

Милан Рапајић*

Примљено: 27.12.2012

УДК: 340.12:342.2

Прегледни научни чланак

О ПРАВНОЈ ДРЖАВИ И ВЛАДАВИНИ ПРАВА - НЕКА РАЗМАТРАЊА

У излагањима о правној држави и владавини аутор полази од најпознатијих мислилаца још из доба антике и њихових ставова о ваљаности државноправноправној поредици. У раду су приказана и схваћања Монтескјеа и Џона Лока.

Као родно место теорије о правној држави узима се немачка правна мисао у којој је убрзо дошло до разликовања правне државе у формалном смислу и правне државе у материјалном смислу. Немачка и ако постојбина теорије о правној држави, простор је на коме је највише долазило до нејације правне државе за време тоталитарне неонацистичке владавине. Пример за нејацију правне државе у Немачкој тој доба је минимизирање начела законности и увођење аналогije у Кривични законик као и у Кривични законик Совјетској савеза.

Владавина права је термин англосаксонске конституционалне теорије XIX века чији је идејни творца водећи уставни правник тога доба Алберт вен Дајси. Владавина права се може посматрати као владавина позитивноравној поредици неvezано да ли су уставне и законске норме тој поредици у складу са начелима природној права. С друге стране владавина права по либералнодемократском схваћању је такав поредак правних норми које почивају на принципима природној права и повезана су са материјалним начелима.

Француска теорија о правној држави приказана је сумарно кроз дело Каре де Малбера. Обзиром на време у којем је овај аутор стварао, да се закључити да је у Француској био на снази режим латалне а не систем правне државе. По

* Мастер права, асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

Малберу легална држава је иако државе иде се власти врши на основу закона. Гаранције таквој вршења власти су двоструке. Прво, лица којима се управља попуштају се у позитивно право, односно обезбеђени су од изненађења, јер су делатности и услови администрације у извршењу закона ограничени. Устав је *lex superior* у односу на закон. Закон, у легалној држави, карактерише одност и по праву дејерсонализација. Из пој разлоја управа мора да дела у извршењу закона само *secundum legem* у сагласности са законом.

На последику аутор закључује да законности не сме бити коришћена као средство у борби против елементарних начела владавине права јер онда је законности појам који је антипод правној држави.

Кључне речи: правна држава, владавина права, негације правне државе, немачка теорија, англосаксонска теорија владавине права, француска теорија правне државе

І. Уводна излагања

Због интердисциплинарног карактера правних наука правна држава и владавина права, су теме које представљају поље интересовања не малог броја правних делатника али и мислилаца из других друштвених наука.

По природи ствари из опште теорије држава и права, филозофије права, уставног права, политичких и правних теорија настало је највише радова који третирају квалитет државе која се може назвати правном, али значајни су и они радови, који се баве конкретнијом проблематиком остваривања људских права у пракси, ограничењем људских права и слобода, појавама свакојаких злоупотреба права или једном речју негацијом правне државе.

Драгоцену су искуства делатника из позитивноправних предмета, (као на пример грађанског или кривичног права) посматраног из њиховог богатог теоријског и практичног рада. Они могу да одговоре на питање колико се један државноправни поредак удаљио или приближио идеалу владавине права на конкретним примерима из праксе. Писана реч о правној држави и владавини права, у нашој правној науци је актуелна последњих двадесетак година.

После скоро полувековног идеолошког мрака у тунелу социјализма, односно пренаглашене етатизације у многим сферама друштвеног живота и

централистичког самоуправног државног уређења у источноевропским земљама, кроз ревидиране или нове уставе прокламована су начела правне државе и владавине права.

Вредности правне државе (и сам појам правна држава) поново су, дакле, после пола века изгона крајем 80-тих година XX века ступиле на друштвену и неминовно правну сцену.

У Правном лексикону из 1970. године, правна држава се дефинише као „држава која је настала после буржоаских револуција као својеврсна реакција против апсолутистичке феудалне монархије у којој су управа и судство стављени под законодавство.“

На поимање идеје о правној држави прошли, социјалистички поредак са својом потпором – марксистичком теоријом утицао је негативно.

Правна држава и њене вредности су посматране као буржоаски новум, који је супротан идеји о одумирању државе.

Социјалистичка држава је посматрана као прелазни стадијум који води у бескласно друштво. Идеја о правној држави описивана је као груби „методолошки и теоријски промашај“¹. Истицано је да „теорија о правној држави са марксистичким поимањем права и државе нема никакве везе. “Она је само једна више од буржоаских манифестација и дивинизација њихове државе и начина живота, она је једна екстремна одбрана постојећег реда ствари који постоји у капиталистичком свету“².

Управо наша искуства са социјалистичком државом и њеним државноправним поретком која се могу сажети у неколико речи: ауторитарност у неким земљама и тоталитаризам, негација слободе и критичке речи, јединство власти и лична владавина рађају питање колико је стара идеја о правној држави?

Идеја о најбољем државноправном поретку или о најбољој владавини потекла је из пера античких мислилаца, Платона и Аристотела.

Платон се носио мишљу да воља закона треба да буде највиша воља у државној заједници, а да владавина људи буде замењена важењем непристрасних и праведних закона. У делу „Закони“, Платон сматра да „ниједна људска природа није способна да свим људским пословима управља сама са неограниченом влашћу, а да при том не буде испуњена обешћу и неправдом. Државе у којима не

¹ Б. Пупић, *Теорија државе и права* Београд, 1982, стр. 123.

² Ibid., стр. 123.

влада Бог, не могу ни у ком случају избећи тегобе и невоље. Стога, и они који су државни управљачи морају бити слуге закона, јер управо од тога, више од ичега другог, зависи и спас државе. У држави где закон зависи од власти управљача и где он сам нема снаге, ја видим (говорио је Платон) да је спремна пропаст. А у држави где је закон господар управљача и где је власт подчињена законима, ја добро видим да постоје и спас и срећа и све благодети које богови дадоше држави.“ Платонова мисао, која је у наредним вековима слеђена усмерена је на тип државе (а то је правна држава, иако се тај назив тек појавио у немачкој правној теорији у XIX веку) у којој је присутна владавина закона, а не људи, па нико не сме бити изнад закона стога по овом мислиоцу и највиша власт мора се покоравати вољи закона.

Претеча учења о правној држави може се наћи и у Аристотеловом делу „Политика“. У овој значајној књизи за историју прогресивне друштвене мисли наводи се да врховна власт треба да припада мудро састављеним законима, а носиоци те власти, треба да располажу влашћу само када закони нису прецизни, јер није лако општим обухватити све појединачне случајеве.

Како је сама историја политичке делатности од искона до данашњице потврдила да је човечија душа подложна страстима, Аристотел је био против персонализације власти у смислу личне владавине.

Уместо владавине закона римска правна и политичка мисао, за разлику од грчке, уобличио је идеју о владавини људи. Све до периода ренесансе готово да и није било значајних радова о владавини закона и права. Марсилије Падовански ће рећи да је закон заповест једне воље која је упућена другој вољи и која почива на световним санкцијама.³ У поменутом периоду многи делатници обнављају мисао о најбољој владавини или најбољем поретку, који би требао да омогући и простор за деловање власти и слободу за индивидуу.

Име Џона Лока везује се за идеју владавине закона и права. Сматрао је да само закон може да буде основ кажњавања, а на извршној власти је да осигура поштовање закона.

Влада као орган извршне власти, своју легитимност црпи из пристанка грађана над којима влада, па и закони морају да одговарају интересима оних који су влади поклонили своје поверење. Џон Лок је био против беспоговорног

³ Р. Лукић, *Историја правних и политичких теорија, I прва књига, од антике до почетка XVII века*, Београд, 1965, стр. 204

поштовања закона, односно позитивног права у оном случају када се тим законом нарушавају природна права грађана.

Грађанско друштво, по овом мислиоцу, има право на отпор таквој државној власти, укључујући и њено свргавање.

Обриси идеје о правној држави и начелима на којима почива, налазе се и у делу Шарла Монтескјеа који прави дистинкцију између политичке слободе која је израз друштвеног мира и спокојства духа од слободе као могућности да радимо оно што нам дозвољавају закони.

Као творац идеје о подели власти која је нашла плодно тло у западним демократијама, Монтескје је сматрао да се подела власти и начело законитости које мора егзистирати у добро уређеној друштвеној заједници испољавају у ограничавању самовоље, због тога што само „власт зауставља власт“. У правној држави слобода је посредно дефинисана законима, јер по Монтескјеу, слобода је право да се чини све што закони допуштају. „Кад би грађанин могао чинити оно што закони забрањују, слободе не би више било, јер би остали имали ту власт.“ (Монтескје: О духу закона, део други књига XI, гл. 3). Али и закони, сматра Монтескје могу бити изопачени и искривљени.

По његовом мишљењу, постоје два вида искривљености закона, један вид је кад народ уопште не поштује законе, а други када закони народ искваре. Ово друго зло је опасније, јер је по Монтескјеу неизлечиво.

Умно делатништво Жан Жак Русоа је посебно значајно за демократско уобличавање владавине закона и правне државе. Полазећи од друштвеног уговора који закључује сваки са сваким, Русо констатује да човек остварује своју друштвену слободу само зато што се повинује законима који представљају општу вољу. Друштвена слобода, сматра, овај мислилац почива на свести о солидарности чланова заједнице и на њиховој егалитарности, док законитост почива на нужности и покоравану појединца. Законима треба да се покоравају, сматра Русо, и они који их доносе, они на које се односе закони и субјекти који су позвани да их спроводе. Као претече теоријског оформљења правне државе у немачкој мисли истичу се својим делом Имануел Кант и Јохан Готлиб Фихте. Кант је грађански поредак схватао као систем у којем је обезбеђена слобода појединца, обзиром да у грађанском друштву су сви „под постојећим јавним законима слободни и једнаки“. Свако нарушавање, а нарочито присвајање својине, значи повреду законима утврђеног природног стања. Кант истиче да су

појму слободе супротни „безакоње, терор и деспотија, у којима се укидањем слободе, укида и правна држава“.⁴

Идеална држава у Кантовој интерпретацији је оличење људске слободе, њен циљ и једини смисао је унапређење благостања појединаца. Преко закона слобода се доводи у склад са слободом других људи. Слобода је право које припада свакоме, из ње произилази једнакост свих грађана. У том смислу слобода значи да је грађанин дужан да поштује само оне законе на које је пристао, док једнакост значи да су демократски донесене одлуке обавезујуће за све. Обезбеђење слободе (по овом схватању) подразумева учешће грађана у законодавству које у држави треба да има превагу над извршном влашћу и независним судством. У актуелном тренутку, ставови Канта су углавном у сагласности са савременим схватањем правне државе.

Јохан Готлиб Фихте је сматрао да личне слободе почивају на неутуђивој индивидуалној слободи, која је и основ политичке слободе. Закони су стога, на основу диспозитивног самоограничења личне слободе, израз општег пристанка индивидуалних воља и зависе од слободе појединаца да се опредељују. Закони по Фихтеу треба да буду практично усмерени. Међу многим вредностима права и закона је и она која се огледа у стварању државе као „осигуравајуће силе“. Правну заштиту грађана обезбеђује држава и позива сваког грађанина на одговорност у случају кршења обавеза. „Она то може да чини, јер је слика која превазилази пуку сагласност појединца. То је међутим не ослобађа обавезе да дела по начелима правне државе.“⁵

У делима наведених мислилаца присутне су идеје о непролазним вредностима слободе, правде, једнакости пред законом, начела поделе власти и независности судија као чувара правде. Такве идеје добиће своје правне обресе у првим уставима и великим кодификацијама XVIII, XIX и XX века. Оне ће имати своје духовне наследнике у великим именима, пре свега европске правне мисли а са сигурношћу се може рећи да су имале утицај на коначно оформљење појма - правна држава.

⁴ И. Кант, *Метафизика Ђугоређа*, Сарајево, 1966, стр. 32 и 119.

⁵ Ставови Фихтеа наведени према Г.Фихте, *Заворена широчава група*, Београд, стр.1982.

II. Теорија правне државе у Немачкој

Родно место теорије правне државе и поред тога што се зачеци теоријског става о правној држави могу срести (као што је наведено) још од античке мисли, је Немачка.

Ова теорија је настала у условима централистичке државе и њеног бирократизованог апарата. Неопходно је било пронаћи формулу за ограничење државне власти и стварања простора за аутономију појединца. Наметнуо се такав тип државе који ће моћи да помири нарасле друштвене антагонизме, а реч је о правној држави. С тога је правна држава одговор на полицијску државу.

Франц Нојман је сматрао да немачки појам „правна држава“ представља јуристичку формулу либералне државе - као типа државе. Немачка теорија правне државе је имала за циљ да, у условима јаке управне власти, заштити права и слободе грађана, захтевајући да и државни органи строго поштују донете законе и да се управни акти подвргну судској контроли.⁶ У литератури је наведено да се за теоријске утемељиваче правне државе „сматрају Мол, Штал и Гнајст, који су развили учења о тзв. материјално-правној држави (Materieller Rechtsstaat) и тзв. формално-правној држави (Formeller Rechtsstaat) да би касније то учење афирмисали Гербер, Јеринг, Лабанд и Јелинек (Gerber, Jhering, Laband, Jellinek).⁷

Заступник формално-правног аспекта правне државе Фридрих Јулиус Штал, је сматрао да држава може бити правна ако путем важећег права одреди границе свог деловања као и слободну сферу грађана под њеном влашћу. Посебан значај овај правни писац придаје позитивном праву. По његовом схватању право и позитивно право су истоветни појмови. Правна држава значи владавину закона односно општих, рационалних и неретроактивних норми. Важна страна правне државе (њена суштинска особина) састоји се у томе да правосуђе реализује идеју правде.

Правни писац из групе аутора који заступају формално-правно схватање правне државе је и Ото Бер. Он је схватања да с једне стране, суштину правне државе карактерише чињеница да држава у праву налази егзистенцијални услов сопственог постојања, а с друге стране институција самосталног и независног

⁶ Ф. Нојман, *Демократска и ауторитарна држава*, Загреб, 1974, стр.25.

⁷ Г. Вукадиновић, *Правна држава*, Нови Сад, 1995, стр. 17.

судства које је одвојено од управне власти и подчињено ауторитету позитивног закона.⁸

Право и држава нераздвојни су појмови мишљења је Бер, јер у остварењу права клицу своје сопствене идеје остварује држава. Појам правне државе у делу овог писца везан је за заштиту индивидуалне слободе, а као битни елементи правне државе могу се навести владавина донетих закона што уједно представља границу државне власти као и начело поделе те власти на законодавство, судство и управу. Иако се истиче равнотежа између ове три гране власти, даје се примат законодавству над судством и управом. Бер инсистира на потпуној независности од судске власти уз услов постојања судске контроле управе. Оваква врста контроле управе и правна заштита независног судства су централне тачке Берове правне државе за коју је најважније постојање владавине закона односно општих, позитивних законских норми.

Улрих Карпен⁹ „дефинише правну државу као државу која штити права појединаца која постоји под владавином закона у којој свако може полагати право на судску заштиту од извршавања државне власти, у којој се државна власт извршава рационално и плански“.

Гледиште о формалном појму правне државе у немачкој правној теорији заступао је и Рудолф фон Гнајст. Лична слобода индивидуе, морални и државни развитак заједнице могући су само (сматрао је Гнајст) ако се друштво потчини и подреди држави. Наведени писац је при одређивању појма правне државе пошао од државног суверенитета који је идеју овакве државе довео у раван обавеза и одговорности, а не на ниво права појединаца. Што се облика владавине у правној држави тиче Гнајст се определио за монархију. Дакле монархијска власт стоји изнад друштва, влада њиме, чува га, али истовремено и власт која захтева аналогне гаранције за правно поступање, а такође при извођењу државних заповести које се настављају у каснијој управној јурисдикцији. Држава није могућа без државног суверенитета. То даље значи, сматра Гнајст, да правна држава не може опстати без јаке државне власти, а јака управна власт представља најбољи пут за успостављање таквог типа државе. Може се констатовати да се у овој теорији монархијски облик владавине и правна држава надопуњују.

Елементи правне државе би према Гнајсту требало да буду:

⁸ O. Bahr, *Der Rechtsstaat, Eine publicistische Studie Darmstadt*, 1963, стр. 89

⁹ Поповић С. *О правној држави - нека разматрања*, Београд, 1995,40

- правна држава претпоставља постојање јаке државне (монархијске) власти,
- успостављање контроле управних судова над делатношћу управне власти,
- успостављање примата закона над управом (легалитет управног деловања- начело законитости).

У правној књижевности се наводи да је Гнајст више „традиционалиста него либерал“. „У Гнајстовом појму правне државе може се назрети наклоност пруској државности.“¹⁰

Поборник формалног појма правне државе је и Рихард Тома. Његова теорија је образложена у студији „Идеја о правној држави и наука о државном праву“. У овом делу елементи правне државе су:

- подела власти,
- примат закона,
- везаност управе за закон,
- чврст судски надзор државе и њених чиновника, а нарочито за прекорачење и кршење закона,
- постојање судске контроле управе чиме треба да се обезбеди и сигурност од погрешне или партијски усмерене примене закона,
- оформљење посебно развијеног јавног права.

У овој студији од стране аутора правна држава се дефинише на следећи начин: „Држава постаје правном државом у оном обиму у којем њено правно уређење нормализује путеве и границе јавне власти и контролише је кроз независне судове чији се ауторитет поштује.“¹¹

Рихард Тома је сматрао, а време иза нас је показало исправност таквог става, да основну синтезу правне државе представља независно судство.

По Оту Мајеру правна држава је демократска творевина која почива на начелу поделе власти, на независном судству, правној сигурности и владавини закона. Мајер своди правну државу на државу добро уређеног управног права. Он каже да: "Правна држава значи остваривост судског уобличавања управе.

¹⁰ Е.Шарчевић, *Појам правне државе у немачкој правној науци*, Архив за правне и друштвене науке бр. 4/1989, стр. 432.

¹¹ R.Thoma, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft* у *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*

Најважније је успоставити владавину закона и подвести управну делатност под закон. Појам правне државе се везује за управно судство, тј. за закониту управу."¹²

Немачким правним писцима, појам правне државе требало је да послужи за указивање на чињеницу да свака држава мора у форми правне државе да испољи своју вољу. Управо немачка прошлост, болно искуство, не само немачко, већ целог света, са тоталитаризмом¹³ је показало, да тоталитарна и милитаризована држава која је антипод правној држави, итекако је могла да испољава своју вољу у свој својој негативности.

Таква воља се испољавала прво кроз гажење Устава, а онда кроз све флагрантије кршење људских права и слобода.

При одређивању појма правне државе за време Уједињене Немачке под царством, Вајмарском Републиком а посебно тоталитаризмом односно државом националног социјализма, већина немачких правних писаца дала је превагу њеним формалноправним особинама. У ствари појам правне државе се изједначавао са позитивноправним схватањима што значи да је формално-правни појам превагнуо. Дакле, за појам правне државе није било потребно изражавати циљ или садржину државе, него да примена мера од стране државе нађе свој основ у закону.

Сматра се да немачки појам „правна држава представља јуристичку формулу либералне државе као типа државе“.¹⁴

Заговорници формалног појма правне државе су и Лабанд и Лутолд. Правна држава, по њима је она у којој постоји изграђен систем правних норми, независно судство, законодавац који суверено доноси законе и управа која се у

¹² Више о томе О. Mayer: *Deutsches Verwaltungsrecht*, I и II 1924.

¹³ Тоталитаризам и тоталитарна држава су у теорији акцентовани или изразито позитивно или изразито негативно. Теоријско заокружење идеја тоталитарне државе добила је у делу немачког правног писца Карла Шмита (*за време нацистичког режима био је председник Савеза немачких националсоцијалистичких љавника и водећи идеолог нацистичке странке чији је члан још био 1933*) који је на ову државну творевину гледао изразито благонаклоно. „Тотална држава као држава још увек надлежност и за Шмита као и за Мусолинија је жељено стање, а тоталност те државе, појам изразито позитивног значења. Окосница Шмитовог појма тоталне државе је деценистичко схватање по којем је правно мишљење утемељено на одлуци највишег ауторитета, а не на апстрактним нормама како то вреднује правни нормативизам. Тоталитарна држава је антилиберална и антиплуралистичка, али и не антидемократска. Овај Шмитов став постаје јаснији ако се има на уму његово специфично схватање демократије које нема никакве везе са либерално-представничким моделом. За Шмита је пожељан и оправдан једино плебисцитарни облик демократије као облик квалитативног и квантитативног јачања државне власти који политички прожима читавог човека. Тоталитаризам је за Шмита, пре свега, израз јединства државе и друштва оличеног у чувеној тријади – држава, друштво, народ“ Р. Зековица, *Тоталитаризам*, Београд, 2002, стр. 17.

¹⁴ Ф. Нојман, *Демократска и ауторитарна држава*, Загреб, 1974, стр. 25.

свом раду руководи начелом законитости. „Писци се такође слажу да правна правила кад су једном постављена, траже строги и доследни режим правних норми.“¹⁵

Формалноправни појам правне државе није могао дати одговор на многа питања која су се постављала, због чега се наметнуо појам правне државе у суштинском смислу.

1. Одређивање појма правне државе у материјалном смислу

На супротном полу од аутора који су заступали тезу о формалноправном појму правне државе налазе се аутори који дефинишу појам правне државе у материјалном смислу,

У свом делу *Enzyklopadie der Staatswissenschaften*¹⁶ Роберт фон Мол одређује појам правне државе у материјалном смислу. Правна држава може се препознати по томе што у њој постоји пуно поштовање личних грађанских слобода, изражавања мишљења, религије, промене места живљења, што постоји једнакост свих субјеката пред законом, што постоји отвореност свих јавних служби за образовање и слободне грађана.

Даље овај аутор наводи да правна држава не може имати други циљ осим да заједнички живот народа уреди тако да сваки члан буде на исти начин подржан и потпомогнут у могућем слободном и свестраном искоришћавању својих снага. Лако је међутим увидети у чему се налази основ за постојање такве подршке и потпоре. Слобода грађанина је код таквог животног надзора највише начело. Међутим, како Мол истиче концепцију о „нарочитим правилима државне власти“ може се закључити да је претпоставка државног уређења не на страни слободе, већ на страни државне власти. То је прва степеница, пут ка ограничењу слободе. Оно што је данас у писаним уставима предвиђено, а то је ограничење људских и мањинских права у ванредним околностима, Мол је предвидео указујући на могућност „изванредних овлашћења“ у ванредним случајевима. Истиче се да све то указује на немоћ Молове теорије да се ослободи монархијских назора о заједници (држави). Сматра се ипак да је Молов материјални појам правне државе

¹⁵ Д. Митровић, *Начело законитости - појам, садржина, облици*, Београд 1996, стр. 101.

¹⁶ R. von Mohl, *Enzyklopadie der Staatswissenschaften*, Tübingen, 1859, стр. 329.

уз све мањкавости које се морају узети у разматрање, ипак представљао језгро материјалне антиапсолутистичке идеје о правној држави.¹⁷

За сваки правни систем у коме је формално прокламовано начело законитости могло би се рећи да је то систем владавине права, односно да је реч о правној држави. Таква логика би значила да правна држава може да буде бирократска или демократска либерална или тоталитарна, односно деспотска.

2. Негације правне државе

Поставља се питање: Да ли државе које су са својим режимима утицале на екстремно слабљење, односно у пракси потирање начела законитости, негацију хуманих и демократских вредности, одговорност за најтеже ратне злочине, злочине против човечности, злочине геноцида, а све то на основу екстремизма тоталитарних идеологија и фашистичких доктрина државе и права могу назвати правним државама?

Такве државе су биле апсолутна негација слободе и елементарне правичности управо због особина које су као кључне у свом делу „Тоталитарна диктатура и аутократија“ навели Карл Фридрих и Збигњев Бжежински¹⁸. Ови аутори дали су једну од најпознатијих тзв. дескриптивних дефиниција тоталитаризма.

По наведеним писцима најмаркантније карактеристике тоталитарних диктатура су:

- Службена идеологија која обухвата све виталне аспекте човековог постојања и у којој се бар пасивно, приклања свако ко у том друштву живи.
- Једну једину, хијерархијски и олигархијски организовану владајућу партију којом обично управља један човек, „диктатор“ и коју

¹⁷ С. Поповић, *О правној држави – нека разматрања*, Београд, 1995, стр. 43

¹⁸ Бжежински је био један од најутицајнијих стратега америчке безбедносне политике, обзиром да је овај политиколог, сада професор међународних односа на Џо Хопкинс Универзитету, био саветник за националну безбедност (10. у америчкој историји) за време администрације председника Картера (1977-1981). Његов утицај није престао ни после силаска са власти председника Картера на крирање својеврсне идеологије америчке спољне политике. Та политика је често подржавале ауторитарне режиме на било ком меридијану света, ако је то било у њеном интересу, и ако су такви режими постали синоним за кршење људских права. Дobar пример за то је подржавање изразито ауторитарне владавине египатског председника Хоснија Мубарака (1980-2011)

највише чине људи који су страсно и без икакве сумње посвећени владајућој идеологији.

- Систем терористичке полицијске контроле који, у интересу партијских вођа, подржава али и надзире владајућу партију, а терорише не само исказане „непријатеље“ већ и потпуно произвољно издвојене друштвене редове.
- Технолошки условљен и скоро потпуни монопол над средствима масовног саобраћаја у рукама владајуће партије.
- На сличан начин технолошки условљен и скоро потпун монопол у истим рукама над свим средствима оружане борбе.
- Централна контрола и управљање васцелим привредним животом.¹⁹

Хана Арент је виртуозно направила разлику између правне државе (односно нетиранске власти, како је у једном делу своје књиге назвала правни поредак у коме је и нормативно и у пракси присутно поштовање људских права – напомена М. Р.) и тоталитарних поредака. Наиме у књизи „Корени тоталитаризма“ Хана Арент износи запажање: Ако је законитост суштина нетиранске власти, а безакоње суштина тираније, онда је терор суштина тоталитарне владавине“. Даље ова ауторка наглашава: „Тоталитарна влада не ограничава само слободе нити укида битне слободе нити јој пак, према нашем ограниченом сазнању, полази за руком да у срцима људи затре жар за слободу. Она разара битан предуслов сваке слободе, а то је напосто способност покрета која не може постојати без простора“. Она даље чини разлику између тираније и тоталитарне власти. По Арентовој „тиранија само раздваја и изолује људе и чини их усамљеним, али им не разара саму способност да буду слободни. Тоталитарна власт се, међутим, не задовољава само раздвајањем и осамљивањем и људи, већ им разара и лични, приватни живот“.²⁰ Запажања Хане Арент су значајна за структуру овог рада јер су указала шта сигурно није правна држава. Њена схватања се могу делимично модификовати јер ако је безакоње одлика тираније, онда се кроз озакоњено безакоње огледа суштина тоталитарних поредака.

Тоталитарни пореци у Совјетском Савезу под Стаљином и у Немачкој за време страховладе Хитлерових нациста, били су ратни и идеолошки опоненти, али

¹⁹ С. J. Friedrich and Z. K. Brzezinski: *Totalitarian Dictatorship and Autocracy* Cambridge: Harvard University Press, 1956, 9-10; наведено према К. Чавошки, *Увод у право*, Београд, 1994, стр. 214

²⁰ H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1971, стр. 464.

сличност је егзистирала у практичној примени а везано за начело законитости у кривичном праву. Такво подударање се сводило у суштинском негирању овог фундаменталног начела кривичног права. Допуштањем аналогije Совјетски Кривични законик из 1927. године негирао је начело легалитета. Његови чланови 6. и 7. садржали су само индикације шта треба сматрати кривичним делом, тј. кога треба кажњавати. Била је инкриминисана свака радња управљена против совјетског режима или правног поретка. Кажњавала су се сва лица која су опасна за друштво према својим везама са опасном средином или својом прошлoшћу. Густав Радбрух је критиковао овакво решење Совјетског Кривичног законика. Истицао је да правило „*nullum crimen sine lege*“, не само да је дерогирано већ је супротно и начелу „*cogitationis poenam nemo patitur*“ – за мишљење се не кажњава. Нису сматране кажњивим само припремне радње уопште, него су чак и лица која представљају опасност због своје повезаности са злочиначком средином или због своје раније делатности била подвргавана мерама социјалне заштите.²¹

У тоталитарном државноправном поретку Немачке је од 1935. године напуштено начело законитости. „То је период ауторитарног фашистичког законодавства, где је враћена ретрибутивна казна, затим уведена расна дискриминација, услед чега долази до грубог кршења људских права.“²²

Анологија, која је иначе како се у теорији истиче била широко примењивана, била је предвиђена чланом 2. Кривичног законика. Законик је наведеном нормом предвиђао: „Казниће се онај ко изврши дело за које закон каже да је кажњиво или оно дело које заслужује казну у смислу основних одредби неког кривичног закона и према здравом осећају народа. Ако се не може непосредно применити на извршено дело неки одређени кривични закон, тада ће се за то дело казнити према оном закону, који се по свом смислу најближе односи на то дело.“

У национал-социјалистичком тоталитарном државно–правном поретку оваквом одредбом Кривичног законика знатно је била нарушена гарантивна функција кривичног законодавства. Уведена је екстензивна могућност кажњавања за законски прецизирана кривична дела, али и за њима слична дела – понашања која нису инкриминисана, али за која је предвиђена могућност кажњавања.

Тамо где се на овакав начин у ствари деградира тзв. гарантивна функција Кривичног законика тешко да може бити речи о правима и слободама грађана и

²¹ Г. Радбрух, *Филозофија њрава*, Београд, 1980, стр. 212. - 213.

²² Д. Благоић, *Начело законности у кривичном њраву*, магистарски рад, Београд, 2009, стр. 28.

спровођењу у дело начела правне државе. Напротив, у националсоцијализму дошло је до потирања начела законитости и до оформљења националсоцијалистичког појма правне државе. У националсоцијализму је била владајућа критике правне државе и уједно пропагирана државна моћ. Појавио се нови појам – националсоцијалистичка правна држава. Ово је такође концепција материјалне правне државе, али из угла националсоцијалистичке правне и идеолошке визуре.

Како је то истицао теоретичар Волф то је држава „материјалне народом везане правде“²³ у појам правне државе се уноси вредносни систем националсоцијализма. У таквом вредносном систему измењена је позиција појединца као друштвеног субјекта, позиција права и закона и измењена улога државне власти.

3. Измењена позиција појединца као субјекта у друштву

Као највећа вредност у националсоцијализму постављен је народ, а не индивидуа. Она саме за себе не представљају вредност већ је то, тек, кад се посматра као нераздвојни члан заједнице. Од стране националсоцијалистичких правних теоретичара истицано је да је појединац боље заштићен у националсоцијализму него у друштвима либералног типа. Док материју либералне правне државе чине слободе и принцип једнакости, дотле у националсоцијалистичкој правној држави присутан је принцип колективитета над индивидуалитетом.

Супстанцу националсоцијалистичке правне државе чини народ као целина – *das Volk* (једини стварни субјект у друштву) и *der Fuhrer* лидер, вођа као једино конкретно отелотворење народне воље, народног ума и народне правде. Народна - националсоцијалистичка правда може бити свако деловање које је у служби заједнице, а Фирерова воља је у том смислу највише морално начело.

²³ E. Wolf, *Das Rechtsideal des nationalsozialistische Staates*, у: *Archiv fur Rechts – und Sozialphilosophie*, Band 28 Berlin, 1934/35, стр. 352.

4. Другачији поглед на право и закон

У државноправном националсоцијалистичком поретку скоро да нестане свака дистинкција између права, закона, уредбе, правилника, наредбе или указа. Већина набројаних правних аката се „улива“ у националсоцијалистички појам права. Такво право се своди на валунтаризам воље. Из таквог угла посматрања права, наводи на закључак да је праведно све што је Фирерова воља. Келројтер истиче да: „Упркос томе, у националсоцијалистичкој правној држави не делује свако извршење Фирерове воље као закон. Да би деловала као закон, Фирерова воља мора бити огрнута у форму закона.“

5. Промењена позиција државне власти

У оваквом типу власти егзистира као руководно и једино прихватљиво начело јединства власти. У вођиној личности се спајају и држава и власт и народ. Потпуна доминација воље Фирера над државом, народом, партијом, појединцем, правом представља најекстремнију теорију идентитета државе и права. „Њен потконтекст представља укидање државе као једног историјског реалитета, чак и у традиционалном смислу организоване власти. Такав се тренд на подручјима теорије права и „филозофије државе показује кроз критички „третман“ Хегелове филозофије.“²⁴

Може се закључити да најважније начело правде у националсоцијалистичкој државној творевини је било: све је исправно, све је праведно што је у служби националсоцијализма. Националсоцијалистичка теорија је била обојена списатељством о новом праву и држави, а стварној правди, о националсоцијалистичком садржају правне државе. Недостатак схватања о националсоцијалистичкој правној држави је непостојање конкретне теорије о таквом типу државе.

Никад није до краја обзнањено у чему лежи националсоцијалистички садржај правде. Запажање да „то што је Фирер – држава донела са собом најмање подсећа на било који облик правде усађен у искуству човечанства“²⁵ посве је

²⁴ Х. Маркузе, *Vernunft und Revolution*, Darmstadt, 1970, стр. 360.

²⁵ Е. Шарчевић, *Злоупотреба једног појма – Правна држава и националсоцијализам*, у *Зборнику Правна држава, порекло и будућности једне идеје*, Београд, 1991, стр. 47.

тачно. О злу националсоцијализма посвећени су томови литературе, о злу које је уздрмало будућност људског рода и свих темељних вредности на којима је цивилизовани свет почивао. Онда је сасвим логично зашто су морале да под таквим режимом буду ревидиране темељне гране права. Називамо их темељним јер њихова егзистенција сеже од постанка првих држава бар у рудиментираном облику, што је свакако случај са кривичним правом. Када се начела овога права наруше у пракси и законодавству на тај начин што ово право постаје погодно средство за убиство слободе грађанског друштва. Више је нема ни у обрисима или је слобода бенефиција неколицине: нема правне државе, нема демократских односа у друштвеној заједници, постоји на жалост на правним нормама утемељено право силе. И личне судбине неких умних делатника чије се мисли цитирају на овим страницама попут Ханса Келзена, Хане Арент или нашег Ђорђа Тасића на пример, говоре о спирали зла која се по судбине ових људи рефлектовала од прогонства до уморства. То су зверства која су најбољи доказ о тиранији која се налазила на престолу државне моћи у оквирима једне несумњиво велике светске нације као што је Немачка.

III. Учење о владавини права у англосаксонској теорији

У англосаксонској правној теорији присутан је израз владавина права (Rule of law) који је пандан европско- континенталној, пре свега, немачкој, теоријској конструкцији о правној држави (Rechtsstaat).

Једино владавина права на основу англосаксонског схватања, овог појма, изражава право значење законитости. Англосаксонски правници сматрали су да је законитост у формалном смислу, како је тумачена у европскоконтиненталној теорији рестриктивног схватања и заоденута у рухо позитивизма и формализма.

Један од утемељивача доктрине о владавини права је познати енглески конституционалиста Алберт Вен Дајси. За овог писца је законитост нешто више од пуког закона и реда. Законитост постоји када су испуњени следећи услови: *nullum crimen sine lege, nulla poene sine lege*; једнакост пред законом што се посебно односи на високе државне управљаче као и постојање устава. Постојање принципа: *nullum crimen sine lege, nulla poene sine lege*, по Дајсију значи превласт закона у односу на утицај арбитрерне власти као и широких дискреционих овлашћења владе. Једнакост пред законом значи подједнаку потчињеност свих

правних субјеката законима који се примењују пред редовним судовима. Трећи услов постојања Устава значи да устав није извор него последица права која се штите пред судским форумима. И ако утацијна доктрина о владавини права, она је добила свог апонента у такозваној „Antirule – of – law theory“.

Творац ове теорије Џенингс имао је другачији поглед на владавину права у Енглеској него Дајси. У својој књизи „Нови деспотизам“ навео је да је „законитост мало у складу са ситуацијом која постоји у Енглеској“. Џенингс истиче да ни у Дајсијево време није било непознато кршење закона, јер када Дајси каже да Енглезима влада закон и само законом сматра (Дајси – напомена М.Р.) да владају судије и само судије. Џенингс је био схватања да је законитост мало у сагласности са ситуацијом која је владала у Енглеској.

После више од 30 година од изласка књиге Нови Деспотизам (1920. година) изашла је 1954. године књига. "Краљичина Влада" „The Queen's government“ у којој је слично као Дајсији Џенингс (у том свом делу) изразио похвалу законитости у Енглеској.

Принцип владавине права у англосаксонској правној доктрини укључује 3 посебно релевантна фактора:

- владавина устава,
- неприкосновеност одређених индивидуалних права,
- независност судства.

Када је реч о одређеним правним правилима Џозеф Раз је у својој књизи „Ауторитет права“ покушао да та правила ближе одреди. Он је у нешто ширем смислу одредио правила права (rules of law) на следећи начин:

- независност судства мора бити гарантована.
- принципи природне правде морају бити узети у обзир (observed).
- судови треба да имају контролну власт (review powers) над административном активношћу и целом легислативом.
- судови треба да буду доступни грађанству.
- овлашћење агенција за сузбијање криминала не треба да садрже перворитирање права.

Следећа 3 начела захтевају да право буде ефикасно.

- 1) сви закони треба да буду проспективни, отворени и јасни, они не треба да буду ретроспективни, неодређени и непрецизни.

- 2) доношење посебних законских правила треба да буде вођено отвореним, стабилним, јасним и општим правилима.
- 3) право треба да буде релативно стабилно, уколико се оно мења сувише често, људима ће бити отежано да се руководе нормама закона у свим дугорочнијим одлукама.²⁶

Џосеф Раз наводи да је „владавина права само једна од особина коју правни систем може да поседује и помоћу које он треба да се процењује“. Не треба мешати то са демократијом, правдом, једнакошћу (пред законом или на други начин), људским правима било које врсте или респектом за личности или за дигнитет човека²⁷. Иако није потпуно тачна констатација овог аутора не може се одузети својство делимичне истине да владавина права нема нужно морални значај. Она је по овом аутору независна од демократије и није дистинктна црта демократије. Међутим треба делимично овакав став кориговати, јер тешко да се може говорити о успешном функционисању демократије без владавине права. Џон Ролс истиче да је „владавина права очигледно, тесно повезана са слободом²⁸ - Слободу сачињава „комплет права и дужности одређених установама“.

По Ролсу, начело слободе, води до начела одговорности. Та констатација је тачна, јер се правна држава или држава владавине права не може замислити без одговорности носилаца јавних функција од моралне, грађанскоправне и кривичноправне одговорности. У стабилној политичкој заједници одговорност се односи на све субјекте у државноправном поретку. Од одговорности не може и не сме бити изузет нико. У примени начела легалитета сматра Ролс „морамо имати на уму целовитост права и дужности који уређују слободе и прикладно прилагођавају њене захтеве“. „Ако би преовладала једнакост над слободом или ако би се једнакост свела само на једнакост слободе, таква држава владавине права претворила би се у своју супротност.“²⁹ Ролс је у свом делу „Теорија правде“ предност дао слободи³⁰, а не једнакости као суштини владавине права.

²⁶ J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, стр. 231. – 218.

²⁷ Ibid. стр. 211.

²⁸ Џ. Ролс, *Теорија правде*, Београд – Подгорица, 1998, стр. 221.

²⁹ Ibid., стр. 228.

³⁰ Аутору ових редова, на бази животног и професионалног искуства, Ролсово давање предности слободи у односу на једнакост. Јер како може бити једнакости кад је слобода њен предуслов. Аутор је у свом професионалном искуству био сведок прокламовања и нормативног и вербално фактичког лажне слободе што је рађало тренутну свест о једнакости. Када се лаж открије долази до развргнућа заблуда које су њен узрок, па тако и свест да лажна слобода рађа искривљену слику једнакости.

Поред слободе, владавина права захтева испуњење и других услова, као нпр. да све делатности које захтевају и забрињавају правна правила буду такве врсте да се разумно може очекивати да ће их људи извршити или избегавати, да слични случајеви буду третирани слично, да нема кривичног дела без прописаности у закону, да постоје правила која одређују „појам природне правде“ и обезбеђују да се правни поредак непристрасно и правилно одржава.

Драган Митровић наводи да је Ролс своје тезе о слободи и владавини права објашњавао разматрајући правни систем и његову повезаност са прописима који одређују правду.³¹ Ролс схвата правни систем као принудни поредак јавних правила наслоњених на рационалне особе са циљем да уреди њихово понашање и обезбеди оквир за друштвену сарадњу.

Када су ова правила праведна она установљавају основ за легитимна очекивања. Али када су основе ових захтева нестварне, несигурне су и границе слободе људи.³²

Фридрих Хајек је за разлику од Џ. Ролса сматрао да владавина права није у директној вези са слободом као и да слобода доводи до неједнакости међу људима. Хајек истиче да „закон сам не може да влада јер само људи могу да имају моћ над другим људима.“

Оно са чим се потпуно слажемо јесте следећа констатација овог нобеловца: „Једнакост пред законом и стварна једнакост се искључују.“ Највећу вредност, због тога, не треба да представља слобода већ благостање људи која по Хајеку представља „крајњи циљ права и закона.“³³ За остваривање идеала владавине права као владавине правичних и прецизних закона Хајек је наглашавао да треба да буду испуњени политички и културни услови, посебно они којима се ограничава управна власт. Слободе појединца постају веће, како се повећавају ограничења управне власти. И ако је владавина права тема под доминатним утицајем филозофије, политикологије, опште теорије државе и права она своје подручје примене налази у свим позитивно-правним гранама права. Једна држава не може се назвати правном државом ако поједине фундаменталне гране права имају, изразито, застарела, односно ретроградна, решења која не прате културну еволуцију права.

³¹ Д. Митровић, *Правна теорија*, Београд, 2007, стр. 170.

³² Џ. Ролс, *Теорија правде*, Београд – Подгорица, 1998, стр. 221. и даље

³³ Ф. Хајек, *Политички идеал владавине права*, Загреб, 1994, стр. 19.

У основној грани права уставном праву из које извиру све правне гране права, садржина појма владавине права објашњава се путем термина уставност. Уставност подразумева подређеност државе и осталих субјеката објективном праву.

Из претходних излагања могу се назрети три основна поимања владавине права и правне државе.³⁴

1. *По либералнодемократској доктрини* појмови владавине права и правна држава нису темпорално и просторно омеђени. То су ванвременске категорије са важењем за вечност. Владавина права је дакле, мерило исправности и ваљаности било којег позитивног државноправног поретка. Принципи владавине права и правне државе су природноправног карактера. Они су изнад позитивног права које има позитивноправни нормативитет. Ово је природноправно схватање владавине права и правне државе, обзиром да по њему ваљаност закона одређују метаправна начела која важе мимо Устава.

Позитивно право је у важности и примени ако је у складу са тим начелима. Учење о владавини права и правној држави, по овом теоријском правцу се заснива на одговору на питања какво право треба да буде и које карактеристике имају Устав и закони. У теорији се наводи да се та начела никако не требају помешати са пуком законитошћу аката државне власти. У српској теорији Коста Чавошки је мишљења „да владавина права не представља владавину било каквих позитивних закона независно од стварне садржине коју они могу да имају, већ владавину онога што закони треба да буду, тј. метаправну доктрину или политички идеал.“

2. *Према позитивистичком схватању* владавине права ваљаност права изједначава се са формалном законитошћу аката државне власти. Последица таквог схватања је да нема метаправних мерила за оцену ваљаности и исправности важећег права. По овом формалистичком и легалистичком приступу, владавина права се своди на пуку усаглашеност аката мање правне снаге са правним актима веће правне снаге и на сагласност органа власти и појединаца позитивном праву, независно од тога каква је садржина позитивног права. Појмови владавине права и правне државе се посматрају као вредносно испражњени. Реч је о приступу који се може описати као некритички правни позитивизам у коме се акценат ставља на формалну компоненту као мерило ваљаности правног поретка. Никакво право не егзистира изван и изнад позитивног

³⁴ Више о томе Р. Марковић, *Уставно право*, Београд, 2010.

права које би ограничавало законодавца који је суверен. Владавина права своди се на правну државу, а ова на правни поредак у којем су акти устројени у складу са начелом формалне законитости.

3. Треће мишљење о владавини права (које је на средини између предходна два става) сагледава ову владавину као *владавину позиитивнојравној* поретка *одређених својстава*. Дакле владавина права значи ограничену власт у Уставу и законима којима се истовремено искључује концентрисање власти у једном центру. Тако схваћен државноправни поредак одређених карактеристика поседује механизме који спречавају продор власти у област људских и грађанских слобода и права. Поменути Алберт Вен Дајси је као фундаментално начело британског Устава одредио владавину права при том наводећи његова три начела: 1) превласт закона над арбитрерном влашћу; 2) једнакост свих субјеката пред законом; 3) постојање уставног права, односно норми које су у државама изражене у писаном Уставу.

Устав је последица људских и грађанских права, а не њихов извор. Она су инхерентне сваком људском бићу а утврђују их и спроводе судови.

IV. Француска теорија о правној држави кроз схватање Каре де Малбера

У француској теорији о правној држави, Каре де Малбер је правио дистинкцију између правне и законске државе с једне стране и полицијске државе с друге стране.

У домаћој теорији државе и права истиче се да подела држава на полицијске и правне није само теоријска већ стварна. „Полицијска држава је држава апсолутизма“³⁵, и врло често носи назив апсолутистичка држава. Она није везана правом. Њени ограничења раде по наредбама и инструкцијама извршне власти. Правна правила су обавезна само за ниже органе. То је према полицији и извршних органа над законодавним. Постоји принцип јединства власти, али власт није концентрисана у демократски изабраном законодавном органу (парламенту), већ у извршној власти, чак у појединцу, шефу те власти. Он је неограничен. Не постоји ниједан орган коме он полаже рачуне, нити правне норме које

³⁵ Ако се каже за полицијску државу да је реч о држави апсолутизма, тај став треба унеколико појаснити. Полицијска држава не потиче из димензије само једног времена, времена апсолутних монархија, већ се сусрећу и у актуелној данашњици.

ограничавају његову власт. Полицијски апарат је врло јак, доминантан у држави. Он носи све активности. Наравно да то повлачи и јачање војске и у оваквим модерним државама увек имамо јачање две врсте органа, полиције и војске, па тиме полицијску и милитаристичку државу. „У оваквој држави појединац није грађанин него поданик.“³⁶

Кроз дело Каре де Малбера³⁷ обзиром на време у којем је стварао, провлачи се став, да је у Француској на снази био режим легалне државе, а не систем правне државе. Поставља се питање: какво значење има легална држава у интерпретацији овог француског правног писца? Реч је о држави где се власт врши на основу закона. Гаранције таквог вршења власти су двоструке. Прво, лица којима се управља се поуздају у позитивно право, односно „обезбеђени су од изненађења, јер су делатност и услови администрације у извршењу закона ограничени.“³⁸ Устав је *lex superior* у односу на закон (то је друга страна двострукости гаранција у легалној држави – (напомена М. Р.).

Закон, у легалној држави, карактерише општост и по правилу деперсонализација (безличан облик закона и формална, а требало би да буде и суштинска једнакост свих пред њим). „Из тог разлога управа мора да дела у извршењу закона само *secundum legem* у сагласности са законом. Каре де Малбер сматра да не треба како то наглашава „мешати систем правне државе који је супротан полицијској држави.“

Полицијска држава је она „у којој административна власт може на дискрециони начин и мање-више уз потпуну слободу одлучивања, да примени на све грађане све мере за које оцени да је корисно њихово предузимање како би у сваком тренутку постигла циљеве које је себи поставила.“³⁹

На основу оваквог схватања произилази да у правном систему полицијске државе не постоје стварне правне границе у вршењу власти као ни стварна заштита грађана у односу на власт.

По овом француском писцу, правна држава је она држава која се у својим односима са субјектима и због гарантовања њиховог индивидуалног статуса сама подвргава правном режиму и то тако да повезује своју акцију са њиховим правилима, с једне стране, која одређују права резервисана за грађане, док, са

³⁶ М. Симић, С. Ђорђевић, Д. Матић, *Увод у право*, Крагујевац 2009, стр. 163,

³⁷ С. de Malberg R, *Contribution a la theorie generale de l'Etat*, 2 vol T, I, Paris, 1920, стр. 293.

³⁸ Г.Вукадиновић, *Правна држава*, Нови Сад, 1995.

³⁹ С. de Malberg R, *op.cit.*, стр. 490.

друге стране, одређује унапред путеве и средства која морају бити употребљена да би се реализовали циљеви државе.

Из оваквог става Малбера, професорка Гордана Вукадиновић закључује да „Правна држава има за циљ да сачува и одбрани против арбитрности државних ауторитета интересе грађана.“⁴⁰

На зачетку теорије правне државе у Француској, правна држава садржи једно шире значење у односу на појам правне државе који је изграђен у Немачкој. У немачкој правној теорији, правна држава је поимана као организација у којој сви акти управе, првенствено полиције, морају да буду законити. У Француској изражена је тесна повезаност правне државе са легалитетом и супрематијом закона и Устава који су конституисани још од француске буржоаске револуције. „Правна држава је била, пре свега, уставно-правна држава, а тек после законодавноправна, јер је Устав сматран непосредном вољом народа.“⁴¹ Теорија правне државе првооформљена у Немачкој је касније интегрисана и у друге велике правне системе и њихове најважније гране права међу којима је, свакако и кривично и грађанско право са својим начелима законитости односно аутономије воље. Исправно се у теорији примећује да „Свугде тамо где је грађанство поседовало социјалну снагу и показало свест о заједничком интересу, успостављен је механизам који обезбеђује ограничавање државне власти, владавину закона и очување индивидуалне слободе, под називом у Немачкој Rechtsstaat, у Енглеској у форми Rule of law, у Француској као la separation des pouvoirs u l'Etat legale, поред l'Etat de droit, а у Сједињеним Америчким Државама као due process of law.“⁴²

V. На послетку

Наведена излагања имала су за циљ да укажу на историјску „путању“ писане речи, теоријских схватања о правној држави и владавини права. Ова два појма настала су у географски различитим подручјима, и у различитим правним системима: енглеском – владавина права и немачком – правна држава. Без обзира на различите корене, ове теорије имају много тога заједничког. Савремено право

⁴⁰ Г. Вукадиновић, *Правна држава*, Нови Сад, 1995, стр. 24.

⁴¹ Р. Лукић, *Правна држава и Француска буржоаска f*

⁴² Г. Вукадиновић, *Правна држава*, Нови Сад, 1995, стр. 27.

са својим кључним гранама, инкорпорира вредносне тековине владавине права, односно примењивих учења о правној држави.

И поред толико списатељства о владавини права и правној држави у многим правним системима то делатништво остало је само писана реч без отелотворења у пракси. Устави многих држава у преамбулама или почетним члановима дефинисали су и дефинишу државе као правне, као државе владавине права и социјалне правде. Ситуација у пракси је на многим правним поднебљима посве другачија. Постоји владавина неправда, флагрантна кршења људских права и девастација социјалне правде од стране корумпираних политичке елите и привредних моћника. Није лако у потпуности дефинисати правну државу и владавину права а још много већа је потешкоћа остварити идеале владавине права у пракси.

Ова излагања завршићемо мислима Ђорђа Тасића који сматра „да је правна држава демократска држава заснована на начелу народног суверенитета, у којој сви органи, али и грађани имају више или мање прецизно одређену надлежност и права која су судски загарантована. Једном речју то је држава која почива на начелу законитости.“⁴³

Из свега што је написано на овим страницама да се закључити да законитост не сме бити садржана у борби против елементарних начела владавине права јер онда је законитост појам који је супротност правној држави. Дакле законитост бар елементарно мора бити у паралели са начелима природног права као једино непролазног и вечног права, тог угаоног камена правне државе.

⁴³ Г. Вукадиновић, *Ђорђе Тасић и његова држава*, Архив за њравне и друштвене науке, Београд, 1993, бр. 4.

Milan Rapajic, LLM

ABOUT STATE LAW AND RULE OF LAW - SOME CONSIDERATIONS

Summary

In the discussion about the state of law and its rule the author starts from the most famous philosophers from the ancient period and their validity on the public law legal system. This work presents the views of Montesquieu and John Locke.

As a birth place of the theory of the rule of law, the German legal thought is taken, in which it soon came to the difference between the rule of law in the formal sense and the rule of law in the material sense. Although Germany is a home land of the theory of state of law, its space is the place of the biggest negation of rule of law during the neonazi totalitarian rule. An example of the negation of the rule of law in Germany of my time is minimizing the introduction of the principle of legality and analogies in the Penal Code and the Criminal Code of the Soviet Union.

The rule of law is the term of Anglo-Saxon constitutional theory of the nineteenth century whose creator was a leading constitutional lawyer of that time Albert Venn Dicey. The rule of law can be seen as a positive legislative rule system regardless of whether the constitutional and legal norms of that order are in accordance with the principles of natural law. On the other hand, the rule of law by the liberal view is an order of legal norms that are based on the principles of natural justice and are associated with matalegal principles.

French theory of the rule of law is presented through a summary of a work of Raymond Carré de Malberg. According to the time in which the author created, it can be concluded that in France the legal regime was ruling but not a system of the state. According to de Malberg, legal state is the type of government where power is exercised by the law. Guarantees of such exercise of power are two fold. First, the person who are the subject of rulling, trust in positive law, they are safe from any kind of surprise, because the activity and administration in terms of law enforcement are limited. The Constitution is the lex superior to the law. The law, in a legal state, is characterized by generality and usually depersonalization. For this reason, the government has to act in a law enforcement by secundum legem only in accordance with the law.

At the end he concludes that legitimacy must not be used as a tool in the fight against the elementar principles of the rule of law because the legality is the term of the antipode of a state of law.

Keywords: state of law, rule of law, the negation of the rule of law, the German theory, theory of Anglo-Saxon rule of law, the French theory of the rule of law.