

Радомир Зековица

ИДЕЈА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

*од античких корена до савремене правне
теорије и праксе*

Криминалистичко-полицијска академија

Београд, 2018

ИДЕЈА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА
ОД АНТИЧКИХ КОРЕНА ДО САВРЕМЕНЕ ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ И ПРАКСЕ
Едиција *Монографије*
Књига 35

Издавач

Криминалистичко-полицијска академија
Београд, Цара Душана 196 (Земун)

За издавача

проф. др ГОРАН БОШКОВИЋ
в. д. декана Академије

Аутор

проф. др РАДОМИР ЗЕКАВИЦА

Рецензенти

проф. др ДРАГАН МИТРОВИЋ
проф. др ГОРДАНА ВУКАДИНОВИЋ
проф. др ДРАГУТИН АВРАМОВИЋ

Уредник

проф. др РАДОСАВ РИСИМОВИЋ

Лектор

ОЛИВЕРА ЈЕЗДИМИРОВИЋ

Дизајн корица

мр НЕБОЈША КУЈУНЦИЋ

Компјутерска припрема

МИЛОШ ИВОВИЋ

Тираж

200 примерака

Штампа

Криминалистичко-полицијска академија, Београд

Решењем вршиоца дужности декана Криминалистичко-полицијске академије 01 број 15/-2 од 22. јануара 2018. године рукопис је одобрен за издавање и употребу у настави као монографија.

©2018 Криминалистичко-полицијска академија, Београд

ISBN 978-86-7020-406-5

Садржај

Увод.....	1
I Улога и значај идеја у историји и основно значење идеје владавине права.....	5
II Историја идеје владавине права	15
1. Идеја владавине права код старих Грка	15
2. Идеја владавине права код Римљана	26
3. Идеја владавине права у средњем веку.....	29
4. Појава и развој енглеског конституционализма и идеја владавине права.....	33
5. Нововековна теорија природног права, либерализам и идеја владавине права	41
III Владавина права као доктрина.....	57
1. Настанак доктрине – Алберт Вен Дајси	57
2. Критика Дајсија и доктрина <i>anti-rule of law</i>	63
2.1. Вејд	63
2.2. Доктрина <i>anti-rule of law</i> – Ласки, Џенингс	65
3. Учење о правној држави – идеја владавине права у европско-континенталној правној теорији.....	69
3.1. Немачка правна теорија и настанак доктрине о правној држави	69
3.2. Учење о правној држави у француској правној теорији.....	75
3.3. Схватања о правној држави и владавини права у српској правној теорији.....	76
4. Владавина права као метаправна доктрина и идеал – Фридрих Хајек	81
5. Владавина права у правној теорији и филозофији након Другог светског рата – реактуелизовање односа правног позитивизма и јуснатурализма, правне државе и владавине права	85

IV Владавина права и правна држава – рекапитулација значења ...	101
V Закључак	125
Литература	131
Регистар појмова и израза	139

ПРЕДГОВОР

Избор да идеја владавине права буде предмет ове студије долази након мог вишегодишњег промишљања о овој теми. Темељном анализом владавине права и правне државе почео сам да се бавим током израде своје докторске дисертације, у којој су разматрани положај и улога полиције у правној држави и која је одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду пре пуних десет година. Након тога, интересовање за ову тему наставио сам у многобројним чланцима изучавајући различите аспекте владавине права.

Одлука да напишем ову студију је резултат моје жеље да допринесем разумевању идеје владавине права анализом њеног историјског настанка и развоја, почев од античке политичко-правне теорије па све до данас. Та анализа, сасвим јасно, указује на то да и после две и по хиљаде година она није изгубила на значају и актуелности. Један од кључних разлога је у самој идеји владавине права, у чијој су сржи потреба за ограничавањем државне власти законима утемељеним у уму и захтев да се тиме осигура слобода појединца, његова заштита од потенцијалне самовоље политичке власти и остваре услови за потпун развој свих стваралачких потенцијала људске личности. Она је, стога, једна од најплеменитијих идеја у историји правне теорије, која нама, истраживачима, омогућава да дамо свој допринос разумевању услова за остваривање слободног и достојанственог живота појединаца унутар политичке заједнице као принудног поретка власти. Због тога је идеја владавине права временом добијала на значају у мери у којој је и само модерно друштво тежило ка томе да нормативно-институционално осигура слободу појединца унутар државе.

Студија је настала и као резултат мог рада на интерном научно-истраживачком пројекту Криминалистичко-полицијске академије *Криминалитет у Србији и инструменти државне реакције*, који се реализује у периоду 2015–2019. године. Иако на први поглед ова теоријска студија није у директној вези с криминалитетом, треба имати на уму да је владавина права концепт који указује на општи правни и политички модел унутар којег је могућа и успешна борба против криминала.

Аутор

Mojoj Hađi

УВОД

Идеја владавине права је једна од најзначајнијих и најутицајнијих идеја у историји правне и политичке мисли. То, најпре, потврђује животни век ове идеје. Од времена када је настала па до данас прошла су скоро два и по миленијума. Нема много идеја које се могу похвалити толиким „животним стажом“, а још мање је оних које могу да се похвале тиме да су временом добијале а не губиле на свом значају и актуелности. Управо је то случај са идејом владавине права. Од идеје настале унутар грчке филозофске мисли она је временом прерасла у општеприхваћену доктрину која заузима централно место у савременом јавном дискурсу о праву и политици, држави и појединцу. Због тога се владавина права назива најзначајнијим политичким идеалом савременог доба.¹

Разлози су многобројни. Један од кључних је онај који указује на природу човека и њој иманентну склоност и потребу за извесношћу. Када се владавина права успешно остварује у пракси, тј. када се ефикасно обезбеђује примена правних правила и процедура и када су та правила и те процедуре обавезујући за све чланове једне политичке заједнице (и за власт и за грађане), онда је нужна последица тога извесност исхода њихових поступака. Појединац се, тако, осећа сигурним у систему владавине права, јер су последице за њега унапред познате и условљене његовом одлуком о томе да ли ће да следи општеобавезујућа правила.

Постоје, наравно, и многи други разлози због којих је владавина права била и остала у тој мери значајна и актуелна тема. Она стаје у одбрану немоћних јер ограничава моћне. Њен вокабулар се састоји од речи „одговорност“, „контрола“, „заштита“, „слобода“, „извесност“. Уз подршку коју је временом добила од ширих друштвених слојева (либералног грађанства), она је постала моћно средство у борби против самовоље власти, а стварањем система поузданих правила и процедура омогућила је повољне услове за економски развој. Тако су, на крају, у одбрану владавине права стали разлози антрополошке, политичке, економске и идеолошке природе.

1 J. Waldron, The concept and the rule of law, *Georgia Law Review*, Vol. 43, No. 1, 2008, p. 3.

Идеја владавине права је имала и још има огроман утицај на друштвену стварност. Наравно, и сама та стварност је повратно утицала на њу, мењајући њену сврху али не и суштину. Суштина идеје владавине права је кроз историју њеног развоја остала константна – захтев да власт буде ограничена законима које сама доноси. Мењала се једино сврха тог захтева, а мењали су је многобројне друштвене околности и потреба развоја и примене владавине права кроз историју.

Примарни циљ ове студије јесте истраживање идеје владавине права – њеног порекла, основног значења, историјског развоја и сврхе. Пут води од античке мисли старих Грка ка средњовековној и савременој правној и политичкој теорији. Истражују се схватања најзначајнијих представника правне и политичке теорије, који су дали свој допринос дефинисању идеје и доктрине владавине права. У мери у којој је то потребно, анализирају се друштвени токови и процеси који су пресудно утицали на идеју владавине права, с циљем потпуног разумевања начина њиховог утицаја. На крају, аутор износи свој поглед на суштину идеје и крајњу сврху владавине права и неопходне предуслове њиховог остваривања.

Прва глава овог рада носи назив *Улога и значај идеја у историји и основно значење идеје владавине права*. Полази се, дакле, од општег значаја идеја у историји људске мисли и цивилизације уопште. Указује се на међусобну условљеност идеја и друштвене праксе, док се посебна пажња посвећује утврђивању и ближе дефинисању саме суштине идеје владавине права и њеног односа према другим, сродним идејама, као што су идеја слободе, идеја владавина ума/мудрости и идеја људских права.

Друга глава, насловљена *Историја идеје владавине права*, подељена је у пет поглавља и примарно се бави историјским настанком и развојем ове идеје. Њено извориште су биле правна и политичка филозофија старих Грка, тако да се у оквиру првог поглавља – *Идеја владавине права код старих Грка*, анализирају схватања њених најзначајнијих представника односно Сократа, Платона и Аристотела. Даља анализа је усмерена ка римској правној теорији и традицији, као скромним наследницима грчке тековине, који су тема другог поглавља – *Идеја владавине права код Римљана*. Значај римске традиције за даљи развој идеје и праксе владавине права, иако скроман у односу на античке Грке, ипак није занемарљив. Римска традиција је оставила за собом велику државу и још веће право. Поред тога, она је јасно исцртала традицију дихотомног супротстављања идеја владавине закона и владавине људи, започету још код античких Грка и настављену у потоњим временима. У трећем поглављу – *Идеја владавине права у средњем веку*, наставља се анализа ових двеју традиција и истиче значај средњовековног обичајног права као кључног исходног места идеје о владавини норми, које свој настанак и примену не дугују свесном стварању правила од стране државне власти. Тако је настало и проширило се

уверење да закон није воља владара већ резултат спонтаног нормирања друштвених односа у процесима иманентним друштвеном животу средњовековних заједница. Посебан значај даљем осмишљавању идеје и будуће доктрине владавине права дала је енглеска средњовековна правна традиција. О њој се говори у четвртом поглављу – *Појава и развој енглеског конституционализма и идеја владавине права*. Није претерано рећи да су највећи допринос савременом схватању владавине права дале управо традиција енглеског конституционализма и, у оквиру ње, улога система *common law* и енглеских судова. У последњем поглављу, насловљеном *Нововековна теорија природног права, либерализам и идеја владавине права*, анализирају се основне идеје нововековне теорије природног права и либералне мисли, а посебно идеје Томаса Хобса и Џона Лока. Поред тога, у овом поглављу се указује и на допринос осталих, значајних представника просветитељске мисли, као што су Хјум, Монтескје, Волтер и Жан Жак Русо.

И трећа глава – *Владавина права као доктрина*, усредсређена је на истраживање идеје владавине права, али као развијене доктрине. Највећа заслуга за настанак те доктрине припада енглеском уставноправном писцу, Алберту Вен Дајсију, родоначелнику савремене теорије владавине права. Због тога је прво поглавље ове главе посвећено управо овом аутору, а тако је и насловљено: *Настанак доктрине – Алберт Вен Дајси*. Велики значај Дајсијевог учења потврђује и чињеница да су након њега започете теоријски богата полемика о основним својствима владавине права, као и критика неких елемената Дајсијевог схватања у делима уставноправног писца Вејда, као и групе аутора окупљених око Харолда Ласкија, познатих као представници доктрине *anti-rule of law*. Њихова схватања и критика Дајсија тема су другог поглавља насловљеног *Критика Дајсија и доктрина anti-rule of law*. Упоредо с развојем доктрине владавине права у Енглеској настајала је и развијала се и доктрина правне државе (нем. *rechtsstaat*) у континенталној Европи, пре свега, у оквиру немачке правне теорије. Идеја правне државе и идеја владавине права се нису разликовале јер су подразумевале ограничавање државне власти правом, али су многа друга својства правне државе у немачкој правној теорији добила битно другачије тумачење од оног у енглеској теорији владавине права. Европско-континентално схватање правне државе разматра се у трећем поглављу насловљеном *Учење о правној држави – идеја владавине права у европско-континенталној правној теорији*, где се указује не само на немачку правну теорију већ и на учење о правној држави у француској и српској правној теорији. У следећем поглављу овог дела рада – *Владавина права као метаправна доктрина и идеал – Фридрих Хајек*, анализира се Хајеково схватање владавине права, које у значајној мери представља сасвим нови поглед на идеју владавине права, те се, у том смислу, може говорити

о значајним новинама које Хајеково схватање чине специфичним. У последњем поглављу, насловљеном *Владавина права у правној теорији и филозофији након Другог светског рата – реактуелизовање односа правног позитивизма и јуснатурализма, правне државе и владавине права*, анализирају се схватања најзначајнијих представника правне теорије друге половине XX века и њихови погледи на идеју владавине права. Централно место у правнотеоријским расправама у том периоду заузима питање односа правног позитивизма и природноправног учења, те се, у том контексту, реактуализује и питање односа формалног концепта правне државе и материјалног концепта владавине права. Анализирају се схватања Радбруха, Фулера, Финиса, Дворкина, Ролса, Харта, Раза, као и најновији погледи на владавину права Пиренбума и Таманахе.

Четврти и последњи део студије насловљен је *Владавина права и правна држава – рекапитулација значења*. Намера аутора је била да синтетички укаже на основне сличности и разлике између доктрине владавине права и правне државе. У овом делу се износи и ауторов поглед на најзначајнија правнотеоријска питања која се постављају у полемици о правној држави и владавини права, а посебно на питање оправданости позитивистичког приступа у тумачењу њихове идеје и сврхе. Утврђује се крајња сврха владавине права, а затим износи ауторово виђење основних предуслова за њено успешно остваривање.

УЛОГА И ЗНАЧАЈ ИДЕЈА У ИСТОРИЈИ И ОСНОВНО ЗНАЧЕЊЕ ИДЕЈЕ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

I

Историја људске цивилизације није само историја различитих друштвених догађаја већ и историја духовно-интелектуалног стваралаштва – историја људске мисли. Као што се може говорити о историји догађаја, тако се може говорити и о историји идеја и идеала. Историја идеала је, заправо, историја неостварених идеја. Уколико је идеја, у најширем смислу речи, мисао која настаје као резултат ментално-духовне активности појединца, онда је идеал само мисао која осликава тежњу, наду или вредност коју неко тек треба да оствари. Идеја у себи обично садржи визију, одређен циљ и сврху, који могу бити остварени готово истог тренутка када је настала и сама идеја. Насупрот томе, идеал тек треба да буде остварен, ка њему се тежи и он захтева активан однос и тежњу појединца ка његовом остваривању. Процес остваривања идеала је истовремено и процес његовог укидања, јер „прави и истински је само идеал који вечито као идеал остане“.² Историја идеала, према речима Бернса (Berns), састоји се од изучавања онога чему су људи тежили и што су истински желели да раде. Без таквог стваралачког порива тешко је или скоро немогуће разумети оно што се стварно догодило. У том смислу, историја идеала види разлику између прошлости и садашњости, јер је будућност у садашњости као што је садашњост некада била у прошлости – нада или идеал.³

Моћ коју идеје могу да имају у друштвеном животу утемељена је у самој природи човека. Наиме, сваком људском бићу је иманентна потреба за проналажењем смисла и сврхе сопственог постојања. Човек је телесно али и духовно биће (лат. *homo spiritus*) и, као такво, тежи да задовољи своје телесне и духовне потребе. Ове друге се, по правилу, задовољавају потрагом за одређеним идејама и вредностима које могу да дају смисао нечијем постојању, да дефинишу животне циљеве и интересе, као и да утичу на избор средстава и начина на који се дефинисани циљеви и интереси могу остваривати. Потреба за прихватањем одређених идеја и

2 Н. Велимировић, *О Богу и о људима*, Невен, Београд, 1998, стр. 53.

3 Д. С. Бернс, *Политички идеали*, Правни факултет Универзитета, Београд, 2010, стр. 13.

вредности је потреба сваког човека за неком врстом уверења. Та потреба је уједно и једна од најзначајнијих разлика између човека и животиње, јер се они не разликују само по томе што човек има развијенију свест о сопственом постојању, већ и по томе што сопствено постојање жели да осмисли тако што ће га довести у везу са одређеним уверењима. Потреба за тиме није у истој мери изражена код сваког појединца, али сваки појединац има потенцијал, као људско биће, да ту потребу препозна и задовољи. То му омогућавају разум и развијена свест и способност разумевања друштвених појава и ствари. Захваљујући томе, човек може самостално да усваја и развија своја уверења као целину идеја и вредности којима се руководи у свом животу. Због такве природе човека, мисаоне творевине људског ума су често, кроз историју, пресудно утицале на друштвене токове и стварност, док су њихови творци били духовно-интелектуални покретачи људске историје.

Истраживање улоге и значаја идеја у историји захтева одговор на неколико кључних питања. Прво је питање основног значења неке идеје. Одговор на ово питање подразумева анализу не само њеног аутентичног значења, сходно намери творца, већ и значења које јој је дато у њеној примени у пракси. Затим следи питање функције коју нека идеја има или коју је требало да има у друштвеном животу. Реална моћ неке идеје, како истиче Шушњић, „не мери се само по томе колико је она плодна и подстицајна да изазове идејне расправе, нова питања и нове одговоре. Моћ једне идеје мери се и њеним социопсихолошким последицама“.⁴ Те последице могу бити разноврсне и у зависности од њих могу се класификовати функције које идеје остварују у друштвеном животу. Као основне се могу издвојити функција интеграције и дезинтеграције, затим сазнајна, адаптивна, као и функција манипулације и осмишљавања људског живота.⁵ При томе, идеје често имају амбивалентан карактер јер истовремено остварују различите функције. Примера ради, идеја расе је интегративна за припаднике исте расе, али у исто време и дезинтегративна у друштву у којем постоје различите расне групе. Слично је и с многим другим идејама, као што су идеја нације, класе, касте, верске припадности итд. Анализа основних функција коју нека идеја има у друштвеном животу подразумева уједно и анализу утицаја те идеје на друштвену стварност, али и обратно – утицај друштвене стварности на садржај, смисао и тумачење неке идеје.

Мноштво идеја и њихова међусобна различитост израз су различитости људског промишљања о сврси, смислу, циљевима, вредностима и осталим питањима друштвене и индивидуалне егзистенције. Како потрага за одговорима на та кључна питања не подразумева нужно откри-

4 Ђ. Шушњић, *Цветови и тла*, Чигоја, Београд, 1995, стр. 59.

5 *Ibid.*, стр. 73 и даље.

вање истине о њима, то се историја идеја често јавља и као историја људске заблуде. Неретко су заблуде имале много већу улогу у друштвеном животу од истина, тако да се реални утицај и моћ идеја не могу мерити искључиво по томе да ли су оне откривале истину. Због тога, у процесу прихватања идеја треба разликовати њихову когнитивну и функционалну димензију и бити свестан чињенице да је за прихватање појединих идеја у неким тренуцима довољна само њихова функционална подобност. „На социјално-психолошком тлу успевају“, наглашава Шушњић, „само идеје које пронађу пут да се повежу са искуствима, интересима и потребама друштвених група – без обзира на то да ли су истините или лажне“.⁶

С друге стране, искуство показује да су многе, у почетку општеприхваћене идеје временом губиле легитимност погубном реализацијом у пракси. С тим у вези треба истаћи да не постоје гаранције да неће бити злоупотреба идеја у њиховој реализацији у пракси, чак и када су оне по својој основној садржини и сврси несумњиво прогресивне. Гаранција нема јер реализација идеја подразумева тумачење њиховог смисла и начина примене од стране оних који их примењују, а то је сфера у којој се индивидуални интереси и мотиви могу појавити као кључни фактори дезавуисања основног смисла и сврхе неке идеје и тако је претворити у недостижни идеал.

Примери пресудног утицаја идеја или идејних система на токове друштвених збивања у историји су многобројни. Кренимо од чувене Веберове (Max Weber) студије *Протестантска етика и дух капитализма*, у којој је анализом основних идеја протестантске религиозне етике Вебер показао на који начин је промена религиозности, коју је са собом донео протестантизам, утицала на појаву и развој капитализма. Једна од основних идеја протестантизма – идеја предестинације (преузета од Светог Августина), изазвала је, према Веберовом мишљењу, веома значајну психолошку последицу – „осећај нечувене унутрашње усамљености појединца“.⁷ Док су на једној страни појединци који су унапред предодређени за Божју милост, на другој страни су појединци којима је она ускраћена. Вебер каже: „Милост Господа Бога се не може изгубити за оне којима је он да, исто тако као што је недостижна за оне којима је он ускрати“.⁸ Као логична последица таквог учења, појединац себи поставља питања да ли је изабран за милост и на који начин се тај избор осигурава. За решавање религиозне сумње и такве дилеме проглашава се „дужност да се човек сматра изабраним и да сваку сумњу у то одбија као ђавољу напаст“... „а с

6 *Ibid.*, стр. 58.

7 М. Вебер, *Протестантска етика и дух капитализма*, Веселин Маслеша – Свјетлост, Сарајево, 1989, стр. 79.

8 *Ibid.*, стр. 79.

друге стране, да би се задобило самопоуздање, нарочито се препоручује, као најистакнутије средство, неуморан световни рад. Он и само он рас-терује религиозну сумњу и даје сигурност стања милости“.⁹

Тако се истицањем рада, као подесног начина за потврду Божје милости, из корена мења однос верника према раду као облику световне активности. Протестантска етика раскида с праксом средњовековног аскетизма, који у први план истиче повлачење из световног живота у молитвену контемплацију, док потребу за радом афирмише само у мери у којој је рад неопходан за задовољавање минимума егзистенције. Рационално уобличавање живота, сматра Вебер, као нови аскетски стил, довело је до тога да се онај, вером тражени и од природе различити за-себни живот светих више није одвијао ван света у монашким заједница-ма него унутар света и његових уредаба. „Ова рационализација начина живота“, пише даље Вебер, „унутар света, с обзиром на онај свет, била је последица позивне концепције аскетског протестантизма“.¹⁰ Таквим ставом, Вебер јасно доводи у везу духовно идејни систем протестантизма и привредне токове у Европи XVI века. Истицањем рада и штедње, као световног начина потврђивања Божје милости, религиозна етика про-тестантизма је ослободила привредну енергију која је снажно подстакла започети процес акумулације капитала и, посредством тога, даљи развој капитализма.

Други један пример можда у још већој мери илуструје међусобну повезаност идеја и друштвених токова. Реч је о утицају идеја европске просветитељске епохе на француску грађанску револуцију. Наиме, ретко ко може да оспори чињеницу да духовне изворе француске револуције треба тражити у филозофско-теоријским системима које доноси епоха просветитељства, а пре свега, у концепцији рационалног природног пра-ва и идејама које је она створила. Идеје слободе, једнакости, политичког субјективитета народа и друге инкорпорирани су у политичку праксу француске револуције, која сва одише напором за њиховим оствари-вањем. Улога рационалног природног права у грађанско-револуционар-ним дешавањима с краја XVIII века и више је него значајна. Оно постаје основ легитимности револуције, апстрактно-теоријски израз практич-но-политичке борбе и потреба грађанске класе. Због тога се с правом каже да је пре француске револуције наступила једна друга – револуција у духу, чији врхунац треба тражити у политичкој филозофији Ж. Ж. Ру-соа (Jean-Jacques Rousseau) и у 1762. години када је објављено његово дело *Друштвени уговор*.¹¹

⁹ *Ibid.*, стр. 92.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Д. Баста, *Право и слобода*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад, 1994.

Моћ идеја, иако често потцењена, не сме бити ни прецењена. Однос социјалне и идејне структуре није једносмеран. У истој мери у којој идеје утичу на стварање друштвене стварности и друштвена стварност може да утиче на стварање идејних система. Иако у знатној мери аутономан, развој идеја је често профилисан друштвеном стварношћу и токовима унутар ње. Због тога се испитивање идеја не може одвојити од друштвеног живота, чије потребе и интересе оне често изражавају и објашњавају. Међутим, када се каже да су идеје друштвено условљене, то не значи да су оне пуне последице друштвених околности у којима настају. Иако настају на друштвено-економском тлу, оне имају и себи иманентне путеве развоја, због чега се идеје и идејни системи не могу потпуно разумети уколико се на уму има само социјални аспект њиховог развоја.

На друштвену условљеност идеја посебно је указивала марксистичка мисао. Истицањем чињенице да су идеје друштвено условљене често се унутар марксистичке теорије желело рећи да су идеје нешто што је изведено и, самим тим, другоразредног значаја. Идеје су за Маркса, али и за њему блиске теоретичаре, пре свега, друштвено (класно) одређене, те као такве готово да немају аутономан развој. Оне су у највећој мери производ класне свести и рефлектују партикуларне интересе који се мењају од групе до групе. Уместо идеја и њиховог стварног утицаја Маркс истиче промене у економским и, надамце, производним односима као основну детерминанту друштвених кретања. Негирајући аутономан развој идеја и истичући тезу о једносмерном утицају социјалних услова на формирање друштвене свести, Маркс идејама даје готово трећеразредни значај у процесу друштвених промена.

Неколико деценија после Марксове смрти, у Европи је почео процес друштвених и економских промена, руковођен управо Марксовим учењем. Наведено Марксово гледиште о примарном утицају друштвене и економске стварности на формирање одређених идејних система оспорава чињеница да никаква неминовност нити унутрашња противречност капитализма (као што је предвиђао Маркс) није довела до прве пролетерске револуције у Русији, већ слепа вера бољшевичких ентузијаста у Марксове идеје и комунистички идеал.

Основно значење идеје владавине права

У анализи идеје владавине права треба имати на уму међусобни утицај идеја и друштвене стварности. Идеја владавине права је настала у оквиру правно-политичких расправа о начинима уређења државе, с јасним циљем да свој утицај оствари превасходно у сфери правно-политичког деловања државне власти. Захваљујући томе, она је остваривала и још

остварује одговарајући утицај на друштвену стварност, али је уједно и сама друштвена стварност повратно имала и још има одговарајући утицај на њу.

Суштину идеје владавине права треба видети у захтеву да *политичка власт треба да буде ограничена правом (важећим законима)*. Реч је о захтеву усмереном ка владавини општеобавезујућих правних правила а не арбитрарној вољи појединаца, те се у том смислу говори о владавини права а не људи.

Међутим, испод површине наведене суштине идеје владавине права израњају питања која су условила оштре поделе, различита схватања и сукобљена мишљења. Све то заједно чини мисао о владавини права једном од проблемско-садржински најбогатијих у историји правне теорије и филозофије. Ово не треба да чуди уколико се има на уму чињеница да је расправа о владавини права увек расправа и о самом праву које треба да влада. Стога се као једно од првих питања намеће оно да ли та идеја подразумева владавину било каквог права. Да ли је ограничавање власти само по себи циљ или је то, заправо, средство за остваривање неких других и виших циљева? Како решити односно превазићи проблем у вези с чињеницом да право које треба да влада заправо није ништа друго до скуп правила која су донели одређени појединци? Да ли то, онда, значи да покоривање таквим правилима није ништа друго до покоривање вољи оних који та правила доносе? Ако су одговори на претходна питања потврди, то онда може да обесмисли идеју да је у друштву владалац право као неки независтан и од људске воље потпуно слободан ентитет који обавезује и ограничава све, па и своје творце. Самим тим, не може бити речи ни о каквој владавини права већ о владавини људи, тј. владавини њихове воље преточене у право као скуп општеобавезујућих норми.

Одговоре на сва претходна питања и дилеме понудила је најпре античка мисао, тако да ће у следећем поглављу читалац имати прилике да се упозна с њима. Међутим, развијена теорија владавине права производ је новијег доба, тј. савремене правне теорије богате различитим схватањима о суштини и сврси владавине права. На основу анализе поменутих схватања најбоље се може уочити како се једна од најутицајнијих идеја у правно-политичкој теорији и пракси развијала, садржински допуњавала, те како су јој се сврха и смисао мењали под утицајем многобројних и различитих фактора друштвених токова кроз које је пролазила. Поред тога, треба имати на уму и једну важну чињеницу у вези са законитостима настанка, развоја и утицаја идеја: да ниједна утицајна идеја у историји људске мисли не стоји изоловано и независно од других, њој сродних идеја.

Исти је случај и са идејом владавине права. Она је, најпре, у чврстој вези са *идејом слободе*. Слобода је за Грке била слобода у позитивном

смислу, као слобода заједнице и слобода у заједници.¹² Још од времена Солона сматрало се да је таква слобода могућа једино као послушност законима, као што се и ропство састојало у покоравању појединим људима и њиховој, лично обојеној власти.¹³ Послушност законима, како истиче Бернс (Burns), један је од битних елемената атинске слободе и, с уобичајеном конкретностима и одређеношћу грчке маште, о законима се стално говори као о некој врсти надлица. Тако се закони обраћају Сократу као сину и ученику, а Демостен се готово у свим својим говорима стално позива на суд закона.¹⁴ То свакако није значило да се слобода остварује послушношћу било каквим већ само законима који су отелотворење ума. Због тога су се Грци бавили питањем најбољих закона, јер су настојали да открију трајна, ванвременска начела која су у основи праведних људских заједница и која чине њихов *logos*. Задатак законодавца је био да открије та начела и отелови их у законима као трајном мерилу доброг живота и рационалног људског понашања.¹⁵ Тако се идеја владавине права/закона и идеја слободе доводе у директну везу са *идејом владавине ума и мудрости*, која треба да буде отеловљена у постојећим законима како би владавина закона уопште била у функцији остваривања слободе.

На нешто другачији, али у основи сличан начин може се уочити веза између владавине закона и владавине ума и мудрости и код многих других древних народа. Основна разлика, у односу на Грке, била је непостојање идеје слободе као руководећег начела и циља владавине закона. Код многих древних народа обавеза покоравања законима је била утемељена у њиховом божанском пореклу, што је законе чинило моралним ауторитетом *per se*. У извесном смислу се исто може рећи и за велике хеленске законике попут Ликургових закона¹⁶ у Спарти, Солонских закона у Атини или Миновских закона на Криту.¹⁷ Најчвршћа веза између божанског ауторитета, с једне стране, и закона, с друге стране, може се уочити у типично теократским друштвима древног доба. Тако, на пример, према веровању древних Месопотамљана, овоземаљске одредбе, за-

12 К. Чавошки, *Могућности слободе у демократији*, Истраживачко-издавачки центар ССО Србије, Београд, 1981, стр. 90.

13 К. Чавошки, *Право као умеће слободе: оглед о владавини права*, Службени гласник, Београд, 2005, стр. 33.

14 Д. С. Бернс, *op. cit.*, стр. 41.

15 К. Чавошки, *op. cit.*, 1981, стр. 82.

16 За Ликурга се претпоставља да је, заправо, био митска личност, тј. да је првобитно био божанство чије је име значило „онај који тера вукове“, а да се спартански систем развијао постепено. Видети о томе: Б. Расел, *Историја западне филозофије*, Космос, Београд, 1962, стр. 113.

17 Према предању, критски владар Минос је на сваких девет година одлазио у пећину на планини Иди где је лично од Зевса добијао упутства за доношење закона.

кони и право су одраз божанских, неизменљивих и вечних закона. То је разлог због којег се у старом веку веровало да законе, као темељ цивилизованог опстанка на земљи, доносе сами богови у лику својих намесника, владара попут Ур-Намуа, Липит-Иштара, Билалама или Хамурабија. С обзиром на то да су богови морална бића, закони које доносе њихови намесници на земљи и сами добијају снагу моралног ауторитета. Они су тако представљали метафизичку основу моралног деловања потеклог од самих богова, па је, сходно томе, огрешење о такве законе било исто што и огрешење о саме богове.¹⁸ Слично уверење је било својствено и другим древним народима, попут Египћана, Хиндуса и Јевреја.

Посебно упечатљив је био однос према законима у традицији јеврејског народа. Ретко је који народ, поред Јевреја, свој национални идентитет, културу, опстанак и развој у толикој мери везивао за постојање и доследно поштовање сопствених закона. То не треба да чуди ако се има на уму да су закони били конститутивни чинилац јеврејског националног бића још од периода њиховог изласка из Египта и првих писаних закона које је дао Мојсије као Божји изасланик. Легитимитет закона и његов утицај били су непосредно утемељени у божанском ауторитету и једној врсти уговорно-заветног односа између народа Израиља и Јахвеа (Yahweh, heb: יהוה), овековеченог у Тори (Петокњижје), на основу којег су дата правила била обавезујућа не само за народ већ и за његове владаре. Бити Јеврејин је значило, заправо, поштовати јеврејске законе и такав став је и данас очуван, посебно међу ортодоксним Јеврејима.

Имајући то у виду, може се рећи да је идеја владавине закона постојала и пре него што је мисао о њој добила облик развијених схватања унутар грчких расправа о најбољем типу државног уређења. Она је постојала као идеја о неприкосновеном ауторитету закона утемељеном у Божјој мудрости којом се уређује даги друштвени поредак. На основу тога се лако може разумети зашто је за старе народе кршење закона често било изједначавано с негацијом сопственог идентитета и божанске правде.

Нововековна правна и политичка теорија су донеле нов поглед на идеју владавине права и њој сродну идеју слободе. Либерална мисао, већ од Томаса Хобса (Thomas Hobbes), слободу схвата у негативном смислу – као слободу појединца од самовоље других. У први план избијају индивидуа и уверење да сваки појединац поседује индивидуална права која су урођена, тј. природноправно утемељена. Тако је настала *идеја људских права*, која је бацила ново светло на идеју слободе, а самим тим, и на идеју владавине права.

Клица идеје људских права се може уочити још код Грка, али ипак у знатно скромнијем обиму него што је то случај са идејом владавине пра-

18 *Законици древне Месопотамије*, Свјетлост, Сарајево, 1989, стр. 94; Б. Расел, *op. cit.*, стр. 27.

ва. Наиме, идеја природног права, која је настала код Грка, није подразумевала концепт индивидуалних права, а нарочито не у смислу правног овлашћења индивидуе да захтева од државе одређено чињење или нечињење, или пак права сваког појединца на слободу и једнакост. Чак и право слободних Атињана да учествују у политичком животу полиса, како истиче професор Аврамовић, није било право већ примарно политичка, морална, религијска и друга обавеза атинског грађанина према заједници.¹⁹

У нововековној теорији, људска права се доживљавају као природноправно утемељена права сваког људског бића. Сама сврха политичке заједнице, унутар либералне мисли, суштински се мења у односу на ону из грчко-античког периода, па тако држава мора да води рачуна о заштити индивидуалних права и о границама поступања свих чланова заједнице, укључујући и саме представнике власти, а не о моралном стању и врлини грађана као у античком периоду. Идеја слободе, у оквиру либералне мисли, дефинише се као слобода да се чини све што не наноси штету другоме, али опет с јасно дефинисаним захтевом да се границе појединачног поступања морају дефинисати законима као извором правила која прописују потребна ограничења индивидуалне слободе.²⁰

У потоњим временима, идеја владавине права је потпуно теоријски уобличена, пре свега, у делу енглеског професора уставног права Алберта Вен Дајсија (Albert Venn Dicey) и енглеској доктрини владавине права (енгл. *rule of law*), али и у немачкој доктрини правне државе (нем. *rechtsstaat*). Значај расправа које су присталице тих двеју доктрина водили не огледа се само у настојањима да се древна идеја о владавини закона теоријски потпуно дефинише, да јој се да јасно и прецизно значење и одреде сврха и крајњи циљ, већ и у томе што се њима увек покрећу најзначајнија питања правне теорије. Расправа о идеји владавине права увек је и расправа о самом праву, правди, одговорности и сврси саме власти, односу појединач-држава и другим, темељним питањима правне и политичке теорије. Због тога, бављење владавином права подразумева потрагу за самим смислом и сврхом права као нормативног феномена без кога је постојећа људска цивилизација незамислива.

19 Више видети о томе: С. Аврамовић, Елементи правне државе и индивидуална права у Атини, *Правна држава у Антици: pro et contra*, Правни факултет Универзитета, Београд, 1998.

20 Овако одређење идеје слободе јасно је формулисано у француској *Декларацији о правима човека и грађанина*, речима да се „слобода састоји у могућности да се чини све што не шкоди другоме: тако, коришћење природног права сваког човека нема граница осим оних које обезбеђују другим члановима друштва уживање истих права. Те границе могу бити одређене само законом“ (члан 4).

1. Идеја владавине права код старих Грка

Неоспорна је чињеница да су грчка политичка и правна мисао изнедриле идеју владавине права. Штавише, на већину кључних питања савременог дискурса о владавини права Грци су понудили своје одговоре.

Тако, владавина права није била владавина било каквих, већ у уму утемељених закона, чији циљ треба да буде остваривање врлине и општер добра (Платон) и слободе грађана полиса (Солон, Перикле, Аристотел). Митска представа о праву, код старих Грка, била је исказана у два облика женских божанстава – *themis* и *dike*. *Themis* означава утемељење, поредак и обичај. *Dike* представља људско право и императивно уређује међупородичне племенске односе.²¹ Овај дуализам права је изражавала и веома развијена природноправна теорија код Грка.

Идеја природног права, настала у оквиру филозофске мисли грчких софиста, развила је уверење о постојању тзв. природноправних норми, тј. правила која постоје, важе и обавезују независно од воље људи. Сходно томе, природно право јесте независни нормативни ентитет који, као својеврсни врховни морални ауторитет, обавезује људске законодавце да се у нормирању друштвених односа руководе начелима природног права.

С друге стране, непосредна демократија је омогућавала слободним грађанима Атине вршење законодавне власти, тако да су закони били израз њихове а не неке туђе воље. Захваљујући томе, закони су уживали потребан легитимитет у друштву и били израз пристанка грађана, те се могло говорити о томе да владавина таквог права није владавина воље уже групе људи или појединца већ владавина воље свих слободних грађана. Додуше, мора се признати и истаћи да на такву слику политичког режима Атине и владавине права у њој пада сенка политичке неједнакости унутар атинског друштва. Реч је о познатој чињеници да

21 Љ. Тадић, *Филозофија права*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1996, стр. 23–24.

право учешћа у власти нису имали сви становници Атине. Сходно томе, владајући закони нису ни могли полагати право на општи друштвени легитимитет. Због тога се о владини права у античкој Грчкој може и треба говорити, пре свега, као о једној, теоријски јасно дефинисаној идеји, која је у пракси остала идеал због политичке неједнакости становника полиса. Наравно, ова констатација важи уколико се о идеји владавине права говори из угла савремене демократске теорије и праксе, у којима је доношење закона утемељено на начелу правне и политичке једнакости свих грађана и на општем праву гласа.

Најзначајније извориште идеје владавине права код Грка је била расправа о неколико кључних питања античке политичке и правне филозофије – који је најбољи облик политичке владавине и да ли је боље да друштвом управљају људи или закони. При томе се значај који антички Грци имају за развој идеје владавине права не огледа само у њиховој богатој теоријској заоставштини већ и у политичкој пракси, односно постојању политичких институција које су већ у оно време омогућавале постојање и функционисање одговорне политичке власти. Зато се с правом може рећи да политичка и правна теорија и пракса античке Грчке представљају пример, инспирацију и ауторитет за касније периоде.²²

Да ниједна идеја не извире у потпуности независно од одговарајућих друштвених услова погодних за њен настаanak, доказ је и појава идеје владавине права код Грка. Њу је немогуће одвојити од промена уведених Солоновим реформама грчког друштва. Како истиче Дјурант (Will Durant), оне су створиле здрав основ за потпуни процват грчког генија скоро на свим пољима.²³ Када је реч о организацији државне власти, Солоновим реформама су уведена решења чија је основна сврха требало да буде спречавање неограничене власти односно тираније, чиме је непосредно била афирмисана и сама идеја владавине закона. То је учињено увођењем временски ограниченог трајања кључних државних функција на годину дана, затим увођењем казни за службенике који се нису придржавали закона, расподелом политичке моћи на шири круг државних службеника, а не само на ограничену групу њих, и увођењем додатних гаранција којима се обезбеђивало да се они који врше власт неће окре-

22 В. Z. Tamanaha, *On the rule of law: history, politics, theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 7.

23 Солон је, најпре, ограничио моћ аристократије брисањем дугова градског и сеоског становништва, док је Клистен заслужан за укидање патријархалне основе поделе грађана према крвним везама и увођење организације према територијалном принципу. Тиме су ојачани економски и уједно политички положај и утицај слободног грађанства (трговаца, занатлија) на рачун земљопоседничке аристократије, што је такође омогућило убрзани развој привредног, културног и политичког живота у Атини. Видети о томе: В. Дјурант, *Живот Грчке*, Народна књига Алфа, Београд, 1996, стр. 130–137.

нути против закона.²⁴ У категорију таквих гаранција убраја се свакако и контрола магистрата, која се обављала како током самог њиховог избора тако и у току трајања њиховог мандата, па чак и након његовог истека.²⁵

Утицај Солонових реформи на даљи развој политичког и друштвеног живота у Грчкој је био огроман, чак су позитивно деловале и на војном пољу када је, победом над Персијанцима, Атина забележила највећи успех у својој историји. Победа над Персијанцима је означила почетак тзв. „златног периода“ Атине, обележеног процватом демократије и јединственом Перикловом владавином. Тукидид јој посвећује посебно место у својој *Историји*, док о Периклу с правом говори као о великом државнику и војсковођи, чији је ауторитет у Атини био неоспоран. Чувена Периклова беседа палим Атињанима у првој години Пелопонеског рата, с којом нас Тукидид упознаје, даје опис онога што се може сматрати највишим идеалом атинског друштва тога доба и јединственим вредностима које су Грке издвајале од осталих народа. У тим речима се лако препознаје не само значај који су Грци придавали демократији већ и вредностима на којима је она почивала, укључујући и значај самих закона полиса. О томе Перикле каже следеће:

„Ми имамо устав који није грађен ни по какву калупу суседних народа; напротив, ми служимо више другима за образац него што бисмо се угледали на друге. И како државна управа није усредсређена у рукама малога броја него у рукама већине, зове се наша владавина народна влада (демократија). У приватним пословима влада за све равноправност по закону, а што се тиче јавног живота, свако се, према томе како се ко у чему одликује, бира у државну управу, не зато што је члан неког staleжа, него по својој личној заслуги. Нико се не искључује из државних звања, па ни због сиромаштва, које иначе

24 Више видети о томе: E. M. Harris, *Democracy and the rule of law in classical Athens: essays on law, society, and politics*, Cambridge University Press, 2002, pp. 17–23.

25 Тако, на пример, магистрати су морали да буду старији од 30 година и бирали су се коцком тек након провере њиховог морала, целокупног понашања, политичких уверења и способности за обављање државних функција. Сам поступак се одвијао пред судом и подразумевао је испитивање кандидата, па чак и потребу подношења доказа за своје наводе. Осим тога, против сваког магистрата сваки грађанин је могао покренути поступак гласања о неповерењу (*epicheirotonia*) пред народном скупштином. Уколико би скупштина прихватила тужбу, следио је још компликованији поступак утврђивања одговорности магистрата пред скупштином или пред већем које су чиниле буле. Најзад, магистрати су били обавезни да у посебном поступку полагају рачун о свом раду. Видети о томе: С. Аврамовић, *op. cit.*, стр. 17–18.

смета угледу, ако је само врстан да учини што добро за државу. И као што у јавним пословима влада у нас начело слободе, исто тако и у свакодневном приватном саобраћају нема никаква сумњичења, нема у нас никакве срџбе на свога ближњег ако он што до миле воље ужива; не показујемо према њему никакве опорине, која, ако и не доноси штету, ипак вређа око. Али, ако тако међу собом у приватном животу и живимо неусиљено, опет се у јавном клонимо сваке незаконитости, а то нарочито ако је на корист угњетенима, и који су (закони – Р. 3.), ако и нису написани, опет свакога ко их крши жигошу пред целим светом.²⁶

Велике речи и велике идеје се дају препознати у овом Перикловом говору,²⁷ а кључне су: демократија као начин на који функционише атинска држава, равноправност тј. непостојање дискриминације, законитост и надаре слобода као руководеће начело политичког живота. Нажалост, почетак Пелопонеског рата означио је уједно и почетак краха атинских вредности. Златни период Периклове владавине је био завршен, али не и плодносна грчка мисао, чији је процват тек уследио у делима Платона и Аристотела.

Сократ (грч. Σωκράτης, 469–399. пре н. е.)

Пре појаве ових великана, на историјској сцени се појавио и свој печат оставио мислилац који је својим речима и делима поставио највише етичке стандарде, који су надахнули и саму мисао његових слебденика, посебно Платона. Реч је о Сократу, првом правом филозофу у историји човечанства. Сократ није оставио за собом велику правну ни политичку мисао, осим ако се право и политика не посматрају кроз етичке принципе које је Сократ не само поставио већ и живео. Управо су етички принципи, а пре свега његова посвећеност врлини, одредили његов однос према законима полиса. Тај однос се најјасније може сагледати у његовом ставу након предлога његовог пријатеља Критона да не поступи по пресуди атинског суда којом је осуђен на смрт, већ да побегне из тамнице и сачува свој живот. Сократов став поводом тог предлога и аргументи

26 Tukidid, *Povijest Peloponeskog rata*, Matica Hrvatska, Zagreb, 1957, str. 105–106.

27 Овде је од користи напоменути сумњу коју је, у литератури, могуће уочити према томе да ли су речи које Тукидид приписује Периклу заиста његове или су плод Тукидидове визије грчког идеала који је, према његовом мишљењу, несумњиво представљао и сам Перикле. Видети о томе: К. Чавошки, *Моћ и превласт: Тукидидова политичка мисао*, Catena Mundi, Београд, 2015, стр. 106 и даље.

које је изнео представљају пример најузвишенијег односа према законима и обавези покоравања чак и када смо убеђени у неправедност одлуке засноване на њима. А тако нешто је могуће само када се ти исти закони доживљавају као нека врста моралног ауторитета, чија сврха постојања надилази очување појединачног интереса.

Управо се такво уверење може препознати у Сократовим аргументима. Сократ најпре истиче да не треба чинити неправду чак ни када је она нама лично нанета, те да би управо то учинио уколико би побегао из тамнице без одобрења државе. Неправда би, према Сократовом мишљењу, била учињена законима и самој држави која не може опстати уколико би појединци сами ценили да ли ће и у којој прилици следити законе. Сократ затим износи тезу да су закони темељ друштвене заједнице, који својим одредбама уређују многа питања и доносе многа добра појединцима, те да је једна врста моралне дужности да се на такво давање узврати истом мером и са захвалношћу а не непокорношћу када нам се одлуке закона не свиђају у неком појединачном случају. Послушност законима је, према Сократовом уверењу, утемељена у пристанку односно сагласности сваког члана заједнице о томе да се они морају генерално поштовати јер чине добро заједници као целини. И управо за себе Сократ тврди да је међу Атињанима он први дао такво обећање послушности, те да је он први био задовољан државом и законима које сад треба да погази како би свој живот спасио.²⁸ Због тога Сократ одлучује да не послуша савет свога пријатеља већ да остане доследан својим уверењима и да испије отров, на шта га је атинска демократија осудила.

Овакав став према обавези покоравања законима је израз високих етичких начела којима се Сократ руководио и којима је очигледно остао доследан до краја живота. То је уједно и највећи допринос који је овај филозоф дао идеји владавине права. Он се огледа у томе што је својим личним примером показао како се владавина закона у једном друштву може одржати само када постоје одлучност и спремност појединца да свој лични интерес не стави испред одређених начела којима треба да се руководи човек посвећен врлини. Једно од тих начела је и поштовање закона на које смо дали пристанак, који конституишу и одржавају заједницу, чинећи добро свим њеним члановима. У то је Сократ веровао, сходно том уверењу живео и на крају у смрт отишао.

За разлику од Сократа, друга два великана античке мисли – Платон и Аристотел, дали су непосреднији теоријски допринос даљем развоју

²⁸ Платон, *Одбрана Сократова, Критон, Федон*, БИГЗ, Београд, 1976, стр. 82 и даље. Више видети о томе: А. D. Woozley, *Law and obidiance: the arguments of Plato's Crito*, University of North Carolina Press, 1979, као и студију професора Картлеџа: Р. Cartledge, *Ancient Greek political thought in practice*, Cambridge University Press, New York, 2009.

идеје владавине права. Њихова учења о најбољем облику државног уређења односила су се непосредно на питање избора између владавине закона или људи као темељу државног уређења. Осим тога, њима је, уједно, означен почетак развоја две супротстављене теоријске традиције – једне која, у свом основу, почива на афирмацији идеје о владавини људи (Платон), и друге која почива на идеји владавине закона (Аристотел). Ово размимоилажење Платона и Аристотела је најизраженије у првим Платоновим радовима, посебно у његовом капиталном делу *Држава*.

Платон (грч. Πλάτων, 427–347. пре н. е.)

У *Држави*, Платон износи своју визију идеалног државног уређења. Време је показало да је ова визија остала у домену утопије, чега је и сам Платон постао свестан за живота.²⁹ Платонова визија идеалног облика државног уређења, оличена у владавини краљева-философа, типичан је пример идеала коме је Платон интимно тежио до краја живота, без обзира на очигледне промене својих ставова изнетих у потоњим радовима, посебно у *Законима*. Тај идеал је био резултат дубоке и искрене вере у то да се једино владавином мудрости и врлине, као есенције саме филозофије, може постићи такав облик државног уређења у којем ће и сами чланови заједнице моћи да досегну највиши степен етичког савршенства. Платон о томе каже следеће:

„Све док филозофи не буду краљеви, или док краљеви и владари овог света не буду поседовали дух и моћ филозофије, све док се не споје политичка величина и мудрост и док оне обичније природе, које следе једно од овога двога искључујући оно друго, не буду потиснуте у страну, државе неће никад имати мира од ових зала – а мислим да неће ни људска раса – и само ће тада ова наша Држава моћи да живи и угледаће светлост дана.“³⁰

Платонову идеју владавине краљева-философа нипошто не треба тумачити као самовољну владавину појединаца већ као слободну владавину мудрости и врлине. Краљеви-философи јесу слободни, али слободни од страсти, самовоље, неправде. Слобода коју они имају резултат је спознаје истине и начела на којима је утемељена владавина врховног

²⁹ Платоново разочарење у сопствене идеале везује се за његов неуспех и по живот готово кобни одлазак на Сицилију, у Сиракузу, где је покушао да тамошњег владара-диктатора Дионизија Старијег просветли и учини краљем-философом. Ништа већи успех Платон није остварио ни приликом другог, па ни трећег одласка на Сицилију, у време владавине Дионизија Млађег.

³⁰ Платон, *Држава*, БИГЗ, Београд, 1993, 473d.

Добра. То је владавина људи који су досегли највиши ниво моралног савршенства, које их ослобађа на начин који не штети заједници већ, напротив, чини могућим да заједница и сви њени чланови буду посвећени истим начелима и вредностима као и сами управљачи. Као код Сократа, ни код Платона се не може раздвојити етика од политике, јер ова друга треба да буде у служби оне прве. Сва решења државног уређења која је Платон имао на уму треба да служе једном циљу – постизање моралног савршенства људи. Чак и Платонова кастинска структура становништва служи, у извесној мери, том циљу јер се примарно не заснива на социјалном статусу као критеријуму, већ је на нивоу духовно-моралне свести и спознаје. Отуда се на врху, као управљачи, могу налазити само они који су досегли сам врх те спознаје. А да би то било остварено, Платон осмишљава сложен систем образовања кроз које будући управљачи морају да прођу. Њихово образовање има за циљ морално усавршавање пошто морално савршеним људима треба дати да управљају – то је једини начин да цела заједница буде усмерена у добром смеру. Штавише, то је и једини начин за остваривања правде у друштву.

То је суштина Платоновог политичког програма у којем идеја о владавини краљева-филозофа заузима централно место. Нема сумње да је Платон, када је замишљао идеалног краља-филозофа, имао на уму свог учитеља и моралног ауторитета Сократа, али се убрзо и сам суочио са суровом реалношћу која, и у оно као и у данашње време, обзнањује једну истину – у сфери политике готово је немогуће успоставити систем владавине разума, с довољно ефикасним средствима гаранције против кварења оних који су власт преузели и у дужем времену управљали. И сам Платон је био дубоко свестан људских моралних слабости и чињенице да чак и „најбољи“ људи могу да буду искварени влашћу. Како другачије објаснити чињеницу да је чак и управљачима одредио забране, попут оних да не смеју имати приватне имовине ни породице нити било каквог контакта с племенитим металима како их то не би покварило. То свакако изражава Платонов антрополошки песимизам, тј. сумњу у човека и могућност постизања и очувања највишег нивоа индивидуалног моралног савршенства и уједно чини његову доктрину и идеју владавине краљева-филозофа суштински контроверзном. Он је видео довољно од политике, као што истиче Кросман (Crossman), да би знао да се неодговорна диктатура – без обзира на то колико се диктатори пажљиво бирају и обучавају – увек завршава катастрофом. Па ипак је био за њу.³¹ И ту је свакако највећа Платонова заблуда која прожима његов пројекат идеалне државе и због које је његово учење платило одређену цену. Та цена је била нужна радикализација метода и средстава владавине, која је за циљ имала постизање и очување свих потребних услова да на чело државе дођу и да владају они који су се таквом савршенству највише приближили. Цену су платили јед-

31 R. H. S. Crossman, *Plato to-day*, George Allen & Unwin, London, 1959, p. 184.

накост, истина и слобода, јер у друштву кастинске поделе становништва, „племенитих лажи“ и системске принуде њих не може бити.

Ипак, највећи ударац Платоновој визији је задала сама стварност, која му је у три наврата (три одласка на Сицилију) ставила до знања да владавина мудрости оличена у личности владара није одржива. Имајући то у виду лако је разумети зашто је Платон, у својим каснијим радовима а посебно у *Законима*, ублажио своје ставове изнете у *Држави*.

У *Државнику* Платон и даље даје предност владавини умних људи као најбољем облику државног уређења, на чијем је челу државник са истинском спознајом и врховним умећем владања (краљевско знање).

„Било да владају са пристанком или против воље поданика, било по писаним законима или без њих, било као богаташи или сиромаси, морамо по нашем садашњем схватању држати да владају са умећем, какав год био облик њихове власти.“³²

А кључни разлог због којег Платон дозвољава могућност да такви државници могу владати чак и без закона је тај „што закон никада неће моћи у један мах обухватити оно што је најбоље и најправедније за све, па наређивати оно што је најприкладније“.³³ Платон тако износи уверење да је општост закона уједно и њихова највећа слабост, антиципирајући на тај начин Аристотелову идеју правичности, којом је Аристотел покушао да реши недостатке примене општих правила на конкретне случајеве. Закони тако, наставља даље Платон, својом општошћу везују руке умним владарима, спречавајући их не само да чине зло већ и да чине добро. То пак не значи, према Платону, да су закони непотребни. Они су неопходни као упутства онима који треба да се управљају према њима, тј. поданицима, исто као што су таква упутства потребна и у многим другим струкама које Платон наводи као примере (упутства лекара својим пацијентима шта им ваља чинити у периоду његовог одсуства или учитеља гимнастике). Усмена упутства и умно вођство ипак имају предност када је такав државник на челу, пошто је његова способност управљања довољна гаранција умне владавине.

Закони су последње Платоново дело правно-политичке теорије. Иако недовршено, оно довољно јасно изражава Платонову мисао насталу на самом крају његовог живота. Отуда и значај идеја изнетих у том делу – Платон о њима говори у највишој умној зрелости, на крају свог животног искуства. Његова мисао о владавини умних људи јавља се и у *Законима*, али успутно, на један дискретан начин који као да шаље поруку да дубоко у себи он ту идеју није напустио, да и даље интимно и искрено верује

32 Платон, *Државник*, Издавачка кућа ПЛАТО, Београд, 2000, 293б.

33 *Ibid.*, 294б.

у свој идеал, иако је свестан немогућности да се он оствари. Због тога је централна тема којом се Платон бави у *Законима* управо тип владавине који је остварив, а у којем ће закони коначно и недвосмислено заузети место краљева-филозофа. Владавина закона престаје да буде „категорија другог реда“ и постаје императив најбољег државног уређења. Основ те владавине је у мудрим законима које треба поштовати и помоћу којих ће и обични људи моћи да владају државом. Законодавац нарочито треба да води рачуна о томе да се законима не дозволи сувише велика власт без контроле и да држава мора бити слободна, заснована на разборитости и уједињена.³⁴ Владавина умних закона се намеће као нужност с обзиром на немогућност људске природе да свим људским пословима управља сама, с неограниченом влашћу, а да при томе не буде испуњена обешћу и неправдом.³⁵ Имајући то у виду, Платон додаје како је и саме управљаче потребно ставити под власт закона, „јер управо од тога, више него од ичега другог, зависи спас државе као и томе супротно. Јер у држави где закон зависи од власти управљача и где он сам нема снаге, ја видим да је спремна пропаст. А у држави где је закон господар управљача, и где је власт потчињена законима, ја добро видим да постоје и спас и срећа и све благодети које богови дадоше државама“.³⁶

Аристотел (грч. Αριστοτέλης, 384–322. пре н. е.)

За разлику од свог учитеља, Аристотел није имао дилему о томе који је облик владавине најбољи. Користећи сасвим другачији методолошки приступ у својим истраживањима,³⁷ Аристотел нуди реално могући најбољи облик државног уређења. Кључне ставове према овој проблематици Аристотел износи у трећој књизи свог дела *Политика*, у којој се јасно уочава идеја владавине закона као пожељног облика владавине. Аристотел то јасно наглашава:

„Захтевати да влада закон значи захтевати да владају бог и закони, а захтевати да влада човек значи допустити и животињи да влада, јер

34 Платон, *Закони*, БИГЗ, Београд, 1990, 693с.

35 *Ibid.*, 713d.

36 *Ibid.*, 715d.

37 Реч је о познатој разлици између Платоновог спекулативно-идеалистичког и Аристотеловог емпиријског приступа у изучавању друштвених феномена. Тај приступ је подразумевао анализу огромне емпиријске грађе, тј. 158 тада познатих уређења, на основу чега је Аристотел формулисао своју политичку и правну теорију. Другим речима, Аристотела је занимало да утврди најбољи облик државног уређења који је могућ у стварности а не његове идеалне облике, којима се Платон примарно бавио.

пожуда је нешто животињско, а страст квари најбоље људе када су на власти. Стога, закон представља разум без прохтева.“³⁸

Аристотел увиђа да закони могу да буду и лоши, што владавину закона може да чини ништа мање тиранском од владавине појединаца. С тим у вези је значајан и тип државног уређења, јер закони у добрим државама морају бити праведни а у изопаченим државним уређењима неправедни. Његов закључак је ипак недвосмислен: „Врховна власт треба да припада мудро састављеним законима, а носиоци власти, било да је један или више њих, треба да располажу том влашћу само уколико закони нису прецизни, јер није лако општим одредбама обухватити све појединачне случајеве.“³⁹ Због немогућности да се законима обухвате сви појединачни случајеви, Аристотел дозвољава владавину људи у свим случајевима када је потребна допуна законима. Према његовом мишљењу, у таквим је случајевима боље одлуку препустити већем броју људи а не једном човеку. Аристотел јасно уочава проблем општости закона и дискреционог одлучивања које из њега произлази, због чега предлаже да „добро састављени закони треба сами да, колико је то могуће, дају тумачење свих случајева и да што мање препусте нахођењу судија; прво, због тога што је лакше пронаћи једнога или неколицину него мноштво разборитих и за доношење закона и изрицање судова способних људи; друго, закони се доносе после дугог разматрања, а пресуде се изричу на брзу руку, тако да је онима који просуђују тешко донети ваљану одлуку о праведном и корисном“.⁴⁰ Управо се овим исказом може, како то истиче Фридрих Хајек (Friedrich Hayek), доказати да модерна употреба изреке „владавина закона а не људи“ долази непосредно од Аристотела.⁴¹

На крају се треба још једном осврнути на античку мисао о владавини права, јер она то вишеструко заслужује: најпре због тога што први пут у историји нуди развијено и систематизовано учење о владавини закона и/или људи као кључној теми полемике о најбољем облику државног уређења, а затим и због тога што, у разматрању тог питања, нуди одговоре и на многа друга питања, што је чини целовитим правно-политичким учењем.

Није само античка мисао, већ је добрим делом и античка политичка пракса била посвећена специфичном тумачењу политичког живота. Његово кључно обележје је било да политика треба и мора да буде посвећена врлини. А врлина је била могућа само уколико се друштво руководи начелима и правилима утемељеним у уму. Начини које су Грци предлагали како да се то оствари били су различити и, као што је приказано,

38 Аристотел, *Политика*, БИГЗ, Београд, 1984, 1287а.

39 *Ibid.*, 1282b.

40 Aristotel, *Retorika*, Naprijed, Zagreb, 1983, 1354a (7).

41 Ф. Хајек, *Поредак слободе*, Фонд за отворено друштво, Београд, 1998, стр. 148.

битно се разликују у учењима Платона и Аристотела. Но, те разлике и нису толико суштинске као што се на први поглед може учинити. И један и други филозоф имају иста уверења у вези с тим на ком то основу треба да почива политичка владавина. Тај темељ је био ум. А из тог темеља онда извиру и многа друга начела која су Платон и Аристотел делили. Једно од њих јесте повезаност етике и политике, у смислу да политичка делатност, сврха самог полиса и дужности грађана у њему, морају бити посвећени крајњем етичком циљу – постизање највишег Добра. Држава је и за Платона и за Аристотела установа моралног васпитања, којом онда морају да управљају они који теже остварењу моралног савршенства, било да су то краљеви филозофи или пак умни закони. Разлика која се може уочити између Платона и Аристотела јесте, пре свега, разлика у техници владања и њу свакако не треба занемарити. Али, оно што и један и други деле са својим моралним ауторитетом Сократом јесте уверење да је владавина закона, као владавина ума, могућа само у друштву у којем ће управљачи, било људи или закони, заиста бити посвећени мудрости. Штавише, Сократ шаље још једну веома јасну поруку о томе шта захтева истинска владавина закона као владавина ума и мудрости. То је захтев упућен сваком појединцу да истрајава на развоју сопствене умности, те да онда, као активни члан заједнице, лично унапреди умност полиса и владавину ума. Нема сумње да је Сократ дао најбољи пример за то, али је уједно дефинисао стандарде који су за многе појединце у оно време, као и у временима која су уследила, били апсолутно недостижни. А недостижни су због тога што од човека траже напор, траже револуционарно-етичку промену сопственог бића према највишим начелима етичког поступања. То је захтев за индивидуалну а не друштвену револуцију. И управо неспособност људске расе да такву револуцију спроведе на пример сваке своје јединке чини немогућим друштво пуне владавине ума и мудрости. Да би такво друштво било могуће, потребно је да сваки члан заједнице буде уман и посвећен врлини, а како то није могуће, владавина ума је онда могућа једино као владавина умне мањине. Тога су били свесни и грчки филозофи, па се отуда њихов напор сводио на проналажење решења која ће владавину ума учинити бар делимично могућом, у виду владавине умних управљача – краљева или закона. Нема сумње да су поједина понуђена решења, пре свега у Платоновом учењу, с правом изазвала многобројне критике у потоњим временима,⁴² али је сасвим несумњива искрена жеља најзначајнијих представника грчке филозофије да заједници којој су припадали понуде решења која ће омогућити владавину ума и врлине као јединог начин за остваривања општег добра.

42 Свакако најоштрија критика Платоновог политичког учења и програма долази из пера Карла Попера (Karl Popper), који је у Платону видео родоначелника тоталитаризма. Видети о томе: К. Попер, *Отворено друштво и његови непријатељи*, књ. I и II, БИГЗ, Београд, 1993.

2. Идеја владавине права код Римљана

Да решења која су Грци понудили човечанству у вези с кључним питањима политичке теорије и праксе нису била ни остала решења локалног већ универзалног значаја потврђује утицај коју је грчка мисао имала на потоње цивилизације. Када је реч о римској правној и политичкој теорији, тај утицај је био толики да се, с правом, може рећи да је Рим, заправо, био културни паразит Грчке,⁴³ док је римска мисаона делатност била бледа, бескрвна имитација недостижних грчких узора.⁴⁴ То ипак не значи да Римљани нису оставили историји, као своје завештање, достигнућа и творевине који су за потоње генерације били узор и недостижни идеал. Грци јесу створили велику теорију државе, али су Римљани створили велику државу – државу која је трајала пуни миленијум и владала светом као права светска сила. И не само државу, већ и велико право у његовом догматско-практичном облику и примени, које се и дан данас налази у темељу европско-континенталног правног система.

Утицај римске правне теорије и традиције на даљи развој владавине права био је како позитиван тако и негативан.⁴⁵ Може се издвојити неколико примера позитивног утицаја. Идеја владавине права је била подржана демократским карактером закона у Риму, односно уверењем, које је већ *Законом XII таблица* било потврђено, да „све оно што народ касније изгласа добија снагу закона“, односно познатом Гајовом изреком да „закон представља оно што народ заповеди или установи (*Lex est quod populus iubet atque constituit*, Gai. 1, 2).⁴⁶

Пример позитивног утицаја је био и Цицерон (Marcus Tullius Cicero, 106–43. пре н. е.). Пресудан утицај на његову мисао су имали скоро сви водећи грчки мислиоци – како они из класичног периода, попут Платона и Аристотела, тако и потоњи, а пре свих Полибије и грчки стоици. Колики је утицај на Цицерона имао Платон говори чињеница да је своја најзначајнија дела политичке и правне теорије назвао истим именом као и његов грчки узор – *Држава* и *Закони*, као и да их је писао у истој форми као и Платон – у облику дијалога. Ако је судити према оригиналности, Цицерон се онда не може сматрати посебно битним и значајним аутором у историји људске мисли, јер је већину идеја преузео од претходних, грчких узора. Међутим, како истиче Лукић, стварна вредност једног писца не мора увек бити сразмерна његовом утицају на развој идеја. Тако је, у случају Цицерона, његов стварни утицај у историји идеја био много

43 Б. Расел, *op. cit.*, стр. 281.

44 Р. Лукић, *Историја политичких и правних теорија*, БИГЗ, 1995, стр. 172.

45 В. Z. Tamanaha, *op. cit.*, 2004, р. 11.

46 Ж. Бујуклић, *Forum Romanum*, Правни факултет Универзитета, Београд, 2010, стр. 443.

већи од његове вредности – захваљујући њему, постале су познате и популарне идеје које, без њега и без сјајне форме у којој их је он изложио, то не би биле.⁴⁷ А те идеје он износи у поменутиим делима *Држава* и *Закони*, која до нас нису дошла у целости, већ су сачувани само њихови фрагменти. Тако се у *Држави* препознају Аристотелове и Полибијеве идеје о узроцима кварења државних облика, њиховом цикличном кретању и мешовитом облику државног уређења као најбољем могућем решењу, оствареном управо у Римској републици. Цицерон државу дефинише као својину народа, као скуп мноштва обједињеног заједничком одлуком да прихвати прописе и ужива заједничку корист.⁴⁸ Остваривање слободе грађана је могуће, према Цицерону, само у друштву једнаких, где моћ лежи у рукама народа. Тиме је Цицерон, после пет векова, изнова потврдио претходно изнето уверење из *Закона XII таблица*, да је закон оно што изгласа народ, а да је једна од основних сврха закона да обезбеди једнакост свих грађана заједнице у њиховим правима – „Јер шта је држава“, пита Цицерон, „него заједништво грађана у праву.“⁴⁹

У свом делу *Закони*, Цицерон следи стоичку идеју природног права. Као доследни заступник ове идеје веровао је да примат закона над људима може да се прихвати само уколико се говори о умним законима, односно о људском законодавству које одговара општим правним начелима до којих човек као разумно биће може да дође. Истинско право за Цицерона је само право које је у складу с природом – „закон је разликовање праведнога и неправеднога, изражен у складу са оном најстаријом природом која влада свим стварима.“⁵⁰ Као такво, право се примењује на све људе и обавезује и грађане и државу – „магистратова моћ значи бити претпостављен и прописивати оно што је правилно, корисно и у складу са законима. Као што су магистратима надређени закони, тако су магистрати народу и оправдано је назвати магистрата законом који говори а закон немим магистратом.“⁵¹

С друге стране, као извор негативног утицаја на традицију владавине права обично се истиче рано римско право *Leges Regiae* и *Corpus Iuris Civilis*.⁵² *Leges Regiae*, односно „краљеви закони“, јесу прописи за које римска традиција везује владавину првих седам краљева у римској историји. У савременој науци постоје врло опречна мишљења о начину њиховог доношења, карактеру, па чак и томе да ли су они уопште постојали, или је у питању мит на који су се каснији правници и државници позивали из

47 Р. Лукић, *op. cit.*, 1995, стр. 172.

48 Цицерон, *Држава*, књ. I, ПЛАТΩ, Београд, 2002, XXV.

49 *Ibid.*, XXXI и XXXII.

50 Ciceron, *Zakoni*, књ. II, Demetra, Zagreb, 1996, 13.

51 *Ibid.*, књ. III, II, 2, 3.

52 В. Z. Tamanaha, *op. cit.*, 2004, p. 12.

различитих разлога.⁵³ Управо је један од разлога оправдање супрематичке владаревих наредби на преласку из републике у принципат, чему је *Lex Regiae* требало да послужи. Начин на који је то учињено представља специфично тумачење природе и карактера тих прописа, у складу с којим они потврђују апсолутну подршку грађана Рима својим владарима када то налажу интереси државе.⁵⁴

Други извор негативног утицаја римске правне традиције на идеју владавине права јесте *Corpus Iuris Civilis*. Иако је овај законик ремек-дело правне науке, захваљујући коме је римско право сачувано као целина и као такво инкорпорирано у правне системе потоњих времена, у њему је јасно наглашена идеја која је у директној супротности са идејом владавине права. Њен најјаснији израз је дат у чувеној Улпијановој максими да воља владоца има законску снагу (*Quod principi placuit legis habet vigorem*). Ова максима одражава схватање да апстрактне правне норме не могу имати превагу над вољом владара – израз става према коме у држави постоји суверена врховна власт која је извор права и као таква виша од закона, тј. *legibus solutus*.⁵⁵

Овај Улпијанов став изражава схватање унутар римске правне традиције, према којем је закон израз воље оних који владају и, као такав, рационална творевина људи. Прагматички и позитивистички настројеном духу римских правника била је страна помисао да право може да претходи држави и да је његов извор у нечем другом а не у вољи владоца (народа или монарха). Осим тога, овакво схватање је имало и политичку сврху оличену у тежњи ка легитимизацији политичких промена које су римско друштво захватиле на прелазу из републике у принципат. За већину римских правника држава је творац закона, што значи да их она може укидати и мењати сходно својој процени. Чак су и римски правници, који су заступали становиште да државом треба да владају закони а не људи, били свесни да ти закони дутују своје постојање државној власти. Захваљујући томе, идеја правне неограничености државне власти је имала своју јаку потпору унутар римске правне традиције. Штавише, римска правна традиција је тиме јасно нагласила етатистички карактер права, својствен правном позитивизму, и уједно остварила значај утицаја на прихватање сличног приступа међу државама које су кроз рецесију римског права прихватиле таква схватања и унеле их у биће европско-континенталног правног система. Међутим, период средњег века, који је убрзо уследио, носио је у себи једну врсту традиције која у значајној мери одударала од тог римског, позитивистичко-етатистичког приступа. Реч је о

53 Више видети о томе: Ж. Бујклић, *op. cit.*, стр. 456–458.

54 В. Z. Tamanaha, *op. cit.*, 2004, р. 12; Р. Stein, *Roman law in European history*, Cambridge University Press, 2003, р. 59.

55 К. Чавошки, *op. cit.*, 2005, стр. 35.

традицији обичајног права, чија је улога била пресудно важна за даљи развој традиције владавине права и правно ограничење државне власти.

3. Идеја владавине права у средњем веку

Средњовековни период представља по много чему цивилизацијски корак уназад у односу на антику, а забележен је готово у свим сферама људског стваралаштва – у науци, филозофији и у свим аспектима уметности. Почетак овог периода се везује за пад Западног римског царства 476. године, а крај за појаву хуманизма и ренесансе крајем XIV и почетком XV века. Пад Рима није означио уједно и крај римске државне традиције. Она је наставила да живи кроз Византију, где су идеје римске државе и римске културе биле јасно изражене све до владавине цара Ираклија (610–641). Ираклијеве реформе су означиле не само почетак препорода посрнуле Византије већ и почетак њене отворене и званичне хеленизације.⁵⁶ Од тог тренутка се може говорити о процесу културолошког раздвајања јединственог хришћанског света на његов западни и источни део, који ће се временом интензивирати на свим пољима друштвеног живота, укључујући и доктринарно-религијске поделе (коначни расцеп хришћанске цркве 1054. године). Имајући то у виду, развој идеје владавине права у средњовековном периоду може се посматрати у два одвојена тока – једном на западу Европе и другом који је био специфичан источној хришћанској култури и Византијском царству.

Оба тока деле нека општа, заједничка обележја, али истовремено имају и нека битно различита. Њихово заједничко обележје јесте вишевековна борба између световне и црквене власти за врховни ауторитет унутар хришћанског света. Корени ове полемике везани су још за Константиново доба,⁵⁷ али је тек од IX века и смрти Карла Великог она добила на интензитету, обележавајући политички живот Европе у потоњим вековима. Њен крајњи исход није био исти у оба дела хришћанског царства. На западу Европе, црква доминира у овом односу (папоцезаризам) фактички све до модерне епохе и опадања њеног ауторитета под налетом друштвених праваца модерности и свеопште секуларизације друштвеног живота. Византију, пак, карактерише сасвим другачији тип односа између световне и духовне власти, у којем доминира превага цар-

⁵⁶ Г. Острогорски, *Историја Византије*, Просвета, Београд, 1993, стр. 122.

⁵⁷ Цар Константин је, заправо, био злоупотребљен у расправама које су се водиле о том питању, јер је црква тврдила да поседује исправу (тзв. Константинову даровницу) којом је Константин дао право врховне власти папи Силвестру I над Италијом и свим осталим земљама. У XV веку је доказано, међутим, да је реч о фалсификату, који се вешто користио вековима уназад (од VIII века па надаље) као доказа за црквену супрематију.

ске власти над црквеном (цезаропапизам). Положај цара у Византији добија временом (посебно у периоду владавине Македонске династије IX и X века) деспотски карактер типично источњачког типа. Византијски цар је, како истиче Острогорски, „изабраник Божји на којем почива божанска промисао. Он је врховни поглавар целокупне државне управе, врховни заповедник војске, врховни судија и једини законодавац, бранилац цркве и заштитник православаља. Он одлучује о рату и миру, његова пресуда је коначна и непоречива, његови закони сматрају се богом надахнути. Истина, он мора да се држи постојећег права, али он може да га мења по свом нахођењу, објављивањем нових и опозивањем старих закона. Као државни поглавар цар има фактички неограничену власт и није везан ничим осим општим моралним захтевима.“⁵⁸ Управо ове речи указују на особености политичке власти у Византији које су биле објективна препрека озбиљнијем развоју идеје владавине права. Због тога, њен даљи развој у периоду средњег века треба тражити у традицији западно-европске цивилизације. На том тлу је постојала пракса која је омогућила њен плодноснији развој, а која се огледа у друштвеном и политичком значају германског и англосаксонског обичајног права.

Германско обичајно право је једно од најзначајнијих исходишта идеје владавине права у средњем веку. Таквим га чини улога коју су обичаји имали у друштвеној пракси германских народа и специфично тумачење односа владара према њему. Истакнути историчар средњег века, Фриц Керн (Frits Kern) о томе каже:

„У германским државама, право је било обичајно право, 'право њихових очева', оно је постојеће, објективно правно стање, скуп небројених субјективних права. Сва загарантована приватна права су била заштићена од арбитрарних промена, као део исте правне структуре у оквиру које и сам владар изводи своје право заповедања. Сврха државе, сходно германским политичким идејама, јесте да поправи и одржава, да сачува постојећи поредак, добро старо право. Германска заједница је у својој суштини била организација за одржавање закона и реда.“⁵⁹

Такав значај и улога обичајног права спречавали су сваку врсту правне самовоље владара и чиниле могућим идеју владавине права. Обичајно право је у пракси средњовековних германских држава остваривало исту функцију коју је идеја природног права остваривала у античкој и посебно нововековној мисли – а то је ограничавање самовоље државне власти правом које своју егзистенцију и важење не црпи из воље саме државе, већ је

58 Г. Острогорски, *op. cit.*, стр. 241.

59 F. Kern, *Kingship and law in the Middle Ages*, Basil Blackwell, Oxford, 1939, p. 70–71.

результат спонтаног настанка унутар друштвеног живота једне заједнице. Штавише, сам процес спонтаног настанка обичајних норми подразумевао је имплицитно сагласност чланова заједнице за њихов настанак и важење, што је том праву додатно давало легитимитет. Због тога је владар у средњовековној традицији био схваћен као неко ко чува а не ко крши такво право, као неко ко има право да доноси нове законе али само као израз тежње ка кодификацији прастарих норми обичајног права.⁶⁰

Известан допринос идеји владавине права дала је и друштвена мисао средњег века. Ипак, пресудан утицај религије на њу довео је до тога да је друштвена мисао односно филозофија средњег века пре свега филозофија писана с гледишта цркве.⁶¹ У духу хришћанског учења и етике тумаче се и друштвене институције, а у учењима два њена кључна представника – Светог Августина (Aurelius Augustinus, 354–430) и Томе Аквинског (Tommaso d’Aquino, 1225–1274), препознаје се утицај Платона и Аристотела.

За учење о праву и посредно о владавини права, Тома Аквински има највећи значај. Његово учење је добрим делом реинкарнација Аристотелових идеја, прилагођених хришћанској доктрини и, самим тим, прихватљивих за цркву. И за Аквинског, као и за Аристотела, закон је утемељен у разуму и служи општем добру. Закон је правило и мера поступака, каже Аквински, по којем су људи позвани да се понашају или не понашају.⁶² Његово виђење позитивног закона и обавезе покоравања истом произлази из његовог учења о вечном и природном закону који су, према мишљењу Аквинског, отелотворење разума. Сходно томе, позитивно право мора бити утемељено у истим начелима на којима почива природни закон, до чије спознаје људи могу да дођу захваљујући томе што су разумна створења. У супротном, правила која нису утемељена у разуму (природном закону) не могу се ни сматрати законима јер је суштина закона управо у разуму.⁶³ Аквински тако утемељује једну изразито рационалистичку природноправну теорију права, која је била суштински опозит римском волунтаристичком схватању да је закон воља владара. То је, наравно, водило и ка одређеном схватању односа владара према обавези покоравања праву. Пошто људски закони садрже правила која се односе на понашање људи и пошто је њихова примена обезбеђена принудом државне власти, то је логично да суверен, као творац таквих правила, не може бити објект сопствене принуде. У том смислу, Аквински се слаже с

60 Више видети о томе: J. B. Morrall, *Political thought in Medieval Times*, University Toronto Press, Toronto, 1980; W. Ullmann, *A history of political thought: The Middle Ages*, Penguin Middlesex, London, 1965.

61 Б. Расел, *op. cit.*, стр. 304.

62 Видети о томе: T. Aquinas, Saint, *Summa Theologica: treatise on law*, Q90 – Of the essence of Law, Art. 1, p. 1329. Available at: http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/Aquinas/Aquinas-Summa_On%20Law.pdf

63 *Ibid.*, Q95-Of Human Law, Art. 2, p. 1358.

тврђом римских правника да је суверен изузет од принудности људских закона, пошто ниједан човек не може бити принуђен сопственом вољом. Суверен се може сматрати обавезним правом, али само када га његова сопствена воља на то обавезује.⁶⁴ Дакле, Аквински несумњиво владара види као правно неограничену власт, али само уколико је реч о законима као правилима чија је принуда обезбеђена од стране тог истог суверена. Када је реч о Божјем и природном закону, таква неограниченост не постоји зато што носилац санкције није владар већ Бог.

Иако је средњи век био цивилизацијски корак уназад у односу на антички период, допринос који су средњовековна теорија и пракса дали даљем развоју идеје владавине права нипошто не треба потценити. Као што је речено, период средњег века је на више начина позитивно деловао на њу. Најзначајнији позитивни утицај је био распрострањено уверење да закон није воља владара већ производ спонтаног нормирања друштвених односа у процесима иманентним друштвеном животу средњовековних заједница. Сходно томе, право је већ постојало и није га требало доносити већ откривати. То је био основни задатак законодавца или судија.⁶⁵ Друго, позитиван утицај даљем развоју идеје владавине права дао је и друштвени плурализам средњовековног друштва, у којем су полуте моћи, посебно економске, биле у рукама не само владара већ и племства. То је водило и ка политичком плурализму и специфичном карактеру средњовековне државе као изразито децентрализоване, без јаког центра моћи који би узурпирао политичку моћ, и свесно стварање права од стране једног политичког центра – владара као суверена. Због тога је трансформација средњовековне државе у правцу апсолутистичке монархије била истовремено и трансформација правне и политичке праксе у правцу јачања и прихватања идеје да је закон дело законодавца оличеног у личности апсолутног монарха.

То је уједно био пут којим су кренуле државе континенталне Европе и то захваљујући управо рецепцији римског права. Једина земља, како истиче Хајек, која је успела да сачува традицију средњег века и да на средњовековним слободама изгради модерну идеју слободе под законом била је Енглеска, пре свега захваљујући томе што није усвојила касно римско право и с њим идеју закона као креацију неког владара. Посебан допринос томе је дала и традиција енглеског обичајног права, које није било схваћено као производ било чије воље него као баријера моћи, укључујући и моћ краља.⁶⁶ Допринос који је енглеска правна традиција дала даљем развоју идеје владавине права, посебно у сфери њене примене у политичкој пракси, толико је значајан да се с правом

64 *Ibid.*, Q96-Of the power of Human Law, Art. 5, p. 1367.

65 F. Kern, *op. cit.*, p. 151.

66 *Ibid.*, pp. 83–84.

може рећи да су појава и развој енглеског конституционализма најзначајнији извор теорије и праксе владавине права у периоду средњег века. Енглески конституционализам се рађа у периоду средњег века, али своју праву физиономију добија тек у XVII веку.

4. Појава и развој енглеског конституционализма и идеја владавине права

Захваљујући сасвим специфичној правној и политичкој традицији енглеског друштва, средњовековни апсолутизам феудалне Европе се веома рано (баш на примеру Енглеске) суочио с првом озбиљном границом, оличеном у законском ограничавању монархове власти и одредбама о гаранцијама за индивидуалну слободу и права грађана. Управо се у томе и огледа највећи допринос који је енглеска правно-политичка традиција дала остваривању идеје владавине права. Наиме, све до тренутка доношења уставног документа *Magna Carta Libertatum* (Велика повеља слободе) 1215. године, идеја ограничавања државне власти сопственим правом била је примарно у домену друштвене теорије, без конкретне нормативно-уставне и институционалне потпоре у пракси. Тек је доношењем Велике повеље монарх постао формално односно правно обавезан одредбама документа за који је и сам дао пристанак.⁶⁷ Управо је то било револуционарно у односу на дотадашњу историју владавине права. Монарх је, први пут, постао правни субјект, формално обавезан да поштује извесна права својих поданика (вазала пре свих).⁶⁸ Та права су имала јавноправни а не приватни карактер, попут забране лишења слободе без одлуке суда (члан 39), заштите од прекомерног финансијског терета и казни (чл. 20 и 21), као и гаранције својине (чл. 52–55). Можда чак најзначајнија одредба за успостављање система владавине права јесте члан 61, којим се установљава веће од 25 барона (24 барона и градоначелник Лондона) као једне врсте судског органа у евентуалним споровима између краља и племства, који уједно контролише спровођења одредаба

67 Краљ Јован није формално потписао тај документ, већ је дао свој печат и тиме, свакако, пристао за његово доношење.

68 Додуше, треба истаћи да се као први документ у историји енглеске уставности често наводи Акт о крунисању (*Coronation Charter*) из 1100. године, којом је Хенри I, најмлађи син Вилијама Освајача, ступио на престо. Документ је познат и као Повеља слободе (*Charter of Liberties*) и свакако представља претечу Велике повеље, али се у односу на њу не може сматрати актом нормативно-институционалног ограничења монархове власти. Тек су Великом повељом јасно прокламована два основна начела савременог конституционализма – идеја ограничења државне власти објективним правом и владавина на основу сагласности оних над којима се влада. Више видети о томе: В. Петров, *Енглески устав, Службени гласник*, Београд, 2007.

Повеље. Тако Повеља предвиђа да, уколико четворица од 25 изабраних барона утврде повреду одредаба Повеље, о томе морају обавестити остале, који онда могу, уз подршку целе земље, напасти краља на сваки могући начин.⁶⁹

Реч је, дакле, о институционалном виду контроле поштовања одредаба Повеље. Енглеска је с Великом повељом кренула путем конституционализма и супрематије права и, тиме, даље прокрчила пут ка уставној монархији. Њеним доношењем је постало јасно, како истиче Лидија Баста Флајнер, да право није воља ни власт Круне и да се власт монарха креће у границама утврђеним правом.⁷⁰ Уставни документи донети у каснијем развоју енглеског конституционализма потврдиће идеју о супрематији права и још више учврстити институционална ограничења монархове власти.

Доношење Велике повеље и њен реални утицај и значај не могу се у потпуности разумети без увида у особености правно-политичке традиције енглеског друштва тога доба, а пре свега, без увида у изузетно велики значај и утицај система *common law*. Пун развој система *common law* остварен је за време владавине Хењрија II (1154–1189) и то захваљујући делатности краљевских судија, који су широм земље решавали многобројне спорове који су се тицали краља, убирања пореза, тежих кривичних дела и власништва.⁷¹ Потврђене кроз праксу енглеских судова, норме обичајног права су представљале знатно више од пуких апстрактних правила. Захваљујући дубоко укоренејој традицији обичајног права, право се, међу средњовековним енглеским мислиоцима, није схватало као израз државне воље – у духу римске максиме *quod principi placuit*, већ као самоникли израз колективног живота, оличен, пре свега, у стародревним обичајима и потврђен конкретним судским одлукама. Закон је, тако, био отеловљење интелигенције и моралних вредности, одражавајући тешко раздвојиву форму моралног права чија су се начела примењивала на све људе добре воље.⁷² Идеја о супрематији права је, на тај начин, могла да

69 О садржају Повеље и поменутих одредбама видети: *Темељи модерне демократије: избор декларација и повеља о људским правима (1215–1989)*, Нова књига, Београд, 1989, стр. 35 и даље.

70 А. Баста Флајнер, *Политика у границама права: студија о англосаксонском конституционализму*, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 28.

71 Више видети о томе: F. Pollock and F. W. Maitland, *The history of English law before the time of Edward I*, Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, pp. 136–173; J. H. Baker, *An introduction to English legal history*, Butterworths, Boston, 1990, pp. 14–43; R. David, and J. E. C. Brierley, *Major legal systems in the world today*, Stevens and Sons, New York, 1985, p. 314; D. Nesterovska, *Influences of Roman Law and Civil Law on the Common Law*, *Hanse Law Review*, Vol. 1, No. 1, 2005, p. 80.

72 S. E. Thorne, *Government under law in the Middle Ages with special reference to England*, *Annales de la Faculté de droit d'Instanbul*, Vo. 9, No. 12, 1959, p. 157.

доживи пуну афирмацију, с обзиром на то да су нормe обичајног права схваћене као, од државне власти, независне нормe. Обичајно право у Енглеској заправо је имало функцију сличну оној коју је теорија природног права имала на континенту Европе. Заступници обичајног права, како истиче Хајек, развили су у Енглеској идеје сличне идејама традиције природног права, с тим што оне нису биле изражене обмањујућом терминологијом те школе.⁷³ А једна од кључних идеја и вредности традиције *common law* била је управо заштита основних права и слобода појединца. Захваљујући таквој традицији, идеје о супрематији права, заштити појединца од самовоље власти и, самим тим, о ограничавању монарховог свевлашћа, могле су да доживе и добију афирмацију већ у првим уставним документима енглеског конституционализма.

Управо је Велика повеља слободе један од првих докумената који су, почивајући на традицији *common law*, заштитили неприкосновену сферу личне слободе појединца. Да је то тако потврђује и став чувеног судије Хенрија де Бректона (Henry de Breton, 1210–1268) који, још средином XIII века, назива Повељу конституцијом слободе а не слободом, дакле повељом о слободи као свеобухватном одређењу човековог положаја у односу на власт.⁷⁴ Његово дело *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* прва је систематска расправа о енглеском уставном праву, чији су се закључци показали далекосежни и веома значајни за исправно разумевање идеје владавине права.⁷⁵ У историји англосаксонског конституционализма остала је чувена његова максима којом се изражава идеја супрематије права: *Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege* („Краљ не може бити под људима већ под Богом и законом“).

Наизглед јасна и недвосмислена, Бректонова максима је изазвала и још изазива различита тумачења. Један од водећих историчара англосаксонског конституционализма, Чарлс Макилвејн (Charles Howard McIlwain), истиче како је Бректонова максима веома често цитирана половично – или само њен први део (*non sub homine*), користећи тако интересима енглеских ројалиста, или само други део (*sub Deo et lege*), користећи интересима парламентарца. Нарочито је спорно да ли је први део – *non sub homine*, у контрадикцији с другим делом – *sub Deo et lege*, с обзиром

73 Ф. А. Хајек, *Право, законодавство и слобода*, Службени лист СРЈ, Београд, ЦИД, Подгорица, 2002, стр. 83.

74 Е. Corwin, *The higher law background of American constitutional law*, наведено према: А. Баста Флајнер, *op. cit.*, стр. 29.

75 Осим овог, треба поменути још два Бректонова дела: *Note book* и *Treatise on the laws of England*. Прво дело је заправо приказ судских одлука, док је друго покушај свеобухватне анализе и представљања структуре обичајног права у Енглеској. Више видети о томе: Т. McSweeney, *English judges and Roman jurists: the civilian learning behind England's first case law*, *Temple Law Review*, Vol. 84, No. 4, 2012, pp. 827–862.

на то да закон доносе управо људи а не краљ. Разлог за контрадикцију у Бректоновој максими Макилвејн види у чињеници да средњовековни писци нису јасно раздвајали оно што савремени писци раздвајају – ограничење монархове власти од питања њене ефикасне контроле.⁷⁶

Додуше, Бректон различито гледа на степен ограничења монархове власти. С тим у вези, нарочито далекосежним су се показала његова запажања о разлици између извршне и законодавне власти, тј. владе (лат. *gubernaculum*) и права (лат. *jurisdictio*). У сфери владе, краљ је самосталан и слободан да врши своју власт у потпуности. У тој сфери нико, чак ни судије, не сме да контролише његова акта. Сасвим је другачија ситуација с краљевим овлашћењима у области јурисдикције. У тој области, краљева власт је у потпуности ограничена установљеним обичајним правом, тако да нико, ни краљ ни судије, нема право да своје одлуке супротстави установљеним законима земље.⁷⁷

И у делима каснијих енглеских конституционалиста могу се уочити слични ставови. Тако Џон Фортескју (John Fortescue, 1394–1479) разликује апсолутну и ограничену монархију. Прву означава римским термином *dominium regale*, док другу назива *dominium politicum et regale*. Основна разлика је у томе што у првој монарх влада законима које сам доноси, док у другој, монарх не сме да управља народом другим законима осим оним на које је народ пристао.⁷⁸

Прекретница у развоју енглеског конституционализма и идеје владавине права везује се за период XVII века и владавину двојице владара династије Стјуарта – Џејмса I (James I, 1603–1625) и Чарлса I (Charles I, 1625–1649). Због све израженије амбиције Џејмса I да своју владавину учини апсолутистичком, заострава се сукоб између Круне, с једне, и Парламента и *common law* судова, с друге стране. Основна манифестација тог сукоба је убрзо попримила природу правнотеоријске расправе о питањима примата монархове власти над *common law* судовима и природи уставности његове владавине. Како истиче Гоф (Gough), „у кризним ситуацијама које су обележиле наш (енглески – Р. З.) уставни развој, борба се увек водила не између оних који би бранили устав и оних који би га се одрицали већ између алтернативних интерпретација устава, чије постојање ниједна страна није доводила у питање“.⁷⁹

76 Видети о томе: С. Н. McIlwain, The historian's part in a changing world, *The American Historical Review*, Vol. 42, No. 2, 1937, pp. 220–222.

77 Више видети о томе: К. Чавошки, *op. cit.*, 2005, стр. 42–43.

78 J. Fortescue, *The governance of England: otherwise called the difference between an absolute and a limited monarchy*, наведено према: *Ibid.*, стр. 45.

79 J. W. Gough, *Fundamental law in English constitutional history*, наведено према: Л. Баста Флајнер, *op. cit.*, стр. 32.

Те две, међусобно супротстављене интерпретације енглеске уставности XVII века добиле су свој израз и у делима водећих мислилаца и правника тог доба – Френсис Бекон (Francis Bacon, 1561–1626) и Едвард Коук (Edward Coke, 1551–1634). Као заступник идеје краљевог апсолутизма, Бекон је имао задатак да филозофски образложи и утемељи ту идеју, у чему му је нарочито послужила доктрина природног права. Бекон је, наиме, пошао од примата природног права над *common law*, наглашавајући при томе утемељеност овог првог у разуму. Управо на темељу основних начела природног права, Бекон и Џејмс I изводе овлашћење владара да, посредством наредбе, може самостално да пресуђује у свим случајевима који законом нису изричито забрањени. Проблем краљевих прерогатива сводио се, заправо, највише на ширину његове дискреционе власти, у чему су се Бекон и Коук у потпуности разишли. Додуше, иако прихвата став Џејмса I да је краљ *legibus solutus* (апсолутно слободан у односу на позитивне законе), Бекон, у основи, одбацује могућност деспотске и у потпуности арбитрарне власти монарха. Он се, у ствари, залаже за природноправну утемељеност краљевих прерогатива и њихов апсолутни примат у пословима егзекутиве, где је утицај Парламента битно ограничен. Бекон је нарочито био против права Парламента да обавља сталну контролу над радом егзекутиве и да службенике Круне позива на одговорност, док је на судије гледао као на краљеве службенике, чија је дужност да тумаче а не да стварају закон или да га дају.⁸⁰

Заправо, релација егзекутива–парламент–судство и питање задирања у њихова међусобна овлашћења били су основни камен спотицања у политичко-правним расправама у Енглеској XVII века. Оно што се на пољу политичких и правних расправа испољавало као сукоб мишљења, на пољу политичке реалности се испољавало као сукоб интереса – парламентарца и присталица *common law* судова, с једне, и интереса Круне, с друге стране. Руковођен тежњом да прошири своје прерогативе у односу на Парламент и судове, Џејмс I је покушао да своју власт учини слободном од утицаја Парламента и судских одлука, у чему му је, као што је већ истакнуто, помогло и Беконово филозофско-правно утемељење идеје супрематије краљеве воље над одлукама Парламента и *common law* судова.

Потпуно супротне теоријске ставове заступао је Едвард Коук. Као председник суда *Court of King's Bench*, а затим и као председник суда *Court of Common Pleas*, Коук је имао огroman утицај на афирмацију идеје о супрематiji *common law* и његовом примату у односу на одлуке краља. Сукоб између Коука и Џејмса I уследио је као последица разлижења њихових ставова у конкретним случајевима, када је до изражаја дошла краљева несумњива амбиција да своје одлуке претпостави одлукама суда, па чак и законима Парламента. Један од првих спорова је настао поводом жал-

80 Ф. Бекон, *Есеји или Савети политички и морални*, Култура Београд, 1967.

бе архиепископа Бенкрофта (Bancroft) 1605. године, да се редовни судови мешају у надлежност црквених судова тако што су решавали о стварима која су, према мишљењу световних судија, биле у њиховој надлежности. Краљ је поводом спора стао на страну Бенкрофта, истичући да су судије само његови штићеници, те да је управо он властан да пресуди које ће случајеве пресуђивати црквени а које световни судови, а не судије које је он поставио.⁸¹ Један од основних аргумената Џејмса I се заснивао на тези да је право утемељено у разуму, те да он, као и сваки човек, располаже разумом исто као што разумом располажу судије. У одговору Коука који је уследио, јасно се истиче теза о разлици између природног (енгл. *natural*) разума, који поседује сваки човек, и стеченог (енгл. *artificial*) разума, који се стиче дугим учењем и искуством, те да када је реч о правним споровима који се тичу живота, наслеђа, добара или иметка краљевих поданика, не пресуђује природни већ стечени разум.

Убрзо су уследили и остали случајеви који су изнова поставили питање краљевих прерогатива и њиховог задирања у домен законодавне и судске власти. Тако се у случају *Bate's Case* из 1606. године поставило питање права краља да уводи нове царине својим наредбама без унапред добијене сагласности Парламента, док је у случају *Case of Prohibition* (1607) оспорено право краља да лично пресуђује било који случај и истакнуто да је то искључиво право суда, док краљ може само да учествује у раду суда али не и у доношењу пресуда.⁸²

Оно што Коук издваја као једног од најватренијих присталица идеје супрематије права у историји енглеског конституционализма није само његово инсистирање на правно утемељеној власти краља, већ и на правно утемељеној и правом ограниченој власти Парламента. У чувеном случају лекара Томаса Бонама (Thomasa Bonhama) из 1610. године, Коук истиче како су и одлуке Парламента ограничене начелима *common law*: „У многим случајевима, *common law* контролише акте Парламента, а понекад их чини потпуно неважећим; јер када је акт Парламента противан општем праву и разуму, или неускладив с њима, или се не може извршити, контролише га *common law* и на основу њега ће такав акт бити неважећи.“⁸³ Овим је Коук наговестио судску контролу рада Парламента и јасно се декларисао за апсолутни примат система *common law*, што у је у крајњим консеквенцама значило и негирање идеје о суверености Парламента. Иако је с положаја председника суда (*Court of King's Bench*) смењен 1616. године, утицај Коукових идеја није био умањен. Напротив, он постаје савезник Дома комуна у енглеском Парламенту, и представник интереса његових чланова. У сукобима између Круне и Парламента, који су убрзо

81 К. Чавошки, *op. cit.*, 2005, стр. 49.

82 Л. Баста Флајнер, *op. cit.*, стр. 40.

83 Coke's Report, Pt. VIII, p. 114, наведено према: *Ibid.*, стр. 42.

уследили, борба енглеских парламентарца за очување својих права и повластица почивала је управо на упорном истицању установљених начела *common law*.

Питање супрематије система *common law* било је, међутим, можда чак и мање спорно од питања права Парламента да обавља политичку контролу Круне. И за Бекона, као и за Џејмса I и нешто касније за Чарлса I, било је незамисливо да Парламент обавља контролу над радом егзекутиве и да службенике Круне позива на одговорност. Међутим, захтеви Парламента ишли су управо ка успостављању сталне контроле над радом извршне власти. То је настојање убрзо постало кључно питање уставних сукоба у Енглеској XVII века, које је коначно разрешено тек „Славном револуцијом“ из 1689. године. То је остварено постепено, а првим кораком на том путу може се сматрати упорно настојање Едварда Коука да супрематију система *common law* учини неприкосновеном и, уједно, кључним фактором ограничавања монархове власти. Инсистирајући на супрематији система *common law* и активнијем учешћу Парламента у вођењу политике, Едвард Коук и његови истомишљеници створили су услове не само за правно ограничену већ и за политички и правно контролисану егзекутиву. Због тога се дешавања на политичкој сцени Енглеске XVII века могу посматрати као кључна у процесу успостављања теорије и праксе владавине права, а улога Едварда Коука у томе као једна од најзначајнијих.

Борба енглеских парламентарца и заговорника доследног поштовања система *common law* није остала само у домену правнотеоријских и политичких расправа, већ се пренела и у област политичко-институционалне и уставне праксе. То потврђује историја енглеске уставности XVII века, током које су бурна политичко-револуционарна збивања била праћена и коначно завршена доношењем уставних докумената који означавају настанак модерне уставне монархије у Енглеској. Ти документи су резултат успешне борбе племства и представника средњих слојева (посебно богатих трговаца) за остваривање права политичке репрезентације у Парламенту, али је то уједно био успех и на пољу остваривања адекватних институционално-нормативних гаранција ограничења монархове власти и заштите основних права и слобода. По свом значају и далекосежном утицају издвајају се три таква документа: *The Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act* и *Bill of Rights*.

Петицијом о правима (*The Petition of Rights*), донетом 1628. године, потврђено је начело о неповредивости приватне својине и личне слободе на начин на који је то утврдила и Велика повеља. У односу на Велику повељу, Петиција о правима је поновила и додатно регулисала питања приватне својине, пореза, царина и других сличних давања, за чије је увођење била потребна сагласност Парламента. Такође је предвиђена и забрана

кажњавања без законског суђења и лишавања слободе или имовине без саслушавања у законом прописаном поступку. Петицијом о правима је учињен и корак напред у погледу јаснијег разграничења извршне и законодавне власти и то додатним сужавањем краљевих прерогатива у односу на Дом комуна и одузимањем права да захтева средства за смештај, опрему и издржавање војске, чиме му је фактички била ускраћена могућност издржавања сталне војске.⁸⁴

Заштита личне слободе је доследно спроведена актом који и данас има значај једног од најважнијих докумената о правима човека – Закон о неповредивости човекове личности (*Habeas Corpus Act*) из 1679. године. Тим документом, врло детаљно и уз помоћ низа процесних одредаба, гарантована је неприкосновеност личне слободе пред судом и полицијом. Од нарочитог значаја су одредбе које су предвиђале да се лице може ухапсити и држати у затвору само по одобрењу суда. У ситуацијама када полиција не може на време да прибави судски налог за хапшење, била је предвиђена обавеза полиције да у року од три дана приведе ухапшено лице судији како би се утврдила оправданост хапшења. Уколико би судија утврдио да је хапшење било незаконито, лице се пуштало на слободу. Тим актом је многобројним процесним решењима била гарантована лична слобода појединаца, док је полиција стављена под надзор суда.⁸⁵

Уставна монархија у Енглеској добила је свој коначан облик доношењем Повеље о правима (*Bill of Rights*) 1689. године. Доношењем овог акта означен је почетак модерне државно-правне историје Енглеске. Значај овог акта се огледа, између осталог, и у чињеници да су многе његове одредбе постале саставни део каснијих грађанских декларација, донетих у Америци и у Француској. Може се рећи да је тим актом дефинитивно завршена вишевековна борба за успостављање законом ограничене власти монарха односно равнотеже у односу легислативе и егзекутиве. Без сагласности Парламента, монарх више није могао да доноси, укида или мења законе, прописује порезе нити да ствара или одржава сталну војску у време мира. Између осталих, прописане су и одредбе које су предвиђале пуну слободу избора за Парламент, имунитет посланика, обавезу редовног сазивања Парламента, а назирали су се и први облици министарске одговорности пред законодавном влашћу.⁸⁶

Доношењем тих уставних докумената довршена је изградња основних темеља правно-политичког система у Енглеској. Његова основна обележја су таква да се с правом може рећи да је његова изградња уједно била и изградња темеља система владавине права. И у томе је заиста огроман

84 Видети Петицију о правима: М. Вешовић, *Збирка докумената о људским правима и слободама*, Службени лист СРЈ, Београд, 1998, стр. 322–323.

85 Видети *Habeas Corpus Act: Темељи модерне демократије*, *op. cit.*, стр. 65–73.

86 *Ibid.*, стр. 91–96.

допринос који су Енглези дали идеји владавине права, не само у њеном теоријском убличавању већ и у њеној практичној примени. Међутим, историја идеје владавине права и пут њеног развоја ка доктрини не би били потпуно јасни без увида у основне идеје нововековне теорије природног права. Њени почети су такође у XVII веку, а њено исходиште је енглеска политичка теорија, чија су два кључна представника Томас Хобс (Thomas Hobbes, 1588–1679) и Џон Лок (John Locke, 1632–1704).

5. Нововековна теорија природног права, либерализам и идеја владавине права

Теорија природног права није плод новог доба. Њено порекло је у античкој филозофији, међу софистима који су први изнели идеју природног права и дали јој одговарајући смисао и садржај.⁸⁷ Даљи развој ове теорије прати историјске епохе кроз које је западноевропска цивилизација пролазила, па се тако говори о хришћанским, нововековним и савременим природноправним теоријама.⁸⁸ Свима њима је заједничко уверење о дуализму права као нормативног феномена, тј. да осим позитивног права које доноси државна власт, постоји једно објективно дато право, чије постојање и важење не зависе од воље људи. На питање шта је то природно право, Михајло Ђурић нуди следећи одговор:

„О природном праву говорило се најчешће као о једној апсолутној правној категорији, као поретку који категорички постулира извесна правила понашања не водећи рачуна о томе колико су ова у складу с позитивним законима појединих држава, као поретку који важи не зато што је вештачки установљен од стране једног одређеног људског ауторитета, већ због тога што проистиче из природе, ума или божанског открочења, па је стога по својој суштини апсолутно добар, тачан и праведан.“⁸⁹

Међутим, већ од самог настанка природноправних теорија, њима је била иманентна тенденција њихових представника ка различитом тумачењу порекла, садржаја, сврхе и циља природноправних норми. И упра-

87 Видети о томе: М. Ђурић, *Из историје античке филозофије*, Службени лист СРЈ, 1996.

88 Видети о томе: Г. Фасо, *Историја филозофије права*, ЦИД, Подгорица, 2007; Љ. Тадић, *op. cit.*, 1996; Л. Штраус, *Природно право и историја*, ПЛАТΩ, Београд, 1997; Р. Степанов, Г. Вукадиновић, *Увод у филозофију права*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад, 2004; Д. Митровић, *Теорија државе и права*, Досије, Београд, 2010; Е. Блох, *Природно право и људско достојанство*, Издавачки центар Комунист, Београд, 1977.

89 М. Ђурић, *op. cit.*, стр. 324–325.

во је ова чињеница послужила као основ за критику и оспоравање научног значаја природноправних теорија. Како истиче Штраус (Leo Strauss), „уместо претпостављене јединствености, налазимо бескрајно много идеја о праву или праведности. Или, другим речима, не постоји природно право ако не постоје непроменљиви принципи праведности.“⁹⁰ Примера ради, већ у оквиру грчке софистике, природа ствари је подједнако служила за оправдање друштвене неједнакости (Каликле, Тразимах), као и за оправдавање космополитских идеја једнакости свих људи (Хипија, Антифонт). Природноправне теорије су тако биле и остале једна врста идеологије, чији су постулати често служили за оправдање крајње различитих друштвених, политичких и економских циљева.

Таква тенденција је настављена и у нововековној теорији и пракси. Како истиче Ђурић, природноправном аргументацијом у XVII и XVIII веку служиле су се и конзервативне и револуционарне снаге. Присталице апсолутизма су браниле легитимност неограничене државне власти, а у истом амбијенту је настала и мисао о правној држави.⁹¹ Најбоља потврда ових речи јесу управо идеје и учења два најзначајнија представника нововековне теорије природног права у Енглеској – Томаса Хобса и Џона Лока. Први је доследни заговорник идеје неограничене власти суверена, етатистичког схватања права као заповести суверена и израза његове реалне политичке моћи, противник поделе власти и урођених индивидуалних права. Други је доследни заступник ограничене државне власти, и то управо зарад заштите урођених индивидуалних права, и један од најдоследнијих заступника поделе власти као средства ограничења исте.

Већ је и ово довољно за закључак да је реч о ауторима који представљају две опречне и супротстављене политичке доктрине и традиције, у маниру који се кроз историју идеја може пронаћи у свим претходним епохама, разматраним у досадашњем тексту. Упркос томе, они деле и нека заједничка уверења: прво се односи на постојање природног стања и природног права чије суштине и теоријско-практичне импликације различито тумаче, затим егалитаризам својствен преддржавном стању, схватање о држави као производу воље појединаца изражене у виду хипотетичког концепта друштвеног уговора, као и заједничко друштвено-политичко и економско исходиште њихових теорија – енглеско друштво друге половине XVII века.

90 Л. Штраус, *op. cit.*, стр. 15.

91 М. Ђурић, *op. cit.*, стр. 323.

Томас Хобс

На први поглед, у Хобсовој политичкој доктрини нема места за идеју владавине права јер његова концепција суверености, као апсолутне, правно неограничене и недељиве власти, то не дозвољава. Да би се разумело одакле Хобсовом суверену таква власт, неопходно је открити порекло те власти. Оно није у некој врсти религиозног оправдања апсолутизма, као што је то случај у Боденовој (Jean Bodin) или још више у теорији Роберта Филмера (Robert Filmer).⁹² Оно није ни у закону природе (енгл. *law of nature*), већ је њено порекло у самој природи човека и њој својственом нагону за самоодржањем.

Наиме, људи су, према Хобсовом мишљењу, једнаки у природном стању како у погледу умних тако и телесних способности, из чега произлази једнакост наде у постизању истих циљева. Пошто су људи по природи себични и самољубиви, то их таква њихова природа доводи у ситуацију сукоба с другима ради остваривања истих циљева, до рата свих против свих – *bellum omnium contra omnes*.⁹³ Међутим, људској природи су својствене и страсти, као и разум. И управо страсти и разум могу човеку да помогну да превазиђе неподношљиво природно стање. А највећа од свих страсти је страх од насилне смрти, која уједно изражава најснажнију од свих природних тежњи – тежњу ка самоодржању. Страх од смрти, жеља за стварима нужним за удобан живот и нада да их може постићи својим радом, према Хобсовом мишљењу, јесу страсти које човека чине склоним миру. Сам разум, пак, је тај који људима указује на неопходност прихватања мира као пожељног стања. Уз помоћ разума, људи долазе до спознања природних закона попут тежње ка миру.⁹⁴

Тако Хобс постепено долази до државе, тј. до потребе за њеним настанком. Та потреба настаје управо зарад превазилажења свих слабости природног стања, перманентног рата свих против свих. Једини начин да се то превазиђе јесте да људи све своје моћи и снагу повере једном човеку или једном скупу људи,⁹⁵ који ће бити носилац или носиоци њихове личности, уз безусловно покоравање сваког појединца таквој вољи. Реч није о пукој сагласности, како наглашава Хобс, то је стварно јединство

92 Видети о томе: К. Чавошки, *Предговор* у: Ц. Лок, *Две расправе о влади*, књ. I, Младост, Београд, 1978; М. Matulović, *Људска права: увод и историју људских права*, Hrvatsko filozofsko društvo, Zagreb, 1996.

93 Т. Хобз, *Левијатан*, Култура, Београд, 1961, XIII, 1–8.

94 *Ibid.*, XIII, 14.

95 Ове речи указују на то да Хобс није сматрао да врховна суверена власт мора нужно да припада појединцу–монарху, већ је фактички дозвољавао да то буде група људи, па чак и Парламент. Видети о томе: Л. Баста Флајнер, *op. cit.*, стр. 98.

свих појединаца у једној истој личности, створено споразумом сваког са сваким. Носилац те личности зове се суверен.⁹⁶

Људска природа и особености природног стања стварају, тако, потребу за сувереном, чија је основна функција, у духу патерналистичке власти, заштита појединаца како од спољашњих опасности тако и од деструктивности људске природе. И управо се у тој функцији може препознати кључно ограничење апсолутне власти Хобсовог суверена. Наиме, безусловна послушност поданика о којој Хобс говори условљена је успешном суверена у обављању функције заштите, јер сврха послушности, каже Хобс, јесте заштита.⁹⁷ Хобс набраја многобројне примере када појединци имају право да одбију наредбу суверена и сви се они, заправо, односе на наредбе које би од појединаца тражиле да нанесу неку штету себи самима и тиме наруше природно право, које се огледа у слободи сваког да све своје способности користи како би заштитио свој живот.⁹⁸ Хобс слободу схвата негативно – као слободу од спољних препрека, и она је у вези с фундаменталном чињеницом из које произлази и целокупна моралност – нагон за самоодржањем. И та чињеница је препрека чак и за Хобсовог суверена. Због тога се у Хобсовој политичкој доктрини, у позадини његове идеје апсолутне и неограничене власти суверена, заправо крије клица либералне доктрине. Штраус тврди да, ако „се либерализмом може назвати политичка доктрина која као основну политичку чињеницу сматра права и која поистовећује функцију државе са очувањем или заштитом тих права, онда се може рећи да је творац либерализма био Хобс.“⁹⁹

Упркос клици либерализма, Хобсова доктрина не оставља много простора за различита тумачења основног питања које је овде у средишту интересовања – да ли у његовој доктрини има места за идеју владавине права? Тог места нема јер Хобсова суверена власт ни у којем случају није ограничена законима. Она то и не може бити јер у духу изричитог Хобсовог етатизма, закон је заповест суверена снабдевена санкцијом, па би то значило да је суверен ограничен сопственом вољом. Штавише, потчињавање врховне власти грађанским законима Хобс види као једну од основних слабости државе, која води ка њеној пропасти. Истина, Хобс каже да су владари ограничени природним законима јер су такви закони божански и јер их не могу укинути ниједан човек и ниједна држава,¹⁰⁰ али

96 Т. Хобз, *op. cit.*, XVII, 13.

97 *Ibid.*, XXI, 21

98 Један од водећих познавалаца Хобсове мисли, професор Ричард Так (Richard Tuck) тврди да Хобсова теорија суверености садржи значајна ограничења, што објашњава због чега се на Хобсовој листи суверених права не налази доста тога што је теорија апсолутне државне моћи допуштала. Видето о томе: R. Tuck, *Hobbes*, наведено према: М. Matulović, *op. cit.*, str. 48.

99 Л. Штраус, *op. cit.*, стр. 137.

100 Т. Hobz, *op. cit.*, XXIX, 9.

то никако нису закони у правом смислу речи, то су рационално откривена правила.¹⁰¹ Прави закони су грађански закони, а то су правила која доноси државна власт.¹⁰²

Иако се Хобсова политичка доктрина никако не може сматрати представником теоријске традиције владавине права, то не значи да треба да буде заобиђена у њеном проучавању. Први разлог због чега то не треба чинити јесте њено јасно указивање на чињеницу да је античка дилема о владавини закона или људи настављена и у нововековној теорији, само сада на новим поставкама и приступима. Други, много битнији разлог јесте тај што је том доктрином у правно-политичку теорију унета на „мала врата“ идеја која ће убрзо постати идеја водиља дискурса о владавини права. То је идеја да људи имају урођена природна права која производе извесну обавезу за државну власт. Као што је указано, природно право на самоодржање, као једино апсолутно и неусловљено право, условило је, у крајњем исходу, одређену дужност државе, чиме је Хобс функције и границе грађанског друштва одредио терминима човековог природног права а не терминима његове природне дужности.¹⁰³ И то је била највећа новина коју је Хобсова теорија донела. Тим путем је наставио Лок и понудио доктрину чије су основне идеје постале „класично штиво“ политичке доктрине либерализма.¹⁰⁴ Захваљујући Локу, либерализам је убрзо постао простор који идеја владавине права, све до данас, никада није напустила.

Џон Лок

Базична конструкција Локове теорије је идентична Хобсовој – у темељу је природно стање из којег проистиче потреба за грађанским друштвом, затим споразум појединаца изражен у хипотетичком друштвеном уговору и, коначно, сама држава. Међутим, за разлику од Хобсовог природног стања рата свих против свих, Локово природно стање је готово идеално, савршено стање слободе и једнакости људи. Слобода природног стања се огледа у праву сваког човека да одређује своје радње и располаже својим поседом и личношћу како сматра да је прикладно у границама природног закона, а да му за то није потребно допуштање неког другог човека и његове воље, док се једнакост огледа у једнаком обиму власти сваког чове-

101 *Ibid.*, XIV, 3.

102 *Ibid.*, XXVI, 3.

103 Л. Штраус, *op. cit.*, стр. 132.

104 О Локовој политичкој теорији написано је обиље радова, од којих треба издвојити следеће: J. W. Gough, *John Locke's political philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1968; J. Dunn, *The political thought of John Locke*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969; R. W. Grunt, *John Locke's liberalism*, The University of Chicago Press, Chicago, 1987.

ка.¹⁰⁵ Иако је стање слободе, природно стање није стање самовоље јер човек нема права да уништава себе ни друге. Та обавеза је, заправо, резултат умне спознаје, тј. спознаје природног закона који се умом открива да, пошто су сви људи у природном стању независни и једнаки, нико онда не сме да наноси зло туђем животу, здрављу, слободи и имовини.¹⁰⁶ Пошто у природном стању не постоји никаква виша власт до власти сваког појединца (јер су сви једнаки), то се онда мора признати сваком појединцу право да казни прекршиоце природног закона.¹⁰⁷ Тако је, према Локу, у природном стању сваки појединац потенцијално судија и извршитељ казни, под условом да следи правила природног закона, тј. да чини све што је у његовој моћи да одржи себе и друге. Тада он стиче и другу врсту моћи, а то је моћ кажњавања оних који тако не чине.

Кључна питања којима се Лок даље бави јесу: одакле потреба за државом; како држава настаје; која је њена сврха и како се она може остварити, као и колики је обим државне власти. И управо се кроз одговоре које је Лок понудио на ова питања може разумети зашто се он сматра правим оснивачем либерализма, али и првим нововековним политичким мислиоцем који је идеју људских права поставио као природну брану самовоље политичке власти и тиме уједно исцртао основне контуре доктрине владавине права.

Најпре треба кренути од потребе за грађанским друштвом. Она је нужна последица битних карактерних особина људи – њихов егоизам, пристрасност у односу на себе, страст и освета, које могу да их воде ка томе да се у својим односима с другима руководе искључиво својим интересима. Тако се и код Лока, као и код Хобса, препознаје црта антрополошког песимизма односно недостатак вере у способност човека да остане уман и доследан природном закону.¹⁰⁸ Због тога постоји потреба за оснивањем више власти, која ће на себе преузети дужност очувања природних права појединца и кажњавања оних који их крше.

Сам начин настанка државе је формално идентичан Хобсовом – закључивање друштвеног уговора, који код Лока подразумева сагласност свих чланова заједнице о томе да делегирају своју моћ на вишу власт (енгл. *government by consent*). У вези с тим, Лок каже:

105 Ц. Лок, *op. cit.*, стр. 11.

106 *Ibid.*, стр. 12.

107 *Ibid.*, стр. 13.

108 Код Лока је он, ипак, мање изражен и своди се на уверење да су људи склони остваривању личних а не само друштвених интереса, због чега настају сукоби између њих, што је ноторна друштвена чињеница. Услоњаване друштвених односа и потенцијални сукоби интереса свакако се могу посматрати као један од кључних друштвених фактора који су довели до настанка државе.

„Пошто су људи по природи сви слободни, једнаки и независни, нико не може да буде лишен своје имовине и потчињен политичкој власти другога без властите сагласности. Једини начин којим неко лишава себе своје природне слободе и ставља окове грађанског друштва представља саглашавање с другим људима да се здруже и уједине у заједницу како би угодно, безбедно и мирољубиво живели заједно и са сигурношћу уживали властиту својину и имали већу безбедност од напада оних који тој заједници не припадају. ...када се неколико људи на овај начин сагласи да створи једну заједницу или владу, они се тиме одмах сједињавају и чине једно политичко тело у коме већина има право да дела и одлучује за остале.“¹⁰⁹

Сагласност је, према Локу, конститутивни елемент политичке заједнице, али и више од тога – то је основ за преузимање дужности потчињавања одлукама већине јер би, у супротном, уговор који настаје сагласношћу људи био без значаја и смисла уколико би сваки појединац остао слободан и ни под каквим другим обавезама него што је био у природном стању.¹¹⁰

У погледу основног циља/сврхе оснивања државе, Лок је недвосмислен. Разлог због којег се људи удружују јесте очување природних права појединаца – живота, слободе и њихове својине. Та природна права се у Локовој теорији јасно издвајају као својеврсни *causa solvendi* целокупне Локове конструкције грађанског друштва, јер грађанско друштво постоји зарад очувања природних права. То је основ његове легитимности коју оно добија сагласношћу појединаца да своју моћ пренесу на државу, а која свој легитимитет задржава све док служи заштити индивидуалних природних права. Додуше, у одељку у којем говори о циљевима политичког друштва и владе, Лок изричито наводи само својину,¹¹¹ али то свакако не значи да су заштита живота и слободе ван сфере примарног циља грађанског друштва. Тим пре ако се има на уму да је Лок појам својине користио у знатно ширем значењу, које укључује и нематеријална добра, као што су живот и слобода.¹¹² Ипак треба признати да је Локово учење о својини револуционарно не само у односу на дотадашњу хришћанску већ и на филозофску традицију и то захваљујући радној те-

109 Ц. Лок, *op. cit.*, стр. 57.

110 *Ibidem*.

111 *Ibid.*, стр. 72.

112 К. Чавошки, *Политичка филозофија Џона Лока*, Филозофске студије V, Београд, 1974, стр. 141.

орији вредности, односно Локовом уверењу да човек својим радом стиче право својине над плодовима тога рада. Управо то Локову мисао чини истински револуционарном – човек, а не природа, и човеков рад, а не дар природе, представљају извор свега што је вредно: човек поседује готово све што је вредно захваљујући сопственим напорима.¹¹³ Цела конструкција грађанског друштва, према Локовом мишљењу, треба да заштити управо ту могућност човека.

Кључно је питање како држава може да заштити природна права људи. И на њега Лок даје недвосмислен одговор. Да би она била заштићена, мора се успоставити све што недостаје у природном стању. Прво, то је установљен, устаљен, познат закон, примљен и одобрен општом сагласношћу, који је мера правичног и неправичног и опште мерило које би решавало све спорове међу људима.¹¹⁴ Постојање и поштовање закона, као општих правила утемељених у уму, представљају за Лока први неопходни услов за заштиту природних права у грађанском друштву. Лок то јасно истиче ставом да циљ закона није да укине или ограничи већ да очува и увећа слободу, јер тамо где нема закона нема ни слободе.¹¹⁵ Друго, потребан је познат и непристрасан судија с влашћу да решава све размирице према установљеном закону. И треће, потребна је власт да подржи и потпомогне пресуду када је правична и да јој омогући дужно извршење.¹¹⁶

И коначно, последња и најзначајнија питања за разумевање Локовог доприноса идеји и доктрини владавине права јесу где су границе и колики је обим политичке власти. У вези с њима је и претходно питање – коме је она поверена. Локов одговор је да већина одлучује о томе. То је управо већина која је постојала приликом удруживања у друштво (скуп појединаца који су изразили своју сагласност), па отуда она има право да одлучи о томе да ли ће је сама вршити (демократија), да ли ће је предати неколицини (олигархија) или пак појединцу (монархија). У вези са овим ваља истаћи следеће: када Лок говори о врховној власти, он мисли на законодавну власт којој припада право доношења правила о употреби принуде (изрицања казни), те да је јасно да се та врста власти може легитимно обављати у различитим типовима државних облика. Кључна Локова идеја за разумевање граница вршења власти јесте идеја делегиране моћи. Наиме, без обзира на конкретан облик државне власти, врховна власт није ништа друго до делегирано право њеног вршења зарад примарног циља грађанског друштва – очување живота, слободе и имовине.

113 Л. Штраус, *op. cit.*, стр. 185.

114 Ово омогућава непостојање арбитрарне власти над животом и имовином људи, али и забрану вршења власти на основу импровизованих декрета. Видети о томе: Ц. Лок, *op. cit.*, стр. 72, 76–78.

115 *Ibid.*, стр. 37.

116 *Ibid.*, стр. 72.

Истински носилац и извор суверене власти остаје онај ко то право делегира, односно првобитна већина која је на основу друштвеног уговора пренела на врховну власт две врсте моћи – моћ сваког појединца да чини што год сматра прикладним за очување себе и осталих и моћ кажњавања за злочине који су учињени против природног закона.¹¹⁷

Имајући то у виду, лако је разумети Локово виђење граница законодавне власти које он прецизно одређује. То је, као прво, забрана арбитрарности законодавне власти, тј. обавеза да се влада на основу објављених уставовљених закона, утемељених у принципу једнаког нормирања права и обавеза свих појединаца. Друго је посвећеност закона јавном добру. Треће је забрана изрицања пореза на својину без сагласности народа, а четврто – забрана даљег делегирања законодавне власти на неког другог.¹¹⁸

У својим разматрањима ограничавања врховне власти Лок се не зауставља само на наведеним принципима, већ нуди додатне гаранције од њене потенцијалне арбитрарности и свемоћи. Таква гаранција треба да буде подела власти на законодавну и извршну, јер „може да буде сувише велико искушење“, каже Лок, „за људску склоност ка греху, спремну да се дочепа власти, ако би исти људи који имају власт доношења закона у својим рукама имали и власт да их извршавају, чиме могу да изузму себе од послушности према законима које доносе и прилагоде законе својој приватној користи...“¹¹⁹ Због тога, Лок разликује законодавну од извршне (примена закона у унутрашњим односима) и федеративне власти (примена закона према споља – безбедност државе). Коначно, уколико ниједна од предвиђених гаранција ограничења власти не успе, уколико се и сам законодавац окрене против јавног интереса и заштите природних права појединца, Лок дозвољава и коначно средство у одбрани тих права – право народа на побуну. Занимљиво је истаћи да то право Лок заправо види као средство заштите против побуне, јер, изворно, побуна није у поступцима народа који свргавају власт него у поступцима саме власти која се удаљила од умности, односно од заштите вредности које су друштвеним уговором и сагласношћу већине дате да буду заштићене посредством власти. Због тога је ово право на отпор изворно природно право које претходи сваком облику политичког заједништва.¹²⁰

Када се све претходно сумира, основне идеје Локове доктрине подражавају следеће: идеју друштвеног уговора и урођених природних права појединца (идеја људских права); идеју ограничене власти која почива на сагласности грађана и чији је примарни циљ заштита њихових природних права (држава као сервис у служби грађана); идеју поделе

117 *Ibid.*, стр. 73.

118 *Ibid.*, стр. 81–82

119 *Ibid.*, стр. 82.

120 К. Чавошки, *op. cit.*, 1974, стр. 213.

власти као неопходног средства ограничавања власти; индивидуализам односно идеју о примату појединаца над било којом врстом колективности; идеју слободе схваћене као слободе од самовоље других, односно слободе на основу покоравана општим правилима која свој основ такође имају у сагласности народа као њиховог доносиоца; радну теорију вредности, тј. идеју да људи радом стичу право на ограничено стицање својине у природном стању, да би то право у грађанском друштву прерасло у право неограниченог стицања својине. То су кључе идеје Локове политичке теорије и уједно идеје које су убрзо чиниле костур идејне конструкције политичке и економске теорије либерализма.

Када се сагледају смисао и домаћај Локове теорије, постаје јасно зашто се она може сматрати природним „стаништем“ идеје владавине права. Наиме, ограничавање државне власти општеобавезујућим, унапред датим и јасним правилима несумњиво је *sine quo non* Локове визије грађанског друштва. Идеја ограничене државне власти није циљ сам по себи колико средство обезбеђивања умности политичке владавине, као неопходног услова за остваривање примарног циља државе – заштита природних права појединаца. И у томе се огледа најјача веза између Локове теорије и касније доктрине владавине права. Веза која је постала инспирација за многе мислиоце који у владавини права нису видели само начело формалне законитости већ израз принципа умности, који је јачањем грађанског друштва у модерној епохи постао неодојљив од захтева за заштиту индивидуалних људских права. Може се рећи да је Локова теорија званично обележила крај старе и почетак нове епохе – епохе либералног друштва. Процес који су започели Макијавели и Хобс доведен је до краја, али са битно другачијим тумачењем сврхе државе. Та сврха се више није тражила у античким визијама политичке власти као сервиса у служби врлине својих грађана, већ као заштита појединца од потенцијалне свемоћи тог моћног механизма принуде односно државе. Несумњиво је да је овај захтев био израз политичких и економских потреба грађанства као нове друштвене снаге у успону, те се, у том смислу, Лок може сматрати њеним идеологом, али је његова мисао свакако била одраз промене свести модерног човека, који напушта идеализовану слику политичке заједнице и прихвата реалност, у којој се заштита од самовоље власти намеће као примарни циљ. Идеја владавине права тако постаје идеја која служи старом принципу умности, али умности посвећене заштити нове вредности – урођених природних права појединаца.

Џон Лок је сасвим јасно означио даљи пут развоја једне мисаоне традиције владавине права унутар јединственог дискурса модерности. Тај пут је подразумевао да, када се говори о ограничавању државне власти законима као суштинском обележју владавине права, то ограничавање мора да буде посвећено одговарајућем схватању умности – у Локовом случају, умности која подразумева свест о постојању и потреби зашти-

те природних права појединаца. Тако је Лок својом идејом природних права појединаца јасно дефинисао материјално начело владавине права, односно императив који се поставља пред државу и њено законодавство. Други правац развоја је учрпао Томас Хобс, са својим схватањем правне неограничености суверена и волунтаристичким схватањем закона као пуког израза његове воље, чиме започиње традиција која је свој пун теоријски израз добила у правном позитивизму XIX и XX века и у доктрини правне државе (нем. *rechstaat*).

Монтескје, Волтер, Русо, Хјум

Либерална мисао је наставила да, под окриљем просветитељства, развија своје основне постулате у делима европско-континенталних и америчких либералних писаца. Џон Греј (John Gray) истиче да се може говорити о разлици између две традиције либерализма – оне настале у Енглеској, која се у одбрани права на слободу позивала на древна права, историјски прецедент и идеје природног права засноване на ауторитету Светог писма, и француске традиције која се темељи на апстрактним принципима природног права.¹²¹

Овим двама традицијама треба додати, свакако, и традиције америчког конституционализма и шкотске либералне мисли, које су, све заједно, дефинисале мисаону заоставштину класичног либерализма. При томе, енглеска традиција је за многе била непресушна инспирација у борби против апсолутизма. У Француској, тако, Шарл Монтескје (Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, 1689–1755) развија целовито учење о подели власти на законодавну, извршну и судску, допуњујући Локову дихотомну поделу власти. И за Монтескјеа, као и за многе друге европске просветитеље, идеја слободе заузима централно место у политичкој теорији, а и решења организације власти које он нуди треба да служе њеној заштити и то неопходним ограничавањем самовоље државне власти. Монтескје о томе каже:

„Када су законодавна и извршна власт усредсређене у једној личности или телу, ту нема слободе, јер постоји бојазан да сам монарх или сенат доноси тиранске законе и да их на тирански начин извршава... нема слободе ни тамо где судска власт није одвојена од законодавне и извршне, јер би судија тада могао бити законодавац. Ако би судска власт била придодата извршној власти, судија би могао испољити насиље једног тиранина.... све би било изгубљено када

121 Џ. Греј, *Либерализам*, ЦИД, Подгорица, 1999, стр. 37–38.

би исти човек или тело владалаца вршило све три власти: власт доношења закона, власт извршења државних аката и власт суђења злочина или спорова међу појединцима.¹²²

Овим речима, Монтескје је установио принцип поделе власти који се у односу на Локов разликује по издвајању судства као засебне и независне власти. Творци теорије о подели власти полазили су, у основи, од чињенице да је власт могуће најбоље ограничити самом влашћу и то њеном унутрашњом поделом на посебне државне функције и органе, који би у међусобном односу ограничавали једни друге.¹²³

Сличан презир према деспотској власти делио је и један од највећих француских просветитеља – Волтер (François-Marie Arouet, Voltaire, 1694–1778). За Волтера, слобода се може остварити само на основу владавине утврђеног и стандардног кодекса закона који се на све примењује једнако. Без владавине закона нема ни личне слободе, слободе мисли ни вероисповести, нема заштите личне својине, непристрасног судства и нема заштите од деспотских хапшења.¹²⁴

Не може се говорити о француском просветитељству, а да се не помене Жан Жак Русо (Jean-Jacques Rousseau, 1712–1778). Русо је по много чему био изузетно занимљива личност и филозоф. Сматрају га представником просветитељства, премда је био критичар кључних просветитељских идеја; није био либерал, иако је цела његова политичка теорија била посвећена идеји слободе и једнакости; проглашен је најзначајнијим инспиратором демократских револуција, мада је својом теоријом дао основа за извитоперење демократске идеје у својеврсни тоталитаризам. Таква врста амбивалентних тежњи може се препознати и у његовом доприносу идеји и доктрини владавине права.

Пре указивања на тај његов допринос, неопходно је осврнути се на неке кључне Русоове идеје. А кључна идеја око које се развија целокупна Русоова политичка теорија јесте идеја слободе. Њој је Русо посветио своја најзначајнија политичка дела. Већ прва реченица његовог *Друштвеног уговора* најављује такву мисију – „човек је рођен слободан, а свуда је у оквима“.¹²⁵ Тако, Русоов примарни циљ постаје решавање једног од кључних питања политичке теорије и праксе – како помирити индивидуалну слободу и принуду државне власти. Размишљајући о том проблему,

122 Ш. Монтескје, *О духу закона*, том I, Филип Вишњић, Београд, 1989, стр. 176.

123 Сматра се да је ову идеју међу првима формулисао Џејмс Харингтон (James Harrington, 1811–1677), употребивши израз *checks and balances*, који је до данас остао синоним ограничавања и контроле политичке власти.

124 Видети о томе: М. Пери, *Интелектуална историја Европе*, Слио, Београд, 2000, стр. 187–188.

125 Ж. Ж. Русо, *Друштвени уговор*, Филип Вишњић, Београд, 1997, стр. 27.

Русо долази до закључка да је очување слободе могуће једино уколико је покорвање државној власти истовремено и покорвање себи самоме. На такав начин би била очувана слобода сваког појединца – јер нико није принуђен ако се покораваше сопственој вољи. Тако нешто је могуће само у облику непосредне демократије, коју Русо замишља по узору на антички модел. Своју визију пожељног политичког режима Русо описује на следећи начин: „Наћи један облик удруживања који би бранио и штитио свом заједничком снагом личност и добра сваког члана друштва и кроз који би свако удружен са свима ипак слушао само себе и тако остао исто толико слободан као и пре.“¹²⁶ Пут ка томе води Русо ка друштвеном уговору као хипотетичко-симболичком чину предаје индивидуалних права и слобода заједници – „свако од нас уноси у заједницу своју личност и целу своју снагу под врховном управом опште воље. И још свакога члана сматрамо нераздвојним делом целине.“¹²⁷

И управо се у овој реченици могу препознати кључне али уједно и најконтрадикторније тезе Русоове теорије. Оне га, с једне стране, приближавају идеји владавине права, али га с друге, неповратно удаљавају од ње. Русо се, тако, залаже за опште покорвање законима, али оним чија се садржина поклапа са општом вољом. Основна Русоова идеја, која даје легитимитет захтеву за покорвање таквим законима, јесте идеја народне суверености, односно његово уверење да, по узору на непосредну демократију античке Грчке, грађани се морају активно укључити у процес доношења закона како би на такав начин власт изворно била у рукама народа. Русо тиме даје одговор на питање које је у модерну политичку теорију најјасније инаугурисао Боден – коме припада највиша власт тј. сувереност. На ово питање, француско просветитељство, у духу либералне традиције и индивидуализма, дало је одговор којим је прокламована нова идеја – идеја народне суверености,¹²⁸ која је свој пун израз добила управо у Русоовој политичкој теорији. Тако је нова визија суверенитета – суверенитет народа као скуп „природно“ слободних појединаца, садржински допунила „грађански дискурс“, стварајући оквир у којем је владавина права нашла своје место.¹²⁹

Међутим, Русоова теорија уводи на сцену једну другу идеју, која је дала повода не само за различита тумачења већ и за оптужбе да је Русо један од кључних заговорника тоталитарне демократије.¹³⁰ То је идеја

126 *Ibid.*, стр. 35.

127 *Ibid.*, стр. 36.

128 Идејним творцима идеје народне суверености сматрају се припадници посебног филозофског покрета – тзв. монархомаси, а пре свега њихов водећи представник Алтузиус.

129 P. Costa, *The rule of law: a historical introduction*, In: *The rule of law: history, theory, criticism*, P. Costa, D. Zolo (Eds.), Springer, 2007, p. 77.

130 Видети о томе: J. L. Talmon, *The origins of totalitarian democracy*, Secker & Warburg,

опште воље. Реч је о најконтроверзнијој Русоовој идеји коју није довољно јасно објаснио. Најближе одређено, општа воља је објективно постојећи интерес целокупне заједнице, који као такав постоји упоредо са интересима појединаца или друштвених група. Русоова општа воља има у себи метафизичког,¹³¹ попут Платонових *идеја* или Хегеловог *народног духа* (нем. *volksgeist*). Она дефинитивно није воља већине, али ни воља свих, а опет се може претворити у њих.¹³² Тако непрецизно одређена, ова идеја је оставила простора за могуће злоупотребе у покушају да се предвиде видљиве манифестације те воље, у вези с чим нас, тврди Расел, Русо оставља у мраку.¹³³ Извесно је једино да се својом идејом опште воље Русо није приближио већ удаљио од идеје владавине права. То, уосталом, потврђују многобројни Русоови предлози како да се обезбеди владавина опште воље, којима се афирмишу тоталитарни методи владавине и гуши слобода појединаца (поготову слобода избора), попут могућности да појединци, чији су интереси супротни општој вољи, буду „приморани да буду слободни“, затим могућност укидања свих облика друштвеног удруживања унутар политичке заједнице како би се спречило ширење различитих интереса и томе слично.

Значајан допринос идеји и доктрини владавине права нису дале само енглеска и француска традиција либерализма. Епистемолошки и антрополошки скептицизам, својствен шкотским просветитељима, навели су на закључак да је најбољи начин да се превазиђу мањкавости људске природе (њена несавршеност заправо) управо систем општих правила која обавезују све, како грађане тако и њихову власт.¹³⁴ Тако, Дејвид Хјум (David Hume, 1711–1776) у својим *Политичким есејима* говори о правилима као кључној друштвеној институцији. Примену правила обезбеђује власт, чији је основни циљ спровођење правде која се, према Хјуму, огледа у заштити својине и живота. Начин на који људи, према мишљењу Хјума, могу да ублаже сопствену слабост и изопаченост јесте посредством власти чија ће посебна дужност бити да доноси правичне законе, кажњава преступнике, спречава преваре и насиље и обавезује друге да воде рачуна о својим правим и трајним интересима, односно тако да послушност правилима буде нова врста дужности за све.¹³⁵

London, 1962; J. W. Chapman, *Rousseau: totalitarian of liberal*, Columbia University Press, New York, 1956.

131 Видети о томе: Г. Вукадиновић, Место природног права у Русоовом схватању будућег друштва, *Зборник за теорију права*, свеска II, САНУ, Београд, 1982.

132 С. Јовановић, *О држави*, БИГЗ, Београд, 1990, стр. 50; Р. Лукић, *Око Русоове опште воље*, *Зборник за теорију права*, свеска II, САНУ, Београд, 1982, стр. 265.

133 Б. Расел, *op. cit.*, стр. 670.

134 Д. Лакићевић, Б. Стојановић, И. Вујачић, *Теоретичари либерализма*, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 53.

135 Д. Хјум, *Политички есеји*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 96.

Допринос америчке либералне традиције идеји владавине права до некле је специфичан, у том смислу што представља мешавину енглеског и француског утицаја. Разноврсност тог утицаја најбоље се уочава у *Федералистичким списима*, у радикализму Томаса Џеферсона (Thomas Jefferson), умереним тоновима Џејмса Медисона (James Madison) и конзервативизму Александра Хамилтона (Alexander Hamilton). Но ипак, за све њих је, како истиче Греј, особена јединствена, интегрална традиција јер су сви амерички либерални конституционалисти, баш као и енглески виговци и француски гарантисти, тежили ка успостављању владавине закона а не људи.¹³⁶ У односу на француски пример, америчка револуција није била толико сукоб са старим, феудалним поретком привилегија и строге хијерархије колико борба за независност од енглеске метрополе. Ипак, обе револуције представљају израз тежњи грађанског друштва ка принципима либералне, ограничене власти која служи природноправно утемељеним вредностима. И обе су завршене уставном владавином, која је природноправна начела претворила у формално важеће правне принципе. Они су посебно јасно били изражени у америчкој уставној теорији и пракси, које нису биле обележене бурним постреволуционарним дешавањима као што је то био случај у Француској. Писани устав, демократски изабрана власт, прецизно дефинисана индивидуална права, подела власти, судска контрола законодавне власти били су есенцијални принципи америчке уставности и револуције, који и данас чине суштину либерализма и владавине права.¹³⁷

На крају, као резиме доприноса нововековног природноправног учења даљем развоју идеје владавине права, треба рећи да је тај допринос вишеструк. Учење је, најпре, промовисало идеју људских права као природноправно утемељених вредности људског бића. Слобода, живот, имовина постају, као што је уочено код Лока, природноправна начела. Први пут лично власништво постаје вредност коју држава мора да поштује и својим законима штити, исто као и живот или слободу. Док је за старе Грке идеја владавине закона била у функцији постизања врлине грађана, као активних чланова политичке заједнице, за нови, либерални тип државе она је добила битно другачију сврху – заштиту појединаца и њихових права од самовоље политичке власти. А та заштита је немогућа без власти ограничене законима који управо штите те вредности. Тако су ова учења поставила стандарде не само за поступање државе већ и за ваљаност закона. И управо се у томе огледа највећи допринос нововековне природноправне теорије – њом је дефинисан нови тип државе, који је постао незамислив без владавине права.

136 Џ. Греј, *op. cit.*, стр. 38.

137 В. Z. Таманаха, *op. cit.*, 2004, р. 55.

1. Настанак доктрине – Алберт Вен Дајси

Као што се могло видети на примеру историјског развоја енглеског конституционализма, идеја о ограничавању политичке власти правом имала је два основна аспекта. Први се изражава у тежњи ка успостављању односа равнотеже између законодавне и извршне власти (монарх–парламент), с крајњом тенденцијом ка политичкој и правној контроли егзекutive, док се други изражава у настојању да се сфера индивидуалне слободе и права обезбеди од могуће самовоље политичке власти. Утолико се описани процес конституисања енглеске уставне монархије може посматрати и као процес практичног остварења идеје владавине права. Међутим, свој пуни теоријски израз идеја владавина права добија тек крајем XIX и почетком XX века, у делу *Уставно право* (1885) Алберта Вен Дајсија. Дајсијевим учењем идеја владавине права прераста, по први пут, у систематизовано учење о правно ограниченој власти, у којем је традиционална идеја система *common law* о неповредивости основних права и слобода имала централно место. И пре Дајсија је било покушаја да се идеје о ограничавању власти правом и о супрематији права појмовно одреде. Најпре у покушајима енглеског политичког писца Џејмса Харингтона, који се, по угледу на Аристотела и Тита Ливија, испрва zaloжио за владавину закона (енгл. *empire of law*) а не владавину људи (енгл. *empire of man*), да би нешто касније председник Врховног суда САД Џон Маршал (John Marshall) означио владу САД као *government of laws*.¹³⁸ Међутим, тек се у Дајсијевом делу први пут користи назив *rule of law*, као термин којим се обележава енглеска уставноправна традиција и објашњавају њене особености. Значај Дајсијевог дела и његов допринос теоријском одређењу владавине права огледају се, осим тога, и у чињеници да је његово дело изазвало и још изазива многобројне расправе. Као резултат тога, настао је велики број студија о владавини права, у којима се готово неизоставно анализира и Дајсијево схватање.

¹³⁸ К. Чавошки, *op. cit.*, 2005, стр. 53.

Дајсијево схватање владавине права представља, у извесном смислу, реконструкцију уставноправне традиције Енглеске, њено теоријско уобличавање и појмовно дефинисање њених основних особености. При томе, поједина значења која је Дајси дао владавини права изазвала су многобројне контроверзе и критике које су, убрзо, сасвим јасно указале на сву сложеност расправе о владавини права. То се може уочити већ на самом почетку, у Дајсијевом одређењу три основна елемента и значења владавине права. Сходно његовом мишљењу, владавина права обухвата: непостојање арбитарног и дискреционог одлучивања органа власти, нарочито у употреби принуде и одлучивању о правима грађана; начело правне једнакости; и правну сигурност као обележје које проистиче из специфичног, прецедентног карактера енглеског устава.¹³⁹

У погледу првог начела, Дајси каже: „Ми сматрамо, пре свега, да се ниједан човек не може казнити нити по основу права трпети телесне повреде или одузимање имовине, осим када је пред редовним судом и у редовном законском поступку утврђена повреда закона коју право познаје. У овом смислу, владавина права је супротстављена сваком систему власти који јавним службеницима омогућава вршење широких, арбитрарних или дискреционих овлашћења принуде.“¹⁴⁰ Из наведеног се јасно може видети да Дајси остаје готово у потпуности веран традиционалној идеји система *common law* о неповредивости основних права и слобода, која је своју нормативну заштиту добила још у Великој повељи слободе. Владавини права, у њеном првом значењу, Дајси супротставља самовољу власти и широка дискрециона овлашћења управе у одлучивању о правима и слободама грађана. Поредићи енглеску правну традицију с традицијом континенталних европских држава, Дајси наводи да управо непостојање таквих овлашћења ову прву чини специфичном и уједно различитом у односу на праксу држава континенталне Европе.¹⁴¹ Дајси је, притом, имао највише на уму Француску, а мање остале европске државе.

Као друго значење владавине права, Дајси издваја једнакост свих пред законом. Он о томе каже: „На другом месту, када говоримо о владавини права као једној од карактеристика наше државе, ми мислимо да ниједан човек не може бити изнад права, те да је свако, без обзира на ранг или имовинско стање, потчињен истом, редовном закону и подложен јурисдикцији редовних судова.“¹⁴² Када је реч о овој карактеристици владави-

139 A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Macmillan&Co LTD, London, 1931, p. 198.

140 *Ibid.*, p. 184.

141 У прилог тој тези, Дајси наводи Волтерове речи, који је одлазак у Енглеску описао као прелазак из царства деспотизма у земљу у којој закони могу бити строги, али у којој људима влада право а не хир. *Ibid.*, p. 185.

142 *Ibid.*, p. 189.

не права, Дајси нарочито наглашава потребу да државни службеници не буду изузети из јурисдикције редовних судова, те да је неприхватљиво постојање било каквих институција које би подсећале на управне судове својствене француској правној традицији или биле њима идентичне.

Дајси је до краја остао велики противник идеје управних судова, што се може објаснити тиме да систем *common law* није разликовао јавно од приватног права, нити познавао уставно и управно право онако како је то познавала правна традиција континенталних европских држава. Имајући то у виду, Дајсију није било тешко да закључи да је владавини права потпуно супротна идеја постојања било каквих институција које би фаворизовале државне службенике у односу на обичне грађане и питање њихове правне одговорности издвајале из јурисдикције редовних судова. С тим у вези је и Дајсијево уверење да привилеговани положај управе нужно води ка широкој дискреционој власти која је, према његовом мишљењу, уједно и арбитрарна, те као таква у потпуности неспојива са идејом владавине права.

Дајсију је очигледно било стало да посебно образложи ове своје ставове, па тако у поглављу своје студије под насловом *Владавина права употребена са управним правом*, додатно истиче специфичност енглеске правне традиције и неспојивост идеје о привилегованом правном статусу државних службеника и идеје о строгој и доследној примени начела поделе власти. Наиме, управо из доследне примене начела поделе власти произлази да редовни судови не могу оцењивати рад управне власти, с обзиром на то да ни управна власт не сме да пресудно утиче на рад судова. Доследна примена начела поделе власти нужно доводи, према Дајсијевом мишљењу, до установљења посебних управних судова, што је за њега било неприхватљиво јер директно води ка привилегованом положају државних службеника и нарушавању принципа једнакости.¹⁴³

Треће значење владавине права је у вези с једном од најзначајнијих особености енглеске правне традиције. Реч је, наиме, о прецедентном карактеру енглеског правног система. „Могли бисмо да кажемо“, истиче Дајси, „да је устав прожет владавином права на основу тога што су сва уставна начела (на пример, право на личну слободу или јавно окупљање) резултат судских одлука у којима се одлучује о правима грађана у конкретним случајевима који су покренути пред судом; док под многим страним уставима, правна сигурност (таква каква је) дата правима појединаца проистиче, или изгледа да проистиче, из општих начела устава.“¹⁴⁴ Енглески устав је, како га назива Дајси, прецедентни устав (енгл. *judge-made constitution*), чија је највећа вредност у томе што не настаје једним потезом, већ је резултат континуиране делатности судова. У томе

143 Више видети о томе: *Ibid.*, pp. 324–402.

144 *Ibid.*, p. 191.

Дајси види највећу снагу енглеске уставности и владавине права, која се не манифестује као скуп апстрактних норми о потреби заштите основних права и слобода, ограничењу и контроли политичке власти, већ као израз практичног остварења ових циљева кроз судску активност у систему прецедентног права. Отуда, правна сигурност грађана, а најпре заштите њихових права и слобода, нису пуке прокламације и дефиниције већ вредности иза којих стоје конкретна процесноправна средства њихове заштите. Поредeћи устав Белгије и Енглеске он каже: „(...) у Белгији, индивидуална права су дедукције изведене из основних начела устава, док су у Енглеској тзв. начела устава индукције или генерализације, засноване на појединачним одлукама судова.”¹⁴⁵ Захваљујући томе, слобода и права грађана су много боље заштићени под прецедентним него под континенталним уставом, с обзиром на то да у систему овог другог оне лако могу бити одузете или суспендоване.¹⁴⁶ У систему прецедентног устава то би било оствариво само евентуалном револуцијом као јединим начином да се из темеља измене или укину процедурално правна јемства њихове заштите.

За потпуно разумевање Дајсијевог схватања владавине права потребно је, осим наведеног, указати на његово тумачење једног од фундаменталних проблема с којима се сусрео у теоријском уобличавању владавине права. Реч је о односу владавине права и суверености Парламента, као два фундаментална начела енглеске уставности. Суштина проблема се огледа у потешкоћи да се теоријски помире идеја о правно ограниченој власти и идеја о Парламенту као правно неограниченом суверену. Потешкоћа је тим већа што је Дајси покушао да, како истиче Лидија Баства Флајнер, на темељу нове, у позитивноправном смислу легалистичке интерпретације суверености Парламента, одбрани схватање да се политичка власт мора и може ограничити владавином права и када су овлашћења носиоца врховне власти позитивноправно неограничена.¹⁴⁷ Као верни следбеник Џона Остина (John Austin) и његове аналитичке јуриспруденције, Дајси је сувереност Парламента појмио као позитивноправну неограниченост, односно као право да на основу устава доноси и укида било који закон; и даље, да право Енглеске не овлашћује ниједну особу нити орган да поништи или не примењује законодавне акте Парламента.¹⁴⁸ Слично је сувереност Парламента, пре Дајсија, описао Вилијам Блекстоун (William Blackstone) у својим Коментарима (*Commentaries on the Laws of England*), када

145 *Ibid.*, p. 193.

146 *Ibid.*, p. 196.

147 Л. Баства Флајнер, *op. cit.*, стр. 173.

148 Или, како је то још упечатљивије истако Де Лолм (Jean-Louis de Lolme): „Фундаментални је принцип за енглеске правнике да Парламент може да учини све, осим да жену претвори у човека и човека у жену.” (A. V. Dicey, *op. cit.*, pp. 38–40.)

је рекао: „Ауторитет Парламента је толико трансцендентан и апсолутан да не може бити ограничен ни због једног узрока нити особе, било каквим оковима... Он може, најкраће, да учини било шта што природно није немогуће.“¹⁴⁹ Међутим, за разлику од Дајсија, Блекстоуново полазиште је природноправна теорија, на којој он темељи и своје учење о суверености Парламента и идеју о ограничењу његове суверене власти ванправним, моралним границама. За Блекстоуна, Парламент је правно неограничена власт чије границе могу да се поставе само према природноправно утемељеним вредностима, као што су право на живот и слободу појединаца. Додуше, Блекстоун је пропустио, како истиче Коста Чавошки, да „укаже на поступак и правне лекове којима се ти природни и божански закони могу извршити и против воље самог законодавца, који је прекорачио ограничења која су у тим законима садржана.“¹⁵⁰

У односу на Блекстоуна, Дајсијева сувереност Парламента је у већој мери апсолутна категорија. На темељу своје позитивистичко-правне концепције суверености, Дајси је сувереност Парламента учинио апсолутном у већој мери, одбацивши било каква природноправна или морална ограничења и истакавши једино процедурално-правна јемства против евентуалне самовоље Парламента. Додуше, битно је истаћи да Дајси разликује правну од политичке суверености, те да је Парламент неограничен искључиво у правној сфери. С друге стране, Парламент је фактички ограничен. Фактичка ограниченост Парламента, према Дајсијевом мишљењу, спољашње је и унутрашње природе. Спољашња ограничења произлазе из могућности да се појединци или већа група њих не повинују или чак супротставе законима Парламента.¹⁵¹ Таква ограничења су својствена и најдеспотскијим властима. Унутрашња ограничења произлазе из саме природе суверене власти. Чак и деспотска власт, истиче Дајси, користи своју власт и моћ имајући у виду околности под којима живи, укључујући и морална осећања времена и друштва којем припада.¹⁵²

Постављајући власти Парламента границе искључиво фактичке природе, Дајси је ову власт учинио правно неограниченом а Парламент врховним правним сувереном. Када је реч о политичкој суверености, према Дајсијевом мишљењу, она припада превасходно бирачима, заједно с племством и Круном. С намером да илуструје разлику између правне и политичке суверености, Дајси се позива на један од најспорнијих аката у историји енглеског парламентаризма – Седмогодишњи акт (*Septennial*

149 W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, наведено према: D. Jenkins, *From unwritten to written transformation in the British Common-Law Constitution*, <http://www.Law.vanderbilt.edu/journal/36-03/Jankins2.pdf>

150 К. Чавошки, *op. cit.*, 2005, стр. 70.

151 A. V. Dicey, *op. cit.*, p. 74.

152 *Ibid.*, p. 77.

Act) из 1717. године, којим је Парламент продужио себи мандат за још четири године. Повод за доношење тог акта су били чисто политички разлози, односно страх од губитка власти на изборима, али је за Дајсија тај акт био управо доказ правне неограничености Парламента и, у крајњој линији, доказ његове независности од легитимности коју, као представничко тело, добија од бирача. Заправо, Дајсијево раздвајање политичке и правне суверености управо је указивало на могућу раздвојеност интереса бирача, као носиоца политичке суверености, и самог Парламента, као носиоца апсолутне правне суверености.

Занимљиво је, притом, Дајсијево уверење да таква сувереност Парламента не само да није у контрадикцији с владавином права, већ је нешто што је директно афирмише и подстиче. То је, према његовом мишљењу, могуће захваљујући двома специфичностима енглеског устава, које су уједно и институционалне правне гаранције против могуће самовоље британског Парламента. Прва је да се одлуке Парламента могу изразити само заједничким деловањем три његова конститутивна дела – Круне, Дома лордова и Дома комуна, и то само ако имају форму законодавног акта. Дајси истиче да то није питање форме већ да директно ојачава власт судија, с обзиром на то да законски предлог који је усвојен одмах постаје предмет судијског тумачења, а енглеске судије су, бар у начелу, одбијале да закон тумаче другачије него држећи се строгог језичког тумачења.¹⁵³ Друго, Парламент никада није, осим у периоду револуције, директно вршио извршну власт нити именовано службенике управне власти. Другим речима, стриктна подела власти онемогућила је, према Дајсијевом мишљењу, мешање законодавне власти у извршну и обратно. За разлику од монарха, који као суверен орган врши и законодавну и управну власт, Парламент је суверен само као законодавац, те као такав никада није могао да користи инструменте владе нити да се, на тај начин, меша у вршење извршне власти. Што је много значајније, истиче даље Дајси, Парламент је љубоморно и неблагонаклоно гледао на покушаје владиних званичника и чиновника да се изузму од надлежности редовних судова и одговорности којој подлежу обични грађани. Сувереност Парламента је тиме била фатална за развој управног права у Енглеској. Осим тога, Парламент је позитивно утицао на независност судова, учинивши их независним од било које власти осим од домова Парламента.¹⁵⁴

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 402–403.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 405.

2. Критика Дајсија и доктрина *anti-rule of law*

Дајсијевом учењу су упућене многобројне замерке које нису умањиле његов допринос теоријском конципирању доктрине владавине права. Више од века након изласка његове књиге *Уставно право* и даље се води жустра полемика о исправности Дајсијевих запажања. Две Дајсијеве идеје су најчешће биле на мети критике. Прва је идеја о могућности помирења начела о позитивно-правној неограничености Парламента и владавине права, а друга је његов став да владавина права искључује дискрециону власт. И једној и другој тези упућује се приговор да занемарују тада већ видљиве промене у институционализовању политичке власти и правног система у Великој Британији.¹⁵⁵ Према мишљењу Косте Чавошког, Дајси је потпуно занемарио чињеницу да самовоља не мора да буде само дело извршне већ и законодавне власти. Као илустрација тога може се навести управо случај који, наизглед парадоксално, и сам Дајси наводи као пример суверености британског Парламента. У питању је поменути Седмогодишњи закон из 1717. године, који се може тумачити не само као доказ суверености Парламента већ управо као доказ његове склоности ка доношењу спорних закона који су у најдуљем нескладу са основним начелима владавине права.¹⁵⁶ Осим тога, Дајсију се нарочито замера истицање неспојивости дискреционе власти и владавине права.

2.1. Вејд

Један од најзначајнијих критичара Дајсијеве теорије владавине права Вејд (Wade) истиче да Дајси не разликује самовољну и дискрециону власт, те да је његова теза о неспојивости дискреционе власти и владавине права апсолутно неодржива у условима савремене државе, која због сложености друштвеног живота мора да се уплиће у многе његове области. У том смислу, Вејд истиче чињеницу да су у време када је Дајси писао своје дело примарне функције државе били очување закона и реда, одбрана и спољни послови, дакле питања која нису у великој мери у директној вези с питањима свакодневног живота грађана. У савременим условима, државна власт се уплиће у многе сфере друштвеног живота, тако да је и потреба за њеном дискреционом власти готово неизбежна.¹⁵⁷ Дајсијево поистовећивање дискреционе и арбитрарне власти једним делом је последица и његове погрешне слике о стању владавине права на тлу континенталне Европе. Наиме, полазећи од претпоставке, како исти-

155 Л. Баста Флајнер, *op. cit.*, стр. 177.

156 К. Чавошки, *op. cit.*, 2005, стр. 77–78.

157 Е. С. S. Wade, G. D. Philips, *Constitutional law*, Longmans Green, London, 1948, p. 50.

че Хајек, да је владавина права на Континенту непотпуно преовладала и повезујући то с чињеницом да је управна принуда у великој мери била изузета од судске контроле, он је могућност контроле управних аката учинио својим кључним тестом. Међутим, он је највећи део свог истраживања природе управне власти и њених дискреционих овлашћења посветио француском моделу, занемарујући немачке токове и њихове управне судове, који су од самог почетка били независна тела, чија је сврха била осигурање владавине права коју је Дајси желео да сачува.¹⁵⁸

Осим тога, Дајсијево друго значење владавине права, у смислу једнакости свих пред законом, такође трпи одређену критику. Како истиче Вејд, није у супротности с начелима владавине права пракса којом се јавним службеницима понекад дају шири овлашћења и већа права него грађанима. Заправо, то је понекад и нужно, нарочито када је у интересу успешнијег и бољег обављања њихових дужности. Оно што владавина права захтева јесте да та овлашћења буду дефинисана законом и да свака злоупотреба тих овлашћења или неки други незаконит акт буду предмет контроле судова, на исти начин на који то може да буде и незаконит акт грађана.¹⁵⁹

Вејд се не задовољава само критиком Дајсија, већ у основним цртама даје и своје виђење владавине права. Без обзира на промене које је традиционални концепт владавине права доживео у условима савремене државе, она је и даље, према Вејдовом мишљењу, основни принцип енглеске уставности. У најмању руку, она подразумева непостојање арбитрарне власти, јавност и контролу Парламента над делегираним законодавством, нарочито када прописује казне. Даље, владавина права подразумева што јасније дефинисање начина на који ће се вршити дискрециона власт и одговорност сваког човека редовном закону, без обзира на то да ли је реч о приватном лицу или јавном службенику. Владавина права подразумева и то да приватна права треба да утврде непристрасни и независни судови и да буду обезбеђена редовним правом земље. Уколико се прихвате ова обележја, закључује Вејд, преостаје да се она упореде са стањем ствари у тоталитарним државама, како би се одговорило на питање да ли је владавина права, упркос изузецима, и даље основно начело енглеског устава. Као што је већ истакнуто, одговор на ово питање за Вејда је несумњиво потврдан.¹⁶⁰

158 Ф. Хајек, *op. cit.*, стр. 179.

159 Е. С. С. Wade, G. D. Philips, *op. cit.*, p. 51.

160 *Ibid.*, pp. 55–56.

2.2. Доктрина *anti-rule of law* – Ласки, Џенингс

Полазећи углавном од критике Дајсијевог учења, а под утицајем правног позитивизма и учења о држави благостања, нека савремена схватања су битно изменила поимање владавине права, анализирајући је у контексту измењених друштвено-економских и политичких околности. Као резултат таквог настојања, настале су многобројне теорије чије су заједничке карактеристике релативизација заштите индивидуалних права и слобода и истицање у први план измењене улоге савремене државе, нарочито у условима државе благостања. У том контексту, истиче се јачање улоге извршне власти и све амбициознији захтеви социјалне политике који битно мењају класичну садржину владавине права какву је могуће утврдити у Дајсијевог учењу. Суштина тог новог приступа може се уочити у схватањима групе британских аутора окупљених око Харолда Ласкија (Harold Laski), коју поред њега чине и Ајвор Џенингс (Ivor Jennings) и други – творци тзв. „антидоктрине о владавини права“ (енгл. *anti rule of law*). Полазећи, најпре, од оповргавања владавине права, ова група аутора је на крају ублажила своје ставове према томе да је класична садржина владавине права и даље релевантна, али превасходно у морално практичном смислу.¹⁶¹

Једна од кључних Ласкијевих теза, која је уједно и оштар напад на Дајсијево учење, јесте неопходност дискреционе власти као једног од начина допуне и одређивања закона Парламента. При томе, Ласки превасходно мисли на дискрециону власт суда и неопходност судског тумачења не само у процесу примене већ и у процесу стварања права. „Акти Парламента“, истиче Ласки, „нису самоприменљиви; њих треба да примењују људи. А та примена претпоставља судско тумачење, с обзиром на то да, према једном начелу британског устава, само изричите законске одредбе – а можда чак ни оне – могу да лише грађанина његовог права да од суда тражи утврђивање правог смисла законодавчеве воље.“¹⁶² Тиме се, сходно Ласкијевом мишљењу, избегава не само опасност од необуздане дискреционе власти управе, већ се обезбеђује да о правима грађана одлучује тело састављено од људи чија је сигурност положаја ваљано обезбеђена од текућих промена политичког мишљења. Сходно томе, закони не значе оно што министри мисле да они значе. Право значење закона и намеру Парламента треба да утврди тело састављено од независних особа, незаинтересованих за садржину пресуде коју изричу, и који су, захваљујући дугим годинама искуства, упућени у правила за пресуђивање и утврђивање законодавчеве намере у сваком појединачном случају.¹⁶³

161 Л. Баста Флајнер, *op. cit.*, стр. 181.

162 J. H. Laski, *Parliamentary government in England*, George Allen and Unwin, London, 1950, p. 360.

163 *Ibidem*.

Овим речима Ласки утврђује суштину начела владавине права која, како каже, Енглези већ више од два века сматрају основном гаранцијом своје слободе. Независност судства, дакле, Ласки сматра не само кључном одредницом владавине права, већ је своди на начело независног судства. Заправо, за разлику од осталих аутора поменуће групе, Ласки се бави владавином права искључиво у виду анализе тог начела и односа законодавство–судство. Потпуно у складу с правним реализмом (нарочито америчком реалистичком школом), Ласки види улогу судија као врло динамичну, а судије као људе који нису аутомати за примену закона и чија уверења настају независно од окружења у којем живе и раде. Многобројни ванправни чиниоци, наглашава Ласки, утичу на стварну улогу судства, али је кључно то што његова улога није искључиво примена већ и стварање права. Исказано речима које су постале крилатица америчког правног реализма – судије стварају право примењујући га. Додуше, Ласки је опрезан у утврђивању улоге суда. Зато, више него јасно, он наглашава да таква улога суда нипошто не значи да су судије господари Парламента. Наиме, Парламенту увек остаје могућност да поништи било коју одлуку коју сматра незаконитом или недовољно мудро.¹⁶⁴ Међутим, та могућност није битно утицала на улогу суда одређену још од Славне револуције 1688. године. Та улога је, према Ласкијевом мишљењу, у суштини конзервативна и за последицу је имала успоравање друштвених промена и ограничавање социјалног законодавства на рачун индивидуалистичке традиције као темељне вредности система *common law*. Као чувари те традиције, судије су, према Ласкијевом мишљењу, преузели на себе улогу заштитника индивидуалних права и слобода које су, пред захтевима измењене улоге савремене, интервенционистичке државе, биле у опасности. С тим циљем, судови не само да су нападали одлуке Парламента за које су сматрали да су у супротности с традицијом *common law*, већ су изумели темељно право (енгл. *fundamental law*), како би домашај закона који су ишли у сусрет захтевима модерне државе свели у оквиру политике коју су подржавали.¹⁶⁵ Резултат тог процеса је био успоравање друштвених промена и стварање претпоставке по којој су судови, а не Парламент, најважнији чувари грађана од опасности „новог деспотизма“. Имајући у виду речено, Ласкију није било тешко да закључи да су традицији владавине права, чија је кључна одредница управо начело независног судства, својствени конзервативизам и очување статуса кво. На темељу тих претпоставки, Ласки је створио основ доктрине *anti-rule of law*, као суштинске критике Дајсијеве индивидуалистичке интерпретације владавине права у смислу базичног концепта државе *laissez-faire*.

У сличном духу о владавини права расправља и други значајни представник поменуће групе и оштри критичар Дајсија – Ајвор Џенингс (Ivor

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 360–361.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 367.

Jennings). Слично Вејду, Џенингс критички разматра основна значења владавине права у облику у којем их је дефинисао Дајси. Дајсијево схватање једнакости свих пред законом треба схватити, како истиче Џенингс, као једнакост у правима и обавезама. Међутим, уколико се то тако схвати, јасно је да такве једнакости заправо и нема. Једнакост не постоји ни уколико се схвати као једнакост у примени закона, како на службенике тако и на обичне грађане. Дајси је, наиме, занемарио да многи јавни службеници, нарочито они који врше јавну власт, имају овлашћења и сходно томе права која не припадају другим особама. Он овим принципом заправо сугерише да, у случајевима грађанскоправне одговорности за штету, службено лице треба да се појави пред судом. Али ово је, закључује Џенингс, сасвим недовољан основ за доктрину названу тако величанственим именом „владавина права“.¹⁶⁶ Осим тога, Дајсијева теза да је британски устав резултат важећег прецедентног права је тачна исто колико и теза да је прецедентно право резултат британског устава. Фундаментални принцип британског права јесте Парламент, који настаје као последица одређеног политичког покрета и који је препознат као право. У том смислу, право детерминише устав, као што устав детерминише право. Право и устав се не могу раздвојити, тако да сувереност Парламента, закључује Џенингс, јесте устав.¹⁶⁷

Џенингова критика Дајсијево теорије је значајна и у том смислу што је он, као нико пре ни после њега, истакао и политичко-идеолошку позадину Дајсијево теорије, смештајући је у средиште виговског покрета и откривајући у њој правило за акцију енглеских виговаца. Таквом политичко-идеолошком позадином Џенингс је, између осталог, објашњавао и критиковао једну од основних Дајсијевих идеја – идеју о неспојивости владавине права и дискреционе власти. Наиме, слично Вејду, Џенингс такође сматра да је теза о неспојивости дискреционе власти и владавине права потпуно неприхватљива и да где год да се погледа не може а да се не примети да јавне власти поседују широка дискрециона овлашћења. Штавише, ова чињеница је била очигледна и у време када је Дајси писао своје дело, али разлог због којег он то није увидео и поменуо јесте тај што је сматрао да енглески устав треба примарно да се бави правима појединаца. Полазећи од начела доктрине *laissez-faire*, Дајси је сматрао да основна функција власти треба да буде заштита појединаца од спољашње и унутрашње агресије, тако да се, сходно томе, трудио да минимизира могућност извршне власти да се уплиће у сферу индивидуалне акције.¹⁶⁸

Осим уверљиве критике Дајсијевог схватања владавине права, Џенингс је дао и своје виђење овог кључног појма енглеске уставности. Свој

166 I. Jennings, *The Law of the Constitution*, University of London Press, 1933, pp. 259–260.

167 *Ibid.*, p. 262.

168 *Ibid.*, pp. 45–47.

критички осврт на идеју владавине права Џенингс је најпре дао у приказима *Извештаји Одбора за министарска овлашћења*,¹⁶⁹ у којима истиче да је идеја владавине права, узета у значењу једнакости свих пред законом које примењују редовни судови, обична бесмислица. Таква владавина права је или заједничка свим државама или не постоји. Битна особеност енглеске традиције владавине права јесу трајност и одређеност, али без обзира на то, ова традиција је у основи разорена.¹⁷⁰ Имајући то у виду, Џенингс је покушао да владавину права појми у контексту измењених друштвено-политичких и економских околности, у којима владавина права, у најмању руку, добија вишезначни карактер. Као правна категорија, владавина права (енгл. *reign of law*, како је он назива), према Џенингсовом мишљењу, може се схватити као сâмо постојање правног поретка, као владавина права које се у сваком тренутку може мењати.¹⁷¹ Овакав Џенингсов став последица је његовог уверења о правно неограниченој власти енглеског законодавца. Моћ Парламента не само да је велика већ је и неограничена. У енглеској, истиче Џенингс, моћ администрације је ограничена легислативом, али моћ законодавца није ограничена уопште, те сходно томе постоји владавина права, али права које у сваком тренутку може бити промењено.¹⁷²

Међутим, за разлику од Дајсија, он је у потпуности свестан чињенице да свака власт може да буде злоупотребљена, те да је због тога примарно важно да устав постигне такву дистрибуцију ауторитета којом би, у најмању руку, била отежана примена арбитрарне власти.¹⁷³ Захтев за уставну владавину је уједно и претпоставка владавине права, чија се суштина може утврдити као потреба и захтев за ограничавање државне власти правом, на начин утврђен уставом. Као допуна начелу конституционалне владавине, Џенингс наводи начело поделе власти које спречава концентрацију власти у једном органу. Осим ограничавања и поделе власти, Џенингс наводи још две битне претпоставке владавине права – једнакост и слободу. Он схвата једнакост као једнакост пред законом.

169 Успостављање службеног Одбора за министарска овлашћења уследило је као реакција на књигу *Нови деспотизам*, судије Хјуарта (Hewart). Њено објављивање 1929. године изазвало је бурне полемике, па чак и скандал, највише захваљујући ауторовим тврдњама да је стање у којем се налази енглеско друштво далеко од владавине права. Извештај Одбора је у основи поновио Дајсијеве тезе, минимизирао опасност и узроковао појаву обимне литературе која је, између осталог, артикулисала супротстављање владавини права. Видети о томе: Ф. Хајек, *op. cit.*, стр. 210.

170 I. Jennings, *The report of ministers powers*, Public Administration, Vol. X, 1932 and XI, 1933, наведено према: *Ibidem*.

171 I. Jennings, *op. cit.*, p. 47.

172 *Ibidem*.

173 *Ibid.*, p. 41.

Међутим, пуна једнакост пред законом није остварена ни у енглеском друштву. Она је ограниченог дејства и претпоставља да, међу једнакима, закони треба да буду једнако применљиви како би се са сличним поступало слично.¹⁷⁴ Када је реч о слободи као суштинском начелу владавине права, Џенингс истиче да је то начело неодређеније чак и од начела једнакости. Најуопштеније, владавина права се поистовећује с либералистичким индивидуализмом државе *laissez-faire* и супротност је сваком облику деспотизма.

Џенингс је, како истиче Чавошки, више релативизовао него ближе одредио и прецизирао значење владавине права. Џенингс јасно наглашава да је владавина права, схваћена као синоним за право и поредак, својствена свим друштвима. Али, ако је тако, онда владавина права може да буде заснована на начелима која су у дубоком нескладу с демократијом и да, као таква, послужи, баш као на почетку Другог светског рата, оправдавању рата једне државе против друге.¹⁷⁵ Иако под очигледним утицајем правног позитивизма, Џенингсов појам владавине права је у основи метаправни и таквим га чини ауторов покушај да владавину права садржински одреди кроз појмове конституционалне владавине, слободе и једнакости. Међутим, Џенингс је пропустио да их ближе дефинише, због чега је његов покушај ближег садржинског одређења владавине права остао недовршен.

3. Учење о правној држави – идеја владавине права у европско-континенталној правној теорији

3.1. Немачка правна теорија и настанак доктрине о правној држави

Негде у исто време када је Дајси формулисао доктрину владавине права, на европском континенту, унутар немачке правне доктрине, настало је учење о правној држави – *rechtsstaat*.¹⁷⁶ Сматра се плодом немачке интелектуално-либералне традиције и њене борбе са апсолутизмом.¹⁷⁷ У

174 Џенингс овде има на уму промене настале у условима савремене државе благостања, у којој је успостављено разграничење социјалних функција од економских, док је политичка једнакост била очигледно ограничена све до увођења општег права гласа 1928. године.

175 К. Чавошки, *op. cit.*, 2005, стр. 102.

176 Термин је први пут употребио Вилхелм Петерсен (Wilhelm Petersen) 1798. године, означавајући њиме државу која се суштински разликује од полицијске државе. Видети о томе: Р. Costa, *op. cit.*, р. 87.

177 Више видети о томе: Д. Митровић, *О правној држави и другим правним*

условима изразито бирократизоване државне управе, немачка правна теорија је на темељу либералне традиције посебно инсистирала на захтеву за контролу управе од стране редовног судства, пре свега, у области одлучивања о индивидуалним правима грађана. Резултат таквих настојања је било доношење закона из 1797. године, којим су се сви спорови између грађана и управе у Пруској решавали пред редовним судовима, чиме је, како истиче Хајек, обезбеђен један од прототипова у расправи о правној држави у току следећих осамдесет година.¹⁷⁸

Идејни корени правне државе могу се наћи још у делима Кристијана Томазијуса (Christian Thomasius), али праву инспирацију за доктрину правне државе дали су филозофи немачког идеализма – Ј. Г. Фихте (Johann Gottlieb Fichte) и, посебно, Имануел Кант (Immanuel Kant). Кантова општа теорија морала је дала посебан допринос доктрини правне државе јер је начело правне државе учинила посебним случајем општијег начела. Кантов је „категорички императив“, сматра Хајек, проширење темељне идеје владавине права на опште подручје етике. Управо се у наглашавању нужности опште и апстрактне природе свих правила према којима се управљају слободни појединци може видети највећи допринос категоричког императива припремању темеља за правни развитак.¹⁷⁹

Међутим, пуна теоријска разрада појма правна држава настала је тек у делима немачких правних писаца: Роберта фон Мола (Robert von Mohl), Фридриха Јулијуса Штала (Friedrich Julius Stahl), Ота Бера (Otto Bähr), Рудолфа фон Гнајста (Rudolf von Gneist) и других.

Роберт фон Мол је овим појмом обухватио неколико елемената: једнакост пред законом, отвореност свих јавних служби за све способне односно компетентне грађане, лична слобода с припадајућом слободом испољавања мишљења, религије и промене места живљења.¹⁸⁰ За Мола, правна држава је тип државе идентичне својој сврси – остваривање слободе грађана. Правна држава, истиче Мол, може да има само једну сврху: да живот људи уреди на начин који сваког припадника друштва подржава и подстиче на најслободније и најсвеобухватније могућно коришћење свих својих способности.¹⁸¹ Тиме Мол у појам правне државе уводи материјални елемент, због чега се треба сложити с напоменама многих аутора који

темама, Службени лист СРЈ, Београд, стр. 198; Љ. Тадић, *Метаморфозе „правне државе“*, *Правна држава*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1991.

178 Ф. Хајек, *op. cit.*, стр. 175.

179 *Ibid.*, стр. 174.

180 R. v. Mohl, *Enzyklopadie der Staatswissenschaften*, наведено према: Е. Шарчевић, Појам правне државе, *Архив за правне и друштвени науке*, Год. 75, бр. 4, 1989, стр. 416.

181 R. v. Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, наведено према: Р. Costa, *op. cit.*, р. 92.

тврде да се појам правне државе и владавине права у самом почетку нису разликовали и да је тек од Шталове теорије правна држава схваћена као чисто формални појам који не пита за сврху и циљ.¹⁸²

За разлику од Молове, Шталова концепција правне државе је чисто формалне природе, а као потврда те констатације, наводе се његове речи: „Држава треба бити правна држава, то је знак и истина развојних склоности новог доба. Она треба да на начин права тачно одреди и да осигура, као неповредиве, путеве и границе свога деловања, као и слободну сферу својих грађана, уједно треба да оствари моралне идеје на страни државе, дакле директно, како то припада сфери права, тј. само од нужних ограда. Ово је појам правне државе, а не да држава обавља нешто као правно уређење без административне сврхе или, сасвим просто, да штити права појединаца, она уопште не значи циљ и садржину државе него само начин и карактер на који ће ове остварити.“¹⁸³ Суштина Шталовог концепта правне државе, којим је дефинитивно учињен раскид с дотадашњом традицијом надржавног и природноправног оправдавања позитивног права, огледа се у идеји да је суштина правне државе у форми државног деловања а не у идејно-вредносном утемељењу државног права.¹⁸⁴ Према Шталу, право и позитивно право су истозначни појмови и осим позитивног, не постоји ниједно друго право. Штал, међутим, није у потпуности остао доследан позитивистичком и формалном одређењу правне државе, већ је у свој концепт унео и извесне материјалне елементе који одражавају његова конзервативно-апсолутистичка убеђења. Према Шталу, наиме, право у свом истинском значењу нема ништа мање него што садрже суштина десет Божјих заповести и морал.¹⁸⁵ Због тога је Шталов концепт више покушај компромиса између грађанско-либералне и конзервативно-апсолутистичке оријентације, у коме формални појам правне државе има више демагошки значај, чија је намена да измири противречности немачког друштва и његов апсолутизам учини значајно прогресивнијим.

Штал је својим концептом започео традицију позитивистичко-либералног поимања правне државе, која је настављена у делу Ота Бера, који је формализацију овог концепта извео још доследније од Штала. Према Беровом мишљењу, суштина правне државе се исцрпљује, на једној страни, у постулату да држава налази у праву егзистенцијални услов

182 Ову чињеницу нарочито наглашава Хајек, који сматра да су правна држава и владавина права у почетку били готово идентични концепти, односно да је формални појам правне државе тријумфовао над материјалним појмом тек почетком друге половине XIX века, када је правни позитивизам коначно однео превагу у државно-правној теорији. Видети о томе: Ф. Хајек, *op. cit.*, стр. 207 и даље.

183 F. J. Stahl, *Philosophie des Rechts*, наведено према: Е. Шарчевић, *op. cit.*, 1989, стр. 420.

184 P. Costa, *op. cit.*, p. 91.

185 F. J. Stahl, *Philosophie des Rechts*, наведено према: Е. Шарчевић, *op. cit.*, 1989, стр. 422.

сопственог постојања, а на другој страни, у институцији самосталног и независног судства. За разлику од Штала, код кога је либералистичко-позитивистички концепт правне државе оптерећен и извесним материјалним елементима, Беров појам правне државе је у потпуности ослобођен вредносних и натпозитивних садржаја. Иако право посматра као засебан социјални феномен, ослобођен било каквих природноправних или религиозних разлога оправдавања, Бер заступа становиште о идентитету државе и права, према којем држава остварује саму клицу своје сопствене идеје остваривањем права.¹⁸⁶ Сходно томе, правна држава такође не почива на натпозитивном ауторитету већ на постојећем праву као средству ограничавања ирационалне државне власти. Тако, формални појам правне државе тек код Бера добија свој пуни теоријски израз и облик, чији се основни елементи свде на захтев за примат законодавне власти над управном и судском и за успостављање судске контроле над радом управе. Раздвајањем власти и захтевом за примат законодавне власти, Бер покушава, како истиче Шарчевић, да се на теоријској разини непрорачуњлива и апсолутна моћ државе учини одговорном, ограниченом и прорачуњливом и то управо посредством закона као медија и институцијом законодавне власти. У томе се, закључује Шарчевић, може видети основни смисао метаморфозе материјалне правне државе у формално-законодавну правну државу која почива на принципу законитости рада управе.¹⁸⁷

Формални појам правне државе може се уочити и код Рудолфа фон Гнајста. Слично претходним ауторима, његов концепт правне државе почива на издвајању слободе индивидуе и правде као основних циљева заједнице. Међутим, његово гледиште чини специфичним теза да се ти циљеви могу остварити једино ако се друштво потчини и подреди држави.¹⁸⁸ Тако државни суверенитет постаје полазиште у процесу остваривања основног циља правне државе – заштита слободе појединаца. Сам појам правне државе Гнајст дефинише као монархијску власт која стоји изнад друштва, влада њиме и чува га, али истовремено као власт која захтева аналогне гаранције за правно поступање, такође, при извођењу државних заповести које се у каснијој управној јурисдикцији настављају.¹⁸⁹ За разлику од француске правне теорије и праксе, које су инсистирале на примату идеје народне суверености, у теорији Рудолфа фон Гнајста народну сувереност замењује идеја државне суверености, без које се, према његовом мишљењу, не може ни замислити правна држава. Заправо, суверенитет народа је, према његовом мишљењу, дезинтегришући фак-

186 O. Bähr, *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Studie*, наведено према: *Ibid.*, стр. 425.

187 *Ibid.*, стр. 428.

188 R. Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgерichte in Deutschland*, наведено према: *Ibid.*, стр. 429.

189 *Ibidem*.

тор друштва, који води ка ослобођењу од свих ограничења, према „стању у којем дословно нико не жели да буде одговоран за употребу државне власти“.¹⁹⁰ Нема сумње да је Гнајст имао на уму искуство постреволуционарне Француске, а нарочито период јакобинске диктатуре, о којој је још Хегел говорио као о периоду апсолутне слободе и страха.¹⁹¹ Појам правне државе се не своди само на идеју државног суверенитета и јаке управне власти. Друга, ништа мање значајна страна правне државе јесте управно правосуђе као гарант независне и на закон упућене управе. Питање законитости рада управе на тај начин избија у први план и, у вези с тим, нарочито питање правне одговорности управе, што имплицира институционалне механизме контроле њеног рада. Гнајст овде истиче замисао о контролној функцији управних судова као начину за успостављање одговорне и законите управе.¹⁹²

Слични захтеви и идеје могу се уочити и у делу Ота Мајера (Otto Mayer). Мајерово схватање правне државе прати општу тенденцију немачке теорије правне државе ка успостављању законитости рада управе и њене судске контроле. У том смислу, Мајер језгровито дефинише правну државу као остваривост судског уобличавања управе.¹⁹³

Развој теорије о правној држави у периоду после Првог светског рата указује на даљу формализацију овог појма, односно на његово пречишћавање од било каквих материјалних елемената, али и на тенденцију ка обесмишљавању либерално утемељеног појма правне државе. Како истиче Шарчевић, чак су и примарно материјални елементи, попут идеја слободе и једнакости, сведени на формално-законске појмове. Континуитет формализације појма правне државе иде упоредо с континуитетом његове редукције, па се тако правна држава као владавина закона своди на владавину правосуђа.¹⁹⁴

Упоредо с тим, правна држава у неким схватањима поприма крајње волунтаристичку интерпретацију, чија је основна сврха обесмишљавање либералног и стварање нацистичког концепта правне државе. Као најдрастичнији пример таквог схватања може се издвојити становиште водећег правника и теоретичара националсоцијализма, Карла Шмита (Carl Schmitt), који формални појам правне државе своди на питање уставног положаја судства и став према председнику Трећег рајха као чувару устава. Заправо, систем судства, према Шмиту, јесте чувар устава у

190 *Ibid.*, стр. 430.

191 Видети о томе: Г. В. Ф. Хегел, *Феноменологија духа*, БИГЗ, Београд, 1974, стр. 341 и даље.

192 R. Gneist, *Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, наведено према: Е. Шарчевић, *op. cit.*, 1989, стр. 431.

193 О. Mayer, *Deutsche Verwaltungsrecht*, наведено према: *Ibid.*, стр. 433.

194 Е. Шарчевић, *op. cit.*, 1989, стр. 436.

једном суженом смислу, односно само када се под уставом подразумевају грађанска права, лична слобода и приватно власништво, који пред редовним судовима треба да буду заштићени од државе, тј. од законодавца, владе и управе.¹⁹⁵ У Шмитовој интерпретацији, овај појам је доживео крајњу трансформацију и напуштање готово свих темељних принципа на којима се заснивао у схватањима Шмитових претходника.

Под утицајем официјелне политике, Шмит је више пута морао да напусти своја схватања и да своју теорију прилагоди потребама званичне нацистичке идеологије. То се уочава већ у промени његовог првобитног става према немогућности преузимања појма правне државе у терминологију новог нацистичког уређења и, самим тим, става према немогућности да се нацистичка Немачка назове правном државом. Наиме, кључни разлог оваквог Шмитовог става је била чињеница да је правна држава изворно био концепт либералне мисли, због чега је појам правне државе званична идеологија Трећег рајха дискредитовала од самог почетка. Међутим, поново под утицајем официјелне политике, која је овај термин желела да користи за легитимизацију Хитлеровог режима, он је напустио своја уверења и под велом специфичног теоријског компромиса применио термин „правна држава“ на нацистичку Немачку („немачка правна држава Адолфа Хитлера“). Наравно, то је захтевало реконструкцију изворног појма правне државе, која се огледала у напуштању његових либералних принципа. То се најјасније види у Шмитовој тези о томе да закон није ништа друго до воља вође (правни децизионизам), чиме су у потпуности обесмишљени идеја о супрематiji закона као темељни принцип правне државе, принцип општости закона као и забрана његове ретроактивности.¹⁹⁶

Под утицајем нацистичке идеологије, појам правне државе, не само код Шмита већ и код других представника националсоцијалистичке правне мисли (Forsthoff, Krauss, Lange, Schweinichen и други), попримио је сасвим другачије значење. Његова основна обележја су била измењена позиција индивидуе, закона и права, као и измењена позиција саме државне власти.¹⁹⁷ Крајњи производ нацистичког поимања правне државе била је, заправо, материјализација самог појма правне државе, који је

195 С. Shmitt, *Der Hüter der Verfassung*, наведено према: *Ibid.*, стр. 437.

196 Могу се навести многобројни закони који то потврђују: Закон од 2. августа 1934. године, којим се наређује државна сахрана за председника Хинденбурга, затим Закон од 3. јула 1935. године, којим се националсоцијалистичка партија ослобађа обавезе плаћања пореза, Закон од 3. јула 1934. године, којим се легализују све мере предузете с циљем гушења Ремове побуне, као и многи други. Видети о томе: Ф. Нојман, *Владавина права*, Филип Вишњић, Београд, 2002, стр. 55.

197 Више видети о томе: Е. Шарчевић, *Злоупотреба једног појма: правна држава и националсоцијализам*, *Правна држава: порекло и будућност једне идеје*, Правни факултет Универзитета, Београд, 1991, стр. 46–47.

почивао на идентитету државе и права, а садржински се сводио на волунтаризам фирерове власти и специфично тумачење нације као кључне вредности нацистичке идеологије.

3.2. Учење о правној држави у француској правној теорији

Утицај немачке правне теорије се убрзо проширио и на остале земље континенталне Европе. У Француској, појам правне државе први користи Каре де Малбер (*Carré de Malberg*), да би овај појам после извесног времена почели да употребљавају и правници тзв. стразбуршке школе: Ајзенман (*Charles Eisenmann*), Прело (*Marcel Prélot*), Бирдо (*Georges Burdeau*) и Капитан (*René Capitant*). Малбер, поред правне, разликује још легалну и полицијску државу. Разлике између правне и легалне државе, према његовом мишљењу, могу се видети у томе што прва тежи ка томе да обезбеди интересе грађана, а пре свега, заштиту њихових права и индивидуалног статуса. Легална држава, пак, иде много даље. Она је везана за политичку концепцију, према којој је управа у свим случајевима и у свакој материји потчињена законодавном органу и може да дела само када он то изричито захтева. Осим тога, систем правне државе, према Малберовом мишљењу, успостављен је чак и у монархијама, док је систем хијерархије функција, карактеристичан за легалну државу, везан искључиво за демократију. И на крају, систем правне државе је шири јер је везан за ограничавање не само извршне већ и законодавне власти, док систем легалне државе тежи ка томе да успостави примат законодавне власти над извршном влашћу.¹⁹⁸

Специфичност социоекономске и политичке позадине француског друштва, а нарочито изузетно снажан утицај идеја и традиције Револуције, довели су до тога да француска доктрина правне државе, у знатно већој мери него у Немачкој, буде под утицајем концепта народне суверености. Сврха правне државе је требало да буде заштита интереса народа, што је требало постићи доследним поштовањем идеја и вредности грађанских декларација од стране оних који владају. Држава је само оруђе народа, а устав и закон (у којима су иначе утемељене вредности грађанских декларација) су прави суверен коме треба да буде потчињена државна владавина.

Извесне специфичности и разлике између француске и немачке доктрине правне државе јасно указују на значај социоекономских и по-

198 С. de Malberg, *La contribution à la théorie générale d'État*, наведено према: Г. Вукадиновић, Теорија правне државе у Француској, *Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији: зборник радова са научног скупа одржаног 27. и 28. маја 1996*, М. Јовичић (ур.), САНУ, Београд, 1997, стр. 179–180.

литичких околности у којима је појам правне државе настајао и које су утицале на његову вишезначност и вишедимензијалност. Немачки теоретичари су се прилично трудили да се дистанцирају од француске револуционарне праксе и мисли, посматрајући Француску револуцију као непрекидни политички преврат који је одузео влади сваку постојаност, а јавну управу бадио у наручје партијске политике и сталних министарских криза.¹⁹⁹ За разлику од француске теорије у којој је идеја народне суверености заузимала централно место, у немачкој правној мисли ову улогу је имала идеја државне суверености. Осим тога, француска теорија правне државе је у знатно већој мери утемељена на идејама које своје порекло имају у теорији природног права. Заправо, кључне идеје Декларације из 1789. године почивају на природноправној теорији о неотуђивим правима и слободама појединаца, што је теорију правне државе у Француској приближило њеном материјалном појму и то у знатно већој мери него што је то био случај у Немачкој. Другим речима, правна држава је за француску правну теорију била не само држава легалитета већ и држава легитимитета.

3.3. Схватања о правној држави и владавини права у српској правној теорији

Утицај немачке и француске правне теорије одразио се и на српску правну мисао. Од наших аутора прве половине XX века, о правној држави су писали Слободан Јовановић, Миливоје Марковић, Божидар Марковић, Ђорђе Тасић,²⁰⁰ док су значајан допринос тој теми у савременој правној теорији дали Радомир Лукић, Данило Баста, Стеван Врачар, Слободан Перовић и Драган Митровић.²⁰¹ Концепт владавине права, у духу англосаксонске традиције, може се уочити у схватањима Косте Чавошког и Лидије Басте Флајнер.

У оквиру свог изузетно обимног и јединственог научног опуса, Слободан Јовановић се у више наврата бавио питањем правне државе. Настао правне државе Јовановић везује за Француску револуцију, односно тренутак када се апсолутна монархија преобратила у уставну. Суштину правне државе Јовановић види у примени начела поделе власти, као и у подвођењу управне власти под правни поредак, односно у обезбеђи-

199 Љ. Тадић, *op. cit.*, 1991, стр. 6.

200 Видети о томе: Г. Вукадиновић, *Правна држава: схватања српских писаца о правној држави у првој половини двадесетог века*, Нови Сад, 1995.

201 Више видети о томе: Г. Вукадиновић, *Савремена схватања правне државе код наших професора права, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Год. 42, бр. 1–2, 2008, стр. 257–267.

вању законитости рада управе.²⁰² Правној држави Јовановић, као и већина других аутора, супротставља полицијску државу, за коју каже да је држава у којој правни поредак регулише само односе међу појединцима, у којој је државни интерес изнад интереса појединаца и у којој управна власт није ограничена правним поретком. Као значајно организационо начело правне државе Јовановић издваја начело поделе власти, истичући да је без његове примене немогућа правна држава. С обзиром на то да је управна власт, сходно својој природи, много више упућена на решавање конкретних случајева, њено одвајање од законодавне и судске власти треба да омогући њену објективност и спречи могућа кршења закона. Јовановић нарочито наглашава потребу судске контроле извршне власти, као кључног елемента у процесу успостављања законитости рада управе.²⁰³

Значајно име наше правне теорије и уједно један од најзначајнијих представника српске теорије правне државе је Миљивоје Марковић. Марковић најпре полази од сврхе државне власти, коју одређује као осигурање услова који би сваком појединцу омогућили да на најбољи могући начин и што потпуније развије своју моралну и друштвену личност.²⁰⁴ Сходно томе, одлуке власти могу бити оправдане само уколико су у складу са основним начелима правног поретка. С тим циљем, потребно је установити правила у складу с којима органи треба да раде и јемства да ће органи та правила поштовати. О правној држави, закључује Марковић, може се говорити када су правила о вршењу државне власти постављена објективним правом и када се гаранције за правилно вршење те власти налазе првенствено у правилима објективног права.²⁰⁵ Као битну одлику правне државе Марковић издваја принцип једнакости, односно важење свих правних правила једнако за све грађане, па и представнике државне власти. То је уједно и кључна разлика између правне и полицијске државе. Друга битна одлика се тиче правног статуса појединаца у друштву. У правној држави појединац је грађанин а не поданик. При томе, Марковић даје уобичајено значење термину грађанин, односно везује га за постојање субјективних јавних права као овлашћења која грађанин има према државној власти. Од свих вредности које правна држава треба да заштити, Марковић на прво место ставља слободу, односно негативно схваћен појам слободе као слободе од незаконитог мешања државне власти у права појединаца. С тим циљем, целокупну управну власт треба ставити под правни поредак, што је кључна ознака и задатак правне државе. Марковић увиђа да то није довољно, односно сматра да је пресудно важно утврдити јемства која би обезбедила да управна власт остане под

202 С. Јовановић, *op. cit.*, стр. 121.

203 *Ibid.*, стр. 250.

204 М. Марковић, *Правна држава*, Политика и друштво, Београд, 1998, стр. 34.

205 *Ibidem.*

правним поретком. Да би се то и постигло, слично мишљењу осталих српских аутора, Марковић истиче начело поделе власти као први и неопходни елемент правне државе. Допуна начелу поделе власти, према мишљењу Марковића, јесте потреба успостављања ефикасне контроле као средства обезбеђивања правилног вршења трију правних функција државне власти. У том смислу, он нарочито истиче значај правне контроле и могућности да грађани туже суду јавне органе који су им неким својим незаконитим актом нанели материјалну или моралну штету. Затим, значај хијерархијске контроле и судске контроле рада управе, захваљујући којима правна држава тек добија своје потпуно значење. Крајњи циљ ових средстава контроле Марковић види у обезбеђивању начела законитости управе.²⁰⁶ Извесну особеност Марковићевог схватања правне државе чини довођење правне државе у везу с јавним мњењем. Марковић тиме излази из сфере правне методологије у изучавању појма правне државе и ову доводи у везу с једним друштвеним феноменом. Утицај и значај јавног мњења Марковић види као могућност контроле државне власти (одлука мањине) од стране оних на које се те одлуке и односе. То подразумева да у друштву владају слобода мишљења и дискусије, као и критички однос према раду државне власти. Без тих слобода, грађанин постаје поданик, обичан аутомат за извршење свих заповести ма какве оне биле и ма од кога долазиле.²⁰⁷

Схватање правне државе Божидара Марковића део је његовог учења о правди и правичности, изнетог још у његовој докторској дисертацији *Оглед о односима између појма правде и развитка приватног права*, а систематизованог у књизи *О праведном праву*. Марковићево схватање правне државе не може се посматрати одвојено од његовог схватања појмова правде, правичности и демократије. Он најпре истиче две кључне формалне претпоставке правне државе. Прва је да се у њој односи међу појединцима, као и између појединаца и државе, уређују правним нормама које заводе ред у друштвеном понашању људи, искључујући безвлашће и примену насиља. Друга претпоставка правне државе јесте да је поштовање тих правних норми заштићено и обезбеђено санкцијом, тј. организованом државном принудом.²⁰⁸ Међутим, постојање тих двеју формалних претпоставки није довољно. За „правност“ државе, како истиче Марковић, битна је и садржина норми, односно шта оне прописују, какав је тај правни поредак, а посебно да ли и у којој мери он обезбеђује личне и политичке слободе, једнакост грађана и поштовање основних људских права. С тим у вези су и његова замисао о праведном праву и сама идеја правде, коју Марковић одређује и у формалном и у материјалном смислу. У

²⁰⁶ *Ibid.*, стр. 38–39.

²⁰⁷ *Ibid.*, стр. 65.

²⁰⁸ Б. Марковић, *О праведном праву*, Visio Mundi Academic Press, Нови Сад, 1994, стр. 133.

формалном смислу, правда се своди на једнакост у смислу Аристотелове максиме да с једнаким стварима треба поступати једнако а с неједнаким неједнако. Материјални појам правде Марковић, пак, одређује у смислу да је праведно све што доприноси одржавању и напретку људског живота на земљи. Ово се уједно може сматрати и сврхом правне државе, која ту сврху може да оствари једино као демократска држава. Марковић, као ниједан српски аутор пре њега, истиче везу између правне и демократске државе. Он их не поистовећује већ наглашава да демократска држава има све потребне услове да буде и правна држава. Те услове Марковић види у социјално-филозофском релативизму и друштвеном плурализму као неопходним претпоставкама слободног друштва, у којем не владају апсолутна истина и искључивост.²⁰⁹

Међу српским савременим правним писцима, идејом и доктрином владавине права²¹⁰ посебно су се бавили Коста Чавошки и Лидија Баста Флајнер. Схватање владавине права Косте Чавошког је у духу либералистичке интерпретације. Полазећи од Хајекове идеје владавине права као метаправног идеала о томе какви закони треба да буду да би се могли подвести под владавину права, Чавошки истиче да се владавина права може дефинисати као „метаправна идеја о ваљаном правном поретку, који подробним и постојаним правним ограничењима државне власти, одговарајућим својствима основних закона и поузданим институционалним и процедуралним јемствима највећма обезбеђује људску сигурност и слободу“.²¹¹ Питање материјалног ограничења државне власти свакако је једно од најсложенијих али не и нерешивих питања. Материјална ограничења сваке па и законодавне власти могу бити отеловљена у уставу, могу бити питање уставне конвенције и добрих обичаја, а могу бити и међународни признати стандарди унутрашњег законодавства.²¹² Важно је да се тим ограничењима државна власт своди

209 О његовом схватању демократије видети: *Ibid.*, стр. 137–145.

210 Остали српски савремени писци углавном користе термин *правна држава* и у утврђивању његовог значења прате мисао српских предратних писаца.

211 К. Чавошки, *op. cit.*, 2005, стр. 125.

212 Чавошки наводи покушај њиховог усаглашавања као „начела владавине права“ Међународне комисије правника од 1955. године, која утврђује да се ниједно темељно људско право не сме тумачити на начин који претпоставља да су било која држава или њен орган власни да доносе законе или чине дела с намером да ограниче или укину та темељна права. Свако располаже слободом мишљења и изражавања, што укључује и право да се не буде зостављан или прогоњен због властитог мишљења или принуђен да говори оно што не мисли. Забрањује се доношење било каквог закона којим би се нарушила та слобода, као и свака цензура и ометање радио емисија. *The rule of law and human rights and definitions as elaborated at the congresses and conferences held under the auspices of the International Commission of Jurists, 1955–1966*, Geneva, International Commission of Jurists, наведено према: *Ibid.*, стр. 132.

у релативно уске и јасно утврђене оквири, како би изван њеног дејства остало што шире подручје неспутане слободе. Осим материјалних ограничења државне власти, владавина права, истиче даље Чавошки, подразумева и одговарајућа својства закона на основу којих се може утврдити њихова ваљаност. Прво такво својство јесте општост закона, које јамчи индивидуалну слободу грађана и смањује могућност самовоље власти, будући да је слобода од туђе самовоље једино могућа под владавином општих закона. Друга битна одлика ваљаних закона јесте њихова одређеност. Одређеност закона умањује претерану општост која може да се претвори у потпуну неодређеност. Стога, ваљани закони морају да имају меру одређености у односу на предмет који уређују. Поред општости и одређености, закони треба да поседују и јасност. То подразумева да језик закона мора бити лако разумљив и једноставан а појмови који се користе недвосмислени, јер се само тако могу постићи задовољавајућа правна сигурност и предвидљивост могућих последица законских аката. Следеће својство ваљаних закона јесте њихова постојаност. Прекомерно доношење закона умањује правну сигурност и предвидљивост, због чега законодавац не сме да буде под утицајем тренутног расположења јавности, већ се мора руководити релативно дугорочним разлозима и интересима једне шире и трајније целине. Од свих својстава ваљаних закона, истиче даље Чавошки, свакако је најтеже дефинисати њихову унутрашњу моралну вредност и праведност. Ту је најважније разликовати праведне законе од неправедних закона, ваљане од изопачених, законе слободе од тиранских закона. Осим материјалних ограничења, владавина права претпоставља и одговарајућа институционална и процесна јемства људске сигурности и слободе, као што су независност судства, забрана доношења закона с повратним дејством и одговарајући законски поступак (енгл. *due process of law*).²¹³ Све ове претпоставке владавине права у служби су слободе, закључује Чавошки, као крајњег циља начелног (Кант) и практичног (пример енглеског развоја уставности) постављења темеља добро уређеног државног поретка. Дакле, суштина владавине права, као исправног државног и правног поретка, треба да буде очување и осигурање слободе, а то је већ довољно да се владавина права, као таква, назове умећем слободе.²¹⁴

Међу схватањима владавине права домаћих аутора треба поменути и схватање Лидије Басте Флајнер. Наглашавајући вишезначност и „отвореност“ појма владавине права, ауторка истиче да унапред треба одбацити помисао о дефиницији владавине права, те да је општи појам владавине права садржан у принципу његове постепене конкретизације. Сводећи идеју владавине права, у најопштијем смислу, на идеју конституционализма, односно идеологију и теорију правом ограничене и контролисане

213 *Ibid.*, стр. 133–139.

214 *Ibid.*, стр. 195.

власти, Лидија Баста Флајнер указује и на неке њене конкретније садржаје. У том смислу, ауторка истиче да владавина права подразумева одређене иманентне вредности, основна лична и политичка права и слободе, као и питање институција и поступака којима се границе политичке власти могу обезбедити, међу којима је принцип независног положаја судства кључан.²¹⁵

4. Владавина права као метаправна доктрина и идеал – Фридрих Хајек

Хајекова замисао владавине права почива на темељима Дајсијевог учења у тој мери да се с правом може рећи да је Хајек један од највернијих Дајсијевих слебденика.²¹⁶ Међутим, његово схватање у значајној мери представља сасвим нови поглед на идеју владавине права, те се, у том смислу, може говорити о значајним новинама које Хајеково схватање чине специфичним. Једна од њих јесте напуштање, у основи, позитивистичког приступа владавини права, који ову идеју своди на законитост и ограничавање државне власти важећим (позитивним) правом као изразом воље неприкосновене и правно неограничене власти парламента. Владавина права, према Хајеку, подразумева законитост, али то није довољно; ако је неки закон, вели Хајек, дао влади неограничену власт да чини оно што јој се прохте, све њене радње ће бити законите, али сигурно неће бити под владавином права. Стога је владавина права и више од конституционализма: она захтева да сви закони буду у сагласности са одређеним начелима.²¹⁷ Као таква, владавина права, према Хајеку, подразумева ограничавање целокупне власти, укључујући и законодавну. При томе, ограничавање законодавне власти не може да почива само на законима које доноси сам законодавац. Додуше, уставне одредбе могу отежати повреде владавине права, могу помоћи да се унапред спрече ненамерне повреде рутинским законодавством, али врховни законодавац не може никада законом ограничити сопствену моћ јер може укинути сваки закон који је донео. Зато владавина права није владавина одређеног закона већ правило које се односи на то какав закон треба да буде, она је метаправно учење или политички идеал.²¹⁸ У овој тези се огледа суштинска особеност Хајековог поимања владавине права. Као идеал, владавина права је, према Хајеку, нешто чему правни поредак тежи. Да ли ће и колико правни поредак одговарати идеалу владавине права зависи од мере у којој је тај идеал део моралне традиције једне заједнице. Уколико је он

215 Л. Баста Флајнер, *op. cit.*, стр. 200 и даље.

216 *Ibid.*, стр. 187.

217 Ф. Хајек, *op. cit.*, стр. 181.

218 *Ibid.*, стр. 181.

постојан елемент јавног мњења, законодавство и правосуђе ће настојати да му се све више приближе. Али, ако се представља као непрактичан чак и непожељан идеал и ако људи престану да му теже, убрзо ће да нестане и такво друштво ће се вратити у стање произвољне тираније.²¹⁹

За разумевање ових Хајикових тврдњи изузетно је важно разумети његово схватање закона као неутралне, неперсоналне силе – закона као номоса.²²⁰ Уверење да је закон производ слободне интервенције законодавца (у духу правног позитивизма и волунтаризма) Хајек сматра конструктивистичком заблудом, која полази од тога да је човек способан да планира читав систем правних или моралних правила. Закон је заправо старији од законодавца, пошто је овај други „пронађен“ знатно касније од оног првог.²²¹ Правила постоје унутар друштвене групе без обзира на то да ли постоји језик којим се она могу јасно артикулисати. Фундаментално обележје закона као номоса јесте његова постепена артикулација а не његово стварање као израза појединачне или колективне воље за неки дати, конкретни случај. Номос је, стога, неутрално правило (неутрални поредак правила који су Грци означавали термином *nomos*, Римљани термином *ius*, а у енглеској правној традицији термином *common law*) које није настало од стране неке појединачне особе нити са унапред датим циљем да ограничи нечије појединачно делање, већ да се непристрасно односи према свим људима. Кључну улогу у артикулацији закона као номоса, према мишљењу Хајека, имају судије које својим одлукама покушавају да реше сукобе између различитих странака. Због тога се, сматра он, идеал индивидуалне слободе могао остварити само у друштвима где је дуго доминирало прецедентно право.²²²

Хајек, тако, недвосмислено заузима становиште да владавина апстрактних правила – закона као номоса, јесте неопходан услов за очување индивидуалне слободе на основу непристрасности самих правила и аперсоналног карактера њиховог извора. Друго, артикулација тих правила јесте резултат свакодневне активности судија као арбитра у спору између странака, чији је примарни циљ примена тих правила сходно очекивањима која су у датом друштву већ формирана у дугој традицији спонтаног нормирања друштвених односа. Треће, из Хајикових речи произилази закључак да једино у друштвима у којима су закони израз дуготрајне традиције једног народа, у оквиру које су формирана очекивања у вези с датим вредностима, може бити речи о владавини права. Тиме је

219 *Ibid.*, стр. 182.

220 Он је ово схватање прицизирао у свом делу *Право, законодавство и слобода*, објављеном 1973. године, па је отуда оно значајна допуна његових идеја изнетих у делу *Поредак слободе* (1960).

221 Ф. А. Хајек, *Право, законодавство и слобода*, Службени лист СРЈ, Београд, ЦИД, Подгорица, 2002, стр. 72.

222 Видети о томе: *Ibid.*, стр. 91 и даље.

постојање и функционисање владавине права доведено у директну везу с типом традиције и начином артикулације правила која се унутар ње стварају. Имајући то у виду, лакше је разумети Хајекове речи да владавина права није владавина закона, у смислу позитивистички и волунтаристички схваћеног закона као израза воље законодавца. Она је, заправо, идеал јер захтева поредак владавине закона као номоса.

Имајући у виду да је владавину права одредио као идеал, Хајек се сучио с нимало лаким задатком да утврди критеријуме на основу којих се може проценити да ли и у којој мери један правни поредак одговара том идеалу. Његов одговор је дат у духу класичног либерализма, као што је уосталом била и целокупна његова мисао. У покушају да утврди те критеријуме, Хајек је дефинисао неколико кључних својстава која закони треба да поседују да би били ваљани и да би, као такви, створили услове за приближавање једног правног поретка идеалу владавине права.

Најважнија својства ваљаних закона су: општост, познатост и одређеност, једнакост и праведност. Прво својство које закони треба да имају да би одговарали идеалу владавине права јесте општост. Оно подразумева да закон мора да садржи општа и апстрактна правила која се односе на још непознате случајеве и која не садрже никаква упућивања на појединачне особе, места или предмете. Хајек додаје да такви закони не смеју да имају ретроактивно важење, већ морају увек да се примењују на будуће случајеве.

Друго обележје ваљаних закона јесу познатост и одређеност. Ово својство закона нарочито подстиче правну сигурност и то у виду предвидивости судских одлука. Инсистирати на томе да поступање судова буде у сагласности с претходно постојећим правилима не значи, према Хајеку, инсистирати на томе да сва правила буду експлицитна и унапред записана с много речи. Тако нешто је иреално. Многа од њих ће бити препознатљива само зато што воде постојаним и предвидивим одлукама, а биће позната онима који се њима руководе вођени својим „осећањем правде“. Познатост и одређеност, тако, подстичу правну сигурност, коју је и Дајси истакао као једно од основних значења владавине права, а за коју Хајек закључује следеће: „Вероватно нема ниједног појединачног чиниоца који је више допринео напретку и благостању Запада од релативне одређености закона која је овде преовлађивала.“²²³

Једнакост, као треће обележје ваљаних закона, за Хајека је једнако важно одредити као и друге, али и знатно теже. Ово обележје подразумева да закони треба да се једнако односе на све, али Хајек одмах додаје да један закон може бити савршено општи тиме што се односи на формална својства особа на које се примењује, а да ипак садржи различите одредбе за различите врсте људи. Такво разврставање је понекад неизбежно,

223 *Ibid.*, стр. 183.

чак и унутар скупине потпуно одговорних грађана, али разврставање у апстрактним појмовима може увек да се спроведе до тачке у којој ће се издвојени скуп састојати само од унапред познатих особа или чак од једног јединог појединца. Мора се признати, додаје Хајек, да упркос многим оштроумним покушајима да се овај проблем реши, није пронађено ниједно сасвим задовољавајуће мерило које би указало на то која је врста разврставања у складу с једнакошћу пред законом. Један од важних захтева који треба испунити да би ово раздвајање одговарало идеји једнакости свих пред законом, према Хајековом мишљењу, могла би да буде сагласност о оправданости издвајања оних унутар групе који су издвојени са онима ван те групе.²²⁴

И на крају, као последње обележје ваљаних закона Хајек издваја праведност. Нема сумње, истиче Хајек, да један закон може бити делотворан само уколико га већина људи прихвата као праведан. Међутим, оно што се намеће као проблем јесу критеријуми на основу којих се може проценити праведност закона. Хајек издваја два формална критеријума: општост и једнакост. Тачно је да такав закон може да буде и неправедан, али његова општа и апстрактна формулација своди ту опасност на минимум. Заштићујуће својство закона, његов *raison d'être* (франц.), треба тражити у његовој општости. При томе, општост, а самим тим и праведност, подразумевају да и држава буде везана истим законима као и грађани. Сходно томе, идеал владавине права изискује да држава истовремено намеће закон другима – и да је то њен једини монопол, и да делује под истим законом – и тако буде ограничена на исти начин као и било које приватно лице.²²⁵

Саставним делом владавине права Хајек сматра и поделу власти и то превасходно у делу у коме се раздваја подручје утврђивања општих правила од подручја њихове примене. Потпуно би немогуће било, истиче Хајек, одвојити ова два подручја уколико ове функције не врше различите особе или органи. При томе је изузетно важно поштовати принципе да се правила не смеју доносити а да се на уму имају појединачни случајеви, нити се појединачни спорови смеју пресуђивати у светлу било чега другог осим општег правила. То захтева независне судије којих се не тиче ниједан пролазни циљ владе. Кључно је да пре одлучивања о томе да ли ће се у неком конкретном случају користити принуда, ове две функције морају одвојено да извршавају два координирана тела. Када је реч о извршној власти, Хајек наглашава неопходност постојања дискреционе власти и њену могућу усклађеност са идеалом владавине права. Када је реч о управи, према његовом мишљењу, изузетно је важно да она буде строго потчињена закону увек када се одлучује о примени при-

224 *Ibid.*, стр. 184.

225 *Ibid.*, стр. 185.

нудне власти над грађанима. У сваком систему управа има овлашћења која не могу бити под строгом контролом судова, али та овлашћења не смеју подразумевати она која се тичу „особа и својине“. Владавина права, дакле, налаже да извршна власт у свом принудном деловању буде везана правилима која прописују не само када и где већ и на који начин може да користи принуду, а једини поступак којим се то може осигурати јесте да се провера тих радњи повери независном судству. Да би се то и постигло, Хајек се залаже за то да судови имају право да, у случајевима када се управна власт уплиће у приватно подручје појединаца, одлучују не само о томе да ли је неко поступање било *intra vires* или *ultra vires*, већ и томе да ли је и садржај управне одлуке био у складу са законом. Једино је тада, закључује Хајек, управна дискреција искључена.²²⁶

Хајек није остао недоречен ни у погледу процедуралних гаранција заштите права и слобода грађана. Многобројна процесна јемства, као што су *habeas corpus*, поротно суђење итд., настала у теорији и пракси англосаксонског правног развитка, за Хајека су један од основних темеља слободе и права појединаца. Њихов значај се, како истиче Хајек, тешко може пренагласити. Али, многи не увиђају да њихова делотворност претпоставља прихватање владавине права у смислу како је Хајек одређује и да су без тога безвредна сва јемства која се налазе у поступку.²²⁷ Тиме Хајек још једном истиче да је један од кључних предуслова за остваривање владавине права њена укорененост у јавном мњењу и моралној традицији једне заједнице. Другим речима, само друштва која су постигла довољно висок степен развитка правне и политичке свести могу с правом да очекују остваривање идеала владавине права.²²⁸

5. Владавина права у правној теорији и филозофији након Другог светског рата – реактуелизовање односа правног позитивизма и јуснатурализма, правне државе и владавине права

Период након Другог светског рата представља посебну фазу у развоју правне мисли и теорије владавине права. Погубно искуство тог рата и сам феномен тоталитарних диктатура имали су одјека и на начин на

226 *Ibid.*, стр. 185–186.

227 *Ibid.*, стр. 191.

228 Ово Хајеково далекосежно увиђање добија на значају нарочито када се имају на уму искуства посткомунистичких друштава, која су кренула ка демократској трансформацији и успостављању правне државе. Тешкоће које се на том путу уочавају у потпуности потврђују сву истинитост Хајекових запажања и закључака. Више видети о томе: И. Вучинић, Хајеково схватање владавине права, *Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији, op. cit.*, стр. 170–172.

који су се у правној теорији разматрала питања владавине права и правне државе. Изнова се поставило питање да ли се право може посматрати само као израз државне воље или пак као феномен који треба да служи тачно утврђеним вредностима. Другим речима, да ли сваки закон, као израз државне воље, треба и заслужује да се назове правом, без обзира на његов карактер и садржину. Постало је јасно да је правни позитивизам,²²⁹ као владајући начин размишљања о праву, довео до оправдавања државне власти *per se* у свим случајевима када је она била утемељена у важећим правним прописима.

Свакако посебан и велики допринос оваквом тумачењу природе права и правне државе дао је један од најзначајнијих правних теоретичара XX века, Ханс Келзен (Hans Kelsen). Својом „чистом теоријом“ права, тј. до краја доведеним нормативистичким схватањем права, Келзен је „очистио“ своје схватање права од свих ванправних елемената и отворено одбио да на било који начин вреднује позитивно право.²³⁰ И не само што је право ослободио од било каквог вредновања него је и држави одузео засебну социолошку егзистенцију и свео је на довољно централизован правни поредак.²³¹ Тако је Келзен укинуо дуализам права и државе и државу свео на право (држава као персонификација правног поретка), што је у крајњем исходу значило да се правном државом може назвати свака држава у којој важи принудни правни поредак. Полемика о наведеним Келзеновим тврдњама готово да је обележила правну теорију XX века, али је у време када је створена дала снажан подстрек за већ владајуће позитивистичко схватање права као чисто идеалне творевине, у којој правила црпе своје важење из формалних критеријума, односно из правилности поступка њиховог доношења (утемељеност у вишој правној норми).

И управо је такав начин размишљања дао немачком нацистичком правнику и идеологу Карлу Шмиту право да термином „правна држава“ означи Хитлеров нацистички режим. Право за то дала му је чињеница се у првој половини XX века идеја правне државе у потпуности свела на

229 Овде треба поменути и неке од његових кључних начела: став да су закони заповести; да нема никакве везе између права и морала; да анализа правних појмова има сопствену вредност и да је треба разликовати од правне историје, социологије права и критике права; да је правни систем затворен логички систем у којем се исправне одлуке могу дедуковати из унапред одређених правних правила помоћу логичке методе, а без ослањања на друштвене циљеве, начела и стандарде морала; да се морални судови не могу бранити помоћу рационалних аргумената и доказивати, као што је то случај с исказима о чињеницама. Видети о томе: М. Matulović, *Jezik, pravo i moral*, Izdavački centar Rijeka, Rijeka, 1986, str. 14.

230 Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета, Београд, 1998, стр. 19.

231 *Ibid.*, стр. 77; Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Правни факултет Универзитета, Београд, 1998, стр. 249.

формални принцип законитости, што је значило да се правном државом називала свака држава у којој управа чини оно што јој важећи закон дозвољава (па макар то било и масовно истребљење Јевреја). Сличном логиком се руководио и високи немачки официр нацистичке Немачке, Адолф Ото Ајхман (Adolf Otto Eichmann),²³² током суђења које је изазвало бурну полемику унутар правно-политичког дискурса 60-тих година XX века. Наиме, суштина Ајхманове одбране се сводила на један врло једноставан и формално-правно крајње логичан принцип – он, као официр државе, није радио ништа друго него спроводио наређења утемељена у важећим правним прописима.²³³

Апсурдност до које формални принцип правне државе може да доведе у својим крајњим консеквенцама условила је преиспитивање појмова владавине права и правне државе, али и редефинисање основног схватања права. То је водило ка својеврсној ренесанси природноправног учења или бар ка покушају да се на новим темељима измире до тада, суштински супротстављене традиције правног позитивизма и јуснатурализма. Другим речима, приступило се изналажењу компромисних решења у односима између те две теорије, што је за циљ требало да има повратак права одређеним вредностима без којих је цивилизовано друштво било немогуће замислити.

И управо је један од водећих немачких правних филозофа тога доба, Густав Радбрух (Gustav Radbruch), међу првима дао свој допринос томе. Иако се његово учење може схватити примарно као реакција на правни позитивизам, оно је у значајној мери актуелизовало и питање правне државе. Наиме, полазећи од става да се ниједно људско дело не може разумети без повезивања с неком идејом, Радбрух закључује да се и право мора посматрати у вези с вредностима. „Право је стварност“ истиче Радбрух, „чији је смисао да служи правној вредности, идеји права... Идеја права, пак, не може бити ништа друго него правда.“²³⁴ Идеја права се, међутим, не своди само на правду. Радбрух је допуњује с још две вредности: сврсисходност и правна сигурност. У свом есеју *Законско неправо и*

232 Ајхман је био официр високог ранга у Трећем рајху, у чијој је надлежности била координација плана истребљења милиона људи током холокауста, посебно Јевреја. Организовао је проналажење и одвођење људи у концентрационе логоре. После пада Трећег рајха, Американци су га ухапсили, али је грешком пуштен. Успео је да побегне у Јужну Америку (Аргентину), где је живео све до 1960. године, када га је лоцирала израелска тајна служба Мосад. Припадници Мосада су га киднаповали и одвели у Израел, где му је и суђено. Осуђен је на смрт вешањем, а смртна казна је извршена у јуну 1962. године.

233 Видети о томе: Н. Arendt, *Eichmann u Jerusalemu: izveštaj o banalnosti zla*, К. V. S., Београд, 2000.

234 Г. Радбрух, *Филозофија права*, Правни факултет Универзитета, Београд, 1998, стр. 39.

надзаконско право, писаном непосредно после Другог светског рата, Радбрух уводи појмове „законско неправо“ и „надзаконско право“, додатно продубљујући јаз између свог учења и правног позитивизма. Право, према Радбруховом мишљењу, може позитивно важити чак и када је неисправно. „Али, када се не тежи за правдом“, истиче даље Радбрух, „када се једнакост, која чини језгро правде, приликом доношења прописа позитивног права свесно оспорава, онда закон није само неисправно право, он тада, штавише, нема правну природу.“²³⁵ Природа Хитлеровог режима је показала колико држава као носилац политичке моћи и принуде може да угрози и крши сопствено право. Зато је, према мишљењу Радбруха, пресудно важно да држава буде везана сопственим правом као културном творевином која служи правди а не само сврсисходности. Држава је правна у мери у којој остварује идеале исправног права.

Сличан покушај измирења природноправног учења и правног позитивизма може се уочити и у делу Лона Фулера (Lon Fuller). Реч је о једном специфичном учењу о повезаности права и морала, која се изражава у тзв. унутрашњој и спољашњој моралности права. Унутрашња моралност је, у ствари, скуп упутстава које Фулер даје зарад стварања исправног правног система, док се спољашња моралност тиче, пре свега, предмета законодавчеве делатности. И тек се поштовањем захтева обе врсте моралности може створити исправно право као „подухват подређивања људског понашања владавини правила“.²³⁶

Одређујући право као процес чији је крајњи циљ успостављање правног система у којем се људског понашања подређује правним нормама, Фулер утврђује и издваја неколико кључних принципа унутрашње моралности права којих законодавац мора да се придржава уколико не жели да успостави рђав правни систем. Они се уједно могу сматрати принципима законитости и саме владавине права. Ти, основни принципи обухватају 1) општост, 2) објављивање, 3) забрану ретроактивности, 4) јасност, 5) непротивречност, 6) остваривост, 7) стабилност правних правила и 8) сагласност понашања органа позваних да примене правна правила са објављеним правилима. Ова својства Фулер назива унутрашњом моралношћу права а своје учење процедуралном верзијом природног права,²³⁷ док сам термин „процедурално“ одређује као сагласност службене делатности са издатим законом.

Неиспуњавање неког од наведених критеријума не води само, према његовом мишљењу, ка рђавом систему права већ и ка нечему што у правом смислу не може ни да се назове правним системом. У том случају, грађани немају чак ни моралну обавезу да се придржавају правила, јер

235 *Ibid.*, стр. 228.

236 Л. Фулер, *Моралност права*, Правни факултет Универзитета, Београд, 2011, стр. 106.

237 *Ibid.*, стр. 54–55.

дужност почива на начелу реципроцитета – уколико власт доноси законе сходно принципима који омогућавају њихову примену, онда и грађани имају дужност да их се придржавају. У супротном, таква дужност не постоји. Примера ради, од људи се не може очекивати да се понашају у складу с правилима која не постоје, тајним правилима или правилима која нису ни донета у време када су они учинили неку радњу, или пак с правилима којих се ни сама власт не придржава.²³⁸ Сходно томе, владавина права (схваћена као посвећеност принципима унутрашње моралности) нужно има моралну вредност сама по себи и као таква је услов постојања правног система.

То ипак не значи да је ова владавина права метафизички и етички утемељена. Како то и сам Фулер истиче, унутрашња моралност права нема ничег заједничког с било каквом „небески надвијеном свеприсутношћу“.²³⁹ Другим речима, ови захтеви су неутрални у погледу широког распона етичких питања, али не и према људском достојанству као одређујућем својству човека као одговорног бића.²⁴⁰ Фулер је, на тај начин, покушао да на темељу процедуралних критеријума омогући, у крајњем исходу, заштиту људског достојанства и саме одговорности као супстанцијалних циљева права.²⁴¹

За разлику од Фулера, Џон Финис (John Finnis) је ишао линијом класичне доктрине природноправног учења. Термин „природно право“ Финис користи да би означио скуп основних практичних принципа који указују на основне облике људског напредовања као добра која треба следити и остваривати, као и скуп основних методолошких захтева практичне разумности који указују, пре свега, на начин остваривања тих добара и опшћих моралних стандарда.²⁴² С друге стране, позитивно право Финис одређује као скуп правила донетих од стране ефективне власти, подупретих санкцијама и донетих с циљем решавања координационих проблема

238 *Ibid.*, стр. 55.

239 *Ibid.*, стр. 106.

240 *Ibid.*, стр. 166.

241 Више видети о томе: *Ibid.*, стр. 157 и даље.

242 Велики део свог капиталног дела *Natural Law and Natural Rights* Финис посвећује разматрањима о основним људским добрима и начинима њиховог остваривања у заједници. Та добра подразумевају живот, знање, игру, естетски доживљај, друштвеност (пријатељство), практичну разумност и религију. Међу основне методолошке захтеве практичне разумности који оцртавају пут остваривања основних добара Финис убраја: кохерентан животни план, непостојање арбитражних преференција међу вредностима, непостојање арбитражних преференција међу лицима, уздржаност и обавезивање, ограничени значај последица, ефикасност у границама разума, поштовање сваке основне вредности у сваком акту, захтев општег добра и поштовање своје савести. Видети о томе: Џ. Финис, *Природно право*, ЦИД, Подгорица, 2005, стр. 95–135.

заједнице ради заједничког добра те заједнице (фокална или жаришна дефиниција права).²⁴³

Финис однос природно право–позитивно право у суштини схвата као однос циљ–инструмент. Другим речима, основне вредности Финисовог схватања природног права и методи њиховог остваривања јесу циљ којима позитивно право треба да служи ради регулисања координационих проблема друштвене заједнице, чији чланови, сви скупа, треба да теже остваривању тих добара. Та тежња, али и дефинисање тих добара резултат су рационалног приступа у промишљањима о животу једне заједнице и њених чланова, тако да ту нема ни призвук метафизичко–религиозном одређењу основних циљева природног права. Морални ауторитет позитивног права и, сходно томе, морални карактер обавезе покоравања том праву произлазе из прости чињенице да оно служи основним људским добрима и у погледу нормативно дефинисаних циљева и у погледу метода односно начина њиховог остваривања.²⁴⁴

Све доведе, Финисово схватање карактера обавезе покоравања позитивном праву не разликује се умногоме од традиционалних природноправних концепција, у којима се морална обавезност позитивног права (па чак и његово важење уопште) доводи у везу с начином и степеном остваривања природноправних идеала. Финис се од таквих схватања суштински издваја по свом уверење да чак и позитивно право које се не може дедуковати из принципа природног права задржава своје важење и обавезност.²⁴⁵ За разлику од представника класичног јуснатурализма, Финис одбацује стару максиму *lex iniusta non est lex* и истиче да такво уверење није ништа друго до субординирана теорема.²⁴⁶ Но, веза између позитивног права и принципа природног права није, код Финиса, без утицаја на обавезност права у целини. Наиме, Финис наглашава разлику између правне и моралне обавезности позитивног права и сматра да ирелевантност односа природно право–позитивно право постоји само код правне обавезности. У том случају се у потпуности одбацује поменута максима *lex iniusta non est lex*. Пуна обавезност права (и правна и морална) постоји када позитивно право у потпуности одражава принципе природног права, тј. када афирмише остваривање основних добара и на такав начин афирмише друштвени и индивидуални напредак.

243 *Ibid.*, стр. 287.

244 Ову аргументацију Финис је посебно наглашавао у каснијим радовима, нарочито у контексту критике Разовог схватања моралног ауторитета права. Видети о томе: J. Finnis, *The authority of law in the predicament of the contemporary social theory*, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 1, 1984, pp. 115–137.

245 Ц. Финис, *op. cit.*, стр. 32–33.

246 *Ibid.*, стр. 366.

Имајући у виду ове напомене лакше је разумети Финисово схватање владавине права као средства заштите општег добра. Слично Фулеру, Финис одређује кључне критеријуме за исправност једног правног система и његово одређење као система владавине права. Правни систем, према Финисовом мишљењу, може се назвати владавином права у мери у којој његова правила делују *pro futuro* а не ретроактивно, уколико ни на који начин нису таква да их је немогуће поштовати, да су објављена, кохерентна једна другима, да су довољно стабилна, да је доношење декрета и наредби применљивих на релативно ограничене ситуације усмерено правилима која су објављена, јасна, стабилна, релативно општа и да државни службеници, надлежни да доносе, извршавају и примењују та правила, буду правно одговорни и да стварно примењују право у складу с његовом сврхом.²⁴⁷ Све ове особине се односе, пре свега, на квалитет институција и процеса. Тако, на пример, промулгација није само штампање прописа, већ подразумева постојање професионалне класе правника. Кохерентност није само логика за формулисање закона, већ захтева правосуђе спремно да иде даље од формула преклапајућих и супротстављених правила, како би се успоставио нови склад којег ће се придржавати у новим случајевима. Слично је и са осталим особинама, па тако владавина права подразумева одређен квалитет процеса којима се омогућава владавина права у функцији остваривања општег добра. То се може обезбедити посредством судске власти и њеног вршења од стране лица која су професионално опремљена и мотивисана да делају у складу с правом. Захваљујући предвидљивости правног нормирања, владавина права постаје врлина људске интеракције и заједништва која спречава да владоци усмеравају вршење власти ка приватним или страначким циљевима. Финис затим уводи термин „реципрочност“, у смислу да уколико власт поштује захтеве општег добра, онда и грађани морају поштовати одлуке саме власти, због чега се у крајњем исходу владавина права може сматрати изразом захтева за правду и правичност.²⁴⁸ Крајњи циљ владавине права, према Финису, јесу вредности општег добра које је он претходно дефинисао. С тога, уверење позитивиста да она може да послужи као инструмент (попут оштрог ножа) за морално добар али истовремено и морално неподобан циљ није тачно. Владавина права је увек циљ вредан сам по себи уколико се, наравно, схвати као одређен квалитет интеракције између власти и грађана.

Специфично природноправно учење и супстанцијално схватање владавине права нуди Роналд Дворкин (Ronald Dworkin). Реч је о типично либералном схватању које доводи у везу право и морал схватајући право као интегритет. Интегритет је највиша политичка врлина и Дворкин га одређује као независни идеал (заједно с правичношћу, правдом и про-

247 *Ibid.*, стр. 282.

248 *Ibid.*, стр. 284.

писаним законским поступком), оличен у два основна принципа – у законодавном, који налаже да законодавци покушају да уреде све законе на морално кохерентан начин, и у правосудном принципу, који налаже да се закон, колико је то могуће, сагледа као кохерентан у том смислу.²⁴⁹ Право је у функцији остваривања и очувања интегритета па, сходно томе, концепт владавине права нужно подразумева посвећеност вредностима које омогућавају остваривање права као интегритета. Своје одређење концепта владавине права Дворкин назива концепцијом владавине права „rights”, насупротив формалној „rule book” концепцији. Rights концепција подразумева да грађани имају морална права и обавезе у међусобним односима и политичка права према држави. Морална и политичка права треба да буду препозната у позитивном праву, тако да се могу спровести на захтев грађана кроз рад судова и осталих сличних институција. Владавина права према овом концепту, наглашава Дворкин, представља идеал владавине прецизног и јавно прихваћеног концепта индивидуалних права, који не разликује владавину права од супстантивне правде. Она захтева, као део идеала права, да позитивно право обухвати и спроведе морална правила.²⁵⁰

Најзначајнија новина Дворкинове теорије је, међутим, у констатацији да ова морална правила нису садржана искључиво у датим правним правилима већ и у правним принципима којима судије треба да се руководе у свом одлучивању, нарочито у тзв. тешким случајевима (енгл. *hard cases*). Принцип је мерило, како истиче Дворкин, којег се треба придржавати не зато што унапређује или осигурава економску, политичку или друштвену ситуацију која се сматра пожељном, него зато што је то захтев правде, непристрасности или неке друге димензије моралности.²⁵¹ Принципи, отуда, имају моралну димензију и њиховом применом у судским интерпретацијама конкретних спорова омогућава се непосредно очување интегритета као политичког идеала и врлине, чиме се и само право манифестује као интегритет и, самим тим, као морална вредност.

Теорија правде Џона Ролса (John Rawls) представља веома богато извориште нових идеја и погледа на право и владавину права. Ролсове схватање владавине права тешко се може разумети без увида у основне идеје његовог схватања правде као правичности (енгл. *fairness*). Правда као правичност се изражава у два основна принципа – први је да свака особа треба да има једнако право на најширу схему једнаких основних слобода која је спојива са сличном схемом слобода за друге, и други – друштвене и еко-

249 Р. Дворкин, *Царство права*, Филип Вишњић, Београд, 2003, стр. 191.

250 R. Dworkin, Political judges and the rule of law (Maccabaeen lecture in jurisprudence), *Proceedings of the British Academy*, Vol. 64, 1977, p. 262. Available at: <http://www.britac.ac.uk/pubs/proc/files/64p259.pdf>

251 Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица, 2001, стр. 45.

номске неједнакости треба да буду уређене тако да је истовремено разумно очекивати да буду свакоме од користи и да су повезане с положајима и службама који су отворени за све.²⁵² На основу ових, базичних принципа правде као правичности може се градити систем праведних установа, у оквиру којег је онда легитимно очекивање да сви чланови заједнице следе правила датог поретка. Покоривање овим правилима Ролс доводи у везу са самим начином настанка и сврхом заједнице. Наиме, уколико се један број особа укључи у добровољну заједницу као систем друштвених односа и сарадње, с циљем узајамне добити у складу с правилима, и, стога, ограничи своју слободу на начин који је нужан да донесе корист свима, они који су се подвргли тим ограничењима, тврди Ролс, имају право на пристанак оних који су имали користи из њиховог покоравања. Ова идеја почива на двома кључним претпоставкама: прва је да су установе (као делови основне друштвене структуре коју Ролсови принципи правде треба да учине праведном) праведне и, друга, да је појединац добровољно прихватио добробит уређења или искористио предности које праведно уређење нуди за остваривање сопствених интереса.²⁵³

Имајући ово у виду, јасно је зашто Ролс сматра владавину права установом која је тесно повезана са идејом слободе. Она се, према његовом мишљењу, може обезбедити унутар правног система једино уколико се тај правни систем установи као принудни поредак јавних правила, донетих ради регулисања понашања рационалних особа и обезбеђивања оквира за друштвену сарадњу. Када су та правила, истиче Ролс, праведна, она обезбеђују основ за легитимна очекивања. Она конституишу основе у односу на које особе могу да се ослоне једна на другу и да исправно приговоре када се њихова очекивања не испуне. Ако су основе тих захтева несигурне, несигурне су и границе људских слобода.²⁵⁴

Ролс издваја неколико одлика правног система у којем је владавина права могућа. Најпре, правила тог система морају да се односе на делатности које људи могу обављати и избегавати. Другим речима, правила не могу наметати обавезе које је немогуће испунити. Друго, они који доносе правила то треба да чине с вером да се та правила могу поштовати и извршавати. Сама немогућност извршења неког правила мора бити призната као аргумент против одговорности за неизвршење или бар као олакшавајућа околност. Владавина права, истиче даље Ролс, имплицира да се слични случајеви морају третирати на сличан начин, затим правило *nulla crimen sine lege*, захтев да закони буду познати и јавно проглашени, да њихово значење буде јасно одређено и да буду општи и без ретроак-

252 *Ibid.*, стр. 70.

253 Ц. Ролс, *Теорија правде*, ЦИД, Подгорица, 1998, стр. 113.

254 *Ibid.*, стр. 221.

тивног важења.²⁵⁵ На тај начин се успоставља правни систем у којем су границе слободе јасно назначене, а сама слобода обезбеђена.

Да правна теорија друге половине XX века није била посвећена искључиво налажењу начина да се повежу право и морал и позитивно право и јуснатурализам доказују и више него доследна позитивистичка схватања права и владавине права. Након Другог светског рата, правни позитивизам је имао снажно упориште у учењу Херберта Харта (Herbert Hart) и Џозефа Раза (Josef Raz).

У свом капиталном делу *Појам права*, Харт се готово и не осврће на концепт владавине права, али утицај који је ово дело имало био је толики да је концепцијски променио начин на који се схватају право и, самим тим, владавина права. Посебно значајно извориште Хартовог схватања владавине права може се наћи у полемици коју је, поводом односа права и морала, водио с Фулером, посебно с његовом основном тезом да не испуњавање захтева унутрашње моралности права (заправо захтева владавине права) води ка томе да се такав систем не може назвати правним системом.

Као доследни позитивиста, Харт свакако није могао да се сложи с било каквим условавањем валидности правног система и правила било каквим моралним садржајима (па макар и захтевима процедуралног природног права). Основна Хартова идеја јесте да је право јединство примарних и секундарних норми. Примарне норме захтевају од људи да изврше одређене радње или да се уздрже од њих, без обзира на то да ли они то желе или не (норме дужности). Секундарним нормама се предвиђа да људска бића могу стварати нове норме на основу примарних, укидати их или мењати, или на различите начине утицати на њихову појаву и утицај у друштву (норме овлашћења, јавних и приватних).²⁵⁶ Врховна секундарна норма јесте тзв. *правило признања*, из којег произлази читава валидност развијеног правног система. Ово правило, у извесном смислу, слично је Келзеновој *основној норми*, али за разлику од ње, правило признања, према Хартовом учењу, није никакво претпостављено правило. Оно је реално и може се идентификовати у друштвеним заједницама на темељу онога што Харт назива унутрашњим становиштем. Тако, на пример, у примитивном друштву у којем нема никаквог ограничења законодавне власти краља, једини критеријум на основу којег се може установити да нешто представља право биће позивање на чињеницу да је *rex* нешто прогласио као закон. У сложеним правним системима овај поступак утврђивања правила признања је значајно комплекснији, али у

²⁵⁵ *Ibid.*, стр. 224.

²⁵⁶ Х. Харт, *Појам права*, ЦИД, Подгорица, 1994, стр. 111.

већини случајева ово правило постоји у начину на који судови или друга службена лица или приватна лица утврђују одређене норме.²⁵⁷

Међутим, за разлику од Келзена, Харт није увео толико непремостив јаз између права и морала. Извесно приближавање права и морала Харт уводи тамо где говори о специфичној функцији права, како оног у примитивним тако и оног у развијеним правним системима. Та функција је опстанак друштвене заједнице те, сходно томе, право и морал треба да подразумевају специфичан садржај. Без тог садржаја, сматра Харт, људи не би имали разлога да својом вољом поштују било какве норме, а без минимума кооперације коју својом вољом показују они који налазе да је у њиховом интересу да се подвргну нормама или да их чувају, не би било могуће одупрети се присили других који се не би својевољно придржавали норми.²⁵⁸ Тај садржај није ништа друго до одређене природне чињенице које стоје у рационалној вези с правом и моралом (Харт их назива минималним садржајем природног права). Те чињенице су: рањивост људи, из које проистичу правне и моралне забране различитих видова насиља; приближна једнакост људи, која налаже узајамно уважавање и компромис; затим, чињеница да људи нису ни анђели ни ђаволи, што чини могућим систем узајамног уважавања; и последња, четврта чињеница јесте ограниченост добара, која налаже успостављање минималног облика својине и норми које је штите.²⁵⁹

Најзначајнији увид у Хартово схватање владавине права омогућава полемика коју је он водио с Фулером. Почетак полемике се везује за објављивање Хартовог чланка под насловом *Positivism and the separation of law and morals*, у којем заступа позитивистички став према концептуалној раздвојености права и морала, односно разликовању између права какво јесте и права какво треба да буде.²⁶⁰ Овај Хартов чланак, заједно с Фулеровим чланком—одговором — *Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart*,²⁶¹ постали су убрзо, па и данас јесу, типичан пример инстинктивног критеријума за разликовање позитивистичког и јуснатуралистичког схватања односа права и морала и моралне условљености валидности правног система. Poleмика је посебно била занимљива поводом случаја жене која је пријавила свог мужа због његових активности усмерених против нацистичког режима за време Другог светског рата. Основна Хар-

257 *Ibid.*, стр. 133–134.

258 *Ibid.*, стр. 235.

259 *Ibid.*, стр. 236–238.

260 Видети о томе: Н. Hart, *Positivism and separation of law and morals*, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 593–629.

261 Чланак је објављен у истом броју као и Хартов. Видети о томе: L. Fuller, *Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 630–672.

това теза је била да једини начин на који је било могуће жену учинити правно одговорном јесте да се примени ретроактивност закона, што је управо у супротности с кључним Фулеровим захтевом забране ретроактивности (али и у супротности са основним Радбруховим тезама о којима је Харт такође полемисао).²⁶² Тако је на примеру овог избора између два зла – применити ретроактивно законе или ослободити жену одговорности, Харт желео да покаже суштину разликовања између онога што право јесте и онога што право треба да буде. Непосредна консеквенца Хартовог схватања је била теза да владавина права не може да има моралну вредност *per se* (како је то сматрао Фулер) већ једино инструменталну и функционалну вредност.

Ова теза је и данас тема многобројних расправа,²⁶³ а њена суштина и њено прецизно и јасно тумачење могу се наћи у тврдњама Хартовог ученика, Џозефа Раза. Она се огледа у следећем: владавина права је инструмент за постизање примарног циља права, а то је да путем општих норми регулише друштвено понашање. Слично општром ножу, чија је инструментална вредност оштрица сечива којом се ефикасно постиже циљ којем је нож намењен (да се исече хлеб, парче меса, али и да се убије човек), тако и владавина права има инструменталну вредност, у смислу да се испуњеношћу критеријума које она захтева примарно постижу задати циљеви правног поретка. Она сама је вредносно неутрална, тј. она, сама по себи, није морална вредност већ средство којим се могу постићи друштвени циљеви (који могу бити морално прихватљиви или неприхватљиви).²⁶⁴

Владавином права као темом Раз се бавио знатно експлицитније од Харта. Основну идеју владавине права Раз своди на минималистички захтев да она не треба да буде ништа друго до оно што се тиме каже – владавина права, што значи да људи треба да се повинују законима и да се управљају њима.²⁶⁵ Ближе одређено, идеја владавине права подразумева две основне ствари. Прва је да правна правила треба да управљају по-

262 H. Hart, *op. cit.*, p. 619.

263 Видети о томе: J. Waldron, Positivism and legality: Hart's equivocal response to Fuller, *New York University Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2008; N. MacCormick, Natural law and the separation of law and morals, *Natural law theory: contemporary essays*, R. George (Ed.), Oxford University Press, 2007; C. Murphy, Lon Fuller and the moral value of the rule of law, *Law and Philosophy*, Vol. 24, No. 3, 2005, pp. 239–262; M. J. Bennett, Hart and Raz on the non-instrumental moral value of the rule of law: a reconsideration, *Law and Philosophy*, Vol. 30, No. 5, 2011, pp. 603–635; T. R. S. Allan, *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law*, Oxford University Press, 2003; M. Jovanović, Is legal positivism tenable beyond moral relativism?, *Problema – Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 9, 2015, pp. 185–244.

264 J. Raz, *The authority of law*, Oxford University Press, 1979, pp. 225–226.

265 *Ibid.*, p. 212.

нашањем људи и да људи треба да се њима повинују. И друго, да право треба да буде такво да људи буду у могућности да му се повинују.²⁶⁶

Ако се владавина права схвати као владавина доброг права, онда се, истиче Раз, читава социјална филозофија мора укључити у њено ближе одређење и тумачење. То би такав концепт учинило крајње неупотребљивим. Владавина права није ништа друго но једна од карактеристика правног система, његова вредност и врлина, које се могу остварити у већем или мањем степену. Међутим, она се не сме поистовећивати с демократијом, правдом, једнакошћу, људским правима или захтевима за поштовање људи и њиховог достојанства. Недемократски систем власти, сматра Раз, заснован на негирању људских права, екстензивној принуди, расној сегрегацији, сексуалној неједнакости или верским прогонима, може одговарати захтевима владавине права више него било који демократски систем власти. Да ли то значи да је он бољи од демократије? Свакако да не, каже Раз, он је несумњиво лошији, али то никако не утиче на његову способност да као правни систем буде усклађен с владавином права.²⁶⁷

Уобичајено тумачење владавине права као „владавине закона а не људи“ Рас сматра таутологијом. Таутологија је уверење да владавина закона а не људи значи да акти власти треба да буду засновани на праву. Сваки поступак владе је заснован на праву самим тим што је поступак владе, сматра Раз. Решење ове таутологије Раз види у раздвајању правничког (стручног) и лаичког значења термина *право*. За правнике је право све оно што испуњава критеријуме важења датих у важећем правном систему. За лаика, право је скуп општих, отворених и релативно стабилних правила. Оно што доктрина владавине права примарно треба да захтева јесте да доношење појединачних закона буде руковођено отвореним и релативно стабилним општим правилима, чиме се сам принцип владавине закона а не људи претвара у смислен политички идеал.²⁶⁸

Тешко да постоје речи које могу боље изразити суштину формално-позитивистичког схватања владавине права од ових Разових. Раз не негира потребу за постојањем одговарајућих принципа владавине права, али негира да се непостојањем тих принципа губи карактер правног система. Ово је нужна последица његовог основног става према односу између права и морала, а то је да моралност права није услов за постојање правног система. И управо се у овом ставу огледа суштинска разлика између Раза и Фулера, чијем схватању он посвећује посебну пажњу. Слично Фулеру, и Раз издаваја неколико базичних принципа владавине права који треба да постоје да би основна идеја владавине права, како ју

266 *Ibid.*, p. 213.

267 *Ibid.*, p. 211.

268 *Ibid.*, p. 213.

је Раз дефинисао, била остварена. Ти принципи су: закони морају да делују *pro futuro*, да буду отворени и јасни, да буду релативно стабилни, да доношење појединачних законских одлука буде руковођено отвореним, стабилним, јасним и општим правилима, да судство буде независно, да се поштују принципи природне правде, да се судовима дају контролна овлашћења над применом других принципа, да судови буду лако доступни, као и да дискреција органа надлежних за превенцију криминала не заобилази право.²⁶⁹ Списак ових захтева, како истиче Раз, није коначан и њему се може додати још по који. Али основна Разова намера је, како и сам истиче, била да набрајањем ових захтева укаже на суштину формалног схватања владавине права, посвећеног разумевању основне идеје и циља – а то је да право треба да буде у могућности да обезбеди ефективно управљање.

У новије време, у употреби су термини којима се на другачији начин означавају формални и супстанцијални приступ владавини права, попут Пиренбумове *thin* и *thick* теорије владавине права.²⁷⁰ Тако, *thin* концепција владавине права одговара формалном појму правне државе јер наглашава формалне и институционалне аспекте владавине права. Слично Фулеру, Пиренбум издваја следеће елементе *thin* концепције владавине права: неопходност постојања процедуралних правила приликом стварања права; законе мора доносити овлашћено тело које поштује та процедурална правила; транспарентност закона; да закони морају бити општеприменљиви; да су релативно јасни; да делују *pro futuro*; да буду конзистентни у целини; да су релативно стабилни, да се поштено примењују и да су применљиви и прихватљиви већини становништва.²⁷¹ *Thick* концепција садржи све ове елементе, али и елементе политичке моралности као што су конкретни економски модели (слободно тржиште, централно планирање итд.), форму владе (демократски, једнопартијски систем власти и слично), концепт људских права (либерални, комунистички, „азијске вредности“).²⁷²

Вредни су помена и доприноси појединих аутора којима је постојећа подела на формални и супстанцијални концепт владавине права додатно диференцирана на различите подмоделе, попут Таманахине (Tamanaha)

269 *Ibid.*, pp. 214–218.

270 Видети о томе: R. Peerenboom, *China's long march toward the rule of law*, Cambridge University Press, 2002; R. Peerenboom, *Varieties of rule of law: an introduction and provision conclusions*, *Asian discourses of rule of law: theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries*, R. Peerenboom (Ed.), Routledge, London and New York, 2004, pp. 1–54. О Пиренбумовом схватању владавине права видети: Д. Аврамовић, Један нови поглед на владавину права, *Правни живот*, Год. 59, бр. 14, 2009, стр. 359–370.

271 R. Peerenboom, *op. cit.*, 2002, pp. 66–67.

272 *Ibid.*, p. 3.

поделе на три дистинктивна типа оба схватања, који крећу од њихове *thinner* ка *thicker* верзији. Тако формални концепт подразумева следеће три основне форме: владавину помоћу права (право као инструмент власти – енгл. *thinner*), формални легалитет (норме треба да буду опште, да делују *pro futuro*, да буду јасне), демократија и легалитет (сагласност де-терминише садржај права – енгл. *thicker*). Супстанцијални концепт подразумева: индивидуална права (својина, уговорни односи, приватност, аутономија – *thinner*), право на достојанство и правду и социјална држава (суштинска једнакост, старање о заједници – *thicker*).²⁷³

273 B. Z. Tamanaha, *op. cit.*, 2004, p. 91.

ВЛАДАВИНА ПРАВА И ПРАВНА ДРЖАВА IV – РЕКАПИТУЛАЦИЈА ЗНАЧЕЊА

У правној и политичкој теорији није ретка појава да се једном појму дају различита значења. Из приказаних схватања о владавини права и правној држави то се, уосталом, може јасно уочити. Као што је већ истакнуто, идеја владавине права, која је историјски праћена од свог настанка у оквиру античке теорије па до савременог доба, имала је, у свом досадашњем теоријском развоју, два основна начина тумачења. Прво, које владавину права види као владавину одређеног типа права, и друго, као владавину важећих, позитивноправних прописа. Први, супстанцијални тип подразумева идентификацију вредности или квалитета закона у систему владавине права, док други, формални тип не поставља никакве захтеве у погледу пожељног садржаја закона.

Разлика не постоји када се о владавини права и правној држави говори као о идејама. На том нивоу, оба концепта се свде на захтев да државна власт треба да буде ограничена законима. Међутим, чим се постави питање зашто власт треба да буде ограничена (а оно се мора поставити јер је ограничавање средство а не сврха), отвара се расправа која нужно води ка дефинисању различитих циљева и крајње сврхе владавине права. И не само то – отвара се и могућност да владавина права прерасте у идеал, јер дефинисање њеног пожељног циља и сврхе подразумева тежњу ка њима. Евентуално неостваривање те тежње претвара сврху у идеал.

Начин на који је сврха владавине права била дефинисана кроз историју варирао је у зависности од владајућег схватања права и политике у датој епохи и друштву. Стари Грци су први довољно јасно указали на све негативне аспекте неограничене политичке власти, односно на чињеницу да је природа политичке моћи таква да она тежи непрекидном увећавању и ширењу, те да у бескрајном јачању и увећавању неминовно квари своје носиоце.²⁷⁴ С циљем успостављања владавине утемељене у разуму и општем интересу, било је пресудно важно установити систем власти у којем се, посредством умних закона, умањују негативни аспекти природе политичке власти, односно успоставља систем у којем закони неће бити

²⁷⁴ Како је то знатно касније сликовито описао Лорд Ектон (Lord Acton) – „свака власт квари, а апсолутна власт квари апсолутно“.

инструментализовани као пуко средство власти већ као средство умног и праведног владања. Дакле, циљ ограничавања власти законима били су спутавање њених деструктивних потенцијала и њено свођење у границе разума, како би политика као врлина и слобода као могућност активног учешћа грађана у политичком животу полиса биле могуће.

Ове идеје су, у основи, наставиле да живе и након антике. Кључне идеје нововековне природноправне теорије су другачије артикулисале основне идеје античке политичке филозофије, а посебно схватање политике, улогу права и суштину саме идеје слободе. Политика се више није схватала као слушкиња врлине већ као вештина владања, која, како је то Макијавели најверљивије показао, има легитимно право да примењује различита средства зарад остваривања својих циљева. Схватање политике у новије доба није нужно подразумевало и одређено схватање етике. Значајно је измењено и тумачење идеје слободе. Она се најпре схватала негативно, као „слобода од“, тако да се и улога права у њеној заштити битно мењала. Оно је у нововековној природноправној интерпретацији добило улогу заштитника негативно схваћене слободе, као слободе од самовоље политичке власти. Сврха ограничавања државне власти законима постала је, тако, заштита неприкосновене сфере индивидуалне слободе, чије је прецизно значење понудила доктрина либерализма. Као и у античко доба, основни циљ је био спутавање политичке власти законима, али је крајњи циљ дефинисан битно другачије – то више није било постизање врлине и општег добра већ заштита појединца и његове сфере слободе од самовоље политичке власти.

То је, свакако, подразумевало нормативну и институционалну заштиту индивидуалних природних права – слободе, живота и имовине. Као што је већ речено, први облици те заштите су формулисани у процесу развоја енглеског конституционализма, да би се убрзо тај процес проширио и на континенталну Европу и шире. Учења епохе просветитељства и либерализма повезала су идеју владавине права и њену сврху са интересима грађанства. Због тога је идеја владавине права добила значајну друштвену подршку, док је њено остваривање уједно значило заштиту фундаменталних интереса грађанства као нове и прогресивне друштвене снаге. Захваљујући томе, идеја владавине права је унутар либералне мисли убрзо постигла пуну теоријску и појмовну разраду, тј. створене су доктрина владавине права и правне државе. Обе доктрине постају, како је то прецизно описао Франц Нојман (Franz Neumann), „јуристичке форме либералне државе као типа државе“.²⁷⁵ Као такве, и једна и друга теорија су имале сличну функцију – да се успостављањем неприкосновеног ауторитета права постигне правна сигурност, толико потребна либералној економији.²⁷⁶

275 F. Neumann, *Demokratska i autoritarna država*, Naprijed, Zagreb, 1974, str. 25.

276 Упоредити: Л. Basta Флајнер, *op. cit.*, стр. 114; R. Kuhn, *Oblici građanske*

Наравно, сврха тих теорија је била и остала знатно шира од успостављања поузданих услова за привредно пословање. Основна сврха владавине права, схваћене у светлу савремене западне мисли, дефинисана је на чуvenом Чикашком колоквијуму 1957. године. Тако, један од истакнутих учесника тог скупа, професор Јоловиц (Jolowicz), истиче да је фундаментална сврха владавине права да створи заједницу која би најбоље могуће помогла појединцу да развије и оствари своје потенцијале као људско биће. Значај владавине права је у њеном крајњем циљу – стварање могућности индивидуалним члановима заједнице за њихов развој на основу њихове способности слободног али и одговорног избора између различитих алтернатива.²⁷⁷ Заједничко својство многобројних схватања о владавини права изразио је Хамсон (Hamson): „Владавина права је средство организованог друштва, чији је циљ стварање заједнице у којој је човеку омогућено да испуни себе потпуним развојем својих способности. Велики извори друштва су енергије људских бића која га чине. Циљ је да се допусти и охрабри координирано ослобађање тих енергија, а метод подразумева омогућавање људским бићима да доносе одговорне и делотворне одлуке и подстицање развоја њихове правне и практичне способности да доносе такве одлуке. Владавина права је феномен организованог слободног друштва и његов знамен.“²⁷⁸

Ставови који су изнети на поменутом научном скупу углавном су остали верни либералистичкој интерпретацији владавине права, као поретку који примарно служи добру појединца и заштити неприкосновене сфере личне слободе. Тако Каупер (Kauper) истиче да је владавина права створена да би промовисала позитивне сврхе у остваривању вредности људског бића и слободу од приватног безакоња и анархије.²⁷⁹ У сличном дугу пише и Јоловиц, који постојање традиционалних фундаменталних права и слобода и њихових јемстава истиче као прво од шест основних обележја владавине права.²⁸⁰ И у делима осталих учесника Чикашког колоквијума (Goodheart, Rupp, Treves, Katz и други) на сличан начин се заступају став и уверење да је циљ владавине права да служи слободи индивидуе и стварању могућности за развој свих позитивних потенцијала појединца као људског бића.

demokratije-liberalizam, fašizam, Komunist, Beograd, 1978, str. 32–36; Е. Шарчевић, *op. cit.*, 1989, стр. 439.

²⁷⁷ J. A. Jolowicz, Digest of discussion, *Annales de la Faculté de Droit d'Instanbul*, Vol. 9, No. 12, 1959, p. 54.

²⁷⁸ C. J. Hamson, General report, *Annales de la Faculté de Droit d'Instanbul*, Vol. 9, No. 12, 1959, p. 15.

²⁷⁹ P. G. Kauper, Rule of law in the United States, *Annales de la Faculté de Droit d'Instanbul*, Vol. 9, No. 12, 1959, p. 100.

²⁸⁰ J. A. Jolowicz, *op. cit.*, pp. 51–52.

Поменути ставови јасно указују на оно што представља, и према мишљењу аутора, крајњу сврху и циљ владавине права и правне државе. Крајња сврха и циљ владавине права треба да буду *заштита слободе индивидуе, односно опстанак појединца као слободног бића унутар политичке заједнице*,²⁸¹ и *стварање услова и могућности грађанима за слободан, стваралачки и одговоран развој свих њихових потенцијала*. Основни начин да се то и постигне јесте владавина закона који то омогућавају.

Због тога се у расправу о владавини права и њеној крајњој сврси мора уврстити и расправа о „квалитету“ закона који могу да омогуће остварење те сврхе. Другим речима, морају се поставити питања о томе какви закони треба да буду да би се покоравањем њима остварила слобода унутар политичке заједнице и да ли свако покоравање законима нужно води ка слободи. У супротном, расправа о владавини права неће бити ништа друго до расправа о владавини било каквих закона, чиме се она од самог почетка обесмишљава. Нужни закључци такве расправе би били да је свака владавина закона уједно и владавина права и да је сврха владавине права заправо пуко ограничавање државне власти, без јасно дефинисане сврхе тог ограничавања.

Питање какви закони треба да буду да би били истинско средство слободе има, са становишта доктрине владавине права и правне државе, посебан значај, због тога што је у оквиру те расправе могуће издвојити кључне разлике између њих. Као што се могло уочити, у разматрању основних становишта ових двеју доктрина, појам правне државе је био схваћен примарно као формално-правни појам, који не улази у метаправно питање квалитета закона. Концепт правне државе, за разлику од владавине права, не пита за садржину закона на којима треба да почива ограничавање државне власти, не издваја никаква метаправна ни етичка начела, већ означава форму посредством које држава испољава своју вољу, без обзира на то каква је заиста садржина те форме.²⁸² С друге стране, владавина права је готово од самог настанка па до њених савремених представника (нарочито код Фридриха Хајека) задржала метаправни карактер тиме што поставља питања садржине и циља правног поретка. Ова чињеница чини ове две теорије битно различитим, иако је та разлика била много мања на почетку њиховог развитка. Као што је истакнуто, формализација појма правне државе почиње тек након Шталове теорије а кулминира током 30-тих година XX века. С почетка готово идентичне,

281 Намерно се наглашава слобода унутар политичке заједнице, јер слобода појединца, како су то још стари Грци увидели, није могућа као слобода изоловане и отуђене индивидуе, већ једино као слобода унутар политичке заједнице, у заједници с другим, себи равним индивидуама.

282 P. Craig, *Formal and substantive conceptions of the rule of law*, *Public Law*, 1997, p. 467; R. S. Summers, *A formal theory of the rule of law*, *Ratio Juris*, Vol. 6, Issue 2, 1993, p. 135; J. Raz, *op. cit.*, p. 214.

ове две теорије су се тек временом разишле, довољно да Франца Нојмана наведу на закључак да између њих нема готово ничег заједничког.²⁸³

Искуство је показало да су и један и други концепт, у својим крајњим теоријским консеквенцама, веома често водили у крајност. Због заснованости на одговарајућој социјалној или политичкој филозофији, супстанцијално схватање је оптерећено многобројним партикуларним захтевима, због чега владавина права, како истиче Раз, губи своју практичну функцију.²⁸⁴ Овај приговор нарочито добија на значају уколико се има на уму да живимо у политички и идеолошки плуралистичком друштву, тако да је веома тешко постићи сагласност о садржинским принципима владавине права који би били универзално прихватљиви. Имајући то у виду, с разлогом се може поставити питање ко одлучује о томе које вредности треба да буду садржане и остварене концептом владавине права. Предност ових схватања је, пак, у томе што она успевају да укажу на релевантне политичке и економске проблеме права, правних институција и појединачних правних система. Тако, на пример, законски реформатори у Кини користе шири концепт владавине права као начин да се отворе многобројна питања у вези с демократијом, поделом власти и људским правима.²⁸⁵

С друге стране, формализам и општост начела правне државе претварају право у празну љуштуру, која се може испунити било којом садржином. Формализација владавине права је, према мишљењу Таманахе, повезана с доминацијом инструменталистичког погледа на право (према којем је право средство за остваривање циља), који је условио раздвајање права и недржавних извора легитимитета (божанско право, природно право, обичајно право, разум), права и садржаја и непостојање ограничења у стварању права, чиме је право претворено у „празни брод без ограничења у његовој изградњи”.²⁸⁶ Предност формалног приступа многи аутори виде управо у томе што је вредносно неутралан, те је, као такав, погоднији за практичну имплементацију било где у свету. Формални концепт владавине права, према мишљењу Самерса (Summers), може да ужива широку подршку због тога што у многим друштвима постоје оштре политичке поделе у вези са основним принципима супстанцијалног схватања владавине права – како организовати економију, колико слободни треба да буду јавни говор и штампа, питања религиозне слободе, демократије или социјалне државе. Сходно томе, што је владавина права формалнија и десупстанцијализованија, то је већа могућност да

283 F. Neumann, *op. cit.*, str. 95.

284 J. Raz, *op. cit.*, p. 211.

285 R. Peerenboom, *op. cit.*, 2004, p. 9.

286 B. Z. Tamanaha, *Law as a means to an end*, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 215.

буде политички неутрална и да, самим тим, очекује широку подршку из различитих сегмената политичког спектра.²⁸⁷

Имајући то у виду, најпре се треба одредити за један од два приступа и указати на разлоге таквог избора. Ауторов избор је *концепт који подразумева расправу о кључним вредностима и циљевима права – самим тим, концепт владавине права схваћен у материјалном (супстанцијалном) смислу речи.*

Аутор је уверен да индиферентност формализованог појма правне државе према основним вредностима права може да узрокује погубне последице у пракси и да наруши основну сврху владавине права. Тежња стриктних позитивиста да право „ослободе“ од вредности и тиме правни дискурс учине што „научнијим“ осликава, заправо, недостатак воље да се унутар правног дискурса сачува расправа о вредностима које право треба да штити, како би оно било не само средство ефикасног друштвеног управљања већ и средство друштвеног прогреса и развоја људске личности. Тако тежња ка „прочишћавању“ права и његовој „научности“ може да доведе до тога да се сваки правни поредак који почива на формално важећим правним прописима назове поретком владавине права. То може да води изједначавању процедуралности и правде/правичности, али, наравно, не мора нужно бити случај.²⁸⁸

То није једини разлог за опрез у тежњи ка „научности“ права. Њу треба преиспитивати и због тога што је право феномен дате културе, у оквиру које се друштвени односи уређују правним правилима увек под утицајем датих вредности (посебно владајућег система моралних норми). Због тога, прихватање позитивистичког става води ка занемаривању утицаја друштвене стварности на право, односно културолошко-вредносне условљености правног нормирања. Право као феномен не сме се посматрати изоловано од те стварности јер је она део самог феномена права. Без обзира на ауторов став према томе да ли право треба да буде посвећено одређеним вредностима, оно то увек јесте и увек изражава усвојене вредности и интересе његових доносилаца, који право користе као инструмент управљања и остваривања датих вредности и интереса. Тзв. расни закони Трећег рајха или закони из периода јужноафричког апартхејда изражавали су несумњиво културолошко-вредносни став њихових доносилаца.

Да ли то онда значи да и такве законе треба сматрати правом само због тога што испуњавају критеријуме формалне исправности? Да ли то значи да је расправа о вредностима којима закони треба да служе ирелевантна са становишта правне науке и да владавина права може да постоји без обзира на то каквим вредностима то право служи? Потврдан одговор на ова

287 R. S. Summers, *The principles of the rule of law*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 74, Issue 5, 1999, p. 1710.

288 Више о критици концепта процедуралне правде видети: D. Mitrović, *Proceduralna pravda: istinitost i ispravnost*, *NBP*, Vol. 22, No. 1, 2017, str. 1–21.

питања може се дати само уколико се доследно заступа позитивистички став и теза о правној валидности као једином критеријуму постојања феномена права. Међутим, као што је истакнуто, феномен права је својеврсна културна творевина, чињеница повезана с вредношћу, како је то најјасније наглашавао Радбрух.²⁸⁹ Позитивистички став у потпуности занемарује ту чињеницу и у крајњем исходу владавину права своди на правни систем. У складу с тим ставом, за постојање правног система (владавине права) потребан је довољно развијен принудни поредак, установљен важећим правним правилима. Дакле, није потребно ништа друго до хијерархија власти која омогућава стварање и примену таквих правила.

Међутим, владавина права је више од тога. Она је идеал посвећен остваривању јасно утврђене сврхе – опстанак појединца као слободног бића и развој свих његових стваралачких потенцијала. Она је идеал владавине у којој ће представници политичке власти бити одговорни за све поступке који нарушавају темељне вредности људског бића и, самим тим, опстанак друштвене заједнице. Не само владавина права већ и сâмо право морају служити конструктивној, стваралачкој сврси – то је основни и примарни принцип умности.

Кључно је питање да ли правници желе да буду посвећени умности. Да ли правници у својој тежњи ка „научности“ правне науке треба да престану да размишљају као етичари и филозофи? Да ли таква амбиција може и треба да ослободи одговорности правнике за стварање погубних закона који воде ка деструкцији једног друштва и негацији умности?

Наука је у историји често била најбруталније злоупотребљавана. Откриће атомске енергије је довело до масовних уништења у Другом светском рату и претње тоталним уништењем постојеће људске цивилизације, али је њено откриће истовремено и велики дар у смислу алтернативног извора енергије. Ајнштајнов пацифизам није спречио злоупотребу његових научних открића, али је бар јасно изразио став овог научника према томе чему она треба да служе. Када се наука ослободи етике, ствара се простор да се научна достигнућа користе на начин који може да буде крајње деструктиван за опстанак људске цивилизације.

Тога треба да буду свесни и правници. Творци права морају да се руководе принципима умности, јер право није прост инструмент попут Разовог оштрог ножа. Оно јесте инструмент, али инструмент који служи рационалном обликовању друштвеног живота уз помоћ правила која уређују односе међу људима, а посебно између људи и њихове власти. Владавина права говори управо о томе да таква правила треба да буду општеобавезујућа. Јер, ако нису утемељена на критеријумима умности, онда неће бити ни рационалног обликовања друштвеног живота, што отвара простора за деструкцију и негацију умности.

289 Г. Радбрух, *op. cit.*, стр. 14.

Правници, због тога, морају на себе да преузму одговорност за могуће правце друштвеног развоја, који примарно зависе од вредности које су усвојене и признате као вредности које право треба да штити. На тај начин се право хуманизује и претвара у инструмент умне владавине а не у пуки инструмент постизања вредносно неутралних циљева (својствен инструменталном схватању).

Стога, одбијање позитивиста да отворе расправу о вредностима које право треба да штити није ништа друго до незаинтересованост да се унутар правног дискурса одржи расправа о условима за опстанак људске цивилизације, што је уједно прећутно признање спремности да друштво буде руковођено правилима која могу узроковати његову деструкцију. Такво резонување је дубоко ирационално јер нужно води ка дехуманизацији права и, самим тим, ка губитку његове елементарне функције – да својим правилима уређује друштвене односе на начин да људи могу да опстану и развијају све своје потенцијале и тиме воде друштво линијом прогреса а не деструкције.

Због тога је исправније и искреније отворено се заложити за одређен концепт вредности које право треба да штити (јер оно то свакако чини). При томе, треба имати на уму једну важну чињеницу – сваки покушај универзализације концепта владавине права унапред је осуђен на пропаст у мери у којој би то био и сваки покушај универзализације вредности дате културе. Заправо, такви покушаји имају у себи нужно тоталитарне тенденције,²⁹⁰ јер воде ка томе да се један вредносно-културолошки систем наметне као владајући, занемарујући чињеницу да не постоји једна култура, посебно не једна која би полагала право на то да буде универзална.²⁹¹

Ако је право производ дате културе, то онда значи да владавина таквог права мора да уважава различитости саме културе и њој иманентних вредности, па се, стога, може говори не о једном концепту већ о већем броју различитих концепата владавине права. То се, наравно, односи на супстанцијални део тог концепта. Његово прихватање може бити незахвално а примена у пракси отежана управо због културолошког плурализма и, самим тим, немогућности да се он подједнако успешно спроведе у сваком друштву. Због тога су посебно значајни покушаји аутора који настоје да реше проблем универзалног прихватања идеје људских права у данашњем мултикултуралном свету, попут Донелијевог (Jack Donnelly) концепта „слабог културног релативизма или Игњатијефовог (Michael

290 Више видети о томе: Д. Аврамовић, *Савремена правна држава правнотеоријски аспект*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета, Нови Сад, 2011, стр. 158 и даље.

291 О идеји и либералном схватању мултикултурализма видети више: В. Кимлика, *Мултикултурализам*, ЦИД, Подгорица, 2005; М. Јовановић, *Колективна права у мултикултурним заједницама*, Службени гласник, Београд, 2004; М. Јовановић, *Collective rights: a legal theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Ignatieff) минималистичког концепта људских права и примарне заштите права на људску делатну способност”.²⁹²

За разлику од њега, формални концепт владавине права је знатно лакше универзализовати, јер су његови захтеви посвећени остваривању предуслова који у датом друштву омогућавају општу примену и покоравање датом праву, што подразумева механизме успостављања правне одговорности власти.

Имајући у виду ове напомене, могу се утврдити основни предуслови владавине права, разликујући оне који су неопходни за остваривање саме идеје владавине права и оне који су неопходни за остваривање њене сврхе. Наравно, треба имати на уму да те предуслове не треба стриктно раздвајати нити да предуслови за остваривање идеје владавине права представљају неопходни минимум за остваривање и крајње сврхе владавине права.

Основни предуслови за остваривање идеје владавине права

Ако се суштина идеје владавине права види у ограничавању државне власти сопственим законима, онда се кључним предусловима могу сматрати они који то ограничавање треба да омогуће. Најпре се намећу они логички нужни. Да би једна власт могла да буде ограничена сопственим законима, потребно је, најпре, да ти закони буду донети, да буду општи, објављени, довољно одређени и јасни у свом значењу (Хајек), оствариви, непротивречни, стабилни и да делују *pro futuro* (Фулер, Финис). Постојање закона и њихова наведена, елементарна својства представљају нужне, логичке и формалне услове за остваривање основне идеје владавине права. Тек се на основу испуњености тих критеријума уопште може говорити о могућности законског ограничавања државне власти, тј. о могућности оцене саобразности поступака власти и важећих правила. Другим речима, може се оцењивати поштовање начела законитости.

У науци се начелу законитости дају различита значења, од чисто нормативног до политичко-социолошког.²⁹³ Као нормативан појам, законитост се обично одређује као сагласност нижих правних аката с вишим правним актима. У том смислу, сви нижи правни акти, као и материјал-

292 Видети о томе: J. Donnelly, Cultural relativism and universal human rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 6, No. 4, 1984, pp. 400–419; J. Donnelly, The relative universality of human rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, No. 2, 2007, pp. 281–306; М. Игњатијеф, *Људска права као политика и идолопоклонство*, Службени гласник, Београд, 2006.

293 Видети о томе: Д. Митровић, *Начело законитости: појам, садржина, облици*, Правни факултет Универзитета, Београд, 1996, стр. 9 и даље.

не радње, треба да буду у складу с вишим правним актом (и у формалном и у материјалном смислу).²⁹⁴

У захтеву за усаглашеност нижих правних аката с вишим правним актима садржана је обавеза поштовања закона од стране свих субјеката, укључујући и саму државу власт. Већ сама та обавеза додаје владавини права аксиолошку компоненту јер омогућава једнакост свих пред законом. Осим тога, поштовање начела законитости, на дужи рок, остварује неопходну стабилност државне власти. Како је то својевремено увидео и формулисао Русо, „најјачи није никад довољно јак ако своју снагу не претвори у право, а послушност у дужност“.²⁹⁵ Ово стога што ниједна држава не може да темељи своју власт искључиво на голој сили већ и на праву као начину рационалног обликовања друштвеног живота. Нормативизација делатности државних органа и доследна примена начела законитости представљају тако један од основних начина легитимизације државне власти.

Осим тога, доследна примена начела законитости омогућава успостављање правне сигурности. Правна сигурност, и у објективном и у субјективном смислу, може да постоји само уколико је делатност државних органа, па и самих грађана, уређена унапред прописаним правилима који се доследно примењују. Законско уобличавање делатности државних органа је изразито значајно када је реч о раду државне управе, на првом месту полиције као органа у чијим је рукама могућност употребе различитих средстава принуде. Према мишљењу многих аутора, подвргавање државне управе законима је била и остала једна од кључних детерминаната појма правне државе и уједно *differencia specifica* правне у односу на тзв. полицијску државу.²⁹⁶ Како истиче Ратко Марковић, прави циљ развијеног начела законитости рада управе је да се објективно читава управа стави под владавину закона, а не да се заштите само појединци од захвата управе у њихову правну сферу.²⁹⁷ Као теоријски антипод правној држави, полицијска држава се најчешће дефинише као држава у којој је начело законитости замењено начелом целисходности, држава у којој се закони не примењују једнако за све и у којој власт и политичке одлуке не почивају на унапред датим правилима већ на арбитражној вољи појединаца, чије се одлуке најчешће руководе потребама државног разлога. Такво стање ствари доводи до нестанка елементарних услова за успостављање владавине права и правне државе.

294 Р. Лукић, *Теорија права*, Сабрана дела, том 3, БИГЗ, Београд, 1995, стр. 158–159.

295 Ж. Ж. Русо, *op. cit.*, стр. 30.

296 Ову чињеницу нарочито наглашава немачка правна теорија, посебно Ото Мајер, а међу домаћим ауторима – Миливоје Марковић. Видети о томе: М. Марковић, *op. cit.*, стр. 43 и даље.

297 Р. Марковић, *Управно право*, Службени гласник, Београд, 1995, стр. 59.

Јасно је, дакле, да поштовање начела законитости представља један од неопходних услова постојања владавине права и остваривања њене основне идеје – ограничавање државне власти правом. Међутим, потпуно остваривање те идеје захтева и одређене техничко-организационе и институционалне претпоставке. У супротном, идеја владавине права лако може да прерасте у идеал, без потребе за улажењем у разматрање о томе да ли се њоме остварује дефинисана сврха.

Једна од кључних организационих претпоставки за остваривање идеје владавине права јесте принцип поделе власти. Највећи значај тог начела, у контексту расправе о владавини права, јесте у томе што се једино њиме може решити чувена „квдратура круга“ те расправе – како је уопште могуће говорити о могућности правног ограничавања суверене власти, када сувереност, по дефиницији, *legibus solutus*? У претходном тексту је указано на различите одговоре на ово питање у досадашњем развоју правне и политичке теорије (Боден, Хобс, Блекстоун, Коук, Дајси), као и на то да се у највећем броју случајева правно ограничавање суверена или негирало или тражило у обавезујућем карактеру природноправних норми (концепти индивидуалних права и друштвеног уговора), што опет није било правно већ више морално ограничавање, уз евентуално признавање права на побуну народа (Лок) као крајње санкције за евентуално кршење тих норми од стране суверена. Једино се применом принципа поделе власти, као институционалног механизма међусобног ограничавања и контроле, може правно ограничити политичка власт посредством судске контроле законодавне и извршне власти.

Корени идеје поделе власти сежу још у политичко учење Платона, Аристотела и Полибија, који су говорили о потреби мешовите владе као идеалном облику државног уређења, док је потпуно теоријски разрађена, као што је већ истакнуто, у делима Џона Лока и Шарла Монтескјеа.

Значај принципа поделе власти за постојање владавине права готово да се не може пренагласити. Сама идеја ограничавања државне власти у потпуности би се обесмислила када би целокупна власт била концентрисана у рукама једног државног органа, појединца или групе. Било би немогуће, како истиче Хајек, делотворно одвојити утврђивање нових општинских правила од њихове примене на појединачне случајеве уколико те функције не би извршавале различите особе или органи. Хајек, у истом контексту, наглашава потребу усаглашавања појединачних одлука са општим правилима, која једино могу бити мерило у одлучивању о појединачним случајевима. И обрнуто, не смеју се доносити правила а да се притом имају на уму појединачни случајеви.²⁹⁸

Као посебно и прилично сложено поставља се питање међусобног односа трију грана власти, које је, превасходно, питање њихове међусоб-

298 Ф. Хајек, *op. cit.*, стр. 185.

не контроле, степена утицаја и међузависности законодавне, извршне и судске власти. Са становишта владавине права, нарочито је значајно питање правне контроле аката законодавне и извршне власти. Одговор на ово питање је дат управо кроз примену начела поделе власти, а посебно кроз примену начела независног судства и судске контроле законодавне и извршне власти.

Независно судство представља једну од фундаменталних претпоставки владавине права и то из више разлога. Један од првих је у вези с чињеницом да у случају непостојања независног судства не би могло бити ни говора о објективном спровођењу начела законитости нити, самим тим, о остваривању идеје ограничавања државне власти правом. Доследно спровођење начела законитости, као идеала коме се тежи у успостављању владавине права, у непосредној је вези с низом институционалних и процедуралних претпоставки, од којих су подела власти и постојање независног судства међу најважнијима. Из самог начела поделе власти произлази издвајање судства као засебне и независне гране власти. Као такво, судство треба да има функцију непристрасног и објективног арбитра у решавању могућих спорова у друштву и да на тај начин обезбеди спровођење закона као гаранта опште правне сигурности.

О значају независног судства као важне претпоставке ограничавања државне власти правом говори и чињеница да је питање положаја судства било једно од централних у борби за успостављање законом ограничене власти. Овде треба подсетити на сукобе који су се тим поводом водили између Бекона, као представника идеје краљевог апсолутизма, и Едварда Коука, као заступника супрематије система *common law* и одлука судова. Суштина тих сукоба се огледала управо у тежњи Џејмса I (коме је Беконова теорија требало да послужи за правно-филозофско оправдање апсолутизма) да судије подреди својој вољи и да их учини краљевим слугама. Допринос који је Коук дао утемељењу идеје независног судства већ је тада имао видљиве резултате. Међутим, тек са Славном револуцијом и дефинитивним успостављањем супрематије Парламента и конституционалне власти, идеја независног судства је добила законске гаранције. У ту сврху је послужио Акт о наслеђивању престола (Act of Settlement) из 1701. године, којим је утврђено да судије имају фиксну плату и да задржавају свој положај докле год се добро владају. Осим тога, Акт је предвиђао да Круна може да смени судије само на предлог оба дома Парламента.²⁹⁹

Велики допринос истицању улоге суда у друштву и његовом пресудном утицају у области стварања права дао је правни реализам. Као теоријски правац који је представљао реакцију на законски позитивизам и пренаглашавање значаја закона и других општих прописа, реалистичка школа је у први план истакла улогу судија, односно чињеницу да се право

299 E. C. S. Wade, G. D. Philips, *op. cit.*, p. 24.

у стварности манифестује не као апстрактна норма садржана у законима већ као судска одлука којом се такве норме примењују и конкретизују у појединачним случајевима. Ову идеју је још почетком XVIII века изразио Бенџамин Ходли (Benjamin Hoadly): „Онај ко има апсолутну власт тумачења било којих писаних или изречених закона, тај је уистину практично законодавац а не лице које их је прво написало или изрекло.“³⁰⁰ Слично томе, о улози суда и значају судских одлука говорили су водећи представници правног реализма (овде се превасходно мисли на амерички правни реализам). У делима, Карла Левелина (Karla Llewellyn), Џерома Френка (Jerome Frank), Феликса Коена (Felix C. Cohen) и других, снажно се наглашавају улога суда у стварању права и пракса судског одлучивања.

О значају независног судства као суштинског елемента владавине права писали су многи аутори. Тако Ласки (Harold Joseph Laski) владавину права своди управо на независност судства,³⁰¹ док се код Јоловица може уочити да се од шест основних елемената правне државе три односе на положај судства и његов независни статус.³⁰² Тема консензуса о значају независног судства за постојање правне државе готово да је неоспорна како у домаћој тако и у иностраној литератури. Заправо, питање потребе независног судства, у контексту постојања владавине права, готово да се и не поставља, већ се најчешће расправља о начинима и гаранцијама те независности. При томе, сама независност судства се најчешће дефинише као непостојање политичких, економских, друштвених и других облика институционалних и ванинституционалних притисака на суд, као и одвојеност законодавства и управе од судске власти.³⁰³ Независност судства језгровито одређује и Слободан Перовић: „Судија је у изрицању правде независан од било које власти, осим власти легитимног закона.“³⁰⁴ Због тога је за постојање владавине права пресудно важно да се створе услови који би онемогућили било какав притисак или утицај на рад суда а омогућили његову институционалну независност, која се превасходно огледа у решавању питања постављења и разрешења судија и, с тим у вези, питања сталности и непокретности судијске функције, као и у неутралисању било каквих облика утицаја извршне и законодавне власти на доношење самих судских одлука. Осим ових, треба напоменути и низ

300 B. Hoadly, Bishop of Bangor, *Sermon preached before King*, наведено према: К. Чавошки, *Увод у право*. 1, Драганић, Београд, 1994, стр. 29.

301 J. H. Laski, *op. cit.*, p. 360.

302 Јоловић, најпре, издваја независно судство и, с тим у вези, захтев за фер суђење без којег се владавина права не може ни замислити, као и судску контролу над актима администрације. Видети о томе: Ј. А. Јоловић, *op. cit.*, pp. 51–52.

303 Видети о томе: С. Вучетић, Претпоставке независности и самосталности судова и судија, *Правни живот*, Год. 46, бр. 12, 1997, стр. 5.

304 С. Перовић, *Судијска независност*, Удружење правника Србије, Београд, 1998, стр. 15.

других претпоставки за постојање независног судства: обезбеђење доброг материјалног статуса судија, питања њиховог имунитета, изузећа, унапређења, едукације и усавршавања, квалитета образложења одлука, јавног објављивања одлука, унутрашње организације суда и распоређивања предмета, политичке припадности односно неприпадности и сл.³⁰⁵

Све поменуте гаранције судске независности имају за циљ неутралисање штетних утицаја на суд (како на суд као институцију тако и на судије као појединце), како би он могао да суди у складу са уставом и законом. Међутим, ове гаранције, у посредном смислу, јесу неопходна претпоставка законитости рада и остале две гране државне власти. Наиме, идеја владавине права, као идеја ограничене власти, претпоставља ограничавање и законодавне и управне власти и механизме ефикасне контроле и корекције њихових поступака, како би целокупна њихова делатност била у складу са законом. Управо се овде може уочити још једна од кључних разлика између концепата владавине права и правне државе, с обзиром на то да је у овом другом концепту приоритет на контроли управе, односно примарном подвођењу управне власти под право. Владавина права претпоставља постојање независног судства као неопходног предуслова за контролу како управне тако и законодавне власти и то уз помоћ механизма њихове судске контроле.

Иако у суштини неспорно, питање судске контроле извршне и законодавне власти имало је различит значај у теорији и пракси Запада. За разлику од судске контроле извршне власти, која се јединствено посматра као суштински елемент владавине права и правне државе, судска контрола законодавне власти је на примеру Француске и Велике Британије била схваћена више као део механизма правног система, који, као такав, служи успостављању правне државе, него као есенцијални елемент самог појма.³⁰⁶

Када је реч о законодавству, искуство је показало да власт Парламента може да буде ништа мање арбитрарна од власти егзекутиве, што намеће потребу његове контроле од стране непристрасног и независног судства.³⁰⁷ Системи те контроле могу бити различити, али се у основи

305 *Ibid.*, стр. 63.

306 На поменутом Чикашком колоквијуму, ово питање је било једно од централних, а у изведеним закључцима, Француска и Велика Британија се сврставају у ред држава у којима судска контрола законодавне власти нема значај суштинског елемента правне државе. Видети о томе: J. A. Jolowicz, *op. cit.*, pp. 55–59.

307 Супрематија Парламента је имала највише присталица у теоријској мисли и уставној пракси Енглеске, али је чак и на примеру ове државе било јасних покушаја да се Парламент ограничи у свом деловању одлукама суда. Један од првих покушаја успостављања судске контроле Парламента било је Коуково тумачење случаја доктора Бонама (Dr. Bonham's Case) из 1610. године, у којем је јасно истакнута могућност *common law* судова да контролишу рад Парламента.

деле на контролу од стране редовних судова (земље англосаксонског система) и контролу од стране уставних судова (земље европско-континенталног правног система). Успостављање уставног судства је представљало прекретницу у развоју механизма судске контроле законодавне власти.³⁰⁸ Као институција чија је основна функција заштита устава и начела уставности, уставни суд треба да ужива највиши ауторитет али и највиши степен независности и одговорности за успостављање и функционисање система владавине права. Његова основа функција није да ствара право већ да обезбеђује да то право буде засновано на уставу као *lex superior*.³⁰⁹

За успешно функционисање владавине права посебно је важно да се успостави судска контрола управе, како би се тиме потпуније обезбедила законитост њеног рада. Природа управне власти је таква да она у поступку спровођења закона наступа као ауторитативна власт, која решава у појединачним управним стварима и то о правима и обавезама правних субјеката, те на основу закона често примењује мере принуде и ограничења посредством појединачних правних аката. Ова чињеница, сасвим јасно, упућује на потребу за што прецизнијим законским регулисањем деловања државне управе и за ефикасном контролом њеног рада, како би се тиме спречиле могуће последице њене неконтролисане власти, а нарочито неконтролисане употребе апарата физичке силе. Као у случају законодавне власти, и облици судске контроле управе могу бити различити: она се може успоставити како од стране редовних судова (англоамерички модел) тако и од стране управних судова (француски модел).

Основни предуслови за остваривање сврхе владавине права – владавина права као идеал

Прихватити тезу да је за постојање владавине права довољна само формална исправност одлука и радњи државне власти, значило би, заправо, прихватити могућност да владавина права постоји и када власт крши или брутално угрожава основне вредности људског бића, а да се

Касније су уставна пракса и теорија веома често одступале од таквих ставова, наглашавајући супрематију Парламента као суштинско својство енглеске уставноправне традиције, па и саставни елемент владавине права. Као најбољи пример тих тенденција може да послужи управо Дајсијев концепт владавине права, у којем се он суочава с веома тешким проблемом помирења супрематије Парламента и идеје владавине права, о чему је већ било речи.

308 Родоначелник ове идеје био је Ханс Келзен, а ово решење се први пут прихвата по Уставу Аустрије из 1920. године.

309 Видети о томе: П. Николић, *Правна држава и уставно судство, Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији: зборник радова са научног скупа одржаног 27. и 28. маја 1996*, М. Јовичић (ур.), САНУ, Београд, 1997, стр. 379–386.

као једини предуслов за то сматра да оне нису законом заштићене. Владавина права је више од тога. Она је, као што је речено, идеал поретка у којем ће право бити у функцији опстанка појединца, као слободног бића унутар политичке заједнице, и стварања услова који омогућавају грађанима слободан, стваралачки и одговоран развој свих њихових потенцијала. Да би се то и остварило, власт мора бити ограничена и контролисана, а закони такви да омогућавају остваривање те сврхе.

Таква сврха владавине права се намеће из два, кључна разлога. Први је у вези с неопходношћу друштвеног нормирања, односно са основном функцијом права као нормативног феномена. Право је инструмент регулације друштвених односа, без којег је немогуће замислити опстанак и функционисање друштвених заједница. При томе, право је једини нормативни феномен који, зарад успешног нормирања друштвених односа, подразумева могућност примене силе. У зависности од карактера и начина тог нормирања зависи и опстанак појединца (па и самих друштвених заједница) као слободног бића у датом друштву. Стога, право омогућава опстанак појединца као слободног бића не само својим постојањем већ и одређеним начином нормирања друштвених односа. Слобода је, како је то од давнина истицано, могућа само кроз постојање и поковање законима.³¹⁰

Други разлог се надовезује на претходни и у вези је са основним принципом којим се такво нормирање мора руководити – принципом умности. Умност је људска способност промишљања, највиша спознајна моћ (Кант) синтетичког повезивања и разумевања података који се добијају од разума. Умност подразумева и води ка стваралаштву и прогресу³¹¹ а не ка деструкцији.³¹² Стваралаштво је еманација саме умности и схвата се као вредност *per se*. Она није пуко делање већ оно које води ка напретку, тј. ономе што умна особа може да појми искључиво као индивидуално и јав-

310 И овде треба подсетити на чувену Периклову беседу у славу палим Атињанима, која можда најубедљивије и поетски најлепше говори о слободи као послушности и поковању законима, или чувену Цицеронову изреку *Omnes legum servi sumus uti liberi esse possimus* (сви морамо бити слуге закона, како би могли бити слободни), или Локове речи: „Тамо где нема закона, нема ни слобода.“

311 За разлику од термина „стваралаштво“, чије је значење лако утврдити као стварање нечега новог (идеја, институција, садржаја културе, уметности и др.), прогрес је термин који може да има различито значење и различит степен легитимитета. Прогрес или напредак у начелу може да се одвија на три кључна поља људског стваралаштва – пољу духа, интелекта и материјалног богатства, али значај напретка у сваком овом пољу људи могу да тумаче различито. Напредак у материјалном богатству, на пример, за многе људе неће имати значаја уколико уједно не прати и напредак на осталим пољима људског стваралаштва.

312 Деструкција у смислу уништења нечега што је већ створено може да буде у функцији умности само ако је циљ уништења стварање нечега новог и бољег. Примера ради, рушење куће да би се изградила нова и боља кућа јесте израз умности, док је у супротном реч о деструкцији као негацији умности.

но добро.³¹³ Стога, умно нормирање мора бити посвећено стварању услова за стваралачки развој људске личности, а самим тим, и друштва у целини (стваралаштво као руководно начело и општи принцип³¹⁴). Због тога ће се принцип умности, примењен на логику друштвеног нормирања, одредити као *захтев да се сви друштвени односи уреде тако да спречавају деструктивност у најширем смислу те речи* (екстерна деструктивност – када правила дају овашћења појединцима да нарушавају права и слободу других, или интерна – када намећу обавезу аутодеструктивности). Владавина права не може, стога, бити вредносно неутралан принцип у заједници умних појединаца, јер би то оставило простора за владавину закона који омогућавају деструкцију.

Покретач свих друштвених промена, свеколиког добра или зла јесте човек – сам или у заједници с другим људима. По својој природи, човек је биће разума али и нагона, а која ће страна људске личности превагнути не зависи само од индивидуалног нивоа свести већ и од карактера принудних друштвених норми као корективних механизма негативних својстава људског бића. У том смислу, умни закони могу да буду водиља ка умности неумних људи. У идеалној заједници умних појединаца, друштвено нормирање би подразумевало непостојање принуде, али у реалним политичким заједницама, у којима разум и ум нису једина руководна начела (већ су то и нагони), она је неопходна. Пошто је човек *zoon politicon*, он је неминовно упућен на друге, те управо због тога постоји потреба да се нормирањем створе услови за усклађивање слободног и стваралачког деловања једног човека с таквим деловањем другог. Сама слобода се тада изражава као делатни, практични чин, који превазилази човекову појединачност и суочава га с другима.³¹⁵ У супротном, слобода се лако може претворити у самовољу, што је сигуран пут ка негацији умности.

Пошто је слободу и стваралаштво у политичкој заједници могуће остварити само уз помоћ закона, неопходно је одговорити на следеће питање: Какви то закони треба да буду да би се остварила сврха влада-

313 Донекле сличан принцип се може уочити код Игњатијефа који, полазећи од историјског искуства (посебно страха Другог светског рата), говори о *индивидуалној делатној способности* као минимуму заштите коју концепт људских права треба да омогући. Међутим, стриктно тумачећи, делатна способност је вредносно неутрална, јер делати се може на различите начине и с различитим циљевима. Игњатијеф је, фактички, тако и одређује. Видети о томе: М. Игњатијеф, *op. cit.*, стр. 24 и даље.

314 У супротном, када би се дозволило да деструкција буде руководно начело, то би, у крајњем исходу, нужно водило ка деструкцији оних који су такво начело дозволили. Другим речима, ако би деструкција постала опште начело, у духу Кантовог категоричког императива, то би довело до деструкције целог друштва.

315 К. Чавошки, *op. cit.*, 1981, стр. 51.

вине права? То подразумева утврђивање конкретног садржаја умних закона. Другим речима, треба утврдити која конкретна права треба да се заштите да би се сврха владавине права у потпуности остварила.

Та права се могу класификовати у две основне категорије. У прву категорију се убрајају права која служе остваривању саме суштине слободе, а у другу, права која треба да обезбеде услове за развој стваралачких потенцијала људског бића. Као критеријум за класификацију тих права може да послужи и одговор на питање да ли се могу универзализовати на темељу принципа умности. Пре свега, треба утврдити својства закона који омогућавају саму суштину идеје слободе.

Као што је већ речено, античка мисао је прва јасно указала на чињеницу да је слобода могућа само под владавином умних и праведних закона. У савременој филозофији, многи мислиоци, почев од Лока, Русоа и Канта, истичу тезу да слобода сваког појединца у политичкој заједници не може да постоји без покоравања законима, који пак могу да буду основ тог покоравања само уколико је појединац дао своју сагласност за њихово доношење.

Да би закони заиста били закони слободе, према Кантовом мишљењу, потребно је испунити три основна начела. Прво је начело законске слободе сваког човека да се потчини само закону за који је дао свој пристанак. Затим, начело грађанске једнакости сваког припадника државе, које се огледа у његовом праву да као вишег призна само оног ко га може правоваљано да обавезе. И треће је начело грађанске самосталности, које претпоставља да грађанин у погледу своје егзистенције и одржања не зависи од туђе самовоље, него се управља својим властитим правима и снагама као члан политичке заједнице.³¹⁶ Ова начела подразумевају уставовљење устава који би јемчио највећу људску слободу посредством закона, који би значили да слобода сваког појединца може постојати заједно са слободом свих других људи.³¹⁷

Највећа вредност Кантових начела управо је могућност њихове универзализације. Она су рационално утемељена и полазе од претпоставке да човек, као разумно биће, не може да прихвати начела која представљају негацију сопствене слободе и развоја сопствених стваралачких потенцијала. У супротном, он престаје да буде умно биће.³¹⁸ Управо су због тога та начела културолошко-вредносно неутрална – она нису под утицајем дате

316 И. Кант, *Метафизика морала*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, стр. 116.

317 И. Кант, *Критика чистог ума*, Београд, Култура, 1970, стр. 282.

318 Русо је говорио да се људи који се одричу своје слободе заправо одричу човечности и својих дужности и да је такво одрицање у супротности с људском природом, те да води моралној неодговорности за своја дела. Ж. Ж. Русо, *op. cit.*, стр. 13.

културе већ су израз умности (која произлази из разума) сваког човека, без обзира на то којој култури и систему вредности он припада.³¹⁹

Полазећи управо од Кантовог одређења слободe и услова за њено остваривање, може се констатовати да је слобода унутар политичке заједнице могућа само ако је реч о поковавању правилима на које смо дали пристанак (лат. *volenti not fit injuria*). На такав начин, ми се поковавамо сопственој а не туђој вољи. Тиме се опредељујемо за схватање слободe као аутономије и човека као аутономног бића, које своје одређење треба да дефинише својом сопственом вољом.

Из тога произлази да је једно од кључних својстава ваљаних закона то да се доносе у поступку који подразумева могућност појединаца да изразе своју вољу и да на такав начин учествују не само у доношењу општих правила већ и да тако дају пристанак на њихову примену. Реч је, дакле, о карактеристици процедуралног карактера, али која омогућава квалитативно својство закона – изражавање сопствене воље, којом се ствара не само правна већ и морална обавеза поковавања тако донетим правилима.

То нужно подразумева признавање права гласа. Оно мора бити признато јер, у супротном, слобода не може бити остварена у свом основном и општем значењу (слобода као аутономија).³²⁰ То исто важи и за сва друга политичка права, чија је сврха да омогуће учешће грађана у политичким процесима који треба да изразе њихову вољу и утицај на стварање општеобавезујућих правила (слобода говора и политичког удруживања, право грађана да критикују рад државних органа и функционера и др.). Због тога је владавина права неминовно упућена на демократију као једини политички режим који омогућава учешће грађана у политичкој власти и, посредно, у доношењу општеобавезујућих правила. Зато владавина права не може бити индиферентна према системима власти у којима таква могућност не постоји јер, самим тим, не постоји елементарни услов за очување слободe. Универзализација тих права је могућа јер ниједно умно биће не може да прихвати да је одсуство сопствене воље у дефинисању општеобавезујућих правила пожељан принцип деловања.

319 Сличног карактера је и Ролсова теорија правде, односно његова правна и политичка доктрина. Попут Канта, и Ролс покушава да утврди вредносно неутралне моралне принципе који ће пружити јасна мерила за утврђивање принципа и начела праведног друштва и институција, независно од друштвених прилика у којима настају. Видети о томе: Ц. Ролс, *op. cit.*, стр. 70 и даље.

320 Право гласа Кант сматра критеријумом квалификације појединца као грађанина јер претпоставља самосталног појединца који није само део политичке заједнице него и њен члан, који из властите самовоље делује у заједници с другима. И. Кант, *op. cit.*, стр. 116.

Да ли је пристанак за доношење и примену правила довољан услов за постојање закона слободе? Могло би се рећи да је пристанак довољан, јер ако смо пристали на неки закон, то значи да смо пристали на сопствену вољу и њен садржај, због чега је све што такви закони прописују не само правна већ и морална обавеза за нас. Тако је и Сократ, као што је речено, одлучио да поступи у складу са одлуком суда, позивајући се на свој пристанак и добробит који су му закони чинили као довољне разлоге за послушност тим законима.

Међутим, Сократа нису осудили закони за које је он дао пристанак већ људи на основу погрешног тумачења тих закона. Сократ је дао пристанак за доношење умних закона, а не закона који на смрт осуђују саму умност (основна је претпоставка да он, као умна особа, није могао да да пристанак неумним законима). То значи да је пристанак довољан разлог само уколико га умна особа даје за умне законе, чија се примена у пракси не сме злоупотребити.

На Сократовом примеру се јасно види да се умни закони могу тумачити на начин који води ка самој негацији умности, чиме се аутоматски губи морална обавеза поковавања таквим одлукама а не таквим законима *per se*. Сократ је ипак одлучио да се покори и одлучи, која је у његовом случају подразумевала озбиљну поделу међу онима који су је донели, а убрзо након његове смрти, и општу осуду такве одлуке од стране атинског друштва. Примена закона је пресудно значајна за остваривање њихове сврхе, јер се у примени односно тумачењу закона крије могућност њихове злоупотребе. Због тога је за остваривање сврхе владавине права изузетно важна улога суда у систему владавине права. Та улога подразумева могућност независне и објективне судске интерпретације закона као гаранције од евентуалне злоупотребе њихове сврхе.

Принцип сагласности односно пристанка није имун на многобројне примедбе и недоследности,³²¹ али његов највећи значај треба тражити у

321 Тако се, на пример, може запитати шта је са онима који нису дали пристанак за доношење закона (било због тога што их не желе или зато што нису били у могућности да дају пристанак из различитих разлога). Непостојање њихове сагласности нужно води ка нарушавању њихове слободе. Проблем је тим озбиљнији што се ни у једној сложеној политичкој заједници правила не доносе консензусом. Такође се може поставити питање шта је са онима који су дали пристанак за доношење закона којима се крше права и слободе неких појединаца или друштвених група. Сва наведена питања отварају полемику која се тешко може окончати давањем потпуно адекватних одговора. Донекле задовољавајуће одговоре на ова питања нуде Харт и Ролс. Тако Харт сматра да када се одређени број особа руководи у складу с правилима неког заједничког удружења и тиме ограничују једним делом своју слободу, они који су прихватили таква ограничења имају право на то да и други прихвате иста таква ограничења уколико и ти други имају користи од прихваћених ограничења осталих чланова заједнице. Харт овај принцип назива начелом фер-плеја (енгл. *fair play*). Харт каже да власт свакако

томе што се њиме јасно наглашава *conditio sine qua non* политичке слободе. Довољно је замислити друштво у коме се закони доносе без икаквог учешћа шире друштвене заједнице већ простим прогласом владара (у складу са старим Улпијановим начелом или Шмитовим децезионистичким принципом), па увидети да у таквом друштву слобода не може да постоји. Крајњи циљ слободе јесте да живимо и функционишемо према правилима унутрашњег законодавства, али да то буде могуће у заједници с другима. Огуда и потреба за владавином права, чији циљ треба да буде да такав суживот омогући.

Даља расправа води ка томе да се утврди која својства закона треба да обезбеде услове неопходне за стваралачки развој људске личности. И овде треба имати на уму основну претпоставку – умна особа своју аутономију може да искористи искључиво с циљем доношења закона који јој омогућавају стваралачки развој сопствених потенцијала, уз признавање те исте могућности и другима.

У ову групу се убрајају основна лична права, попут права на живот, физичку слободу, физички и психички интегритет, правично суђење, приватност и имовину. Наравно, и сама слобода, као својство аутономног бића, не вреди много без заштите тих права, али њихова заштита има много већу важност за остваривање услова за стваралачки развој људске личности. Незаштићеност тих права води ка друштву у којем важећа правила стварају услове за угрожавање темељних вредности човека и, самим тим, у којем не постоје елементарни услови да сваки појединац у потпуности оствари све своје потенцијале.

Овим правима и слободама се завршава списак права која се, без дилеме, могу признати као неопходни садржинско-вредносни минимум закона у систему владавине права и чија је заштита апсолутно неопход-

има право да на том основу захтева послушност свих и да, тако, у систему нових правила створи правне дужности и овлашћења, али да је овде, пре свега, реч о моралној обавези да се правила поштују. (H. Hart, Are there any natural rights, *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 2, 1955, p. 185) Сличног је мишљења био и Ролс, који такође полази од чињенице добровољног ограничавања сопствене слободе једне групе појединаца зарад стварања и функционисања праведних институција, услед чега корист од тога могу да имају сви. И онда је, према Ролсовом уверењу, реч о моралној обавези покорвања таквим правилима од стране оних који ту сагласност нису дали (принцип правичности). Више о томе: J. Rawls, Justice as fairness, *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 2, 1958, pp. 164–194; J. Rawls, Legal obligation and the duty of fair play, in: J. Rawls: *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, London, 1999, pp. 117–130. С друге стране, приговор да појединци могу да дају пристанак за доношење било каквих закона, па и оних који нарушавају права других, нема утемељење под претпоставком да је пристанак, као општеобавезујуће начело, могућ само под претпоставком да тај пристанак дају умни људи за умне законе. У супротном, пристанак не производи никакву моралну обавезу, посебно не за оне који га нису ни дали.

на да би појединац, као аутономно биће, живео у друштву у којем важећа правила омогућавају минималне услове за стваралачки развој његове личности. Универсализација ових права је могућа у друштву умних појединаца. Другим речима, не постоји ниједан аргумент којим се може оправдати кршење ових права различитошћу морала, културе или друштвених околности датог друштва, јер живети, слободно се кретати, имати право на правично суђење (право на правду, истину, заштиту себе у оквиру институција државе), бити заштићен од мучења и тортуре или од самовољног одузимања онога што је стечено сопственим радом, нису вредности чије тумачење, па самим тим, и заштита зависе од датих културних вредности. Њихова заштита је резултат рационалне спознаје да у случају да оне нису заштићене, друштво и појединци, као његови чланови, неминовно иду ка деструкцији. И то је, онда, неопходни минимум који концепт владавине права мора да садржи уколико се уопште жели и настоји да он буде посвећен служењу човеку и његовој слободи и стваралаштву.

Међутим, шта је са осталим правима и слободама која признају савремена демократска друштва, попут социјалних, економских, културних или колективних права? За пун развој сопствених потенцијала није довољно само да живимо или да се слободно крећемо. Потенцијали људског бића захтевају остваривање многих других услова да би били потпуно изражени – право на рад, достојан животни стандард, здравствену заштиту и социјалну помоћ, да не говоримо о многобројним културним (образовање, учешће у културном животу) и колективним правима, која појединцима унутар тих колективититета омогућавају слободну стваралачку способност и развој (права мањинских група на коришћење свог језика).

На том пољу идеолошко-доктринарне разлике долазе много више до изражаја,³²² јер се са универзалног начела умности као критеријума

322 Оне су, уосталом, јасно дошле до изражаја још у време доношења првих међународних докумената, у којима је требало да она буду међународно призната и заштићена. Идеолошка позадина историјског развоја економских, социјалних и културних права (ЕСК) утицала је на то да се она традиционално везују за блок социјалистичких држава, док је западно, капиталистичко друштво било привржено примарној заштити грађанских и политичких права (права прве генерације). Ова разлика је значајно смањена после Другог светског рата, посебно након афирмисања идеје државе са социјалним старањем на Западу (концепт државе благостања, социјалне државе). Да поделе нису у потпуности нестале указује, међутим, чињеница да су након Другог светског рата усвојена два међународна пакта – један посвећен грађанским и политичким правима и други посвећен ЕСК правима. Разлог томе је уверење западних земаља да су ЕСК права програмско-идеолошког карактера, те да као таква могу да угрозе заштиту грађанских и политичких права. Супротно томе, државе социјалистичког блока су инсистирале на примарној заштити ЕСК права, што је на крају довело до

прелази на избор права чији се значај и потреба, у контексту развојних потенцијала људског бића, могу различито тумачити у зависности од друштвених околности и конкретног културолошког модела. Тако, на пример, схватање о неопходним условима за остваривање стваралачких потенцијала жена у исламским друштвима није идентично схватању тих услова у западноевропским друштвима. Због тога се избор тих права мора реализовати унутар једног културолошко-вредносног модела, без претензија према његовој глобалној универзализацији. Сваки покушај да се, на том пољу, дефинише један, универзално прихватљив модел владавине права представља својеврсну културолошку агресију, која се у досадашњем развоју идеје и праксе владавине права често изражавала као амбиција западноевропског друштва ка универзализацији културе Запада.³²³

Због тога, избор ширих права и слобода неопходних за остваривање сврхе владавине права мора бити резултат интерног дијалога, с циљем консензуалног дефинисања свих неопходних услова за остваривање те сврхе. Наравно, то подразумева да дата култура, тј. њени релевантни чиниоци желе владавину права схваћену као оквир слободног и стваралачког развоја свих њених чланова, а затим спремност и способност идентификације свих потребних услова за то. Једино на тај начин владавина права може да задржи општи легитимитет као модел с јасним контурама али суптилним детаљима, који ће уважавати и у себе инкорпорирати различитости датих култура.

усвајања два засебна међународна документа.

323 Расправа о могућности универзализације људских права је једна од кључних тема агенде владавине права. С једне стране се налазе аутори који се здушно залажу за доминацију вредности западне културе утемељене у либерализму, попут идеолошког експонента прозападног светског поретка Збигњева Бжежинског (Zbigniew Brzezinski), или врсног и утицајног политичког мислиоца Франсиса Фукујаме (Francis Fukuyama) и, донекле, Џона Ролса. На другој страни се налазе аутори који истичу тезу о релевантности културолошког плурализма као чињенице која се мора узети у обзир приликом сваког покушаја универзализације вредности једне културе (посебно западне), попут Самјуела Хантингтона (Samuel Huntington), Џозефа Раза, Џека Донелија, Мишела Розенфелда (Michel Rosenfeld), Мајкла Игњатијефа и других. Речи Мајкла Игњатијефа можда најбоље описују амбицију Запада ка универзализацији идеје људских права: „Људска права се доживљавају као израз лукавства западњачког ума: неспособан да и даље доминира светом посредством директне империјалне владавине, западњачки ум своју вољу за моћ прерушава у непристрасан, универзализујући језик људских права и настоји да наметне сопствену уску агенду на мноштво светских култура, које заправо не деле западњачку концепцију индивидуалности, самосвојности, делатне способности и слободе.“ Видети о томе: М. Игњатијеф, *op. cit.*, стр. 71.

Историја идеје владавине права јасно указује на њен значај и њену виталност и актуелност. Настала као израз тежње „обичног“ човека да буде заштићен од самовоље оних који над њим владају, она је била и остала идеја која се залаже за потенцијалне жртве и говори у њихово а не у име моћних. Када би се моћни питали, владавине права не би ни било јер она, по дефиницији, треба да спутава и ограничава њихову моћ. Зато је она, у својој суштини, племенита идеја која није осмишљена да би заштитила моћне већ немоћне.

Међутим, из истог тог разлога она се лако претвара у идеал. У идеал је претвара управо отпор ка контроли, ограничавању и одговорности оних који поседују моћ. Што је тај отпор успешнији то је владавина права више идеал. А тај отпор је кроз историју био и више него успешан. Када се погледа историја политичких режима, стиче се утисак да је, пре свега, реч о историји ауторитаризма. Идеја владавине права у таквим условима није имала много шанси за успех. Заправо, тек када друштвено-политичка и правна свест досегну одређени степен развоја и зрелости може се остварити идеја владавине права. То подразумева довољно ефикасан притисак „одоздо“, али и довољно висок степен спремности „одозго“ – притисак да се владавина права наметне и спремност да се она прихвати.

Зато је ова идеја и настала код старих Грка, унутар једне зреле политичке културе, која је умност и врлину доживљавала као крајњи циљ политичке egzистенције полиса и његових чланова. Нужна последица тога је био захтев упућен власти да њен обим мора бити омеђен границама које дефинишу умни закони, а да јој циљ буде врлина грађана.

Повољни услови за владавину права створени су и у периоду средњег века. Захваљујући систему обичајног права и пракси средњовековних судова, идеја ограничене власти била је могућа. Владавина права је, захваљујући томе, постала саставни део енглеске (и добрим делом германске) правне и моралне традиције, што јој је омогућило да буде реалан политички концепт а не пуки идеал.

Почетак либералне епохе означио је трећи историјски период када су, и на европском континенту, стварани повољни друштвено-политички и економски темељи владавине права. Сама идеја је доживела највиши степен друштвеног признања и афирмације. Створене су доктрине владавине права и правне државе, утемељене на идејама просветитељства и либерализма. Битно је промењен поглед на улогу кључних политичких актера – државе и појединца. Слобода „за“ је замењена слободом „од“, чиме се први пут јасно показало да држава према грађанима има и обавезе а не само овлашћења.

Данашње време и даље потврђује да идеја владавине права заузима кључно место у јавним дебатама о држави и праву, политици и економији. Владавину права, као идеал коме треба да се тежи, виде правници, економисти, политичари.³²⁴ Она је потенцијално решење многих друштвено-економских и политичких проблема, а међународне институције троше милијарде долара у настојањима да се она успостави широм света.³²⁵ Она одавно више није само национално-локални већ и међународно-глобални пројекат (међународна владавина права).³²⁶

Општи легитимитет који владавина права ужива не значи да се она не суочава с многобројним изазовима и проблемима. Актуелни рат против тероризма, изазови еколошке, технолошко-информационе и културолошке природе, као и амбиција ка њеној интернационализацији постављају нова питања на која није могуће дати једноставне одговоре.³²⁷

Уочено је да се теорија вековима уназад бавила утврђивањем њене сврхе и да је једина константа био и остао захтев да власт треба да буде ограничена законима које сама доноси. У том захтеву се крије још једна вредност коју владавина права имплицитно подразумева и на коју треба указати: стварање моралног ауторитета права. Када би власт, кроз праксу свог деловања, давала пример послушности законима, онда би, на ос-

324 Врло афирмативне ставове према владавини права, њеном значају и потреби њеног успостављања данас износи актуелни председници Кине, Русије, многобројних азијских и афричких земаља, попут Ирана, Авганистана, Зимбабвеа, Индонезије и др. Видети о томе: В. Z. Tamanaha, *op. cit.*, 2004, p. 2.

325 Т. Carothers, The rule-of-law revival, *Foreign Affairs*, Vol. 77, No. 2, 1998, p. 3–4.

326 Генерална скупштина Уједињених нација донела је 2006. године резолуцију под називом *Владавина права на националном и међународном нивоу*, у којој се истиче да су људска права, владавина права и демократија повезани и да припадају универзалним и недељивим кључним вредностима Уједињених нација. Јасно се истичу потреба за универзализацијом владавине права и њена повезаност са економским растом, као и потреба за њеним промовисањем на националном и међународном нивоу. General Assembly UN, *The rule of law at the national and international levels*, A/Res/61/39. Available at: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A-RES-61-39.pdf>

327 О томе видети богато документовану студију: Д. Аврамовић, *op. cit.*, стр. 78 и даље.

нову принципа реципроцитета, било сасвим оправдано очекивати исту такву послушност и од грађана. Другим речима, власт би имала морално право да од својих грађана очекује послушност и покораване законима којима се и сама покорава. У супротном, она то право нема. Заправо, разлог због којег се владавина права, у очима обичног грађанина, најчешће доживљава као пука фраза јесте управо висок степен правне неодговорности политичке власти, односно њена „недодирљивост“.

Међутим, владавина права даје свој пуни допринос стварању моралног ауторитета права када се успешно спроводи не само на нивоу њене основне идеје већ и на нивоу њене основне сврхе. То подразумева да су закони, на којима се темељи одговорност политичке власти, уједно и гаранти аутономије и стваралаштва. Тада се право јавља као једини нормативни феномен који омогућава ефикасну заштиту темељних вредности људског бића. Право нам није дало живот, али га штити непосредно и врло ефикасно, у виду не само нормативно-садржинске заштите те вредности већ и правилима која дефинишу потребне процедуралне гаранције те заштите у пракси.³²⁸ Исто то важи и за слободу, имовину, физички и психички интегритет, као и за многе друге вредности чија заштита треба да омогући стваралачки развој људске личности. Тек тада се може сматрати да је право независни разлог покораванја,³²⁹ чији морални ауторитет произлази из онога што се може назвати *принципом давања*. Наиме, за разлику од обећања које ствара моралну обавезу за оног ко је дао обећање, *давање* ствара моралну обавезу за оног ко добија. Та обавеза јесте да се на нечије давање узврати на исти или бар сличан начин због онога што се добија³³⁰ – у овом случају, покорношћу законима због онога

328 Тачно је да и морал захтева да се људи не убијају, али ефикасну заштиту од нарушавања права на живот појединац добија захваљујући тек правним прописима и свим гаранцијама које оно предвиђа (примера ради, негативне и позитивне обавезе државе у заштити права на живот).

329 Том Тејлер (Tom Tyler) указује на четири групе разлога због којих се људи покоравају праву: 1) легитимитет ауторитета власти, 2) лична, морална уверења, 3) страх од санкције и 4) страх од реакције окружења. Видети о томе: T. Tyler, *Why people obey the law*, Yale University Press, New Haven, 1990. Ни у једном од наведених случајева право није независни морални разлог обавезе покораванја. Тако, у првом случају, ауторитет права води порекло из ауторитета политичке власти. Људи се покоравају праву јер прихватају политичку власт као ауторитет, па отуда исказују спремност да следе вољу тог ауторитета оличену у правним правилима. У другом случају, разлог су наша усвојена морална уверења (дакле, морал а не право), док у трећем и четвртм случају, истински ауторитет права и не постоји јер је разлог покораванја праву страх (принцип хетерономије).

330 Типичан пример овог принципа јесте морална дужност деце да на давање (бригу, негу, старање) својих родитеља узврате истом мером у њиховој старости, не само због љубави коју могу да осећају већ као резултат моралне дужности да узврате на исти начин због онога што су добијали као деца.

што се од њих добија.³³¹ И управо то треба да оствари владавина права као владавина умних закона који квалитативно доприносе очувању слободе и стваралаштва и који, као такви, обавезују и саму државну власт.

После векова теоријског уобличавања и политичке праксе, изгледа да постаје извесно да се владавина права не може свести на владавину било каквих закона. Она није само формални али ни само материјални принцип. Без формалне исправности закона и процедура нема владавине права, нити је има ако не служи вредностима које, у крајњем исходу, омогућавају опстанак и напредак људске цивилизације. Ипак, велики проблем с којим се владавина права суочава остаје дефинисање вредности које она треба да заштити. Сваки покушај да се те вредности издвоје наилази на приговор културолошког и моралног плурализма. Међутим, тај приговор има тежину и значај једино ако се тежи ка некој врсти глобалне универзализације владавине права. У свету културолошког плурализма то је тешко оствариво, а није ни потребно, тим пре што се захтев за универзализацију владавине права своди заправо на захтев за универзализацију идеје људских права као производа просветитељско-либералне епохе. Запад јесте извор идеје људских права, али не и идеје умне владавине. Идеју владавине умности познавали су народи старог века много пре него што је она нашла своје место унутар савремене либералне мисли, те отуда либерализам нема ексклузивно право на њено тумачење ни Западне земље на њену глобалну примену.

Проблем који се у вези с идејом људских права може уочити проилази из суштински идеолошког карактера става да сви људи поседују урођена права и слободе. Наиме, рећи да људи поседују одређена права и слободе јесте став који изражава уверење. Дакле, ми верујемо или не верујемо у оно што се тим ставом изражава. Но, да би се владавина права учинила концептом који има прилику да буде универзално прихватљив, мора се кренути од става који не изражава субјективно уверење већ објективну чињеницу. Управо је такав став да су сви људи бића разума али и нагона. Разум је својство људског бића које је несумњиво универзално, које нас одваја од животиња (за разлику од нагона који то не чине) и чини могућим умност човека. Због тога су разум и умност изабрани као полазиште које треба да диктира логику друштвених правила и институција.

331 Сократ је, као што смо видели, први указао на корист коју је добио од закона за свог живота као основ моралног разлога због којег је сматрао да треба да се тим законима покори, чак и када су га, на основу њих, осудили на смрт. При томе, аргумент да такву обавезу немамо уколико нисмо ни тражили да добијемо неку корист нема основа, јер умно биће не може да одбије корист коју оно или његови ближњи могу да имају од заштите њихових основних вредности, пошто би, у супротном, престало да буде умно (постало би деструктивно за себе и за друге). Више о томе: Р. Зекавица, *О обавези покорвања праву*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Год. 50, бр. 1, 2016, стр. 143–160.

Суштина умности се види у способности стваралаштва, тако да уколико људи желе да буду умна бића, они морају своју егзистенцију да усмере ка стваралаштву а не ка деструкцији. То правило важи и за све друштвене институције које људи стварају, јер опстанак човека као умног бића зависи од тога да ли оне омогућавају истинско стваралаштво.

Стога, владавина права не може и не сме бити равнодушна према природи и карактеру закона као кључног инструмента рационалног уређења друштвених односа. Она, у крајњем исходу, јесте политички идеал таквог друштва, у којем ће, захваљујући њој, тј. владавином умних закона, бити омогућена сама њена сврха – аутономија и стваралаштво. Кључни предуслов за то јесте остваривање њеног примарног захтева – умност самих људи као твораца друштвених институција. И управо тај захтев чини владавину права идеалом који вероватно никада неће бити остварен. Бити уман је ствар избора, одлуке, спремности да се крене путем умности, што захтева промену о којој је говорио Сократ и за коју је дао лични пример. Нажалост, та промена остаје недостижни идеал због неспремности многих да вољно крену ка њој.

При томе, не сме се сметнути с ума чињеница да је стваралаштво, у својим финесама, условљено културолошким разликама. Због тога је дијалог унутар једне културе, али и међу различитим културама, неопходна допуна сваком покушају осмишљавања владавине права који претендује на довољно широк друштвени легитимитет. Владавина права се не може узети као статички концепт, дефинисан и дат за сва времена и за сва друштва. Од такве намере се мора одустати и прихватити чињеница да је она концепт са отвореним крајем.

У овој студији, аутор је покушао да дâ допринос разумевању питања која су, из аспекта теорије, релевантна за разумевање основне идеје и сврхе владавине права. Остаје, међутим, као засебан и веома захтеван задатак, да се испита да ли се и у којој мери она спроводи у пракси. Тек се анализом њеног спровођења у пракси, која подразумева испитивање ефикасности контроле и ограничавања политичке власти и нормативно-институционалног и процесног очувања слободе и стваралаштва, може утврдити у којој је мери владавина права идеал којем људска цивилизација и даље тежи. Али, нека то буде циљ будућих истраживања.

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамовић, Д.: Један нови поглед на владавину права, *Правни живот*, Год. 58, бр. 14, 2009.
- Аврамовић, Д.: *Савремена правна држава: правнотеоријски аспект*, докторска дисертација, Нови Сад, 2011.
- Аврамовић, С.: Елементи правне државе и индивидуална права у Атини, *Правна држава у Антици: pro et contra*, Београд, 1998.
- Aquinas, T. Saint: *Summa Theologica: treatise on law*, Q90 – Of the essence of Law, Art. 1.
- Allan, T. R. S.: *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law*, Oxford, 2003.
- Arendt, H.: *Eichman u Jerusalimu: izveštaj o banalnosti zla*, Beograd, 2000.
- Аристотел: *Политика*, Београд, 1984.
- Aristotel: *Retorika*, Zagreb, 1983.
- Baker, J. H.: *An introduction to English legal history*, Boston, 1990.
- Баста, Д.: *Право и слобода*, Нови Сад, 1994.
- Баста Флајнер, Л.: *Политика у границама права: студија о англосаксонском конституционализму*, Београд, 2012.
- Бекон, Ф.: *Есеји или Савети политички или морални*, Београд, 1967.
- Bennett, M. J.: Hart and Raz on the non-instrumental moral value of the rule of law: a reconsideration, *Law and Philosophy*, Vol. 30, No. 5, 2011.
- Бујуклић, Ж.: *Forum Romanum*, Београд, 2010.
- Блох, Е.: *Природно право и људско достојанство*, Београд, 1977.
- Бернс, Д. С.: *Политички идеали*, Београд, 2010.
- Wade, E. C. S., Philips, G. D.: *Constitutional Law*, London, 1948.
- Waldron, J.: Positivism and legality: Hart's equivocal response to Fuller, *New York University Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2008.
- Waldron, J.: The concept and the rule of law, *Georgia Law Review*, Vol. 43, No. 1, 2008.

- Вешовић, М.: *Збирка докумената о људским правима и слободама*, Београд, 1998.
- Велимировић, Н.: *О Богу и о људима*, Београд, 1998.
- Вебер, М.: *Протестантска етика и дух капитализма*, Сарајево, 1989.
- Woozley, A. D.: *Law and obidiance: the arguments of Plato's Crito*, Chapel Hill, 1979.
- Вукадиновић, Г.: Место природног права у Русоовом схватању будућег друштва, *Зборник за теорију права*, свеска II, Београд, 1982.
- Вукадиновић, Г.: *Правна држава: схватања српских писаца о правној држави у првој половини двадесетог века*, Нови Сад, 1995.
- Вукадиновић, Г.: Теорија правне државе у Француској, *Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији: зборник радова са научног скупа одржаног 27. и 28. маја 1996*, Београд, 1997.
- Вукадиновић, Г.: Савремена схватања правне државе код наших професора права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Год. 42, бр. 1–2, 2008.
- Вучинић, И.: Хајеково схватање владавине права, *Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији: зборник радова са научног скупа одржаног 27. и 28. маја 1996*, Београд, 1997.
- Вучетић, С.: Претпоставке независности и самосталности судова и судија, *Правни живот*, Год. 46, бр. 12, 1997.
- Gough, J. W.: *John Locke's political philosophy*, Oxford, 1968.
- Греј, Џ.: *Либерализам*, Подгорица, 1999.
- Grunt, R. W.: *John Locke's Liberalism*, Chicago, 1987.
- David, R., Brierley, J. E. C.: *Major legal systems in the world today*, New York, 1985.
- Dworkin, R.: *Political judges and the rule of law*, Maccabean lecture in jurisprudence, *Proceedings of the British Academy*, Vol. 64, 1977.
- Дворкин, Р.: *Суштина индивидуалних права*, Подгорица, 2001.
- Дворкин, Р.: *Царство права*, Београд, 2003.
- Dicey, A. V.: *Introduction to the study of the law of the constitution*, London, 1931.
- Дјурант, В.: *Живот Грчке*, Београд, 1996.
- Donnelly, J.: Cultural relativism and universal human rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 6, No. 4, 1984.
- Donnelly, J.: The relative universality of human rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, No. 2, 2007.
- Dunn, J.: *The political thought of John Locke*, Cambridge, 1969.

- Ђурић, М.: *Из историје античке филозофије*, Београд, 1996
- Законици древне Месопотамије, Сарајево, 1989.
- Зекавица, Р.: О обавези покоравња праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Год. 50, бр. 1, 2016.
- Игњатијеф, М.: *Људска права као политика и идолопоклонство*, Београд, 2006.
- Јовановић, М.: *Колективна права у мултикултурним заједницама*, Београд, 2004.
- Jovanović, M.: *Collective rights: a legal theory*, Cambridge, 2012.
- Jovanović, M.: Is legal positivism tenable beyond moral relativism?, *Problema – Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 9, 2015.
- Јовановић, С.: *О држави*, Београд, 1990.
- Jolowicz, J. A.: Digest of discussion, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol. 9, No. 12, 1959.
- Кант, И.: *Критика чистог ума*, Београд, 1970.
- Кант, И.: *Метафизика морала*, Сремски Карловци, Нови Сад, 1993.
- Carothers, T.: The Rule-of-Law revival, *Foreign Affairs*, Vol. 77, No. 2, 1998.
- Cartledge, P.: *Ancient Greek political thought in practice*, Cambridge, 2009.
- Kauper, P. G.: Rule of law in the United States, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol. 9, No. 12, 1959.
- Келзен, Х.: *Општа теорија права и државе*, Београд, 1998.
- Келзен, Х.: *Чиста теорија права*, Београд, 1998.
- Kern, F.: *Kingship and law in the Middle Ages*, Oxford, 1939.
- Кимлика, В.: *Мултикултурализам*, Подгорица, 2004.
- Costa, P.: The rule of law: a historical introduction, *The rule of law: history, theory, criticism*, P. Costa, D. Zolo (Eds.), Springer, 2007.
- Crossman, R. H. S.: *Plato to-day*, London, 1959.
- Craig, P.: Formal and substantive conceptions of the rule of law, *Public Law*, 1997.
- Kuhnl, R.: *Oblici gradjanske demokratije: liberalizam, fašizam*, Beograd, 1978.
- Лакићевић, Д., Стојановић, Б., Вујачић, И.: *Теоретичари либерализма*, Београд, 2007.
- Laski, J. H.: *Parliamentary government in England*, London, 1950.
- Лок, Џ.: *Две расправе о влади*, књ. I и II, Београд, 1978.
- Лукић, Р.: *Око Русоове опште воље*, *Зборник за теорију права*, свеска II, Београд, 1982.

- Лукић, Р.: *Историја политичких и правних теорија*, Београд, 1995.
- Лукић, Р.: *Теорија права*, Сабрана дела, том 3, Београд, 1995.
- MacCormick, N.: Natural law and the separation of law and morals, *Natural law theory: contemporary essays*, R. George (Ed.), Oxford, 2007.
- McIlwain, C. H.: The historian's part in a changing world, *The American Historical Review*, Vol. 42, No. 2, 1937.
- McSweeney, T.: English judges and Roman jurists: the civilian learning behind England's first case law, *Temple Law Review*, Vol. 84, No. 4, 2012.
- Марковић, М.: *Правна држава*, Београд, 1998.
- Марковић, Б.: *О праведном праву*, Нови Сад, 1994.
- Марковић, Р.: *Управно право*, Београд, 1995.
- Matulović, M.: *Jezik, pravo i moral*, Rijeka, 1986.
- Matulović, M.: *Ljudska prava – uvod u teoriju ljudskih prava*, Zagreb, 1996.
- Митровић, Д.: *Начело законитости: појам, садржина, облици*, Правни факултет Универзитета, Београд, 1996.
- Митровић, Д.: *О правној држави и другим правним темама*, Београд, 1998.
- Митровић, Д.: *Теорија државе и права*, Београд, 2010.
- Mitrović, D.: Proceduralna prava, istinitost i ispravnost, *NBP*, Vol. 22, No. 1, 2017.
- Монтескје, Ш.: *О духу закона*, том I, Београд, 1989.
- Morrall, J. V.: *Political thought in Medieval Times*, Toronto, 1980.
- Murphy, C.: Lon Fuller and the moral value of the rule of law, *Law and Philosophy*, Vol. 24, No. 3, 2005.
- Николић, П.: *Правна држава и уставно судство, Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији: зборник радова са научног скупа одржаног 27. и 28. маја 1996*, М. Јовичић (ур.), Београд, 1997.
- Nesterovska, D.: Influences of Roman law and civil law on the common law, *Hanse Law Review*, Vol. 1, No. 1, 2005.
- Neumann, F.: *Demokratska i autoritarna država*, Zagreb, 1974.
- Острогорски, Г.: *Историја Византије*, Београд, 1993.
- Peerenboom, R.: *China's long march toward rule of law*, Cambridge, 2002.
- Peerenboom, R.: Varieties of rule of law: an introduction and provision conclusions, *Asian discourses of rule of law: theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries*, R. Peerenboom (Ed.), London and New York, 2004.
- Пери, М.: *Интелектуална историја Европе*, Београд, 2000.
- Перовић, С.: *Судијска независност*, Београд, 1998.

- Петров, В.: *Енглески устав*, Београд, 2007.
- Платон: *Одбрана Сократова, Критон, Федон*, Београд, 1976.
- Платон: *Закони*, Београд, 1990.
- Платон: *Држава*, Београд, 1993.
- Платон: *Државник*, Београд, 2000.
- Pollock F., Maitland, F. W.: *The history of English law before the time of Edward I*, Vol. I, Cambridge, 1988.
- Попер, К.: *Отворено друштво и његови непријатељи*, књ. I и II, Београд, 1993.
- Радбрух, Г.: *Филозофија права*, Београд, 1998.
- Rawls, J.: Justice as fairness, *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 2, 1958.
- Rawls, J.: Legal obligation and the duty of fair play, in: J. Rawls: *Collected Papers*, Cambridge, London, 1999.
- Raz, J.: *The authority of law*, Oxford, 1979.
- Расел, Б.: *Историја западне филозофије*, Београд, 1962.
- Русо, Ж. Ж.: *Друштвени уговор*, Београд, 1997.
- Ролс, Ц.: *Теорија правде*, Подгорица, 1998.
- Stein, P.: *Roman law in European history*, Cambridge, 2003.
- Степанов, Р., Вукадиновић, Г.: *Увод у филозофију права*, Нови Сад, 2004.
- Summers, R. S.: A formal theory of the rule of law, *Ratio Juris*, Vol. 6, Issue 2, 1993.
- Summers, R. S.: The principles of the rule of law, *Notre Dame Law Review*, Vol. 74, Issue 5, 1999.
- Тадић, Љ.: Метаморфозе „правне државе“, *Правна држава*, Београд, 1991.
- Тадић, Љ.: *Филозофија права*, Београд, 1996.
- Talmon, J. L.: *The origins of totalitarian democracy*, London, 1962.
- Tamanaha, B. Z.: *On the rule of law: history, politics, theory*, Cambridge, 2004.
- Tamanaha, B. Z.: *Law as a means to an end*, New York, 2006.
- Темељи модерне демократије: избор декларација и повеља о људским правима (1215–1989)*, Београд, 1989.
- Tyler, T.: *Why people obey the law*, New Haven, 1990.
- Tukidid: *Povijest Peloponeskog rata*, Zagreb, 1957.
- Thorne, S. E.: Government under law in the Middle Ages with special reference to England, *Annales de la Faculté de droit d'Instanbul*, Vol. 12, No. 12, 1959.
- Ullmann, W.: *A history of political thought: the Middle Ages*, London, 1965.

- Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији: зборник радова са научног скупа одржаног 27. и 28. маја 1996, Београд, 1997.*
- Фасо, Г.: *Историја филозофије права*, Подгорица, 2007.
- Finnis, J.: The authority of law in the predicament of the contemporary social theory, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 1, 1984.
- Финис, Џ.: *Природно право*, Подгорица, 2005.
- Fuller, L.: Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958.
- Фулер, Л.: *Моралност права*, Београд, 2011.
- Хајек, Ф.: *Поредак слободе*, Београд, 1998.
- Хајек, Ф. А.: *Право, законодавство и слобода*, Београд, Подгорица, 2002.
- Hamson, C. J.: General report, *Annales de la Faculté de Droit D'Instanbul*, Vol. 9, No. 12, 1959.
- Harris, E. M.: *Democracy and the rule of law in classical Athens: essays on law, society, and politics*, Cambridge, 2002.
- Hart, H.: Are there any natural rights, *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 2, 1955.
- Hart, H.: Positivism and separation of law and morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958.
- Харт, Х.: *Појам права*, Подгорица, 1994.
- Хегел, Г. В. Ф.: *Феноменологија духа*, Београд, 1974.
- Хјум, Д.: *Политички есеји*, Београд, 2008.
- Хобз, Т.: *Левијатан*, Београд, 1961.
- Cicero: *Zakoni*, Zagreb, 1996.
- Цицерон: *Држава*, Београд, 2002.
- Чавошки, К.: *Политичка филозофија Џона Лока*, Београд, 1974.
- Чавошки, К.: *Могућности слободе у демократији*, Београд, 1981.
- Чавошки, К.: *Увод у право. 1*, Београд, 1994.
- Чавошки, К.: *Право као умеће слободе: оглед о владавини права*, Београд, 2005.
- Чавошки, К.: *Моћ и превласт: Тукидидова политичка мисао*, Београд, 2015.
- Chapman, J. W.: *Rousseau: totalitarian of liberal*, New York, 1956.
- Jankins, D.: *From unwritten to written transformation in the British common-law constitution*. Available at: <http://www.Law.vanderbilt.edu/journal/3603/Jankins2.pdf>
- Jennings, I.: *The law of the constitution*, London, 1933.

Шарчевић, Е.: Појам правне државе, *Архив за правне и друштвени науке*, Год. 75, бр. 4, Београд, 1989.

Шарчевић, Е.: Злоупотреба једног појма: правна држава и национал-социјализам, *Правна држава: порекло и будућност једне идеје*, Београд, 1991.

Штраус, Л.: *Природно право и историја*, Београд, 1997.

Шушњић, Ђ.: *Цветови и тла*, Београд, 1995.

РЕГИСТАР ПОЈМОВА И ИЗРАЗА

anti rule of law 66

апсолутизам 33, 71

аутономија 99, 119, 129

аутономно биће 119, 121

Bill of Rights 40

вазал 33

владавина закона 11, 19, 23, 24, 25, 73, 83, 104

владавина мудрости 22

владавина права 1, 2, 3, 4, 13, 15, 57, 58

владавина ума 2, 25

власт 2, 9, 91, 127, 128

врлина 24, 91, 97, 125

government by consent 46

government of laws 57

gubernaculum 36

деструкција 116

диктатура 21, 85

дискрециона власт 64

differencia specifica 110

доктрина 3

dominium politicum et regale 36

dominium regale 36

државна власт 41, 45, 63, 79

државна управа 17

државни службеници 59, 91

друштвени уговор 8, 52

Друштвени уговор 8

друштво 24, 25, 42, 47, 122

due process of law 80

егалитаризам 42

економски модели 98

закон 2, 11, 18, 32, 40, 52

Закон XII таблица 26

идеал 3, 5, 7, 9, 16, 20, 21, 22, 81, 82, 83, 84, 91, 92, 97, 101, 107, 111, 115, 116, 125, 126, 129

идеја 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 21, 22, 23, 26, 28, 30, 31, 33, 34, 35, 38, 41, 42, 45, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 59, 60, 63, 67, 68, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 86, 87, 92, 93, 94, 96, 97, 101, 102, 111, 112, 114, 125

идеја владавине права 1, 2, 3, 9, 11, 26, 45, 125

идеја предестинације 7

индивидуализам 50

једнакост 13, 21, 43, 45, 58, 67, 68, 78, 79, 83, 84, 88, 95, 99, 110

jurisdictio 36

common law 3, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 57, 58, 59, 61, 66, 82, 112, 114

конституционализам 33

Corpus Iuris Civilis 27

quod principi placuit 34

laissez-faire 66, 67, 69

law of nature 43

Leges Regiae 27

legibus solutus 28, 37, 111

легитимитет 12, 15, 31, 53, 123, 126, 127

либерализам 3, 45, 51, 128

људска права 13, 126

магистрати 17

Magna Carta Libertatum 33

начело законитости 110

независност судства 80, 113

nomos 82

обичајно право 30, 105
општа воља 54

папоцезаризам 29
парламент 37, 39, 40, 43, 60, 61, 62, 66, 67, 114
Petition of Rights 39
позитивно право 71, 86, 89, 90, 92, 94
политика 18, 23, 102, 109
политичка неједнакост 15, 16
полицијска држава 110
правда 79
праведност 80, 83, 84
правило признања 94
правна држава 4, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 86, 101, 108, 115
правна сигурност 110
правни позитивизам 71, 94
правни реализам 112
прецедент 51
принципат 28
природни закон 31
природно право 15, 41, 42, 44, 45, 49, 89, 90, 105
протестантизам 7

rechstaat 51
rule of law 1, 3, 13, 57, 66, 79, 92, 96, 98, 103, 126

својина 99
слобода 18, 20, 32, 52, 60, 123, 126
суверен 31, 44, 62, 75
сувереност 53, 60, 61, 62, 67, 72, 111

умност 116, 120, 125, 128, 129
уставна монархија 40

fundamental law 66
Habeas Corpus Act 40

цезаропапизам 30

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београ

340.12/.13(034.2)
342.22(034.2)

ЗЕКАВИЦА, Радомир, 1971-

Идеја владавине права [Електронски извор] : од античких корена до савремене правне теорије и праксе / Радомир Зекавица. - Београд : Криминалистичко-полицијска академија, 2018 (Београд : Криминалистичко-полицијска академија). - 1 електронски оптички диск (CD-ROM) ; 12 cm. - (Едиција Монографије ; књ. 35)

Системски захтеви: Нису наведени. - Насл. са насловне стране публикације. - Тираж 200. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија: стр. 363-367. - Регистар.

ISBN 978-86-7020-406-5

а) Владавина права
COBISS.SR-ID 269613836