

*Mr Dragutin Avramović, asistent  
Kriminalističko-policijske akademije u Zemunu*

## VLADAVINA PRAVA I PRAVNA DRŽAVA – ISTOST ILI RAZLIČITOST?

**Sažetak:** *Uporednim istorijskim obuhvatom razvoja koncepata vladavine prava i pravne države, autor nastoji da ukaže na niz sličnosti i razlika koje prate njihov nastanak i razvoj. Pored sličnog i nesumnjivog teorijskog i filozofsko-pravnog uticaja, differentia specifica ostaje u različitoj istorijsko-institucionalnoj osnovi dve pravne tradicije iz kojih izrastaju ove doktrine. Tako se vladavina prava prvenstveno shvata kao vrednosno ispunjeni (materijalni) pojam, političko načelo, dok se pravna država tretira više kao formalni pojam, zasnovan na pravnom pozitivizmu (pravno načelo). Međutim, i pored brojnih razilaženja u teoriji, čini se da je danas moguće staviti znak jednakosti između vladavine prava i pravne države. Savremena teorija tretira formalne i materijalne aspekte pravne države organski povezanim, ne stvarajući više veštačke podele između proceduralnog i supstantivnog pristupa. Uravnotežujući materijalnu i formalnu stranu, koncept vladavine prava, ali očigledno i pravne države, kreću se ka uspostavljanju osobenog ekvilibrijuma, približavajući se jedno drugom. Ukoliko se remodeluju teorijski stavovi o pravnoj državi, moguće je da će ovaj pojam, iako iščezava iz upotrebe pod pritiskom globalno „jačeg“, popularnijeg i operativnijeg pojma vladavine prava, ipak opstati.*

**Ključne reči:** *Vladavina prava, Pravna država, Thick i thin Rule of Law.*

Već mnogo decenija pravna teorija ostaje zarobljena brojnim istim pitanjima, dihotomijama na koje je svaki pravni teoretičar spreman da ponudi svoj odgovor u skladu sa vlastitim uviđanjem stvari, trenutnim dok-

trinarnim koordinatama, usvojenim sistemom vrednosti i tradicijom, društvenim okolnostima, itd. To su večna, velika pitanja – država i/ili pravo, političko i/ili pravno, moć i/ili pravo, legalitet i/ili legitimitet, pozitivizam i/ili jusnaturalizam, suverenost i/ili podela vlasti, autokratija i/ili demokratija, kolektivizam i/ili individualizam, socijalizam i/ili liberalizam, komutativna i/ili distributivna pravda, formalno i/ili materijalno? A, iznad svega, pravna država i/ili vladavina prava? Na početku traganja za odgovorom na ovako složena pitanja, pored teorijskopravnog pristupa, korisno je iskoračiti i u prošlost, ne bi li se sagledale tendencije i pratio zajednički uporedni razvoj pojmova, u ovom slučaju pravne države i vladavine prava, i pri tome uočile moguće tačke dodira i razlozi eventualnog njihovog kasnijeg divergiranja ili konvergiranja.

## 1. Koreni ideja

Mada su se pojmovi pravne države i vladavine prava konačno idejno oformili tek u teoriji XIX veka, u novijoj literaturi snažno je izražena tendencija da se koreni i začeci ovih instituta otkrivaju kako u političkoj pragmatici, tako i u pravnoj doktrini starog veka. U stvarnosti antičkog atinskog državnog uređenja, koje predstavlja jedan od prvih i najtipičnijih istorijskih primera demokratije, mnogi pisci prepoznaju elemente pravne države i vladavine prava, dok su radikalniji skloni tvrdnjama da su tada oni već i postojali. Takva konceptualizacija je postala čak i donekle pomodna u poslednjih nekoliko decenija.<sup>1</sup> Razmišljanja u tom pravcu proizlaze iz činjenice da se već tu u izvesnom obliku afirmisao princip podele vlasti, ali i nezavisnosti sudstva, zakonitosti, principi *ne bis in idem* i *res iudicata*, pa čak u određenom stepenu garantovanja sloboda i prava građana. Kada je u Atini posle Solonovih reformi uvedena demokratska republika, zaista je došlo do jednog konzistentnijeg vida podele vlasti, u kome su se pojavljivali Narodna skupština – eklezija,

---

<sup>1</sup> O tome govore već i sami naslovi nekih od novijih knjiga, poput Ostwald, M., *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law: Law, Society, and Politics in Fifth-Century Athens*, Berkeley 1986; Sealey, R., *The Athenian Republic: Democracy or Rule of Law?* University Park, PA – London 1987; Harris, E., *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens*, Cambridge 2006; Farenga, V., *Citizen and Self in Ancient Greece – Individuals Performing Justice and the Law*, Cambridge 2006; Hansen, H. M., *Polis*, Oxford 2006; Jones, N.F., *Politics and Society in Ancient Greece*, London 2008; Munn, M., *The School of History – Athens in the Age of Socrates*, Berkeley, Los Angeles – London 2000, itd. Ovde ne navodimo izuzetno veliki broj članaka koji koriste ove termine u svojim naslovima. Detaljniji pregled starijih članaka sa takvim pristupom v. kod Avramović, S., „Elementi pravne države i individualna prava u Atini“, *Pravna država u antici – pro et contra*, Beograd 1998, a u poslednjih desetak godina je nastalo još dosta takvih radova.

kao osnovni zakonodavni organ, upravno veće – bule i brojni magistrati, kao pretežno izvršna vlast i veliki porotni sud – helieja, kao centralni sudski organ.<sup>2</sup> Zbog toga je opravdan utisak da Lokova i Monteskijeova ideja o odvojenosti sve tri grane vlasti, naravno počivajući na drugačijim osnovama, nije bila nepoznata ni u antici, štaviše, da je njome bila donekle inspirisana. Pored kakve-takve podele vlasti, Atinjani su naročito mogli da se uzdaju u nezavisnost i objektivnost svojih sudova, koji su većim delom imali porotni karakter, gde se predmet porotnom veću dodeljivao na sam dan suđenja, a sudije su birane kockom, kako bi se izbegla korupcija. Svaka stranka nezadovoljna odlukama nižih sudova je uvek imala mogućnost obraćanja helieji kao najvišem sudu, iz čega se zaključuje da je postojala i višestепенost u odlučivanju. Stoga se mnogi autori, naročito anglosaksonske provenijencije, koji u Atini donekle prepoznaju svoje savremene ustanove, dive činjenici da su slobode i prava građana bili zaštićeni na način koji, ne samo na formalnom nivou, prevazilazi realni nivo njihove zaštite u mnogim savremenim državama. Kroz brojna multidisciplinarna istraživanja u poslednjih dvadesetak godina pomno se analizira stvarni stepen realizovanja političkih sloboda, naročito slobode govora, ostvarivanje principa jednakosti, participacije građana i mnogih drugih principa koji formiraju same temelje savremene vladavine prava i pravne države, a naročito zakonitosti, kao jedne od paradigmatičnih osobina demokratskog polisa.<sup>3</sup> Da bi u državi sprečili bilo koji oblik samovoljnog postupanja Atinjani su striktno insistirali na poštovanju zakona, ubeđeni u njihovu ispravnost, prevashodno zbog toga što su ih sami stvarali, a opštost je bila glavna njihova osobina. Na osnovu postojanja svih ovih elemenata, poslednjih decenija je, naročito u angloameričkoj antropološko-pravnoj literaturi, učestalo stanovište da su pravna država i vladavina prava već tada postojali u praksi. Mada se izvesni tragovi pravne države i vladavine prava u političkom i državnom životu Atine zaista ne mogu negirati, ti obrisi mogu da služe samo

---

<sup>2</sup> Naravno, ni ovde, kao ni u savremenim uslovima, potpuno čist model podele vlasti nije moguć, tako da je i u Atini donekle postojalo preplitanje nadležnosti između ovih organa, tako da je zakonodavnu vlast delom vršilo i upravno veće bule, pa i helieja, eklezija je imala mogućnost razmatranja odluka izvršnih organa kroz postupak *epheisis*, itd. O tome vidi više Todd, S., *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1995, 57, 114, 159, kao i MacDowell, D., *The Law in Classical Athens*, London 1978, 30.

<sup>3</sup> Od najnovijih radova vid. više Ober, J., „What the Ancient Greeks Can Tell Us About Democracy“, *Annual Review of Political Science*, Vol. 11, June 2008, - Princeton/Stanford Working Papers in Classics Paper No. 090703; Rothchild, J., „Introduction to Athenian Democracy of the Fifth and Fourth Centuries BCE“, October 9, 2007, Wayne State University Law School Research Paper No. 07-32.

za poređenje sa nekim elementima modernog vremena i koncepta. Jer, zbog potpuno drugačijih društvenih, političkih, ekonomskih, pravnih i drugih konteksta, teško da ovakva hrabra poređenja i zaključivanja mogu dobiti ozbiljniju podršku.

Zaćeci ideje o pravnoj državi, vladavini prava i zakona mogu se prenaći u dubokoj prošlosti pravopolitičke misli. Naravno, prvenstveno je grčka filozofija predstavljala pogodno tle za razvoj pojedinih elemenata takvih modela. Platon je u temelje svog filozofskog sistema postavio ideju o postojanju tri društvene grupe –upravljača, vojnika i proizvođača. U njegovoj idealnoj državi ulogu upravljača bi imali mudri ljudi – filozofi jer, po Platonovom mišljenju, najgore je za državu da je vodi demos, koji predstavlja običnu masu. Međutim, Platon je ipak evoluirao u svom razmišljanju, kao da je shvatio da je njegov koncept o vladavini filozofa manjkav, pošto nema ljudi koji su bez izuzetka istovremeno u svemu i mudri i pravedni.<sup>4</sup> Stoga je prišao stanovištu da je uz vladavinu ljudi neophodna i vladavina zakona, s tim što su „zakoni neophodna, ali i nedovoljna zamena za individualizovanu vladavinu mudrih ljudi“.<sup>5</sup> Korak dalje u odnosu na Platona učinio je Aristotel, koji se nije više dvoumio između vladavine ljudi i vladavine zakona, nego je primat dao ovoj drugoj,<sup>6</sup> doduše shvatajući i neophodnost vladavine ljudi koji moraju primenjivati zakone.

Rimska državna i pravna misao je, kao i u skoro svim drugim oblastima, čvrsto bila oslonjena na grčko iskustvo. Najbliži ideji pravne države i vladavine prava je bio Ciceron. Po njegovom mišljenju, postojanje dobrih zakona je predstavljalo garanciju dobrog državnog uređenja: „... pravi zakon predstavlja ispravno načelo koje je u saglasnosti sa prirodom; primenjiv na sve, pouzdan i večan, on naredbom priziva na dužnost, a zabranom odvraća od nedela; ...Tog zakona nas ni senat ni narod ne mogu osloboditi“.<sup>7</sup> Ta ideja, mada je utihnula sa krizom republike, je neprestano tinjala i u vreme principata, pa i dominata, mada je ta-

---

<sup>4</sup> Platon, *Zakoni* (prevod Vilhar, A.), Beograd, 1990, 713c: „Nijedna ljudska priroda nije sposobna da svim što je ljudsko upravlja sama, sa neograničenom vlašću a da, pri tome, ne bude ispunjena obešću i nepravdom“.

<sup>5</sup> Čavoški, K., *Pravo kao umeće slobode – Ogled o vladavini prava*, Beograd 1994, 16. Vid. naročito Ostwald, M., *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law*, Berkeley – Los Angeles 1986.

<sup>6</sup> Aristotel, *Politika* (prevod Stanojević-Crepajac, LJ.), Beograd, 1960, 1287a: „Bolja je dakle da vlada zakon nego jedan između građana...Prema tome, zahtevati da vlada zakon, znači zahtevati da vlada bog i zakoni, a zahtevati da vlada čovek znači dopustiti i životinji da vlada, jer požuda je nešto životinjsko, a strast kvari najbolje ljude kada su na vlasti. Stoga zakon predstavlja razum bez prohteva“.

<sup>7</sup> Ciceron, *Država* III, 22 (prevod Šijački-Maneović, B.), Beograd 2002, 102.

da preovlađivao princip *princeps legibus solutus*, kao i Ulpijanova maksima *Quidquid principi placuit, legis habet vigorem*.<sup>8</sup> Preko helenističke tradicije, autokratska misao o vladaru kao “oduhovljenom zakonu” preneti je kao dominantna u Vizantiju, a koncept o ograničenosti vladara stidljivo se pojavio u naznakama tek u vizantijskim zbornicima u vreme vladara Makedonske dinastije iz IX veka, pogotovo u zborniku *Epanagoge*, gde su prvi put definisana prava, ali i dužnosti cara, čime se on donekle vezuje zakonima.<sup>9</sup> Ova vizantijska tradicija se prepoznaje i u srednjovekovnoj Srbiji, prvenstveno u poznatim odredbama Dušanovog zakonika, u kojima se car samoograničava zakonom i garantuje nezavisnost sudstva.<sup>10</sup>

## 2. Račvanje ideja

Istorijske okolnosti u srednjem veku na izvestan način označavaju razdelnu tačku kasnije nastalih doktrina pravne države i vladavine prava. U srednjovekovnoj Nemačkoj nije bilo uslova za razvijanje čak ni obrisa ideje pravne države, jer je taj period karakterisala feudalna rasparčanost i apsolutistički način vladavine u udeonim kneževinama, bez tragova koncepta koji bi podsećali na pravnu državu, iako neki autori uočavaju da je u starom običajnom germanskom pravu bilo moguće nazreti ideju prava na otpor vladaru ukoliko krši pravila.<sup>11</sup> Stoga bi se moglo učiniti da koncept pravne države u Nemačkoj nastaje u XIX veku kao *deus ex machina* za nemačku tradiciju. Doduše, još 1798. godine *Wilhelm Petersen* (koji je pisao pod pseudonimom *Placidus*) je prvi skovao termin *Rechtsstaat*, kao antipod pojmu policijska država (*Polizeistaat*), u kom značenju se najpre koristio, ukazujući na kantovsku tradiciju.<sup>12</sup> Važan oslonac nastanka ove

<sup>8</sup> Digesta 1, 4, 1.

<sup>9</sup> Vidi više Ostrogorski, G., *Istorija Vizantije* (Sabrana dela VI), Beograd 1969, 236; o prethodnom razvoju Šarkić, S., *Pravne i političke ideje u istočnom rimskom carstvu*, Beograd 1984.

<sup>10</sup> Dušanov zakonik – Bistrički prepis, (prevod Bogdanović, D.), Beograd, 1994, čl. 167: “Naredba carska: Ako car napiše pismo ili iz srdžbe, ili iz ljubavi, ili iz milosti za nekoga, a to pismo narušava Zakonik i nije po pravdi i po zakonu, kako piše Zakon, sudije - tom pismu da ne veruju, samo da sude i vrše po pravdi”.

<sup>11</sup> „Kralj i narod imaju uzajamnu obavezu da čuvaju pravo od povređivanja i kvarjenja, ali u slučajevima kada kralj propusti da obavlja tu svoju dužnost, njegovi podanici mogu uzeti stvari u svoje ruke i zbaciti ga“, vidi više Tierney, B., „The Prince is Not Bound by the Laws.’ Accursius and the Origins of the Modern State“, *Comparative Studies in Society and History* 5/1963, 378, 392.

<sup>12</sup> Hueschling, L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris 2002, 36-37. Tačnije, termin koji je *Petersen* iskoristio je bio *Schule der Rechts-Staats-Lehre*, podrazumevajući pod tom ’školom’ ideje Kanta i njegovih sledbenika, vidi više Costa, P. – Zolo, D., *The Rule of Law – History, Theory and Criticism*, Dordrecht 2007, 87.

ideje svakako je moglo biti i poznavanje doktrine *rule of law*, te iskustva Američke i Francuske revolucije, kako se to obično ističe u literaturi, ali, čini nam se, i Njemcima najbliže, Nizozemske revolucije u XVI veku. Među glavnim borcima protiv apsolutizma Španije tokom te revolucije bio je Viljem I Oranski, čija je porodica držala ogromne posede i u Nemačkoj. Nakon dve godine borbe 1581. godine ujedinjene provincije su proglasile nezavisnost severne Nizozemske, a za stathaltera izabrale Viljema I Oranskog. U *Proglasu o nezavisnosti*, koji u suštini predstavlja prvu političku deklaraciju modernog doba, konstatuje se da je vladalac koji zanemari interese svojih podanika tiranin, te da mu se ne treba pokoravati.<sup>13</sup> Pravo na pobunu, kao jedno od bazičnih načela prirodnog prava, ovde je prvi put u kontinentalnoj pravnoj tradiciji dobilo svoju praktičnu primenu.<sup>14</sup> Stoga bi se moglo verovati da su i iskustva Nizozemske revolucije uticala na nastanak koncepta pravne države u Nemačkoj, naročito imajući u vidu poreklo vladara Holandije iz dinastije zasnovane sa Viljemom Oranskim, koji je održavao čvrste veze sa svojom porodicom u Nemačkoj. U svakom slučaju, nesporno pod različitim istorijskim uplivima, Nemačka je postala kolevka kontinentalnoevropskog koncepta *Rechtsstaat*, koji se konačno artikulisao u XIX veku.

S druge strane, spoznaja pojma i doktrine *rule of law* u Engleskoj predstavlja kontinuiran, dugi evolutivni istorijski proces koji se rano pokreće još u srednjem veku, kroz institucionalizaciju ideje o ograničenju monarha i neophodnosti garantovanja osnovnih sloboda i prava, zbog čega se ova zemlja smatra rodonačelnikom ideje vladavine prava. Kao prvi dokument u kome su njeni začeci došli do izražaja uzima se već *Magna Carta Libertatum* iz 1215. godine, iako je to u osnovi bio jedan tipičan feudalni dokument, kroz koji su feudalci tokom višegodišnjih nastojanja uspeali da ograniče vlast kralja i obezbede zaštitu od nezakonitog hapšenja, lišenja imovine, samovoljnog nametanja poreza. Time su se prvi put u političkoj praksi ozbiljnije obezbedile garancije slobode ličnosti, dok je tek

---

<sup>13</sup> Već u prvim rečenicama Proglasa stoji: „A kada se on (vladar, prim. D. A.) ne ponaša tako, već nasuprot tome, njih pritiska, tražeći načine da krši njihove stare običaje i privilegije, tražeći od njih ropsku pokornost, on onda nije više vladar, nego tiranin, i podanici ne treba ni da ga gledaju na drugi način. A pogotovo kada se to učini s namerom, bez saglasnosti država (provincija, prim. D. A.), one ne mogu samo da ospore njegov autoritet, već i da legalno pristupe izboru drugog vladara radi svoje odbrane. To je jedini način koji je preostao podanicima čije uljudne peticije i ukazivanja nikako nisu mogle da omekšaju vladara ili da ga odgovore od tiranskog postupanja; i to je ono što zakoni prirode naređuju u cilju odbrane slobode, koju mi moramo da prenesemo potomstvu, čak i po cenu opasnosti za naše živote“ (prevod D. A.), <http://www.fordham.edu/halsall/mod/1581dutch.html>.

<sup>14</sup> Downing, B., *The Military Revolution and Political Change*, Princeton 1992, 227.

interpretacija ovog dokumenta tokom Engleske revolucije dala novu dimenziju konceptu *rule of law*.<sup>15</sup> Ali, nekako u isto vreme kad i *Magna Carta*, nagoveštena je i engleska doktrina o vladavini prava, najpre od strane Henri de Brektona.<sup>16</sup> Taj proces se nastavlja donošenjem mnogih značajnih akata kojima se postepeno ograničava vlast monarha. Ona se profilisala, u skladu sa engleskom tradicijom nepisane ustavnosti, kroz brojne pojedinačne političke dokumente koji su usledili tokom revolucije, a pre svega kroz Peticiju o pravima (*Petition of Rights*) iz 1628. godine, *Habeas Corpus Act* iz 1679. godine, Bil o pravima (*Bill of Rights*) iz 1689. godine.<sup>17</sup>

Teorijsku podlogu nastanka doktrine vladavine prava, ali i pravne države, nesumnjivo čine bazične postavke škole prirodnog prava, što nedvosmisleno govore i već pomenuti primeri. Utemeljujući ideju prirodnog prava, Hugo Grocije je postavio temelje daljim razmišljanjima koja je najjasnije formulisao Džon Lok, ističući da samo postojanje prirodnog prava po jedinaca za sobom povlači i odgovarajuća ograničenja državne vlasti, koja će omogućavati njihovo poštovanje. Ukoliko je, prema Loku, vladar nespreman na ograničenje svoje vlasti u korist prirodnih prava članova zajednice, postoji legitimno pravo na pobunu i usklađivanje pozitivnog prava sa

<sup>15</sup> Jedan broj istaknutih pisaca osporava preveliki značaj koji se pridaje ovom dokumentu, smatrajući da u vreme u kome je nastala ona nije imala domete koji su joj se kasnije pripisivali, već da je svoj nesumnjivi značaj stekla tek kasnije, J. C. Holt, *Magna Carta*, 2nd ed., Cambridge 1992, 1–22.

<sup>16</sup> *Henry de Bracton*, engleski sudija iz sredine 13. veka, u svom delu *De legibus et consuetudinibus Angliae*, nastoji da opiše celokupno englesko pravo. Mada pri tom izričito ne pominje *rule of law*, kroz tekst se na više mesta mogu nazreti embrionalni oblici te doktrine, pa čak i određivanje odnosa vladara prema pravu, u čemu neki vide prvu formulaciju vladavine prava: „Jer on se naziva *rex* ne zato što vlada, nego zato što vlada dobro, jer on je kralj dotle dok vlada dobro, a tiranin kada sprovodi svoju premoć nasiljem nad narodom koji mu je poveren da o njemu brine. Neka, zbog toga, umeri svoju vlast zakonom, koji obuzdaje silu, neka živi u skladu sa zakonima, jer je čovečanski zakon - propisao da zakoni vezuju zakonodavca... Ništa više ne priliči suverenu nego da živi - prema zakonima i nema veće suverene vlasti do one koja vlada u skladu sa zakonima, pa on mora da na pravilan način vodi računa o pravu i onome što mu ono nameće, jer ga pravo čini kraljem“ (prevod D. A.), vid. Bracton, H., *On the Laws and Customs of England*, vol. III, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press 1968, 305–06. Latinski original ovog teksta, kao i njegov engleski prevod, su dostupni na internet adresi <http://hls1-5.law.harvard.edu/bracton/>.

<sup>17</sup> O istorijskom razvoju ideje u Engleskoj, pogotovo pod uticajem Revolucije, vidi više: Basta, L., *Politika u granicama prava*, Beograd 1984, *passim*; Baker, J., „Human Rights and the Rule of Law in Renaissance England“, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2/2004; Tamanaha, B. Z., *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge 2004, 30.

prirodnim pravom. Lok smatra da je princip podele vlasti jedan od važnih instrumenata pomoću kojih se može postići ograničenje vladara. Taj princip, koji će postati jedan od osnovnih elemenata vladavine prava i pravne države, dalje je razvio Montesjkje, što naročito jasno oslikava njegov stav u delu *O duhu zakona*: "Sve bi bilo izgubljeno kad bi isti čovek ili isto telo vladao, plemića ili naroda vršilo sve tri vlasti: vlast donošenja zakona, vlast izvršenja državnih akata i vlast suđenja zločina ili sporova među pojedincima".<sup>18</sup> Pokoravanje zakonu je vrhovni princip koji proklamuje Montesjkje i tvrdi da je zakon taj koji postavlja granice slobode, mada i sami zakoni mogu biti izopačeni i iskvareni.<sup>19</sup> Zbog toga bi se moglo reći da je već Montesjkje nagovestio razliku između pojmova vladavine prava i pravne države. Drugi istaknuti francuski mislilac iz vremena uoči Revolucije, Žan-Žak Ruso, svojim shvatanjem opšte volje (*volonté générale*), koja predstavlja centralnu ideju njegove pravno-političke misli, doprinosi i razvoju ideje o vladavini prava i pravnoj državi. Zakon mora biti izraz „opšte volje“ i narodne suverenosti, pa zbog toga mora biti zaštićen od uticaja pojedinačnih volja, a naročito od volje apsolutističkog vladaoća.

Među velikim misliocima koji su pripremili nastanak modernog pojma pravne države posebno mesto zauzima Emanuel Kant, koji se smatra duhovnim ocem koncepta *Rechtsstaat*. Njegova idealna država podrazumeva ljudsku slobodu, koja se preko zakona dovodi u sklad sa slobodom drugih. Unutrašnja sloboda ličnosti podrazumeva da pojedinac postupa u skladu sa zakonima koje sam prihvata, dok se spoljašnja sloboda odnosi na okolnost da pravo stvaraju sami pojedinci, odnosno građani, učestvujući u zakonodavnom procesu.<sup>20</sup> Zakon je legitiman samo u slučaju kada uključuje pristanak celokupnog naroda. Ovim, ali i mnogim drugim stanovištima, su mislioci i pre XIX veka omogućili konačno formulisanje pojma pravne države.

### 3. Od modernog utemeljenja koncepta ka njihovoj interpretativnoj transformaciji

Konačno utemeljenje pojma pravne države vezuje se za sredinu XIX veka i Roberta fon Mola. Kroz Molovu misao *Rechtsstaat* se uobličava kao materijalni pojam. Prema njegovom mišljenju pravna država predstavlja osobeni tip države, koji je definisan prevashodno njenom svrhom.

---

<sup>18</sup> Montesjkje, *O duhu zakona*, XI 6 (prevod A. Mimica), Beograd 1989, 176.

<sup>19</sup> Vukadinović, G., *Pravna država – shvatanja srpskih pisaca o pravnoj državi u prvoj polovini dvadesetog veka*, Novi Sad, 1995, 16.

<sup>20</sup> Popović, S., *O pravnoj državi – neka razmatranja*, Beograd, 1995, 60.



Molova koncepcija stavlja u prvi plan državu kao socijalni mehanizam identičan sa sopstvenom svrhom, odnosno ciljem, a to je prvenstveno ostvarenje individualne slobode građana, koja predstavlja osnovni ideal. Zato Mol kaže: „Pravna država ne može imati drugi cilj do taj: da zajednički život naroda uredi tako da svaki član bude na isti način podržan i potpomognut u mogućem slobodnom i svestranom iskorišćavanju svih svojih snaga. Lako je međutim uvideti u čemu se nalazi osnov za postojanje takve podrške i potpore. Sloboda građanina je kod takvog životnog nazora najviše načelo“.<sup>21</sup> Tako je ideja pravne države u svom prvobitnom obliku podrazumevala vezivanje države za ideju ljudskih prava i prirodno pravo.

Takvom određenju pojma pravne države *in statu nascendi* u Nemačkoj, veoma se približila anglosaksonska doktrina vladavine prava koju je uobličio A.V. Dajsi (*A. V. Dicey*) krajem XIX veka. Dajsi smatra da je suprematija parlamenta oličena u njegovoj pozitivnopravnoj suverenosti, koja čini formu engleskog konstitucionalizma, dok ideja vladavine prava čini njegovu suštinu.<sup>22</sup> Upravo stoga se srž vladavine prava nalazi u pojmu konstitucionalizma, kao teorije i prakse ograničene vlasti, tj. vlasti ograničene pravom (*Rule or Supremacy of Law*)<sup>23</sup>, čime se obezbeđuju garancije osnovnih sloboda i prava. Pored nepostojanja samovoljnog odlučivanja o pravima pojedinaca, Dajsi kao glavne elemente suprematije prava podrazumeva jednakost pred zakonom i pravnu sigurnost.<sup>24</sup> Na taj način je stvoren zajednički imenitelj koji u priličnoj meri zbližava materijalno viđenje pravne države, iz vizure kontinentalnog pravnika, sa *common law* konceptom vladavine prava.

Rano definisanje kontinentalnog pojma pravne države kao materijalnog načela – vrednosno ispunjenog pojma, ne odstupa bitno od bazičnih ideja doktrine *rule of law*. Međutim, i tada su se ove dve koncepcije razlikovale u pogledu poimanja odnosa države i prava, što je kasnije dovelo do njihovog udaljavanja. Naime, u nemačkoj teoriji je preovladavalo shvatanje o neraskidivoj vezi – simbiozi između države i prava, pri čemu se država sagledavala sa stanovišta uprave. To je velikim delom bila posledica okolnosti što se tada u Nemačkoj težilo za ujedinjenjem, koje bi moglo da se sprovede jedino uz pomoć snažne podrške države. Bizmarkova uspešna uprava koja počiva na isticanju državne moći kao

<sup>21</sup> Cit. prema Šarčević, E., „Pojam pravne države – Ka razumijevanju pravne države“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/1989, 417.

<sup>22</sup> Jovanović, M., „Javno mnjenje i vladavina prava“, *Pravni život*, 12/1997, 1189.

<sup>23</sup> Tadić, L.J., „Metamorfoze 'pravne države'“, *Pravna država – Rule of Law – Rechtsstaat – L'Etat de droit*, 9.

<sup>24</sup> Čavoški, K., *op. cit.*, 44.

sredstva ujedinjenja, baca drugačije svetlo i na prvobitno postavljeni materijalni koncept pravne države kod Mola. Pravna država se u ovoj fazi oslobađa okova svoje svrhe i sve više se pretvara u formalno načelo, pozitivistički shvaćen koncept, prilično rezervisan prema ljudskim pravima. „Mada je brzo stekao značaj u političkoj i pravnoj sferi, koncept *Rechtsstaat* je skoro nestao iz ustavnopravne doktrine na kraju XIX veka, kao rezultat izrastanja pravnog pozitivizma. On je uglavnom zadržao svoje značenje u upravnom pravu i prerastao u prost princip legaliteta. Još preciznije, *Rechtsstaat* princip se uže shvatao kao neophodnost sudske kontrole upravnih akata, uglavnom na proceduralnim osnovama, a ne kao ustavna kontrola zakonodavnih akata. Njegov glavni cilj je bio da pruži zaštitu od nezakonitih ili arbitrarnih upravnih odluka, a ne da omogući ostvarenje osnovnih ljudskih prava. Drugim rečima, koncept *Rechtsstaat* je primarno bio shvaćen u formalnom ili 'thin' smislu.“<sup>25</sup>

Reklo bi se da ovaj momenat predstavlja razdelnu tačku između doktrine pravne države i vladavine prava. Pojam pravne države postaje sadržajno ispražnjen, desupstancionalizovan, sveden na formalni princip. Država se vezuje isključivo za pozitivno pravo, a ideja pravne države doživljava ispražnjenje. Pozitivistički shvaćena pravna država, kao kod Kelzena, može biti svaka država ukoliko poseduje „pravni poredak“, bez obzira na njegovu sadržinu.<sup>26</sup> S druge strane: „Po svojoj biti, teorija vladavine prava je antipozitivistički utemeljena; zbog toga je u njoj vrlo teško jasno razgraničiti pozitivnopravni, moralni i prirodnopravni normativitet“.<sup>27</sup> Zbog toga i danas postoje izvesne nesuglasice među autorima evrokontinentalne i *common law* pravne tradicije. Otud angloamerički autori i dalje često tretiraju kontinentalne pravnike kao „pozitiviste“, koji izjednačavaju pojam pravne države sa principom zakonitosti.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Pech, L., „The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union“, *Jean Monnet Working Paper* 04/09, NYU School of Law 2009, 32.

<sup>26</sup> Na takvim postavkama Kelzen gradi svoje viđenje: „A tada se pokušaj da se država legitimira kao pravna država otkriva kao potpuno nepodoban, pošto svaka država mora da bude pravna država: ako se pod 'pravnom državom' podrazumeva država koja 'ima' pravni poredak. Jer, ne može postojati država koja nema ili još nema pravni poredak, pošto je svaka država samo jedan pravni poredak. Što ne predstavlja nikakav vrednosni sud. Taj pojam pravne države ne sme se, naravno, pobrkati sa onim koji znači pravni poredak sasvim određene sadržine, naime takav koji pokazuje izvesne institucije kao što su slobode i prava, garancije za saobraženost pravu organa – funkcija i demokratske metode stvaranja prava. Samo u jednom tako uobičenom sistemu normi videti 'istinski' pravni poredak, to je prirodnopravna predrasuda“, Kelzen, H., *Čista teorija prava*, Beograd 1998, 82.

<sup>27</sup> Basta, L., *op. cit.*, 118.

<sup>28</sup> O tome vidi više Mitrović, D., *O pravnoj državi i drugim pravnim temama*, Beograd 1998, 78.

Međutim, sa stupanjem na snagu novog Ustava Nemačke 1949. godine, pravna država postaje *thick* ustavni princip, sa obe svoje komponente – formalnom i materijalnom, na kojem treba da počiva ceo pravno-politički sistem i kome se sve državne aktivnosti moraju prilagođavati.<sup>29</sup> Tako danas, pod snažnim uticajem nemačke doktrine, ponovo dolazi do približavanja konceptata pravne države i vladavine prava. Među plejadom nemačkih autora XX veka, čiji je fokus interesovanja savremena pravna država, nezaobilazno je ime Gustava Radbruha (*Gustav Radbruch*). Njegov vapaj za ponovnim uspostavljanjem pravne države utemeljene na izvesnim vrednostima, nakon mračnog doba nacizma, u kome po njegovom mišljenju ona uopšte nije ni postojala, je urodio plodom. Njegov *credo* je bio: „Trebalo da tražimo pravdu, i da istovremeno vodimo računa o pravnoj sigurnosti, jer je i ona sama jedan deo pravde, treba da ponovo izgradimo pravnu državu, koja će po mogućstvu zadovoljiti obe ideje. Demokratija je svakako jedno dobro vredno hvale, ali pravna država je kao nasušni hleb, kao voda za piće i kao vazduh za disanje, a najbolje u demokratiji je upravo to što je samo ona podobna da obezbedi pravnu državu“.<sup>30</sup> Ideja prava ponovo dobija značenje primene određene *ideje* prava, a ne samo *pojma* prava uopšte, na odnos pojedinca prema državi.<sup>31</sup>

Ipak, angloamerička pravna tradicija nešto više insistira na postojanju dihotomije formalno-materijalno, dok većina nemačkih autora i sudija vide proceduralne i supstantivne komponente *Rechtsstaat*-a kao neodvojive.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> „U takvom rečniku, naravno, tip pravne države ustanovljen sa *Grundgesetz* je jasno supstantivni. Član 20(3) *Grundgesetz*-a, koji pripada delu odredbi koje čine njegovu srž, vezuje zakonodavnu vlast ustavnim poretom i vezuje izvršnu i sudsku vlast kako zakonom, tako i pravom, i pravom i pravdom. *Grundgesetz* ne sadrži samo duboku posvećenost ljudskim pravima, nego je posvećenost ljudskim pravima shvaćena kao inherentna u okviru koncepta pravne države. Usvajanje ovakvog supstantivnog viđenja vladavine prava predstavlja zaokret u nemačkoj pravnoj tradiciji, koji zamenjuje pozitivističko sagledavanje pravne države koje je preovlađivalo u Vilhelmovskom i Vajmarskom periodu“, (prevod D. A.), Neuman, J., „The U.S. Constitutional Conception of the Rule of Law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz“, *Columbia Law School*, June 1999, *Public Law & Legal Theory Working Paper Group*, No. 5, p. 4.

<sup>30</sup> Radbruch, G., „Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo“, u *Filozofija prava*, Beograd 1998, 231.

<sup>31</sup> Radbruch, G., *Filozofija prava*, Beograd 1998, 186.

<sup>32</sup> „Šta više, nasuprot stavu koji zauzima većina anglo-američkih naučnika, koji su skloni da daju prednost formalnim koncepcijama nad supstantivnim, važno je podvući da većina, ako ne i svi ustavi i sudovi u Evropi odbacuju tu dihotomiju, i sagledavaju formalne i supstantivne komponente vladavine prava kao nezavisne, ali ne kao uzajamno isključujuće. Uistinu, formalne i proceduralne komponente vladavine prava u liberalnim i demokratskim evropskim principima (proporcionalnost, zabrana retroaktivnosti, pristup sudovima, zaštita osnovnih prava, itd.) treba da služe supstantivnim vrednostima (ljudsko dostojanstvo, i-

Naime, kao što se pravna država može pojmiti u materijalnom i formalnom smislu, tako se i vladavina prava u novijoj literaturi iz *common law* sveta sagledava kroz dve prizme. S jedne strane stoji *thick* varijanta, bazično analogna materijalnom shvatanju pravne države, a s druge *thin* koncept, koji u osnovi odgovara formalnom razumevanju pravne države. Prvi pojam, koji se označava pridevom *thick* (gust, debeo), podrazumeva u osnovi Hajekov koncept vladavine prava i uključuje moralne i vrednosne elemente, tako da se vladavina prava doživljava kao sama srž pravednog društva, vezujući se za ideju slobode i demokratije. Drugi pojam, određen pridevom *thin* (tanak, mršav), je više okrenut formalnim i instrumentalnim aspektima vladavine prava, gde demokratija i moral nisu toliko važni, nego zaštita imovinskih prava i efikasno pravosuđe, a osnovni cilj prava je da se obezbedi društvena stabilnost. Pravo mora biti javno, konzistentno, jasno i prihvaćeno od većine naroda. Međutim, svaka *thick*, supstancijalna vladavina prava, mora ispunjavati minimalne zahteve *thin* teorije. U pokušaju da to što slikovitije predstavi, Randal Pirenbum (*Randall Peerenboom*), autor koji je među prvima i formulisao ove dve teorije, opisuje odnos *thin* i *thick* koncepcije vladavine prava preko koncentričnih krugova. Pri tom, manji krug predstavlja jezgro, osnovne elemente *thin* koncepta, koji je okružen različitim *thick* koncepcijama odnosno socijalnim i političkim filozofijama.<sup>33</sup> Kao što je pomenuto, Pirenbum naglašava postojanje većeg broja varijanti *thick* vladavine prava, s obzirom na to da, kako ističe, u suštini postoje različite koncepcije vladavine prava.<sup>34</sup>

Vladavina prava još uvek možda u nešto većoj meri naginje metappravnom, s obzirom da izrasta na temeljima jusnaturalizma, dok je pravna država i dalje nešto više formalno zasnovana i okrenuta pravnom pozitivizmu.<sup>35</sup> Razlika bi se mogla naći i u tome što je vladavina

---

ndividualna autonomija, socijalna pravda, itd.) na kojima su ta društva zasnovana. Kristališući široki set pravnih standarda i moralnih vrednosti, vladavina prava ispunjava mnogostruke i vredne funkcije. Pravno govoreći, ona daje posebnu koherentnost i svrhu celokupnom političko-pravnom sistemu“; (prevod D. A.), Pech, L., *op.cit.*, 44.

<sup>33</sup> Vid. Peerenboom, R., „Varieties of Rule of Law“, *Asian Discourses of Rule of Law*, London 2004, 5.

<sup>34</sup> O različitim shvatanjima i konceptualnim razlikama pri definisanju *thick* i *thin* vladavine prava kod savremenih autora (Pirenbuma, Fulera, Raza i drugih) vidi više kod Avramović, D., „Jedan novi pogled na vladavinu prava“, *Pravni život* 14/2009, 359.

<sup>35</sup> „Nešto lapidarnije rečeno, temeljne su razlike u posebnoj političko-organizacijskoj osnovi državne vlasti i vrijednosnoj podlozi pravnog sustava kao kriterijuma vladavine prava. Ponešto drukčijim riječima, metapozitivni kriteriji jesu kriteriji pravnosti odgovarajućih poredaka koji počivaju na ideji vladavine prava, čime se izvanpravne vrijednosti pokazuju kao pravne vrijednosti“, Čepulo, D., *Prava građana i moderne institucije*, Zagreb 2003, 44.

prava ipak u osnovi politički princip, dok se *Rechtsstaat* pokazuje kao prevashodno pravno načelo. Dalje, vladavina prava ljudska prava tretira primarnim, „preegzistentnim“ u odnosu na državnu vlast, dok je kod pravne države situacija suprotna, te se stoga vladavina prava pokazuje više kao materijalno zasnovan koncept.<sup>36</sup> „Vladavina je prava dakle (za razliku od pravne države, prim. D. A.) više od same ustavnosti: ona uključuje i zahtjeve koji se tiču sadržaja ustava... Prema tome, vladavina prava nije vladavina zakona, već vladavina po pravu, metappravna doktrina ili politički ideal. Ta će vladavina prava biti uspješna samo utoliko ukoliko se sam zakonodavac osjeća obavezan primijeniti je. U demokraciji to zapravo znači da će pokoravanje ili nepokoravanje vladavini prava ovisiti o tome da li je prihvaća javno mnjenje, u stvari o tome da li je postala dio osjećaja za pravdu koji prevladava u određenoj zajednici.“<sup>37</sup>

Čini se da danas vladavina prava postaje sve više praktični princip, a pravna država teorijski koncept, prilično zastarela i prevaziđena.<sup>38</sup> Međutim, i jedan i drugi institut se sve više koriste kao retoričke formule (doduše, u znatno većoj meri *rule of law*),<sup>39</sup> ali i kao politički i ekonomski instrumenti međunarodnog poretka i pritiska,<sup>40</sup> te je zna-

<sup>36</sup> Tako Živković ističe: „Britansko shvatanje vladavine prava ima u vidu vladavinu subjektivnih, pre svega preegzistentnih prava, pri čemu su nedovoljno razlučeni pravni i moralni aspekti pojma prava. Dogle, kontinentalno shvatanje ovog pojma, bez obzira da li se upotrebljava izraz 'vladavina prava' ili 'pravna država', ima u vidu vladavinu objektivnog prava, tj. važećih i promjenljivih zakona, pri čemu se izraz 'pravo' shvata pre svega u pravnom smislu, a tek potom u moralnom smislu“, Živković, M., „Pravna država i moderan pravni sistem“, *NBP- Žurnal za kriminalistiku i pravo* 1/2010, 4.

<sup>37</sup> Von Hajek, F., *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb 1994, 47.

<sup>38</sup> Pri tom je nesumnjivo da je nemački princip *Rechtsstaat* još u svom začetku krajem XIX i početkom XX veka snažno uticao na evropsku pravnu doktrinu, naročito u zemljama kao što su Italija (*Stato di diritto*), Francuska (*Etat de droit*) i Španija (*Estado de derecho*). Vid. više Costa, P. – Zolo, D., *op. cit.*, 87.

<sup>39</sup> Vidi više izvanredan tekst McCormick, N., „Rhetoric and the Rule of Law“, u: *Recrafting the Rule of Law* (ed. Dyzenhaus, D.), Oxford – Portland OR 1999, 163.

<sup>40</sup> Posljednjih decenija XX veka Svetska banka, Međunarodni monetarni fond i druge međunarodne finansijske institucije su počele da uslovljavaju dodeljivanje finansijske pomoći i sklapanje finansijskih aranžmana učvršćicanjem vladavine prava (šta god to značilo) u zemljama primaocima. Tako je „vladavina prava“ postala jedna od najčešće ponavljanih fraza (tako Tamanaha, B. Z., *op. cit.*, 2), a da pri tom njena puna sadržina nije bila sasvim jasno određena. Vidi više Avramović, D., „Vladavina prava – međunarodno priznata vrednost?“, referat na međunarodnom skupu: Evropska zajednica naroda i univerzalne vrednosti, Sremski Karlovci 2008, [www.natef.net/downloads/Dragutin%20Avramovic.pdf](http://www.natef.net/downloads/Dragutin%20Avramovic.pdf). Najžešću, čak ekstremnu kritiku zloupotrebe koncepta *rule of law* u ekonomskoj sferi dali su nedavno Mattei, U. – Nader, L., *Plunder – When the Rule of Law is Illegal*, Oxford 2008.

čenje tih pojmova usled preterane upotrebe donekle devalvirano, istrošeno, kanonizirano i obesmišljeno. Uz to, postepeno se gubi razlika među njima, čak i na terminološkom nivou, pa se ovi koncepti neretko koriste i doživljavaju sinonimski.<sup>41</sup> Ne treba da čudi što je među pravnici, učesnicima Čikaškog kolokvijuma Međunarodnog udruženja za pravne nauke, saglasnost postignuta oko toga da pojmu *Rule of Law* odgovara pojam pravne države (*Rechtsstaat*).<sup>42</sup> Mada ekvivalentnost ne znači i identičnost, današnji pozitivnopravni i politički vokabular, pa i teorijska vizura, sve više klize u tom pravcu. I ustavi zemalja koje počivaju na evrokontinentalnoj pravnoj tradiciji sve više se pozivaju na anglosaksonski koncept, pa sve češće koriste termin vladavina prava, promovišući na taj način jedan novi normativni ideal i *conditio sine qua non*.<sup>43</sup> Da li zbog rasprostranjenosti i opšteprihvaćenosti engleskog jezika? Ili zbog prednosti tog modela? Ili, pak, zbog procesa globalizacije i širenja liberalizma, koji postaje vladajuća ideologija na mapi sveta, čiji je *alter ego* princip vladavine prava?

Bez obzira na uzroke, čini se da se savremena teorija postepeno približava onom trenutku kada će se razlike između ova dva pojma potpuno izbrisati i kada će „jači“ i popularniji pojam sasvim potisnuti (progutati, apsorbovati, usisati) onaj drugi, tradicionalni, manjeg operativnog kapaciteta. I dok se *rule of law* kao koncept u hodu adaptira zahtevima savremenih tendencija i remodeluje se uvođenjem raznih derivata (u obliku *thick*, *thin*, pa čak i *thicker*) u cilju njegove elastičnosti, veće sveobuhvatnosti i što šire primenljivosti, dotle se koncept pravne države i dalje uglavnom bori sam sa sobom, najčešće još uvek lavirajući između materijalnog i formalnog shvatanja.

Ukoliko termin i koncept pravne države uopšte bude preživeo asimilativnu moć skoro magijskog pojma *rule of law* i ekspanzivnost *common law* koncepta u savremenom pravu, on bi mogao opstati samo ukoliko se potisne dihotomija njegovog materijalnog i formalnog aspekta i ukoliko

---

<sup>41</sup> No, ima autora koji ukazuju na činjenicu da se ovi pojmovi ipak ne mogu u potpunosti tretirati kao ekvivalenti: „Okolnost da je pojam *rule of law* jednak (i prevodiv) sa *Rechtsstaat* (*Stato di diritto*, *État de droit*), ne znači da prethodni predstavlja tačan ekvivalent bilo kome od ovih drugih. Tačnije, to prosto znači da različite kulturno ograničene pojave ipak dozvoljavaju određivanje zajedničkih kulturno nepromenljivih funkcija. Nećemo dodatno podvlačiti makroskopske razlike među različitim konceptima o kojima se radi (engleski i nemački, odnosno uopštenije, evropsko-kontinentalni)“, Costa, P. – Zolo, D., *op.cit.*, 103.

<sup>42</sup> Mitrović, D., *op. cit.*, 71.

<sup>43</sup> Uzmimo za primer samo novi Ustav Republike Srbije iz 2006. godine, koji već u čl. 3 ističe vladavinu prava kao prvo i osnovno ustavno načelo, definišući u st. 1 da je vladavina prava „osnovna pretpostavka Ustava i počiva na neotuđivim ljudskim pravima“.

bi se u većoj meri teorijski afirmisao integralistički koncept, koji bi se mogao nazvati „ekvilibrijumska“ pravna država.

#### 4. Umesto zaključka

Savremeno poimanje i instituta vladavine prava i pravne države podrazumeva obuhvat i proceduralnih i sadržinskih aspekata. Same procedure ne mogu egzistirati mimo minimalnog vrednosnog stava. To je egzemplarno pokazalo tretiranje pravne države u nacističkoj Nemačkoj: iako se tada pravna država, ako je uopšte i postojala, shatala kao prevashodno formalni princip, nesumnjivo je postojao i snažan ideološki uticaj, baziran i pravdan kroz decizionističku teoriju Karla Šmita (*Carl Schmitt*).

Pravna država i vladavina prava, mada u osnovi predstavljaju dva distinktivna istorijsko-institucionalna koncepta,<sup>44</sup> danas dele iste vrednosne osnove (liberalizma/neoliberalizma), samo metodi sprovođenja u praksi (primene) ostaju bitno drugačiji, shodno različitostima ove dve pravne tradicije.<sup>45</sup> Ta krucijalna činjenica nosi za sobom neizbežnu konsekvencu da materijalno i formalno stanovište ne isključuju jedno drugo, već da je potpuno elaboriranje pravne države i vladavine prava, pogotovo danas, moguće samo imajući u vidu obe strane ovih koncepta. Procedure bez određene ideje nisu potrebne niti smislaone. Jer svaka procedura mora imati cilj koji se njom želi postići. Sam postupak primene određenog in-

---

<sup>44</sup> „Razliku između engleske teorije centrirane oko odnosa dva učenja: učenja o suverenitetu parlamenta i učenja o vladavini prava, i nemačke teorije o *Rechtsstaat*-u treba razumeti u svetlu razlike između političkih struktura dve zemlje i posebno u svetlu drugačije uloge koju je nemačka buržoazija imala u konstitucionalnom razvoju“, Nojman, F., *Vladavina prava*, Beograd 2002, 236.

<sup>45</sup> Bazična razlika između kontinentalnog i anglosaksonskog viđenja ova dva instituta se u osnovi sastoji u izvorima prava, tj. u različitom karakteru ova dva velika pravna sistema. *Rechtsstaat* se zasniva na postojanju zakona, po pravilu pisanog, čvrsto ustanovljenog, relativno unifikovanog sistema pravnih normi (*Staatsrecht*), dok je *rule of law*, barem kako ga je video Dajsi, koncept koji u krajnjoj liniji počiva na temeljima fleksibilnog *judge-made law*, na običajima, društvenoj praksi i percepciji. To i jeste jedan od glavnih razloga što koncept *rule of law* izmiče definisanju i što se, skoro po pravilu, svi vraćaju Dajsijevom viđenju, ali se potom, manje ili više, postepeno nužno udaljavaju od njega u različitim pravcima. Uostalom, dugi tok vremena od sto i više godina, koliko nas danas deli od izvorne Dajsijeve ideje, morao je ostaviti svoje tragove, pogotovo zbog toga što je *rule of law* jedan otvoreni koncept, više podložan promena kroz tumačenje (interpretativnim promenama), fleksibilnijeg sadržaja, veoma eluzivan. Takva njegova priroda je nužno doživela i odgovarajuću teorijsku transformaciju, koja u osnovi označava konvergiranje kontinentalnog i *common law* shvatanja. Tako se XX vek završio jednim novim anglosaksonskim, dualističkim viđenjem koncepta *rule of law*, kao *thick i thin rule of law*.

stituta podrazumeva izvesno vrednovanje.<sup>46</sup> „Ekvilibrijumsku“ pravnu državu, kako bi se možda ona danas mogla nazvati, kao i vladavinu prava, je moguće dostići jedino kroz tretiranje formalnih i materijalnih aspekata organski povezanim, i ne stvarajući veštačke podele, prisutne u teoriji, između proceduralnog i supstantivnog pristupa. S obzirom na otvorenost ovih koncepata, kao i na njihovo korišćenje kao retoričkih formula-mantri, skoro je izvesno da oni iza dimne zavese (stvorene isticanjem formalnih elemenata, odnosno *thin* koncepta) neminovno kriju u sebi barem minimum ideološkog sadržaja. Tako se nijedan od ovih koncepata ne sme svoditi na princip legaliteta, pozitivističko utemeljenje, jer bi tada njihova upotrebnost ozbiljno bila dovedena u pitanje, utoliko pre što oba nesumnjivo imaju kako svoju normativnu, tako i svoju praktičnu dimenziju.

Ako bi se pravna država pojmla kao „ekvilibrijumska“, kao sintetički, materijalno-formalni princip, takav pojam bi se sasvim približio stanju u kome postaje sinonimski sa vladavinom prava. Međutim, ipak, ova aporija će biti večno otvoreno pitanje i zavisice od subjektivnih sudova teoretičara različitih linija razmišljanja. Bojno polje ostaje otvoreno – država *versus* pravo, političko *versus* pravno, jusnaturalizam *versus* pozitivizam, materijalno (supstantivno) *versus* formalno (proceduralno). Skoro je sigurno da isključivi odgovori na ovakve dileme ne mogu biti adekvatni. Možda je bolje na drugi način postaviti stvari kako bi dobili realniju sliku – država i pravo, političko i pravno, jusnaturalizam i pozitivizam, materijalno i formalno. Ili, drugim rečima – državnopravni poredak, političko-pravni poredak, integralističko shvatanje prava, „ekvilibrijumska“ pravna država (vladavina prava).

---

46 „Kao što se lako može izvući iz te 'liste želja', formalna škola nije isključivo preokupirana sadržinom ili osobinama pravnih normi, nego se isto tako brine o tumačenju i primeni zakona. Drugim rečima, formalna koncepcija vladavine prava često takođe sadrži u sebi sklad sa izvesnim institucionalnim zahtevima (princip podele vlasti i, naročito, nezavisno sudstvo, pravo sudske kontrole, itd.), kao i sa individualnim procesnim pravima (na primer, pravom na izjašnjavanje, pravom na efektivnu pravnu zaštitu, pravom na pristup sudovima, itd.), uprkos Razovom insistiranju na tome da, prema njegovoj koncepciji, vladavina prava 'ne govori ništa o osnovnim pravima'. U okviru zapadne pravne tradicije, takvo *thin* razumevanje vladavine prava je kritikovano zbog njegove indiferentnosti prema sadržini ili supstantivnim ciljevima prava. Prema mišljenju supstantivne ili materijalne škole – treći pristup koji je razgraničio Kreig (*Craig*) – ne samo da vladavina prava zahteva sklad sa izvesnim formalnim zahtevima, već ona takođe obuhvata elemente političkog morala, kao što su demokratija i supstantivna prava pojedinaca“, (prevod D. A.), Pech, L., *op. cit.*, 27.



*Dragutin Avramović, LL.M., Assistant  
Academy of Criminalistic and Police Studies Zemun*

## **Rule of Law and Rechtsstaat – Identity or Divergency?**

### *Abstract*

By examining comparative historical growth of the rule of law and legal state (*Rechtsstaat*) concepts, the author tries to point to a number of similarities and differences pertaining to their origin and development. Different historical and institutional backgrounds of the two doctrines remain their crucial *differentia specifica*, nevertheless their strong and similar impact in theory and legal philosophy. The rule of law is considered rather as a value loaded material notion (as a political principle), while the legal state is more treated like a formal concept, grounded upon legal positivism (as a legal principle). Nevertheless numerous theoretical discrepancies, it seems that now prevails the tendency of equating those two notions.

Contemporary legal theory treats formal and material elements of those institutions to be essentially linked, without artificial separation between procedural and substantial approach. By balancing material and formal side, the concept of rule of law, but evidently the one of legal state as well, tend towards shaping a specific equilibrium, approaching to each other. If theoretical inquiries of legal state would be re-modeled, as the author suggests, it may furnish a possibility for that concept to survive, although it is actually stepping back in front of the stronger, more popular and more operative global concept of the rule of law.

Key words: Rule of Law, Rechtsstaat, Thick and thin Rule of Law.