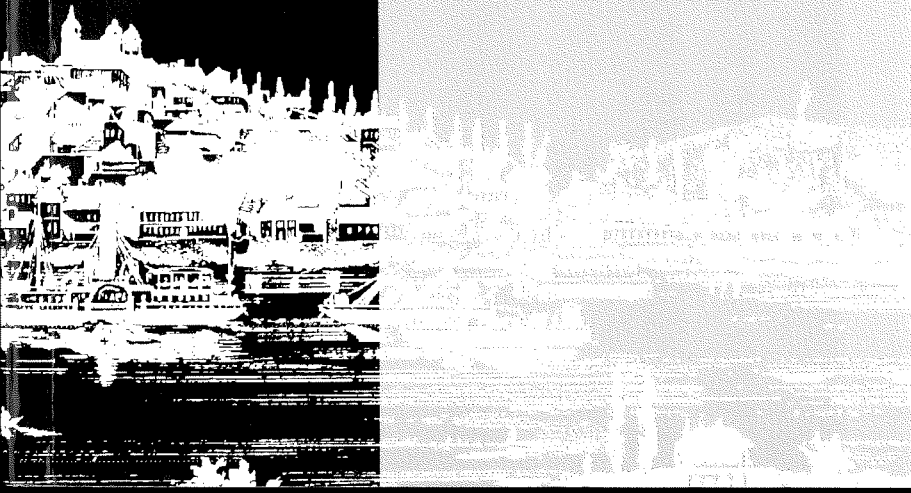


ISSN 0354-8872

NBP

JOURNAL OF CRIMINALISTICS AND LAW
ŽURNAL ZA KRIMINALISTIKU I PRAVO

Vol. XIX, No. 2, 2014



UDC 343.98

ISSN 0354-8872

ACADEMY OF CRIMINALISTIC AND POLICE STUDIES, BELGRADE – THE REPUBLIC OF SERBIA
KRIMINALISTIČKO-POLICIJSKA AKADEMIJA, BEOGRAD – REPUBLIKA SRBIJA

NBP

JOURNAL OF CRIMINALISTICS AND LAW

ŽURNAL ZA KRIMINALISTIKU I PRAVO

KRIMINALISTIČKO-POLICIJSKA AKADEMIJA
Beograd, 2014

Publisher

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, 196, Cara Dušana Str., Zemun

EDITORIAL BOARD

Professor Dragoljub Kavran, PhD, President
kavran@sbb.rs

Professor Wang Shiquan, PhD, President of the China Criminal Police University
Snežana Nikodinovska-Stefanovska, PhD, Full Professor at Faculty of Security – Skopje, Macedonia

Professor Andrej Sotlar, PhD, Faculty of Criminal Justice and Security, Slovenia

Slobodan Jovičić, PhD, Full Professor at Faculty of Electrical Engineering, University of Belgrade
jovicic@etf.rs

Sima Avramović, PhD, Full Professor at Faculty of Law, University of Belgrade
sima@ius.bg.ac.rs

Srđan Milašinović, PhD, Full Professor at Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade
srđjan.milasinovic@kpa.edu.rs

Milan Žarković, PhD, Full Professor at Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade
mizarko@yubc.net

Sasa Milojević, PhD, Associate Professor at Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade
sasa.milojevic@kpa.edu.rs

Mladen Bajagić, PhD, Associate Professor at Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade
mladenba@yahoo.com

Brankica Popović, PhD, Assistant Professor at Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade
brankica.popovic@kpa.edu.rs

EDITORIAL COUNCIL

Editor-in-Chief

Professor Dragana Kolarić, PhD
dragana.kolaric@kpa.edu.rs

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Crime-investigation and Forensics Editor

Professor Ljiljana Mašković, PhD

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

ljiljana.maskovic@kpa.edu.rs

Police and Security Editor

Professor Đorđe Đorđević, PhD

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

djordje.djordjevic@kpa.edu.rs

ENGLISH LANGUAGE EDITOR AND PROOF-READER

Dragoslava Micovic

SERBIAN LANGUAGE EDITOR AND PROOF-READER

Jasmina Miletić

Printed by:

Public Enterprise Official Gazette, Belgrade

Circulation

300 copies

JOURNAL IN PDF FORMAT

www.kpa.edu.rs

Published three times a year

TABLE OF CONTENTS

Gordana Ilic-Popov

CRIMINAL OFFENCE OF DISCLOSING OFFICIAL SECRET
IN SERBIAN TAX LAW 1

Djordje Djordjevic

NEW CODE OF MISDEMEANOR AND INNOVATIONS
IN GENERAL SECTION OF MISDEMEANOR LAW 15

Natasa Mrvic-Petrovic

RESPECT *NE BIS IN IDEM* PRINCIPLE OF THE TRIAL FOR
SIMILAR CRIMINAL OFFENSES AND MISDEMEANORS 27

Zoran Krstic

CONTEMPORARY SECURITY CHALLENGES IN MEXICO:
CONNECTION BETWEEN THE STATE AND DRUG CARTELS 41

Tijana Surlan

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS
OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN –
MONITORING OR QUASI JUDICIAL FUNCTIONS 57

Jelena Zeleskov Djoric, Ana Batricevic

OFFENDER SUPERVISION IN EUROPE –
GENERAL TRENDS AND SERBIAN EXPERIENCE 75

Ljiljana Maskovic, Renata Samardzic

SOME FORENSIC METHODS OF THE PAINTING COLOUR ANALYSIS 95

Dragan Randjelovic, Milos Randjelovic, Zeljko Kuzmanovic

PRACTICAL APPLICATION OF OPEN SOURCE
SOFTWARE TOOLS IN CRYPTOGRAPHY 115

Kosta D. Mitrovic

TEACHINGS OF THE TWO MAJOR WORLD SYSTEMS
OF LAW ON LEGALITY AND THEIR UNIFICATION 137

Vladimir M. Cvetkovic

ANALYSIS OF SPATIAL AND TEMPORAL DISTRIBUTION
OF VOLCANIC ERUPTIONS 153

Sanja Jevtic, Milesa Sreckovic, Radovan Radovanovic

LIDAR METHODS IN EARLY DETECTION AND MONITORING
OF FIRES AND COMPUTER BASED SIMULATION 171

Dusan Jaksic

REHABILITATION IN THE CRIMINAL LAW OF SERBIA 187

UČENJA DVA VELIKA SVETSKA SISTEMA PRAVA O ZAKONITOSTI I NJIHOVO PRIBLIŽAVANJE

Kosta D. Mitrović*

Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Sažetak: U savremenoj pravnoj teoriji postoje dva glavna značenja koja se pridaju pojmu zakonitosti. Ona odgovaraju nosećim idejama dva glavna savremena svetska sistema prava: evropskom kontinentalnom i anglosaksonskom. Prvi prednost daje formalnom i normativnom pojmu zakonitosti, a drugi njenom sadržinskom pojmu, oličenom u pravnoj državi i vladavini prava.

Danas se razlike između evropskog kontinentalnog i anglosaksonskog sistema prava svesno i planski ublažavaju i gube zahvaljujući unifikovanju različitih delova prava, širokom korišćenju pravnih transplantata itd. Na primer, u evropskom kontinentalnom pravnom sistemu sve značajniji izvor prava postaje sudska praksa, a u anglosaksonskom zakon. Postepeno ublažavanje prvobitnih razlika između ova dva sistema i njihovo približavanje, za šta dobar primer predstavljaju upravo pravna država i vladavina prava, dozvoljavaju da se zaključí kako će se ova dva sistema u doglednoj budućnosti stopiti u jedan i jedinstven vodeći svetski sistem prava.

Ključne reči: načelo zakonitosti, pravna država, vladavina prava, unifikacija prava.

Uvod

Reč „zakonitost“ je izvedena od reči „zakon“. Ali, dok zakon obično označava najviši pravni akt kada nema pisanog ustava, ili pravni akt koji je formalno podređen samo pisanom ustavu, zakonitost označava dinamičko pravno načelo kojim se najčešće označava stepen efikasnosti pravnog poretka ili stanje i kvalitet datog prava.

* Doktorand, kosta.mitrovic@gmail.com

Pored srpske reči „zakonitost“ često se koristi reč „legalnost“, izvedena iz latinske reči *lex* (zakon), koja označava isto što i zakonitost (sa različitim varijantama: „legislator“, „legislatura“ itd.).² Istog su jezičkog porekla i druge srodne reči („zakonodavac“, „zakonodavstvo“ itd.).

U pravnoj literaturi susreću se i koriste drugi strani jezički izrazi: u francuskom jeziku *légalité*; u engleskom i američkom *Legality, Rule of Law, Government under Law* i *due process* (koji je karakterističan za američku pravnu terminologiju i praksu); u nemačkom *Legalität, Rechtsstaat* i *Gesetzsmässigkeit*; u španskom *Legalidad*; u italijanskom *legalità*; u ruskom *zakonnost* itd.³

Svi navedeni izrazi kojima se označava načelo zakonitosti nemaju uvek isto značenje, tj. nisu „uhodani“, već sadrže posebna značenja ili veoma fine nijanse koje ih praktično čine različitim.⁴ Na toj osnovi mogu da se razlikuju izrazi za opšti normativni pojam zakonitosti (*zakonitost, légalité, Legality, Legalität, Gesetzmässigkeit, Legalidad, legalità, zakonnost*) od posebnih izraza za označavanje nekog od više izvedenih značenja načela zakonitosti (*Rule of Law, Government under Law, due process, Rechtsstaat*). Da podsetimo, načelo zakonitosti se u anglosaksonskom sistemu prava označava se teško prevodivim izrazom *Rule of Law*, koji u „užem smislu označava, ‘vladavinu zakona’, a u širem ‘vladavinu prava’“. Pored ovog, kao što je pomenuto, koriste se i izrazi *government under law*, koji u užem smislu označava „vladu koja je ograničena zakonom (pravom)“, a u širem smislu „administraciju (upravu) koja je ograničena zakonom (pravom)“, ili posebnim izrazom i instrumentom *due process (procedural regularity)*, koji predstavlja „postupak za zaštitu ljudskih prava i sloboda koji u pravnom sistemu određuju ili narod ili država“.⁵

1. Evropski kontinentalni sistem prava i anglosaksonski sistem prava

U savremenoj pravnoj teoriji postoje dva glavna značenja koja se pridaju pojmu zakonitosti. Ona odgovaraju nosećim idejama dva glavna savremena svetska sistema prava: evropskom kontinentalnom i anglosaksonskom.

Evropski kontinentalni sistem prava ima dugu istoriju i tradiciju. Ona se zasniva na pisanom i kodifikovanom pravu. U njegovom stvaranju odlučujuću ulogu je odigrala rimska jurisprudencija. Njegov odlučujući uticaj sačuvan je i nastavljen sve do danas zahvaljujući recepciji rimskog prava, koja se odvijala uporedo sa obrazovanjem pravnika u najvažnijim evropskim univerzitetskim centrima, počevši od Bolonje (osnovane 1088. godine). Takođe, uticaj doktrine prirodnog prava, osnažene stvaranjem velikih kodifikacija, učinio je neophodnim korišćenje apstraktnih pojmova, formulisanje opštih normi, podelu prava na javno i privatno ili materijalno i formalno. To je zahtevalo logičko uobličavanje i stvaranje koherentnog pravnog sistema, što se danas vidi po izraženoj potrebi

² Vid.: M. Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd 1972; M. Stanić i D. Moračić, *Jezičko-pravopisni savetnik*, Beograd, 1981.

³ *Politička enciklopedija*, Beograd, 1975, 1160.

⁴ J. A. Jolowitz, *Digest in Discussion, Annales de la Faculté du Droit d'Istanbul*, IX, No. 12, 1959.

⁵ *Webster's New Dictionary*, New York 1977, 562.

za uspostavljanjem hijerarhije izvora prava na čijem se vrhu nalaze ustav i zakon. Zakonima se i danas stvara pretežan deo prava, dok to nije slučaj sa ustavima. Uz to, određeno mesto pripada drugim izvorima prava, kao što je slučaj sa različitim aktima korporacija, sudskom praksom, pravnim običajima, ugovorima itd. Uloga ovih akata je obično manja od uloge pisanog prava koje se stvara zakonodavnom delatnošću.

Najizraženiju karakteristiku evropskog kontinentalnog sistema čini postojanje razvijenog pisanog i kodifikovanog sistema pravila koja je lako otkriti i razumeti pošto su gotovo odmah dostupna.

Anglosaksonski sistem prava ima dugu istoriju, tokom koje je od lokalnog pravnog sistema postao drugi veliki pravni sistem koji je iznedrila evropska kultura. On se pretežno zasniva na pravilima koja su vekovima stvarali engleski sudovi, a u znatno manjoj meri na rimskom pravu, prirodnom pravu ili kodifikacijama. U njemu značajnu ulogu ima podela prava na *common law*, izraženog u obliku zajedničkih običaja, i *equity law*, izraženog u obliku sudskih odluka zasnovanih na običajima i pravičnosti. U savremenom dobu sve je izraženija uloga *statute law*, proisteklog iz zakonodavne aktivnosti, iako se i dalje tvrdi kako u njemu osnovni izvor prava predstavlja sudski precedent. Ali, od kada su u drugoj polovini XX veka objedinjeni *common law* i *equity law*, sve veći značaj stiče zakon (*Act*) kao izvor prava, naročito u oblastima industrijskih odnosa, korporacija, akcionarskih društava, berzi itd. Najnoviju pojavu predstavlja tzv. sekundarno zakonodavstvo (*SiS*) u Velikoj Britaniji, čime se erodiraju garancije uspostavljene brojnim *Habeas corpus* aktima.

I unutar sistema anglosaksonskog prava postoje važne razlike između pojedinih nacionalnih prava koja mu pripadaju. Na primer, u pravu SAD pisani ustav je najznačajniji izvor prava, ali sa znatno drugačijom ulogom proisteklom iz istorije, osobenosti federalnog ustrojstva i pravnog sistema te zemlje. Zbog toga se umesto izraza anglosaksonski sve češće koristi izraz „angloamerički“ sistem prava.

Danas se razlike između evropskog kontinentalnog i anglosaksonskog sistema prava svesno i planski ublažavaju i gube zahvaljujući unifikovanju različitih delova prava, širokom korišćenju pravnih transplantata itd. Na primer, u evropskom kontinentalnom pravnom sistemu sudska praksa postaje sve značajniji izvor prava, a zakon u anglosaksonskom. Postepeno ublažavanje prvobitnih razlika između ova dva sistema i njihovo približavanje, a dobar primer za to predstavljaju pravna država i vladavina prava, dozvoljavaju da se zaključi kako će se ova dva sistema u dogleđnoj budućnosti stopiti u jedan, *svetski* vodeći pravni sistem.

Tome pogoduje kako praksom već provereno iskustvo *nordijskog pravnog sistema* koji je nastajao nekoliko vekova i sadrži izmešane karakteristike evropskog kontinentalnog (romansko-germanskog) i anglosaksonskog prava, tako i sve snažniji globalistički zahtevi za pravom koje sve više „teži ka apsolutnom Pravu univerzalne i homogene Države“ (Aleksandar Kožev / Aleksandar Kožev).⁶ To pravo imalo bi za glavni zadatak „da ispita smisao kojim bi se mogao razrešiti sukob ideje o maloj grupi i ideje o univerzalnoj republici“ (Roberto Mugabeira Unger / Roberto Mugabeira Unger).⁷ Primena te globalističke ideje već se jasno uočava u tzv. komunitarnom pravu Evropske unije.

6 A. Kožev, *Fenomenologija prava*, Beograd 1984, 197.

7 R. M. Unger, *Znanje i politika*, Zagreb 1989, 324 i dalje.

Velikim sistema prava prilagođeno je njihovo značenje zakonitosti. Prvo značenje je evropsko-kontinentalno. Ono je zasnovano na sačuvanoj i negovanoj tradiciji klasične rimske jurisprudencije, dok je drugo značenje anglosaksonsko. Istorijski posmatrano, unutar svakog značenja razvila su se mnogobrojna izvedena shvatanja o zakonitosti koja izražavaju najbolja iskustva svakog od ova dva velika savremena pravna sistema.

3. Načelo zakonitosti u evropskoj kontinentalnoj teoriji prava

Evropsko kontinentalno značenje načela zakonitosti nastalo je iz teorijskih postavki o pravu i prakse zasnovane na rimskoj jurisprudenciji i radovima najvećih i najpoznatijih pravnika. Snažna težnja da se izgradi pravo na hijerarhijski uređenim osnovama, kao i težnja da se stvori logički usklađen pravni sistem, barem delom nalik na sistem koji su stvorili rimski pravници, ostavili su neizbrisiv trag na savremeno shvatanje zakonitosti.

Od rimske jurisprudencije, preko učenja egzegetičke pravne škole, sve do normativnih i normativističkih učenja o pravu, učenja analitičke jurisprudencije ili skandinavskog pravnog realizma, zakonitost je shvatana i određivana kao saglasnost sa zakonom. Zakoni treba da se primenjuju, dok zakonitost treba da omogućí njihovu primenu. Takvom shvatanju odgovara čitav sistem pravnih ideja, institucija i sredstava koji treba da omogućí ili pospeše ostvarivanje ideje prava izražene u obliku strogog pridržavanja zakonitosti.

Smatra se da je u pravnoj teoriji moderan pojam načela zakonitosti prvi put jasno određen u *nemačkoj pravnoj literaturi* 1873. godine, kao i da su ga istovremeno i nezavisno jedan od drugog odredili Pol Laband (Paul Laband) i Gerhard Lutold (Karl Edwin Luthold). Uprkos tome, i danas se rado ističe da je zakonitost u Nemačkoj u modernom smislu reči postojala u Pruskoj još za vreme Fridriha II, sa kojim je povezana jedna anegdota.⁸ Za Fridriha II se kaže da mu je smetala jedna vetrenjača koja se nalazila u blizini njegove palate, jer mu je kvarila pogled na okolinu. Posle više bezuspešnih pokušaja da je kupi, vlasniku je zapretio zatvorom, na šta mu je vlasnik odgovorio: *Es gibt noch eine Kammergeicht in Berlin!* („Mi još uvek u Pruskoj imamo sudove pravde“).⁹

Prema Fridrihu A. Hajeku (Freidrich Augustus von Hayek), savremena ideja zakonitosti je ušla u svakodnevnu upotrebu u Nemačkoj u prvoj polovini XVIII veka, dok pomenuta anegdota (pričica) nagoveštava granice kraljevske vlasti koja u ono vreme „nije verovatno postojala ni u jednoj drugoj zemlji na Kontinentu, a sumnjam da i danas postoji u vodećim zemljama demokratije. Kada bi neko od današnjih arhitekata politike rekao da mu tako nešto smeta, to bi se verovatno uklonilo, ali u javnom interesu“. Najinteresantnije je da Hajek zaslugu za ovakav razvoj zakonitosti pripisuje samom Fridrihu II, koji je sebe opisao kao „prvog slugu države“.¹⁰

Nasuprot idealizovanoj slici zakonitosti u Nemačkoj, Georg Jelinek (Georg Jellinek) iznosi u svojoj knjizi „Upravno pravo“ da legenda o Fridrihu II i mlinaru iz Sansija (Sanssouci) „spada u carstvo priča, kao i da su se faktički u nekim drugim

8 Vid.: F. A. Garner, *Administrative Law*, London 1979.

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

10 F. A. Hayek, 171, 481.

slučajevima sprovedila teška nasilja nad sudovima“. Međutim, za Jelineka je veoma značajno to da je apsolutistički vladar, kada se na nepravilan način mešao u rad sudstva, „barem osećao da stvar nekako nije u redu“.¹¹

Pomenuta anegdota je i danas prijemčiva, iako postoje mnogi stariji slični ili noviji bolji primeri kojima je popularizovana ideja o nužnom ograničavanju državne vlasti zakonima. Od Imanuela Kanta, ta ideja je u nemačkoj pravnoj teoriji razvijana u obliku učenja o pravnoj državi (*Rechtsstaat*), koje je danas opšteprihvaćeno na Kontinentu. Zbog toga se u nemačkoj državno-pravnoj teoriji sasvim umesno razlikuju izrazi *Legalität* i *Gesetzmässigkeit* od izraza *Rechtsstaat*. Navedeni izrazi jasno određuju način za dalje istraživanje načela zakonitosti. Prvi način se obično naziva pozitivističkim, dogmatičko-normativističkim, a drugi sociološko-političkim i etičkim. Oba načina se najčešće sučeljavaju jedan sa drugim bez naročitog razloga, a to je slučaj i sa učenjima o zakonitosti, koja se takođe pogrešno shvataju kao dva suprotstavljena značenja ili pravca razmišljanja.

Najznačajniji predstavnik prvog pravca je Hans Kelzen (Hans Kelsen). Za Kelzena pravo predstavlja „poredak ljudskog ponašanja“, pravni poredak „sistem pravila koja imaju onu vrstu jedinstva koju mi shvatamo kao sistem“, a pravni sistem „zatvoren logički sistem iz koga se pravilne odluke mogu izvući iz prethodno određenih pravila na logičan način“.¹² Samo ispunjavanje navedenih pretpostavki, smatra Kelzen, omogućava postojanje pravnog načela zakonitosti.

Za Kelzena se načelo zakonitosti naročito ogleda u zahtevu da svi pravni akti i materijalne ljudske radnje budu međusobno usaglašeni. Takva međusobna saglasnost svih pravnih akata predstavlja nužan uslov za postojanje pravnog poretka. Da bi to potvrdio, Kelzen razmatra vezu načela zakonitosti sa pojmom pravde na samo njemu svojstven način.

Prema Kelzenu, „samo onaj poredak koji ne zadovoljava interese jednog na račun drugog, već uspostavlja kompromis između suprotstavljenih interesa da bi umanjio moguće sukobe, ima izgleda da relativno dugo traje“.¹³ Dakle, da bi poredak postojao, potrebno je da bude efikasan, a ne pravedan. Pravda može da se dovede „u sklad sa bilo kojim pozitivnopravnim poretkom i svaki takav poredak zahteva takvu pravdu, pa bio on kapitalistički ili komunistički, demokratski ili autokratski“.¹⁴ Ona se ne odnosi na sadržinu pravnog poretka, nego na njegovu primenu.¹⁵ Zbog toga, pravda može da uđe u „pravnu nauku jedino u smislu zakonitosti“, jer je „zakonitost pravda efikasnog poretka“.¹⁶

Kelzen svoje ideje o vezi zakonitosti i pravde objašnjava sledećim rečima: „osloboditi pojam prava od ideje pravde teško je zato što se oba pojma mešaju... i što to mešanje odgovara ideološkoj tendenciji da se pozitivno pravo prikaže kao pravedno... Čista teorija prava ne protivi se ni na koji način zahtevima za pravednim pravom ako izjavljuje da nije nadležna da odgovori na pitanje u čemu se sastoji osnovni element pravde“. Pravda je „iracionalna ideja“, odnosno „društvena sreća“, dok „sreća koju

11 Nav. prema: I. Krbek, *Zakonitost uprave*, Zagreb 1936, 28.

12 H. Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd 1951 (1998, 2010), 17, 49–50, 116, 122.

13 *Ibidem*, Kelzen, 19–20.

14 *Ibidem*, 27–28.

15 *Ibidem*, 32.

16 *Ibidem*.

društveni poredak hoće da osigura može biti jedino sreća u društvenom smislu, tj. zadovoljenje izvesnih potreba za koje je društvena vlast, tj. onaj koji propisuje pravne norme, priznao da vrede da budu zadovoljene¹⁷. Zbog toga, „u pogledu opšteg pravila, *pravedno* je da ono bude stvarno primenjivano na sve slučajeve na koje, prema svom sadržaju, treba da bude primenjeno“. I obrnuto, „*nepravedno* je u pogledu njega da bude primenjeno u jednom slučaju a da ne bude primenjeno u drugom slučaju¹⁸“.

Nemačkoj pravnoj teoriji nije strano ni političko-pravno značenje načela zakonitosti, koje se označava izrazom *Rechtsstaat*. Njime se u evropskoj pravnoj tradiciji određuje izvedeno, a ne opšte značenje pojma zakonitosti.

Na sličan pozitivnopravni način zakonitost se određuje u *francuskoj pravnoj teoriji*. Zakonitost kao normativno načelo označava saglasnost nižeg pravnog akta sa višim pravnim aktom, ali i kao saglasnost ljudskog ponašanja sa zakonom i drugim pravnim aktima. Zakonitost se određuje i uže, kao saglasnost svih pojedinačnih pravnih akata sa zakonom, pod uslovom da se zakonom smatra „svaki opšti akt, a ne samo zakon u materijalnom smislu¹⁹“. To je razumljivo, imaju li se u vidu neprijatna istorijska iskustva sa policijskom državom koja ni danas nisu zaboravljena.

Nadahnut strahom od zloupotrebe vlasti Andre de Lobader (André de Laubadère) sredinom XX veka o načelu zakonitosti kaže: „Ono se odnosi na sve aktivnosti administrativne vlasti, a najpre na pojedinačne odluke koje moraju da budu u skladu sa postojećim pravilima“. Reći da je administracija „vezana zakonskim propisima koji se na nju odnose, znači utvrditi odnos moći između aparata administrativnih organa i parlamenta“. Pošto to ne može valjano da se uradi, „pojam zakonitosti se odnosi na sve administrativne akte, a posebno na uredbu vlade²⁰“. Takvo uže određivanje pojma zakonitosti potvrđuje izričit stav francuskih pravnika, po kome svaki pojedinačni pravni akt, a posebno sudski i upravni akt, uvek mora da se zasniva na zakonu.

Najpoznatije shvatanje o pravu i zakonitosti izložio je francuski pravnik Leon Digi (Leon Duguit) u prvim decenijama XX veka. Pravno pravilo predstavlja osnov pravnog sistema, dok je zadatak načela zakonitosti da obezbedi efikasnost na taj način što „nijedan državni organ ne može da donese pojedinačnu odluku koja ne bi bila saglasna jednoj opštoj odredbi donetoj ranije ili, u drugom obliku, pojedinačna odluka može da bude doneta samo u granicama koje određuje prethodan materijalni zakon. Taj je princip u bitnosti zaštite pojedinaca i može se reći da on nema, ne može da ima, ne sme da ima izuzetke²¹“. Očigledno, Digi zakonitost određuje pozitivistički – kao „sistem odnosa“ između „normativnih“ i „tehničkih“ pravila. Ona naročito obavezuje državne organe koji svoje odluke mogu da donose jedino u saglasnosti sa prethodno donetim opštim pravilom, jer „pojedinačna odluka može biti doneta jedino u granicama koje postavlja raniji materijalni zakon²²“. Na pomenuti način određen pozitivnopravni pojam zakonitosti nalazi svoj osnov u prethodećoj Digijevoj ideji društvene solidarnosti na kojoj on gradi čitavu svoju solidaristički nadahnutu pravnu teoriju.

17 *Ibidem*, 19–20.

18 *Ibidem*, 27–28.

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

20 A. de Laubadère, nav. prema: Ch. Eisenmann, 29.

21 *Ibidem*, 733.

22 *Ibidem*, 732–733.

Drugi francuski pisci – pozitivisti također na sličan način određuju načelo zakonitosti. Na primer, Rejmon Bonar (Raymond Bonnard) u svom učenju zakonitost vezuje za aktivnost državnih organa, koja „može da se vrši samo na osnovu opštih, bezličnih i jednakih odredbi koje su tu delatnost organizovale“.²³ On zaključuje da se osnov zakonitosti nalazi u zakonima i pravnim propisima, dok sama zakonitost ima ulogu korektora onih radnji kojima se krši pravo. Ali, načelo zakonitosti nema apsolutan značaj ni u njegovom učenju. Ono „ne steže svu administrativnu delatnost“, budući da administrativni organi i dalje raspolazu „vlašću slobodne ocene“.²⁴

Obim pojma zakonitosti proširio je u svom učenju Šarl Ajzenman (Charles Eisenmann). On smatra da pod pojam zakonitosti treba podvesti „sve pravne propise koje donosi zakonodavac“. Ali, zakonitost u isto vreme predstavlja „zahtev za *ne-suprotnošću* sa zakonodavstvom“ i „zahtev za prilagođavanjem zakonskom uređenju“. Ma šta to tačno značilo, možda i slobodu sudija da postupaju *praeter legem*, Ajzenman je u pravu kada tvrdi da je prvi zadatak administracije da „poštuje pravila koja donosi zakonodavac“.²⁵ U protivnom, administracija bi postala sama svoj zakonodavac postupajući *contra legem*, što je neprihvatljivo za „normalnu“ državu i krajnje štetno za društvo.

Pojam zakonitosti još je više proširio Žorž Vedel (Georges Vedel), po kome zakonitosti obuhvata i poštovanje ugovora, individualnih administrativnih akata i drugih akata koje donose državni organi ili pravna lica. Takvu zakonitost Vedel određuje kao „odnos između akata i radnji administracije“, tj. kao „odnos između svih vrsta raznih pravila različitih izvora“.²⁶ U Vedelovom učenju blede razlika između pojma normativne zakonitosti i od nje šireg pojma sapsravnosti.

U najkraćem, za francuske pravnike formalno-pozitivno načelo zakonitosti obezbeđuje saglasnost svih nižih pravnih akata i ljudskog ponašanja sa višim pravnim aktima. Ono naročito treba da obezbedi saglasnost pojedinačnih pravnih akata sa zakonom u formalnom smislu, dok materijalno načelo zakonitosti predstavlja pre „jedan politički pojam“ koji se odnosi na postojanje pravne države.²⁷

Iz sasvim drugačijih razloga i na sasvim drugačiji način, pojam zakonitosti određivan je u nekadašnjoj *sovjetskoj pravnoj teoriji*. Razloge ne treba naročito objašnjavati. Dovoljno je pomenuti cilj: stvaranje i izgradnju „socijalističke zakonitosti“ kao najsavršenijeg oblika zakonitosti (Mihail Čikvadzea / Mihail Čikvadze).²⁸ Na sličan način su pojam zakonitosti određivali drugi sovjetski pisci: I. S. Samoščenko (I. S. Samoščenko), E. P. Lukašova (E. P. Lukašova), P. M. Rabinovič (P. M. Rabinovič),²⁹ N. P. Fatkulin (N. P. Fatkulin), N. N. Voplenko (N. N. Voplenko),³⁰ S. S. Aleksejev (S. S. Aleksejev).³¹

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

24 *Ibidem*, 138.

25 Ch. Eisenmann, *Le droit administratif et la principé de légalité*, Extr. de *Études et documents*, fase 11, Paris 1957, 25–28, 40.

26 G. Vedel, nav. prema: Ch. Eisenmann, 27.

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

28 М. Чикхадзе, *Социалистическая законность в СССР*, Москва, 1958, 46.

29 Vid.: И. С. Самошченко, *Охрана режима законности Советским государством*, Москва, 1960, 14; Е. П. Лукашова, *Социалистическое правосознание и законность*, Москва, 1973, 25; П. М. Рабинович, *Упрочение законности - закономерность социализма*, Львов 1975, 66.

30 *Ibidem*. Vid.: Н. Н. Вовленко, „Сферы выражения социалистической законности“, *Советское государство и право*, 11, Москва, 1978, 24–25 и 29.

31 С. С. Алексеев, *Общая теория права*, Москва, 1981, I, 217–218.

Navedenim karakterističnim gledištima o pojmu zakonitosti koja pripadaju evropskom kontinentalnom pravnom sistemu, izuzev nemačke koncepcije pravne države i donekle nekadašnje sovjetske koncepcije socijalističke zakonitosti, zajedničko je da pojam zakonitosti određuju pod snažnim uticajem normativističkog pravnog shvatanja i da problematiku zakonitosti usredsređuju na tradicionalne ili aktuelne pravne probleme koji i danas zaokupljaju pravnu nauku i praksu u smislu usavršavanja postojećeg prava. Takođe, zakonitost se različito određuje i kao čisto normativni pojam. Jedni pisci zakonitost izjednačavaju sa spravnošću, drugi kao saglasnost svih pojedinačnih akata sa svim opštim aktima, treći kao saglasnost pojedinačnih akata sa zakonom, četvrti samo kao saglasnost administrativnih pojedinačnih pravnih akata sa zakonom itd. Pisci su ipak saglasni u pogledu isticanje potrebe da određenom pojmu zakonitosti mora da odgovara njegov sadržaj. Bez tog podudaranja, zakonitost ne može da postoji. Ali, čak i tada, za jedne zakonitost označava postojanje slobode i demokratije, za druge sredstvo za ograničavanje državne vlasti iznutra, za treće sredstvo za učvršćivanje socijalističkog društvenog i pravnog sistema itd.

3. Načelo zakonitosti u anglosaksonskoj teoriji prava

Posmatrano iz ugla evropskog kontinentalnog pravnog sistema, odnosno najvećeg broja pravnika koji mu pripadaju, izrazom *rule of law* označava se zakonitost u materijalnom smislu, tj. njen politički pojam. Međutim, iz ugla anglosaksonskog prava i pravnika koji mu pripadaju, upravo *rule of law* predstavlja pravo značenje načela zakonitosti, dok je zakonitost u smislu koji joj pridaju pravnici na Kontinentu „suviše usko shvaćena“ i opterećena „pozitivizmom“, „formalizmom“ i „dogmatizmom“.³² Ne treba da čudi što je među pravnicima, učesnicima čikaškog kolokvijuma Međunarodnog udruženja za pravne nauke (*Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*) koji je održan 1957. godine, saglasnost postignuta samo oko toga da anglosaksonskom pojmu vladavine prava (*Rule of Law*) odgovara evropski kontinentalni pojam pravne države (*Rechtsstaat*), koji čak i u nemačkoj pravnoj teoriji ima posebno a ne opšte značenje.

Pored žučnih rasprava oko izraza i značenja načela zakonitosti, na pomenutom skupu slična rasprava vođena je oko metodologije koja treba da se koristi prilikom određivanja pojma zakonitosti. Čak su obrazovane dve grupe međusobno suprotstavljenih gledišta oko ovog „metodološko-saznajnog“ problema. Prema *prvoj grupi*, pojam zakonitosti može da se odredi uopštavanjem izdvojenih zajedničkih elemenata iz niza uzoraka jedne iste pojave, a prema *drugoj grupi*, čiji je glavni zastupnik i referent bio K. Dž. Hamson (C. J. Hamson), u različitim pravnim sistemima izrazi se razlikuju zbog značenja koja se odnose na različite elemente zakonitosti. Iz toga sledi zaključak kako pojam zakonitosti može da se odredi tek ispitivanjem svrhe različitih pravnih sistema i sredstava pomoću kojih se ta svrha ostvaruje. Samo tako mogu da se utvrde sličnosti i razlike između pravnih sistema.³³

32 Vid.: *Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*.

33 Vid.: J. C. Hamson, Problem zakonitosti u zapadnim zemljama, *Strani pravni život*, 14, Beograd 1958.

Rezultat pomenutih rasprava na Čikaškom kolokvijumu saopšten je kao zajednički stav svih učesnika da zakonitost predstavlja načelo koje se sastoji iz postojanja tradicionalnih prava i sloboda (uključujući tu i sredstva za njihovu zaštitu), sistematizovanih opštih normi koje obavezuju upravu i sudstvo, obezbeđenog nezavisnog i stalnog sudstva, nepristrasnog sudskog postupka, pravnog osnova za upravne akte i sudskog nadzora nad upravnim organima.

Takav analitički rezultat i pristup određivanju pojma načela zakonitosti koji je preovladao na Čikaškom kolokvijumu, ubrzo je na nov način formulisan kao stav Međunarodne komisije pravnika u tzv. Delhijskoj deklaraciji (*Declaration od Delhi*) iz 1959. godine.³⁴ U njoj je zapisano: „Osnovna funkcija zakonodavstva u slobodnom društvu koje podleže zakonitosti jeste da se stvore i održe uslovi koji će održati ponos čoveka kao individue. Ovaj ponos zahteva ne samo određeno priznavanje njegovih građanskih i političkih prava, već i stvaranje društvenih, ekonomskih, obrazovnih i kulturnih uslova koji su neophodni za razvoj njegove ličnosti.“³⁵ U Delhijskoj deklaraciji se ističe i to da zakonitost podrazumeva ostvarivanje „odgovarajućih uslova za razvoj ljudskog dostojanstva“.

Zaključak iz Delhijske deklaracije ponovljen je i preciziran u tzv. Lagoškom dokumentu (*Act of Lagos*) iz 1961. godine. U njemu je istaknuto da zakonitost postoji samo ako su ispunjena sledeća tri uslova: „postojanje efikasne vlade koja je u stanju da održi zakon i red i da obezbedi društvene i ekonomske uslove života u društvu“, „nezavisno sudstvo“ i „mogućnost da se oni koji krše zakonitost liše položaja, ugleda i sličnih društvenih dobara“.³⁶

Navedeni stavovi u pomenutim dokumentima svoju teorijsku podlogu imaju u radovima najuglednijih anglosaksonskih pravnih pisaca. Istaknuto mesto pripada Albertu Venu Dajsiju (Albert Venn Dicey), za koga je zakonitost (kako ju je teorijski odredio već 1885. godine) uvek „nešto više od pukog zakona i reda“. Ona postoji kada su ispunjena sledeća tri uslova: *Nullum crimen sine lege...*, jednakost pred zakonom – naročito jednakost visokih državnih funkcionera koji ne treba da imaju nikakve privilegije, kao i postojanje ustavnog zakona koji može da se menja jedino prema želji naroda, ali samo u delu u kome se ukidaju privilegije. Za Dajsija ispunjavanje prvog uslova označava „potpunu prevagu ili prevlast zakona prema uticaju arbitrarne vlasti i isključenje arbitarnosti, prerogativa ili čak široke diskrecione vlasti vlade“. Ispunjavanje drugog uslova označava „jednakost pred zakonom ili podjednaku potčinjenost svih klasa običnom zakonu zemlje koji primenjuje redovan sud“. Najzad, pod trećim uslovom Dajsi podrazumeva da „ustavni zakoni... nisu izvor nego posledica prava koje je zaštićeno od strane sudova“.³⁷

U situaciji u kojoj se praksa očigledno razlikovala od Dajsijeve idealizovane predstave zakonitosti, budući da je već u njegovo vreme kršenje zakonitosti u Engleskoj označavano kao „zalazak“ ili „sumrak“ zakonitosti (*development away from the rule of law*), nastala je tzv. *Antirule-of-law-theory*. Zasluga za ovaj preokret pripada V. I. Dž. Dženingsu (W. I. J. Jennings), koji je u svojoj knjizi

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

35 Nav. prema: F. A. Garner, *Administrative Law*, 20.

36 *Ibidem*, 20–21.

37 A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law and constitution*, London 1927 (1982), 183–185, 188 i 198–199.

„Novi despotizam“ (*The New Despotism*) isticao da je „zakonitost malo u skladu sa situacijom koja postoji u Engleskoj“, Dženings je kritikovao Dajsijevo učenje. On je smatrao da čak ni u Dajsijevo vreme nije bilo nepoznato kršenje zakona u Engleskoj. Isto tako, isticao je Dženings, zakonitost ne postoji samo u Engleskoj. Ona je ili zajednička svim nacijama, ili uopšte ne postoji.³⁸ S druge strane, zakonitost i celishodnost nisu nespojivi, kako je isticao Dajsi, jer zbog simbioze i „pojačanog“ uticaja vlade na rad parlamenta u Engleskoj ne postoji sukob između *Regular Law* i *Administrative Powers*. Ovu važnu Dženingsovu ideju i danas rado ističu mnogi anglosaksonski pisci.³⁹

Svoju kritiku Dajsijevog gledišta, koje je u to vreme imalo snagu zvaničnog stava, Dženings je otpočeo napadom na „Izveštaj“ (*Report*) i „Dokumenta“ (*Documents*). U njima je formulisan stav tzv. pravnika-socijalista, okupljenih oko Harolda Laskija (Harold Laski) u Komitetu koji je trebalo da „oceni i formuliše stanje zakonitosti u Engleskoj“. Dženings je tim povodom istakao da je Dajsijeva koncepcija zakonitosti u smislu u kome je upotrebljena u Izveštaju, ako se doslovno shvati – „obična glupost!“. Kada Dajsi kaže „da Englezima vlada zakon i samo zakon“, on smatra da njima vladaju sudije i samo sudije, iako je upravo sam Dajsi – nastavlja Dženings – „sprečio“ razvoj zakonitosti ustanovljavanjem vlasti administrativnih sudova.⁴⁰

Prema Hajeku, Dženingsova knjiga je odmah po objavljivanju proizvela „skandalozan efekat“ i dugo vremena je u Engleskoj tretirana kao „reakcionarni pamflet“. Međutim, samo dvadeset godina kasnije, uticaj *Anti Role of Law Theory* doveo je do promene stava većeg dela javnosti, tako da se o knjizi govorilo na isti način „kako je i napisana“.⁴¹

Dženings je svoje ideje i stavove kasnije dopunio i proširio, posredno utičući na jačanje ministarske vlasti u Engleskoj.⁴² Pri kraju života, promenio je svoje polazno gledište o zakonitosti „pošto je ono učinilo ono što je trebalo da učini“.⁴³ U svojoj poslednjoj knjizi, Dženings je čitave odeljke posvetio pohvali zakonitosti u Engleskoj i, kao Dajsi, stvarao idealizovanu sliku stanja zakonitosti.⁴⁴ Zatvorivši svoj idejni krug, Dženings se vratio na postavke koje su svojevremeno bile predmet njegove oštre kritike.

Posle Dženingsa činjeni su pokušaji da se njegovi i Dajsijevi stavovi o zakonitosti približe ili barem nekako usklade. To je pokušao V. A. Robson (W. A. Robson), za koga je podjednako pogrešno kada se idealizuje zakonitost, kao i kada se zakonitost „razdvaja“ od ustavnog sistema Engleske. Za Robsona je naročito „pogrešna“ koncepcija prema kojoj „sudiju ne interesuju ciljevi vlade“, već „administrativna pravda“. Zbog toga on predlaže kombinovanje načela zakonitosti sa načelom celishodnosti (oportunisti). Robson je svoj predlog objašnjavao činjenicom da administrativni tribunal može da vodi politiku koja

38 Vid.: W. I. J. Jennings, *The New Despotism*, London, 1920.

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

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

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

42 Vid.: W. I. J. Jennings, *The Law and Constitution*, London, 1933.

43 F. A. Hayek, 238.

44 Vid.: W. I. J. Jennings, *The Queen's Government*, London, 1954.

je nezavisna od zakona i sudskih precedenata. Poznata je njegova izjava da „od svih karakteristika administrativnog prava nijedna nema veću prednost od moći tribunala da odluči o slučajevima koji dođu pred tribunal“. To ga je navelo da zaključi kako prednost treba dati načelu celishodnosti nad načelom zakonitosti, budući da „zakonitost ustupa pred administrativnom moći“.⁴⁵ Zgodan savremeni primer uticaja Robsonovog učenja u Engleskoj predstavlja *SiS* zakonodavstvo, koje nije ništa drugo do još jedan primer administrativne nadmoći prikrivene formom zakona.

Gledište po kome je zakonitost smeštena u šire filozofsko-teorijske okvire zastupao je F. A. Garner (F. A. Garner). Zakonitost je „nešto više od pukog zakona i reda“. U savremenim društvima suverenitet parlamenta predstavlja osnov za postojanje bilo koje vrste zakonitosti. Ta važna činjenica zakonitost predstavlja kao jedinstveno i opšteobavezno načelo koje ne može valjano da se objasni samo izrazima *Law* i *Order*. Prema Garneru, „čovjek je od pamtiveka težio da dostigne nešto više nego što je samo pravo (zakon), koje je on sam izmislio, bilo da je to prirodno pravo starih Rimljana, božanski srednjovekovni zakon ili društveno i prirodno pravo Hobsa, Loka ili Rusoa, a i mi danas pokušavamo da odredimo zakonitost kao normu ili kao ideal koji zakoni svih zemalja žele da dostignu... jer svaki zakon mora da zadovolji neku svrhu“.⁴⁶ Ta svrha sastoji se u postojanju i garantovanju ljudskih sloboda i prava. Uz to, za postojanje zakonitosti u navedenom smislu nije dovoljno samo da se nađu odgovarajući čuvari koji će se starati da egzekutiva ne zloupotrebi vlast, već je potrebno i da postoji „efikasna vlada... koja je u stanju da održi zakon i red i da obezbedi društvene i političke uslove za život u društvu“. Svoje gledište Garner je objašnjavao, kao i mnogo pre njega Aristotel, činjenicom da je čovek u suštini „društvena životinja i da je živeti u društvu sam morao da izgradi zakone i ostale instrumente vlasti... što je moralo da ograniči njegove slobode“.⁴⁷

Pojmu i sadržini načela zakonitosti dužnu pažnju posvetio je F. A. Hajek (F. A. Hayek).⁴⁸ I on je primetio da glavni cilj zakonitosti predstavlja zaštita sloboda i prava čoveka. Ali, nasuprot Platonovim idejama u „Zakonima“, Hajek je smatrao da „zakon sam ne može da vlada“, jer „samo ljudi mogu da imaju moć nad drugim ljudima“. Zbog toga bi najveću vrednost među ljudima trebalo da predstavlja „blagostanje“ (*Welfare*), kao „krajnji cilj prava i zakona“.⁴⁹ Sličnu ideju (sedamnaest vekova pre Hajeka) takođe je zapisao Platon u svojim ranim spisima „Država“ i „Državnik“, govoreći o „opštem dobru“ kao vrhovnom cilju države. U tom smislu, zakonitost predstavlja jedno „pravilo o onome što bi zakon trebalo da bude, jednu metappravnu doktrinu ili politički ideal“. Zakonitost će da važi – isticao je Hajek – „sve dok bude moralni deo zajednice“, a moralni deo zajednice može da bude samo u demokratiji. U protivnom, društvo bi ubrzo došlo do „stanja arbitrarne tiranije“.

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

46 F. A. Garner, *Administrative Law*, 17–19.

47 *Ibidem*, 20.

48 Pored navedenog Hajekovog naslova *The Constitution of Liberty*, videti još: *Law, Legislation and Liberty*, I–III, London, 1981. (*Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Beograd – Podgorica, 2002); *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb, 1994; *The Road of Selfdom*, Chicago, 1994.

49 F. A. Hayek, 19.

Hajek je pojava zakonitosti takođe dovodio u vezu sa njenom sadržinom oslanjajući se na činjenicu da ljudi nisu jednaki. Na osnovu toga je zaključio da se „jednakost pred zakonom i stvarna jednakost isključuju“. Kako bi se takva nejednakost među ljudima ublažila, potrebno je da se prvo uspostavi „demokratija na polju rada“. U protivnom, zakonitost će i dalje biti „formalno merilo koje obezbeđuje upotrebu odgovarajućih mera...“.⁵⁰ Pored ekonomskih uslova, za postojanje zakonitosti potrebno je da budu ispunjeni odgovarajući politički i kulturni uslovi. Hajek je naročito važno mesto pridavao uslovima i sredstvima kojima se ograničava administrativna vlast. Zakonitost „treba da ograničava vladu samo u njenim prinudnim radnjama“. To znači da samo pod zakonitošću „vlada može da se meša, da kazni“.⁵¹ Poznata je Hajekova misao da su većim ograničavanjem administrativne vlasti sve veće slobode pojedinaca. Zbog toga je glavni „zadatak političara da pronađu mišljenje koje u demokratiji zastupa većina ljudi, a ne da daju nova mišljenja koja bi mogla da postanu gledišta većine u dalekoj budućnosti“.⁵²

Interesantno je *uporediti* glavne ideje navedenih anglosaksonskih pisaca. Na primer, Dajsijevo gledište čak i u Engleskoj već dugo vremena ima istorijski značaj, iako je njegova najpoznatija knjiga o zakonitosti posle Drugog svetskog rata ubrajana u sto najuticajnijih knjiga. To ne treba da čudi ima li se u vidu da je Dajsi zakonitost odredio prema uslovima i potrebama svoje zemlje u zenitu njenih imperijalnih moći. Te uslove i potrebe sam Dajsi je uočio i izabrao. Jedino je propustio da uzme u obzir otežavajuće uslove koji se odnose na stanje zakonitosti koji su već u njegovo vreme postojali u Engleskoj. Uprkos tome, do danas se zadržala njegova izreka (slična izreci mlinara iz Sansija): „da u Engleskoj vlada zakon, a ovim sudije“.

Dok je za Dajsija zakonitost predstavljala najviše načelo, za Robsona je zakonitost predstavljala sekundarno pravno načelo koje ustupa pred načelom celishodnosti. Ipak, obojici je zajedničko da zakonitost poistovećuju sa stanjem kakvo je postojalo u Engleskoj njihovog doba. S druge strane, kada se Robsonove ideje uporede sa Dženingsovim, može se primetiti razlika. Dženingss je tvrdio da zakonitost postoji u svakom poretku, a ne samo u Engleskoj, kao i da moć tribunala treba da ima korektivnu sekundarnu ulogu, a ne da zakonitost bude korektivno sekundarno sredstvo načela celishodnosti, kako je tvrdio Robson.

Za razliku od Dajsija, Dženingssa i Robsona, Garner i Hajek su formalni pojam zakonitosti proširili čak na poretke koji nisu obavezno demokratski, budući da zakonitost u formalnom smislu može da postoji u svakom poretku. Ali, za postojanje zakonitosti u sadržinskom smislu, Garner je insistirao na ograničavanju administrativne vlasti, dok je Hajek jednakost i ekonomsku demokratiju smatrao osnovnim uslovima za uspostavljanje zakonitosti u sadržinskom smislu. Saglasno sa tim, zakonitost formalno postoji u svim porecima, a sadržinski samo kada je ograničena vlast administrativnih organa ili kada postoje pravna jednakost i ekonomska demokratija.

Proširivanje pojma zakonitosti u pomenutom smislu nastavili su drugi anglosaksonski pisci, gotovo do nerazpoznatljivosti. Karakterističan je primer R.

50 *Ibidem*, 185 i 222.

51 *Ibidem*, 206.

52 *Ibidem*, 122.

M. Džeksona (R. M. Jackson), koji je zabeležio da je „zakonitost dinamična, iako nije dovoljno precizna. Zakonitost predstavlja jednu delikatnu frazu i može da se svrsta, zajedno sa bratstvom među ljudima, sa ljudskim pravima i svim drugim sloganima koji se odnose na ljude“.⁵³ Time kao da je još jednom, ali na drugačiji način, zatvoren krug razmišljanja među anglosaksonskim piscima.

Zaključak

Navedena gledišta ostavila su dubok trag u pravnoj teoriji i praksi. Piscima koji su se formirali na tradiciji anglosaksonskog sistema prava zajednička je težnja ka unifikovanju zapadnjačkog tipa zakonitosti, što je do 1961. godine učinjeno. Anglosaksonskim piscima je isto tako zajedničko oštro kritikovanje stavova pravnih pisaca koji pripadaju kontinentalnoj pravnoj tradiciji i praksi. Prema njima, pravnici na Kontinentu, tj. „pozitivisti“, svode zakonitost ili na „pitanje činjenica“ ili na „procenu obaveznosti zakona“ koju stavljaju u potpuno drugačiju ravan od ravni u kojoj bi zakonitost inače trebalo da se posmatra. Anglosaksonski pravnici naročito ističu da zakon u evropskom kontinentalnom pravu „predstavlja prvenstven izraz smišljenog stvaranja zakona“ koje može da se odredi maksimalno *Lex est quod populus iubet atque constituit*, kao i da je formalni tretman zakonitosti glavni uzrok razlikama povodom određivanja pojma zakonitosti. Na primer, u Nju Delhiju i u Lagosu, oštro je napadnuta Kelzenova „čista teorija prava“, naročito onaj njen deo koji se odnosi na učenje o logičkoj zatvorenosti pravnog sistema. Prema kritičarima Kelzenove teorije, zakonitost nije samo zahtev za formalnom saglasnošću i tačnošću sa odnosnim zakonom. Ona je u isto vreme „zahtev za saglasnošću zakona i odluka sa vrednostima koje se postavljaju kao neophodne za postojanje ‘slobodnog društva’“.⁵⁴

Navedenim stavovima i raspravama iz pomenutih dokumenata postavljeni su temelji zajedničkog pojma načela zakonitosti. Njihov značaj ni danas nije usahnuo, sve vreme utičući na pravna shvatanja i praksu. Ali i tada treba razlikovati vladavinu prava „pod pravom“ (*sub lege*) od vladavine prava „posredstvom prava“ (*per leges*). U prvom slučaju, zabranjuje se ili sprečava zloupotreba vlasti, a u drugom obezbeđuje primena opštih i apstraktnih pravnih normi umesto individualnih i konkretnih zapovesti. Dva zahteva ne protivreče jedan drugom i nisu nadređeni jedan drugom, nezavisno od toga da li je reč o radu zakonodavca ili sudije.

Za potpunije razumevanje procesa vezanih za unifikaciju zakonitosti interesantno je i najnovije učenje o postojanju dve vrste međunarodne vladavine prava u smislu *thin* (tanke, retke) i *thick* (debele, guste) *rule of law*.⁵⁵ Time se dodatno pravi razlika između država u kojima već postoji vladavina prava. Ovim drugima svakako pripadaju zemlje članice sadašnje Evropske unije, koja se smatra specifičnom političkom zajednicom ili „zametkom federalne države“, kao i buduća svetska država, čije je stvaranje u toku.⁵⁶

53 R. M. Jackson, nav. prema: F. A. Hayek, 21.

54 Vid.: R. A. Falk; S. I. Shuman, *The Bellagio Congregence on Legal Positivism*.

55 Vid.: D. Avramović, *Savremena pravna država*, Novi Sad, 2012.

56 R. M. Unger, *Znanje i politika*, Zagreb, 1989, 324 i dalje; A. Kožev, *Fenomenologija prava*, Beograd, 1984, 197; G. Dabović, *Globalizacija prava: usklađivanje prava u savremenom svetu*, Beograd, 2007, 13 i dalje. Vid.: D. Ronald, *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca Un. Press, 1996; C. Boggs, *The End of Politics*, New York, 1999.

Literatura

1. Allott, A; *The Limits of Law*, London, 1980.
2. Kožev, A; *Fenomenologija prava*, Beograd, 1984.
3. Dicey, A. V; *Introduction to the study of the law and constitution*, London, 1927 (1982).
4. Boggs, C; *The End of Politics*, New York, 1999.
5. Eisenmann, Ch; *Le droit administratif et la principé de légalité, Extr. de Études et documenta*, Paris, 1957.
6. Avramović, D; *Savremena pravna država*, Novi Sad, 2012.
7. Ronald, D; *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca Un. Press, 1996.
8. Лукашова, Е. П; *Социалистическое правосознание и законность*, Москва, 1973.
9. Garner, F. A; *Administrative Law*, London, 1979.
10. Hayek, F. A; *Law, Legislation and Liberty*, I-III, London, 1981.
11. Hayek, F. A; *The Constitution of Liberty*, Chicago, 1979.
12. Birdeau, G; *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1980.
13. Dabović, G; *Globalizacija prava: usklađivanje prava u savremenom svetu*, Beograd, 2007.
14. Kelzen, H; *Opšta teorija prava i države*, Beograd 1951 (1998, 2010).
15. Krbek, I; *Zakonitost uprave*, Zagreb, 1936.
16. Самошченко, И. С; *Охрана режима законности Советским государством*, Москва, 1960.
17. Jolowitz, J. A; *Digest in Discussion*, Annales de la Faculté du Droit d'Istanbul, IX, No. 12, 1959.
18. Hamson, J. C; *Problem zakonitosti u zapadnim zemljama, Strani pravni život*, 14, Beograd, 1958.
19. Cooper, J; *The Individual and the Law*, Buckingham, 1981.
20. Garner, J. F; *Administrative Law; English Legal System*, Radcliffe and Cross, London, 1977.
21. Harris, J. W; *Legal Philorophies*, Oxford, 1980.
22. Duguit, L; *Traité de driot constitutionnel*, III, Paris, 1930.
23. Чикхвадзе, М; *Социалистическая законность в СССР*, Москва, 1958.
24. Vujaklija, M; *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd, 1972.
25. Вопленко, Н. Н; *Сферы выражения социалистической законности, Советское государство и право*, 11, Москва, 1978.
26. Рабинович, П. М; *Упрочение законности - закономерность социализма*, Львов, 1975.
27. *Politička enciklopedija*, Beograd, 1975.
28. Bonard, R; *Précis élémentaire du droit administratif*, Paris, 1926.
29. Unger, R. M; *Znanje i politika*, Zagreb, 1989.
30. Алексеев, С. С; *Общая теория права*, Москва, 1981.

31. Robson, W. A; *Justice and Administrative Law*, London, 1951.
32. Jennings, W. I. J; *The Law and Constitution*, London, 1933.
33. Jennings, W. I. J; *The New Despotism*, London, 1920.
34. Jennings, W. I. J; *The Queen's Government*, London, 1954.

TEACHINGS OF THE TWO MAJOR WORLD SYSTEMS OF LAW ON LEGALITY AND THEIR UNIFICATION

Kosta D. Mitrovic

Faculty of Law, University of Nis

Summary: In contemporary legal theory, there are two main meanings attributed to the concept of legality. They conform to the underlying ideas of the two major contemporary world systems of the law: the civil-law system and the Anglo-American system. The former gives preference to the formal and normative concept of legality, and the latter to its concept referring to its content personified in Rechtsstaat and the rule of law.

Today, the differences between the civil-law system and the Anglo-American system of law are consciously and deliberately being softened and are fading out as a result of the unification of the different areas of the law, the wide usage of legal transplants, etc. For example, in the civil-law system, case law becomes an increasingly important source of the law, while in the Anglo-American system it is law. Gradual softening of the original differences between the two systems of law and their approximation, a good example of which is exactly Rechtsstaat and the rule of law, render possible for one to conclude that those two systems are going to become merged into one and a single world system of law in the foreseeable future.

Keywords: Principle of legality, Rechtsstaat, Rule of law, Unification of the law.