
УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ ИЗ 2006. ГОДИНЕ И НАЧЕЛО ПРАВНЕ ДРЖАВЕ – МИТ ИЛИ ИСТИНА?*

УДК 342.4(497.11)“2006“:321.01

Оригинални научни рад

Драгутин Аврамовић
Правни факултет, Универзитет у Новом Саду

С а ж е т а к

Мада се појмови правне државе и владавине права данас углавном сматрају синонимима, у раду се указује и на неке њихове суштинске разлике, имајући у виду вредносно оптерећење појма и концепта владавине права. Након компаративне анализе великог броја европских устава у којима је конституционализовано начело правне државе (владавине права), установљено је да највећи број европских земаља усваја концепт *правне државе*, док су у мањини државе (бивше југословенске републике, осим Словеније) које полазе од *владавине права* као основа државног устројства. Тај термилошки манир на просторима некадашње Југославије вероватно представља данак олаком или политички жељеном преузимању овог правног института из угледних европских устава, као и последицу недовољно опрезних правних транспланата. Наиме, у званичним преводима европских устава на енглески језик скоро без изузетка се термин правна држава преводи појмом владавина права – *rule of law*. Аутор анализира око 20 устава европских држава и долази до закључка да се у великој већини њих, на изворним језицима тих земаља, у њиховим уставима користи термин који и лингвистички одговара појму правна држава, а не појму владавина права. То није случај са Уставом Републике Србије из 2006. године.

У раду аутор критикује решење и начин на који је у Србији

* Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта које финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (бр. 179045).

2006. године конституционализовано начело владавине права. Поред непотребно честог позивања на владавину права, уз беспотребно оптерећивање нормативног текста набрајањем и објашњавањем принципа владавине права, наш уставотворац се некритички приклања распрострањеној, у основи универзалистичкој (либералној) верзији владавине права, која је бар могла делимично да се прилагоди друштвеним специфичностима Републике Србије.

На крају, аутор се залаже за уставно прихватање начела правне државе које је много ближе уставном идентитету Републике Србије, односно правној традицији на којој он почива.

Кључне речи: Устав Републике Србије, правна држава, владавина права, упоредна уставна анализа, решење *de lege ferenda*, правни трансплант

1. Правна држава и владавина права – од појмовне сличности ка суштинском разликовању

Већ сам назив овог рада, а пре свега његова основна премиса, могли би да створе извесну забуну. Наиме, читалац на први поглед очекује да ће и овде бити речи о правној држави, њеним основним принципима и начину њиховог нормативног успостављања у нашем уставу. Међутим, оно што може на први поглед изазвати изненађење јесте запажање да правне државе у нашем уставу нема!

Наиме, уставотворац је пошао од једног нама у основи прилично страног концепта, концепта владавине права (зачудо исто је поступио и уставотворац 1990. године).¹⁾ Многи би рекли да је разлика незнатна, те да се ради о два сродна идејна решења и два појма који се данас сматрају синонимима, што и није потпуно нетачно.²⁾ Међутим, поред институционално-историјских разлика које несумњиво постоје између ове две доктрине које почивају на две правне традиције, постоји и једна суштинска разлика. Мада се појам правне државе и теоријски и практично скоро увек формули-

1 Видети преамбулу и чл. 1 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990. Ипак, у том Уставу се није елаборирао концепт владавине права и утолико се мање рефлектовао контрапункт појмова правна држава и владавина права.

2 Видети: Danilo Zolo, „The Rule of Law: A Critical Reappraisal“, *The Rule of Law – History, Theory and Criticism* (eds. Pietro Costa, Danilo Zolo), Springer, Dordrecht, 2007, стр. 3–73.

ше као један формално-материјални концепт, исто као и владавина права, историјско оптерећење овог концепта и даље постоји.³⁾

Правна држава се и данас углавном доживљава, нарочито из угла англоамеричких правника, као један позитивистички концепт, празна љуштура без садржаја.⁴⁾ Овај појам се и даље сагледава као више формални, десупстанцијализовани, строго процедурални (као *state rule through law* односно *rule by law*). Како истиче Розенфелд: „Држава владавине кроз право (*state rule through law*) би био много бољи израз на енглеском језику за правну државу (*Rechtsstaat*) него владавина права (*rule of law*)“.⁵⁾ На сличан начин и Таманаха види у основи правну државу као најтању формалну верзију владавине права, као владавину путем права и кроз право, што је карактеристика сваке модерне државе.⁶⁾ Чини се да и даље међу англоамеричким теоретичарима постоји стрепња од Келзенове тврдње да свака држава може бити правна уколико поседује правни поредак без обзира на садржину.⁷⁾

3 О разликама између ова два учења видети више: Драгутин Аврамовић, „Владавина права и правна држава – истост или различитост?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, бр. 3/2010, стр. 421–437.

4 Видети на пример: Michel Rosenfeld, „The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy“, *Southern California Law Review*, University of Southern California Law School, Los Angeles, No. 5/2001, стр. 1318–1330; Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, стр. 92.

5 Michel Rosenfeld, „The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy“, нав. дело, стр. 1319.

6 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, нав. дело, стр. 92.

7 „А тада се покушај да се држава легитимира као правна држава открива као потпуно неподобан, пошто свака држава мора да буде правна држава: ако се под ‘правном државом’ подразумева држава која ‘има’ правни поредак. Јер, не може постојати држава која нема или још нема правни поредак, пошто је свака држава само један правни поредак. Што не представља никакав вредносни суд. Тај појам правне државе не сме се, наравно, побркати са оним који значи правни поредак сасвим одређене садржине, наиме, такав који показује извесне институције као што су слободе и права, гаранције за саображеност праву органа – функција и демократске методе стварања права. Само у једном тако уобличеном систему норми видети ‘истински’ правни поредак, то је природноправна предрасуда“, Ханс Келзен, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998, стр. 82. Слично становиште се среће и код Шмита: „Реч ‘правна држава’ може значити толико различитих ствари као и сама реч ‘право’, а осим тога и толико различитих ствари као што су организације које су наговештене речју ‘држава’. Постоји феудална, сталешка, грађанска, национална, социјална, даље: природноправна, умноправна, историјско-правна држава. Схватљиво је што пропагандисти и адвокати свих врста радо за себе претендују на ту реч како би противника дифамирали као непријатеља правне државе“, Карл Шмит, „Легалност и ле-

С друге стране, владавина права се и даље сматра као материјални, садржински, вредносно испуњени појам, који представља саму срж „праведног“ друштва. Како Хајек истиче „владавина права није владавина закона, већ владавина по праву, метаправна доктрина или политички идеал“.⁸⁾

Да ли је и нашег уставотворца руководило ово разликовање када је прихватио да државу устроји на једном у основи страном, *common law* концепту? Да ли владавину права можда сматра супериорнијим моделом? Или је можда у питању распрострањеност и општеприхваћеност енглеског језика у коме се правна држава (*Rechtsstaat*) редовно (чак и званично) преводи као владавина права (*Rule of Law*)? Или је до тога дошло, пак, због процеса глобализације и ширења либерализма, који постаје владајућа идеологија на мапи света, чији је *alter ego* принцип владавине права? А можда су понекад у питању тек само помодарски правни транспланتي?

2. Упоредноправни осврт на конституционализовање начела правне државе (владавине права)

У упоредној европској уставности су присутна различита решења. Мали број устава уопште не помиње ни правну државу ни владавину права (аустријски, француски, италијански).⁹⁾ Ваљда је разлог томе чињеница да ове државе сматрају себе већ традиционално правним државама, у којима је конституционализовано начело правне државе, па не виде потребу да ту чињеницу посебно наглашавају у самом уставном тексту.

Највећи број европских устава своје државе на различите начине утемељује као правне (Немачка, Русија, Швајцарска, Шпанија, Португал, Чешка, Словачка, Пољска, Мађарска, Румунија, Бугарска, Грчка, Албанија).

Основни закон Федералне Републике Немачке правну државу помиње на три места у уставном тексту. Прво, у чл. 16

гитимност“, у: *Норма и одлука – Карл Шмит и његови критичари* (превод Данило Баста), Филип Вишњић, Београд, 2001, стр. 310.

8 Фридрих Хајек, *Политички идеал владавине права*, Школска књига, Загреб, 1994, стр. 47.

9 *Österreichische Bundesverfassung, Constitution de la République française, La Costituzione della Repubblica Italiana*, оригинални текстови поменутих устава су доступни на: Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

који се односи на држављанство и поступак екстрадиције у ст. 2 стоји да ниједан Немац не може бити изручен иностраној земљи, осим уколико се то законом дозволи за изручења у земље чланице Европске уније или за изручења међународном суду, под условом да су испоштовани принципи правне државе (*soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind*). Друго, у чл. 23 који носи назив Европска унија – Заштита основних права – Принцип супсидијарности, у ст. 1 се истиче учешће Немачке у развоју Европске уније која је посвећена демократском, правно државном (*rechtsstaatlichen*), социјалном и федералном принципу и принципу супсидијарности и која гарантује ниво заштите основних права у основи упоредив са оним који је постигнут Основним законом. На крају, у чл. 28, ст. 1 је прописано да се уставни поредак у федералним јединицама мора прилагодити принципима републиканске, демократске и социјалне правне државе (*Rechtsstaates*), у оквиру значења овог Основног закона. Међутим, у енглеским преводима немачког устава се на овим местима користи термин *rule of law*.¹⁰⁾

Устав Руске Федерације на само једном месту помиње правну државу. Наиме, у чл. 1, ст. 1 се дефинише Руска Федерација – Русија као „демократска федерална правна држава (*правовое государство*)¹¹⁾ са републиканским обликом владавине“. Интересантно је указати на чињеницу да се у енглеским преводима руског устава на два места потпуно погрешно помиње и употребљава термин *rule of law* (чл. 72, ст. 1, тач. б и чл. 114, ст. 1, тач. ф(е)).¹²⁾ Наиме, на ова два места у оригиналном тексту руског устава се користи термин *обеспечение законности*, што би значило обезбеђење законитости (чак не би могло значити ни правна држава), а никако владавина права!¹³⁾

10 *Basic Law for the Federal Republic of Germany, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Видети енглеску и немачку верзију текста устава на: Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, приступљено 10/01/2017

11 У енглеским верзијама текста Устава Руске Федерације (*Constitution of the Russian Federation*) се *правовое государство* неадекватно преводи као *law-governed State* (Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017), односно као *law-bound State* (Internet, <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, 10/01/2017).

12 Видети енглеске преводе Устава Руске Федерације (*Constitution of the Russian Federation*) који су доступни на веб страници: Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017 Internet, <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, 10/01/2017

13 Видети оригинални текст Устава Руске Федерације (*Конституцию Российской Федерации*) који је доступан на веб страници: Internet, <http://www.constitution.ru/>; 10/01/2017.

Устав Швајцарске међу општим одредбама посебан члан устава (чл. 5) посвећује правној држави. Већ сам назив овог члана ствара велике језичке недоумице. Наиме, у енглеском преводу, за који се експлицитно наглашава да није званични, јер енглески језик није званични језик Швајцарске, чл. 5 носи назив *Rule of Law*. Међутим, на званичним језицима, верзије назива чл. 5 Устава се прилично разликују. У верзији на немачком језику рубрум чл. 5 носи назив *Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns*, у верзији на француском језику *Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit*, док у италијанској верзији наслов чл. 5 гласи *Stato di diritto*.¹⁴ Члан 5 Швајцарског устава гласи: „Све активности државе су засноване на праву и ограничене правом. Државне активности морају бити спровођене у јавном интересу и бити пропорционалне задатим циљевима. Државне институције и приватна лица поступају у складу с начелом савесности и поштења. Конфедерација и Кантони поштују међународно право“.

У Уставу Шпаније је већ из саме преамбуле јасно опредељење да се Шпанија установи као правна држава (*Estado de Derecho*). Међутим, оно што чуди јесте паралелна, чини се и недоследна употреба и термина владавине права (*imperio de la ley*). Тако се у преамбули истиче да шпански народ изражава своју вољу да, између осталог: „Установи правну државу која обезбеђује владавину права као израз народне воље“.¹⁵ Оваква формулација ствара не само недоследност, некакво имплицитно изједначавање та два појма, него и потпуну забуну око њихових могућих значења. У чл. 1 се поново истиче да се Шпанија установљава као социјална демократска правна држава, за шта се поново у енглеским преводима користи нетачан превод *rule of law*. То је последње место у Уставу на коме се шпански термин за правну државу употребљава. Међутим, у енглеским преводима уставног текста се потпуно ван значења и смисла погрешно и слободно на два места (чл. 9, ст. 3 и

14 Различите верзије превода Устава Швајцарске (*Federal Constitution of the Swiss Confederation, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Constitution fédérale de la Confédération suisse, Costituzione federale della Confederazione Svizzera*, су доступне на веб страници: Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

15 „Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular“ („Consolidate a State of Law which ensures the rule of law as an expression of the popular will“). Верујем да је ово место преводиоцима уставног текста на енглески језик створило посебан језички проблем, из кога, чини се, нису баш успешно изашли. Оригинални текст Устава (*Constitución Española*) и енглески превод (*Spanish Constitution*) су доступни на веб страници: Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017; Internet, <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf>, 10/01/2017

чл. 106, ст. 1) користи термин *rule of law*. Осим у преамбули, шпански термин којим се обележава владавина права се користи на још једном месту у Уставу. Наиме, у чл. 117, ст. 1, у коме се говори о судској власти, сталности, независности и одговорности, подвлачи се и њена подређеност владавини права. У енглеским верзијама текста се још на два места (чл. 124, ст. 1 и ст. 2) помиње термин *rule of law*, опет неадекватно, као синоним за начело законитости (*la legalidad*).

Устав Португала државу установљава као правну државу и не прави термилошку конфузију са владавином права као у шпанском случају. Наиме, већ у преамбули Устава, као и у чл. 2 који и носи такав назив Португал се устројава као демократска правна држава (*Estado de direito democrático*). Посредно, уставно одређење Португала као демократске правне државе се јавља и у чл. 7, ст. 6 (који се тиче међународних односа), у чл. 8, ст. 4 (који се тиче примене међународног права), као и у чл. 9, ст. 1, тач. б (који се односи на основне циљеве државе). Мимо тога, у оригиналном тексту Устава нема више речи о правној држави. Међутим, у енглеском преводу Устава, поред наведених места, која се непримерено преводе као *rule of law*, термин *rule of law* се користи и на још неколико места при чему се њиме обележава демократски легалитет (*a legalidade democrática*).¹⁶⁾

Устав Чешке такође полази од одређивања Чешке као правне државе. То је видљиво у преамбули Устава, у чл. 1, ст. 1 који дефинише Чешку као суверену, унитарну и демократску правну државу (*demokratický právní stát*), као и у чл. 9, ст. 2 којим се забрањује било каква промена основних захтева правне државе. Наравно, и у овом случају званични енглески превод синтагме *právní stát* гласи *rule of law*.¹⁷⁾ Исти случај је и са Уставом Словачке, који државу устројава као „суверену, демократску правну државу (*právný štát*)“ (чл. 1, ст.1).¹⁸⁾ Слична ситуација је и у Пољској која се одређује као „демократска правна држава (*państwem prawnym*)“

16 Видети португалску и енглеску верзију уставног текста (*Constituição da República Portuguesa, Constitution of the Portuguese Republic*): чл. 3, ст. 2; чл. 199, ст. 1, тач. ф; чл. 202, ст. 2; чл. 219, ст.1; чл. 272, ст. 1 (Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017).

17 Устав Републике Чешке (*Ústava České republiky, Constitution of the Czech Republic*), Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

18 Посвећеност заштити принципа правне државе је и део заклетве коју судије уставног суда Словачке полагају пред председником државе. Видети чл. 143, ст. 4 Устава Словачке (*Ústava Slovenskej Republiky, Constitution of the Slovak Republic*), Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

(чл. 2). Исти термин се употребљава и у чл. 51, ст. 2 где се властима ограничава право прикупљања и чињења доступним информација о грађанима осим оних које су неопходне у демократској правној држави. Међутим, оно што је интересантно јесте чињеница да се у енглеским преводима Устава Пољске, не користи термин *rule of law*, већ нешто адекватнији термин *rule by law*.¹⁹⁾

Мађарска се одређује као независна и демократска правна држава (*jogállam*), а у енглеском преводу *rule of law*.²⁰⁾ Исти случај је и са Уставом Румуније (*stat de drept*),²¹⁾ као и са Уставом Грчке (*κράτους δικαίον*).²²⁾

Случај Бугарске је нешто другачији с обзиром на то да се правна држава (*правова држава*), која се помиње у преамбули и у чл. 4, ст. 1, преводи на енглески, нешто боље, као *law-governed state*.²³⁾ На крају, Устав Албаније ствара потпуну терминологију збрку. У преамбули, где се помиње опредељење ка успостављању правне државе (*shtet të së drejtës*), енглески превод гласи *state of law*!²⁴⁾ С друге стране, најновијим изменама Устава, у текст је уграђен и чл. 179б који установљава систем реевалуације рада судија, а у циљу поновног успостављања одговарајућег функционисања правне државе (*shtetit të së drejtës*). Међутим, овај исти термин се

19 Устав Републике Пољске (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Constitutio of the Republic of Poland*), Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

20 Видети чл. Б, ст. 1 Устава Мађарске (*Magyarország Alaptörvénye, The Fundamental Law of Hungary*), Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

21 Видети чл. 1, ст. 3, као и чл. 40, ст. 2 Устава Румуније (*Constituția României, Constitution of Romania*), Internet, http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=a ct2_1&par1=1#t1c0s0sba3; <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

22 Видети чл. 25, ст. 1 Устава Грчке (*Σύνταγμα της Ελλάδας*) који се односи на заснованост Грчке на принципима социјалне правне државе. Погледати и званичне преводе грчког устава на енглески, француски и немачки језик (*Constitution of Greece, Constitution de la Grèce, Die Verfassung Griechenlands*), Internet, <http://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, 10/01/2017

23 Устав Републике Бугарске (*Конституцията на Република България, Constitution of the Republic of Bulgaria*), Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

24 Устав Републике Албаније (*Constitution of the Republic of Albania*), Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, приступљено 10/01/2017; Видети и оригинални текст Устава (*Kushetuta e Republikës së Shqipërisë*), Internet, http://www.pp.gov.al/web/kushtetuta_2016_1082.pdf, 10/01/2017

на овом месту, у истом енглеском преводу, потпуно недоследно означава као *rule of law*!

Изузетак од највећег броја земаља Европе чине бивше југословенске републике. Наиме, једино се Словенија декларише као правна држава,²⁵ док се све остале бивше југословенске републике (Србија, Хрватска, Босна и Херцеговина, Македонија, Црна Гора) позивају на владавину права. У Уставу Републике Хрватске само се на једном месту (у чл. 3) помиње владавина права и то као једна од највиших вредности уставног поретка и као једна од смерница за тумачење Устава. Занимљива је чињеница да се у уставном тексту, приликом набрајања основних вредности, владавина права налази на претпоследњем месту (слобода, једнакост, национална равноправност и равноправност сполова, миротворство, социјална правда, поштивање права човјека, неповредивост власништва, очување природе и човјекова околиша, владавина права и демократски вишестраначки сустав).²⁶ Устав Босне и Херцеговине само у чл. 2 помиње владавину права, када декларише да је Босна и Херцеговина „демократска држава, која функционише на принципу владавине права и на основу слободних и демократских избора“.²⁷ Устав Републике Македоније већ у преамбули показује посвећеност успостављању и изградњи владавине права, а након тога владавину права у чл. 8 поставља као једну од основних вредности уставног поретка. За разлику од Хрватске, владавина права је у Македонији на завидном другом месту (слободното изражување на националната припадност; владеењето на правото; поделбата на државната власт на законодавна, извршна и судска; политичкиот плурализам и слободните непосредни и демократски избори; правната заштита на сопственоста; слободата на пазарот и претприемништвото; хуманизот, социјаната правда и солидарноста; локалната самоуправа; уредувањето и хуманизацијата на просторот и заштитата и унапредувањето на животната средина и на природата и почитувањето на општо прифатените норми на меѓународното право).²⁸ Устав Црне Горе такође већ у преамбули показује определењеност за државу засновану на владавини права, а потом се одмах у чл. 1 истиче да је

25 Видети чл. 2, као и чл. 3а, ст. 1 Устава Републике Словеније (*Ustava Republike Slovenije*). Међутим, и у преводу на енглески језик словеначког устава (*Constitution of the Republic of Slovenia*) се користи термин *rule of law*, Internet, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

26 *Ustav Republike Hrvatske*, Internet, <https://www.sabor.hr/fgs.axd?id=16481>, 10/01/2017

27 *Устав Босне и Херцеговине*, Internet, http://www.ads.gov.ba/v2/attachments/1951_USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_srp.pdf, 10/01/2017

28 *Устав на Република Македонија*, <http://www.sobranie.mk/ustav-na-rm.nspix>, 10/01/2017

Црна Гора „грађанска, демократска, еколошка и држава социјалне правде, заснована на владавини права“.²⁹⁾

Имајући у виду овакво стање ствари, на први поглед би се могло рећи да је у питању непажљиво преузимање овог правног института из европских устава од стране бивших југословенских република, уз ослањање искључиво на енглеске преводе (па и званичне), који скоро без изузетка правну државу (*Rechtsstaat*) неадекватно преводе као владавину права (*Rule of Law*).

3. Начело владавине права у Уставу Републике Србије

Владавина права се помиње у Уставу Републике Србије из 2006. године на три места. У чл. 1 у коме се „дефинише“ Република Србија, стоји да је Република Србија заснована на „владавини права и социјалној правди, начелима грађанске демократије, људским и мањинским правима и слободама и припадности европским принципима и вредностима“. Слична тврдња, чини се, непотребно се понавља и у чл. 19 у којима се одређује сврха уставних јемстава људских права: „Јемства неотуђивих људских и мањинских права у Уставу служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права“.³⁰⁾

У оба случаја је изгледа по среди говор мантри. Прво, позивање на социјалну правду, без прецизнијег одређења шта се под тим појмом подразумева (а могу се подразумевати најразличитије концепције правде) нема много смисла.³¹⁾ Међутим, када се у истом

29 *Ustav Crne Gore*, <http://www.skupstina.me/images/dokumenti/ustav-crne-gore.pdf>, 10/01/2017

30 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

31 Теоријски споран појам социјалне правде је од 19. века камен темељац америчке политичке и правне филозофије. Почевши од Роска Паунда, социјална правда постаје централни појам и модерних теорија друштвеног уговора. Управо на социјалној правди Џон Ролс гради своју чувену теорију правде. Нарочито је вредно поменути Хајекову критику концепта социјалне правде коју он одбацује као nonsens јер тај појам, како тврди, или не значи ништа („потпуно лишен значења“) или значи сувише много ствари. Хајек указује на чињеницу да данас вероватно „не постоји политички покрет или политичар који нису спремни да се позову на `друштвену правду` у подршци посебним мерама које заступају“, те да је `друштвена правда` једноставно „квазирелигијско сујеверје оне врсте које с поштовањем морамо да оставимо на миру

члану у Уставу опредељује за припадност европским принципима и вредностима, под којима се углавном подразумевају вредности либералне државе, онда постаје јасније позивање на истом месту и на владавину права, а не на правну државу. Успостављање те везе у чл. 1 указује на јасну намеру уставотворца да владавину праву постави као вредносно испуњен појам, а постаје јасније и ка којој концепцији правде се тежи.

Такође, чини се и да чл. 19 Устава, који се односи на сврху уставних јемстава људских права, врви од гомиле беспотребно наслаганих речи. Наиме, одувек је било потпуно јасно шта је сврха уставних јемстава људских права. Тако ова декларативна норма без потребе додатно оптерећује уставни текст. И на овом месту је прилично јасно опредељење уставотворца за англоамерички, материјални концепт владавине права. То се нарочито види у залагању уставотворца за праведно (шта год то значило), отворено и демократско друштво засновано на начелу владавине права.³²⁾ Да ли то значи да је праведно само оно друштво које је отворено и засновано на начелу владавине права? Чак и међу англоамеричким теоретичарима се прави јасно разликовање између *thin* и *thick* владавине права. Док је прва „танка“, мршава, искључиво процедурална, друга је „дебела“, попуњена, густа, и подразумева могућност различитих вредносних пуњења, те усвајање различитих принципа правде (различитих политичких и социјалних филозофија), а не једног, унапред задатог.³³⁾

све док чини срећним оне који га се придржавају, али против којег морамо да се боримо када постане изговор за присиљавање других људи“. Тако Хајек апел на `друштвену правду` види као „позив да се пружи морално одобрење захтевима који немају моралног оправдања“, Фридрих Хајек, *Право, законодавство и слобода*, Службени лист СРЈ и ЦИД, Београд-Подгорица, 2002, стр. 197–198, 223–224.

32 Видети и: Дарко Симоновић, „Људска права у Уставу Србије од 2006 – критичка анализа“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права* (ур. З. Радивојевић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2008, стр. 328–329.

33 Видети: Robert Summers, “A Formal Theory of the Rule of Law”, *Ratio Juris*, John Willey & Sons, New York, No. 2/1993; Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law*, Sweet & Maxwell Ltd, London, No. 3/1997; Randall Peerenboom, *China’s Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; Randall Peerenboom, “Varieties of Rule of Law: An Introduction and Provisional Conclusion”, *Asian Discourses of Rule of Law in Asia: Theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries, France and the U.S.*, (ed. Randall Peerenboom), Routledge, London, 2004, стр. 1–54; Драгутин Аврамовић, „Један нови поглед на владавину права“, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 14/2009.

Чини се да је нашем уставотворцу било лакше да се само приклони најраспрострањенијој у основи универзалистичкој, (либералној) верзији владавине права, без дубљег промишљања да чак и материјално схваћена владавина права може имати различите облике и бити подложна фином подешавању, кроз селективно прихватање појединих вредности, које би било усклађено са историјским, културним, религијским, политичким и друштвеним специфичностима Србије. Тако се наш Устав и на овом месту показује, да употребимо речи Р. Марковића, као некакав „клептоман“ који неселективно преузима („краде“) поједина решења из других устава.

На крају, чл. 3 Устава Републике Србије је у целости посећен владавини права, при чему и рубрум носи и тај назив.

„Владавина права је основна претпоставка Устава и почива на неотуђивим људским правима. Владавина права се остварује слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем власти Уставу и закону.“³⁴

Рекло би се да и овај члан Устава беспотребно оптерећује текст набрајањем процедуралних принципа владавине права, а готово чуди дикција тог члана, која везником „и“ затвара каталог принципа владавине права, не остављајући простор и за неке друге важне елементе који чине владавину права. Наиме, ретко који европски уставотворац у уставу дефинише шта је то владавина права и како се остварује, јер се то већ зна и та тема се прећутно препушта правној доктрини и судској пракси.³⁵ Ноторна је чињеница да владавина права почива на неотуђивим људским правима и која су њена процедурална начела.³⁶ Нарочито, имајући у виду да се наш уставотворац већ определио за либерално-демократску *thick* варијанту владавине права, ово набрајање је сувишно. Штавише, оно је и непотпуно. Уколико се већ уставотворац и одлучио да системом енумерације наводи процедурална начела владавине права, онда је то требало да уради до краја или макар да одговарајућом

34 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

35 Зачудо, управо је Устав Швајцарске један од таквих раритета који посебну одредбу (чл. 5) посвећује правној држави, односно, у енглеском преводу, владавини права.

36 Устав јесте нормативни правни акт највеће правне снаге и као такав треба да буде веома концизан. Како истиче Р. Марковић, устав није збирка теоријских дефиниција, па не би требало да представља некакав лексикон или правну енциклопедију.

формулацијом не затвори листу. Очигледно је да ови принципи нису наведени *exempli causa*. Било је нужно на овом месту набројати све принципе, а онда их евентуално разрађивати у даљем тексту устава. Оно што одмах пада у очи јесте пропуст уставотворца да наведе бар још и законитост у раду управе, као и правну сигурност (објављивање закона, забрана ретроактивности). То су једнако важни процедурални принципи владавине права.

Такође, корисно је указати и на један од пропуста уставотворца везан за устројство судова, који може бити веома проблематичан са становишта владавине права. Наиме, у чл. 142 који се односи на начела судства, у ставу 2 стоји: „Судови су самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора“. Међутим, у чл. 145, који се односи на судске одлуке, ст. 2 прописује: „Судске одлуке се заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона“.³⁷⁾ Већ на први поглед је уочљива неусаглашеност ова два члана устава. У чл. 145, ст. 2 је пропуштено, случајно или намерно, да се општеприхваћена правила међународног права установе као могући темељ судских одлука. На теоријском, али и практичном плану, остаје спорно и препушта се тумачењу једно веома деликатно питање – питање извора права на које се судије могу ослонити.

4. Ка утемељењу Републике Србије као правне државе

Из свега до сада реченог долази се до закључка да је јачи, популарнији, шири и прилагодљивији појам и концепт владавине права однео превагу, те да постепено води до потпуног нестанка правне државе, барем код нас. На нама је да, као део евроконтиненталне правне традиције, сачувамо правну државу и да је учинимо, како се то данас у европским земљама већ и ради, еластичнијом, формално-материјалном, како би могла да одговори на изазове данашњице и да прихвати у себе и различите садржаје. Не треба на силу правити транспланте који ће се тешко примити. Као што не даје добре резултате када се на шљиву калеми јабука *Granny Smith*, тако ни у српски устав није добро накалемити владавину права, јер ће се тешко примити. То нарочито не треба чинити када већ по-

37 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

стоји ближа, континентална сорта која може много боље успевати, а то је правна држава.

Дакле, нужно је Републику Србију утемељити као правну државу, што је у складу с њеним уставним идентитетом. Како Розенфелд запажа: „три различита прототипска модела су се појавила, сваки води ка различитом уставном идентитету. Ова три модела су немачки, француски и амерички. Мада сва три постављају националну државу као извор и одговарајући оквир уставног поретка; и мада сва три уоквирују концепцију уставног идентитета која издваја националну државу као суштинску и преовлађујућу уставну јединицу; ови уставни модели се разликују један од другог према начинима на које успостављају однос између нације и државе и однос између уставног идентитета и других важних идентитета као што су етнички, културни или национални идентитет“.³⁸⁾ Због тога В. Петров опомиње: „сваки устав мора имати у себи нечег `аутобиографског`. То `аутобиографско` није споредно и не служи као декор унапред датој уставној структури. Оно не може бити добијено споља, јер то аутобиографско својство уставности, странци, ма колико врсни стручњаци били, не могу познавати“.³⁹⁾ Утолико пре уколико страни калем, попут концепта владавине права, потиче из друге правне традиције.

Литература

Аврамовић Драгутин, „Владавина права и правна држава – истост или различитост?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, бр. 3/2010, стр. 421–437.

Аврамовић Драгутин, „Један нови поглед на владавину права“, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 14/2009, стр. 359–370.

Келзен Ханс, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998.

Петров Владан, „Ка моделу модерног устава за Србију“, *Устав Краљевине Србије од 1888 – 125 година од доношења* (ур. Владан Петров, Дарко

38 Michel Rosenfeld, “Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example”, *Cardozo Law Review*, Cardozo School of Law, New York, No. 6/1997-1998, стр. 1897. Видети и: Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. Michel Rosenfeld, Andrés Sajó), Oxford University Press, Oxford, 2012, стр. 756–776.

39 Владан Петров, „Ка моделу модерног устава за Србију“, *Устав Краљевине Србије од 1888 – 125 година од доношења* (ур. Владан Петров, Дарко Симиновић, Тијана Шурлан, Ивана Крстић-Мистрицеловић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, стр. 12.

Симовић, Тијана Шурлан, Ивана Крстић-Мистрицеловић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, стр. 9–17.

Симовић Дарко, „Људска права у Уставу Србије од 2006 – критичка анализа“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права* (ур. З. Радивојевић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2008, стр. 325–348.

Хајек Фридрих, *Политички идеал владавине права*, Школска књига, Загреб, 1994.

Хајек Фридрих, *Право, законодавство и слобода*, Службени лист СРЈ и ЦИД, Београд-Подгорица, 2002.

Шмит Карл, „Легалност и легитимност“, у: *Норма и одлука – Карл Шмит и његови критичари* (превод Данило Баста), Филип Вишњић, Београд, 2001, стр. 299–359.

Craig Paul, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law*, Sweet & Maxwell Ltd, London, No. 3/1997, стр. 467–487.

Peerenboom Randall, *China’s Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Peerenboom Randall, „Varieties of Rule of Law: An Introduction and Provisional Conclusion“, *Asian Discourses of Rule of Law in Asia: Theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries, France and the U.S.* (ed. Randall Peerenboom), Routledge, London, 2004, стр. 1–54.

Rosenfeld Michel, „Constitutional Identity“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. Michel Rosenfeld, András Sajó), Oxford University Press, Oxford, 2012, стр. 756–776.

Rosenfeld Michel, „Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example“, *Cardozo Law Review*, Cardozo School of Law, New York, No. 6/1997-1998, стр. 1891-1920.

Rosenfeld Michel, „The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy“, *Southern California Law Review*, University of Southern California Law School, Los Angeles, No. 5/2001, стр. 1307-1351;

Summers Robert, „A Formal Theory of the Rule of Law“, *Ratio Juris*, John Wiley & Sons, New York, No. 2/1993, стр. 127-225.

Tamanaha Brian Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Zolo Danilo, „The Rule of Law: A Critical Reappraisal“, *The Rule of Law – History, Theory and Criticism* (eds. Pietro Costa, Danilo Zolo), Springer, Dordrecht, 2007, стр. 3–73.

Извори:

Basic Law for the Federal Republic of Germany, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Die Verfassung Griechenlands, <http://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, 10/01/2017

Конституция Российской Федерации, <http://www.constitution.ru/>, 10/01/2017

Конституцията на Република България, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Kushtetuta e Republikës së Shqipërisë, http://www.pp.gov.al/web/kushtetuta_2016_1082.pdf, 10/01/2017

Costituzione federale della Confederazione Svizzera, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constituição da República Portuguesa, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constitución Española, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constituția României, http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act2_1&par1=1#t1c0s0sba3, 10/01/2017

Constitution de la Grèce, <http://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, 10/01/2017

Constitution de la République française, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constitution of Greece, <http://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, 10/01/2017

Constitution of Romania, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constitution of the Czech Republic, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constitution of the Portuguese Republic, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constitution of the Republic of Albania, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constitution of the Republic of Bulgaria, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constitution of the Republic of Poland, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constitution of the Republic of Slovenia, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constitution of the Russian Federation <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017; <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, 10/01/2017

Constitution of the Slovak Republic, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Constitution fédérale de la Confédération suisse, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

La Costituzione della Repubblica Italiana, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Magyarország Alaptörvénye, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Österreichische Bundesverfassung, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Σύνταγμα της Ελλάδας, <http://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, 10/01/2017

Spanish Constitution, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017; [https://www.boe.es/legislacion/documentos/Constitucion INGLES.pdf](https://www.boe.es/legislacion/documentos/Constitucion%20INGLES.pdf), 10/01/2017

The Fundamental Law of Hungary, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Устав Босне и Херцеговине, www.ads.gov.ba/v2/attachments/1951_USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_srp.pdf, 10/01/2017

Устав на Република Македонија, <http://www.sobranie.mk/ustav-na-rm.nspх>, 10/01/2017

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990.

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

Ustav Republike Hrvatske, www.sabor.hr/fgs.axd?id=16481, 10/01/2017

Ustav Crne Gore, <http://www.skupstina.me/images/dokumenti/ustav-crne-gore.pdf>, 10/01/2017

Ustava Republike Slovenije, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Ústava Slovenskej Republiky, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Ústava České republiky, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Federal Constitution of the Swiss Confederation, <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>, 10/01/2017

Dragutin Avramovic

2006 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE LEGAL STATE (RECHTSSTAAT) PRINCIPLE – MYTH OR TRUTH?

Resume

Although notions of rule of law and legal state are mostly considered as synonyms, the author points to some substantial differences between them, having in mind value loading of rule of law concept. As a result of comparative analysis of many European constitutions where the principle of legal state and rule of law is constitutionalized, it appears that most European countries accept the principle of *legal state* (*Rechtsstaat*), while minority recognize *rule of law* as a fundamental principle (mostly ex-Yugoslav countries, except Slovenia). Absence of the legal state principle in those countries is probably due to inconsistent terminology, politically motivated borrowings or fashionable and careless legal transplants. Namely, in the official English translations of many European constitutions the term “legal state” is often translated as “rule of law”. In that way, if one takes into account only English translations of different constitutions and not the actual language of the state and of the particular constitution, one may get impression that the rule of law principle is absolutely predominant in European constitutions, and it contradicts to the factual situation.

This is not the case with the 2006 Constitution of Serbia, as well as in other ex-Yugoslav countries. They recognize the principle of rule of law in national wording of their constitutions. The author criticizes constitutionalization of the rule of law principle instead of legal state approach. He points to few examples of unnecessary referring to rule of law in the Serbian constitution and of redundant

listing and explanations of the rule of law principle. He also criticize decision of the constitutional drafters to incline uncritically to the basically universalistic liberal version of rule of law, which should have been at least partially adapted to social peculiarities of the Republic of Serbia.

Key words: Constitution of the Republic of Serbia, legal state (rechtsstaat), rule of law, comparative constitutional analysis, solution *de lege ferenda*, legal transplants

* Овај рад је примљен 25. маја 2017. године а прихваћен за штампу на састанку Редакције 14. јула 2017. године.