

УДК 340.1

CERIF: S 115

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22307A

Бењамин НУРКИЋ, LLМ*

Фарис ХАСАНОВИЋ, LLМ**

ВЛАДАВИНА ПРАВА ИЗМЕЂУ ПРАВЕДНОСТИ И ПУКЕ ЗАКОНИТОСТИ – КРАТАК ПРИКАЗ РАЗВОЈА ДИСКУРСА У КОНЦЕПТУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Владавина права је један од кључних концепата 21. стољећа. Идеја владавине права постоји онолико колико постоје и промишљања о држави и праву, као и о односу између та два појма. Циљ овог рада је да се на једном мјесту покуша приказати развој идеје владавине права током историје. Аутори се, у том смислу, баве промишљањима филозофа који су у великој мјери одредили смјер развоја идеје владавине права. Наравно, у раду нису наведени сви филозофи који су се бавили владавином права, али се свакако покушава на хронолошки начин приказати како се владавина права као идеја развијала од времена Платона, па све до савремених теоретичара владавине права.

Кључне ријечи: *Владавина права. – Владавина помоћу закона. – Праведност. – Пука законитост.*

* Докторанд, Правни факултет Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, bnurkic@bih.net.ba.

** Докторанд и асистент, Правни факултет Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, faris.hasanovic@untz.ba.

1. УВОД

О владавини права се током историје размишљало на два базична начина – као о систему вриједности који захтијева да одређеним друштвом или државом владају закони, без обзира на садржај тих закона, те с друге стране, као о систему вриједности који захтијева да одређеним друштвом владају праведни закони.¹ Гледајући историју разумијевања идеје владавине права, тај концепт се готово увијек кретао између два пола – један је владавину права разумијевао као просту владавину закона, односно гарантовања правне сигурности, док је други пол владавину права разумијевао не само као владавину закона, већ и као систем власти у којем требају да владају праведни закони. У том смислу, да би се у цјелости схватио савремени концепт владавине права, треба да разумијемо како се сама идеја владавине права развијала током историје. Историјски развој концепта идеје владавине права није проблематизирао питање да ли неким друштвом требају владати закони, већ какви закони требају владати друштвом.² Наравно, овдје говоримо о дискурсу унутар питања владавине права, а свакако да су изван овог дискурса одувijek постојале анархистичке идеје, које су сматрале да владавина на основу закона није есенцијално потребна друштву. Но, вратимо се на питање развоја идеје владавине права *per se*. Данас постоје бројне дефиниције владавине права, а ми ћемо навести неколико кључних – које, као такве, осликавају различите начине разумијевања владавине права.

Јасминка Хасанбеговић (2021, 192–194) разумијева владавину права као владавину људских права. На једноставан начин, ауторица поставља формулу за дефинисање владавине права која гласи: „владавина права = људска права + независно судство“ (*Ibid.*). У том контексту, људска права представљају есенцију владавине права, те без ефикасне судске заштите људских права не може постојати ни влада-

¹ Као што ће бити елаборирано у овом тексту, током историје су постојали врло различити погледи на владавину права, а постоје и данас. И један и други поглед на владавину права имају аргументоване тврдње зашто је њихов концепт владавине права исправнији од другог концепта владавине права, али то не подразумева да је пер се потребно одбацити онај концепт владавине права с којим се не слажемо. Ставови изнијети у овом тексту су субјективни, али уважавају другачије погледе на владавину права.

² Значајно је напоменути расправу између Харта (Herbert Lionel Adolphus Hart) и Фулера (Lon Luvois Fuller) у Харвардској правној ревији (Harvard Law Review), у којој је Харт износио тезе у корист правног позитивизма, тј. пуке законитости, и писао да моралу и праведности нема мјеста у праву, док је Фулер, *vice versa*, износио аргументе да право такођер у себе мора садржати моралне вриједности. О томе у: Hart (1958); Fuller (1958).

вина права у модерном смислу (*Ibid.*). Сличан став има и Анне Рамберг, председница Адвокатске коморе Шведске, која владавину права дефинише на сљедећи начин: „Владавина права захтијева много ствари. Захтијева адекватно законодавно усвајање закона. Ти захтјеви се односе на форму. Али постоји и квалитативни праг. Закон мора правилно укључивати друштвене вриједности укључујући поштивање људских права и међународног хуманитарног права. Али ни то није довољно. Владавина права такођер захтијева правилно провођење правде. Ово заузврат захтијева поуздан и квалитативан судски систем са добро образованим и поштеним судијама, тужитељима и адвокатима“ (према Bingham 2011, 172–173).³ С друге стране, Џозеф Раз (Joseph Raz) када говори о владавини права – наглашава сљедеће: „Недемократски правни системи, базирани на негирању људских права, раширеном сиромаштву, расној сегрегацији, сполној неједнакости, религијском прогону, у принципу, одговарају захтјевима владавине права боље него било који правни системи просвијећеног Запада... То би био немјерљиво најгори правни систем, али би се одликовао у једном погледу: у погледу усклађености с принципом владавине права... Закон може створити институт ропства без кршења владавине права“ (Raz 1979, 211). На основу наведених дефиниција владавине права, могуће је уочити два суштински различита приступа разумијевању владавине права. Први, истиче људска права као битну одредницу владавине права, а други под владавином права подразумева само законитост, односно правну сигурност. У ширем смислу, та два приступа се могу конципирати као односи између потраге за праведношћу с једне стране, и потраге за пуком законитошћу с друге стране. Управо у таквом односу се развијао и сам дискурс у вези владавине права, те се идеја владавине права *per se* увијек кретала између потраге за праведношћу с једне стране, те потраге за пуком законитошћу с друге стране. У наставку текста приказат ћемо како се идеја владавине права развијала између правне сигурности (законитости) и праведности од Платона па до Тома Бингама (Tom Bingham). У наставку текста бит ће дат *hronološki prikaz* теоретичара владавине права, иако би се он могао поставити и на другачији начин, подјелом теоретичара на оне који фаворизирају правну сигурност, и оних који фаворизирају праведност, у оквиру концепта владавине права. Међутим, такав приказ би носио опасност сврставања теоретичара на један од ова два пола, иако се већина теоретичара чија ће мисао бити приказана у наставку текста, у оквиру концепта владавине права кретала између та два пола – правне сигурности и праведности.

³ О другим дефиницијама владавине права, погледати у: Bingham (2011, 171–174).

2. ПЛАТОН И ВЛАДАВИНА ПРАВА – ПЛАТОНОВО ТРАГАЊЕ ЗА САВРШЕНОМ ДРЖАВОМ

Несумњиво, Платон је сматрао законе битним сегментом функционисања државе и друштва, будући да од закона овиси развој друштва, наводећи да тамо гдје закон није врховни ауторитет – распад државе је близу, а тамо гдје закон ужива највиши ауторитет – постоји благостање и људи уживају у „благословима које су богови спусти“ ли на државу (према Gosalbo 2010, 232–235).⁴ Платон јасно постулира да у његовој држави сви требају бити једнаки и подвргнути редовним законима – који једнако важе за све (према Mogrow 1941, 123). Сасвим разумљиво, Платон (1957, 120) у дјелу *Закони* појашњава да „закони, једнако као и сама држава, требају служити општим интересима друштва – објашњавајући да (...) нису ваљани закони, који нису створени ради заједничке користи државне цјелине. За законе, који су створени само ради једног дијела државе, кажемо да су странчарски, а не државнички, и да имају криво они који говоре о њиховом праву“. У дјелу *Државник*, Платон постулира да судије и државни службеници примјењују законе, односно имају задатак да одлучују на основу закона (према Sørensen 2018, 417). С тим у вези, Платон (1957, 120) сматра да се државне службе не требају додјељивати на основу економског статуса или на основу поријекла, већ „(...) ко буде показивао највећу послушност изданим законима и такву побједу изнио у држави, њему треба, кажемо, предати служење законима“. Јасно је како је Платон сматрао да примјену закона треба препустити онима који су исказали највећу послушност законима. У том смислу, према Платоновом мишљењу (Платон 1957, 120), власт треба бити слуга закона, а не закони слуге власти. За Платона, правни поредак нема само задатак да „присиљава“ грађане на одређено понашање које је у складу са законом, већ и да образује грађанина како би он градио, одржавао или унапређивао друштво (према Burchen-Hendrix 2013, 46).⁵ Да би се постигла сврха правног поретка, сматра Платона (1957, 153) закони треба да буду објективно постављени и ко-

⁴ На примјер, Атењани су сматрали *isonomiā* (владавину права) кључним концептом њихове демократије. *Isonomia* је подразумијевала једнакост пред законом, односно да се и богаташи и сиромаси једнако третирају и да нико није био изнад закона (Lanni 2021, 26–27).

⁵ На примјер, Платон (1957, 154) тврди сједеће: „Ако се, дакле, другим законима и уредбама одстрањују неплеменити назори и лакомост из душа оних, који имају стећи то знање у довољној мјери и на своју корист, та ће одгојна средства бити ваљана и прикладна. У противном случају, неопацице ће се мјесто мудрости стећи оно, што се назива лукавством. Тако се може сада видјети, како су Египћани и Феничани и многи други народи стекли то због

рисни „Јер творац и најзнатнијег дјела, ако жели постићи какав углед, мора стварати нешто, што је досљедно само себи“. Тако је исто и са законима. Законодавац, према Платоновом мишљењу, треба постављати законе на начин да буде достојан своје власти и да ти закони буду објективно извршиви, корисни за све грађане (*Ibid.*).

Међутим, постоје елементи Платонове филозофије који не одговарају модерном концепту владавине права.⁶ Тако, Платон је сматрао да грађани требају бити беспоговорно лојални држави (према Lisi 2013, 98). Осим тога, проблем са Платоновом државом је недостатак независне судске власти (према Morgow 1941, 123). Такођер, Платон је сматрао да се друштво треба прилагођавати законима, а не закони друштву, што је у одређеној мјери супротно модерном концепту владавине права. Наравно, законе према модерном концепту владавине права треба доносити како би се задовољила потреба грађана, али када говоримо о домену људских права, тада законе не треба прилагођавати вољи већине, већ принципима људских права. Разумљиво је да Платонова филозофија садржи одређене елементе који не подржавају модерни концепт владавине права, но за овај текст је нарочито битан начин на који је Платон схватао однос између законитости и праведности или, прецизније – да ли је Платон сматрао да држава треба (осим пуке законитости) остварити и друге циљеве, као што је принцип правде? Према Хендриксовом мишљењу (Burge–Hendrix 2013, 46), Платон придаје важност моралности у праву, па је управо из тог разлога сматрао едукацију битном за функционисање правног поретка. Функција закона је да грађане учини сретнима и међусобним пријатељима, а велики број парница и појава неправде међу грађанима чини их мање пријатељима, а уједно и мање сретнима (Platon 1957, 150). Платон у дјелу *Држава* у дијалог Глаукона, Полемарха, Трасимаха, Адеиманта и Кефала трага за праведношћу. Тако се, на самом почетку тог дјела, у том дијалог казује сљедеће: „Сасвим си управу, о Кефале – рекох ја. – Али шта је са правичношћу? Да ли се она једноставно састоји у томе да се каже истина, и у томе да свакоме вратимо оно што смо од њега добили. Или би то било понекад правично, а понекад неправично, већ према околностима?“ (Platon 2002, 7). Питање

неписмености осталих уредаба и начина богаћења, било да им се то догодило кривњом некога лошег законодавца или да их је снашао зао удес или други какав природни узрок такве врсте.“

⁶ Када говоримо о модерном концепту владавине права, мислимо на онај концепт који је наведен у уводу текста и који подразумева поштивање људских права. Такав концепт владавине права није прихваћен од свих теоретичара владавине права, што овдје и напомињемо. То питање ћемо детаљније размотрити у закључку текста.

правичности је, као што можемо видјети, тема која закупа Платонову филозофију. Штавише, Платон потрагу за правичношћу сматра и врједнијом од саме потраге за златом, али јасно истичући проблем проналаска самог појма „правичности“ (Platon 2002, 14). Према мишљењу Новице Милића (2020, 44), Платон поставља идеју правде изнад сваког појединца. Иако је сам Платон непрестано „трагао“ за појмом правичности, он је ипак на концу дефинише на позитивистички начин. Тако, као поријекло правичности, Платон налази неправде који су људи чинили једни другима, па су на крају донијели законе којима су одредили шта је правично (Platon 2002, 33). У дјелу *Држава*, у расправи о правичности он казује: „Свака власт, опет, прави законе у своју корист: демократија демократске, тиранин издаје монархистичке законе, а тако чине и остале власти. За оно што је њима корисно веле да је право поданика, коме се ови имају покоравати, и ако га прекорачи, онда га кажњавају као човека који је преступио законе и починио кривицу. Тако ја мислим, најдражи мој, кад кажем да све државе подједнако суде о појму правичности: да је правичност од користи за државну власт. Јер ако та државна власт влада у држави тако ће свако, ко добро размисли, увидети да је баш свуда правично оно што ја велим: оно што користи јачему“ (Platon 2002, 16–17). Очигледно је да Платон правичност поистовјеђује с пуком законитошћу – правично је оно што држава пресуди да је правично. Стога, Платонова филозофија даје озбиљне темеље за даљу дискусију која се води дискурсу о владавини права. Јасно је да Платон постулира основне формалне елементе владавине права, али је, и поред тога, његова филозофија потакнула дискусију о дефинисања владавине права – између пуке законитости и праведности. Платон дефинитивно истиче битност праведности, али у неку руку, он праведност дефинише тако да свако има право на субјективан начин дефинисати шта је правично, због чега се праведност поистовјеђује с пуком законитошћу. Осим тога, проблем Платонове филозофије је, у контексту владавине права *per se*, што он трага за савршеном државом, а што на концу може довести до угрожавања слободе – базичне вриједности владавине права (Lisi 2013, 99). Како наводи Милић (2020, 46), снажно нормирана Платонова држава (*polis*) раскида с вриједношћу слободе, тако што је потчињава метафизичкој идеји правде. Али, како смо претходно установили, идеја правде код Платона је позитивистичка – праведно је оно што држава одреди да је праведно. Неминовно, Платоново трагање за савршеном државом је „мач с двије оштрице“. У једну руку је позитивно, пошто даје карактеристике државе која функционише на бази владавине права у формалном смислу, али у другу руку, такођер, неминовно ограничава слободу као основну вриједност владавине права. На концу, гледајући Платонову државу Радбруховим очима, Платон

дефинитивно постулира правну сигурност и правну сврсисходност као елементе владавине права, док код сегмента правде, Платон дефинише правду на позитивистички начин – што неминовно доводи до тога да правда не служи ограничењу воље владара, него, штавише, ту вољу легитимизира.

Не без разлога, Милић (2020, 46) напомиње да су „Платонов политички идеал пре су Спарта и стари Египат, са својим чврстим социјалним и државним хијерархијама, аристократске па чак и монархијске државе од Хеладе до Персије“.

3. АРИСТОТЕЛ И ВЛАДАВИНА ПРАВА – АРИСТОТЕЛОВА „ПОЗИТИВИСТИЧКА“ ПРАВДА

Аристотел, слично као Платон, наставља дискурс у вези односа државе, закона и правде. Аристотел (1984, 6) истиче: „Праведност је, међутим, потреба државе, јер правда чини поредак државне заједнице, а она се састоји у томе да се одлучи шта је право“. За Аристотела, грађани морају уживати привилегију добрих закона и морају бити навикнути да се придржавају тих закона како би се очувала стабилност правног поретка (према Frank 2005, 509). У том контексту, Аристотел (1984, 42) у дјелу *Политика* објашњава: „Закон нема никакву моћ да учини да му се људи покорвају; та моћ потиче од обичаја, а обичај се ствара тек дугим низом година, тако да лако мењати већ постојеће законе у друге, значи слабити снагу закона.“ Аристотел је у том смислу сматрао да само стабилан правни поредак, који не подлијеже учесталим промјенама, може обликовати понашање људи те је из тог разлога сматрао да законе не треба често мијењати. У том контексту је битна и чињеница да је Аристотел сматрао како снага закона није само у томе што иза њега стоји ауторитет државе, већ и у његовом континуитету (а што је чак и битније од претходног) јер управо континуитет постојања закона на дужи период обликује понашање људи. Ипак, да би се људи покоравали добрим законима, тврди Аристотел, треба да постоји владавина добрих људи (према Frank 2007, 48). Конкретно, за Аристотела владавина права овиси од врлине људи, тј. ако владају добри људи – тада ће и постојати владавина права, односно владавина добрих закона (према Frank 2005, 512).

Власт треба бити повјерена мудро састављеним законима. Јасно је да ће закони у добрим државама бити праведни, а у изопаченим државним уређењима неправедни, казује нам Аристотел (1984, 71–72), притом јасно наглашавајући да је разлика између добрих и изопачених држава

у томе да ли владају праведни или неправедни закони. Поставља се питање, шта је правда за Аристотела. Како сам казује у дјелу *Политика*, праведно је да сви подједнако владају и да се подједнако покуравају, што представља промишљање које постулира једнакост пред законом, тако да је за Аристотела у неку руку праведно да се закони једнако примјењују на све појединце (Aristotel 1984, 83). То потврђује и Аристотелова теза да „(...) захтевати да влада закон значи захтевати да влада бог и закони, а захтевати да влада човек значи допустити и животињи да влада (...) Стога закон представља разум без прохтева“ (*Ibid.*). Да ли то значи да за Аристотела владавина закона једноставно представља правду? Како тврди Хасанбеговић (2021, 172), у Аристотеловом смислу би се могло тврдити да је сваки државно–правни поредак праведан јер сваки државно–правни поредак примјењује властите законе. У неку руку, за Аристотела је владавина права, у складу с претходно наведеним, иманентна свим типовима власти (према Bates 2013, 59). Надаље, право за Аристотела није метаполитичко, тј. не креира право политику већ политика, односно режим на власти креира право, а самим тиме и оно што је праведно (према Bates 2013, 71–73). У складу с тим, Аристотел је такођер сматрао да се добра владавина може остварити само ако владају добри људи. За Аристотела је, у складу с тим, најбољи начин владања демократија, која је ограничена владавином права, али не права које је природно или метаполитичко већ права које је демократско – створено вољом већине (према Bates 2003, 212–213).⁷ Ипак, иако Аристотел и Платон, из ове перспективе гледања, владавини права приступају на формалистички начин, разумијевати Аристотела и Платона као правне позитивисте и формалисте било би суштински погрешно јер су они живјели и промишљали у другачијем времену и правном систему (Frank 2007, 45–46). Разумљиво је зашто су Платон и Аристотел правну сигурност поистовјећивали с правдом – правда је досљедна примјена закона. Међутим, Платон и Аристотел не би смјели бити оправдање за савремено формалистичко разумијевање владавини права.⁸

⁷ Право које је демократско подразумева право или закон који је изгласала демократска већина, без обзира на то да ли је оно праведно или не.

⁸ Под формалистичким разумијевањем владавини права подразумевамо поменути дефинију Џозефа Раза, који владавину права дефинише као „било који систем који досљедно примјењује законе, без обзира на садржај тих закона“.

4. ТОМАС ХОБС ИЗМЕЂУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА И ВЛАДАВИНЕ ПОМОЋУ ЗАКОНА

Прије него што анализирамо филозофију Томаса Хобса (Thomas Hobbes) у контексту владавине права, накратко ћемо се осврнути на двојицу значајних природноправних филозофа чија је филозофија значајна за исправно разумијевање Хобсовог позитивизма, а којима због економичности простора у овом тексту нисмо посветили посебна поглавља. За Цицерона, позитивни закони се хране једним божанским законом, што за претпоставку има став да су неписано право природе и божанства извори писаног права (према Nojman [1986] 2002, 73). Надаље, према Цицероновом мишљењу, иако се позитивно право мора прилагођавати локалним условима, оно не смије бити у супротности с универзалним природним правом (према Nojman [1986] 2002, 74). Несумњиво битан у том контексту је и познати средњовјековни филозоф и теоретичар – Тома Аквински (Thomas Aquinatus). Аквински, слично као Цицерон, поставља природно право као границу позитивном праву, објашњавајући да закон који је у супротности с природним правом није закон. Аквински (Akvinški 1990, 180) у том смислу казује: „Стога сваки људски закон само утолико има вриједност закона (*habet de ratione legis*) уколико се изводи из наравног закона. Ако се у нечему разлика с наравним законом, онда то већ није закон, него изопштење закона“. У овом кратком осврту на филозофију зачетника природноправне мисли, можемо примијетити основну идеју природног права која се протеже и до данас, а то је да позитивно право мора бити у складу с природним правом. Кратко упознавање с основном идејом природног права помоћи ће да боље разумијемо Хобсову филозофију, која ће бити представљена у наставку текста.

Ако постоје различита тумачења мисли неког филозофа, онда је то сигурно мисао Томаса Хобса.⁹ За Хобса (Hobbes [1651] 2018, 147–162), све што није противно закону природе – може се учинити законом у име оних који имају суверену власт. У неку руку, на основу те тезе, чини се да Хобс негира идеју правног позитивизма о неповезаности морала и права (Duzenhaus 2001, 466). Ипак, посве је јасна Хобсова идеја да само позитивно право има правно дејство на појединце (*Ibid.*). Хобс тврди да ни истина ни правда не претварају неко правило у закон јер да претварају – сва послушност би била условна, а сав ауторитет на основу тога привремен (према Malcolm 2016, 117). Хобс је природно стање видио као борбу свих против свих, гдје су људи представљени

⁹ О томе погледати у: Ribarević (2006).

као „вукови“ (*Homo homini lupus est*) (види Нојман [1986] 2002, 127). Хобс (Hobbes [1651] 2004, 103) наводи да се правда може дефинисати само онда када постоји неки споразум или закон „јер, тамо гдје није претходио никакав споразум, није пренесено никакво право, и сватко има право на све, те досљедно томе, ниједна радња не може бити неправедна. Но, ако је склопљен неки споразум, онда је његово кршење неправедно, а дефиниција неправде је управо неизвршавање споразума. Праведно је пак све оно што није неправедно“. А закон, или у ширем смислу право, за Хобса постоји само ако је донесено од суверена, и његова валидност не може бити упитна без обзира на садржај (према Dyzenhaus 2021, 261). У складу с тим, држава путем права одређује шта је праведно, а шта није – што потврђује и теза Ноела Малколма (Malcolm 2016, 132) да за Хобса владавина права представља систем у којем суверен влада на основу закона, тј. гдје политичка област дјелује кроз правну област. У том смислу, не чуди што неки аутори сматрају управо Хобса оснивачем политичког концепта управљања *rule by law*¹⁰ (види Dyzenhaus 2021, 276).

Очигледно, Хобс препознаје природне законе као постојеће, а за њега је најважнији природни закон тежња ка миру и одржавање мира (према Павловић 2006, 63). Како наводи Малколм (Malcolm 2016, 121), за Хобса постоји само једно неотуђиво право иманентно људима, а то је право на властито очување.¹¹ Из тог разлога, Хобс се и залаже за јаку централну државу која ће основно природно право људи, право на мир, моћи заштити на ефикасан начин (према Нојман [1986] 2002, 125–130;

¹⁰ У преводу, владавина помоћу закона подразумевају се системе у којима устав и закони не служе како би ограничили власт него како би легитимизирали поступке власти. Модерни системи *rule by law* имају неколико одлика: изграђен институционални систем, с формално колико-толико независном судском влашћу која заправо служи за: одржавање друштвене контроле и борбе против политичких неистомишљеника, легитимизирања и легализирања поступака владајућег режима; контролу рада административних службеника и одржавање кохезије међу владајућом елитом; испуњавање обавеза у економској сфери, тј. приказивања државе сигурном за стране инвестиције (Moustafa, Ginsburg 2008, 1–13). Такођер, о концепту *rule by law* погледати у: Tushnet (2014); Jenco (2010); Balasubramaniam (2008).

¹¹ Rok Svetlič (2007, 115), тумачећи Хобсово разумевање односа владара и поданика, наводи: „Када је таква одлука једном донешена и уговор прихваћен, сва се власт преноси на суверена, коме су поданици подређени у сваком погледу, осим у случају када се ради о заштити права на живот. Они немају никаквих изворних права, јер су сва њихова права, која им додјељују социјална правила, само концесије. Поданици тако не смију имати никакве властите просудбе о правилности, односно неправилности социјалних правила.“ О аргументацији зашто Хобса не би требало сматрати оснивачем теорије правног позитивизма погледати у: (*Ibid.*).

Malcolm 2016, 124). У формалном смислу, Хобс потпуно подржава принцип владавине права, за њега сви закони морају бити писани, јавно објављени и добити крајње одобрење од суверена (према Malcolm 2016, 129). Занимљиво, Хобс сматра да постоји могућност да се појединац одупре примјени неког закона ако сама процедура доношења тог закона није била исправна (према *Ibid.*). Ипак, остаје упечатљива Хобсова тврдња да право креира суверен који има апсолутно право да доноси законе по својој вољи. Како наводи Вукашин Павловић (2006, 72), за Хобса све што чини суверен не може бити неправедно нити суверен може бити оптужен од поданика за неправду. Другачије речено, све док се суверен креће у границама закона, тј. овлаштења које му је на основу закона дато, суверен не може поступати неправедно. У том смислу, како наводи Лука Рибаревић (2006, 91–92), у Хобсовој филозофији постоје двије линије аргументације, прва постулира државну силу као апсолутну, а друга наглашава и битност морала у праву које треба одгојити грађанина. У контексту овог текста, треба истаћи да постоји, у најмању руку, још једна диференцијација у Хобсовој филозофији, а тиче се промовисања идеје владавине права и владавине помоћу закона. На први поглед, чини се да се Хобс кроз своју филозофију креће по танкој нити која раздваја владавину права и владавину помоћу закона. Несумњиво је да у формалном смислу Хобс подржава принцип владавине права, док у суштинском садржају владавине права – правди, Хобс у већој мјери нагиње владавини помоћу закона. Ипак, читајући Хобса, могуће је закључити како и заговорници владавине права, али и владавине помоћу закона, могу пронаћи аргументацију за своје тврдње у Хобсовој филозофији. У складу с тим, било би неправедно сврстати Хобса на једну или другу страну, с обзиром на чињеницу да се Хобс несумњиво креће по танкој линији између та два принципа.

5. ЏОН ЛОК И ВЛАДАВИНА ПРАВА – ПРОБЛЕМ ПАРЛАМЕНТАРНОГ СУВЕРЕНИТЕТА

Џон Лок (John Locke) поставља другачију парадигму о природном стању него Хобс. Лок, за разлику од Хобса, природно стање описује као стање хармоније у односима међу људима, док мотив за постојање државе Лок проналази у разлогу очувања природних права човјека (према Nojman [1986] 2002, 143–150). Лок наводи: „Природно стање има природни закон да управља њиме, који обвезује свакога; а ум, који представља тај закон, поучава све људе, који га питају за савјет, како су сви једнаки и независни и да нитко не треба наносити зло другом човјеку, његовом здрављу, слободи или посједу“ (цитат према Јагорес

2013, 421). На основу римског права, Лок закључује да нико не може пренијети више права на другог него што и сам посједује, па како природно стање не даје право људима да врше насиље над другима – тако ни људи не могу пренијети право вршења насиља на државу (према Нојман [1986] 2002, 143–150). Лок, како наводи Милић (2020, 160), врши ревизију Хобсовог промишљања о самој моћи суверена, наводећи да суверен мора да пази и на сагласност људи, да његову највишу моћ оличену у држави не легитимизира само пристанак поданика већ и сагласност самих грађана да те законе прихвате. У том смислу, Лок (Locke [1689] 1993, 125–126) истиче да природна слобода човјека подразумијева да је човјек слободан од било какве моћи на земљи, да човјек нема обавезе према никаквој законодавној власти људи, већ према правилима природе. С друге стране слобода појединца у друштву подразумијева да појединац буде под влашћу законодавне власти која је заснована на пристанку људи (*Ibid.*). Дефинитивно, Лок признаје да власт треба бити суверена, али да такву власт треба повјерити законодавном органу који ће своју моћ темељити на одобрењу, тј. пристанку људи.

Лок је био заговорник ограничене уставне монархије (према Мутић 2002, 43–50). Такођер, сматрао је устав фундаменталним актом позитивног права (Mattie 2005, 78–79). У складу с тим, Лока можемо сматрати једним од идејних твораца савременог конституционализма, иако треба нагласити да није све у Локовој филозофији било у складу с модерним схватањем идеје конституционализма. Прије свега, ни када је суверена власт предана у руке законодавне власти, ни тада не постоје гаранције да ће постојати владавина права, јер и законодавна власт у једнакој мјери може бити ауторитарна као и када је владар један човјек – монарх.¹² Такођер, Лок у свом уставном систему власти изоставља судску власт као битну компоненту владавине права. Он сматра да законодавна и извршна власт једна другу ограничавају без учешћа судске власти. Тако, према Локовом мишљењу, законодавна власт има право одредити и одлучити на који начин ће се у држави одржавати ред и мир, а да би држава функционисала поштујући природна права грађана –законодавна власт се предаје разним особама које су међусобно удру-

¹² На примјер, сер Francis Jacobs у објашњавању односа парламентарног суверенитета и владавине права наводи да је тешко али не и немогуће данас идентифицирати државу у којој суверени законодавни орган није подређен ограничењу његове моћи. Штавише, и међународни и унутрашњи суверенитет је инкомпатибилан с другим концептом који такођер има историјску подлогу и који је раширено познат као најважнија вриједност, а то је владавина права (према Bingham 2011, 161).

жене у владајућу структуру (према Јакорес 2013, 428).¹³ Законодавна власт доноси законе које сви морају поштовати, па и сами доносиоци закона, и то ради општег добра, док уз законодавну власт постоји и извршна власт која надгледа извршавање закона и њихову успјешност (према *Ibid.*). То нам јасно говори да за Лока судска власт у уставном систему нема функцију, као коректив који ће штитити грађане од неправедне законодавне и извршне власти.

Осим тога, проблем са Локовом филозофијом, када је у питању владавина права, јесте у томе што (у одређеној мјери) Лок природна права човјека посматра кроз призму права власништва, што сасвим сигурно није једино природно право човјека гледајући то из угла савременог схватања концепта људских права. Дефинитивно, Лок је филозоф који је заслужан за даљи развој владавине права, али иако је био представника либералне теорије и зачетника идеје владавине права, и у његовој филозофији постоје недостаци у успоредби са савременом идејом владавине права. Његова филозофија је нарочито битна за боље разумијевање односа природног и позитивног закона, али и за боље разумијевање настанка првих уставних држава. Локова прва уставна држава почива на идеји парламентарног суверенитета, што не одговара савременом концепту владавине права, који почива на идеји да у систему владавине права нико није суверен, па ни парламент, него је суверено једино право.

6. АЛБЕРТ ВАН ДАЈСИ – ВЛАДАВИНА ПРАВА КАО ДИО ПРАВНЕ КУЛТУРЕ

Алберт Ван Дајси (Albert Venn Dicey) први је аутор који је у дјелу *Увод у изучавање уставног права* детаљно образложио идеју владавине права, иако је термин владавина права постојао *avant la lettre de Dicey* (Lino 2018, 740). За Дајсија, владавина права подразумева супремацију редовног права на уштрб арбитрарног начина одлучивања, једнакост пред законом гдје сви имају једнака права и обавезе пред редовним судовима, те заштиту индивидуалних права (према Gosalbo–Вопо 2010, 253–254). Другачије казано, за Дајсија владавина права подразумева владавину кроз правне норме и процедуре, а не кроз неограничено дискреционо право, затим формалну једнакост пред законом, те постепено успостављање индивидуалних права (према Lino 2018, 741).

¹³ О Локовој подјели власти, погледати и у: Ваčić (1987, 103–105); Jenkins (2011).

Дајси је сматрао да се британски модел заснива на принципу заштите индивидуалних права, у коме је устав посљедица употребе приватног права, и то дјеловањем редовних судова и Парламента (према Gosalbo-Vono 2010, 253–254).¹⁴ То је узроковано англосаксонском правном традицијом, у којој редовни судови својим тумачењима креирају право, па је због тога Дајси (не без разлога) сматрао да је резултат заштите индивидуалних права узрокован судским начином одлучивања (према Walters 2021, 158). Како наводи Дајси (Dicey 1979, 199), иако *Хабес Корпус Ацтс* не декларише никаква права ни принципе, опет има већу практичну вриједност од стотине уставних чланова који гарантују индивидуалне слободе. Стога је јасно да Дајси – када говори о постепеној успостави заштите индивидуалних права – сматра како се она права, која су прописана правним прописима, такођер требају досљедно штитити. Ипак, био је свјестан да може постојати дискрепанција између онога што је прописано и онога што се примјењује у пракси. Из тог разлога, Дајси је сматрао да се индивидуална права требају постепено штитити, како не би дошло до те дискрепанције.

Тако Дајси (Dicey 1979, 186–187), ослањајући се на Алексиса де Токвила (Alexis de Tocqueville), наводи да у Сједињеним Америчким Државама и Енглеској има више слободе у обичајима народа него у законима, а да у Швицарској више слободе има у законима, него у обичајима народа. Због тога се права појединца боље штите у Сједињеним Америчким Државама и Енглеској, него у Швицарској (види Dicey 1979, 183–190).¹⁵ У том контексту, за Дајсија је владавина права неодвојиво повезана с начином живота у одређеном друштву, односно она је неодвојиво везана за културу тог друштва, што значи да владавина права превасходно мора постојати у култури одређеног друштва, како би могла заживјети кроз норме те државе (Walters 2021, 169). Стога, правну културу Дајси сматра основним предувјетом за остварење владавине права, јер без тога закони неће бити довољни да се владавина права оствари те ће постојати, како то Хасанбеговић (2021) назива – *неутемељени нормативни оптимизам*. Иако је Дајси први елаборирао термин владавина права у његовој филозофији постоје превирања између праведности и

¹⁴ То је дио англосаксонске правне традиције. Ни данас у Уједињеном Краљевству не постоји устав у формалном смислу, али зато велики број докумената као што су *Habeas Corpus Act*, *Magna Charta Libertatum*, *Bill of Rights* чине *materia constitutionis* устава Уједињеног Краљевства у материјалном смислу (погледати Vorländer 2012, 31–34).

¹⁵ За Дајсија је владавина права повезана с достигнућима енглеског народа, па с тим у вези владавина права представља цивилизацијско достигнуће енглеског народа (према Lino 2018, 747).

пуке законитости, односно између принципа владавине права и владавине помоћу закона. На који начин је Дајси разумијевао владавину права? Дефинитивно, његово разумијевање владавине права ближе је *thin* неголи *thick* дефиницији владавине права (Lino 2018, 741).¹⁶ Валтерс (Walters 2021, 160) истиче да је Дајсијева владавина права једноставно представљала владавину помоћу закона, тј. *thin* владавину права, што потврђује Дајсијев закључак да се незаконити акти извршне власти могу легализовати законом накнадно, те се у том смислу чини да су у Дајсијевој теорији владавине права занемарени чак и формални принципи законитости, посебно у погледу забране ретроактивности и општости правних норми. Други проблем у Дајсијевом разумијевању владавине права је што и он, слично као и Лок, сувереност парламента сматра дијелом владавине права. За Дајсија (Dicey 1979, 70), парламентарна сувереност значи да не постоји моћ енглеског устава која може доћи у исту равн са парламентарном сувереношћу. С тим у вези је Дајси (Dicey 1979, 414) сматрао да парламентарна сувереност води ка владавини права. Био је свјестан негативних страна парламентарне суверености, али је такођер сматрао да законодавна власт не може угрозити индивидуална права, која су као таква „уграђена“ у редовне законе који чине идентитет заједнице, или може – али то би свакако, према његовом мишљењу, могло изазвати револуционаран одговор народа (према Walters 2021, 169). У суштини, Дајси (Dicey 1979, 79) је сматрао да свака неадекватна одлука законодавне власти може потенцијално проузроковати отпор грађана. Трећи проблем Дајсијевог разумијевања владавине права је био тај што је владавину права користио као алат за легитимизирање империјалистичких поступака Уједињеног Краљевства према колонизираним народима (према Lino 2018, 763–764).

Као и претходни теоретичари владавине права, тако и Дајси власти-то разумијевање владавине права „инсталира“ одређене елементе који не одговарају савременом концепту владавине права. Његов допринос највише лежи у томе што је први покушао дефинисати шта владавина права као таква подразумева, а био је први који је покушао

¹⁶ *Thick* дефинисање владавине права подразумева разумијевање владавине права у супстантивном смислу, што у владавину права укључује разне принципе, као што су људска права, једнакост пред законом, супремација права, забрана арбитрарности, подјела власти и слично, док *thin* дефинисање владавине права подразумева формалистичко схватање владавине права као пуке владавине закона, без обзира на суштинске квалитете тих закона, и то разумијевање владавине права је истовјетно принципу владавине помоћу закона.

индивидуална права учинити неизоставним дијелом владавине права. У том контексту, ако читамо Дајсија из савремене перспективе, јасно је да је био ближи владавини помоћу закона, него владавини права, али гледајући у контексту времена када је он промишљао о владавини права, јасно је да он прави битан искорак у разумијевању владавине права, те би га било неправедно сматрати заговорником владавине помоћу закона. Такођер, Дајси је занемаривао институционалне гаранције владавине права, сматрајући да ће владавина права, ако је уграђена у правну културу народа, надјачати оне институције које дјелују супротно владавини права.

Недвојбено, правна култура је камен темељац остварења и опстанка владавине права. Међутим, за остварење и опстанак владавине права неопходно је да постоје институционалне гаранције које ће осигурати владавину права. Тако Дајси изоставља судску власт као својеврстан „пандан“ законодавној и извршној, у смислу гарантовања владавине права. Но, гледајући из савремене перспективе, битно је то што је Дајси дао важност правној култури у контексту остваривања идеала владавине права, пошто се данас тај сегмент очигледно занемарује те се сматра да ако постоје институционалне претпоставке за владавину права – владавина права ће као таква и постојати, њему нас је ипак у извјесној мјери разувјерило искуство постсоцијалистичких држава.¹⁷

7. ХАНС КЕЛЗЕН И ФОРМАЛНИ ОКВИР ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Ханс Келзен (Hans Kelsen) наставља исти наратив као и претходни теоретичари владавине права, који подразумева да држава може (и мора) дјеловати у складу с правном нормом, као и да је у ствари и сама држава субјект права (према Bongiovanni 2007, 301–302). Према Келзеновом схватању, држава је скуп норми које персонифицирају правни систем, односно, држава није моћ, већ закон (према Gosalbo-Vono 2010, 244–245). Истина, када говори о владавини права, Келзен користи термин правна држава (*Rechtsstaat*), али то свакако не представља никакву суштинску препреку да Келзена сматрамо теоретичарем владавине права. Из савременог угла посматрања, правна држава је за Келзена подразумејувала да је правни систем суверен и да постоје претпоставке за изградњу јавног права (према Bongiovanni 2007, 302). Међутим, за Келзена владавина права, тј. правна држава не

¹⁷ О владавини права у постсоцијалистичким државама, детаљније у: Sadurski (2014).

значи и, *per se*, заштиту индивидуалних права или метаправних принципа. Како наводи Хасанбеговић (2020, 172), Келзенов концепт правне државе подразумијева да је свака држава уређена правом правна држава, без обзира на садржину и квалитет правних норми, што битно разликује такву идеју правне државе од идеје владавине права. Таквим дефинисањем правне државе, односно владавине права, Келзен се задржава на Платоновим и Аристотеловим стајалиштима да владавина права постоји тамо гдје владају закони, без обзира на то какве квалитете ти закони били. Ипак, то није све када је у питању Келзеново схватање владавине права. И Келзеновом разумијевању владавине права постоје одређена стајалишта која иду ка пукој законитости, али једнако тако и она која признају праведност као дио правног поретка. Тако Келзен тврди: „Правна норма није важећа зато што има одређени садржај, односно зато што је њен садржај логички изводљив из претпостављене основне норме, већ зато што је створена на извјестан начин – коначно на начин одређен претпостављеном основном нормом. Само због тога, правна норма припада правном поретку чије су норме створене у складу са основном нормом. Према томе, закон може бити било које врсте садржаја“ (према Haldemann 2006, 168). С друге стране, Келзен у дјелу *Чиста теорија права* тврди: „Премда се изричито наглашава разликовање између праведности и права, они ипак остају међусобно повезани више или мање танким нитима. Да би био „право“, научава се, позитивни поредак државе мора имати неког удјела у праведности, или се тако мора реализирати неки етички минимум или тако да мора покушати – премда недостатно – бити исправно право, а то значи праведан; да би било „право“, позитивно право мора у некој, ма колико скромној мјери, одговарати идеји права“ (Kelsen [1934] 2012, 25). Ту постоје двије Келзенове супротстављене тврдње – да закон може бити било којег садржаја те да право мора испуњавати одређене етичке минимуме. Треба напоменути да је Келзен сматрао да правда игра значајну улогу када су у питању нацистички злочини и да се они једноставно не могу позивати на законе (према Haldemann 2006, 170). Како наводи Роберт Валтер (1999, 13), Келзенов правни позитивизам не даје оправдање за одређене радње јер, како он тврди, остаје морална одлука сваког човјека да позитивно право поштује или да се против њега побуни. Прецизније речено, Келзен не тврди да је свако позитивно право исправно, али да појединац има двије могућности – или да поштује правну норму, или да се против ње побуни.

У том контексту, Келзенов правни позитивизам треба раздвојити од дотадашњег правног позитивизма, који је на некритички начин гледао на правне норме. Ипак, Келзен поставља разлику између онога што

„јесте“ од онога што би „требало“ бити (види Spaak 2005, 403).¹⁸ Како наводи Валтер (1999, 16), Келзенов правни позитивизам се разликовао од државноправног позитивизма у томе што је његов позитивизам био спознајно–критички, те је на основу тога стари правни позитивизам постао критички правни позитивизам. Келзен је сматрао да природно право не може бити врховни законодавац, осим у случају када би природа била обдарена с интелигенцијом – тада би природно право могло бити врховни законодавац (према Bodenheimer 1950, 336). Келзен ([1934] 2012, 57) сматра да, правни поредак треба бити у складу с темељном нормом (*Grundnorm*) која „(...) акту првог законодавца те дакле свим другим актима правног поретка који на њему почива придаје смисао требања“. У том смислу, „Та је темељна норма само израз нужне претпоставке сваког позитивистичког схваћања правне грађе. Будући да се не ствара у правном поступку, она нема ваљаност позитивне правне норме, она није постављена, него – као увјет свег постављеног права, свег позитивног правног поступка – претпостављена“ (Kelsen [1934] 2012, 58). На тај начин, Келзен правни поредак не легитимизира природним правом, него темељном нормом, која се претпоставља. Међутим, он не открива садржај те темељне норме, можда из разлога што та темељна норма може бити било којег садржаја.¹⁹

Келзен је био заговорник уставне државе, у којој сви правни акти морају бити усклађени с уставом као највишим правним актом, те је у том смислу сматрао да демократија једино може функционисати на бази уставне државе, у којој постоји уставна контрола већине (према Bongiovanni 2007, 310). С друге стране, он није био противник природног права, јер је сматрао да етика и морал не требају бити дијелом правног поретка, што смо у претходном дијелу текста и показали. Келзен је више био скептичан према улози природног права, јер је сматрао да природно право није испунило сврху осигурања моралности у правном поретку (према Lukina 2020, 551).

¹⁸ О томе детаљније погледати у: Banović (2019).

¹⁹ Како наводи Рок Светлич (2006, 118): „Темељна норма само је начин с којим Келсен крпа рупу у дефиницији појма права. Знамо да Келсена не занима фактицитет темељне норме, него му само служи као, кантовски речено, регулативна идеја, око које се скупља важење хијерархија пуномоћи. Темељна је норма само „претпостављена“, она је „проблематичан“ појам, који функционира и без доказивања конкретне реалности. Укратко, темељна норма као повијесно најстарији устав није ништа „материјално“ и, на крају крајева, свеједно је може ли се уопће такав устав лоцирати као конкретан текст, то је само трансцендентни елемент Келсонове теорије, којим рјешавамо проблем што произлази из трансферичности пуномоћи“.

Дефинитивно, Келзеново учење представља један од камена темељаца владавине права, нарочито у формалном смислу. Тако, према мишљењу Ларс Винкса (Vinx 2007, 75), чиста теорија права је правна теорија која одговара идеји владавине права у оној мјери у којој отвара пут за што потпунију реализацију суштинске улоге владавине права.²⁰ Келзен, у том смислу, поставља хијерархију правних норми, по којој све правне норме требају бити у складу с уставом (Kelsen [1934] 2012, 62). Међутим, он је сматрао да устав не би требали садржавати одредбе о заштити људских права, понајвише због отворене природе таквих одредаба, а такођер је сматрао опасним дијелове устава који говоре о једнакости, правди, слободи, моралности због могућности њихове широке интерпретације од стране судија, што би могло од судија направити позитивне законодавце или владу судија (*government of judges*) (према Sweet 2003, 2767–2768).

У том контексту, Келзеново учење у формалном смислу је дало модерне обресе владавине права, поставило правила за функционисање владавине права, али је такођер у већој мјери изоставило суштински елемент владавине права – праведност. Односно, праведност остаје и даље недефинисан појам, гдје је свака држава праведна ако досљедно примјењује властите правне норме. Келзенова правна држава је само правни оквир, хијерархија правних норми, која не поставља критерије какве квалитете правне норме требају бити. Ипак, Келзен није био класични позитивиста, он је такођер, како смо и навели, сматрао да правни поредак треба остваривати минимум праведности, иако та праведност остаје позитивизирана. У складу с тим учењем, свака држава је праведна ако досљедно имплементира властите правне норме.

8. РАДБРУХОВА ФОРМУЛА „*LEX INIUSTA NON EST LEX MAXIMA*“ КАО КАМЕН ТЕМЕЉАЦ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Густав Радбрух (Gustav Radbruch) је филозоф који прави преокрет у размишљању о владавини права. Да би се разумјела Радбрухова формула, треба првенствено објаснити сама његова филозофска стајалишта. С тим у вези, Радбрух (Radbruch [1932] 2019, §1, 23) тврди: „Право може бити неправедно (*summum ius – summa iniuria*), али оно је право само зато што је његов смисао да буде праведно“. У контексту односа природног и позитивног права, Радбрух (Radbruch [1932] 2019, §3, 36)

²⁰ Идеја владавине права се код Келзена може имплементирати само у утопији законитости (према Vinx 2007, 214).

тврди следеће: „Једном спознати, они имају предност у односу на протурјечно постављено право: природно право надвладава позитивно право“. Надаље, у том истом наративу, Радбрух (Radbruch [1932] 2019, §4, 52) наводи: „Идеја права пак не може бити ништа друго доли праведност“: Ипак, када је у питању Радбрухово учење, праведност није једини елемент идеје права, него су осим праведности елементи идеје права за њега и правна сигурност, али и правна сврсисходност. Радбруха (Radbruch [1932] 2019, §9, 97) наводи: „Правна сигурност захтијева позитивност, а позитивно право хоће вриједити без обзира на своју праведност и сврховитост“. Тако да правда не игра једину улогу у Радбруховој филозофији. У том смислу, како сам Радбрух (Радбруцх [1932] 2019, §9, 99) истиче, праведност, сврховитост и правна сигурност требају заједнички да владају правом у свим његовим дијеловима, иако ти елементи могу у одређеним околностима бити у колизији.²¹ Јасно је да Радбрух покушава балансирати између правне сигурности, сврсисходности и праведности. Прије него се дотакнемо расправе да ли је Радбрух прије доношења формуле био наклоњен правном позитивизму или не²², треба разјаснити шта Радбрухова формула подразумијева. Радбрухова формула је настала након Другог свјетског рата, а пресудан утјецај на њен настанак имали су нацистички злочини почињени у Другом свјетском рату.

Радбрухова формула представља оживотворење теза Цицерона и Аквинског да позитивно право није право ако није у складу с природним правом. У том контексту, Радбрух (Radbruch [1947] 2019, 246) тврди: „Националсоцијализам је једноставно повриједио сва начела права и на видјело изнио све могуће видове неправа. Он је правну државу коју је затекао претворио у „државу неправа“, у пуном значењу те ријечи. Најопаснији облик неправа јест неправо које поприми облик закона, „законско неправо“. Сјетимо се само једнога од безбројних примјера: *Nürnbergskih* расних закона. Нитко непристрасан не би садржај тог закона назвао часним именом „право“.“ Управо у таквом озрачју настаје Радбрухова формула „законског неправа“ (*lex iniusta non est lex maxim*), која законе који у неподношљивој мјери крше темељна начела моралности и праведности проглашава „неправом“ – док оне законе који нису у толикој супротности с правдом и сврсисходношћу и даље сматра „правом“ (Radbruch [1946] 2019, 273). Према томе, само неподношљива

²¹ Такођер, о критици истицања било којег од тих елемената права погледајте у: Radbruch (2019, 99–100).

²² О Радбруховим ставовима прије и послје Другог свјетског рата, детаљније: Paulson (1995).

неправда оспорава правност *per se* (Haldemann 2006, 170). Радбрухова формула без сумње служи као инструкција судијама у њиховом судском резонувању (Vix 2011, 57). Такођер, према мишљењу Бикса (Vix 2013, 74), Радбрухова формула може угрозити владавину права јер даје превелика овлаштења судијама да одлучују шта је „право“, а шта је „неправо“. Но, како дефинисати појам „неподношљиве неправде“ данас – с обзиром на чињеницу да је посве јасно како је нацистички режим властитим законима проузроковао неправду у толикој мјери да се закони нацистичке Њемачке једноставно нису могли разумјети као право *per se*? Одговор на то питање, чини се, даје Мартин Боровски (Borowski 2021, 631–632), који на основу тумачења Радбрухове филозофије закључује да би „неподношљива неправда“ одговарала појму кршења људских права. У вези са односом људских права и „неподношљиве неправде“, битно је нагласити Радбрухово стајалиште (Radbruch [1946] 2019, 274) да „правни карактер надаље недостаје и свим оним законима који су људе третирали као нижа створења те им одрицали људска права“. Свакако, недвојбена је повезаност Радбрухове „неподношљиве неправде“ и људских права, што се опет мора сагледати из различитих перспектива. У вријеме када је Радбрух писао своју формулу још увијек није био развијен концепт људских права у данашњем смислу, што нам говори да не постоји препрека да појмове „неподношљиве неправде“ и кршења људских права покушамо (колико је то објективно могуће) изједначити.

С друге стране, поставља се питање да ли је Радбрух увијек био антипозитивиста, или су пак злочини нацистичког режима у Другом свјетском рату промијенили његова гледишта. Иако се на почетку поглавља о Радбруху дјеломично даје одговор на то питање, у наставку текста ћемо детаљније образложити ту дилему. Постоје гледишта да је Радбрух на почетку своје каријере био заговорник правног позитивизма (види Leawoods 2000, 494). Како наводи Бикс (2011, 57), Радбрухова формула представља преокрет у промишљању Радбруха. Ипак, он је и прије писања формуле био критичар правног позитивизма, а саму правду је сматрао сврхом постојања права. Тако је за њега задатак права да служи правди (према Borowski 2021, 627).²³ Доказ о критичком приступу према правном позитивизму и прије састављања формуле је Радбрухова тврдња (Radbruch [1932] 2019, §25, 215–216): „Поново је правна сигурност та која је једина у стању оправдати правомоћност и неисправне пресуде. Међутим, у свези с правомоћношћу пресуде,

²³ Такођер, о Радбруховој критици правног позитивизма погледати у: Borowski (2021, 633).

јавља се један проблем с којим смо се већ упознали везано уз правно важење закона. Видјели смо да је само правна сигурност у стању подржати правно важење неисправног права, али да се једнако тако могу замислити и случајеви у којима је неисправност толика да против тога никакву тежину не може имати ни вриједност правне сигурности зајамчене важењем већ једног постављеног права“. У складу с тим, код Радбруха је ријеч о континуитету правне мисли, а не о дисконтинуитету јер је током цијелог свог живота он критиковао правни позитивизам (Bogowski 2021, 640–647).²⁴ Радбрух својом формулом одступа од одређених пријашњих ставова да судија треба проводити законе – чак и уколико зна да су неправедни (Radbruch [1932] 2019, §10, 109). Такво одступање, међутим, није револуционарно, посебно ако погледамо друга поменута Радбрухова стајалишта.

Радбрухова формула је дефинитивно оживотворила улогу природног права и дала му конкретну улогу у правном систему. У том смислу, Радбрухова формула је значајна у савременом контексту разумијевања владавине права јер је на основу ње видљиво да задатак владавине права није да стриктно примјењује законе већ и да оне законе који су „неподношљиво неправедни“ (супротни људским правима) стави ван снаге. Тако дјеловање судске власти, која би стављала ван снаге законе које доноси законодавна власт не би било недемократско – из простог разлога што је савремена демократија заснована на принципу уставне владавине, према којем се законодавна власт мора кретати у границама које је поставио устав (погледати Тап 2021, 11). Иако је био оштар критичар правног позитивизма, Радбрух није био ни *јуснатуралиста* те је у том смислу покушао креирати правну филозофију у којој ће бити довољно простора за правни позитивизма, али и за морал (према Leawoods 2000, 515). Тиме је дао модерне обресе принципу владавине права који мора садржавати и правну сигурност, једнако као и сврсисходност, али можда и најбитније од свега – праведност. Владавина права не може постојати без било којег од та три елемента идеје права. Ако не постоји правна сигурност, владавина права постоји само као идеја, а уколико не постоји сврсисходност, тада владавина права не

²⁴ Тако Радбрух (Radbruch 2019, 222) приликом дефинисања правне државе наводи: „Тај минимум везаности државе само својим правом, које је сама поставила, проглашен је позитивистичким испражњењем мисли о правној држави, а указивало се на то да је замисао правне државе у свом изворном облику значила везаност државе преддржавним људским правима и наддржавним природним правом, те захтијевало да замисао права поново мора добити значење примјене одређене правне идеје, а не само правног појма уопће, на однос појединца према држави“.

служи интересима грађана, док ако не постоји праведност, тада постоји владавина права само у формалном смислу, односно постоји (модерним рјечником казано) владавина помоћу закона.

9. ХАЈЕК И ВЛАДАВИНА ПРАВА – КОНКРЕТИЗИРАЊЕ ПРИНЦИПА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Гдје је стао Дајси у дефинисању владавине права, ту је наставио Хајек, само што је он још прецизније дефинише владавину права и што је најбитније владавину права дефинише као идеју, те истовремено одређује и фактичку примјену владавине права. Хајек (Hayek [1960] 1998, 181) владавину права проматра као метаправо, скуп принципа виших и од закона и од устава, без којих владавина права не може постојати. У том смислу се не ограничава само на конституционализам, као владавину на основу устава, јер како Хајек наводи, устав може овластити власт да има право доносити било какве законе без икаквог ограничења (*Ibid.*). Тада би власт формално била ограничена уставом, али би суштински имала неограничену моћ да доноси одлуке упитног квалитета, искључиво у зависности од воље владајућег режима. Такођер, за Хајека (Hayek [1960] 1998, 182) владавина права представља идеал којем се може веома приближити, али никада га се у потпуности не може достићи.²⁵

Зашто је то учење битно када га упоредимо с промишљањима већ поменутих поменутих теоретичара? Превасходно из разлога што владавину права поставља као метаправо те стога владавину права не дефинише стриктно као систем који функционише на бази устава и закона већ као систем који мора задовољавати одређене више принципе. С друге стране, владавину права поставља као идеал којем је могуће тежити, али га се никада не може потпуно достићи, тако да нити један правни систем не можемо сматрати системом који у цјелини имплементира владавину права. То значи да је према Хајеку владавина права динамична категорија, која је подложна промјенама, а све са циљем заштите појединца од неправедне власти. Осим та два принципа, Хајек поставља критерије владавине права на знатно шири начин од Дајсија, и даје практична упутства како се владавина права може остварити.

Прије свега, како сам Хајек (Hayek [1960] 1998, 183) објашњава, закони у садржинском смислу представљају дугорочне мјере које се односе на још увијек непознате случајеве и не садрже никаква упућивања

²⁵ О Хајековом концепту владавине права, такођер погледати у: Cristi (1984);

на појединачне особе, мјеста или предмете. Наравно, често, како и сам Хајек (Науек [1960] 1998, 182) објашњава, закони знају садржавати правила која нису општа и неодређена, што није у складу с владавином права. Други елемент владавине права за Хајека је правна сигурност. Према Хајековом учењу (Науек [1960] 1998, 184), закони морају бити јасни и њихова примјена мора бити предвидљива. Трећи елемент је једнакост пред законом, од које се, како Хајек истиче, у одређеним околностима може и одступити. На тај начин он постулира да закон у свом формалном облику може бити савршено општи, али да у својој примјени мора постојати разумијевање да сви људи нису исти и да се на све људе не може примјењивати идентично. Но да би се оправдало то што закони неједнако третирају људе, треба да постоји друштвена сагласност у вези неједнаког третирања (Науек [1960] 1998, 184–185). Четврти и пети елемент су подјела власти и постављање граница управне дискреције (види Науек [1960] 1998, 184–188). Шести елемент подразумева „(...) да је принуда допуштена само када је у складу с општим законима, а не кад је средство за постизање појединачних циљева текуће политике“ (Науек [1960] 1998, 188). Седми и осми елемент су основна права грађана и грађанске слободе, као и обим могућег уплитања државе у индивидуалну сферу појединца. Ту се права и слободе грађанина постављају као темељи владавине права, али се такођер наводи како се права и слободе појединца могу ограничити зарад вишег циља (види Науек [1960] 1998, 189–191). Задњи елемент су процесна јамства, чији је задатак да осигурају процесна права појединца. Међутим, Хајек (Науек [1960] 1998, 191–192) истиче: „Они (јамства) су намењени обезбеђењу превласти закона, али су немоћни да заштите правду тамо гдје је закон намерно препушта одлуку слободној процени власти. Једино тамо где закон одлучује – а ово значи, само тамо где независни судови имају последњу реч – процесна јамства су чувари слободе“.

Хајек је покушао да покаже како достићи идеал владавине права, јасно наглашавајући да се тај идеал никада не може потпуно достићи. На тај начин, Хајек у неку руку заокружује до сада презентовани дискурс о владавини права. У Хајековој филозофији владавине права битно је то што он на одређен начин поставља институционалне претпоставке за остварење владавине права, уз незаобилазну напомену: „Она (владавина права, прим. аут.) ће бити делотворна само онолико колико се законодавац осећа њоме везан. У демократији то значи да она неће преовладати све док не чини део моралне традиције заједнице, заједнички идеал који већина дели и беспоговорно прихвата“ (Науек

[1960] 1998, 181).²⁶ У том смислу, Хајек јасно наглашава да владавина права, како је и Дајси тврдио, не може постојати ако не постоји у правној култури грађана. У складу с тим, Хајекова формула за владавину права би гласила: „*наведени елементи владавине права + владавина права као дио моралне традиције грађана*“. Видљиво је да он у концепту владавине права укључује и елементе правне сигурности и праведности у виду заштите права појединца, те поставља и друге институционалне елементе без којих се владавина права не може остварити. У том смислу, поставља се питање да ли дискурс о владавини права завршава с Радбрухова три елемента: правном сигурношћу (закони морају бити јасни, предвидљиви и неретроактивни), сврсисходношћу (закони морају служити општем интересу, тј. грађанима) те праведношћу (држава мора поштовати и осигурати поштивање људских права). Одговор на постављено питање дат је у наставку текста.

10. ФУЛЕР И МОРАЛНОСТ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Лон Фулер (Lon Luvois Fuller) није се бавио питањем каква владавина права *per se* треба бити. Фулерову мисао примарно заокупља однос права и морала (према Rundle 2021, 186). Иако се Фулер не бави искључиво дефинисањем владавине права, он ипак поставља одређене критерије за дефинисање владавине права. За Фулера (Fuller 1960, 2), владавина права постоји тамо гдје се поштује правда и људско достојанство, гдје постоји законодавна власт чији се прописи поштују и када су неправедни, гдје правила власти судска власт вјерно проводи, те гдје постоји независна судска власт која је спремна заштитити угроженог појединца у случају покушаја поступања на арбитраран начин. Правда и људско достојанство представљају један од основних елемената владавине права. Осим тога, правну сигурност Фулер не сматра ништа мање важном, те у складу с тим наглашава да се прописи морају проводити и онда када су неправедни. Такав став подсећа на Радбрухове предратне ставове у контексту балансирања између праведности и правне сигурности, гдје смисао права јесте да буде праведно, али то нужно не подразумемијева да се неправедни закони неће проводити.

Морал, стога, игра есенцијалну улогу у Фулеровој филозофији. За Фулера, правни систем који не испуњава захтјеве унутрашњег морала права није само лош правни систем већ нешто што се уопште не може

²⁶ О границама законодавне власти у Хајековом концепту владавине права, детаљније у: Williams (2008, 117).

назвати правним системом (према Rundle 2021, 196). Које захтјеве право мора испунити како би задовољило критерије унутрашњег морала права? Према Фулеровом мишљењу, систем правила треба тежити особинама које ће право учинити општим; јавно објављеним; неретроактивним; довољно јасним; могућим за поштивање; релативно константним кроз вријеме; и усклађеним између дјеловања државе и постављених правила (Fuller 1969, 46–91; Rundle 2021, 189). Поменути критерији представљају, осим захтјева за унутрашњу моралност права, истовремено и Фулерове критерије за достизање идеала владавине права (према Rundle 2021, 198). Захтјеви за остварење унутрашњег морала права (владавине права) неутрални су и формални. Ти критерији се не односе на испуњење супстанцијалних критерија, као што су правда и поштивање људског достојанства. Ипак, то нису једини критерији за остварење владавине права *per se* јер, како смо претходно навели – правда и људско достојанство саставни су дио Фулеровог концепта владавине права. Општост правних норми у Фулеровој концепцији владавине права представљају основу за остварење правде. Правни систем који функционише на основу општих правних норми, али и других наведених критерија, у формалном смислу је сличан с принципом правде (Fuller 1969, 215). Фулерови услови за унутрашњу моралност права (владавину права) формалног су карактера, али они представљају тек основу за остварење владавине права, а никако крајњи исход. Битно је издвојити и Фулеров став који налазимо у његовом објашњењу процеса транзиције из деспотске државе у државу владавине права. Он објашњава да се један од најважнијих аспеката наведене транзиције огледа у успостављају формалних институција, које ће члановима заједнице (појединцима) гарантовати одређено учешће у доношењу одлука које их се директно тичу (Fuller 1960, 5).

Фулер поставља формалне критерије као основ за остварење владавине права, док критерије супстанцијалне природе наводи, али не дефинише шта они конкретно захтијевају. Човјек у Фулеровој концепцији владавине права игра једну од кључних улога, као и морал самог правног поретка. Иако се Фулер, *per se*, није бавио питањем владавине права, његова мисао представља значајан допринос дискурсу који се води у вези с концептом владавине права. Фулерови критерији за унутрашњу моралност правног поретка, који узгред представљају и критерије за владавину права, несумњиво су и данас релевантни, те представљају значајан допринос за савремено дефинисање владавине права, иако су они, превасходно, формалне природе.

11. РАЗ И ВЛАДАВИНА ПРАВА КАО ВРЛИНА ЗАКОНА

На почетку текста је наведен Разов став о различитости између владавине права, правде, људских права и демократије.²⁷ Тежиште његовог концепта владавине права је на правној сигурности. Тако за Раза владавина права постоји само ако производи правне посљедице (Raz 1979, 153). Људима треба владати на основу закона и они га требају поштовати, а сами закони требају бити таквог садржаја да се људи могу њима исправно руководити (Raz 1979, 213).²⁸ Та два елемента представљају есенцију владавине права за Раза. Очигледно је да Раз поставља правну сигурност као примарни циљ владавине права²⁹, али се ту не задржава. Надаље, Раз (1979, 214–218) у покушају опсежнијег дефинисања владавине права наводи да у таквом систему закони треба бити могуће поштовати законе, који требају бити транспарентни и јасни, релативно стабилни, тј. да се не мијењају пречесто; доношење посебних закона треба бити вођено транспарентним, стабилним, јасним и општим правилима; независност правосуђа мора бити гарантована; принципи природне правде се морају поштовати; судови морају имати могућност контроле других грана власти, али лимитиране природе – ограничени у мјери у којој осигуравају владавину права; приступ суду мора бити загарантован; не смије се дозволити да дискреционо право спречавања кривичних дјела изопшти примјену закона. Слично као Фулер, Раз поставља осам критерија за владавину права који су више–мање формални критерији који би требали гарантовати правну сигурност. У једном од критерија, Раз наводи поштивање природне правде, али њу сасвим кратко образлаже. У том смислу, он дефинитивно ставља тежиште на правну сигурност када говори о владавини права. Такођер, Раз није противник ограничења законодавне власти у одређеном степену. Раз (1990, 336) сматра да законодавна власт треба бити ограничена, али да судије не требају бити „филозофски амбициозне“ јер их то чини лошим судијама. Ограничење законодавне власти треба бити у мјери у којој ће се гарантовати формални критерији владавине права.

Демократска култура, правна традиција која подразумијева независно правосуђе, развијену правну професију, полицију и државну службу су за Раза (1990, 339) основе за остварење владавине права јер, како сам истиче – владавина права се не може остварити доношењем неко-

²⁷ Такођер погледати у: Raz (1979, 211).

²⁸ Види: Raz (1980, 27).

²⁹ Raz (1979, 214) признаје да је овакво дефинаисање владавине права формалистичко.

лико закона. Стога је Разово размишљање слично Дајсијевом када говори правној и демократској култури као основном услову за остварење владавине права. За разлику од Дајсија, Раз (1993, 6) разумије да парламентарна сувереност није компатибилна с владавином права, али у том смислу даје предност парламентарној суверености.

Владавина права за Раза је инхерентна праву – право треба достићи њему инхерентну врлину у виду владавине права. Фулерове критерије за унутрашњу моралност права Раз сасвим оправдано разумијева као формалне критерије, но и поред тога – Разово поимање владавине права се разликује од Фулеровог, јер је Фулер сматрао да је владавина права повезана са унутрашњом моралношћу права, док Раз владавину права сматра инхерентном праву као таквом, без обзира на саму моралност. Ипак, он наглашава да владавина права може служити моралу, иако сама владавина права не подразумева нужно и моралност правног поретка као цјелине (Раз 1979, 226). У том смислу наводи аргументе у корист концепта владавине помоћу закона, објашњавајући да владавина права као инхерентна врлина закона представља инструмент у рукама људи, па се као таква може употребљавати на различите начине јер је као таква морално неутрална.

12. БИНГАМ И СУПСТАНЦИЈАЛНА ДЕФИНИЦИЈА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Том Бингам дефинише владавину права на сљедећи начин: мора постојати правна сигурност (закони морају бити јасни, предвидљиви, разумљиви те доступни јавности); правне спорове треба рјешавати на основу закона, а не на основу дискреционе воље појединца; мора постојати једнакост пред законом; државни службеници и друга лица с овлаштењем своје овласти требају користити у доброј вјери, не прелазећи постављена уставна и законска ограничења; поштивање људских права мора бити неупитно; држава мора на ефикасан и дјелотворан начин рјешавати правне спорове између субјеката права, уз неизоставно право на правично суђење (Bingham 2011, 37–110). Тешко је у једној дефиницији обухватити све елементе владавине права, те Бингам, по узору на Хајека, нуди једну свеобухватну дефиницију владавине права. Евидентно, Бингамова дефиниција владавине права садржи и елементе правне сигурности, сврсисходности и праведности оличене у поштивању људских права јер, како наводи Хасанбеговић (2021, 174) „(...) модерно схватање правде није више аристотеловски апстрактно, тј. садржински неодређено. Њега битно одређују људска

права, или права човека, како су се она у почетку називала. Из садашњег угла посматрано, из ХХИ века уназад, модерно поимање правде може се јасно реконструисати, па се лако увиђа да се у модерно доба праведним сматра оно – било устав, било закон, било пресуда, било понашање – што је у складу с правима човека, касније названим људским правима“. Праведност, тј. људска права су камен спотицања за унифицирано дефинисање владавине права (види Bingham 2011, 66–85). Али управо су људска права есенцијални елемент владавине права, који у савременом контексту раздваја владавину права од владавине помоћу закона, или другачије казано – *thick* од *thin* начина дефинисања владавине права. Савремено дефинисање владавине права садржи сва три Радбрухова елемента идеје права – од правне сигурности, преко сврсисходности, све до саме праведности, и то као *conditio sine qua non* одређивања тог појма, а концепт који изоставља принцип праведности, тј. људских права, представља концепт владавине помоћу закона. Такав концепт успијева фасадно приказати правну сигурност и сврсисходност, док је концепт људских права изостављен или само декларативно постављен.

13. ЗАКЉУЧАК

Тема дискурса о концепту владавине права никада није било питање да ли треба да владају закони већ какви закони требају владати. На почетку, Платон и Аристотел су истицали да треба да владају праведни закони, дефинишући правду на позитивистички начин, и то као досљедно провођење закона. Цицерон и Аквински су сматрали да позитивно право мора бити у складу с природним правом, али њихове тежње ће се остварити тек Радбруховим концептом „законског неправда“. Хобс (слично као Аристотел) дефинише праведност на позитивистички начин, док је Лок сматрао како је задатак државе да заштити природна права човјека и да се владавина права може остварити само док постоји супремација парламента. Дајси (слично као Лок) наставља наратив о парламентарној суверености као услову за постојање владавине права, али такођер први даје елементе владавине права. С друге стране, Келзен наставља наратив правног позитивизма, при томе постављајући институционалне претпоставке за остварење владавине права. Он није сматрао да парламент треба бити суверен, штавише, сматрао је да демократску већину (парламент) треба ограничити уставом. Ипак, за Келзена правда остаје један „позитивизиран“ појам, до којег се долази досљедном примјеном закона. Тек Радбрух, у одређеном смислу, доноси својеврсну „револуцију“ у разумијевању односа правне сигурности и праведности, стављајући праведност испред правне сигурности, али

при томе, што је још битније, дефинишући праведност као поштивање људских права. На тај начин је омогућио да се праведност као принцип одвоји од правне сигурности и постане јој надређена, што је оживотворило идеју Цицерона и Аквинског да природна права буду надређена позитивном праву, притом не занемарујући чињеницу да владавина права може опстати само ако постоји правна сигурност, тј. ако закони постоје као позитивноправни. Хајек, на концу, још свеобухватније од Дајсија дефинише владавину права, али се и његова дефиниција, као и савремена Бингамова дефиниција владавине права, генерално гледано, темељи на три Радбрухова елемента идеје права: праведности, правној сигурности и правној сврсисходности. Наравно, Фулерово „морално“ гледиште о владавини права, и Разово разумијевање тих гледишта као формалних претпоставки за остварење владавине права представљају значај допринос савременом разумијевању владавине права, нарочито из формалног угла дефинисања владавине права.

Према томе, основни елемент владавине права је праведност, односно савременим рјечником казано – људска права – што не искључује правну сигурност и правну сврсисходност. Државе се више не могу позивати да остварују принцип владавине права без поштивања људских права јер то, савременим рјечником казано, представља пуку владавину помоћу закона. Ова теза није прихваћена од свих савремених теоретичара владавине права, као нити сама подјела на владавину права и на владавину помоћу закона.³⁰ Поставља се питање, шта ако држава поштује људска права, али не постоји правна сигурност? Таква ситуација практично није могућа, с обзиром на чињеницу да, како би се људска права као таква поштивала – држава мора имати снагу да властите законе примјењује јер, у супротном људска права остају на нивоу декларативних принципа. А у анархији се, потпуно јасно, људска права не могу никоме гарантовати. Такођер, државе се данас не могу позивати на чињеницу да поштују властити устав и да на тај начин у цјелини остварују принцип владавине права јер такви уставни могу у потпуно негирати људска права, па стога данас државе осим властитих устава морају поштивати и међународне стандарде када су у питању људска права и слободе, а који представљају критерије да би се одредило да ли

³⁰ О томе погледати у: Waldron (2015); (1989). Тако Џереми Волдрон (Jeremy Waldron) сматра да подјела на владавину права и владавину помоћу закона није потребна (2021, 97). Брајан Таманаха (Brian Tamanaha) наглашава да принцип владавине помоћу закона више повезан с легалношћу него владавина права (2004, 96). Такођер, о ставовима истог аутора о опасности за владавину права која долази од преекстензивног приступа приликом тумачења правних норми од стране судске власти погледати у: (Tamanaha 2006, 244).

је нека држава праведна или не. У контексту владавине права, дискурс који се водио од античких времена до позитивистичке праведности довео је до праведности која је изједначена с природним правима човјека – људским правима. Стога, правни позитивизам данас, у том контексту, подразумева поштивање људских права јер људска права (како је раније наведено) представљају не само природна права човјека већ и позитивна права. Слиједом тога, данас не постоји сметња да правни позитивизам не подржи модерни концепт владавине права, који унутар себе укључује људска права јер данас људска права представљају позитивна права човјека. Савремено разумијевање владавине права нам говори да је владавина права без досљедног поштивања људских права и слобода, само пука владавина помоћу закона, те да се истинска владавина права може остварити само уз пуно поштивање људских права – не изостављајући елементе правне сигурности и сврсисходности. Битно је напоменути да овако исказана гледишта савременог концепта владавине права представљају субјективна гледишта, уз пуно разумијевање да постоје и другачији погледи на сам концепт владавине права, као што је и приказано у самом тексту.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Akvinski, Toma. 1990. *Država*. Zagreb: Globus.
- [2] Аристотел. 1984. *Политика*. Београд: Београдски издавачко-графички завод.
- [3] Bačić, Arsen. 3/1987. John Locke i njegov doprinos učenju o podjeli vlasti. *Politička misao* 24: 98–108.
- [4] Bakšić–Muftić, Jasna. 2002. *Sistem ljudskih prava*. Sarajevo: Magistrat.
- [5] Balasubramaniam, R. Rueban. 2008. Indefinite detention: rule by law or rule of law?. 118–142. *Emergencies and the Limits of Legality*, ed. Victor V. Ramraj. Cambridge: Cambridge University Press.
- [6] Banović, Damir. 2019. Razumijevanje i neki problemi koncepta pravne validnosti i pravne efikasnosti u pozitivnopravnim i sociološkopravnim teorijama. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* 62: 13–32.
- [7] Bates, Clifford Angell. 2003. *Aristotle's „Best Regime“: Kingship, Democracy, and the Rule of Law*. Baton Rouge: Louisiana State University Press.

- [8] Bates, Clifford Angell. 2013. Law and the Rule of Law and Its Place Relative to Politeia in Aristotle's Politics. 59–75. *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, ed. Liesbeth Huppés-Cluysenaer, Nuno Coelho. Dordrecht: Springer, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice.
- [9] Bingham, Tom. 2011. *The Rule of Law*. London: Penguin Group.
- [10] Bix, Brian H. 2011. Radbruch's Formula and conceptual analysis. *The American Journal of Jurisprudence* 56: 45–57.
- [11] Bix, H. Brian. 2013. Radbruch's Formula, Conceptual Analysis, and the Rule of Law. 65–75. *Law, Liberty, and the Rule of Law*, ed. Imer B. Flores, Kenneth E. Himma. Dordrecht: Springer.
- [12] Bodenheimer, Edgar. 3/1950. The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science: A Reply To Hans Kelsen. *Western Political Quarterly* 3: 335–363.
- [13] Bongiovanni, Giorgio. 2007. Rechtsstaat and Constitutional Justice in Austria: Hans Kelsen's Contribution. 293–319. *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, ed. Pietro Costa, Danilo Zolo. Dordrecht: Springer.
- [14] Borowski, Martin. 2021. Gustav Radbruch's Critique of Legal Positivism. 627–650. *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, ed. Torben Spaak, Patricia Mindus. Cambridge: Cambridge University Press.
- [15] Burge-Hendrix, Brian. 2013. Plato and the Rule of Law. 27–47. *Law, Liberty, and the Rule of Law*, ed. Imer B. Flores, Kenneth E. Himma. Dordrecht: Springer.
- [16] Cristi, F. R. 3/1984. Hayek and Schmitt on the Rule of Law. *Canadian Journal of Political Science* 17: 521–535.
- [17] Dyzenhaus, David. 2001. Hobbes and the Legitimacy of Law. *Law and Philosophy* 20: 461–498.
- [18] Dyzenhaus, David. 2021. Thomas Hobbes and the Rule by Law Tradition. 261–277. *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, ed. Jens Meierhenrich, Martin Loughlin. Cambridge: Cambridge University Press.
- [19] Frank, Jill. 3/2005. Aristotle on the Rule of Law and the Rule of Men. *International Studies Review* 7: 508–512.
- [20] Frank, Jill. 1/2007. Aristotle on Constitutionalism and the Rule of Law. *Critical Modernities: Politics and Law Beyond the Liberal Imagination* 8: 39–50.

- [21] Hayek, A. Friedrich. [1960] 1998. *Poredak slobode*. Novi Sad: Global Book.
- [22] Fuller, L. Lon. 4/1958. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review* 71: 630–672.
- [23] Fuller, L. Lon. 1960. Adjudication and the Rule of Law. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921–1969)* 54: 1–8.
- [24] Fuller, L. Lon. 1969. *The Morality of Law*. 2. ed. New Haven/London: Yale University Press.
- [25] Gosalbo-Bono, Ricardo. 2010. The Significance of the Rule of Law and its Implications for the European Union and the United States. *University of Pittsburgh Law Review* 72: 229–360.
- [26] Haldemann, Frank. 2/2005. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. *Ratio Juris* 18: 162–178.
- [27] Hart, H. L. A. 4/1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.
- [28] Хасанбеговић, Јасминка. 2021. *Ка филозофију права као филозофију људских права*. Београд: Досије студио.
- [29] Hobbes, Thomas. [1651] 2004. *Levijatan ili Građa, oblik i moć crkvene i građanske države*. Zagreb: Naklada Jesenski i Turk.
- [30] Hobbes, Thomas. [1651] 2018. *Leviathan*. New York: Dover Publications.
- [31] Јакопец, Петар. 3/2013. Филозофија политике Јохна Локеа у „Другој расправи о влади“. *Nova prisutnost* 11: 419–432.
- [32] Jenco, K. Leigh. 1/2010. „Rule by Man“ and „Rule by Law“ in Early Republican China: Contributions to a Theoretical Debate. *The Journal of Asian Studies* 69: 181–203.
- [33] Jenkins, David. 3/2011. The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative. *McGill Law Journal* 56: 543–589.
- [34] Kelsen, Hans. [1934] 2012. *Čista teorija prava*. Zagreb: Naklada Breza.
- [35] Lalović, Dragutin. 1/2006. U Hobbesovoj zamci: pojam suverenosti?. *Politička misao* 43: 3–27.
- [36] Lanni, Adriaan. 2021. Classical Athens' Radical Democratic 'Rule of Law.' 25–38. *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, ed. Jens Meierhenrich, Martin Loughlin. Cambridge: Cambridge University Press.

- [37] Leawoods, Heather. 2/2000. Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher. *Journal of Law and Policy* 489–515.
- [38] Lino, Dylan. 5/2018. The Rule of Law and the Rule of Empire: A.V. Dicey in Imperial Context. *The Modern Law Review* 81: 739–764.
- [39] Lisi, Francisco. 2013. Plato and the Rule of Law. *Methexis* 26: 83–102.
- [40] Locke, John. [1689] 1993. *Two Treatises of Government*. 2. ed. London: Orion Publishing Group.
- [41] Lukina, Anna. 4/2020. Opening the Pandora's Box: Kelsen and the Communist theory of law. *Jurisprudence* 11: 530–551.
- [42] Malcolm, Noel. 2016. Thomas Hobbes: Liberal illiberal. *Journal of the British Academy* 4: 113–136.
- [43] Mattie, Sean. 1/2005. Prerogative and the Rule of Law in John Locke and the Lincoln Presidency. *The Review of Politics* 67: 77–111.
- [44] Milić, Novica. 2020. *Politička naratologija: Ogled o demokratiji*. Novi Sad: Akademska knjiga.
- [45] Morrow, R. Gienn. 2/1941. Platon and the Rule of Law. *The Philosophical Review* 50: 105–126.
- [46] Moustafa, Tamir, Ginsburg, Tom. 2008. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*, ed. Tom Ginsburg, Tamir Moustafa, New York: Cambridge University Press.
- [47] Nojman, Franc. [1986] 2002. *Vladavina prava: politička teorija i pravni sistem u modernom društvu*. Beograd: Filip Višnjić.
- [48] Paulson, Stanley L. 1995. Radbruch on unjust laws: Competing earlier and later views. *Oxford Journal of Legal Studies* 15: 489–500.
- [49] Pavlović, Vukašin. 1/2006. Značenje Hobbesova Levijatana za političku sociologiju. Hobbes kao univerzalni mislilac moderne politike. *Politička misao* 43: 59–78.
- [50] Platon. 1957. *Zakoni*. Zagreb: Kultura.
- [51] Platon. 2002. *Država*. 5. ed. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod.
- [52] Radbruch, Gustav. 2019. *Filozofija prava – Filozofija prava* [1932], 13–244; *Nacrt pogovora uz Filozofiju prava* [1947], 245–264; *Pet minuta filozofije prava* [1945], 265–266; *Zakonsko nepravo i iznadzakonsko pravo* [1946], 267–278. Zagreb: Naklada Breza.

- [53] Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press.
- [54] Raz, Joseph. 1980. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. 2. ed. New York: Oxford University Press.
- [55] Raz, Joseph. 3/1990. The Politics of the Rule of Law. *Ratio Juris* 3: 331–339.
- [56] Raz, Joseph. 1/1993. On the Autonomy of Legal Reasoning. *Ratio Juris* 6: 1–15.
- [57] Ribarević, Luka. 1/2006. Prirodni zakoni u sjeni prirodnoga prava: dvije linije argumentacije u Levijatenu. *Politička misao* 43: 79–92.
- [58] Rundle, Kristen. 2021. *The Morality of the Rule of Law: Lon L. Fuller*. 186–201. *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, ed. Jens Meierhenrich, Martin Loughlin. Cambridge: Cambridge University Press.
- [59] Sadurski, Wojciech. 2014. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. 2. ed. Dordrecht: Springer.
- [60] Sørensen, D. Anders. 2018. Political Office and the Rule of Law in Plato's Statesman. *Polis* 35: 401–417.
- [61] Spaak, Torben. 2005. Kelsen and Hart on the Normativity of Law. 397–414. *Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honour of Jes Bjarup*, ed. Peter Wahlgren. Stockholm: Stockholm Institute for Scandianvian Law.
- [62] Stone Sweet, Alec. 8/2003. Why Europe rejected American judicial review: and why it may not matter. *Michigan Law Review* 101: 2744–2780.
- [63] Svetlič, Rok. 1/2007. Ontološki uvjeti nastanka pravnog pozitivizma. *Filozofska istraživanja* 27: 113–125.
- [64] Tamanaha, Z. Brian. 2004. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. New York: Cambridge University Press.
- [65] Tamanaha, Z. Brian. 2006. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press.
- [66] Tan, Seow Hon. 2/2021. Radbruch's Formula Revisited: The Lex Injusta Non Est Lex Maxim in Constitutional Democracies. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 34: 461–491.
- [67] Tushnet, Mark. 2/2014. Rule by Law or Rule of Law?. *Asia Pacific Law Review* 22: 79–92.

- [68] Valter, Robert. 1999. *Teorija prava Hansa Kelzena*. Beograd: Dosije.
- [69] Vinx, Lars. 2007. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- [70] Vorländer, Hans. 2012. *Ustav: Ideja i historija*. Sarajevo: University Press.
- [71] Waldron, Jeremy. 1/1989. The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory. *Ratio Juris* 2: 79–96.
- [72] Waldron, Jeremy. 1/2015. Legislation and the Rule of Law. *Legisprudence* 1: 91–123.
- [73] Waldron, Jeremy. 1/2021. The rule of law and the role of courts. *Global Constitutionalism* 10: 91–105.
- [74] Walters, D. Mark. 2021. The Spirit of Legality: A. V. Dicey and the Rule of Law. 153–170. *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, ed. Jens Meierhenrich, Martin Loughlin. Cambridge: Cambridge University Press.
- [75] Walters, Mark. 3/2010. Legality as Reason: Dicey, Rand, and the Rule of Law. *McGill Law Journal* 55: 563–586.
- [76] Williams, Juliet. 1/1997. On the road again: Hayek and the rule of law. *Critical Review* 11: 101–120.
- [77] Wolf, Erik. 1958. Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy. *Natural Law Forum* 25: 1–23.

Benjamin NURKIĆ, LL.M

PhD candidate, University of Tuzla Faculty of Law, Bosnia and Herzegovina

Faris HASANOVIĆ, LL.M

PhD candidate and Teaching Assistant, University of Tuzla Faculty of Law, Bosnia and Herzegovina

**THE RULE OF LAW BETWEEN JUSTICE AND MERE LEGALITY
– A BRIEF OVERVIEW OF THE DEVELOPMENT OF DISCOURSE
IN THE CONCEPT OF THE RULE OF LAW**

Summary

The rule of law is one of the key concepts in the 21st century. The idea of the rule of law exists to the extent that there are reflections on the state and law, and a relationship between these two concepts. The aim of this paper is to show in one place the development of the idea of the rule of law through history. In this sense, the authors look at the thoughts of philosophers who have largely determined the direction of development of the idea of the rule of law. Of course, not all philosophers who have contemplated the rule of law are listed in the paper, but it nevertheless attempts to show in chronological order how the rule of law as an idea developed from Plato to its modern theorists.

Key words: *Rule of law. – Rule by law. – Justice. – Mere legality.*

Article history:

Received: 28. 3. 2022.

Accepted: 7. 9. 2022.