

ZBORNIK RADOVA PRAVNO-EKONOMSKOG FAKULTETA U NIŠU

1966. godina

ČLANKI

PRAVNI SISTEM SAD*

I UVOD

Osnovna obeležja pravnog sistema SAD su već dobro poznata.¹ U američkom pravnom sistemu sudske odluke predstavljaju jedan od izvora prava. Stoga su i sudske odluke, precedenti ili *common law* deo američkog pravnog sistema. *Common law* stvaraju sudovi rešavajući konkretne sporove i obrazlažući pritom svoje odluke. *Common law* nije delo zakonodavnih tela ili pravnih teoretičara, već ga čine prihvatljivi pravni argumenti istaknuti od strane suda prilikom rešavanja konkretnih sporova, koji su slični sporovima o kojima sud upravo odlučuje. *Common law* vodi poreklo iz Srednjeg veka i još uvek nosi obeležja pravnih prilika perioda u kome je nastao, perioda u kome je regulisao složena pitanja stvarnih prava u feudalizmu.²

Pored toga što su poznata osnovna obeležja pravnog sistema i *common law-a* u SAD, dobro su poznati i teoretičari koji su preduzeli prve korake u analizi *common law-a*. To su bili Oliver Wendel Holmes (Oliver Wendel Holmes), F. V. Meitlend (F. W. Maitland) i Rosko Paund (Roscoe Pound).

Ali, iza ovih poznatih stvari o američkom pravnom sistemu i *common law-u* krije se mnoštvo teškoća u razumevanju suštine *common law-a*. Na primer, *common law* stvaraju sudovi. Međutim, sudovi ne

* Ovaj napis se delimično zasniva na predavanju koje sam održao maja 1966. godine na Pravno-ekonomskom fakultetu u Nišu. Prilikom njegovog pripremanja za *Zbornik Pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu* pomogao mi je svojim sugestijama Vojislav Koštunica.

¹ Osnovni pojmovi pravnih nauka obrađeni su u *Encyclopedia of the Social Sciences* (1930). Iako je ova enciklopedija danas već pomalo zastarela, može se osloniti na nju. Mnoge odrednice o pravu u ovoj enciklopediji su već postale klasične.

² Veliku standardnu istoriju engleskog prava napisao je Vilijam Holdsworth (William Holdsworth). Kratku, ali vrlo dobru istoriju *common law-a* dao je Teodor F. T. Plaknet (Theodor F. T. Plucknett). Istorija engleskog prava do Edvarda I., koju su napisali Frederik Polok (Frederick Pollock) i F. V. Meitlend (F. W. Maitland) je već klasična (Meitlend je bio jedan od najvećih engleskih istoričara). Mada ne postoji standardna istorija američkog prava, u ovu svrhu mogu dobro da posluže dela Džemsa Vilarda Harsta (James Willard Hurst) i Roberta Ljusa (Robert Luce).

stvaraju nešto što bi se moglo nazvati pravnim pravilima. Sa nekim izuzecima, ne postoje opšta pravna pravila u *common law-u*. Uopšte, čitajući dela poznatih pisaca koji se bave pitanjem prirode *common law-a* možemo da zaključimo da, izuzevši neka delimična saznanja, ne dolazimo do potpune istine o *common law-u*.

II Common law

1. — Kao što je već naglašeno, *common law* se razvio iz pojedinih sudskeih odluka, jer je u Engleskoj XIII i XIV veka zakonodavna vlast bila malo razvijena. Uz to, smatralo se da zakonodavna vlast treba samo da *izražava postojeće pravo* (običaje), a ne da *stvara novo pravo*.³ Tako je *common law* nastao iz pojedinih odluka, iz rada sudova. Nominalno su običaji, koji su imali važnost na teritoriji cele Engleske, bili izvor prava. Naime, sudovi su tvrdili da su u njihovim odlukama samo zabeležena određena običajna pravila. Međutim, sudovi su stvarno imali široke mogućnosti da sami stvaraju pravo, zato što su súkobi između kralja i feudalnog plemstva u Engleskoj toga doba, sukobi između dva velika autoniteta u državi, doveli do zastoja i praznina u stvaranju prava, a sudovi su bili prinuđeni da te praznine ispune rešavajući konkretne sporove.

Odluke sudova sa odgovarajućim obrazloženjima su objavljivane u Srednjem veku u Engleskoj u obliku »godišnjih knjiga« (»year books«) Ove »godišnje knjige«⁴ sudskeih odluka postale su glavni rekvizit uticajne pravničke profesije, uključujući tu sudije i zastupnike stranaka. Ukrzo su stavovi u »godišnjim knjigama« počeli da se proučavaju pomoću posebnog metoda tumačenja, koji je postao specifičan za *common law*. Pored toga, shvatanje o sudskeim odlukama kao jednom od važnih izvora prava, kao i shvatanje o posebnom metodu tumačenja ovih odluka, ostala su nedimnuta u fazi absolutizma u XVI i XVII veku, da bi kasnije bila prihvaćena u SAD.

Međutim, postoji jedan period u razvijetu *common law-a* u SAD o kome se daleko manje zna. U XIX veku grupa američkih pravnika je organizovala pokret koji je postavio u pitanje *common law* sistem i shvatanje prava. Naime, ovaj pokret je zastupao ideju da zakoni, a ne sudske odluke (precedenti), treba da budu osnovni izvor prava u pravnom sistemu SAD. Pripadnici ovog pokreta držali su da zakonodavna vlast (a ne sudska) treba da stvara pravo. Nastojanja ove grupe pristalica prevlasti zakonodavnih tela u procesu stvaranja prava su sprečena, mada je aktivnost pomenutog pokreta ostavila neke posledice na obeležja američkog pravnog sistema. Najaktivnija u borbi protiv ideja pomenutog pokreta bila je grupa teoretičara i profesora prava, pre svega sa Harvardskog Pravnog fakulteta, koji je fakultet uzeo *common law*, »precedentni sistem« za osnovu savremenog američkog pravničkog obrazovanja. Tako je *common law* sačuvao svoj položaj i autoritet u pravnom sistemu SAD, čime je, između ostalog, često omogućeno i da stu-

³ Vidi Charles McIllwain, *The High Court of Parliament*.

⁴ Veliki broj »godišnjih knjiga« je danas objavljen u Engleskoj.

dent završi pravni fakultet (a pravničko obrazovanje i pravni fakulteti su vrlo uticajni u SAD) proučavajući jedino pojedine sudske odluke.⁵

2. — Osnovna obeležja *common law* metoda za donošenje sudske odluke je verovatno najbolje odredio Karl Luelin (Karl Llewellyn).⁶ Elementi Luelinove definicije su sledeći: (1) Sud mora da reši konkretni spor. (2) Sud rešava samo određeni spor i na taj način stvara pravo. (3) Sud odlučuje o konkretnom sporu prema pravilima koja važe za veću grupu sličnih sporova. Doktrina *common law-a* ne dozvoljava da se jedna sudska odluka ne zasniva na prethodnim odlukama. (4) Odluka suda i pravilo koje je u toj odluci sadržano mora da se odnosi na konkretni spor koji sud rešava.

Zaključivanje koje se primenjuje prilikom donošenja sudske odluke u američkom pravnom sistemu je zaključivanje po analogiji. Izrečena sudska odluka dobija odlike pravnog pravila i primenjuje se u narednim sličnim sporovima. Reč je o trostopenom misaonom procesu. Faze u zaključivanju su sledeće: (1) Uočava se sličnost između dva spora, jednog već rešenog i jednog o kome sud upravo raspravlja, (2) ukaže se na pravno pravilo sadržano u sudske odluci kojom je rešen prvi spor i (3) ovo pravilo se primenjuje prilikom rešavanja drugog spora. Važno je uočiti da se pravno pravilo iz prve sudske odluke uvek navodi u drugoj. Zato proces zaključivanja nije deduktivan, niti induktivan. Ne radi se o sistemu primene poznatih opštih pravila na specifične situacije, niti o izvođenju opštih pravila iz velikog broja pojedinačnih slučajeva. U stvari, reč je o Aristotelovom zaključivanju po analogiji. Najvažniji aspekt ovakvog oblika zaključivanja, koji je od interesa za nas, je da se pravna »pravila« sadržana u sudske odlukama (ukoliko ih uopšte i možemo nazvati pravilima) stalno menjaju i razvijaju.⁷

III *Common law i zakonodavstvo*

1. — *Common law* je već bio zreo, efikasan i poznat pravni sistem kada su počele da se uvode prve mere zakonskog regulisanja.⁸ Mnogi pravnici u SAD smatraju da sama ova činjenica predstavlja neoboriv dokaz o superiornosti i većoj važnosti *common law-a* kao izvora prava u odnosu na zakone. Zato je u SAD dugo važilo načelo da se zakon koji je protivan *common law-u* mora tumačiti usko od strane sudsava. U ovom uskom tumačenju se išlo i do negiranja postojanja zakona. Danas su zakoni i drugi opšti akti u toj meri važni i pokrivaju toliku oblast

⁵ Osnivač pokreta za napuštanje *common law* sistema bio je Kristofer Langdel (Cristopher Langdell). Udžbenici koji se upotrebljavaju na američkim pravnim fakultetima su se dugo vremena sastojali isključivo iz određenog broja sudske odluke.

⁶ Karl Llewellyn, *The Bramble Bush* (1930, 1951).

⁷ Edward H. Levi. *An Introduction to Legal Reasoning* (1948, 1961).

⁸ Vidi Plaknetovu studiju *Statutory Interpretation in the Fourteenth Century*, kao i dela Poloka, Meitlenda i Holdsvorta.

⁹ Vidi Arthur von Mehren, *The Civil Law System* (1957) i Rene David, Henry P. de Vries, *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems* (1958).

pravnog regulisanja da predstavljaju značajan izvor prava. Međutim, i poređ toga, u SAD se ne smatra da zakoni čine pravni sistem za sebe, kao što je to, na primer, slučaj u Francuskoj sa Napoleonovim Građanskim zakonikom.¹⁰ Naprotiv, u američkom pravnom sistemu zakoni nastaju i postoje, stiču osnovu obeležja, pojmove i terminologiju iz *common law*-a koji ih okružuje, koji je nastao pre njih i trajaće duže od njih, koji dominira nad njima. Zato i američki zakonodavci nisu jedini i suvereni tvorci prava.

2. — Dobar primer uticaja koji *common law* vrši na zakonodavni proces i žakonodavstvo predstavlja metod tumačenja zakona.¹¹ Svaki pravni sistem ima sopstveno shvatanje i metode tumačenja zakona, ali su ovi metodi posebno važni kada je reč o američkom pravnom sistemu u kome se pridaje veći značaj *common law*-u nego zakonodavstvu.

Naime, u američkom zakonodavnom procesu prilikom izrade zakona se upotrebljava poseban jezik koji su stvorili sudovi, jer zakon stiče snagu i značenje posredstvom shvatanja i metoda tumačenja zakona koje usvajaju sudovi. U SAD sudovi dominiraju u stvaranju *common law*-a i u pravnom sistemu uopšte. Zato ukoliko zakonodavac želi da utiče na pravni sistem sa svojim proizvodom, zakonodavstvom, zakonodavac mora, svesno ili ne, da prilagodi svoje odredbe sudskom načinu mišljenja i da ih izrazi tako da im sudovi pripisu značenje na kome zakonodavac insistira. Stoga i američki zakoni pokazuju tendenciju da budu podrobni, a ne kratki i uopšteni.¹¹ Zakonodavac mora da se ponaša na ovaj način u SAD, jer *common law* ne pridaje nikakav značaj; pa čak i ne primenjuje, preterano uopštene zakonske odredbe.

3. — U evropskokontinentalnim pravnim sistemima smatra se da je kodifikacija akt zakonodavca. Za razliku od toga, u američkom pravnom sistemu smatra se da se kodifikacija začinje u oblasti *common law*-a i da sudovi koji tumače *common law* i pravo uopšte podstiču procese kodifikacije. Na osnovu ovoga, često se preuveličavaju razlike u pogledu shvatanja kodifikacije u evropskokontinentalnim pravnim sistemima i američkom pravnom sistemu. Razlike između dva pravna sistema u ovom pogledu ipak nisu tako velike. U prilog ovoga govore sledeće činjenice i primeri. Prvo, Justimjanova kodifikacija, jedna od najvažnijih evropskih kodifikacija, zasnivala se na mišljenjima poznatih pravnika povodom konkretnih sporova, koja su mišljenja bila obavezna za sudove i na taj način bila veoma bliska sudskim odlukama. Drugim rečima, i jedna evropska kodifikacija se zasnivala na sudskim odlukama. Sem toga, u Evropi su tokom XIX veka (naročito u Nemačkoj) vođene naučne rasprave o tome da li je kodifikacija uopšte moguća. Itd. S druge strane, i pravnici u američkom sistemu su svesni značaja uloge predstavničkih tela u procesu kodifikacije.

Međutim, ne treba ni prevideti razlike što se tiče načina na koji se vrši kodifikacija u dva velika pravna sistema. Radi veće jasnoće i kon-

¹⁰ Standardnu američku raspravu o tumačenju zakona predstavlja Franck Horack, *Statutory Interpretation*. Takođe vidi radove Džuliusa Koena (Julius Cohen), i Frenka Njumena (Frank Newman) i Stenli Sareja (Stanley Surrey).

¹¹ Uporedi makoju zbirku američkih zakona sa, na primer, francuskim Građanskim zakonikom.

ciznosti uprostićemo nešto stvari i istaći sledeće. U američkom pravnom sistemu kodifikacija od strane zakonodavca može se izvršiti tek pošto su procesi *common law*-a razvili pravo. Kodifikacija od strane zakonodavca može samo da zabeleži (sa izvesnom moći izbora, izmene i sistematizacije) specifični i svojevrsni proces kodifikacije koji vrši *common law*.¹²

Ovo, međutim, nije jedina situacija u kojoj su predstavnici tala u SAD ograničena u vršenju zakonodavne funkcije od strane *common law*-a. I kada američka predstavnici tala nastoje da radikalno utiču na razvitak prava (na primer, prilikom vršenja izmena zakona) procesi i tvorevine *common law*-a sputavaju aktivnost predstavnicih tala.¹³

Svi navedeni primeri dobro ilustruju naše zaključke o osnovnim obeležjima *common law*-a, o nadređenosti *common law*-a kao izvora prava nad zakonima i drugim opštim aktima u pravnom sistemu i o uticaju koji *common law* vrši na zakonodavstvo i zakonodavni proces u SAD.

IV Sudska kontrola ustavnosti

Pošto je dosada bilo reči o različitim oblicima uticaja *common law*-a na zakonodavstvo u pravnom sistemu SAD ostaje još da razmotrimo možda najdrastičniji primer podređenosti zakonodavstva *common law*-u — ustanovu sudske kontrole ustavnosti (judicial review).¹⁴

Objasnjimo na jednom zamišljenom i ekstremnom slučaju, kako funkcioniše sudska kontrola ustavnosti zakona u političkom sistemu SAD:¹⁵ Prepostavimo da su oba doma Kongresa takoreći jednoglasno usvojila jedan zakon. Predsednik SAD je stavljajući svoj potpis na zakonski tekst potvrdio da nema nikakvih primedbi na zakon i postupak u kome je donesen. O usvojenom zakonu su se povoljno izrazili i javno mnjenje i stručnjaci, ističući da je zakon u saglasnosti sa ustavom i opštim interesima. I tada, povodom konkretnog spora, Vrhovni sud SAD postavlja pitanje ustavnosti pomenutog zakona. Vrhovni sud, prilikom malom većinom od pet prema četiri glasa, a na osnovu tumačenja ustava za koje većina građana i uglednih stručnjaka smatra da je

¹² Istorijat izrade američkog Jednoobraznog trgovackog zakonika iz 1962 (Uniform Commercial Code), koji je nedavno preveden i na srpsko-hrvatski, predstavlja dobar primer.

¹³ Istorijat tzv. »Fildovih zakonika«, koje su polovinom XIX veka u SAD pripremili Dejvid Fild (David Field) i njegovi saradnici, a koji su zakonici trebali da zamene i reformišu *common law*, predstavlja dobar primer. *Common law* je prosto ove zakonike progutao, ili ih je potpuno ignorisao, čak i kada su imali formu i autoritet pravih zakona.

¹⁴ Književnost o sudskoj kontroli ustavnosti u SAD je obimna. Vidi Charles Grove Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* (1914); Charles Warren, *The Supreme Court in United States History* (1923); Paul A. Freund, *The Supreme Court of the United States* (1961) i Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962).

¹⁵ Uz dalje izlaganje uporedi Martin Diamond, Winston Mills Fisk, Herbert Garfinkel, *The Democratic Republic* (1966), str. 211—43.

potpuno pogrešno, proglašava zakon neustavnim. Kakve su posledice odluke Vrhovnog suda. Zakon je izgubio snagu kao da nikada nije ni donesen. Odluka Vrhovnog suda je konačna, a Kongres, Predsednik SAD i građani su nemoćni.

Reč je o zamišljenom i ekstremnom slučaju. Ipak, dosta sličnih slučajeva je bilo u praksi Vrhovnog suda i sudstva SAD: Da li ovo znači da su u političkom sistemu SAD Vrhovni sud i sudstvo usurpirali vlast? Kako je došlo do toga da kontrolu ustavnosti zakona u SAD vrše sudovi čiji članovi nisu izabrani, već postavljeni? Zašto nosioci zaštite ustavnosti nisu Kongres ili Predsednik, organi koji su izabrani demokratskim postupkom? Zašto je odluka Vrhovnog suda u pogledu ocene ustavnosti konačna i vezuje Kongres i Predsednika, koji su se takođe obavezali na poštovanje ustava, a sem toga nalaze se pod kontrolom biračkog tela? Kako sudska kontrola ustavnosti utiče na demokratske odnose u američkom političkom sistemu.

Ustanova sudske kontrole ustavnosti predstavlja inače američki izum; Ustanova sudske kontrole ustavnosti zasniva se na dva načela: prvo, u američkom političkom sistemu postoji pisan i ustav i drugo, ustavom je obezbeđenje ustavnosti povereno sudstvu.

Vrhovni sud SAD je počeo sa radom oko 1790: kao sud neodređenog položaja i nadležnosti. Od prvih šest sudija Vrhovnog suda dvojica nisu stupili na dužnost. Prvih godina rada sud je razmatrao samo nekoliko nevažnijih predmeta. Oko 1800. Vrhovni sud je prerastao ne samo u moćan sud, već i u moćnu gramu vlasti, upuštajući se u pitanje ocene ustavnosti zakona. Od presudnog značaja za uobličavanje i razvitak ustanove sudske kontrole ustavnosti u političkom sistemu SAD je bila jedna odluka Vrhovnog suda iz 1803. (*Marbury v. Madison*), u kojoj su prvi put eksplicitno izneseni argumenti u prilog ustavnog prava Vrhovnog suda da vrši sudsку kontrolu ustavnosti zakona. Tako se sudstvo (posebno Vrhovni sud) u SAD uobličilo tokom ove početne faze rada u organ koji ne ispituje samo zakonitost pojedinačnih akata i radnji, već ispituje i ustavnost zakona. Međutim, treba imati u vidu da praksa sudske kontrole ustavnosti koju je vršio Vrhovni sud SAD nije bila od 1803. pa nadalje uvek dovoljno efikasna i jedinstvena. Vrhovni sud nije bio u svim periodima podjednako aktivan u pogledu kontrole ustavnosti zakona; sem toga Vrhovni sud vršeći kontrolu ustavnosti zakona je često zauzimao i po sličnim pitanjima različite stavove.

Ali, vratimo se na ranije postavljeno pitanje. Očigledno je da ustanova sudske kontrole ustavnosti predstavlja jedno od najefikasnijih sredstava za obezbeđenje podređenosti zakonodavstva *common law* i kontrole normative aktivnosti predstavnicih tela, od strane sudstva. Postavlja se pitanje, u kakvom odnosu stoje ustanova sudske kontrole ustavnosti i demokratski odnosi u američkom političkom sistemu? Sve zavisi od toga da li u ipitivanju ustavnosti zakona američki sudovi arbitreno odlučuju, ili se njihova aktivnost zasniva na određenim pravnim pravilima i upotrebi određenih objektivnih pravnih metoda. Dosadašnja praksa sudstva u političkom sistemu SAD pokazuje da su američki sudovi u vršenju kontrole ustavnosti zakona u najvećoj mjeri obavljali svoj rad u saglasnosti sa pravnim pravilima, društvenim vrednostima koje

usvajaju pripadnici pravničke i sudske profesije, kao i pod kontrolom od strane drugih grana vlasti. Zato se može zaključiti da ustanova sudske kontrole ustanovnosti zakona nije u suprotnosti sa demokratskim, procesima u političkom sistemu SAD.

V Normativna aktivnost političko-izvršnih i upravnih organa

Jedan od važnih izvora prava, važan deo pravnog sistema, čine opšti, normativni akti političko-izvršnih i upravnih organa. U svim vremenim državama je izuzetno razvijena normativna aktivnost političko-izvršnih i upravnih organa, jer predstavnička tela, kao osnovni nosioci normativne aktivnosti nisu u stanju da regulišu mnogobrojne društvene odnose koji se regulišu podrobnim i tehničkim pravilima. Međutim, upravljanje u razvijenim, posebno industrijskim društvima, zahteva donošenje sve više podrobnih i tehničkih propisa. Činjenica da pored predstavničkih tela normativnu aktivnost obavljaju i političko-izvršni i upravljeni organi je dobro poznata u većini evropskih država, delom zbog evropskog iskustva sa vladavinom monarha i autokrata, koji su obavljali i normativnu aktivnost. Uopšte, u Evropi je shvatanje da su prvenstveno predstavnička tela legitimni nosioci normativne aktivnosti relativno novo. Na primer, u Engleskoj jedan ugledni konzervativni pisac tvrdi da je funkcija britanskog parlamenta da kritikuje i odobrava, pre nego da aktivno upravlja i bavi se normativnom aktivnošću.¹⁶

U SAD je, u pogledu ovoga, situacija drugačija. U SAD je na osnovu doktrina narodnog suvereniteta i podele vlasti izgrađena kruta dogma, po kojoj samo zakonodavna vlast može da obavlja normativnu aktivnost. Ovu dogmu su najviše napadale pristalice teorije o »državi blagostanja« i udaljavanju od *laissez faire*-a, jer normativna aktivnost političko-izvršnih i upravnih organa predstavlja jedno od najefikasnijih sredstava u rukama pristalica ovog pokreta.

Doskora je američka ustavna i politička istorija bila ispunjena diskusijama o ovom problemu. Ove diskusije se još uvek nisu smirile. Sve vodeće rasprave o američkom ustavnom i upravnom pravu¹⁷, se osvrću na ove diskusije, usvajajući pritom često nekritički poglедe pristalica teorije o »državi blagostanja« i slobodnijoj i široj normativnoj aktivnosti političko-izvršnih i upravnih organa.

Kao rezultat svega ovoga američka misao o normativnoj aktivnosti političko-izvršnih i upravnih organa, kao i institucionalna i doktrinarna rešenja, su nedovoljno razvijeni i neadekvatni. U prilog ovoga svedoče i neke zakonske odredbe.¹⁸ Prvo, ima veoma malo odredbi koje se odnose na normativnu aktivnost izvršne vlasti — na normativnu aktivnost Predsednika SAD i njene različite oblike (»executive orders«, »directives«, »proclamations«), pored odredbe da ova aktivnost mora

¹⁶ Leopold Amery, *Thoughts on the Constitution*.

¹⁷ Vidi, na primer, Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise* (1958).

¹⁸ Osnovni savezni zakon o upravnom postupku je *Administrative Procedure Act* iz 1946.

biti objavljivana. Drugo, odredbe koje se odnose na normativnu aktivnost upravnih organa (»rule-making«) takođe nisu adekvatne. U njima je u maloj meri predviđen, pored obaveze objavljivanja, i postupak objavljivanja, kao i konsultovanje zainteresovanih pre nego što se konkretni akt usvoji. Inače, u praksi se obaveza objavljivanja opštih akata koje donose upravni organi takoreći uopšte ne poštuje, i to ne zlonamerno, već zbog nesposobnosti pojedinih viših službenika da shvate da mnogi njihovi akti imaju karakter opštih, normativnih akata i da stoga zahtevaju da budu objavljeni.

Osnovna teškoća u pogledu propisa o normativnoj aktivnosti uprave i pokušaja da se ovi propisi izmene i reformišu proističe iz dileme kako da se shvati normativna aktivnost uprave. Da li da se shvati kao obična normativna aktivnost predstavničkih tela? U tom slučaju trebalo bi usvojiti normalni zakonodavni postupak. Ili, da se normativna aktivnost upravnih organa shvati kao »kraljev tajni vrt«? U tom slučaju bi normativna aktivnost uprave morala da se osloboди od svih pravnih zahteva i kontrole. U američkoj pravnoj misli nije došlo do sporazuma što se tiče rešenja ove dileme.

(preveo Vojislav Koštunica)

Dr Winston M. FISK
prof. univerziteta

SUMMARY

The fundamental characteristic of the American legal system, by which it differs from European, is that judicial decisions or cases represent a source of law and as such are a part of the legal system. This case law, more known under the name of common law, is not the product of the courts' work deciding the real cases. Namely, when the court tries to solve a particular case, it makes use of the acceptable arguments from another judicial decision by which the similar case has been solved. This fact shows us that the common law is created by the courts. But, though the courts create common law, they do not create something that we would call general acts, or prescripts, because the case law, in principle, does not consist of any rules.

Common law was born in England at the beginning of the middle ages. There exist two fundamental conditions for its rise: first, the fact that legislative power has not been developed, and, second, the prevailing opinion that the legislative power should only express the existing law (custom), and not create the law. Formed in this way, common law has been transferred to the United States. Writing the history of the development of the common law in the United States, author says that in the XIX century there existed a movement for the reappraisal of the whole common law system and conceptions. Actually, this movement developed the idea that legislation and not cases should represent the fundamental source of the law in the legal system of the USA, and that, because of that, legislative

power should have supremacy over the judicial power. This movement has been prevented, but it left its influence upon the American legal system.

Reasoning which is used while issuing judicial decisions in the American system is reasoning by analogy. Judicial decision gets the characteristics of the rule and is used in the later similar cases. The process of the reasoning has three stages: 1) the similarity between the present and the past case is found; 2) the rule out of the first case is cited and 3) this rule is applied in deciding upon the second case. It is important that the rule out of the first case is always cited in the second one.

Common law was already a well known legal system when the first legislative measures have been undertaken in the United States. Because of that, common law is nowdays still superior to the legislation. Because of that there existed for a long period a rule that the statute which is not in accordance with common law should be interpreted strictly. Such interpretation sometimes led to the denial of certain statutes. A statute that pretends to be implemented must gather its basic characteristics, concepts and terminology out of the common law, which dominates it. Because of that, judicial concepts and terminology in American legislative process must be used because legislation gets its legal power through implementation by the courts. Legislator must bring himself in conformity with the courts, not vice versa. Codification by the legislation can be performed only after its necessity has been realized by the judiciary.

The institution of the judicial review shows best the influence that common law performs upon the legislation in the legal system of the USA. So, for example, if both Houses of the Congress pass particular statute, the President signs it, and it is acclaimed both by majority of public opinion and by expert judgement because of its accordance with the Constitution, the Supreme Court of the USA may on occasion of the concrete case raise the point of statute's constitutionality and declare it unconstitutional. The consequences are such that the statute is legally dead as if it had never existed, and the Congress, President and citizens find themselves powerless.

