задатак се састоји у „унапређивању свих човекових могућности“ (тзв. „слободарска мисија државе“). У правној држави сви захвати власти морају да буду „изузетни, мерљиви, предвидљиви и подложни објективној контроли“, док њене одлуке морају да буду „етички добре и на моралу засноване“.

Садржај правне државе је касније одређиван према задацима културне државе (*Kulturstaat*), а затим и према задацима државе благостања (*Welfare State*).³⁵⁸ Тиме је интересовање писаца усмерено ка социјалној страни „друштва обиља“ (*affluent society*) и одређивању појма „социјално-правне државе“ која почива на идејама једнакости, слободе и солидарности у друштвеном окружењу мешовите привреде, политичке демократије и развијеног система социјалне сигурности.³⁵⁹

Последњих деценија садржај правне државе се везује за најшире постојање и поштовање људских слобода и права у мултикултуралистичком или комунитаристичком смислу (Чарлс Тејлор /*Charles Taylor*/, Џозеф Раз /*Joseph Raz*/, Мајк Сендел /*Mike Sandell*/, Мајкл Волзер и други), или се постојање правне државе све отвореније оспорава или сматра излишним пошто она, наводно, више не може да одговори новим технолошким, информатичким, правним и друштвеним изазовима.³⁶⁰

357 Н. R. von Gneist, *Gesetz und Budget*, Berlin 1879, 7. Вид. М. Љ. Петровић, „Правна држава“, *Идеје*, 6, Београд, 1979.

358 Вид. С. Завадски, *Држава блајостања*, Београд 1975; С. Недовић, *Држава блајостања*, Београд 1995.

359 Вид. Г. Вукадиновић, *Теорија државе и права I*, Нови Сад 2007, 125–132.

360 Вид. *Правна држава – порекло и будућности једне идеје*, зборник радова, Београд 1991; J. Lynch, *Age in the Welfare State*, Cambridge University Press, 2006; М. Deflem, *Sociology of Law*, Cambridge University Press, 2008; Д. Аврамовић, *Савремена правна држава – уставно-теоријски аспекти*, докторски рад, Нови Сад 2010.

Чини се да су изворној идеји правне државе много ближи писци који полазе од њене демократске садржине, јер је давање предности идеји опште нормативности довело у више наврата до истих резултата до којих су исти писци – критичари законске државе – дошли критикујући резултате законске државе. Очигледно је да су појму правне државе данас много примеренији демократски садржаји, поткрепљени непромењеном идејом опште и једнаке правне обавезаности. То је могуће једино у модерним демократијама које правну државу најбоље штите од њеног могућег извитоперавања до државе безакоња. Тај демократски садржај је навео многе правне писце да демократску правну државу изједначе са државом владавине права у којој правни разлог (*ratio iuris*) у целости треба да однесе превагу над државним разлогом (*ratio status*). То значи да се у правној држави легитимност државне власти изводи из њене законитости, а не обрнуто, као што су (нпр.) предлагали Карл Шмит и други. Извођење легитимности из легалности се и данас сматра показатељем да ли у држави постоји владавина права или владавина људи. Али и тада треба бити опрезан, јер правна држава – посматрана у својој „принципијелној чистоти“ – представља „пре једно жељено друштвено стање“ него „једну стварност која траје или можда крајњу сврху друштвеног развића“.³⁶¹

7. Традиционални приговори и савремени изазови правној држави – владавини права

Разноврсност која се придаје правној држави и њен повремено ништа мање драматичан развој нису могли да одстране један формални и један садржински приговор. Оба приговора доводе у питање основаност и формално-логичку конзистентност правне државе. Али, ако појам правне државе није до краја кохерентан, барем је користан.

Први приговор правној држави је формалног карактера и односи се на несклад који постоји између проглашене опште обавезности и правне обавезаности суверена. Дакле, у средишту идеје правне државе налази се проблем како суверен, који је по дефиницији правно неограничен и правно неодговоран, може да се доведе у везу са правном ограниченошћу воља и општом правном одговорношћу.

361 Б. С. Марковић, *Начела демократије*, 10.

Најпознатији одговор дао је Георг Јелинек теоријом о тзв. самообавезивању суверена. Према Јелинеку, идеја правне државе је формално сачувана чињеницом да суверен када ствара право и самог себе правно обавезује, због чега је и он подређен праву. Јелинек уверава како суверен није изнад права. А то је сасвим довољно за постојање правне државе. Том приликом, пропустио је да објасни да ли је правотворац под правом и када без икаквог ауторитета изнад себе и страха од правне санкције ствара или мења већ створене прописе онако како то њему одговара. Очигледно је да и даље треба разликовати стварну правну обавезаност грађана и њихових колективитета, па чак и обавезаност државних органа, од привидне правне обавезаности суверена, што значи да је самообавезивање суверена правом привидно. То је разлог зашто Јелинеков покушај са поменутом теоријом више истиче него што ублажава противречности у формално-логичкој доследности појма правне државе.

Други важан приговор се односи на садржину правне државе. Наиме, правна држава се често представља као оквир који може да се испуни разноврсном садржином. Та у пракси испробана могућност приказује правну државу као „шупљу правну форму“. Изгледа да је пут од Платонове замисли да људима треба да владају закони а не људи законима значајнији по трајању те замисли него по њеној остварености. То правну државу у неку руку приказује и као „не-правну“ људску творевину која не може да одговори изазовима са којима се сучељава.

Међу различитим савременим изазовима правној држави нарочито важно место припада претераном нормативизму (панјуридизацији, пролиферацији прописа итд.). Данас чак и у малим државама постоји толико велик број прописа које нико не може да преброји, а камоли прочита. То нарочито важи за неуморну активност читавих малих армија правника у Европској унији којом се једнако заробљавају народи држава-чланица и народи држава-нечланица (вечитих кандидата).

Важно место припада и потпуно новим изазовима које доноси примена нових индустријских и информатичких технологија. Те нове индустријске технологије често нису еколошке него антиеколошке. Њихов смисао није одржавање, већ уништавање природних и људских ресурса због стицања неограничене моћи над човечанством. Многе ствари су већ заједничке. Међу њима, нарочито је забрињавајуће умирање шума, река, мора и уништавање земљишта, воде, ваздуха, речју, свеопште загађење, и још много

тога што живот будућих генерација неће олакшати. Често се те геноцидне активности систематски изводе под изговором климатских промена или брига државе за здравље њених лаковерних грађана ушущканих у конзумеризам. Посебан технолошко-еколошки изазов представља свеопште загађење радиоактивним отпацама у најширем смислу (нуклеарне електране, експерименти и хаварије, незаконито или неправилно складиштење радиоактивног и хемијског отпада итд.). Тзв. антинуклеарни покрети и нарасла свест становништва о апокалиптичној опасности још нису натерали светске моћнике да закључају Пандорину нуклеарну, хемијску и биолошку кутију. За сада, тај се проблем решава тако што се из богатијих и еколошки загађенијих земаља, легално и илегално, пребацују у сиромашније и еколошки још незагађене земље тзв. прљаве технологије и отпаца, који их постепено претварају у депоније богатих земаља. Као да уништавање животне средине није довољно, покренут је у више наврата и биолошки рат против људског рода (вештачки изазваним епидемијама и лажним пандемијама). У њему учествују финансијери и изазивачи биолошког рата који себе самозвано и лицемерно називају „филантропима“. У исто време се одвија невероватно убрзан развој информатичких технологија чија је скривена сврха заробљавање људи непрестаним надзором и контролом над њиховим поступцима и животом (аудио-визуелним и другим средствима надзора, наметањем тзв. здравствених пасоша, добровољним и принудним чиповањем људи, усађивањем инплантата ради побољшања физичких, психичких и сазнајних могућности које треба да омогуће стварање „надљуди“ итд.). Изгледа да ће у блиској будућности приватност бити привилегија само светских владара и малобројне елите око њих. Свим другим преживелим људским бићима следи само једнакост у покорности властима такве тоталитарне, технолошко-технократске државе. У таквој држави, вреди се подсетити речи Жан-Жак Русоа, сви појединци постају „поново једнаки“, јер „више нису ништа“. Једина врлина „која преостаје робовима јесте слепа послушност“. Не доводи ли то већ сада до успостављања неке врсте технолошког ропства заснованог на трајној контроли и обездушњу људских бића? Ако ће то уопште више бити људска бића. У сваком човеку се скрива звер. Спутава је савест. Изгуби ли се савест, настаће најинтелигентније и најопасније обездушено људско биће икад, још један демон у људском облику.

Може ли правна држава да одговори таквим изазовима? Сигурно је да она то само привидно може. Једноставно, савремена

правна држава почива на претпоставкама које више не може да гарантује као некад што је могла. Ново је само то што се сучељена са „новим“ изазовима идеја и вредност правне државе формално не одбацују већ изигравају и злоупотребљавају (садашњим све отворенијим ограничавањем грађанских слобода и права због наводног тероризма, вођења ратова, загађености, зараза итд.). Не треба много маште да се закључи да ни други изазови неће убудуће ићи у прилог правној држави. Изгледа да је данас правна држава интересантнија за идеологе и политичаре новог светског поретка који заговарају стварање тзв. „светске правне државе“, него за правне научнике. Упркос реченом, правну државу не треба одбацити пошто је одиграла изузетну улогу у преобликовању колективне свести, популарисању и правном утврђивању вредности које су блиске идеји правде. Треба се вратити изворним вредностима правне државе.

8. Стање државне нужде и стварање „државе националне сигурности“ (*Emergency State, National Security State*)

Свака држава постоји због нормалног функционисања поретка, иако „поредак није принуда наметнута друштву споља, већ равнотежа успостављена изнутра“.³⁶² Она одржава законитост и владавину права, које у свакодневном раду државних органа и друштвених субјекта допуњава начело државног разлога којим се крутост општих правних прописа прилагођава променљивим потребама друштвеног живота. Али, када дође до таквих промена којима се угрожава нормално функционисање поретка – тада се државни разлог преображава у стање државне нужде (*status necessitatis*), односно у ванредно стање, опсадно стање или ратно стање, како се све назива у континенталном праву. Због тога свака нормална држава у својим најважнијим прописима и документима предвиђа ситуације у којима може да дође до нарушавања владавине права, јер и држава има право да се брани примењујући Цицеронову изреку из његовог списка *De legibus* (О законима) да је „спас народа врховни закон“ (*Salus populi, suprema lex esto*).³⁶³ Поента је да се ради о спасу народа, а не о спасу државе у име народа.

362 F. A. Hayek, *Politički ideal vladavine prava*, 69.

363 Ciceron, *De legibus*, III 1, 3. Вид. Цицерон, *Држава*, Београд 2002.

Најстарији образац стања државне нужде представља *римска диктатура*. Она је и данас у много чему недостижан узор у погледу самоограничавања државне власти у ванредним околностима. Други савремени облици стања државне нужде су француска установа „опсадног стања“ (*l'état de l'siege*), англосаксонска (енглеска) установа тзв. „унутрашњег ратног стања“ (*martial law*) и америчка установа тзв. „ванредних уставних овлашћења“ (*constitutional emergency powers*).

Наведене установе у свим системима права представљају средства за одбрану државе споља и изнутра. Састоје се у привременом проширивању надлежности бирократских органа и обустављању примене уставних и законских норми док траје ванредно стање. Земље континенталног права проглашавање стања државне нужде сматрају првенствено „својим одговором на јавну опасност која угрожава егзистенцију саме државе“, док земље англосаксонског права стање државне нужде „посматрају кроз призму нарушавања владавине права – кључне вредности на којој је заснован њихов целокупан правни систем“.³⁶⁴ Реченом треба додати да се стање државне нужде или ванредно стање може увести само у демократским правним државама, пошто у онима које то нису постоји „перманентно ванредно стање као њихово редовно стање“.³⁶⁵ Циљ увођења је да се привременом суспензијом уставног поретка спрече неред и безакоње, али под условом да сила не сме да сахрањује право (*ius orbitur vi*). Али, постоји и друга (Јанусова) страна ванредног стања, јер његово увођење може да се злоупотреби успостављањем ничим ограничене власти засноване на продужавању или неодређено дугом трајању ванредног стања.³⁶⁶ Тако се постиже супротно од жељеног – да се увођење ванредног стања због очувања демократије и јачања заштите људских права преобрати у средство за недемократско одржавање или преузимање власти кршењем устава, укидањем основних природних и грађанских људских слобода и права, демократског поретка и саме правне државе.³⁶⁷

364 Д. Аврамовић, *Увођење ванредног стања*, магистарски рад, Нови Сад 2009, 28.

365 *Ibidem*.

366 *Ibid.*, 14 и 31. Можда је најпознатији пример Адолфа Хитлера, који је злоупотребивши члан 48 Вајмарског устава из 1919. године (који садржи тзв. „заштитну клаузулу“ о ванредном стању) успео легално да дође на власт користећи попустљивост политичких партија, општу беду, друштвену кризу и стални терор својих група.

367 Вид. В. Становић, „Демократија и владавина права“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2, Београд 2005.

Друга важна страна односа правне државе – владавине права и стања државне нужде (ванредног стања) се односи на дозвођење у везу великих овлашћења државних органа у ванредним ситуацијама са основним правима и заштитом приватне области грађана. Тиме је дотакнут последњи елемент учења о правној држави и владавини права. Он се састоји у следећем: ако принуда мора да има правно утврђено значење и обим, онда је нужно да буде одређена област унутар које појединац и у ванредним ситуацијама може да следи своје намере. Природне катастрофе или неке друге неочекиване опасности (изузетна општа опасност која угрожава опстанак нације или нека друга јавна опасност настала због хаварије, тероризма итд. које траже усклађено деловање, а тим деловањем управљају они који познају чињенице, често налажу да се појединцу изузетно не допусти одлучивање о томе да ли је неки заједнички циљ мање важан од његовог посебног интереса, под условом да такво уплитање буде изузетно и да они који томе морају да се покоре не морају да трпе због осуђења својих оправданих очекивања. Али, упоредо са одредбама које предвиђају задирање у приватноправну сферу појединца, постоје одредбе које предвиђају постојање једне независне власти задужене за надзор над начином вршења ванредних овлашћења од стране чувара заједничких интереса.³⁶⁸ Њихово постојање треба да олакша појединцима пут до остваривања пуне накнаде због повређеног права приватног власништва или неког другог законито стеченог права.³⁶⁹

Наведени примери показују како владавина права тражи да дискрециона власт државних органа, посебно извршно-управних, као чин принуде и задирања у особеност и власништво приватних грађана, тј. у њихова основна права и приватну област живота, увек мора да буде подвргнута надзору независног суда. И када један такав независан суд утврди да су повређена права приватних грађана, тада проузрокована штета мора на исти начин да буде одређена као да је појединчево право повредио неки други грађанин а не извршно-управни орган у стању проглашене државне нужде. Изгледа да постојање такве независне власти, заједно са већ познатим захтевима општости, једнакости и законитости, заиста сачињава суштину ствари, ону одлучујућу тачку од које зависи да ли се ради о владавини права или владавини људи. Ипак, „људи ће увек сумњати у лекове против болести

368 Вид. F. A. Hayek, 69–71.

369 *Ibidem*, 71.

државе ако не виде како се ти лекови припремају“ (Џорџ Халифакс /*George Halifax*/).

Треба указати на још једну ствар. Данас се тихо заговара нека врста просвећеног апсолутизма и разматра могућност увођења ванредног стања које би у једном кризном тренутку могло да прерасте у редовно стање великог броја држава, све до успостављања једне светске владе или супердржаве. То је начин на који се савремена правна држава повлачи пред новонастајућом тзв. „државом националне сигурности“ (*Emergency State, National Security State*). Треба нагласити да држава националне сигурности не представља некакав наставак правне државе социјалног благостања, већ њену негацију као модеран полицијско-милитаристички облик технолошко-технократске државе тоталитарног типа.

Да се ради о озбиљним намерама, потврђује данашње све шире коришћење тзв. „статутарних инструмената“ (*SiS*, у ствари „секундарног законодавства“) који су „врста закона Велике Британије, независни од парламентарних аката који захтевају одобрење парламента пре него што постану закон. Њих парламенту обично достави неки министар из владе, који примењује легитимну моћ која му је додељена парламентарним актом“. Исти је случај са извршним наређењима америчког председника (нпр., бр. 10990, 10995, 10997, 10998, 10999, 11000, 11001, 11002, 11003, 11004, 11005, 11051, 11921). Извршно наређење америчког председника из 1994. године је сва наведена наређења претворило у једну наредбу – бр. 12919. Она председнику САД у случају неког „катастрофалног догађаја“ дају овлашћења свемогућег диктатора. На пример, њима се амерички Конгрес може лишити права да „модификује, одбаци или прогласи неактивном“ председничку моћ у ванредним ситуацијама. Амерички конгрес није једини који се лишава својих права мање-више познатим или непознатим, тј. тајним извршним наређењима председника. Али, извршним наређењима је за многе грађане укинута *habeas corpus* на основу кога се могу супротставити незаконитим радњама властите државне власти. Извршним наредбама америчким грађанима може све да се одузме осим права на дисање, али и оно може да се наплати или укине.

Изгледа да је цена слободе непрестана будност грађана. А грађани и даље спокојно спавају ушушкани у лажну сигурност конзументства. Може се запазити да је данас постизање сигурности циљ или стање духа претежног дела чланова друштва који су спремни да се приклоне пре вредности лажне сигурности коју нуде данашње државе него вредности слободе за коју су њихови

преци проливали крв. Савремена друштва су у толикој мери постала конформистичка да се сматра легитимним став како је потребно одрећи се грађанских и људских слобода и права због заштите националне сигурности (због тероризма, биолошког, хемијског и нуклеарног рата, епидемије итд.). Готово да пророчки звуче речи Александра Хамилтона (*Alexander Hamilton*) који у својим у својим *Федералистичким сјисима* бележи: „Сигурност због опасности је најснажнији управљач националног понашања. Чак и страствена љубав према слободама ће, после извесног времена, уступити место том диктату... натераће нације које су најприврженије слободи да због безбедности прибегну у одговору институтима који ће имати тенденцију да униште њихова грађанска и политичка права. Да би били безбеднији они, на крају, постају спремни да прихвате ризик да буду мање слободни“.³⁷⁰ На жалост, став или уверење јавног мњења никад није довело до преиспитивања традиционалних веза слободе и једнакости или једнакости и сигурности. Од тога се данас углавном одустало. Али, помно се испитују везе једнакости и безбедности, која није ништа друго до одбрамбена или нападачка сигурност. Последица је да у таквим друштвима слобода уступа пред сигурношћу. А када се изгуби слобода, губи се и сигурност.

370 А. Хамилтон, *Федералистички сјиси*, Београд 1981, 58.

II глава

ГЛОБАЛИЗАМ И ТРАНСХУМАНА ВЛАДАВИНА ПРАВА

1. Владавина права и наднационално уједињавање у систем Европске уније

Посебан случај удруживања, а затим и сједињавања под снажним дејством интеграционих чинилаца, представља садашња Европска унија, која се сматра специфичном политичком заједницом или чак новим „заметком федералне државе“. Наравно, у исто време делују дезинтеграциони чиниоци који слабе и разлажу то удруживање и сједињавање.

Идејом европске федерације у модерном добу бавили су се филозофи Готфрид Вилхелм Лајбниц и Имануел Кант. Ипак, њу је први јасно изговорио француски писац Виктор Иго (*Victor Hugo*) средином XIX века. Почетком XX века, тачније 1909. године, професор Правног факултета у Београду Живојин Перић је писао о потреби стварања европске заједнице држава и народа. Он је био и један од учесника на првом конгресу у Риму који је био посвећен остварању те идеје. После Првог светског рата, идеју тзв. „Паневропе“ или „Свеевропе“ поново је покренуо Рихард Н. Куденхове-Калерги (*Richard Nikolaus Coudenhove-Kalergi*), који је предлагао да западноевропске и балканске државе склопе заједницу са седиштем у Бечу. Тим поводом је основано друштво под називом Паневропска унија, што је био догађај који стекао симпатије многих тадашњих познатих европских и америчких државника, нарочито после појављивања његове књиге „Паневропа“ 1923. године. Идеју Сједињених Европских Држава наговестили су и проповедали француски књижевник Аристид Бријан (*Aristide Briand*), Жан Моне (*Jean Monnet*), пољски социјалиста Јозеф Ретингер (*Joseph Hieronim Retinger*) и многи други. Исту идеју и назив користио је

чак Адолф Хитлер (*Adolf Hitler*), који је већ пре II светског рата имао спремљен економски план за Европу (*Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, односно Европска Економска Заједница!).³⁷¹ Ипак, тој идеји је тек 1946. године покретачку снагу удахнуо Винстон Черчил (*Winston Churchill*), који је иначе настанак „европске супердржаве“ подржао већ 1930. године (чланком у америчком листу *The Saturday Evening Post* са насловом „Уједињене државе Европе“). И не само то: Конгрес САД је шездесетих година прошлог века усвојио неколико резолуција о политичкој унији Европе. У једној од њих је записано: „Стварање уједињене Европе мора се сматрати као суштински важан корак у правцу стварања уједињеног света“, а можда и светске владе за тај уједињени свет.

Иако идеја о стварању сједињених држава Европе уопште није нова, она је почела да се претвара у збиљу образовањем Савета Европе 1949. године и Европске заједнице за угљ и челик (ECSC) 1951. године, а затим и да се постојано изграђује образовањем Европске заједнице за одбрану (EDC) и Европске политичке заједнице 1952. године, као и Европске заједнице за атомску енергију (EURAT) 1957. године и Европске економске заједнице (EEC) 1958. године. Нешто касније, већ образовани органи (Савет, Комисија, Парламент и Европски суд правде) посебим уговором су обједињени у јединствену организацију 1965. године. Ипак, тек је Мастрихтским уговором 1993. године образована Европска унија као самосвојан међународни субјект (државни савез), иако (и даље) без својства субјекта међународног права.

Интересантно је да у садашњој Европској унији нису укинуте (три) главне европске заједнице из којих је настала. Те заједнице су само утопљене у њу, с тим што је сарадња држава-чланица проширена на заједничку спољну и безбедоносну политику, правосуђе и унутрашње послове. Због тога Европска унија више није лабава заједница суверених држава (међународни уговорни савез суверених држава). Али, она није ни лабава федерација, иако је од Мастрихта на несумњив начин потврђено да располаже властитом и искључивом надлежношћу у питањима која се тичу правне надлежности њених централних органа, „грађанства ЕУ“, посебног Европског суда правде, јединственог тржишта, заједничке монетарне политике, јединствене монете (*евро*) итд. Тврдњу да Европска унија ни данас није федерација већ стабилна конфедерација, поткрепљују опробана средства савеза држава: најважније

371 Вид. А. Хитлер, *Мој њоредак светиа*, Београд 2006.

правне одлуке се доносе једногласно (сагласношћу), а не надгласавањем (већином гласова), док се у областима заједничке спољне и безбедоносне политике, правосуђа и унутрашњих послова, такве одлуке уопште не доносе.³⁷²

Упоредо са тим сједињујућим процесима, здушно се радило на стварању правних институција и наднационалног (комунитарног права). То је произвело да право Европске уније у настајању, поред нордијског система, постане нови мешовит систем права на тлу Европе. Али, док је нордијски систем резултат вишевековног еволутивног развоја и уједначавања у пракси сличних националних права (скоро четири протекла века), други је резултат убрзаног свесно-планског полувековног стварања наднационалног права од стране заједничких, централних европских институција.³⁷³ Треба подсетити на још нешто: да је идеју наднационалног (комунитарног) права први у XIX веку истакао Фридрих Карл фон Савињи (*Fridrich Karl von Savigny*), подстакнут „универзалношћу“ Римокатоличке цркве и „наднационалним карактером“ њеног црквеног права. Исту идеју је у XX веку проблематизовало „наднационално“ повезивање различитих привредних, трговачких и других организација, као и стварање Међународне организације рада, међународних арбитража и других сличних организација и институција које доносе властите правне акте и прописе. На самом крају XX века, идеја наднационалног права је још једном освежена и оснажена Мاستрихтским уговором (потписан 1991. године, а ратификован и ступио на снагу 1993. године), којим је створена Европска унија са зачетком свог наднационалног „комунитарног“ права. То комунитарно право се „схвата као *sui generis* правни поредак, различит од општег поретка међународног јавног права“. Оно „није ни део националног правног система, нити међународног права, већ независан систем права“.³⁷⁴ Оно се тиче органа заједнице а не држава-чланица, чиме је још једном истакнута надмоћ комунитарног над националним правом.³⁷⁵

Наднационално право Европске уније ствара се доношењем наднационалних извора права који нису карактеристични ни за европски континентални ни за англосаксонски правни систем.

372 Г. Илић-Гасми, *Право и институције Европске Уније*, Београд 2007, 285–287. Вид. Р. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд 1996.

373 Вид. Ph. Harris, *An Introduction to Law*, Cambridge University Press, 2007, 156.

374 Вид. Р. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд 2001, 109, 115.

375 Б. Лубарда, *Европско радно право*, Подгорица 2004, 157.

Они су „релативно нова појава у правној науци“,³⁷⁶ резултат све снажнијег економско-политичког повезивања које познаје и признаје наднационално удруживање на професионалној, територијалној или некој другој основи. Наднационални извори чине саставни део националних права оних држава-чланица Европске уније које их ратификују, с тим што национални законодавац није овлашћен да мења садржину или начин примене прихваћеног и потписаног наднационалног извора.³⁷⁷ Може се рећи како се нормативно начело законитости у Европској унији спроводи управо захваљујући надмоћи прописа комунитарног права над прописима националних права.

Изгледа да ће у будућности државна права све више деловати у оквирима наднационалних државних поредака јер „правни плурализам међународног типа нагриза етатистичко право једнако као и суверену власт“.³⁷⁸ Очигледно је да су развој наднационалног права Европске уније и често коришћење правних трансплантата убрзали процес глобализације у свету.³⁷⁹

2. Глобализација права и правни трансплантати

Данас се промене у свету одвијају у знаку глобализма. Израз „глобализам“ (уз друге сличне изразе, као што су нпр. „глобализација“ или „мондијализам“) скован је и коришћен током последњих деценија XX века прво у академским расправама како би се означило све снажније дејство сједињујућих чинилаца у савременом свету. Убрзо затим, он је постао саставни део речника бројних доктрина и идеолошких интерпретација. Различити ставови око глобализације као друштвеног процеса довели до даљих подела на тзв. „скептике“ (који поричу постојање глобализације као друштвеног процеса), „глобалисте“ (који у глобализацији виде пожељну промену која доводи до ширења идеологије неолиберализма и тржишне економије), „суперглобалисте“ (који глобализацију сматрају објективно планетарним процесом), „антиглобалисте“ (који се усредсређују само на непожељне последице процеса глобализације) и

376 N. Visković, 128.

377 Вид. Г. Илић-Гасми, *Реформе Европске Уније. Институционални аспекти*, Београд 2004.

378 N. Visković, 129.

379 Вид. F. P. Walton, „The Historical School of Jurisprudence and Transplantations of Law“, *Journal of Comparative Legislation*, Cambridge University Press, 1927.

„трансформационисте“ (који глобализацију проучавају свеобухватно и избалансирано), што јасно показује да многи стручњаци и лаици у јачању глобалистичких тежњи препознају озбиљну или највећу претњу демократији у савременим либералним друштвима. Треба истаћи још једну важну ствар: данас је стварање заједничког права мешовитог типа убрзано широким коришћењем правних трансплантата који представљају „преношење правила или система права из једне земље у другу или из једног народа у други“.³⁸⁰ Може се рећи да су глобалистички процеси на нормативном плану отворили врата најширем могућем коришћењу правних трансплантата. Њихово коришћење у правној науци не објашњава се искључиво практичним потребама (глобализације) права,³⁸¹ већ и све ширим прихватањем теорије конвергенције (Алан Вотсон /*Alan Watson*/), по којој се право развија независно од друштва, Због тога ни његово преузимање није ограничено друштвом (на супрот теоријама /нпр. немачке историјске правне школе/ по којима је право „огледало народа“, због чега његово преузимање није могуће). Данас и став националних или наднационалних орган, надлежних за реформу модерног права покреће питања позајмљивања и ауторитета. Штавише, може се запазити како највећи број промена у савременим системима права није ништа друго до резултат позајмљивања. То важи како за поједина правила, тако и за њихово систематизовање. До преовладавања иностраних елемената долази и због дубоке укорењености права у прошлости.

Поред правних трансплантата (*legal transplant*) за означавање других сличних инструмената користе се изрази „унификација“ (*unification*) и „хармонизација“ (*harmonization*) права. Сматра се да је унификација потпуно преузимање иностраног права, а хармонизација преузимање појединих правних решења и института, чиме се ублажавају или уклањају разлике између иностраног и домаћег права. Такође, сматра се да је рецепција права (*receptio iuris*), која је увек делимична, ближа хармонизацији него унификацији, иако је се у оба случаја ради о преузимању права у различитом обиму.

У правној теорији се поред наведених израза недоследно користе други слични изрази којима се такође означава преузимање иностраног права у различитом обиму, као што су: „апроксимација“ (*aproximation*), „координација“ (*coordination*), „акултурација“

380 Вид. А. Вотсон, *Правни трансплантини. Присвоју у поредном праву*, Београд 2000 (2010), 18.

381 Вид.. Н. Чомски, *Профит изнад људи: неолиберализам и глобални поредак*, Нови Сад 1999; С. Voggs, *The End of Politics*, New York 1999; D. Ronald, *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca 1996.

(*aculturation*), „транспозиција“ (*transposition*), „трансфер“ (*transfer*) права и други.³⁸²

Трансплантација права нужно доводи до његове правне трансформације. Нарочито приликом добровољног усвајања неког трансплантата треба имати у виду промене до којих он доводи у праву независно од тога о којој је грани права реч. Чак и када трансплантирано правило остане неизмењено, његов утицај у новом друштвеном окружењу може да буде различит. До таквих промена долази и када је инострано право погрешно схваћено. Ипак, нација која је домишљата у погледу права, углавном не зависи од прихватања трансплантата, чак ни у време када је инострани утицај врло значајан у погледу других питања у друштву. Невоља је у томе што је мали број нација смислио значајна правна правила чија вредност може одмах да се процени. Нације чешће за своје потребе усвајају туђа правна правила.³⁸³

Лакоћа са којом транспланти могу да се преносе, ипак не значи да сви или само велики системи Запада, укључујући и најновији систем комунитарног права Европске уније, обавезно треба да имају уједначен или јединствен правни систем. Очигледно је да такав потпуно заједнички или универзални правни систем није могућ, а можда ни пожељан. Ту је пре реч о психолошком значају који се придаје чињеници да свако не мора да има потпуно свој систем права. Па ипак, такво уједначавање је за сада, бар у неким областима приватног права, могуће и пожељно. На тај начин, пружа се слика непрестаног, врло широког позајмљивања правила и институција, која наговештава главни начин помоћу кога би велики системи права у будућности могли да се развијају и разумеју.

3. Међународна владавина права и светска правна држава

Након унификације појмова правне државе и владавине права средином XX века, у англосаксонској теорији, нарочито у њеној теорији међународног права, неколико деценија затим почела је

382 Вид. М. Deflem, *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge University Press, 2008, 218–219; F. Snyder, *Globalisation and Law in the 21st Century*, London–New York 2003; J. Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, London–New York 1999; A. C. Budak, *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalisation Law*, 1998.

383 Вид. А. Вотсон, *Правни трансплантни. Присвој ујоредном праву*, 141–183.

да се прави разлика између *thin* и *thick rule of law*. Иако је овог пута повод другачији, идеја подсећа на учење некадашњег совјетског правника С. С. Алексејева о социјалистичкој законитости као најразвијенијој врсти законитости. Прва („дебела“, „густа“) врста владавине права, карактеристична наводно за западне демократије, садржи поред суштинских правних још моралне и вредносне састојке, док то није барем у толикој мери случај са другом („мршава“, „танка“) врстом владавине права, карактеристичном (нпр.) за земље у транзицији. Овом поделом започет је нов спор око оправданости употребе израза „међународна владавина права“ који се све чешће користи у међународним документима и смислу разликовања *thin* и *thick rule of law*.³⁸⁴

Постоји још једна страна начела законитости на којој се треба задржати. Она се тиче хипотетичке везе начела законитости са једном светском владом или светском државом. То дозвољава да се запита: да ли поред међународне владавине права може да постоји светска владавина права? Подухват у том правцу је започет критиком појма националне суверености, прво у правној теорији а затим у политичким доктринама. Тек затим је уследило залагање за стварање светске државе. Такве намере потврђује изјава Стоуба Талбота, заменика министра спољних послова председника Била Клинтона: „У следећем веку нације какве познајемо биће застареле, све ће државе признавати једну глобалну власт. Национални суверенитет ипак није био тако добра идеја“.³⁸⁵ Карактеристично је и учење шкотског професора права Нила Мекормика (*Neil MacCormick*) који је закључио да је Европа ушла у подручје „постсуверенитета“. Међутим, одбацити појам суверенитета значи занемарити његову средишњу улогу у правној и политичкој науци. То је нагнало друге писце да испитају могућности за преобликовање појма суверености како би он одговорио новим изазовима, уместо његовог одбацивања или укидања. На тој основи је настала теорија уставног плурализма, по којој државе нису једина места на којима може да се пронађе сувереност. Однос између држава треба да буде *хејерархијски*, а не хијерархијски, јер савремене околности траже напуштање јединственог и апсолутног суверенитета у корист дијалога и прилагођавања између уставних власти различитих држава. Други писци, као Дејвид Хелд (*David Held*), сматрали су да државе неће ослабити због

384 Д. Аврамовић, „Владавина права – међународно призната вредност?“, реферат на међународном скупу: *Евројска заједница народа и универзалне вредности*, Сремски Карловци 2008, 34.

385 Нав. према: магазин „Тајм“ од 17. фебруара 1992. године.

губитка свог спољашњег суверенитета. Напротив, тиме ће ојачати свој унутрашњи суверенитет пошто увек постоје послови који су у искључивој надлежности државе. Такво Хелдово учење о суверености, заједно са сличним учењима других писаца, представља својеврсну теоријску припрему за стварање једне нове „космополитске суверености“ чији би титулар била светска федерална држава са универзалним владаром као неком врстом хеленистичке верзије „одуховљеног закона“.

Када је реч о светској држави, треба одмах рећи да је идеја светске државе (*World State*) само нешто млађа од идеје државе, јер је прво требало доћи до идеје државе да би затим било могуће размишљати о светској држави као идеји која овоплоћује целокупно човечанство уређено под једном заједничком политичком влашћу. Та идеја се постојано распростире од античких космополитских почетака, од киничке и стоичке школе, до савремених идеја и подухвата. Карактеристично је учење Бертранда Расела (*Bertrand Arthur William Russell*) који је успостављање светске државе објашњавао практичним разлозима, налазећи у њој „главни лек против ратова“ и „примарни светски интерес везан за опстанак људске врсте“. Светска држава или „Супердржава“ према Раселу требало би да буде довољно снажна „да по закону разреши све спорове између народа“, пошто је само она „остварива након што различити делови света постану толико блиско повезани да ниједан део не може да буде индиферентан према томе шта се дешава у било ком другом делу света“.

Да такве намере нису без основа показује пример обележавања педесетогодишњице од основања Уједињених нација 1995. године, када је усвојен предлог посебне Комисије УН за глобално управљање са насловом „Наше глобално управљање“ који представља непосредан повод за ревизију Повеље УН у том правцу. То не треба да чуди, јер се Уједињене нације, Међународни монетарни фонд и Светска трговинска организација сматрају стубовима „Новог светског поретка“ који треба да буде промишљена комбинација „суперкапитализма и комунизма под једном капом“.³⁸⁶ Пример је данашња НР Кина.

Док су античка и средњовековна схватања светску државу одређивала као универзалну монархију по узору на Римску империју, дотле савремена схватања светску државу одређују као модерну републиканску демократску државу са федералним државним уређењем, тј. као светску федерацију држава. Сматра се да процес

386 Изјава Ларија П. Мекдоналда, члана америчког Конгреса 1976. године.

глобализације у свету треба да убрза стварање наднационалних организација. Поред садашњег примера Европске и Афричке уније (основане 2002. године), постојање таквих намера потврђује 2005. године потписани али америчком народу необјављени и у америчком Конгресу нератификовани споразум, који није трговачке природе као што се неистинито представља, о оснивању Северно-америчке уније (*Security and Prosperity Partnership of North America /NAU/*) са будућом јединственом новчаном јединицом „амеро“ од које се, изгледа, у међувремену одустало. Али, од споразума се није одустало. Њиме су се чланице-потписнице (САД, Канада, Мексико) обавезале на одрицање од свог државног суверенитета. Тиме би садашњи Устав САД из 1787. године у догледној будућности постао излишан, као и устави Канаде и Мексика. Такође, у плану је стварање других сличних наднационалних творевина, нпр. Азијско-пацифичке уније (која је предложена 2003. године). Све оне би у једном тренутку требало да се сједине под једном светском владом (*One World Government*), тј. светском државом. Али, присећајући се барем сачуване двехиљадугодишње државно-правне традиције, а посебно обрасца Римске империје, може се запитати: ако једном настане мали светски Левијатан, неће ли он да порасте и развије се до размера које већ сада превазилазе нека суморна предвиђања Џорџа Орвела.

Идеја светске државе, очигледно, представља посебну варијанту модерне идеје државе, само развијену до својих крајњих граница. У земаљским размерама, она би била апсолутно фактички и правно неограничена као нека врста Хобсовог „смртног бога“ или, као код Хегела, барем „нешто земаљски божанствено“. Она би без икаквих правних ограничења могла да доноси универзално обавезне прописе, док правно никоме не би одговарала, постајући тако „правни бог“ у најчистијем људском смислу (*dominus et deus*). Њено право постало би налик на нешто „мање савршено божанско право“ (*lex divine*). Такву државу више нико не би могао међународно да призна, нити би то више било потребно, јер би приликом њеног настанка по моделу друштвеног уговора све државе добровољно или малобројне непослушне присилно на њу пренеле своје спољашње државне ингеренције. Њена власт била би ограничена само физичким и друштвеним разлозима. Једино се физичка ограничења не би односила на државне границе којих више не би било. Иако јединствена, сувереност светске државе не би била монолитна, већ, као у модерним федерацијама, расподељена између ње и федералних чланица, које би задржале у извесној мери подарену унутрашњу сувереност.

Испод тих глобалистичких замисли и процеса скрива се једноставна истина: данашњи развој најразвијенијих друштава није омогућила ни црква, ни политика, а ни власт савремених држава или корпорација, већ технологија у најширем смислу те речи: од точка и оловке до рачунара и виртуелног инжињеринга сваког иоле замисливог система. Али, њене могућности су данас обуздане и само делимично искоришћене. Због тога више није разложно питати да ли до светске државе, која се технолошки намеће, ма када једном настала, већ до какве светске државе – да ли до државе у којој ће владати *йошребе*, јер технологија то већ сада омогућава, или до државе у којој ће владати *йрофийи*, као што је сада, јер то савремено монополистичко искоришћавање и неоколонијална расподела добара омогућавају.

4. Начело законитости, владавина права и људска права

Савремена правна држава не може да се замисли без својих изворних либералних и природноправних садржаја: без демократије, владавине права и људских слобода и права.

Појмови правне државе и људских права нарочито су актуелизовани после Другог светског рата, иако сва питања савремених демократија – питање правне државе или државе владавине права, као и питање поштовања људских права, првенствено вуку корене из сазнања о легитимистичкој премоћи стварне грађанске демократије, што је на крајње јасан начин испољено на међународном плану. Такво схватање правне државе и људских права дугује се измењеној правној свести, до чега је својевремено довела револуција у Француској 1789. године. Дотадашње изузимање поданика и вршење власти на такав начин да власт буде резервисана искључиво за сувереног монарха, замењено је супротним начелом према коме су сви грађани унутар права и политике укључени у круг легитимних интереса.³⁸⁷ Таква промена представља највреднији резултат Декларације о правима човака и грађанина. Декларација је идеју просветитељске политичке филозофије XVIII века о природним правима као старијим од сваког позитивног права, тј. идеју о природним, неотуђивим и светим правима

387 Е. Пусић, „Француска револуција и преобразба државне структуре“, *Гледанија*, 7–9, Београд 1989, 25.

човека, преточила у права чија заштита представља основни или првенствени смисао политичке заједнице. Такође, у Декларацији је уобличен образац модерне демократије и правне државе,³⁸⁸ јер је у први план истакнуто начело суверености народа као водећег за организацију власти, владавину закона и отпор угњетавању.³⁸⁹ Савремени развој те природноправне идеје, према којој се класичан појам грађанина претвара у појам појединца као индивидуе чија су права заштићена и на међународном плану, свака данашња правна држава треба да има у виду.

Идеја о природноправном пореклу основних људских права је најјасније испољена када се њено придржавање оцењује према легитимности поретка. То није случајно, јер као што је некад истицање вишег места и обавезаности природноправних закона представљало покушај да се исправност позитивног права услови и заснује на моралној исправности, на исти начин истицање вишег места и неприкосновености основних људских права представља покушај да се исправност постојећег поретка заснује на премоћи правне државе и владавине права. Сваки човек – самим тим што је припадник људског рода – располаже извесним неотуђивим правима, која су *conditio sine qua non*, насупрот самовољи, безакоњу и страховлади ауторитарних и тоталитарних режима у којима се људска права унижавају и поништавају.

Тај пут – од уверења у неотуђива природна људска права, све до интернационализације људских права, тј. све до схватања да је правна држава саставни део међународног права – није био једноставан. Наиме, већина Западних држава су постале либералне пре него што су постале демократске. То значи да су оне усвојиле либерални уставни поредак пре него што су усвојиле опште право гласа или пре него што су настале (масовне) политичке странке. Тек су затим политичке странке у равноправној утакмици освајале власт и утицале на демократско доношење закона.³⁹⁰ Такву путању је назначио Јирген Хабермас говорећи о етапама у развоју грађанске државе. Прво је постојала грађанска држава просвећеног апсолутизма, после ње грађанска правна држава, а тек затим демократска правна држава и социјална правна држава данашње Западне Европе.³⁹¹

388 Т. Пејн, *Права човека*, Београд 1987, 326 и даље.

389 П. Николић, „Декларација права човека и грађанина“, у: *Темељи модерне демократије*, Београд 1989, 141.

390 Д. Битем, К. Бојл, *Увод у демократију*, Београд 1997, 1–30.

391 Вид. J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, II, 522–547.

Наведене етапе су довеле до важних промена. Најважније су подређена влада и администрација (владавина права); загарантована права појединцима на слободу говора и одговарајући законски поступак заштите; слобода окупљања и удруживања; независан правосудни систем од законодавне и извршне власти као непристрасан чувар закона и појединчевих права. Данас је тешко замислити правну државу без примене начела уставности и законитости, усвајања начела правне државе, људских права итд.

Може се запитати: која су то савремена људска права и слободе, тако судбински везани за владавину права и правну државу? Пре свега, то су субјективна права која сваки човек поседује самим тим што уопште припада људском роду (*lex humana*). Та права своје извориште налазе у нормама објективног правног поретка који их гарантује. Али, шта је објективни правни поредак, односно шта је објективно право из кога извиру субјективна права? Која су све то субјективна права и како она могу да се разврстају?

Иако на претходна два питања не може поуздано да се одговори, на ово последње питање се може одговорити тако што ће се рећи да се ради о субјективним правима која су стечена под условима које прописује јавни поредак. Та субјективна права могу да се разврстају на различите начине, али им је заједничко следеће: она потичу од државе, од законодавца какав год он био – демократски или недемократски – и зависе од воље државе.³⁹² Да таква могућност није пука спекулација показује то што су бројне владе у свету до сада самовољно додељивале или ускраћивале субјективна права својим грађанима (нпр., право на приватну својину). То је нарочито био случај у бившим социјалистичким замљама. Данас се у неким тзв. западним демократијама раде пројекти и скицирају закони по којима би грађани требало да се буду лишени свега што поседују у замену за редовно минимално издржавање које ће им давати држава. Тако се долази до левијатанске формуле да је држава све, а грађанин ништа.

Очигледно је да правна држава захтева нешто друго и нешто више. Њену суштину представља проблематика основних људских права која су човеково недодирљиво подручје слободе. Та основна и неотуђива права су пре свих права појединаца у односу на државу.³⁹³ Она више не могу да се сведу само на субјективна права која подарује објективни правни поредак државе, тј.

392 В. Димитријевић – М. Пауновић, *Људска права*, Београд 1997, 25.

393 Ј. Ф. Кервеган, „Хегел и правна држава“, *Гледници*, 10–12, Београд 1989, 32.

на грађанске слободе и права. По том савременом учењу, у њих спадају и она права која се не дугују држави и њеној вољи, која припадају човеку самим тим што је човек, дакле, независно од државе и без државе. И тек та права збиља могу да се називају истинским људским правима.³⁹⁴ Она су првенствено моралног порекла. Потичу од замишљеног и данас у знатној мери интернационализованог поретка који је све више наддржавни, због чега савремене правне државе морају да их поштују ако збиља желе да се вежу за основни постулат либералне демократије – за владавину права. Такође, људска права припадају свима без разлике на расу, боју коже, националност, језик и друга обележја. То се сматра основом за успостављање правне и политичке једнакости: правне, јер су сви појединци као грађани једнаки пред законом, и политичке, јер сви имају једнака права да учествују у управљању државном заједницом.³⁹⁵

Свеобухватан списак људских (социјалних, економских и културних) права није могуће утврдити и саставити. Он зависи од историјских околности у истој мери као и од међународних инструмената са формалноправном обавезујућом или необавезујућом снагом. На пример, Универзална декларација Уједињених нација, која је 1948. године усвојена као необавезан правни документ, данас је правно обавезна јер су бројна права у Декларацији накнадно унета у међународне уговоре. Али, она је обавезна и због тога што је у највећем броју држава савременог света преовладала правна свест о њиховој обавезности. То значи да суштина људских права није само позитивистичке природе. Она је, пре свега, везана за етичке изворе. Због тога, уставописци и законписци не смеју да дођу у искушење да та права укину или одузму. Такође, да би се у правној држави исправно примењивали закони, потребно је да се у домаћа законодавства унесу (имплементирају) политичке слободе и права у најширем смислу (право на слободу мисли, савести и вероисповести; право на слободно удруживање, право на мирно окупљање и удруживање и, посебно, право на слободне, поштене и у примереним временским периодима заказиване и одржаване изборе итд.). Такав каталог права може да се допуни, нарочито политичким правима којима се грађанима додатно гарантује успостављање стварног утицаја на управљање државом. Данас се сматра стандардом да из јавних послова који се

394 *Ibidem*, 26.

395 *Ibid.*, 30. Вид. М. Марковић, „Однос између политичких и социјално-економских права“, *Теорија*, 1–2, Београд 1987, 3–33.

састоје у доношењу устава или закона нико не може да се искључи или протезира, али да учествовање у вођењу јавних послова треба да буде омогућено првенствено домаћим држављанима. О томе је Слободан Јовановић, много пре усвајања међународних инструмената који зајемчују исто то право, рекао следеће: „у модерној држави законодавну власт не врши један човек, него једно тело чије чланове бира народ“.³⁹⁶ Пошто је демократија у правној држави непосредна само кад је у питању непосредно народно изјашњавање (референдум и плебисцит), то представничка демократија и представнички начин изјашњавања, који подразумевају да грађанин може да бира и да буде биран у органе који доносе политичке одлуке и правна правила (реч је о његовом активном и пасивном бирачком праву), постају најочигледније демократско средство. Као такво, оно је саставни део права на учешће у вршењу јавних послова.³⁹⁷ Ипак, као што искуство показује, избори и у најдемократскијим државама често не обезбеђују стварно изражавање воље грађана (нпр., због краће гласова и прекрајања изборних резултата). Очигледно, модерне демократије засноване на начелу правне државе и данас имају великих проблема да што потпуније спроведу грађанска и политичка права у пракси, и то права која су изван строге унутрашње надлежности државе. Та права „данас представљају питање од општег међународног интереса“, упркос томе што државе поседују драгоцено искуство стицано од грађанских револуција у Енглеској, Америци и Француској. Стање је исто или још теже у неким афричким једнопартијским државама или јужноамеричким, блискоисточним и азијским диктатурама. Неке земље, поготово у Средњој и Источној Европи, решење су пронашле у свеобухватној транзицији свог друштвеног система. То није био само пут својинске транзиције (приватизацијом њихових руинираних привреда), већ пут транзиције у погледу уношења (имплементације) грађанских и политичких права.³⁹⁸ И мада се највећи број транзиционих држава обавезао потписивањем Пакта о грађанским и људским правима да ће одредбе тог Пакта *одмах* да унесу и да поштују, и то од тренутка његовог усвајања и ратификовања, као и да ће „да предузму кораке до максимума својих расположивих средстава“ како би

396 С. Јовановић, *О држави. Основи једне правне теорије*, Београд 1922 (2011), 132.

397 Вид. Д. Митровић, „Слободан Јовановић о непосредном учешћу народа у законодавству“, у: *Дело Слободана Јовановића у свом времену и данас*, Београд 1991, 121–133.

398 Вид. Д. Хибер, *Својина у транзицији*, Београд 1998.

унеле економска, социјална и културна права која су предвиђена у Пакту о економским, социјалним и културним правима, стварност је показала да се значење речи „одмах“ у неким земљама протегло све до данас.³⁹⁹ Штавише, изгледа да у државама Средње и Источне Европе и даље постоји „огроман потенцијал за масовна кршења људских права, што се веома добро може видети на примеру етничких и верских ратова у некадашњој Југославији или у деловима некадашњег Совјетског Савеза“.⁴⁰⁰ Стање се погоршава и у демократијама развијенијег и богатијег Запада.

У чему се у поменутих земљама састоје тешкоће и препреке за обезбеђивање стварног вршења људских права и, на тај начин, за стварања услова за отварање пута ка демократији, правној држави и владавини права? Према општем убеђењу, снаге које се на глобалном плану супротстављају демократији и људским правима јесу покрети који су историјски поражени падом комунизма и напуштањем теорије о „социјалистичким људским правима“. Та чињеница је произвела бујање националистичких и шовинистичких режима. На пример, Фрањо Туђман је својевремено изјавио да Независна Држава Хрватска (злогласна НДХ, коју су 1941. године усташе прогласиле под међународним протекторатом), представља израз вековне тежње хрватског народа за стварањем властите државе. Та изјава хрватског председника је нанела велику штету стању људских права, нарочито када се ради о људским правима Срба и других грађана Хрватске који не деле такво мишљење.⁴⁰¹ У другим земљама, пак, ти покрети су прерасли у својеврсне „покрете беса“, који (обраћајући се масама увреженом марксистичком идеологијом) представљају опасну претњу људским правима и правној држави (Тупамароси у Уругвају, Црвени Кмери у Кампуџији или скинхедси у Чешкој, Немачкој итд.). Данас највећу опасност представља нарастајућа опасност од исламског фундаментализма за стање људских права (дискриминација жена приликом избора, драконско кажњавање према шеријатском праву, примена начела талиона: „око за око, зуб за зуб“ итд.).⁴⁰² То важи и однос правоверних мухамеданаца према припадницима других конфесија, чак и у „стомаку Европе“, према којима

399 Вид. чл. 2 Пакта о грађанским и политичким правима и чл. 2 Пакта о економским, социјалним и културним правима.

400 В. Димитријевић, *Неизвесност људских права на путу од самовластина ка демократији*, Сремски Карловци 1993, 16.

401 *Ibidem*, 16 и даље.

402 *Ibid.*, 42.

исламски фундаментализам такође испољава крању нетолеранцију. Најзад, у успону су повампирене снаге некадашњег националсоцијализма, нарочито у земљама које су га прихватиле и заговарале пре и током Другог светског рата (Немачка, Аустрија, Хрватска, Украјина итд.).

Као што може да се примети, а вреди поновити, правна држава и људска права су од својих почетака до данас прешли огроман пут. Тај пут – од уверења у неотуђива природна људска права, све до интернационализације људских права, тј. све до схватања да је правна држава саставни део међународног права – није био једноставан. То значи да сва питања савремених демократија – а нарочито питање правне државе или државе владавине права, као и питање поштовања људских права – потичу од сазнања о легитимистичкој премоћи стварне грађанске демократије, што је на крајње јасан начин испољено на међународном плану. Захваљујући свему томе, правна држава и владавина права се данас изједначавају са постојањем демократије. Уз то, правној држави је својствена једна еманципаторска црта. Она се у правној држави доводи пре у везу са постојањем и испуњавањем људских слобода и права него са испуњавањем материјалних, политичких и правних услова. Можда је од свега најупечатљивији систем ванправних јемстава за контролу и заштиту начела законитости, што правној држави омогућава даље развијање и усавршавање. Та способност почива, као и некад што је било, на трајном људском уверењу да у добро уређеном друштву треба да владају закони, а не људи.

5. Трансхуманизам, људска права и владавина права

Остаје још једно питање које треба барем поменути, ако не и озбиљно размотрити у светлу људских слобода и права. То је питање трансхуманизма и тзв. „трансхуманог права“. На неки начин, тиме покушава да се завири у будућност човечанства и права. А она није привлачна. У ствари, застрашујућа је. Скоро да се дословно може видети како је читав земљин глобус обмотан фином мрежом контактних каблова. Информација је постала најтраженија роба, ствар од које се живи, ствар која је насушна потреба, она која постаје живот или која га највећим делом обезбеђује. Такво „освајање слободе“ у новом раздобљу нејасно је и

неодређено названо „информатичко“, „трансхумано“ или „постљудско“ доба. У њему се ствара нека врста „новог индивидуализма“, наводно ослобођеног стега „грађанског друштва“. Човек постаје „неиндивидуа“ беспоговорно укључена у мрежу општег мимезиса (опонашања, имитације), тј. глобалну арену комуникације и симулације. Захваљујући доступности информација и прича, индивидуа у таквом друштву може себе доживљавати на многоструке начине, укључујући и онај најпогубнији за људску слободу – трансхуманистички.

Изгледа да право данас губи свој изворни смисао и постаје све више вредност по себи, а можда и „религија“ једног дехуманизованог, трансхуманистички замишљеног света у настајању заснованог на страху, свепознатости и прецизности. У таквом свету трансхуманистичког и еугеничког усмерења право се често сматра једним *modus operandi*, пуким средством или додатком обезбђујеном и умреженом (бившем) људском бићу. Може се запитати: да ли такво обезбђујено биће може да буде поседник људских слобода, права и уживалац благодати правне државе и владавине права? Да ли су људске слободе и владавина права уопште потребни једној таквој заједници уређеној према принципима (нпр.) мравље заједнице?

Те погубне идеје се данас све чешће уносе у системе права најразвијенијих земаља с циљем да се њиховом злоупотребом правно ограничи и затре још нешто мало преостале људске слободе. Тај напад на људски род психопате на власти или у њеној сенци називају „ресетовање“. Оно има за циљ стварање некакве „нове нормалности“ за нормалне јер су ненормални одавно у тој новој нормалности. На жалост, савремена развијена друштва слободу напуштају у корист сигурности, а демократију у корист безбедности. Све чешће се подржавају милитаристички и полицијски обрасци засновани на свеобухватном и непрестаном праћењу и контроли људских мисли и поступака. У таквим тоталитарним друштвима индивидуалност постаје грех, као и приватност.

Данашње право се налази на највећој прекретници од када постоји људски род због подложности новинама и „чудима“ технике, аутоматике или само наизглед неограниченог протока информација. Та чињеница још једном захтева преиспитивање места права, правних норми и правних вредности у свету речи и информација. Све више превладава представа да право своју истину више не заснива на истинама „старог грађанског друштва“. Умреженој суми информација старог грађанског друштва супрот-

стављају се „приче које обавијају планету“. Истиче се да се суштина права налази изван правног текста подједнако као и у њему самом, да приликом проучавања природе права треба применити приступ који ће омогућити да и друге приче „ослобођене индивидуе“ постану део појма права, ма шта то тачно значило. То је потребно учинити у име превазилажења „не-савремености“ правног текста, односно његове садашње ситуираности у једнодимензионалном „време – простор – акту“ итд.

Познато је трансхуманистичко истраживање Ребеке Роуч (*Rebecca Roache*). Реч је о водећем члану једног америчког тима који се бави истраживањем могућег утицаја футуристичких технологија на кажњавање, нарочито истраживањем затворских казни у будућности. У жижи њеног интересовања налазило се разматрање могућности развоја лекова који делују на мозак тако да он почне да мисли да време спорије пролази, толико да осуђеном преступнику казна од 10 година затвора изгледа као да издржава казну од 1000 година затвора. Разматра се и *ајлоудовање* људског мозга како би се убрзао његов рад, чак за 10 на 6 (шести) степен пута. У том случају, осуђеном преступнику би казна затвора изгледала као да је трајала 1000 година иако је стварно, тј. све друге, прошло тек 8 и по сати. Неоумица је у следећем – шта је боље: *држајти* неког у затвору у најбољим годинама његовог живота или *йорадијти* на његовом мозгу и после издржане казне (у трајању од 8 и по сати који изгледају као 1000 година затвора) пустити га на слободу? То су сасвим нове равни размишљања о етичности казне и њеном оправдању. Само, да ли би се у наведеним случајевима радило о истој личности, макар „побољшаној“.

Интересантан покушај представља рад на софтеру и уређају који користи вештачку интелигенцију за подизање оптужница против осумњичених са тачношћу од 97%. Такав високи проценат објашњава се експерименталним коришћењем података из више од 17.000 случајева и 1000 особина добијених из текста вербалног описа случаја који се у облику алгоритама уноси у уређај. Тврди се да створени рачунарски систем може у одређеној мери да замени тужиоце у процесу доношења одлука. Једино није одговорено на питање ко ће преузети одговорност када се догоди грешка: тужилац, машина или дизајнер алгорита?

Најновије је коришћење вештачке интелигенције за пресуђивање уместо судије. Не ради се о помоћној улози вештачке интелигенције (нпр., да се помогне судији приликом изрицања казни), већ о главној улози која се овог пута поверава уређају уместо

човеку. На пример, од 2020. године вештачка интелигенција „експериментално“ (за сада) обавља посао судије у једном малезијском суду. Ради се о софтверском програму Sarawak Information System који се користи за изрицање пресуде за кривична дела силовања и диловања дроге. Слично се размишља и поступа у кинеским судовима, у Естонији за спорове мале вредности, у Канади за послове роботских медијатора итд. Заговорници овог експеримента истичу да је изрицање казне доследније, брже и јефтиније. Али, претежу бројнији противници. Нарочито се противе адвокати, који оспоравају рад уређаја и истичу да судије, тужиоци и адвокати нису добили прилику да се упознају са начином на који вештачка интелигенција функционише. Такође, истичу да је употреба вештачке интелигенције неуставна јер правни прописи уопште не предвиђају такву могућност (нпр., Закон о кривичном поступку Малезије), да се коришћењем вештачке интелигенције ускраћује могућност разматрања олакшавајућих околности, да је искључена могућност коришћења судијског дискреционог права итд. Једно је сигурно – легитимност таквих система и одлука које доноси вештачка интелигенција не зависи само од правних решења која могу да се мењају, нити од тачности донетих одлука које могу да буду погрешне или престроге, већ и од самог начина на који су одлуке донете. Изгледа да трансхуманизам озбиљно продире у традиционалне институције људског рода. Начин на који се то чини не може да се оправдава јефтиноћом, тачношћу или брзином поступка. Као што је бесмислено да људи суде уређајима са вештачком интелигенцијом, тако је бесмислено и да исти ти уређаји суде људима. Наравно, ни овог пута није одговорено на питање ко ће преузети одговорност када се догоди грешка: судија, машина или дизајнер алгорита?

Следећи учинке и савремену праксу правне државе може се запитати: није ли правна држава данас свесно жртвована и напуштена људска творевина. Она све више представља вредност од које се свакодневни људски живот све више удаљава у правцу трансхуманизма и трансхуманог права. Али, иако правна држава никад није остварена како је замишљена, то не одузима смисао потражи за бољом и најбољом правном државом, у којој се лако могу препознати људски и демократски друштвени садржаји. Таква напор је једина гаранција да још нису напуштене главне цивилизацијске тековине из којих је и због којих је правна држава настала као савремени садржај старог начела законитости.

ЗАКЉУЧАК

Начело законитости има важну улогу и место у сваком друштву. Због тога и данас побуђује несмањено интересовање. Вероватно се главни разлог налази у чињеници да законитост припада појавама које су стално „отворене“, које су у „сталној промени“, у којима се преплићу правна филозофија, теорија, речју правна наука са правном праксом и свакодневним животом. Такво интересовање за начело законитости потврђује и илуструје обимна правна литература различитог карактера, обима и намене, као и обиље савета о томе шта треба да се учини да би законитости било више а незаконитости мање.

Обиљу литературе посвећене законитости, одговара обиље одговора о томе шта збиља јесте законитост. Два главна значења, као и огроман број гледишта о томе шта је законитост, готово да сами по себи указују на потребу да се стално испитују појам, садржина и облици законитости.

Интересовање за начело законитости произилази и због стално присутног „незадовољства“ стањем и квалитетом законитости. То не треба да чуди, јер се законитост у друштву увек појављује као „средина“ између њене идеалне примене и спонтаног понашања људи, независног од правних правила. То је разлог због кога законитост никад не удовољава у целости постављеним циљевима, али готово увек представља брану самовољи и произвољности.

Своју кохезивну снагу законитост никад не поседује сама по себи, јер никад у потпуности не траје као саставни део правне свести људи, већ своју снагу добија у име вредности које тек треба да оствари у друштву.

Законитост се као изразито динамичко начело никад не остварује потпуно, него делимично, тј. релативно, у мери у којој треба да обезбеди неопходну животворност нормативном и правном поретку. Ова значајна одлика законитости, њена средишња црта,

производи исте такве последице: неефикасном поретку никаква законитост не може да помогне. И обратно, поретку који одговара стварности законитост обезбеђује ефикасност које не би било да ње нема. То значи да незадовољство стањем и квалитетом законитости произилази из несклада између циља законитости и њених могућности. Са њом људи рачунају не само због тога што је желе већ из нужде, због тога што би живот био много гори да нема законитости.

Законитост се може одредити као правило или скуп правила како ће право да се спроводи, тј. као облик извесности у праву. Она има своју суштину (идеју), свој карактер, садржај и облике, који показују три нивоа у њеном појму: филозофско-правни, социолошко-политички и нормативно-правни. Таквој слојевитости одговара место законитости: она заузима средишње просторе у правном и друштвеном поретку. Она није само једно између више сличних правних начела, него је најважније динамичко правно начело.

Као облик извесности у праву, законитост треба да обезбеди предвидљивост у односима међу људима. Пошто сви друштвени односи нису регулисани правом, то се ни извесност не односи само на право него на све нормативне појаве.

Извесност, у најкраћем, произилази из човекове свести о себи као нечем различитом од природе чији је део и која га окружује. Свест о властитом постојању и потреба да се постојање обезбеди (сачува и продужи), стварају и утврђују човеков лични (субјективни) став (и поглед) према свету. Он се емотивно испољава као брига за (властито) постојање, а рационално као извесност (или неизвесност). Извесност се у нормативном облику испољава као захтев да нешто треба да се чини, да не треба да се чини или да може да се чини, све то како би се отклонила или умањила неизвесност и успоставила или повећала извесност. Таква извесност је према настанку субјективна или објективизована творевина (када је прихваћена у заједници), јер је потпуно објективна извесност несазнатљива и недоступна људском уму. То је основ на коме се може успоставити веза између порекла извесности и суштине законитости.

Извесност представља и посебну вредност. Та вредност је непроменљива, иако су историјски и садашњи пореци са начелом законитости променљиви у сваком погледу. Она као посебна правна вредност може тако да се одреди из два разлога. Прво, свака је извесност у одређеној мери неизвесност, па се отклањање

неизвесности поставља као посебан циљ а извесност схвата као посебна вредност. Извесност као вредност у наведеном смислу значи да поредак „нормално“ функционише, тј. да је поредак у тој мери ефикасан да је право задовољавајућег стања и квалитета (*de lege lata*). И, друго, извесност као правна вредност може да послужи као мерило за критичко расуђивање о стању и квалитету било ког конкретног поретка и права (*de lege ferenda*).

Извесност нарочито треба разликовати од сигурности као вредности, а правну извесност од правне сигурности. Будући да између њих постоји делимично подударање, то се појмови правне сигурности и правне извесности често неоправдано изједначавају. Наиме, до потпуног подударања појмова правне извесности и сигурности могло би да дође само када би се извесност поспуно остварила, тј. када би постала сигурност. Пошто то никад није случај са правом и законитошћу, који никад не могу да постигну хармонично стање еуномије, у свим другим случајевима потребно је јасно разликовати извесност од сигурности и правну извесност од правне сигурности. То важи и за правну извесност. И она би могла да постоји само када би се право потпуно (идеално) примењивало. Пошто то није случај, боље је да се за нормално функционисање права користи израз правна извесност уместо израза правна сигурност. Чак и када би поредак функционисао на најбољи могући начин, још увек би постојала незаконитост, макар у малом и прикривеном облику. То не противречи тврдњи да сваки правни поредак настоји да постане сигуран. Али, у наведеном смислу, ниједан поредак не може више него да буде изванредан. То је још један разлог због чега суштини законитости више одговара појам правне извесности. Правна сигурност, посматрана са становишта правне извесности, јесте или идеална, недостижна вредност, или је остварена, бивша извесност. Извесност у првом случају припада свету вредности, а у другом свету прошлости.

Док је суштина законитости непроменљива, дотле су њен карактер и садржина подложни променама. Те промене не искључују извесност, већ је подразумевају, јер извесност није само засебна правна вредност, већ и ознака за стање права и законитости. Без извесности ниједан поредак не би могао да постоји. Најпоузданије средство за њено одржавање представља њено претварање из спонтаног у облик „наметнуте извесности“. Наметнута извесност значи да законитост није више резултат спонтаног стварања и одржавања, већ свесног и планског наметања заснованог на хијерократском начину владања и хијерархијском уређењу друштва, државе и права.

Када је реч о политичким и правним облицима начела законитости, чини се као да они имају независно кретање, иако је та независност само привидна. Ипак, тамо, где је уместо демократије аутократија, уместо подела власти њено јединство оличено у личности владара, уместо рационалне државе са функционалном демократијом свемоћна држава и бирократија као засебна водећа политичка снага, уместо права произвољност и самовоља – тамо постоји држава безакоња. Тамо, где је власт подељена а управа подређена иако не и до краја спутана законима – тамо постоји законска држава. Тамо, пак, где је уместо аутократије демократија, уместо јединства власти њена подела, уместо свемоћне државне бирократије рационална држава са функционалном бирократијом, уместо владавине људи владавина права, уместо заосталости и инфериорности просвећеност, еманципованост и афирмативан став према праву – тамо је правна држава. Држава са законима постојаће увек када целисходност и самовоља имају предност над законитошћу, законска држава када формално начело законитости има предност над начелом целисходности, а правна држава када *ratio iuris* однесе потпуну превагу над *ratio statusom*. Очигледно, да су људи желели правду, одавно су могли да је имају. Уместо тога, створили су правну државу са њеним предностима и недостацима.

Постојање правних облика државе значајно је због тога што „наметнуту извесност“ употпуњавају одговарајућим садржајима, као и због тога што на тај начин омогућавају одређивање објективне и субјективне границе начела законитости. Објективна граница је одређена потребом да поредак функционише, да барем у толерантној мери буде ефикасан, па је због тога извесност својствена сваком правном поретку. Наиме, законитост као владарева воља или као правно начело у демократским друштвима, надахнуто хуманистичком идејом, извесност чине различитом али је не укидају упркос томе што закон моћи и ауторитета и ауторитет и моћ закона нису исто. Субјективна граница начела законитости као наметнуте извесности, пак, произилази из потребе да се различите врсте правне извесности међусобно разликују и вреднују. Одређивање субјективне границе због тога зависи од одговора на питање: ко треба да има предност у друштву – држава или грађани? Ради се о старом проблему на који су давани различити одговори. Најупечатљивији су опречни одговори Хобса и Русоа. Произилази да ако се предност да држави а начело законитости схвати као средство државне власти, субјективна граница

начела законитости налазиће се у садржајима свести оних који су у могућности да своју вољу тумаче као општу. Таква законитост се најлакше препознаје у изреци *Quod principi placuit, legis habet vigorem*. Али, ако предност имају грађани, тада субјективна граница постоји и служи као мерило за разликовање слободног од забрањеног. Њен је задатак да потврди легитимну моћ права и спречи изигравање и изопачавање права.

Да слободе и права могу да буду угрожени чак и када су формално загарантована показују велике тешкоће са остваривањем начела законитости и владавине права у некадашњој СФРЈ. Оне згодно илуструју до које мере формално подржано начело законитости може да буде напуштено. Непоуздан правни апарат контроле, надзора и заштите, нарушено хијерерхијско начело у кључним друштвеним областима, конфедерализовање југословенске државне заједнице, формализовање најшире проглашеног концепта самоуправљања и девалвирање проглашене демократије, уз гломазан административни систем и одлучујућу улогу политичког резона над нормалним и законитим радом институција, учинили су да се незаконитост умножи и рашири у најважнијим областима друштвеног живота. Све то је за последицу имало да јединствена законитост буде замењена консенсуалном, заједничком законитошћу као неком врста збира законитости држава-чланица. Очигледно, проблеми који онемогућавају остваривања законитости у некадашњој СФРЈ нису били само ствар личне неодговорности или политичке непромишљености, већ су свесно били уграђени у правни, државни и друштвени систем земље која је престала да постоји. Народи некадашње Југославије су издани, поробљени и опљачкани. На реду су еугенички пројекти на смањењу популације.

И данас југословенска законитост пре може да се одреди према карактеристичним облицима незаконитости. Посебно место међу њима, припада тзв. „системској незаконитости“, јер је сам систем репродуковао на редован начин; дисперзивној незаконитости, јер је правна аутономија схваћена као средство за прикривање самовоље носилаца партијске, државне и друштвене власти; бирократској незаконитости, јер је захтев за више правде и права замењен захтевом за више прописа; и масовној незаконитости, јер је право поштовао само онај ко је то морао. Постојало је право, али стварно није постојала правна држава.

Начело законитости представља и нормативни правни захтев за сагласношћу са законом. Сагласност са законом није ништа друго него нормативни начин испољавања извесности у праву.

Готово сви текстови који говоре о праву, поретку и сагласности, у свари, говоре о законитости. Сагласност треба да обезбеди поредак аката и неопходну ефикасност. На тај начин могу да се доведу у везу суштина, тј. идеја начела законитости са друштвеним карактером, садржајима и правним облицима. Али, сам захтев за сагласношћу са законом представља тек препознатљиво позитивноправно обележје начела законитости. Он често није захтев за сагласношћу са животним чињеницама. Зато мит о свемоћи начела законитости треба одбацити као и идеју о сувишности законитости. У том простору, између претпостављене свемоћи и немоћи, налази се свака законитост.

На самом крају вреди навести један пример како се чувају законитост и владавина права. Тиче се „афере Кетрин Греј“ у Великој Британији из 2003/4. године и биће препричан у најкраћим цртама.⁴⁰³ Реч је о младој, честитој и храброј дами, Кетрин Греј, која је радила као преводилац за азијске језике у британској обавештајној служби. Случајно је дошла до мејла једног од обавештајаца који је указивао на договоре да се прислушкују чланови ирачке делегације у Великој Британији. Будући да није имала коме другом да се обрати, а као грађанин није хтела да ћути, то је своја сазнања пренела медијима. Министарство унутрашњих послова је одмах наложило њено хапшење 2003. године по Закону о националној безбедности због одавања поверљивих података. Против ње је поведен судски процес, док је исто министарство заједно са неким својим службама проследило суду своје „мишљење“ са „предлозима“ који су имали за циљ да дискредитују у очима суда и јавности младу узбуњивачицу. Нарочито се истрајавало на томе да јој суд одреди забрану изношења података (*gagging orders*), да нареди да не сме износити податке које сазна на радном месту и да као „недостойна службеница“ буде осуђена на најстрожу казну затвора. Извршна власт је желела да уништи особу којој систем није пружио никакву заштиту.

А онда је на сцену ступио судија који је издао налог министру унутрашњих послова да у року од 24 сата достави све поверљиве податке о којима је Кетрин Грин говорила суду и јавности. Судија је такође захтевао од јавног тужилаштва да испита начелнике свих органа министарства унутрашњих послова који су се обраћали

403 Опширније вид. прилог проф. др Александра Фатића „Србији су неопходне младе и храбре судије“ (srbinaokup.info дана 7. новембра 2020). Као гостујући предавач на London School of Economics and Political Science 2003/2004. године био је сведок те чувене афере.

суду и достављали поднеске против тужене. И најважније, суд је донео одлуку да Кетрин Ган одмах буде пуштена на слободу и да јој изричито буде предочено да има право да јавно говори о свему што је сазнала.

Неколико дана касније, један од саветника министра унутрашњих послова јавно је оценио Кетрин Ган као „особу коју су сви органи власти окарактерисали као проблематичну“. На то је исти судија наложио да се тај саветник појави пред судом и објасни своје понашање под претњом хапшења и одређивања притвора због непоштовања суда.

Такав исход се може сматрати крајње изненађујућим за све осим за оне који су упућени у пословичну сумњичавост судова према извршној власти у Великој Британији. Упркос чињеници да судска власт ни у систему поделе власти није самостална, јер чини један од три главна дела исте државне организације, судије су независне када одлучују. Та чињеница судијама омогућава да доносе правичне одлуке, поштујући законитост и уздижући вредност владавине права. Изгледа да у Енглеској и даље влада закон, а овим судије. Да ли само за Енглезе?

BRIEF CONCLUSION

The principle of legality is an extremely significant social and legal principle which has its own substance, contents and various legal forms.

The principle of legality represents a rule or a set of rules dealing with the way in which law is to be exercised. Because of that, the principle of legality should provide certainty, i.e., predictability in relationships among people, short of which not one social and legal system can be conceived. Certainty thus permeates legality and determines its substance.

The principle of legality also possesses the appropriate content pointing to its social and political aspects and showing it as the so-called imposed certainty.

As a result, legality as the imposed certainty represents the appropriate hierocratic structure of a society, due to which it may be easily linked with adequate concepts of state and law. Namely, law is a spontaneously or consciously deliberately created system of certainty, which should provide for predictability in behaviour of subjects of law and reliability in functioning of institutions, while the state, on which law relies, is the main stabilizer and regulator of the accumulated controversies, which should eliminate insecurity and neutralize uncertainty.

The content of legality determines legal forms of a state as well, among which special place is dedicated to the state with laws, legal state and rule of law with different varieties.

The existence of the mentioned legal forms of state, i.e., social and political forms of legality is important because they complement imposed certainty with appropriate content and enable determination of objective and subjective limits of legality. Anyway, the content of the principle of legality also determines its social role, which is indisputable.

The principle of legality also exists as a normative request for conformity with law. However, conformity with law is nothing else but a

distinctive way in which certainty manifests itself in law. Almost all legal texts dealing with system and conformity, concern themselves (directly or indirectly) with legality. Conformity should provide order of rules, rendering thus the necessary measure of legal efficiency. In this way the substance of legality could be brought into connection with its content and legal forms.

The request for conformity with law represents however only the recognizable positive-legal characteristic of the principle of legality. However, more often than not it is not a request for conformity with the facts of life and needs. Because of that, a myth that is unjustifiably attributed to legality as the omnipotent legal principle should be rejected equally as the views on redundancy of legality. The pressing need to do that lies in the fact that impotence of legality is not always its true impotence, but impotence of people to lawfully fulfill their will, and especially to conform legality with causes driving them and consequences produced by them. In that space – in between illusory omnipotence and frequent impotence – lies every legality. Legality is therefore inherent to any system because its task is to introduce and ensure certainty and predictability in relationships among people, regardless of its concept, content and political and legal forms.

АБСТАКТИ

УВОД

ПРЕТХОДНИ ПОЈАМ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

Изрази за начело законитости. Начело законитости у правнотеоријским расправама. Противречан карактер начела законитости и његово релативно остваривање. Главна значења начела законитости у правној теорији и пракси. Одређивање дефиниције законитости. Право и законитост као извесност. Место начела законитости. Законитост заузима средишње просторе у сваком правном поретку. Значај начела законитости и литература.

ПРВИ ДЕО

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ И САВРЕМЕНА УЧЕЊА О НАЧЕЛУ ЗАКОНИТОСТИ

І глава

ЗАКОНИТОСТ У СТАРОМ И СРЕДЊЕМ ВЕКУ

Митска предања старих Грка: Темис и Дике. Прелазак са митоса на логос и номос. Сократ, Платон, Аристотел, стоици, Епикур, Тразимах, Сенека, М. Аурелије, Цицерон, Улпијан, Јеванђеље, Јустин, Атенагора, Ориген, Лактанције, А. Августин, Т. Аквински, М. Лутер, Х. Цвингли, Ж. Калвин, Ф. Меланхтон, П. Абелар, М. Падовански, Ф. Бекон, Т. Мор. Јустинијанов *Corpus iuris civilis*, Василике, Велика повеља о слободама, Душанов законик.

ІІ глава

ГРАЂАНСКА ЗАКОНИТОСТ

Н. Макијавели, М. де Монтењ, Ф. Хотман, Ј. С. Брутус, Џ. Бјуканан, Т. Хобс, Б. де Спиноза, Џ. Лок, Волтер, Ш. Монтескје, Ж.-Ж. Русо, И. Кант, Ј. Г. Фихте. Политичко-правни документи младих грађанских држава: *Agreement of People*, *Body of Liberties*, *Law of Liberties*, *Bill of Rights* државе Вирџиније од 12. јуна 1776. године, Декларација о независности

Сједињених Америчких Држава од 4. јула 1776. године, Декларација права човека и грађанина из 1789. и 1793. године. Божидар-Божа и Михаило Грујовић, барон Холбах, Жан Жорес, Л. Диги, Р. фон Јеринг, Х. Келзен. Грађанска (буржоаска) законитост – појам и главна значења. Друштвени карактер грађанске законитости у радовима њених критичара (Маркс, Енгелс, Лењин) и покушаји стварања социјалистичке законитости. Грађанска демократија и законитост. Етапе грађанске демократије и законитости. Заобилажење и изигравање грађанске демократије и законитости у савременим грађанским друштвима (Р. Дарендорф, П. Килмансег, Н. Чомски). Стална обележја и савремени значај грађанске законитости.

III глава
ГЛАВНА САВРЕМЕНА ГЛЕДИШТА
О ПОЈМУ ЗАКОНИТОСТИ

Европски континентални систем права и англосаксонски систем права. Начело законитости у европској континенталној теорији права: анегдота о Фридриху II и млинару, Х. Келзен, Л. Диги, Р. Бонар, Ш. Ејзенман, Ж. Ведел, А. де Лобадер, М. Чхиквадзе, С. С. Алексејев. Начело законитости у англосаксонској теорији права: Чикашки колоквијум (Ч. Џ. Хамсон), Делхијска декларација, Лагошки документ и унификација појмова правне државе и владавине права, А. В. Дајси, В. И. Ј. Џенингс, В. А. Робсон, Ј. Ф. Гарнер, Ф. А. Хајек, Р. М. Џексон. Учење Џ. Б. Ролса о вези правде, слободе, правног система, одговорности и владавине права. Начело законитости у домаћој правној теорији: Ф. Тарановски, И. Крбек, Р. Лукић, Б. Перић, Ј. Ђорђевић, С. Врачар.

III глава
ГЛАВНА САВРЕМЕНА ГЛЕДИШТА
О ПОЈМУ ЗАКОНИТОСТИ

Европски континентални систем права и англосаксонски систем права. Начело законитости у европској континенталној теорији права: анегдота о Фридриху II и млинару, Х. Келзен, Л. Диги, Р. Бонар, Ш. Ејзенман, Ж. Ведел, А. де Лобадер, М. Чхиквадзе, С. С. Алексејев. Начело законитости у англосаксонској теорији права: Чикашки колоквијум (Ч. Џ. Хамсон), Делхијска декларација, Лагошки документ и унификација појмова правне државе и владавине права, А. В. Дајси, В. И. Ј. Џенингс, В. А. Робсон, Ф. А. Гарнер, Ф. А. Хајек, Р. М. Џексон. Учење Џ. Б. Ролса о вези правде, слободе, правног система, одговорности и владавине права. Начело законитости у домаћој правној теорији: Ф. Тарановски, И. Крбек, Р. Лукић, Б. Перић, Ј. Ђорђевић, С. Врачар. Унификовање правне државе и владавине права

ДРУГИ ДЕО ПОЈАМ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

I глава ИЗВЕСНОСТ И ЗАКОНИТОСТ

Научно-филозофска заснованост идеје извесности у природним наукама: Џ. М. Кејнс, Х. Рајхенбах. Извесност као творевина свести и њено стање: Л. Витгенштајн, К. Г. Јунг, К. Попер. Идеја извесности у радовима филозофа и теоретичара: Т. Аквински, Р. Декарт, Б. де Спиноза, Ђ. Вико, Ф. К. Кауфман, Џ. Лок, И. Кант, П. Фојербах, П. Негулеско, Ф. Шрајер, М. Хајдегер, О. В. Холмс, К. Лјуелин, Џ. Франк, Н. Бобио, М. Вебер, Н. Луман, А. Гјерер, Ј. Хабермас. Извесност у радовима домаћих писаца: Ђ. Тасић, Р. Лукић, Т. Живановић. Појам извесности и законитост као извесност. Извесност као правна вредност и циљ законитости. Разлози за одређивање извесности као вредности. Извесност као засебна вредност. Правна извесност и правна сигурност. Правна извесност и неизвесност. Правна неизвесност и правна несигурност. Веза правне извесности са другим правним вредностима. Правна извесност као правно-техничка вредност. Правно регулисање, рационализација, рефлексивност и хабитуализација права. Карактер законитости као извесности. Извесност као стање и квалитет конкретног права. Различите стране законитости као стања извесности. Услови који одређују стање начела законитости као извесности. Објективна и субјективна граница начела законитости. Правни облици државе. Објективна, објективизирана и субјективна законитост. Искусствена (емпиријска) законитост. Извесност као нормативан правни појам. Врсте нормативне законитости. Законитост и незаконитост. Дефиниција начела законитости као извесности.

II глава ОБЕЛЕЖЈА ЗАКОНИТОСТИ И ЊЕН ОДНОС ПРЕМА СРОДНИМ ПРАВНИМ НАЧЕЛИМА

Обележја начела законитости: везаност за државу и право, универзалност, јединственост, релативност. Начело законитости и друга правна начела: саправност, уставност, подзаконитост, самоуправност, друштвена правилност. Начело законитости и друге правне вредности: правда, правичност, слобода, људско достојанство, толеранција, сигурност, једнакост, ред, мир, целисходност, делотворност, чисто техничке правне вредности.

III глава ХИЈЕРАРХИЈА И НОРМАТИВНА ЗАКОНИТОСТ

Хијерократски основ законитости. Хијерократија као реч и појам. Хијерократија као основ за организовање друштва и државе. Хијерократија и начин производње, организације државне власти и њених творевина.

Друштвени и правни појам хијерархије. Хијерархија као реч и појам. Главна значења хијерархије. Хијерархија као друштвена појава. Државна и правна хијерархија. Хијерархија и правни поредак. Однос хијерархије и законитости. Утицај хијерархије на законитост. Утицај законитости на хијерархију. Сличности и разлике између хијерархије и законитости. Хијерархија, законитост и правни поредак. Законитост и правна снага аката. Средства за обезбеђивање законитости правних аката: тужба, редовни и ванредни правни лекови. Управни спор. Уставни суд. Заштитник грађана (омбудсман). Санкције због незаконитости правних аката – поништавање аката (ништавост и рушљивост). Правоснажност правних аката. Ступање на снагу правних аката. Извршност правних аката.

ТРЕЋИ ДЕО ПОЛИТИЧКИ И ПРАВНИ ОБЛИЦИ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

І глава ПРАВНИ ОБЛИЦИ ДРЖАВЕ

Учења о облику државе и правна теорија државних облика. Одређивање идеалног и најбољег облика државе: Платон, Аристотел, Полибије, Цицерон, Џ. Фортескју, С. Пуфендорф, Џ. Лок, Ж.-Ж. Русо, Ш. Монтескје, И. Кант, Х. Спенсер, Л. Х. Морган, Е. Диркем, М. Вебер, М. Шелер, Ф. Нојман, М. Диверже, Д. Е. Аптер, Г. Олмонд, Г. Острогорски. Појам правног облика. Државни и правни облици права и државе. Држава безакоња (појам, обележја, карактеристичне одлике). Примери државе безакоња (атински полис, држава просвећеног апсолутизма, савремене аутократије). Законска држава (порекло и настанак, појам, однос законске државе према полицијској држави, оцена и донети законске државе). Правна држава и владавина права. Правна држава у радовима њених твораца. Идеја правне државе. Формални и садржински појам правне државе. Правна држава и легитимност. Правна држава и демократија. Правна држава и владавина права. Противречности у правној држави – правна држава као не-правна држава, стари и нови прагматски изазови правној држави. Правна држава – владавина права и стање државне нужде. Римска диктатура, француска установа опсадног стања (*l'état de siège*), англосаксонска (енглеска) установа унутрашњег ратног стања (*martial law*) и америчка установа ванредних уставних овлашћења (*constitutional emergency powers*). Претварање држава владавине права у државу националне сигурности. Секундарно законодавство у Великој Британији и извршне наредбе америчког председника. Владавина права и наднационално уједињавање у Европску унију. Улога правних трансплантата. Међународна владавина права: *thin and thick rule of law*. Светска правна држава.

II глава
ГЛОБАЛИЗАМ И ТРАНСХУМАНА
ВЛАДАВИНА ПРАВА

Идеја европске федерације. Стварање правних институција и наднационалног права Европске уније доношењем наднационалних извора права. Процес глобализације и улога правних трансплантата. Унификације појмова правне државе и владавине права у теорији међународног права и разликовање thin и thick rule of law. Међународна и светска владавина права. Глобална светска влада (држава). Трансхуманизам или онечовечење.

ЛИТЕРАТУРА

- АВРАМОВИЋ, Д.: *Савремена њравна држава. Правнојтеоријски аспекти*, докторски рад, Нови Сад 2011.
- АВРАМОВИЋ, Д.: *Увођење ванредној сјања*, магистарски рад, Нови Сад 2009.
- АЛЕКСЕЕВ, С. С.: *Общая теория права*, I–II, Москва 1981.
- АЛОТТ, А.: *The Limits of Law*, London 1980.
- ANNALES DE LA FACULTÉ DE DROIT D'ISTANBUL, No. 12, 1959.
- АНАЛИЗА О СТАЊУ, ОСНОВНИМ ПРОБЛЕМИМА И ПРАВЦИМА ДАЉЕГ РАЗВОЈА ПРАВНОГ СИСТЕМА СФРЈ, материјали (део први-шести и резиме), Београд 1984.
- АРАНЂЕЛОВИЋ, Д.: *Принципи државној уређења у скорој њрошлости и садашњосји*, Београд 1935.
- АРЕНТ, Х.: *Извори њојјалијаризма*, Београд 1998.
- АРЕНТ, Х.: *О револуцији. Одбрана јавне слободе*, Београд 1991.
- АРИСТОТЕЛ: *Полијика*, Београд 1960.
- BASSO, L.: „Коришћење политичко-правних институција у преласку у социјализам“, *Марксизам у свеју*, бр. 2, Београд 1974.
- БАСТА, Л.: *Полијика у јранцима њрава. Сјудија о ајлосаксонском конјијуционализму*, докторски рад, Београд 1984.
- BERMAN, H. J.: *Justice in SSSR*, Cambridge 1966.
- BARZEL, Y.: *A Theory of the State*, Washington 2002.
- BECCARIA, C.: *О злочинима и казнама*, Split 1984.
- BERGEL, J. L.: *Théorie générale du droit*, Paris 1985.
- BEVIR, M.: *The Logic of the History of Ideas*, Cambridge 2002.
- БИХАРИ, О.: „Уставност и законитост“, *Сјрани њравни живои*, бр. 46, Београд 1965.
- БЛАГОЈЕВИЋ, С.: *Грађанско друштво, њолијичка држава, њравна држава*, Подгорица 2002.
- БЛАГОЈЕВИЋ, С.: *Право и сјварносји*, Београд 1995.
- БЛОХ, Е.: *Природно њраво и људско досјојансјиво*, Београд 1977.

- BLUNTSCHLI, J. K.: *The Theory of the State* 2001.
- БОБИО, Н.: *Доба права. Дванаест есеја о људским правима*, Београд 2008.
- БОБИО, Н.: *Будућности демократије. Одбрана правила и пре*, Београд 1990.
- BOBBIO, N.: *Pravo i sila. Eseji iz teorije prava*, Split 1988.
- BOONM, D.: *Cjelovitost i implicitni red*, Zagreb 2008.
- BORKOVIĆ, I.: *Upravno pravo*, Zagreb 1981.
- BONNARD, G.: *Précis de droit administratif*, Paris 1935.
- БРАТУС, С. Н.: *Юридическая ответственность и законность*, Москва 1976.
- BRETT, A. S.: *Liberty, Rights and Nature, Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge 2003.
- VARGA, C.: „Varieties of law and rule of law“, *Transition to rule of law*, Budapest 1995.
- VASSALI, G.: *Nullum crimen sine lege*, Torino 1939.
- WALCER, M.: *On Toleration*, New Haven 1997.
- ВЕБЕР, М.: *Привреда и друштво*, I–II, Београд 1976.
- VEDEL, G.: *Droit administratif*, Paris 1968.
- ВЕЉКОВИЋ, Т.: „Слаби ли ауторитет закона и законности?“, *Уставности и законности*, бр. 4, Београд 1981.
- VILLEY, M.: *Pravo i prava čovjeka*, Zagreb 2002.
- VIŠKOVIĆ, N.: *Teorija države i prava*, Zagreb 2001 (2006).
- ВИСКОВИЋ, Н.: „Хетерономна и аутономна правна регулација“, *Право и самоуправљање*, бр. 2–3, Београд 1983.
- ВИШИНСКИ, А. Ј.: *Теорија судских доказа у совјетском праву*, Београд 1948.
- VOLKMAN-SCHLUCK, K. H.: „Појам ауторитета“, *Политичка мисао*, бр. 3, Београд 1969.
- VOLKMAN-SCHLUCK, K. H.: „Слобода и једнакост“, *Политичка мисао*, бр. 3, Београд 1969.
- ВОПЛЕНКО, Н. Н.: „Сфери изражавања социјалистичке законности“, *Советско государство и право*, Но. 11, Москва 1978.
- ВОТСОН, А.: *Правни трансилани. Присјуй ујоредном праву*, Београд (2000) 2010.
- ВРАЧАР, С.: „Правно обликовање политике“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1, Београд 1985.
- ВРАЧАР, С.: „Раскорак између нормативитета и фактицитета“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4, Београд 1985.
- ВРАЧАР, С.: „Право као компонента политике“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1, Београд 1984.
- ВРАЧАР, С.: „Тезе о правном систему СФРЈ“, у зборнку радова: *О правном систему СФРЈ*, Београд 1979.

- ВРАЧАР, С.: „Релативно остваривање прокламованог принципа законности у Совјетском Савезу“, у зборнику радова: *Симпозијум о основама и облицима уставности и законности у социјализму*, САНУ, Београд 1967.
- ВРАЧАР, С.: „Нормативни (ф)акти социјалистичког државноправног поретка“, у зборнику радова: *Извори права у самоуправном социјалистичком друштву*, Београд 1967.
- ВРАЧАР, С.: *Социјална садржина функције државноправног поретка*, Београд 1966 (1996).
- ВРАЧАР, С.: „Револуција и дисконтинуитет правног поретка“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4, 1961.
- ВРАЧАР, С.: „Три основна принципа државне организације“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3–4, 1960.
- VRBAN, D.: *Država i pravo*, Zagreb 2003.
- ВУКАДИНОВИЋ, Г.: *Теорија државе и права I-II*, Нови Сад (2007) 2008.
- ВУКАДИНОВИЋ, Г; СТЕПАНОВ, Р.: *Теорија права II*, Нови Сад 2002.
- ВУКАДИНОВИЋ, Г; СТЕПАНОВ, Р.: *Теорија права I*, Петроварадин 2001.
- ВУКАДИНОВИЋ, Г.: *Правна држава*, Нови Сад 1995.
- ВУКЧЕВИЋ, Ђ.: *О уставној држави и њезиним основама*, Нови Сад 1867.
- ВУКСАНОВИЋ, В.: *О појму правног поретка и државе*, Београд 1931.
- GARNER, J. F.: *Administrative Law*, London 1979.
- GATARIĆ, Đuro.: *Samoupravno pravo*, Zagreb 1980.
- ГЕРШИЋ, Г.: *Енциклопедија права*, Београд (1918) 2011.
- ГЛИНТИЋ, Т.: *Правда, слобода, једнакост*, Београд 1995.
- ГЛОБАЛНИ СВЕТ, зборник радова, Београд 2003.
- ГРЕЈ, Џ. Ч.: *Либерализам*, Београд (Подгорица) 1999.
- ГУРВИЧ, Ж.: *Социологија права*, Београд (Подгорица) 1997.
- ДВОРКИН, Р.: *Царство права*, Београд 2003.
- DVORKIN, R.: *Shvaćanje prava ozbiljno*, Zagreb 2003.
- D' ENTRÉVES, A. P.: *The Notion of the Law*, Oxford 1968.
- D' ENTRÉVES, A. P.: *The Notion of the State*, Oxford 1967.
- ДЕРИДА, Ж.: *Сила закона*, Нови Сад 1995.
- ДИГИ, Л.: *Преображају јавног права*, Београд 1929 (1998).
- ДИЗДАРЕВИЋ-ПЕЛЕШ, М.: *Право, држава, холијика*, Сарајево 1987.
- ДИЗДАРЕВИЋ-ПЕЛЕШ, М.: „Право, закон, законитост“, *Гледишта*, бр. 9, Београд 1972.
- ДИЗДАРЕВИЋ-ПЕЛЕШ, М.: „Кауцки и Лењин о законитости у периоду диктатуре пролетаријата“, *Прејлед*, бр. 11–12, Сарајево 1967.

- DICEY, A. V.: *Introduction to the study of the Law of constitution*, London (1927) 1982.
- ДОГОВОРИ РЕПУБЛИКА И ПОКРАЈИНА КАО НАЧИН ОСТВАРИВАЊА ЗАЈЕДНИЧКИХ ИНТЕРЕСА У ЈУГОСЛАВИЈИ, *Прво, теорија и пракса*, бр. 7–8, Нови Сад 1985.
- ДРУШТВЕНИ ДОГОВОРИ КАО ПРАВНИ АКТИ, зборник радова, Београд 1978.
- ДРУШТВЕНО-ЕКОНОМСКА СТАБИЛИЗАЦИЈА И УСТАВНОСТ И ЗАКОНИТОСТ, зборник радова, Нови Сад 1985.
- DUVERGER, M.: *Демократија без народа*, Београд 1968.
- DUGUIT, L.: *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1930.
- ДУШАНОВ ЗАКОНИК, приредио Н. Радојчић, Нови Сад 1950.
- ЂОРЂЕВИЋ, Ј.: *Социјализам и слобода*, Београд 1982.
- ЂОРЂЕВИЋ, Ј.: „Право, правосуђе и уставност у југословенској социјалистичкој револуцији“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3, Београд 1981.
- ЂОРЂЕВИЋ, Ј.: *Уставно право*, Београд 1976.
- ЂОРЂЕВИЋ, Ј.: „Начело законитости и његов значај“, *Народна милиција*, бр. 6, Београд 1954.
- ЂОРЂЕВИЋ, Ј.: „Право, законитост и образовање правника у социјализму“, *Нова администрација*, бр. 6, Београд 1954.
- ЂУРИЋ, М.: „Једна дискусија о појму закона код Ксенофонта“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, Београд 1955.
- EISENMANN, Ch.: „Le droit administratif et la principe de légalité „, *Extr. de Etudes et documents*, fasse 11, Paris 1957.
- ЖИВАНОВИЋ, Т.: *Систем савремене филозофије права*, I–III, Београд 1929, 1951. и 1959.
- ЖИВКОВИЋ, М.: *Модерни системи власти*, Београд 2006.
- ZIRARI-DERIF, M.: „La principe de légalité en matière pénale Rabat“, ed. de la *Faculté des sciences juridiques économiques et sociales*, VIII, Paris 1980.
- ЗЕЧЕВИЋ, М.: „Закон и законитост“, *Правни животи*, бр. 12, Београд 1980.
- ИЗВОРИ ПРАВА У САМОУПРАВНОМ СОЦИЈАЛИСТИЧКОМ ДРУШТВУ, зборник радова, Београд 1979.
- ИЛИЋ, М.: „Неколико питања у вези са начелом законитости“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. XXXIII, Београд 1928.
- ЈЕЛИНЕК, Г.: *Борба старог права са новим правом*, Београд 1940 (1999).
- JENNINGS, W. I. A.: *The Law and the Constitution*, London 1954.
- ЈЕРИНГ, Р.: *Циљ у праву*, Београд 1894–1895.
- ЈЕРИНГ, Р.: *Борба за право*, Београд 1874.
- ЈОВАНОВ, N.: *Dijagnoza smoupravljanja (1974–1981)*, Zagreb 1983.

- ЈОВАНОВИЋ, Д.: *Појам закона*, Београд 1932.
- ЈОВАНОВИЋ, Д.: *Доношење закона*, Београд 1923.
- ЈОВАНОВИЋ, М.: „О формалном легализму“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. LXXVII, Београд 1962.
- ЈОВАНОВИЋ, С.: *О држави. Основи једне правне теорије*, Београд 1922 (2011).
- ЈОВИЧИЋ, М.: „Хијерархија општих правних аката као *sine qua non* оцене уставности и законитости“, у зборнику радова: *О улози и месту уставној судској у друштвено-политичком систему*, Београд 1986.
- ЈОВИЧИЋ, М.: *Велики уставни системи*, Београд 1984.
- ЈОВИЧИЋ, М.: *Закон и законитост*, Београд 1977.
- ЈОВИЧИЋ, М.: *Омбудсман. Чувар законитости и права грађана*, Београд 1969.
- JOLOWITZ, J. A.: „Digest and Discussion“, *The Rule of Law as understood in the West*, Chicago 1957.
- JONES, C. J.: „The Rule of Law and the Welfare State“, Vol. 2, No. 2, *Columbia University Review*, 1958.
- JOHNSTONE, M.: „Социјализам и демократско спровођење политичке моћи“, *Социјализам*, бр. 10, 1976. и бр. 3, 1977.
- КАЛИНИН, М. И.: *О социјалистической законности*, Москва 1959.
- КАНТ, И.: *Метафизика ћудоређа*, Сарајево 1966.
- КАУЦКИ, К.: *Парламентаризам, народно законодавство и социјална демократија*, Београд 1908.
- КЕЛЗЕН, Х.: *Социјализам и држава. Испраживање политичке теорије марксизма*, у: Х. Келзен – М. Адлер, *Марксизам и држава. Две радове у сјору*, Београд 1985.
- KELSEN, H.: *What is justice?*, Los Angeles 1971.
- КЕЛЗЕН, Х.: *Општа теорија права и државе*, Београд 1951 (1998, 2010).
- КЕРИМОВ, А. Д.: *Свобода, право и законност в социјалистическом обществе*, Москва 1960.
- КЕРИМОВ, А. Д.: „Питање теорије социјалистичке законитости“, *Страни правни животи*, бр. 10, Београд 1958.
- КИН, Џ.: *Цивилно друштво*, Београд 2003.
- КИМЛИКА, В.: *Мултикултурално грађанство. Либерална теорија мањинских права*, Нови Сад 2002.
- KIRSCHMEYER, O.: *Political justice*, New Jersey 1961.
- KNAPP, V. A.: „Неки проблеми социјалистичке законитости у науци о држави“, *Страни правни животи*, бр. 80, Београд 1983.
- KOLAKOVIĆ, J.: *Historija novovijekovnih političkih teorija*, Zagreb 1976.
- KOLAKOVIĆ, J.: *Historija modernih političkih teorija*, Zagreb 1972.

- KOMESAR, N. K.: *Law's Limits. Rule of Law and Supply and Demand of Rights*, 2002.
- КРБЕК, И.: „Правна средства за остваривање уставности и законитости“, у: *Кријичка анализа функционисања јолијичкој сисџема социјалистичкој самоуправљања*, материјали, Београд 1985.
- КРБЕК, I.: *Diskreciona ocjena*, Zagreb 1937.
- КРБЕК, I.: *Zakornitost uprave*, Zagreb 1936.
- LAUTORITÉ ET LA HIÉRARCHIE, *Annales de l'Institut international de sociologie*, t. XV, Paris 1928.
- ЛАСАЛ, Ф.: *О сушџини усџава*, Београд 1907.
- LAUBADÉRE, A. de.: *Traité de droit administratif*, Paris 1969.
- ЛЕИБХОЛЦ, Г.: „Начела модерне уставне државе“, *Архив за љравне и друшџивене науке*, бр. ХСII, Београд 1969.
- ЛЕЊИН, *Држава и револуџија*, Београд 1974.
- ЛОУ, С.: *Енџлески љарламентаризам*, Београд 1929 (2011).
- LOEWENSTEIN, K.: *Contrôle législatif de l'extrémisme politique dans les démocraties européennes*, Paris 1939.
- ЛОК, Ц.: *Две расџраве о влади*, I–II, Београд 1979.
- ЛУКАШОВА, Е. А.: *Социалистическое правосознание и законность*, Москва 1973.
- LUKACS, G.: „Légalité et Ilégalité“, *Histoire et Conscience de Classe*, Paris 1960.
- ЛУКИЃ, Р.: *Сисџем филозофије љрава*, Београд 1992 (2012).
- ЛУКИЃ, Р.: „Главне супротности у нашем друштву“, *Гласник Правној факулџетџа у Краџујевиу*, 1984.
- ЛУКИЃ, Р.: „Основна начела организације власти“, *Браничево*, бр. 6, 1983.
- ЛУКИЃ, Р.: *Полиџичка џеорија државе*, Београд 1979.
- ЛУКИЃ, Р.: *Теорија државе и љрава*, Београд 1976.
- ЛУКИЃ, Р.: „О систему самоуправног права и самоуправном законодавству“, *Правни живоиџ*, бр. 1, Београд 1976.
- ЛУКИЃ, Р.: „Уставност и законитост с гледишта друштвеног самоуправљања“, у: *Симџозијум о основама и облицима осџваривања усџавности и законџносџи у Јуџославији*, Београд 1967.
- ЛУКИЃ, Р.: *Усџавности и законџносџи у Јуџославији*, Београд 1966.
- ЛУКИЃ, Р.: „О хијерархији правних норми“, у: *Савешџовање о акџуелним џиџањима џоделе нормативне функције између орџана различџиџих друшџивено-џолиџичких заједница*, Београд 1966.
- ЛУКИЃ, Р.: *Исџорија љравних и џолиџичких џеорија. I књџа. Од антиџке до џочейџка XVII века*, Београд 1965.
- ЛУКИЃ, Р.: „Уставности“, *Зборник Правној факулџетџа у Нишу*, I, 1962.
- ЛУКИЃ, Р.: „О законитости у раду државних орџана“, *Народна милиџија*, бр. 10, Београд 1959.

- ЛУКИЋ, Р.: *Теорија државе и права*, I–II, Београд 1957. и 1958.
- МАРКОВИЋ, Б. С.: *Оглед о односима између појма правде и развитка позитивне приватне права*, Београд 1995.
- МАРКОВИЋ, Б. С.: *О праведном праву*, Нови Сад 1993.
- МАРКОВИЋ, Б. С.: *Начела демократије*, Београд 1937.
- МАРКОВИЋ, Б. С.: „Правичност и правни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. LIII, Београд 1938.
- МАРКОВИЋ, М.: *Правна држава*, Београд 1939.
- МАРКОВИЋ, Р.: *Уставно право и политичке институције*, Београд 1995 (2001).
- МАРКОВИЋ, С.: „О законодавној власти и менаџерског развоја у Србији“, *Бранич*, бр. 6, 1887.
- MARKS, K. – ENGELS, F.: *Rani radovi*, Zagreb 1961.
- МАРКС, К. – ЕНГЕЛС, Ф.: *Изабрана дела*, I–II, Београд, 1949–1950.
- МАРКСИЗАМ И ПРАВО У СОЦИЈАЛИЗМУ, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4, Београд 1983.
- MARCH, S. N.: *The Rule of Law as a Supra-National Concept. Essays in Jurisprudence*, London 1961.
- МАТУЛОВИЋ, М.: *Ljudska prava. Uvod u teoriju ljudskih prava*, Zagreb 1996.
- MacCORMICK, N.: *Rethoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2009.
- MacKAY, H.: *The Globalisation of Culture?*, London – New York 2004.
- МЕЦАНОВИЋ, И.: „Закон и стварност“, у зборнику радова: *Остваривање уставности и законитости*, Београд 1983.
- МИЈАНОВИЋ, Г.: „Уставност и законитост у самоуправном праву“, у зборнику радова: *Самоуправно право у теорији и пракси*, Београд 1980.
- МИЈАНОВИЋ, Г.: „Однос самоуправних општинских аката према уставу и закону“, *Правна мисао*, бр. 11–12, Сарајево 1975.
- MIRIĆ, J.: *Demokracija i postkomunističkim društvima*, Zagreb 1996.
- MIRIĆ, J.: *Sistem i kriza. Prilog kritičkoj analizi ustavnog i političkog sistema Jugoslavije*, Zagreb 1984.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Теорија државе и права*, Београд 2010.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Држава, право, правда, правници*, Београд 2009.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Основи права*, Београд 2008.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Аутономно право*, Београд 2007.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *О правној држави и другим правним темама*, Београд 1998.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Начела, облици, идеје, базирина. Из правне теорије*, Београд 1997.

- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Начело законитости – њојам, садржина, облици*, Београд 1996.
- MOLE, N; HARBY, С.: *Право на њравично суђење. Водич за њрмену члана б Евројске конвенције о људским њравима*, Београд 2003.
- МОНТЕСКЈЕ, Ш.: *О духу закона*, I–II, Београд 1989.
- McLEOD, I.: *Legal Theory*, New York 2010.
- НЕКА ПИТАЊА ОСТВАРИВАЊА УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ, зборник радова, *Уставност и законитост*, бр. 3, Београд 1985.
- НЕРСЕЈАНЦ, В. С.: *Право и закон*, Москва 1983.
- НОЈМАН, А.: *Владавина њрава. Политичка теорија и њравни системи у модерном друштву*, Београд 2002.
- НОЈМАН, А.: *Демократиска и ауторитарна држава*, Београд 1981.
- О ОСНОВАМА И ОБЛИЦИМА УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ У СОЦИЈАЛИЗМУ, Београд 1967.
- ОСТВАРИВАЊЕ УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ, зборник радова, Београд 1983.
- О СИСТЕМУ ПРАВА СФРЈ, зборник радова, Београд 1979.
- О ОСНОВАМА И ОБЛИЦИМА ОСТВАРИВАЊА УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ У СОЦИЈАЛИЗМУ, зборник радова, Београд 1967.
- О СУДСТВУ И ЗАКОНИТОСТИ У I СРПСКОМ УСТАНКУ, зборник радова, Београд 1959.
- ПАВЛОВ, И. О.: „О теорији општенародне социјалистичке законитости“, *Страни њравни живоји*, бр. 68–69, Београд 1970.
- ПАВЧНИК, М.: „Прилог расправи о примени права“, *Правни живоји*, бр. 8–9, Београд 1985.
- ПАЂЕН, И.: „Социјалистичка (не)послушност и њдоређност права“, *Пишања*, бр. 8–9, 1976. и бр. 6–7, Београд 1977.
- ПАШИЋ, Н.: „Како савладати бирократски нормативизам“, *Архив за њравне и друштвене науке*, бр. 4, Београд 1983.
- ПАШИЋ, Н.: „Самоуправљање и нормативна сила државе“, *Наше теме*, бр. 6, Београд 1981.
- ПАШИЋ, Н.: „Друштвено-политичке претпоставке уставности и законитости“, у: зборнику радова: *Симпозијум о основама и облицима уставности и законитости у социјализму*, Београд 1967.
- ПАШУКАНИС, Е. Б.: *Ојшња теорија њрава и марксизам*, Сарајево 1958.
- ПЕЈН, Т.: *Права човека*, Београд 1987.
- PERIĆ, В.: *Struktura prava*. I dio, Zagreb 1978.
- PERIĆ, В.: *Država i pravni sustav*, Zagreb 1981.
- PESCHKA, V.: „Хегелова теоријска концепција законодавства“, *Страни њравни живоји*, бр. 60–61, Београд 1968.
- ПЕТРОВИЋ, М.: „Правна држава“, *Идеје*, бр. 6, Београд 1979.

- ПЛАТОН.: *Закони*, Београд 1957.
- ПЛАТОН, *Држава*, Београд 1969.
- POIUS, R, M.: *The War on Terrorism and the Rule of Law*, Los Angeles 2006.
- POKROVAC, Z.: *Грађанско друштво и држава*, Zagreb 1991.
- ПОЛИТИЧКА ЕНЦИКЛОПЕДИЈА, Београд 1977.
- ПОПОВИЋ, М.: *Елементи теорије права*, Београд 1980.
- ПОПОВИЋ, М.: „Основни принципи социјалистичког права“, *Зборник за правне науке Машице српске*, бр. 62, Нови Сад 1977.
- ПРАВНА ДРЖАВА – ПОРЕКЛО И БУДУЋНОСТ ЈЕДНЕ ИДЕЈЕ, зборник радова, Београд 1991.
- ПРАВНА ЕНЦИКЛОПЕДИЈА, Београд 1979.
- PRINCIPE DE LÉGALITÉ OU PRINCIPE OPPORTUNITÉ EN MATIÈRE DE POURSUITES PÉNALES, *Actes du V Congrès International de Droit pénal*, Paris 1952.
- ПУПИЋ, Б.: „Законитост и Устав СФРЈ“, у зборнику радова: *Симпозијум о основама и облицима уставности и законности у социјализму*, Београд 1967.
- PUSIĆ, E.: *Država i državna uprava*, Zagreb 1999.
- PUSIĆ, E.: *Društvena regulacija*, Zagreb 1989.
- ПУСИЋ, Е.: „Власт, организација и правила“, у зборнику радова: *Симпозијум о основама уставности и законности у социјализму*, Београд 1967.
- РАДБРУХ, Г.: *Филозофија права*, Београд 1980 (1999).
- RADCLIFFE and CROSS: *English Legal System*, 1977.
- РЕНЕР, К.: *Социјална функција правних инстинкција*, Београд 1960.
- RIVEIRO, J.: *Droit administratif*, Paris 1962.
- РИБАР, И.: „Уставност и законитост старе и нове Југославије“, *Слара и нова Југославија*, Београд 1945.
- РОЛС, Џ.: *Право народа*, Београд 2003.
- ROSS, A.: *On Law and Justice*, London 1958.
- ROUSSEAU, J.-J.: *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Zagreb 1978.
- РУСО, Ж.-Ж.: *Друштвени уговор*, Београд 1959.
- Београд 1975.
- САМОШЧЕНКО, И. С.: „Хијерархија и основна подела нормативних аката социјалистичког друштва“, *Слрани први живои*, бр. 68–69, Београд 1970.
- SANDEL, M.: *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge 1998.
- СЕН, А.: *Развој као слобода*, Београд 2002.
- SENDEL, M.: *Liberalism and Limits of Justice*, Cambridge 1982.

- SMOLE, A.: „Problem pravne zakonitosti“, *Pravnik*, br. 4–6, Ljubljana 1977.
- СОВЕТСКОЕ ПРАВО, колектив аутора, Москва 1980.
- СПЕКТОРСКИ, Е.: *Држава и њен живоић*, Београд (1933) 2000.
- СПЕКТОРСКИ, Е.: *Историја социјалне филозофије*, Београд – Подгорица 1997.
- СТАНОВЧИЋ, В.: „Друштвено-политички оквири уставности и законитости“, *Архив за љравне и друшћивене науке*, бр. 4, Београд 1983.
- СТЈЕПАНОВИЋ, Н. и колектив аутора: *Уставности и законитости оишћих љравних акаћћа ортизација удруженој рада*, Београд 1976.
- СТЈЕПАНОВИЋ, Н.: „Начело законитости“, *Правни живоић*, бр. 10–11, Београд 1953.
- СТОЈАНОВИЋ, А.: „Постоји ли уставност и законитост без људских права“, *Гледишћћа*, бр. 12, Београд 1966.
- СУПЕК, Р.: „Полиција, бирократија и структура стаљинизма. Уз књигу Артура Лондона *Признање, Праксис*, бр. 3–4, 1969.
- SCHILLHASS, P.: *Идеали и идеализам у љраву*, Београд 1905.
- SCHMITT, C.: *Legalität und Legitimität*, München und Leipzig 1932.
- ТАДИЋ, Љ.: *Наука о љолићћици*, Београд (1988) 1996.
- ТАДИЋ, Љ.: *Филозофија љрава*, (Загреб 1983) Београд 1996.
- ТАДИЋ, Љ.: *Поредак и слобода*, Београд 1977.
- ТАДИЋ, Љ.: „Совјетске теорије права у периоду октобарске револуције до 1928. године“, *Прећлед*, бр. 11–12, Сарајево 1969.
- ТАДИЋ, Љ.: „Социјализам и уставност“, *Социјализам*, бр. 6, 1962.
- ТАРАНОВСКИ, Е.: *Енциклопедија љрава*, Београд 1923 (2003).
- ТАСИЋ, Ћ.: *Расћраве из филозофије и теорије и љрава*, Београд 1992 (2011).
- ТАСИЋ, Ћ.: *Избор расћрава и чланака из теорије љрава*, Београд 1984.
- ТАСИЋ, Ћ.: *Увод у љравне науке*, Београд 1933 (1941).
- ТАСИЋ, Ћ.: „Прилог теорији о санкцијама правних правила и о начелу законитости“, *Архив за љравне и друшћивене науке*, бр. XLII, Београд 1932.
- ТАСИЋ, Ћ.: „Проблеми законитости у правној држави“, *Летћоиис Маћћице Срћске*, бр. 306 (2–3), Нови Сад 1929.
- ТЕЈЛОР, Ч.: *Призивање ћраћанској друшћива*, Београд 2000.
- ТЕМЕЉИ МОДЕРНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ. *Избор декларација и љовеља о људским љравима (1215–1989)*, Београд 1989 (2011).
- THE RULE OF LAW – HISTORY, THEORY AND CRITICISM, зборник радова, Dordrecht 2007.
- TUCK, R.: *Natural Rights Theories*, Cambridge 1981.
- TWINING, W.: *Globalisation and Legal Theory*, Cambridge 2000.

- БУКОВИЋ, М.: *Принцип законности у Југославији*, Београд 1959.
- UNGER, R. M.: *Znanje i politika*, Zagreb 1989.
- FALK R.: *On Human Governance*, Cambridge 1995.
- FALK, R. A. and SHUMAN, S. I.: *The Bellagio Congregence on Legal Positivism*, *Journal of Legal Education*, No. 2, 1961.
- ФАСО, Г.: *Историја филозофије права*, Београд (Подгорица) 2007.
- FAUPEL, R.: „The Rule of Law“, *Сџрани правни живои*, бр. 2, Београд 2009.
- ФЕСТИЋ, И.: *Управа, власи, законности*, Сарајево 1982.
- ФИНИС, М. Ј.: *Природно право*, Београд (Подгорица) 2005.
- FINCH, J.: *Introduction to Legal Theory* 1979.
- ФИРА, А.: „Остваривање уставности и законности и других функција правног система“, *Правни живои*, бр. 3, Београд 1985.
- FOULKES, D.: *Introduction to Administrative Law*, London 1982.
- FRANK, J.: *Law and the Modern Mind*, London 1930.
- FREEMAN, M. D. A.: *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 2001.
- ФРИДРИХ, К. Ј.: *Конституционализам (ограничавање и контрола власти)*, Београд (Подгорица) 1996.
- ФУКУЈАМА, Ф.: *Крај историје и последњи човек*, Подгорица 1997.
- ФУЛИЕР, Л. Л.: *Моралности права*, Београд 2001.
- FULLER, L. L.: *Anatomy of the Law* 1977.
- ХАБЕРМАС, Ј.: „Брисање граница“, *Књижевни гласник*, бр. 6–7, Београд 2002.
- HABERMAS, J.: *Law and Morality*, Harward 1986.
- HARRIS, E.: *Democracy snf the Rule of Law in Classical Athens*, Cambridge 2006.
- НАЈЕК, Ф. А.: *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb 1994.
- НАЈЕК, Ф. А.: *The Road of Selfdom*, Chicago 1994.
- НАЈЕК, Ф. А.: *Law, Legislation and Liberty*, I–III, London 1981 (*Право, законодавство и слобода*, Београд /Подгорица/ 2002).
- НАЈЕК, Ф. А.: *The Constitution of Liberty*, Chicago 1979.
- ХАМСОН, Ч. Ј.: „Проблем законности у западним земљама“, *Сџрани правни живои*, бр. 14, Београд 1958.
- HARRIS, J. W.: *Legal Philosophies*, Oxford 1980.
- HARRIS, Ph.: *An Introduction to Law*, Cambridge 2007.
- ХАРТ, Х. Л. А.: *Појам права*, Београд –Подгорица – Цетиње 1996.
- ХЕГЕЛ, Г. В. Ф.: *Правни и политички системи*, Београд 1981.
- HIRST, P.: „On Law and Ideology“, *The Law of Propriety and Marxism*, London 1979.
- ХОБС, Т.: *Левијатан*, Београд 1966 (2011).

- HOLT, J. C.: *Magna Carta*, Cambridge 1992.
- ЦАЦА, Ђ.: „Однос између савезног и републичког и покрајинског законодавства“, *Право, теорија, пракса*, бр. 4, Нови Сад 1985.
- SERRONI, U.: „Совјетске правне теорије (проблем законитости), *Право и самоуправљање*, бр. 2–3, Београд 1983.
- ЦИЦЕРОН.: *Држава*, Београд 2002.
- CHEVALLIER, J.: *L'Etat de Droit*, Paris 2003.
- COMPION, G.: *Парламент и демократија*, Београд 1964.
- CONCEPT (LE) DE LA LÉGALITÉ DANS PAYS SOCIALISTES, A. I. S. J., 1958.
- COOPER, J.: *The Individual and Law*, London 1979.
- COOPERRIDER, L. R.: „The Rule of Law and the Judicial Process“, *Michigan Law Review*, Vol. 501, 1960–1961.
- ЧЕТВРТА КОНФЕРЕНЦИЈА ЕВРОПСКИХ УСТАВНИХ СУДОВА И СЛИЧНИХ ИНСТИТУЦИЈА КОЈЕ СЕ БАВЕ ЗАШТИТОМ УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ, зборник радова, I–II, Београд 1979.
- CHOMSKY, N.: *Hegemonija ili opstanak: američke težnje za globalnom dominacijom*, Zagreb 2004.
- ЧОМСКИ, Н.: *Нужне илузије: контрола мисли у демократским друштвима*, Нови Сад 2000.
- ЧУБИНСКИ, М.: *Закон и стварност у совјетској Русији*, Београд 1925.
- ЧХИКВАДЗЕ, М.: *Государство, демократија, законност*, Москва 1967.
- ЧХИКВАДЗЕ, М.: „О појму законитости“, у зборнику радова: *Конференција међународној удружења за правне науке (А. И. С. Ј.) о законитости у социјалистичким земљама*, 1958.
- DŽINIĆ, F.: *Sovjetske teorije prava. Stučka, Pašukanis, Razumovski, Višinski*, Zagreb 1985.
- ШУКОВИЋ, М.: „О неизвршавању закона и других прописа у Југославији у садашњости“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4, Београд 1984.
- ШУКОВИЋ, М.: „Уставност и законитост“, у зборнику радова: *Социјалистичко самоуправљање у Југославији*, Београд 1980.

BRIEF CONTENTS

NOTES WITH THIS EDITION	9
Introduction: PREVIOUS CONCEPT OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY	11

PART ONE:

HISTORICAL DEVELOPMENT AND CONTEMPORARY TEACHINGS ON THE PRINCIPLE OF LEGALITY

Chapter I: LEGALITY IN THE OLD AND MIDDLE AGES	23
Chapter II: CIVIL LEGALITY	37
Chapter III: MAIN CONTEMPORARY VIEWS ON THE CONCEPT OF LEGALITY	59

PART TWO:

THE CONCEPT OF THE PRINCIPLES OF LEGALITY

Chapter I: CERTAINTY AND LEGALITY	89
Chapter II: CHARACTERISTICS OF LEGALITY AND ITS RELATIONSHIP TO RELATED LEGAL PRINCIPLES	117
Chapter III: HIERARCHY AND NORMATIVE LEGALITY	125

PART THREE:
LEGAL AND POLITICAL FORMS
OF THE PRINCIPLES OF LEGALITY

Chapter I: LEGAL FORMS OF THE STATE	143
Chapter II: GLOBALISM AND THE TRANSHUMAN RULE OF LAW.....	171
CONCLUSION.....	191
BRIEF CONCLUSION	199
ABSTRACTS	201
LITERATURE.....	207

Драган М. Митровић
ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА
Књига II
НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ
Појам, садржина, облици

Издавач
Досије студио
www.dosije.rs

Лектор и коректор
Марина Давидовић

Технички уредник
Ирена Ђаковић

Дизајн корице
Ивана Зорановић

Припрема и штампа
Досије студио, Београд

ISBN 978-86-6047-496-6
ISBN 978-86-6047-494-2 (за издавачку целину)

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
ISBN 978-86-6047-496-6
ISBN 978-86-6047-494-2 (за издавачку целину)
COBISS.SR-ID 192176905

ISBN 978-86-6047-496-6



9 788660 474966