



НИШЧАНИК

ЧАСОПИС ЗА ИСТОРИОГРАФИЈУ, АРХИВИСТИКУ
И ХУМАНИСТИЧКЕ НАУКЕ • ГОДИНА XII • БРОЈ 12 • 2014

12

- ◆ БЕК ВЕЛИКОГ РАТА - НИШ, РАТНА ПРЕСТОНИЦА 1914-1915.
- ◆ ИСТОРИЈСКЕ ГОДИШЊИЦЕ, ДОГАЂАЈИ, ТЕМЕ
- ◆ ИЗ ИСТОРИЈЕ КУЛТУРЕ
- ◆ ИЗ ИСТОРИЈЕ ПРАВА И ЕКОНОМИЈЕ



ИСТОРИЈСКИ АРХИВ НИШ

ПЕШЧАНИК XII

Часопис за историографију, архивистику
и хуманистичке науке



НИШ • 2014 •

• П Е Ш Ч А Н И К •

Часопис за историографију, архивистику и хуманистичке науке

Издавач: Историјски архив Ниш

Главни и одговорни уредник: Иванка Станчевски

Уредник: Иванка Станчевски

Редакција: др Зоран Ђорђевић, ред. професор · др Миомира Костић, редовна професорка · мр Радоје Костић · Љиљана Ђуровић, архивски саветник · Миљана Ђорђевић, виши архивист

Рецензенти: проф. др Миомира Костић, мр Радоје Костић

Технички уредник: Братислав Сретић

Лектор: Миљана Ђорђевић

Лектор енглеског језика: Даница Милошевић

Компјутерска обрада: Срђан Павловић

Ликовно решење насловне стране: Славољуб Станковић

Штампа: Пунта, Ниш

Тираж: 300 примерака

Часопис излази једном годишње.

ISSN 1451-6373

Миљана Ђорђевић / Miljana Đorđević	
Историјски архив Ниш – О старим књигама и документима до 1867.	236
Historical Archives in Niš-The Old Books and Documents up to 1867	240
Даница Добросављевић / Danica Dobrosavljević	
Развој новинарства у Нишу између два рата	242
Development of Journalism in Niš Between The Two World Wars	248

**ИЗ ИСТОРИЈЕ ПРАВА И ЕКОНОМИЈЕ
FROM THE HISTORY OF LAW AND ECONOMY**

Проф. др Миомира Костић и доц. др Дарко Димовски / Miomira Kostić, PhD and assistant professor Darko Dimovski	
Нотар у правном систему Србије	250
Notary Public in The Legal System of Serbia	254
Проф. др Драган Јовашевић / Dragan Jovašević, PhD	
Фалсификовање исправа у историјским правним споменицима	255
Falsification of Identity Papers in Historical Legal Documents	269
Јелена Паповић-Миладиновић / Jelena Popović-Miladinović	
Историјски приказ развоја казнено-поправних установа	270
Historical Overview of The Development of Correctional Institutions	278
Данијела Тошић / Danijela Tošić	
Историјскоправни преглед положаја жене до XX века	279
Historical and Legal Overview of The Position of Women up to The Twentieth Century	287
Јелена Миленковић-Вуковић / Jelena Milenković-Vuković	
Историјскоправна димензија сексуалних деликата у српском законодавству ...	288
Historical and Legal Dimensions of Sexual Offenses in The Serbian Legislation	297
Иван Илић / Ivan Ilić	
Изградња кривичног поступка Србије у XIX веку	298
Construction of The Criminal Proceedings in Serbia in The Nineteenth Century	303
Мирјана Павловић / Mirjana Pavlović	
Имовинске кривичноправне мере у Кривичном законнику ФНРЈ	305
Property and Criminal Law Measures under The Criminal Code of FRY	311
Коста Митровић / Kosta Mitrović	
Историјски и савремени развој главних учења о законитости у правној теорији	312
Historical and Contemporary Development of The Main Teachings of Legality in Legal Theory	324
Јелена Станојевић / Jelena Stanojević	
Историјска улога примарног сектора и допринос савременом развоју привреде	325
Historical Role of The Primary Sector and The Contribution to The Modern Development of Economy	331

ИСТОРИЈСКИ И САВРЕМЕНИ РАЗВОЈ ГЛАВНИХ УЧЕЊА О ЗАКОНИТОСТИ У ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ

Апстракт: *Законитост је прешла дуг историјски пут од владареве воље до савременог правног начела. Није тешко запазити да се њен појам у римској јуриспруденцији или средњовековној теолошкој и световној мисли сасвим јасно разликује од њеног модерног и савременог појма. То у истој мери важи како за српску средњовековну и модерну праксу, тако и за модерну или данашњу српску правну мисао и њене правне документе.*

У савременој правној теорији у свету постоје два главна значења која се придају појму законитости. Она одговарају носећим идејама два главна савремена светска система права: европском континенталном и англо-саксонском. Први предност даје формалном и нормативном појму законитости, а други њеном садржинском појму оличеном у правној држави и владавини права. Исте путање размишљања и утицаја постоје у српској правној мисли, од Божидара Грујовића до Радомира Лукића.

Данас се разлике између европског континенталног и англосаксонског система права свесно и плански ублажавају и губе захваљујући унификавању различитих делова права, широком коришћењу правних трансплантата итд. Постепено ублажавање првобитних разлика дозвољава да се закључи како ће се ова два система у догледној будућности стопити у један и јединствен водећи светски систем права.

Кључне речи: *начело законитости, правна држава, владавина права, српско право.*



Изгледа да је нешто што би се могло назвати првобитном праксом законитости знатно древније од најстаријих сачуваних писаних сведочанстава која могу да послуже као поуздан ослонац за упознавање са историјом начела законитости. Сачувани правни споменици померају историјску границу уназад (до сумерске или кинеске државе). Захваљујући њима, поуздано могу да се одреде главни историјски облици законитости (држава безакоња, законска и правна држава, тј. владавина права). Али, од тренутка када је правна пракса престала да буде жива традиција, о стварној ситуацији више од правних докумената обавештавају списи посвећени држави и праву, нарочито они теоријског карактера.

У савременој правној теорији постоје два главна значења која се придају појму законитости. Она одговарају носећим идејама два главна савремена светска система права. Прво значење је европско-континентално. Засновано је на сачуваној и негованој традицији класичне римске јуриспруденције, док је друго значење, англо-саксонско, прошло сасвим другачијом путањом.

Историјски посматрано, унутар сваког значења развила су се многобројна изведена схватања о законитости која изражавају најбоља искуства сваког од ова два велика савремена правна система. То важи и за српску правну мисао и искуство са законитошћу.

Иза тих историјских утисака о нужним разликама у пракси и схватањима законитости, налази се важна идеја коју су формулисали још старогрчки софисти: да се закони мењају, али да законитост треба да буде постојана.

Начело законитости у европској континенталној теорији права

Европско континентално значење начела законитости настало је из теоријских поставки о праву и праксе засноване на римској јуриспруденцији и радовима највећих и најпознатијих правника. Од римске јуриспруденције, преко учења егзегетичке правне школе, све до нормативних и нормативистичких учења о праву, учења аналитичке јуриспруденције или скандинавског правног реализма, законитост је схватана и одређивана као сагласност са законом. Закони треба да се примењују, док законитост треба да омогући њихову примену. Таквом схватању одговара читав систем правних идеја, институција и средстава који треба да омогуће или поспеше остваривање идеје права изражене у облику строгог придржавања законитости.

Начело законитости у немачкој правној теорији

Сматра се да је у правној теорији модеран појам начела законитости први пут јасно одређен у немачкој правној литератури 1873. године, као и да су га истовремено и независно један од другог одредили Пол Лабанд (*Paul Laband*) и Герхард Лутолд (*Karl Edwin Luthold*). Упркос томе, и данас се радо истиче да је законитост у Немачкој у модерном смислу речи постојала у Пруској још за време Фридриха II, са којим је повезана једна анегдота.⁵¹⁷ За Фридриха II се каже да му је сметала једна ветрењача која се налазила у близини његове палате, јер му је кварила поглед на околину. После више безуспешних покушаја да је купи, власнику је запретио затвором, на шта му је власник одговорио: „Es gibt noch eine Kammergericht in Berlin!“ („Ми још увек у Пруској имамо судове правде“).⁵¹⁸

Према Фридриху А. Хајеку (*Freidrich Augustus von Hayek*), савремена идеја законитости је ушла у свакодневну употребу у Немачкој у првој половини XVIII века, док поменута анегдота (причица) наговештава границе краљевске власти која у оно време „није вероватно постојала ни у једној другој земљи на Континенту, а сумњам да и данас постоји у водећим земљама демократије. Када би неко од данашњих архитеката политике рекао да му тако нешто смета, то би се вероватно уклонило, али у јавном интересу“. Најинтересантније је да Хајек заслугу за овакав развој законитости приписује самом Фридриху II, који је себе описао као „првог слугу државе“.⁵¹⁹

Насупрот идеализованој слици законитости у Немачкој, Георг Јелинек (*Georg Jellinek*) износи у својој књизи „Управно право“ да легенда о Фридриху II и млинару из Сансија (*Sanssouci*) „спада у царство прича, као и да су се фактички у неким

⁵¹⁷ Вид. F. A. Garner, *Administrative Law*, London 1979.

⁵¹⁸ F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago 1979, 481.

⁵¹⁹ F. A. Hayek, 171, 481.

другим случајевима спроводила тешка насиља над судовима“. Међутим, за Јелинека је веома значајно то да је апсолутистички владар, када се на неправилан начин мешао у рад судства, „барем осећао да ствар некако није у реду“.⁵²⁰

Поменута анегдота је и данас пријемчива, иако постоје многи старији слични или новији бољи примери којима је популаризирана идеја о нужном ограничавању државне власти законима. Од Имануела Канта (*Immanuel Kant*), та идеја је у немачкој правној теорији оригинално развијана у облику учења о правној држави (*Rechtsstaat*), које је данас општеприхваћено на Континенту. Због тога се у немачкој државно-правној теорији сасвим уместо разликују изрази „*Legalität*“ и „*Gesetzmässigkeit*“ од израза „*Rechtsstaat*“. Наведени изрази јасно одређују начин за даље истраживање начела законитости. Први начин се обично назива позитивистичким, догматичко-нормативистичким, а други социолошко-политичким и етичким. Оба начина се најчешће сучељавају један са другим без нарочитог разлога, а то је случај и са учењима о законитости, која се такође погрешно схватају као два супротстављена значења или правца размишљања.

Најзначајнији представник првог правца је Ханс Келзен (*Hans Kelsen*). За Келзена право представља „поредак људског понашања“, правни поредак „систем правила која имају ону врсту јединства коју ми схватамо као систем“, а правни систем „затворен логички систем из кога се правилне одлуке могу извући из претходно одређених правила на логичан начин“.⁵²¹ Само испуњавање наведених претпоставки, сматра Келзен, омогућава постојање правног начела законитости.

Немачкој правној теорији, како је поменуто, није страни ни политичко-правно значење начела законитости, које се означава изразом „*Rechtsstaat*“. Њиме се у европској правној традицији одређује изведено, а не опште значење појма законитости.

Начело законитости у француској правној теорији

На сличан позитивноправни начин законитост се одређује у француској правној теорији. Законитост као нормативно начело означава сагласност нижег правног акта са вишим правним актом, али и као сагласност људског понашања са законом и другим правним актима. Законитост се одређује и уже, као сагласност свих појединачних правних аката са законом, под условом да се законом сматра „сваки општи акт, а не само закон у материјалном смислу“.⁵²² То је разумљиво, имају ли се у виду непријатна историјска искуства са полицијском државом која ни данас нису заборављена.

Карактеристични представници су Андре де Лобадер (*André de Laubadère*),⁵²³ Рејмон Бонар (*Raymond Bonnard*),⁵²⁴ Шарл Ајзенман (*Charles Eisenmann*)⁵²⁵ или Жорж Ведел (*Georges Vedel*).⁵²⁶ Ипак, најоригиналније схватање о законитости изложио је француски правник Леон Диги (*Leon Duguit*) у првим деценијама XX века. По њему, правно правило представља основ правног система, док је задатак

⁵²⁰ Нав. према: I. Krbek, *Zakonitost uprave*, Zagreb 1936, 28.

⁵²¹ Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1951 (1998, 2010), 17, 49–50, 116, 122.

⁵²² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III, Paris 1930, 732.

⁵²³ A. de Laubadère, нав. према: Ch. Eisenmann, 29.

⁵²⁴ R. Bonard, *Précis élémentaire du droit administratif*, Paris 1926, 137–138.

⁵²⁵ Ch. Eisenmann, „Le droit administratif et la principé de légalité“, Extr. de *Études et documents*, fase 11, Paris 1957, 25–28, 40.

⁵²⁶ G. Vedel, нав. према: Ch. Eisenmann, 27.

начела законитости да обезбеди ефикасност на тај начин што „ниједан државни орган не може да донесе појединачну одлуку која не би била сагласна једној општој одредби донетој раније или, у другом облику, појединачна одлука може да буде донета само у границама које одређује претходан материјални закон. Тај је принцип у битности заштите појединаца и може се рећи да он нема, не може да има, не сме да има изузетке“.⁵²⁷ Законитост нарочито треба да обавезује државне органе који своје одлуке могу да доносе једино у сагласности са претходно донетим општим правилом, јер „појединачна одлука може бити донета једино у границама које поставља ранији материјални закон“.⁵²⁸ Она свој основ има у претходећој Дигијевој идеји друштвене солидарности на којој он гради читаву своју солидаристички надахнуту правну теорију.

За француске правнике формално-позитивно начело законитости треба да обезбеди сагласност свих нижих правних аката и људског понашања са вишим правним актима. Оно нарочито треба да обезбеди сагласност појединачних правних аката са законом у формалном смислу, док материјално начело законитости представља пре „један политички појам“ који се односи на постојање правне државе.⁵²⁹

Начело законитости у некадашњој совјетској теорији

Из сасвим другачијих разлога и на сасвим другачији начин, појам законитости одређиван је у некадашњој совјетској правној теорији. Разлоге не треба нарочито објашњавати. Довољно је поменути циљ: стварање и изградњу „социјалистичке законитости“ као најсавршенијег облика законитости (Михаил Чхиквадзе /*Михаил Чхиквадзе*).⁵³⁰ На сличан начин су појам законитости одређивали други совјетски писци: И. С. Самошченко (*И. С. Самошченко*), Е. П. Лукашова (*Е. П. Лукашова*), П. М. Рабинович (*П. М. Рабинович*),⁵³¹ Н. П. Фаткулин (*Н. П. Фаткулин*), Н. Н. Вопленко (*Н. Н. Вопленко*),⁵³² С. С. Алексејев (*С. С. Алексеев*).⁵³³

Савремена руска правна теорија креће се у оквирима које су већ поставиле немачка и француска правна наука.

Начело законитости у англо-саксонској теорији права

Посматрано из угла европског континенталног правног система, односно највећег броја правника који му припадају, изразом *rule of law* означава се законитост у материјалном смислу, тј. њен политички појам. Међутим, из угла англо-саксонског права и правника који му припадају, управо *rule of law* представља право значење начела законитости, док је законитост у смислу који јој придају

⁵²⁷ *Ibid.*, 733.

⁵²⁸ *Id.*, 732–733.

⁵²⁹ G. Birdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1980, 81.

⁵³⁰ М. Чхиквадзе, *Социјалистическая законность в СССР*, Москва 1958, 46.

⁵³¹ Вид. И. С. Самошченко, *Охрана режима законности Советским государством*, Москва 1960, 14; Е. П. Лукашова, *Социјалистическое правосознание и законность*, Москва 1973, 25; П. М. Рабинович, *Упрочение законности - закономерность социализма*, Львов 1975, 66.

⁵³² *Ibidem*. Вид. Н. Н. Вопленко, „Сферы выражения социјалистической законности“, *Советское государство и право*, 11, Москва 1978, 24–25 и 29.

⁵³³ С. С. Алексеев, *Общая теория права*, Москва 1981, I, 217–218.

правници на Континенту „сувише уско схваћена“ и оптерећена „позитивизмом“, „формализмом“ и „догматизмом“.⁵³⁴

Карактеристични правни документи

Не треба да чуди што је међу правницима, учесницима Чикашког колоквијума Међународног удружења за правне науке (*Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*) који је одржан 1957. године, сагласност постигнута само око тога да англо-саксонском појму владавине права (*Rule of Law*) одговара европски континентални појам правне државе (*Rechtsstaat*), који чак и у немачкој правној теорији има посебно а не опште значење.

Поред жучних расправа око израза и значења начела законитости, на поменутом скупу слична расправа вођена је око методологије која треба да се користи приликом одређивања појма законитости. Чак су образоване две групе међусобно супротстављених гледишта око овог „методолошко-сазнајног“ проблема (К. Ц. Хамсон /*C. J. Hamson*/). Може се закључити како појам законитости може да се одреди тек испитивањем сврхе различитих правних система и средстава помоћу којих се та сврха остварује.⁵³⁵

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

Такав аналитички резултат и приступ одређивању појма начела законитости који је преовладао на Чикашком колоквијуму, убрзо је на нов начин формулисан као став Међународне комисије правника у тзв. „Делхијској декларацији“ (*Declaration od Delhi*) из 1959. године.⁵³⁶ У њој је записано: „Основна функција законодавства у слободном друштву које подлеже законитости јесте да се створе и одрже услови који ће одржати понос човека као индивидуе. Овај понос захтева не само одређено признавање његових грађанских и политичких права, већ и стварање друштвених, економских, образовних и културних услова који су неопходни за развој његове личности“.⁵³⁷ У Делхијској декларацији се истиче и то да законитост подразумева остваривање „одговарајућих услова за развој људског достојанства“.

Закључак из Делхијске декларације поновљен је и прецизиран у тзв. „Лагошском документу“ (*Act of Lagos*) из 1961. године. У њему је истакнуто да законитост постоји само ако су испуњена следећа три услова: „постојање ефикасне владе која је у стању да одржи закон и ред и да обезбеди друштвене и економске услове живота у друштву“, „независно судство“ и „могућност да се они који крше законитост лише положаја, угледа и сличних друштвених добара“.⁵³⁸

⁵³⁴ Вид. *Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*.

⁵³⁵ Вид. J. C. Hamson, „Проблем законитости у западним земљама“, *Страни правни живот*, 14, Београд 1958.

⁵³⁶ Вид. „The Rule of Law in a Free Society. A Report on the International Congress of Jurists“, New Delhi, 1959, у: *Annales de la faculté de droit d'Istanbul*, 12, 1959.

⁵³⁷ Нав. према: F. A. Garner, *Administrative Law*, 20.

⁵³⁸ *Ibid.*, 20–21.

Карактеристична учења англосаксонских писаца

Наведени ставови у поменутиим документима своју теоријску подлогу имају у радовима најугледнијих англо-саксонских правних писаца. Истакнуто место припада Алберту Вену Дајсију (*Albert Venn Dicey*), за кога је законитост увек „нешто више од пуког закона и реда“. Она постоји када су испуњена следећа три услова: *Nullum crimen sine lege...*, једнакост пред законом – нарочито једнакост високих државних функционера који не треба да имају никакве привилегије, као и постојање уставног закона који може да се мења једино према жељи народа, али само у делу у коме се укидају привилегије.⁵³⁹

У ситуацији у којој се пракса очигледно разликовала од Дајсијевог идеализованог представљања законитости, будући да је већ у његово време кршење законитости у Енглеској означавано као „залазак“ или „сумрак“ законитости (*development away from the rule of law*), настала је тзв. „Antirule-of-law-theory“. Заслуга за овај преокрет припада В. И. Џ. Џенингсу (*W. I. J. Jennings*), који је у својој књизи „Нови деспотизам“ (*The New Despotism*) истицао да је „законитост мало у складу са ситуацијом која постоји у Енглеској“, Џенингс је критиковао Дајсијево учење. Он је сматрао да чак ни у Дајсијево време није било непознато кршење закона у Енглеској. Исто тако, истицао је Џенингс, законитост не постоји само у Енглеској. Она је или заједничка свим нацијама, или уопште не постоји.⁵⁴⁰ С друге стране, законитост и целисходност нису неспојиви, како је истицао Дајси, јер због симбиозе и „појачаног“ утицаја владе на рад парламента у Енглеској не постоји сукоб између „Regular Law“ и „Administrative Powers“. Ову важну Џенингсову идеју и данас радо истичу многи англо-саксонски писци.⁵⁴¹

Џенингс је своје идеје и ставове касније допунио и проширио, посредно утичући на јачање министарске власти у Енглеској.⁵⁴² При крају живота, променио је своје полазно гледиште о законитости „пошто је оно учинило оно што је требало да учини“.⁵⁴³ У својој последњој књизи, Џенингс је читаве одељке посветио похвали законитости у Енглеској и, као Дајси, стварао идеализовану слику стања законитости.⁵⁴⁴ Затворивши свој идејни круг, Џенингс се вратио на поставке које су својевремено биле предмет његове оштре критике.

После Џенингса чињени су покушаји да се његови и Дајсијеви ставови о законитости приближе или барем некако ускладе. То је покушао В. А. Робсон (*W. A. Robson*), за кога је подједнако погрешно када се идеализује законитост, као и када се законитост „раздваја“ од уставног система Енглеске. За Робсона је нарочито „погрешна“ концепција према којој „судију не интересују циљеви владе“, већ „административна правда“. Због тога он предлаже комбиновање начела законитости са начелом целисходности (опортуности). Позната је његова изјава да „од свих карактеристика административног права ниједна нема већу предност од моћи трибунала да одлучи о случајевима који дођу пред трибунал“.⁵⁴⁵ Згодан савремени пример утицаја Робсоновог учења у Енглеској представља секундарно законодавство

⁵³⁹ A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law and constitution*, London 1927 (1982), 183–185, 188 и 198–199.

⁵⁴⁰ Вид. W. I. J. Jennings, *The New Despotism*, London 1920.

⁵⁴¹ Вид. A. Allott, *The Limits of Law*, London 1980; J. F. Garner, *Administrative Law*; Radcliffe and Cross, *English Legal System*, London 1977; J. W. Harris, *Legal Philorophies*, Oxford 1980; J. Cooper, *The Individual and the Law*, Buckingham 1981.

⁵⁴² Вид. W. I. J. Jennings, *The Law and Constitution*, London 1933.

⁵⁴³ F. A. Hayek, 238.

⁵⁴⁴ Вид. W. I. J. Jennings, *The Queen's Government*, London 1954.

⁵⁴⁵ W. A. Robson, *Justice and Administrative Law*, London 1951, XI–XIV.

(*SiS*), које није ништа друго до још један пример административне надмоћи прикривене формом закона.

Гледиште по коме је законитост смештена у шире филозофско-теоријске оквиру заступао је Ф. А. Гарнер (*F. A. Garner*). Законитост је данас „нешто више од пуког закона и реда“. У савременим друштвима суверенитет парламента представља основ за постојање било које врсте законитости. Та важна чињеница законитост представља као јединствено и општеобавезно начело које не може ваљано да се објасни само изразима „Law“ и „Order“. Према Гарнеру, „човек је од памтивека тежио да достигне нешто више него што је само право (закон), које је он сам измислио, било да је то природно право старих Римљана, божански средњовековни закон или друштвено и природно право Хобса, Лока или Русоа, а и ми данас покушавамо да одредимо законитост као норму или као идеал који закони свих земаља желе да достигну... јер сваки закон мора да задовољи неку сврху“.⁵⁴⁶ Та сврха састоји се у постојању и гарантовању људских слобода и права. За постојање законитости није довољно само да се нађу одговарајући чувари који ће се старати да егзекутива не злоупотреби власт, већ је потребно и да постоји „ефикасна влада... која је у стању да одржи закон и ред и да обезбеди друштвене и политичке услове за живот у друштву“.⁵⁴⁷

Појму и садржини начела законитости дужну пажњу посветио је Ф. А. Хајек (*F. A. Hayek*).⁵⁴⁸ Насупрот Платоновим идејама у „Законима“, Хајек је сматрао да „закон сам не може да влада“, јер „само људи могу да имају моћ над другим људима“. Због тога би највећу вредност међу људима требало да представља „благостање“ (*Welfare*), као „крајњи циљ права и закона“,⁵⁴⁹ јер „благостање је мајка сваке моћи“.⁵⁵⁰ Очигледно, законитост представља једно „правило о ономе што би закон требало да буде, једну метаправну доктрину или политички идеал“. Законитост ће да важи – истицао је Хајек – „све док буде морални део заједнице“, а морални део заједнице може да буде само у демократији. У противном, друштво би убрзо дошло до стања арбитрарне тираније.

Историјски развој идеје законитости у српској правној мисли и теорији

Историјски развој модерне идеје законитости у Србији

Законитост није непозната појава у српској правној мисли и теорији. Ако се може сматрати исправном тврдња да је идеја правне државе јасно уобличена већ у Јустинијановом *Corpus iuris civilis* из VI века,⁵⁵¹ постаје потпуно разумљиво зашто је у Немањићкој средњовековној држави, у српском Законику цара Душана из XIV века, јасно уобличена идеја о владавини закона. У члану 171. Законика стоји: „Ако успише писмо царства ми, или из срцбе, или из љубави, или из милости за некога, а то писмо ружи Законик, није по правди и закону, како Законик пише, судије том писму да не верују, него да суде и извршавају како је по правди“, а у члану 172: „Све судије да суде по Закону, право како пише у Законику, а да не суде по страху од

⁵⁴⁶ F. A. Garner, *Administrative Law*, 17–19.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, 20.

⁵⁴⁸ Поред наведеног Хајековог наслова *The Constitution of Liberty*, видети још: *Law, Legislation and Liberty*, I-III, London 1981 (*Право, законодавство и слобода*, Београд /Подгорица/ 2002); *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb 1994; *The Road of Selfdom*, Chicago 1994.

⁵⁴⁹ F. A. Hayek, 19.

⁵⁵⁰ Б. Пекић, *Сентиментална историја Британског царства*, Београд 2013, 150.

⁵⁵¹ Вид. У. Бек, *Ризично друштво*, Београд 2001.

царства ми“.⁵⁵² Иако су само два члана непосредно посвећена законитости, несумњиво је да је реч о Законнику који је у много чему предњачио над другим сличним законцима. Све друге одредбе Законика, тек заједно узете, сачињавају верну слику српске средњовековне државе на њеном врхунцу и српског средњовековног друштва.

У Душановом законнику је готово на афористичан начин правно одређена модерна идеја начела законитости, и то скоро два и по века пре него што ће у Западној Европи, захваљујући великим покретима и преокретима, да отпочне борба за начело законитости какво је већ било записано у Душановом законнику. Треба истаћи да је Светосавска крмчија равноправно и заједно коришћена са касније донетим Душановим закоником, нарочито она, чак вековима после њеног доношења, у готово свим словенским хришћанским земљама.

У XIX веку, у ондашњој устанничкој Србији, исту ту идеју о владавини закона и права изразио је 1811. године приликом израде српског устава (са Младеном Миловановићем) у својој беседи *Михаило Грујовић*, други секретар Правитељствујушћег совјета (по смрти свог брата Божидара – Боже Грујовића /Теодора Филиповића, првог секретара Правитељствујушћег совјета)⁵⁵³ следећим речима: „Гди је добра конституција, тј. гди је добро уређена власт под законима, ту је слобода, ту је вољност, а гди један или више по својој вољи заповедају, законе не слушају, но оно што хоће чине,; ту је умрео вилајет, ту нема слоободе, нема сигурности, нема добра, већ је онде пуштаилук и ајдуклук, само под другим именом”. Та идеја је актуелна и данас, више од двеста година касније, али не зато што је оригинална или нова, већ зато што није довољно уврежена у свести и пракси.⁵⁵⁴ Сама идеја није оригинална. Развио је претходно Кант, али је готово одмах прихваћена од најумнијих Срба, пре многих других просвећених „европејских“ народа. И ти су Срби (од Доситеја Обрадовића) одмах залегли да се врате у Европу, где им је одувек место, раскидајући са до данас запамћеним и мрским османским владањем.

Током више од два протекла века, идеју и учење о законитости развија читав низ најугледнијих српских правника: Божидар Грујовић (Теодор Филиповић), Лазар Војновић, Димитрије Давидовић, Јован Стејић, Јован Стерија Поповић, Јован Филиповић, Димитрије Матић, Михаило Христифор Ристић, Глигорије Гершић, Живојин Перић, Слободан Јовановић, Феодор Тарановски, Евгеније Спекторски, Живан Спасојевић, Тома Живановић, Ђорђе Тасић, Божидар С. Марковић, Миодраг Д. Туцаковић, Јован Ђорђевић, Радомир Д. Лукић, Миодраг Јовичић, Стеван К. Врачар и други. Захваљујући свима њима, наша правна мисао је постала и остала саставни део модерне европске правне мисли.⁵⁵⁵ То је велики успех, јер је наша историја препуна болних прекида и експеримената.

⁵⁵² Душанов законик, прир. Н. Радојчић, Београд 1960, 134–135.

⁵⁵³ Вид. З. С. Мирковић, *Карађорђево законик*, Београд 2008.

⁵⁵⁴ М. Ђорђевић, „Уставни развитак Србије у Првом српском устанку”, у: *Зборник радова о судству и законитости у Првом српском устанку*, Београд, 1979, стр. 31-32. Видети: М. Ч. Марковић, *Правна држава*, Београд, 1939; Р. Лукић, *Уставност и законитост у Југославији*, Београд, 1966; *О судству и законитости у Првом српском устанку и 150. година од доношења Сретењског устава*, Крагујевац 1985; *Правна држава, људска права и владавина права*, Београд, 1989; *Правна држава – порекло и будућност једне идеје*, Београд, 1991; Б. С. Марковић, *О праведном праву*, Нови Сад, 1993; К. Чавошки, *Право као умеће слободе. Оглед о владавини права*, Београд, 1994; Г. Вукадиновић, *Правна држава*, Нови Сад, 1995; Д. М. Митровић, *Начело законитости – појам, садржина, облици*, Београд, 1996; *Уставност и владавина права*, зборник радова, Београд, 2000; З. Јеж, *Принципи демократске правне државе*, док. рад, Нови Сад, 2002; Р. Васић, *Правна држава и транзиција. Теоријски модел и контекстуално условљавање*, Београд, 2004.

⁵⁵⁵ Вид. Д. Баста, *Преображаји идеје права. Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду, (1841–1941)*, Београд, 1991; *Југословенска теорија, филозофија и социологија права у прошлости и данас*, I св. зборника, Београд, 1997; М. Симић, *Из историје српске правне мисли*, Ниш, 1997; М. Поповић, *О филозофији права код Срба*, Београд, 2000.

Примери учења о законитости у српској правној теорији

Начело законитости заузима изузетно важно место у радовима старијих и нешто млађих српских правних писаца XX века. За старије правне писце карактеристично је усредсређивање пажње на проблем повезивања формалног појма начела законитости са правном државом. Задржимо се на идејама и учењима само њих неколицине.

Карактеристично је схватање *Феодора Тарановског*, на самом почетку XX века, према коме „законитост државне радње“ одговара формалном појму законитости који постоји упоредо са појмом правне државе. У међусобном односу ове две стране законитости, тј. њена два значења, Тарановски је предност давао материји (садржини) над формом (обликом). Он је сматрао да је циљ законитости „остваривање заједничког добра у правној држави“. Да би тај циљ био остварен, потребно је да радње свих државних органа буду „строго подређене поштовању права“. Уколико то није случај, тј. уколико закони не обавезују државне органе нити одговарају „народним потребама“, тада ни најстроже старање о поштовању законитости неће моћи да обезбеди стварну законитост у друштву.⁵⁵⁶

Карактеристично је и вероватно најпознатије нормативно схватање *Радомира Д. Лукића*, за кога законитост представља првенствено нормативни правни појам. Као што је за појам права карактеристична правна норма, тако је за законитост карактеристично њено нормативно значење. У најширем смислу, законитост представља „сагласност односних аката са законом као вишим актом“. У ширем смислу, „законитост значи да сви правни акти и све материјалне радње, које предузимају било државни органи било грађани, јесу, односно морају бити у складу са законом, морају се донети, односно вршити у складу и на основу закона као највишег правног акта, основе правног поретка, најтачнијег израза воље и интереса дате владајуће класе“. У ужем смислу, „законитост значи да сви правни акти с мањом правном снагом јесу, односно морају бити у складу и донети на основу правних аката с већом правном снагом“. Такав нормативни појам законитости има своју формалну и материјалну страну. Законитост у формалном смислу постоји када је постигнута „сагласност односних аката са законским прописима о форми тих аката“, а у материјалном смислу када је постигнута „сагласност односних аката са одредбама закона о њиховој садржини“.⁵⁵⁷ Лукић је такође разликовао непосредну од посредне законитости. Прва се односи на све акте који се непосредно заснивају на закону, а друга на све ситуације у којима акти непосредно не произилазе из закона.

Законитост располаже и својим социолошко-политичким значењем. То значење Лукић није везивао за правну државу, већ прагматично и динамички – за „однос политичких снага у друштву“. Законитост се састоји у томе што „конкретне друштвено-политичке снаге законитост формулишу на начин који њима највише одговара, а када је једном формулисана, законитост повратно утиче на исте снаге у друштву“. У случају несклада између правно-нормативног и социолошко-политичког значења, претеже њено друго значење, чиме се изнова успоставља нарушени склад између ових главних значења.⁵⁵⁸

У нашој теорији супротно гледиште о законитости – као владавини права, а не само нормативном начелу, заступао је *Јован Ђорђевић*. За Ђорђевића суштина законитости састоји се у постојању „политичких и друштвених премиса и правног

⁵⁵⁶ Ф. Тарановски, *Енциклопедија права*, Београд 1923 (2003), 64, 76, 337–340, 446–489.

⁵⁵⁷ Р. Лукић, *Уставност и законитост у Југославији*, Београд 1966, 51–56.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, 10.

механизма који омогућују и спречавају појаву самовоље, арбитрарности и пуне дискреционарности“. Та чињеница представља законитост као „установу демократије и елемент демократизма једног политичког уређења“.⁵⁵⁹ По њему, законитост као правно начело има два главна значења. У ширем смислу, она значи да „нико не може по својој вољи стварати право и обавезе и да је свако... потчињен правном поретку и правним правилима“. У ужем смислу, законитост „садржи у себи правна ограничења за парламент, односно за органе који стварају право“.⁵⁶⁰ Ђорђевић је појму законитости придавао још два значења. У материјално-правном смислу, „законитост изражава везаност државних органа за закон, а у формално-правном смислу, потребу да радње односних органа буду засноване на законима и актима, као и у складу са њима“.⁵⁶¹ У односу на законитост, сматрао је Ђорђевић, уставност представља „виши и основни облик законитости“, њену „основу“ и „посебну гаранцију“.⁵⁶²

Најоригиналније схватање законитости у нашој правној теорији изложио је *Стеван К. Врачар*. По њему, законитост представља „један између многих и разноврсних принципа структурирања и функционисања државноправног поретка“.⁵⁶³ Изванредно значајно *интегрално* правно начело законитости може да се одреди тек када се имају у виду сви елементи „државноправног поретка“, тј. везе између правних норми, правних (ф)аката, субјеката, објеката итд. На тај начин, законитост постаје други израз за државу и право: какви су држава и право, такво је њихово начело законитости. Да би постојала законитост, сматрао је Врачар, неопходно је да буду испуњене одговарајуће претпоставке: постојање „државноправног поретка“, „системност права“, разликовање „нормативних аката“ од „нормативних факата“, као и само „постојање закона“. Све наведене претпоставке сачињавају унутрашњи склоп државно-правног поретка, у коме се законитост појављује „истовремено као један принцип хијерархијског повезивања нормативних (ф)аката... тако да су нижи усклађени са вишим“, али и као „једно својство присутно у свим творевинама“. Такође, начело законитости располаже извесним сталним особинама: објективношћу, универзалношћу, јединственошћу и релативношћу. Таквом саставу законитости одговара њено формализовање и прокламовање. Оно се врши „филозофско-етичким погледима“, „правним нормирањем“ и „гносеолошко-научним захватима и сазнањима“. Исто тако, начело законитости захтева постојање „потребне и могуће мере усклађености нижих правних аката са законима, али и подешавање структуре и функционисања државе сходно садржини закона“.⁵⁶⁴ Доследно свом интегралистичком учењу, Врачар је истицао да законитост може да постоји само као јединство формалних и материјалних, политичких и техничких правних момената, будући да све њене стране имају подједнак значај за одређивање њеног појма.

Као што може да се примети, Тарановски законитост у формалном смислу изједначава са „законитошћу државних радњи“, што је карактеристично за законску а не за правну државу. Такође, писци садржај правне државе, тј. материјални појам

⁵⁵⁹ Ј. Ђорђевић, „Начело законитости и његов значај“, *Народна милиција*, 6, Београд 1954, 3–4.

⁵⁶⁰ Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Београд 1976, 331–332.

⁵⁶¹ Ј. Ђорђевић, „Право, законитост и образовање правника у социјализму“, *Нова администрација*, 6, Београд 1956, 481.

⁵⁶² Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, 331 и 357.

⁵⁶³ С. Врачар, *Социјална садржина функције државноправног поретка*, Београд 1965, 163 и даље. Вид. „Нормативни (ф)акти социјалистичког државноправног поретка“, у: *Извори права у самоуправном социјалистичком друштву*, Београд 1976, 22.

⁵⁶⁴ С. Врачар, „Релативно остваривање прокламованог принципа законитости у Совјетском Савезу“, у: *Симпозијум о основама и облицима законитости у социјализму*, Београд 1967, 76–77.

законитости, доводе у везу са различитим друштвеним и правним вредностима. Док је за Тарановског материјални појам законитости један и непроменљив, будући да је циљ државе „заједничко добро“, дотле је за друге садржина материјалног појма законитости променљива и састоји се у остваривању идеје правде или барем идеје правичности.

С друге стране, Лукић је основ нормативног начела законитости налазио у односу политичких снага у друштву. За Лукића нормативна законитост представља сагласност свих аката са законом. Она има предност над начелом уставности, а не обратно. Треба поменути и Ђорђевићево гледиште, које је интересантно како због (у то време) неубичајеног поистовећивања начела законитости са владавином права, тако и због давања предности формалном начелу уставности над законитошћу, упркос чињеници да закон може да се користи као устав, али да устав не може да се користи као закон.

Различита гледишта у домаћој правној теорији показују да законитост представља изузетно сложену и динамичну појаву којој је одувек, кад год је то било могуће у српској историји и садашњости, посвећивана изузетна пажња. Очигледно, законитост није само једно од више сличних правних начела, већ је најважније правно начело.

Закључак

Наведена гледишта оставила су дубок траг у правној теорији и пракси. Писцима који су се формирали на традицији англо-саксонског система права заједничка је тежња ка унификавању западњачког типа законитости, што је до 1961. године учињено. Англо-саксонским писцима је исто тако заједничко оштро критиковање ставова правних писаца који припадају континенталној правној традицији и пракси. Према њима, правници на Континенту, тј. „позитивисти“, своде законитост или на „питање чињеница“ или на „процену обавезности закона“ коју стављају у потпуно другачију равн од равни у којој би законитост иначе требало да се посматра. Англо-саксонски правници нарочито истичу да закон у европском континенталном праву „представља првенствен израз смишљеног стварања закона“ које може да се одреди максимом *Lex est quod populus iubet atque constituit*, као и да је формални третман законитости главни узрок разликама поводом одређивања појма законитости. На пример, у Њу Делхију и у Лагосу, оштро је нападнута Келзенова „чиста теорија права“, нарочито онај њен део који се односи на учење о логичкој затворености правног система. Према критичарима Келзенове теорије, законитост није само захтев за формалном сагласношћу и тачношћу са односним законом. Она је у исто време „захтев за сагласношћу закона и одлука са вредностима које се постављају као неопходне за постојање „слободног друштва““.⁵⁶⁵

Наведеним ставовима и расправама из поменутих докумената постављени су темељи заједничког појма начела законитости. Њихов значај ни данас није усахнуо, све време утичући на правна схватања и праксу. Али и тада треба разликовати владавину права „под правом“ (*sub lege*) од владавине права „посредством права“ (*per leges*). У првом случају, забрањује се или спречава злоупотреба власти, а у другом обезбеђује примена општих и апстрактних правних норми уместо индивидуалних и конкретних заповести. Оба захтева не противрече један другом и нису надређени један другом, независно од тога да ли је реч о раду законодавца или судије.

⁵⁶⁵ Вид. R. A. Falk and S. I. Shuman, „The Bellagio Congrengence on Legal Positivism“.

Наведене идеје и мисли о појму законитости на сасвим јасан начин су и сада, као и некад, присутне у српској правној мисли, али више у мисли него у пракси. То није резултат непућености, већ наглих и застрашујућих промена у свету које барем дотичу српску правну мисао и праксу. Можда је за потпуније разумевање процеса везаних за унификацију законитости најбоље изабрати интересантан пример и поменути најновије учење о постојању две врсте међународне владавине права у смислу „thin“ (танке, ретке) и „thick (дебеле, густе) rule of law“. Тиме се додатно прави разлика између држава у којима већ постоји владавина права. Овим другима свакако припадају земље чланице садашње Европске уније, која се сматра специфичном политичком заједницом или „заметком федералне државе“, као и будућа светска држава, чије је стварање у току.⁵⁶⁶

566 R. M. Unger, *Znanje i politika*, Zagreb 1989, 324 и даље; А. Кожев, *Феноменологија права*, Београд 1984, 197; Г. Дабовић, *Глобализација права: усклађивање права у савременом свету*, Београд 2007, 13 и даље. Вид. D. Ronald, *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca Un. Press, 1996; С. Boggs, *The End of Politics*, New York 1999.

Summary

HISTORICAL AND CONTEMPORARY DEVELOPMENT OF THE MAIN TEACHINGS OF LEGALITY IN LEGAL THEORY

Legality has covered a long historical path from the ruler's will to the contemporary legal principle. It is easily seen that its concept in Roman jurisprudence or medieval theological and secular thinking quite clearly differs from its modern and contemporary concept. It holds true both for the Serbian medieval and modern practice and for modern and current Serbian legal thought and its legal documents.

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. The same paths of thinking and impact exist in Serbian legal thought, from Božidar Grujović to Radomir Lukić.

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. Gradual softening of the original differences render possible for one to conclude that those two systems are going to become merged into one and a single leading world system of law in the foreseeable future.