

Радмила Васић*

ПРАВНА ДРЖАВА И ТРАНЗИЦИЈА

После пада комунистичких режима, земље централне и источне Европе наше су се пред неодложним задатком изградње државно-правних поредака на вредносно ујемељеним начелима. Модел западне либералне демократије, теоријски концептуализован као правна држава или владавина права, могућ је, пожељан и рационалан основ за аналогију. Будући да су ова друштва оштећена наслеђеним проблемима – привредно сиромаштво, култура и етничка хетерогеност, недоследност демократске културе – ваља истражити да ли се модел, обликован дужином еволуцијом, може калемити у облику који је појављен западном праксом. Остивање од модела изгледа нужно, и то у два смера: (1) потреба за успостављавањем институционалног оквира правне државе налаже ефикасност, а ова, опет, потребује извесну концепцију власити, (2) разлози социјалне несигурности и стравих уклањају се проширењем нормативне садржине устава у виду институционално гарантованих привилегија и обећања. Оба преиначења модела могу се теоријски подржати под условом да се не угрози језгро принципа правне државе – ограничење и контрола владавинеког процеса – и ако су ограничења изражања.

Кључне речи: *Правна држава. – Демократски конституционализам. – Транзиција. – Модел. – Концепт.*

Питање делотворности начина и средстава за превазилажење парламентарног стања поретка у земљама које су социјалистички режими оставили изван цивилизацијских токова, као год и формулација циљева, запосело је, са потребом за неодложним одговором, и теоријско мишљење и практично политичко деловање. И док је превазилажење стања, прелаз или транзиција, као проблем академске природе тема једнако доступна мислећем субјекту ма којој интелектуалној провенијенцији припадао, дотле је ново политичко конституисање, уз претпоставку савладаних конвенционалних истина о власти, задато онима које историјски дух означава као носиоце озбиљења социјално-историјских могућности епохе. Првима је неупоредиво лакше. Њихова теоријска извођења може пратити одобравање или оспоравање, али не и она врста одговорности за промашаје у процени којој су подложни субјекти владавине овлашћења. Ови други, пак, делујући у сфери друштвено-

* Др Радмила Васић, ванредни професор Правног факултета у Београду.

политичке праксе, сnose историјску одговорност за пројекат – државу која треба да досегне просвећену традицију, а да на том путу избегне многе замке. Најопаснију сигурно представља тоталитарни изазов. Али владавина није награда и привилегија него и терет и обавеза. Да властодршци не би изгубили свест о томе, на ту чињеницу ваља их непрекидно подсећати.

1. У протекло пола века у земљама реалног социјализма, а оне су обухватале бар половину човечанства, институционалних механизма и ванинституционалних средстава за контролу и ограничавање политичке власти од стране народа, за подсећање на то шта је њена легитимна сврха, није ни било, јер је власт дефинисана и промовисана као воља народа способна да генерише сопствени легитимитет. Народна демократија је представљала реторичку форму, саморазумљиву легитимишућу парољу, која је супституисала сваки препознатљив концепт добро уређеног друштва, што је, преведено у појмовник грађанско-либералних вредности, значило концепт институционализоване конституционалне демократије или правне државе. „Уместо већ познатог и светским искуством од два века провереног државно-правног поретка, створен је 'анти-модел' у коме је уместо 'правне државе' доктринарно конструисана и практично испробана чиста 'силничка држава' (*Machtstaat*) а уместо 'државног права' некакво 'социјалистичко право'“.¹ Идеја „одумирања државе“ заменила је идеју правне државе, док је, таквој држави примерено, социјалистичко или самоуправно право до неслућених размера и трагичних последица затрло вредност људског достојанства и слободе. Занемарујући потпуно интринсична својства и сврху власти, овај „тип“ државноправног поретка представљао је, према речима Стевана Врачара, „цивилизацијско-културну инволуцију“ и зато је повесно био осуђен на пропаст.²

Саморазарање „политичких“ заједница, у којима је слобода била само „подметнута идеолошка обмана“, обележило је последњу деценију минулог века.³ Друштвима ослобођеним од догме комунизма предстоји озбиљан, дуготрајан и нимало лак задатак изградње конституционално-демократских институција. Већина западних либерално-демократских теоретичара олако је сматрала да ће вредности етаблираних западних демократија „без тешкоћа нићи на пепелу комунизма“, али су, пред очигледним проблемима у којима су се ове земље нашле, спремни да признају своју заблуду и да јој потраже узроке.⁴ Према њиховом мишљењу, етницитет и национа-

1 С. Врачар, „Корелација 'правне државе' и 'државног права'“, у: *Правна држава. Порекло и будућности једне идеје*, Београд, Правни факултет Београд – Центар за публикације и Немачки културни и информативни центар Београд, 1991, стр. 33.

2 *Ibidem*.

3 *Ibid.*, стр. 32.

4 W. Kymlicka, „Etnički odnosi i zapadna politička teorija“, *Habitus*, mart 1999, str. 18.

лизам јесу појаве чије превирање омета процес транзиције мишљен као „калемљење“ либерално-демократског конституционалног модела на тлу недавно оспорених ауторитарних друштава.

Истина је да су ови чиниоци доминантно обележили почетак њихове нове историје. Етнокултурна хетерогеност условила је нову територијалну расподелу моћи и формирање нових држава, што је теоријској правној науци наметнуло обиље општих тема, сада смештених у нови контекст. Реактуелизацији (реафирмацији или само реинтерпретацији) понуђена су темељна питања политичке и правне теорије, као што су суверенитет, сецесија, државни разлог, федерализација и регионализација, етнокултурна неутралност државе и признање права на идентитет мањинским групама. Покрети за успостављање конституционалних демократија, којима су пут утрле још славне револуције последњих деценија XVIII века, најчешће су били здруживани са тежњом за националним осамостаљивањем, позивањем на неотуђиво право успостављања државе у националним оквирима (држава-нација). Агресивни национализам служио је као популистички прихватљиво средство легитимитета. Вољу владајуће класе заменила је, тако, воља народа-нације, па је прокламовани почетак раскида са ауторитарним поретком, са политички усмереним национализмом као антитезом, представљао тек и само његову последњу фазу.

На другој страни, у европском суседству, процеси интеграције, који све више добијају чврсте институционалне облике, смерају јединственој Европи по дефинисаним критеријумима. Формулисани европски стандарди, и супстанцијално и процедурално, артикулишу као неприкосновену заштиту личних и политичких права и слобода индивидуа. Начела правне државе операционализују се на плану који се може означити као надржавни, чиме је отпочело ново поглавље у историји идеје о ограничавању и контроли власти. Постигнута мера заштите људских права у националним оквирима добила је значај мере квалификованости за пут у европске асоцијације и солидарну будућност. С обзиром на то да су друштва у транзицији, не само између осталог већ пре свега, суочена са тешким и самостално нерешивим економским проблемима, сасвим је разумљива њихова журба да правним реформама – саображеним декларативно прихваћеним универзалним вредностима слободe и достојанства личности – заслуже економску подршку земаља из окружења.

Овај пут је бременит свакојаким реалним опасностима, па је реплика социјалне теорије неизбежна.

2. Балкански полигон је у последњој деценији показао сву неначелност спречавања или ублажавања „хуманитарних катастрофа“ и када је у питању дефинисање субјеката заштите и када је у питању примереност средстава која се у ту сврху користе.

Да би идеја о неарбитрарној власти одговорила захтевима епохе, њено оживотворење већ на самом почетку мора помирити привилеговане и непривилеговане, повлашћене и подвлашћене, једнако грађане као чланове космополиса и државе као субјекте међународне заједнице. Па иако „има мало наде за међународни поредак или трајни мир све док свака земља слободно може да користи било које мере које сматра пожељним за сопствени непосредни интерес“, предочавао је Хајек (Friedrich A. Hayek) још пре пола века, тако исто нема наде ни за међународну интеграцију саображену правнодржавним начелима све док у тој заједници једни имају виша и другачија права од других.⁵ Као што се морално становиште не може наметати силом, тако се ни највиши правни стандарди не могу примењивати пристрасно. Правда важи међу једнакима, те отуда, упозоравао је Тукидид, „јаки изнуђују онолико колико могу, док слаби добијају колико морају“. Суштина је, дакле, у томе да моћ међународне заједнице буде „стриктно ограничена владавином права чак и више него у националној сфери“.⁶ Међународна владавина права може да постане „браник против тираније државе над појединцем“ тек ако спречи исту такву тиранију моћних држава и њихових асоцијација над националним заједницама.⁷ Само под тим условом се и „помоћ“ међународне заједнице појединим државама или њиховим регионалним односима у афирмисању модерних политичких аранжмана може сматрати сврсисходном и правичном.

3. Све ово, ако је и увидела, савремена западна теорија није довољно одлучно истакла. Будући да се процеси изградње нових поредака у бившим социјалистичким земљама одвијају упоредо са формирањем наднационалних асоцијација и институција, испитивање могућности усклађивања владавинских процеса са традиционалним моделом правне државе једнако важи за оба процеса.

Као идеја, појам и минимални апстрактно-теоријски садржај, правна држава отеловљује надисторијски идеал компромиса између појединца и заједнице, индивидуалне слободе и надмоћне политичке силе. У синтагми „правна држава“ садржан је специфичан однос државе, права и појединца, али постоји и неразлучива веза између државе и права као таквих, ма ком типу поретка они припадали.

Прожимање државе и права показује се у историјској, логичкој и реалној равни. У свакој од њих манифестује се „специфично јединство“, које Врачар означава као „државно-правни поредак“, при чему је „реч 'поредак' истозначна с речју 'систем'“.⁸

5 F. A. Hayek, *Пути у ројсџиво*, Нови Сад, Global Book, 1977, стр. 314.

6 *Ibid.*, стр. 330.

7 *Ibid.*, стр. 336.

8 С. Врачар, *op. cit.*, стр. 28.

Теоријски став о државно-правном поретку као о својеврсном, у сједињавању насталом, „органону“ треба да укаже на то „да сваки историјски тип и облик државе прати и одговарајуће право“, те стога има опште важење.⁹

4. Правна држава, на другој страни, афирмише сасвим посебно „сједињавање права и државе“ одређених атрибута.¹⁰ Ово сједињавање треба разумети тако да „у државности буде што више *јравности*, али и у *јравности* што више *државности*“, нарочито због тога што у успостављању правне државе ка том циљу ваља усмеравати друштвено-политичку праксу.¹¹ Правна држава, тако, јесте „држава *ставаљена у оквире јрава, јрожећа је јравом, ја и исјунђена јравношћу*“.¹² Отуда се и у вредновању конкретне државе утврђује „да ли је и колико“ у њој „присутна баш *јравност*“.¹³ Али то нипошто не значи да су модерне ауторитарне и тоталитарне државе правне државе у назначеном смислу, без обзира на „формалну изграђеност њиховог права“.¹⁴

Као модерни израз државности, правна држава у теоријском смислу афирмише тековине правне културе, а у практичном смислу представља одговор дорастао своме времену. Према мишљењу Стевана Врачара, три су битне карактеристике овог „типа“ државе. Најпре, то је држава модерног доба, чиме се, на једној страни, показује време у коме се формирао појам правне државе и у коме је отпочело установљавање конкретних облика, а на другој страни се указује на теоријски став да је то само она држава која се усавршава пратећи могућности епохе, односно историјски развитак друштва. Даље, то је институционализована држава у којој је превазиђена „природна“ повезаност носилаца социјалне

9 Није претерано рећи да идеје окупљене у појам државно-правног поретка, ситуиран као претпоставка сваког расуђивања о држави и праву, представљају научни средо Стевана Врачара. Темље уобличавања државно-правног поретка као органског јединства државе и права Врачар је поставио у својој докторској дисертацији *Социјална садржина функције државнојравној јорейка. Размајирање о улози државе и јрава у јроцесу јолијичкој констиијисања друштва* (Београд, Савез удружења правника Југославије, 1965; и друго издање, уз две додатне расправе, Београд, Завод за уџбенике и наставна средства, 1996), да би ову поставку даље развијао и учвршћивао, користећи је доследно као методолошко начело свих својих истраживања. Тако је, на пример, први део његове књиге *Преисиијивања јравне мейодолозије. Нађовешиијаји државно-јравној иниијерализма* (Београд, „Научна књига“, 1994) насловљен као „Методолошки значај поставке о органском јединству државе и права“, уз наднаслов „Клица“, можда и програмски темље свих ауторових истраживања.

10 С. Врачар, „Мало речи о једној великој идеји у Кантовој филозофији права и државе“, у: *Прошва јроизвољности. Кантјова мейафизичка начела науке о јраву јосле два века*. Приредили Данило Н. Баста и Петер Волф, Београд, Правни факултет Београд и Гетеов институт Београд, 1997, стр. 28.

11 *Ibidem*.

12 С. Врачар, „Корелација (...)“, стр. 23.

13 *Ibid.*, стр. 22.

14 *Ibid.*, стр. 28

моћи и титулара владавинских овлашћења, успостављена хијерархијски структурисана државна организација са поделом власти и јасно дефинисаним положајем и делатношћу државних органа, у којој је правом установљена забрана злоупотребе власти, систем контроле и одговорност за причињену штету. Институционализовањем политичког живота у држави као правној организацији јасно су одељене, мада не и међусобно удаљене, јавна и приватна сфера, па тако појединац спрам власти у првој ужива правну сигурност а у другој аутономију. Напослетку, правна држава мора бити демократизована „у највећој могућој мери“, што подразумева институционализовано учествовање народа у избору државних органа, пре свега законодавног тела, и контролу њиховог рада. Битна претпоставка процеса демократизације државе, поред институционалног обезбеђивања политичког деловања народа, јесте постојање самосвесног грађанства са изграђеном политичком културом, односно цивилног друштва као аутентичне јавности.¹⁵

Приказани модел правне државе може се прихватити с малим резервама и допунама, али се у овој прилици теоријски правац који је развио идеју правне државе не може подробно представити, нити се може развити сопствено теоријско виђење овог концепта.

Истина је да се правна држава и као појам и као практична организација конкретних држава историјски развијала. Од јуридичке форме, захтева да се политичке одлуке доносе на начин права, до њеног конституционалног облика институционално ограничене државне власти и гарантованих основних права и слобода, ова идеја се у обе равни испуњавала новим садржајем, саображавајући се увек временско-просторним контекстима. Феноменолошку константу и апстрактно-теоријски минимум правне државе, према редоследу актуелизације на социјалној и теоријској сцени, чине: (а) владавина закона, као општег, формалног, рационалног и без повратне снаге правног правила, са изведеним начелима о надређености законодавне власти управној и о независности судства; (б) либералном идејом афирмисана неприкосновеност људских права и слобода; (в) уставна подела власти као посебан начин њене дистрибуције, којом се функције власти међусобно одељују, ограничавају и уравнотежавају. Ови атрибути чине нужан састојак или језгро појма правне државе и њене реализације путем устава. Када се говори о принципу правне државе или државноправном начелу, мисли се управо на овај садржај, који у појму правне државе учествује као минимални скуп обележја и као оријентација у препознавању и даљем развијању овог мисаоног концепта, обезбеђујући му континуитет.¹⁶

15 С. Врачар, „Корелација (...)“, стр. 22 и даље.

16 Е. Шарчевић, „Појам правне државе“, *Гледанија*, бр. 10–12 /1989, стр. 22–23.

Успостављајући на почетку компромис између државне суверене власти и индивидуалних слобода, ова методолошка конструкција прераста у концепт отворене и променама склоне вредносне идеје са увек истим мотивом ограничавања државне власти индивидуалним правима и слободама, којима, на другој страни, разумну границу поставља уставни разлог државе.

Ако се у обзир узме историјски развитак, извесно је да се ни појам нити реална егзистенција правне државе не могу свести на само један вид или једну епоху. Као идеја отворена према социјалним и политичким потребама (али постојано вредносно одређена!), правна држава у савремено доба треба да обезбеди не само одбрану „општег добра“ од „егоизма власти“¹⁷, већ и „повећање способности политичке заједнице“, односно увећање њене ефикасности.¹⁸ Битна карактеристика правне државе „се не састоји у томе да она везује, спречава, окива или поставља ограничења, него у томе да она путем оријентисаних институционализација отвара могућност за делање“.¹⁹ Претпоставке ове делатносне отворености савремене правне државе јесу артикулисана „воља за аутономијом“, у погледу индивидуе, а у погледу политичке заједнице, тежња да се „духовна спонтаност и креативност“ остварују као „највише јавне вредности“.²⁰ То би био историјски специфичан задатак правне државе на почетку новог века.

5. Оно што се у актуелној западној теорији критички испитује и оспорава, овде је, нажалост, тек далеки идеал. Земље ослобођене идеолошких окова комунизма налазе се у пред-политичком стању. Постсоцијалистичка друштва централне и источне Европе, дакле, тек су на почетку пута успостављања политичких односа на начин и са супстанцијом правне државе.

Следећи карактеристике модерне правне државе у Врачаревом разумевању, изгледа да режими установљени као социјалистичке или народне демократије, без обзира на другачију друштвену и историјску условљеност, спадају у архаични тип државноправног поретка. С обзиром на социјално-историјске могућности, они показују знаке декаденције, па утолико наликују творевинама предмодерних формација. Уместо институционализованих форми политичког живота, на делу је волунтаризам, арбитарност, позивање на целисходност, дискрециону процену, државни разлог и национални интерес. „Уставни нормативитет“ је у овом метежу међусоб-

17 A. Albrecht, „Правна држава“, *Гледушица*, бр. 10–12 /1989, стр. 99.

18 У. Пројс, „Улога правне државе у трансформацији посткомунистичких друштава“, у: *Правна држава. Порекло и будућности једне идеје*, стр. 65.

19 *Ibidem*.

20 A. Albrecht, *op. cit.*, стр. 99.

них односа државних органа и кризи ефективног права служио „само као идеолошки застор“.²¹ Социјалистичку уставну теорију руководио је став да устав „треба да се стара о визији, програму“ будућности и за будућност, онако како су ту будућност креирала партијска руководства.²² Прокламоване демократске вредности су се, према потреби, актуелизовале или одбацивале. Избори за представничка тела су се, додуше, организовали, са мањим или већим поштовањем оних начела која их квалификују као демократске, али је, чак и када је тако конституисана, власт превасходно настојала да своју позицију очува и увећа, занемарујући вољу грађана и брутално се разрачунавајући са њиховим протестима изазваним огољеним злоупотребима које је чинила. Тако је ауторитарна власт, појачавајући репресију, помогла формирању аутентичне јавности, рефлектованој у грађанским иницијативама, међу којима су непослушност и побуна у неким земљама значајно допринеле њеном слому.

Правна држава је, нема сумње, сврха новог политичког конституисања друштва у овом делу Европе. Успостављање односа правне државе сматра се циљем од стратешког значаја. Тај циљ је задат а не одлучен. Како за процесе преображаја ових друштава у конституционално-демократске државе нема преседана, аргумент правне државе и у практичном и у концептуалном смислу добија прворазредни значај. Без обзира на поменуте доктринарне заблуде, постулирани облик западне либерално-демократске уставне државе, са својствима редукованим у апстрактно-теоријски минимум концепта ограничене и контролисане владе, постаје у овим околностима пример за разумну аналогију.

6. Први корак у том смислу представља радикалан раскид са старим режимом и успостављање демократског основа владавине. Остаје да се размотри питање да ли начини и средства конституисања уставне демократије припадају „правнодржавним облицима“,²³ и да ли су уопште могући у њима.

Не чини се основаним да се иницијалне промене, које оглашавају почетак транзиције, означе као револуционарне. Под другачијом претпоставком, очитовао би се дисконтинуитет државно-правног поретка и поновно стварање устава *ex nihilo*. У том случају, применљиво би било Деридино (Jacques Derrida) тумачење односа силе и ауторитета кроз фигуру заснивајућег перформанса

21 С. Врачар, „Корелација (...)“, стр. 31.

22 А. Sajó, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*, Budapest, CEUPRESS, 1999, стр. 1.

23 У. Пројс, *op. cit.*, стр. 63.

и извесне, али ипак тек надолазеће, легитимишуће правде у форми устава и закона. Аналогија са успостављањем правне државе у Француској после Револуције, када „конститутивна власт креира правну државу и везује власт коју је конституисала за правила правне државе, а да им се сама при том не потчињава“, указује на то да се револуционарна промена режима не може потчинити принципима правне државе.²⁴ Промене из недавне прошлости у земљама централне и источне Европе тек да се могу сврстати у доктринарни појам револуције. Рушење ауторитарних облика владавине одиграло се у оквирима нормативних решења постојећих, или реконструисаних, нових устава, али донетих према постојећим правилима за то предвиђеним. Осим у случајевима у којима су ова социјална преламања пратиле сецесије, односно преображавање постојећих јединствених државних заједница у више мањих, државноправни континуитет остао је непрекинут.²⁵

Демократски избори, који су то били у већој или мањој мери, представљају тек прву етапу у одвијању сложеног и комплексног процеса демократизације и друштва и државе. Политички суверена и демократски представљена воља грађана правно се обликује законима, основним и обичним. Владавина закона, са изведеним начелима подређености управне власти законодавној и независности судства, поновимо још једном, новоустановљеним порецима обезбеђује форму правне државе.

7. Супрематија закона сама за себе не чини довољан квалитет правне државе, будући да је закон као техника формулисања споразума о политици индиферентан према садржини. Свака политичка одлука, сваки, па и злочиначки режим може се правно регулисати и представити као закон. Правна држава се зато даље може изграђивати само правом које ограничава државну власт – не само конституисану, законодавну и управну, него и конститутивну власт – гарантовањем неповредивости индивидуалне сфере и једнакости основних права. Подела, ограничавање и контрола власти на начин правне државе реализује се путем устава, који Карл Фридрих (Carl Joachim Friedrich) с правом уздиже до „симбола просвећене традиције“.²⁶ Разумевање смисла транзиције, ако је њена сврха успостав-

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Овде ваља правити разлику између оних држава у којима оспоравање режима није пратила и криза државе и оних у којима је државни субјективитет био доведен у питање, а међу овим другим, опет, на оне у којима је до раздруживања дошло мирним путем и оне у којима је суверенитет стицао и браћен оружјем. Поменуте околности обележавају контексте који су или погодвали процесима преображаја или су их и успоравали и отежавали.

²⁶ К. Ј. Фридрих, *Конституционализам (Ограничење и контрола власти)*, Подгорица, ЦИД, 1996, стр. 194.

љање државе са институционално тачно ограниченим моћима, поставља се отуда као централни концепт устава.²⁷

Од краја XVII и током XVIII века сматрало се да је уставотворна власт неотуђива својина народа. Истицањем у први план народа као сувереног носиоца конститутивне власти, демократске теорије потискују религијска монархистичка схватања и тако суситичу идеју правне државе у оспоравању основаности апсолутистичке власти монархове.

Уставотворна власт почива на некој врсти консензуса, сагласности или пристанка чланова заједнице, у ком смислу се воља заједнице може представити као врховна власт а конститутивни акт ове власти као огледало општег духа.²⁸ Заснивајући правни поредак, установљавајући поделу и начин вршења изведених власти, основни правни акт формира чврст оквир слободе. Ограничавајући устав на тај начин артикулише и институционализује идеју конституционализма као „посебног начина дистрибуције власти“ кроз организовање њене поделе, међусобног обуздавања и контроле зарад очувања универзалне вредности слободе.²⁹ Посредством ефективног устава, слобода појединца, природена могућност да се живот уреди према сопственим уверењима, неометано коегзистира са слободом свих. Индивидуална слобода ограничава власт, али и власт умерава слободу одговарајућим уставним механизмима који у конституционализму мире два супротна својства људске природе: потребу за заштитом личног достојанства и склоност ка увећању и злоупотреби власти.

Као нормативни (и политички) акт од прворазредног значаја за изградњу државно-правног поретка и утврђивање његовог облика, устав и у земљама посебног и привременог статуса, означеног одомаћеним изразом транзиција, остварује своје две класичне функције: прво, „санкционисање постојећег стања у друштвеном и

27 Појам устава у Врачаревој теорији државе и права рефлектује већ поменути став о јединству државно-правног поретка. Он каже да устав „једнако припада и држави и праву, тј. није постављен само у структуру државне организације или само у структуру правног система, а исто тако он једнако прати и присутан је у функционисању колико државе толико и права. Устав је подједнако уткан (...) у јединственој творевини која егзистира као државно-правни поредак“ (С. Врачар, *Преиспитивања правне методологије. Наговештаји државно-правног интелегијализма*, Београд, „Научна књига“, 1994, стр. 129).

28 И Стеван Врачар, говорећи о садржинским моментима у дефинисању устава, наглашава „спонтано дејство објективних друштвених чинилаца“ на уобличавање устава (*ibidem*). Он наглашава да „друштвена заједница одређене врсте, ступња историјског развоја и конкретних прилика не може имати било какав устав него само онај који јој одговара, који израста у склопу постојећих околности“ (*ibidem*). С обзиром на контекст владајуће теорије времена у коме је овај став формулисан, „постојеће околности“ и „конкретне прилике“ могу се уподобити објективној „вољи заједнице“, њезином „општем духу“.

29 К. Ј. Фридрих, *op. cit.*, стр. 40, 188–189.

државно-правном животу, изражавање и обезбеђење стварних односа и констелација друштвених снага, рефлектовање реално условљеног начина организовања друштвеног поретка уопште и политичког система посебно“; и друго, „постављање оквира будућег развоја, откривање и обезбеђење перспективе нужног и могућег кретања и преображаја, који се врше или непосредно доношењем уставног акта или пак путем законодавства, које увек мора бити прилагођено одређеним интенцијама устава“.³⁰ Да би успешно поставила институционални оквир за планирану реформску политику, темељита реконструкција устава мора добро да одмери и уравнотежи стварно и могућно према објективно утврђеној сврси успостављања и развијања аранжмана демократског конституционализма.

8. Ривалитет између конституционалне и народне демократије превазиђен је, данас изгледа извесно, у корист првог концепта. Ако се без подробне анализе, појмовног уобличавања и разграничавања не може прихватити став о означавању једног режима придевским паром конституционални и демократски, сигурно се не може прихватити ни концептуално сједињавање идеје ограничене владе и радикалне владавине већине у Русоовом (Jean-Jacques Rousseau) смислу. Учинци „тоталитарних демократија“ у земљама које се сада од њих мукотрпно ослобађају управо доказују немогућност коезистентног деловања већинског принципа и принципа конституционалних ограничења.

Конституционализам је своју цивилизацијску мисију у земљама западне Европе и северноамеричког континента отпочео као „аристократска тековина“ и тек се у последњем веку значајно оснажио демократским вредностима.³¹ На другој страни, државе са транзицијским програмима лакше су усвојиле установе из демократске традиције, што је разумљиво ако се у обзир узме то да власт установљена саобразно демократским процедурама може одмах рачунати на признавање легитимитета. Конституционализација ових демократија, међутим, тек предстоји или је, у најбољем случају, у току.

Популистичко гледиште према коме је већина увек у праву, подржано класичном теоријом о народном суверенитету, теоријски је аргументовано оспорена у бројним аспектима. Са становишта вредности правне државе, односно конституционалног начела ограничене владе, највећу слабост демократског режима представља могућност угрожавања, чак суспендовање права мањине. У односу на инхерентно својство власти да неспутана квари оне који је поседују, не успоставља се изузетак ни када је у питању власт народа. Они, пак, којима се управља тешко могу умаћи тиранији и

³⁰ С. Врачар, *Преиспитивања* (...), стр. 131.

³¹ К. Ј. Фридрих, *op. cit.*, стр. 56.

деспотизму својим сопственим снагама све док се концентрисаној, макар и демократски изабраној, власти не супротставе институционализовани правни механизми ограничавања и контроле, укључујући и процедуре легитимног оспоравања. Успостављањем система „теже и противтеже“, вајаног и усавршаваног вековима, штите се од могућег преиначења, укидања и селективног признавања индивидуална и колективна мањинска права. Слобода има врховну вредност и зато у конституционалним демократијама мора уставом бити гарантована појединцима и њиховим заједницама без обзира на то да ли припадају мањини или већини. И као год што „ништа није суштински исправно, осим и док није одобрено од стране значајне већине“, тако исто се исправност политичких одлука већинске воље може верификовати тек једнаким статусом основних права припадника мањине.³² Отуда је Карл Фридрих у праву када нас подсећа да „већине нису непогрешиве ништа више од обичних људи од којих се оне састоје“ и да су „због тога (...) уставна обезбеђења неопходна“.³³

9. Предочено подсећање, узето само за себе, пати од озбиљног недостатка да понавља одавно установљене истине окупљене у препознатљиве теоријске концепте либерализма, правне државе, демократије и конституционализма. Па опет, поменути концепти и праксе које дефинишу, мора се признати, пожељан су и могућ модел за посткомунистичка друштва. Режим уставом ограничене владе једини је рационалан план за утемељење државно-правног поретка под насловом гарантованих индивидуалних права. Остаје још да се размотри и докаже да ли конвенционално појмљени модели трпе какве промене специфично везане за другачије околности у којима се још нису опробали.

Но пре тога ваља одговорити на већ постављено питање о томе могу ли се иницијалне промене квалификовати као сагласне са начелима правне државе, односно да ли правна држава делује као организациони принцип политичке промене режима и успостављања нових конституционалних облика. Пројс (Ulrich Preuß) објашњава да се „*теоријски* (...) иза овог питања крије проблем да ли правна држава може саму себе да конституише и обнавља, или зависи од услова који претходе правној држави, који су изван ње или су чак и у супротности са правном државом“.³⁴ Тако, на пример, увођење приватних својинских односа и тржишне привреде, што је услов *sine qua non* преображаја у конституционалну демократију либералног типа, захтева читав сет закона који се тичу,

³² *Ibid.*, стр. 77.

³³ *Ibidem.*

³⁴ У. Пројс, *op. cit.*, стр. 63.

између осталог, укидања државне или друштвене својине правичном и разумном политиком приватизације, што подразумева и денационализацију, односно реприватизацију. Заправо, реформска политика се овде налази пред поларизованим, али једнако валидним, интересима којима се не може истовремено удовољити. На једној страни су разлози правне државе и правичности, а на другој потребе политичког утилитаризма и ефикасности. Делегитимисање државне својине може се извршити реприватизацијом, тј. враћањем својинских овлашћења пређашњим носиоцима, или, пак, приватизацијом од стране оних чија инвестициона улагања обећавају најефикасније коришћење и унапређивање постојећих ресурса.

Очигледно је да се прва мера не може спровести без ретроактивности закона који би је увео у правни живот, што је у супротности са умно појмљеном владавином закона као изворним начелом правне државе. Аргумент правичности, са своје стране налазе *suum quique tribuere*. Овде се, дакле, „само право – правнодржавна забрана ретроактивности закона – супротставља жељи за ретроактивном правичношћу“.³⁵ Другим речима, чак и када су у питању само правна начела, њима подржане вредности могу доћи у сукоб. Потребне привредне ефикасности и убрзана реформа, опет, могу се задовољити већ опробаним средствима либералне правне државе, али би у том случају будућност била оптерећена неисправљеном неправдом из прошлости. Здравом разуму може изгледати апсурдно, али теоријскоправној аксиологији неће бити страном што се дилема између исправљања институционалне неправде и одржавања социјалног *status quo*-а, појављује као питање избора између операционализованих вредности правде и мира.

Сва је прилика да ће избор између више могућности сугерисати број оштећених. Уколико тај број није велик, ретроактивна правда не би значајно успорила темпо реформи нити њихову ефикасност. Али такво решење било би руковођено начелом економичности а не правичношћу. Овај пример показује да се практичне мере које се предузимају у процесима прелаза или транзиције са социјалистичког на тржишно привређивање не могу, бар не све, руководити правнодржавним начелима.

Историјски се правна држава инсталирала укидањем правоваљано стечених сталешких права, па се на исти начин и у посткомунистичким друштвима изградња институција правне државе може одвијати на начине који нису својствени правној држави, али

³⁵ *Ibid.*, стр. 64.

само у оној мери у којој је суспензија, на ранијим законима заснованих, индивидуалних права нужан услов њеног успостављања.³⁶

10. Ово запажање уводи нас у други круг артикулације одговора на постављено питање о контекстуалној условљености и могућним и нужним преиначењима садржаја појма правне државе када су у питању друштва у статусу транзиције.

Општепознато је да су се конструктивна начела правне државе и владавине права теоријски практично развијала и унапређивала постепено вековима. На том путу, стандарди су се садржински повезивали са новим вредностима, саобразно променама социјалних претпоставки и искуствима из других окружења. У својој укупности, ова еволуција може се квалификовати као историјски напредак, који је, са своје стране, пре или после свега, усталио теоријско исходиште легитимитета. Пошто у земљама централне и источне Европе социјални институционални услови за инсталирање аранжмана правне државе још нису доспели, а потреба за променама изгледа неодложна, следи парадоксална импресија да правна држава у посткомунизму, истовремено са обезбеђивањем механизма за заштиту индивидуалних права, мора да обезбеди услове за своје сопствено конституисање, аналогне претпоставкама уприличеним путем „пред-правнодржавних“ снага социјалног поретка. Отуда прво одступање од теоријског модела ограничене владе представља извесно релативизовање начела поделе власти. Да би се обезбедила „средина“ и „оквир“ за овакву творевину, којима припада и без којих не може опстати“, па ни постати, извесна концентрација власти у постауторитарној држави чини се нужном.³⁷ Могућност, свеобухватност и брзина превладавања наслеђених пре-модерних односа зависе поглавито од ефикасности власти. Захтеве за признањем статуса етнокултурним ентитетима у хетерогеним заједницама, истовремено са тражењем да се правом подржи национални идентитет (већинске нације), остваривање социјалног старања, уз императивно прихватање деловања закона тржишне економије, најхитније су потребе, и генератори могућне кризе, које ваља и задовољавати истовремено и без обзира на колизију. Решавање нимало лаког задатка, уз то, ваља окружити атмосфером отвореног друштва, јер су његови актери функционални носиоци ових процеса и промотери задржаног (постизборног) легитимитета.

³⁶ Али историја познаје и други начин, којим се, уз примерену накнаду или обештећење за штету учињену одузимањем права, одговорност државе, без обзира на моралне, економске или политичке разлоге, успоставља као њен правни принцип. Према речима Улриха Пројса, овај начин јесте пример за „правнодржавно кроћење револуције“ (*Ibid.*, стр. 69).

³⁷ С. Врачар, „Корелација (...)“, стр. 29.

У односу на модел либерално-конституционалне правне државе, новоустановљени режими потребују извесно сажимање власти како би се држава усредсредила и на оне делатности које не спадају у класичну функцију државе овога типа: (а) да би превазишла кризу и спречила повратак на старе форме централистичког етатизма; (б) да би консолидовала и политички интегрисала друштво оптерећено економским, културним, регионалним, етничким и верским супротностима и сукобима; (в) да би обезбедила постојање и функционисање политички неконтролисане цивилне сфере друштва.³⁸ Друго преиначење, делимично у вези са првим, тиче се увећања нормативног садржаја устава. Иако је правна држава опредељена политиком дерегулације, како би – у складу са изворним либералним начелима, али и са императивом модерности за увећањем способности политичке заједнице – било омогућено неспутано развијање колективних и индивидуалних потенцијала и у што већој мери спонтано задовољавање потреба и интереса, држава у транзицији проширује каталог уставом утврђених и заштићених права. У питању су „институционално гарантоване привилегије“ или „институционалне гаранције“ са садржином социјалних права, али и обећања у позајмљеној форми права.³⁹ У либерално-конституционалну слику поретка сада се, дакле, уводе инструменти социјалне државе, са сврхом умиривања напетости између правне једнакости и сигурности, на једној страни, и стварне, социјалне неједнакости и несигурности на другој страни. Осећању несигурности доприносе мере реформи са искуству непознатим последицама, што се може преобразити у постојан извор страха, неповерења и отпора.⁴⁰ Удовољавање логици тржишног привређивања и потреби за ефикасношћу политичког система балансира се уставним обуздавањем „појавних облика страха“.⁴¹ Новоконституисана власт мора придобити поверење, сагласност и одобравање заједнице, па је у том контексту неопходно савладавање неизвесности и сопствене збње у односу на „(обнову) ауторитарне власти“ или „економски и социјални колапс“, уступцима што их инструментализује устав.

11. Предстоји још једно, закључно и, са становишта теоријске државноправне науке, најважније испитивање: Може ли се преиначење модела правне државе у условима постауторитарног успостављања конституционалне демократије теоријски прихватити,

38 У том смислу: У. Пројс, *op. cit.*, стр. 62, 65–66; Н. Димитријевић, „Уставна демократија, или како спречити владавину народа“, *Хабитус*, бр. 2, стр. 36–37 и даље.

39 Н. Димитријевић, *op. cit.*, стр. 37, и посебно напомена бр. 6.

40 „Овакве институционалне гаранције“ – предочава Ненад Димитријевић – типичне су за контексте „који су обележени политичким страхом“ (*ibidem*). О значењу страха за концептуализацију устава види: А. Сајб, *op. cit.*, pp 1–48, Chapter 1: The Constitution as Fear and Acceptance.

41 *Ibidem*.

образложити и редизајнирати формулацијом теоријског става о социјално-историјски специфичном (контекстуалном) садржају овог појма? Афирмативан одговор налажу претходна разматрања, уз извесна ограничења која су имплицитно у њима садржана, али која ваља учинити јасним.

Постепено развијање идеје и праксе добро уређеног либералног друштва, са акцентом на компромису између индивидуалне слободе и политичког ауторитета мотивисаног обуздавањем овог потоњег, обележиле су, извесно на почетку, специфичне датости земаља у којима су се процеси конституционализације одвијали. Обликовање и праксе и концепата вршило се као спонтана еволуција у виду одговора на конкретне ситуације за које су ови нудили решења. Повезивање интерних пракси, обједињавање појединачних достигнућа, космополитизација њихова ако није претерано рећи, оплодило се на екстерном плану, дефинисаном као европски и англоамерички либерални покрет, у онтолошки концепт универзално *добро̄*.⁴² Контекстуалне садржине *Rechtsstaat*, *Rule of Law*, *due process of law i séparation des pouvoirs* могућно је објединити и интегрисати у теоријску матрицу правне државе а да се не оповргну специфичности које су их условиле и које ће их и даље обликовати. Капацитет појма правне државе као отворене и вредносно утемељене идеје, уз границу коју постављају дефинисани теоријски минимум или феноменолошко језгро, чини га способним да у посткомунистичким режимима прихвати околности које налажу одступање од модела. Као год што је садржина изворног појма правне државе у времену „екстериторијализована“, тако исто се његово, научним консензусом издвојено и интегрисано, језгро може „територијализовати“ и учинити пријемчивим за окруживање, релативизовање и модификовање специфичностима простора и епохе.

Одступање од начела поделе власти представља веома ризичан подухват са познатим импликацијама. Јер, како је то формулисао Улрих Пројс, подела власти представља „крунски драгуљ“ добро уређене политичке заједнице.⁴³ „Нормативно обезвређивање устава“⁴⁴ може имати рђаве последице по људску слободу, што цео концепт правне државе доводи у питање, будући да слобода чини „теоријски полазну тачку, легитимишућу основу и циљ“⁴⁵ овако дефинисане политичке владавине. Само на први поглед и

42 О концепту *добро̄* у овом контексту, види: Н. Димитријевић, *op. cit.*, стр. 36, и посебно напомена бр. 2: „Ово наравно не значи да све земље на свету требају да – као услов нормативног разликовања између исправног и погрешног – прихвате демократски конституционализам. Другим речима, не желим да негирам како у неким земљама специфичан концепт *добро̄* може да надјача захтев за универзалним *правом*. Једноставно тврдим да у таквим случајевима нема пуно смисла користити категорије конституционализма и уставне демократије.“

43 У. Пројс, *op. cit.*, стр. 65.

44 Н. Димитријевић, *op. cit.*, стр. 38.

45 У. Пројс, *op. cit.*, стр. 65.

неупућеном може изгледати да проширивање нормалне садржине устава новим правима јесте позитиван прилог гарантовању универзално прихваћене вредности слободе. Са становишта правнополитичке и уставне теорије, ствари стоје другачије. Релативизовањем границе између основних права и институционализованих привилегија, примат основних права се губи, а цео напор социјалног дискурса да ову категорију учини темељом либералног конституционализма – обезвређује.⁴⁶

Између принципа, који чини константу модела, и захтева за ефикасношћу, који припада контексту, ваља успоставити рационалан, али и научно утемељен однос.

Два се ограничења, у том смислу, морају поставити транзицијском диктуму за ефикасношћу. Ако се на уму има чињеница да је могућна злоупотреба стални пратилац владавинских процеса, те да се, под плаштом „тиранског изговора“, краткотрајне користи лако могу преобратити у погубне и тешко исправљиве грешке, онда одступање од модела, зарад савлађивања препрека које стоје на путу његовој имплементацији, мора бити временски ограничено и оправдано. Разумевање предочених, и у односу на модел измењених, дејстава државе у транзицији аналогично се може повезати са фигуром државног разлога или, у терминологији коју употребљава Карл Фридрих, „уставним разлогом државе“. Неконвенционално делање нормативних носилаца државних функција биће легитимно ако је сразмерно постизању сврхе, и то онолико дуго колико преображајне потребе управо те циљеве маркирају као примарне, а реформска политика као још нереализоване. Даљим ишчитавањем утврђеног смисла може се додати да „права“ лабављења аранжмана поделе власти и нормативног оптерећивања устава не постоје као оригинална и самостална, већ као ситуациона или околностима изазвана *стања* државних функција, појединачно и међусобно. Она, уз то, морају бити оправдана, али сада не више с обзиром на реалне потребе него са становишта теоријски утврђених могућности концепта.

Рационалним интересима могућно је признати примат ограниченог трајања само ако средства и начини којима се задовољавају не запрете обесмишљавањем принципа ограничене владе. „Императиву ефикасности“, према речима Ненада Димитријевића, не може се признати „самосталан значај у владавинском процесу“, већ се легитимност „може признати само захтеву за ефикасношћу ограничене владе“.⁴⁷ Најзад, као год што модел на универзалан начин квалификује позиционирање политике у границе права, тако исто се и његово преиначење доктринарно може подржати прихватањем ефикасности тек у границама легитимитета.

46 Н. Димитријевић, *op. cit.*, стр. 38.

47 Н. Димитријевић, *op. cit.*, стр. 37 и даље.

Radmila Vasić*

THE RULE OF LAW AND TRANSITION

Summary

Following the collapse of communist regimes, the Central and Eastern European Countries faced an urgent task of building their own systems upon value-based principles. Some Western liberal theorists were of the opinion that the rule of law would spontaneously emerge from the ruins of communism, but they have been proved wrong by the circumstances and processes of strenuous overcoming of both inherited and new problems. The process of catching up with the requirements of the new era was slowed down primarily by ethnic cultural demands in heterogeneous societies. The model of Western liberal democracy, theoretically conceived as the rule of law, makes a possible, desirable and rational basis for analogy. Minimal abstract and theoretical contents of the model, its core or phenomenological constant consists of: (1) the rule of law, (2) indisputability of basic rights and liberties, and (3) the distribution of power. Having in mind that post-communist societies are burdened with inherited problems, pushed aside and left unsolved for decades, including economic poverty, cultural and national heterogeneity, lack of democratic culture, it still remains to be seen whether the model shaped through a long and slow evolutionary process can be applied in its approved form. Departure from the model seems to be inevitable, and it goes in two directions: (1) the need for an institutional framework of the rule of law demands efficiency, which itself requires certain concentration of power; (2) reasons for social insecurity and fear are curbed through the enlargement of the normative contents of the constitution in the form of institutionally guaranteed privileges and promises. Both changes are theoretically sustainable unless they jeopardize the core principles of the rule of law – institutional limitations and control of government – and if they are of limited duration.

Key words *The rule of law. – Democratic constitutionalism. – Transition Model. – Context.*

Radmila Vasić**

L'ETAT DE DROIT ET LA TRANSITION

Résumé

Après la chute du régime communiste, les pays d'Europe centrale et orientale se sont trouvés confrontés à la nécessité d'entreprendre sans délai la construction de leurs propres systèmes, fondés sur des principes ayant déjà prouvé leurs valeurs. Certains théoriciens libéraux occidentaux pensaient que

* Radmila Vasić, Ph.D., Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade.

** Dr Radmila Vasić, professeur extraordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

le règne du droit allait s'ériger spontanément sur les vestiges du communisme, mais les événements et les difficultés rencontrées par ces pays, qui devaient simultanément affronter et résoudre des problèmes actuels, mais aussi ceux hérités de l'ancien système, leur ont donné tort. Les efforts visant à répondre aux exigences du monde moderne ont été avant tout ralentis par d'autres exigences de nature ethnoculturelles du fait du caractère hétérogène de leur société. Le modèle de la démocratie libérale occidentale, théoriquement conceptualisé par la notion d'Etat de droit ou de règne du droit, offre une base possible, souhaitable et rationnelle pour établir une analogie. Le contenu minimal abstrait et théorique de ce modèle, son noyau ou constante phénoménologique inclut: (1) le règne des lois, (2) l'inviolabilité des droits et des libertés fondamentales et (3) la séparation des pouvoirs. Compte tenu que les sociétés postcommunistes sont entravées par des problèmes hérités du passé, qui plus est, non résolus et refoulés pendant des décennies – pauvreté économique, aspect hétérogène de leur culture et du sentiment d'identité nationale, manque de culture démocratique – il conviendrait d'examiner si un modèle, résultant d'une longue évolution progressive, peut être „ greffé “ sous sa forme confirmée. Un certain éloignement du modèle semble inévitable, et ce sur deux points: (1) l'établissement indispensable du cadre institutionnel de l'Etat de droit exige une action efficace qui réclame, à son tour, une certaine concentration du pouvoir; (2) les causes de l'insécurité sociale et de la peur ne peuvent être atténuées qu'en élargissant le contenu normatif de la Constitution sous forme de privilèges et promesses garantis par les institutions. Ces deux adaptations peuvent être soutenues sur le plan théorique si elles ne portent pas atteinte au noyau même du principe de l'Etat de droit – la limitation institutionnelle et le contrôle du processus du gouvernement – et si elles ont une durée limitée dans le temps.

Mots – clés: *Etat de droit. – Constitutionnalisme démocratique. – Transition. – Modèle. – Contexte.*

Radmila Vasić*

RECHTSSTAAT UND TRANSITION

Zusammenfassung

Nach dem Fall der kommunistischen Regime standen die Länder des Mittel- und Osteuropas vor einer dringenden Aufgabe der Bildung eigener Ordnungen auf wertbegründeten Grundsätzen. Einige westliche Liberaltheoretiker waren der Ansicht, dass die Herrschaft des Rechts ganz spontan aus Trümmern des Kommunismus erwachsen wird, aber die Umstände im Prozess der schwierigen Überwindung von geerbten und aktuellen Problemen haben das widerlegt. Das Schritthalten mit Aufforderungen der modernen

* Dr. Radmila Vasić, Professor an der Juristischen Fakultät in Belgrad.

Zeit wurde vor allem durch ethnokulturelle Anforderungen in heterogenen Gesellschaften verlangsamt. Das Modell der westlichen liberalen Demokratien, theoretisch als Rechtsstaat oder die Rechtsherrschaft konzeptualisiert, ist eine mögliche, wünschenswerte und rationelle Analogiegrundlage. Den minimalen abstrakt-theoretischen Inhalt des Modells, sein Kern oder seine phänomenologische Konstante bilden: (1) Herrschaft des Gesetzes, (2) Unberührtheit der Grundrechte und –Freiheiten und (3) Gewaltenteilung. Da die postkommunistischen Gesellschaften mit geerbten, jahrzehntelang ungelösten und unterdrückten Problemen – wirtschaftlicher Armut, kultureller und nationaler Heterogenität, Mangel an demokratischer Kultur – belastet sind, so gilt es zu untersuchen, ob das Modell, gebildet im Laufe einer langdauernden und allmählichen Evolution, in der bestätigten Form zu "veredeln" ist. Das Zurücktreten vom Modell erscheint als notwendig, und zwar in zwei Hinsichten: (1) das Bedürfnis nach der Bildung des institutionellen Rahmens des Rechtsstaates verlangt Effizienz, und diese ihrerseits bedarf gewisser Machtkonzentration; (2) die Gründe für soziale Unsicherheit und Angst werden durch Erweiterung des normativen Inhalts der Verfassung in Form von institutionell garantierten Privilegien und Versprechen im Zaum gehalten. Die beiden erwähnten Abänderungen können theoretisch unterstützt werden, insofern sie den Kern des Grundsatzes des Rechtsstaates – institutionelle Hemmung und Kontrolle des Machtausübungsprozesses – nicht gefährden und insofern sie von beschränkter Dauer sind.

Hauptwörter: *Der Rechtsstaat. – Der demokratische Konstitutionalismus. – Die Transition. – Das Modell. – Der Kontext.*