

VLADIMIR MIKIĆ

O ZLOUPOTREBAMA USTAVOTVORNE VLASTI

– Ustav za privatni interes ili za mnogo generacija –

U V O D

Zloupotreba ustava u privatne političke svrhe moguća je u istoj meri kao i slična zloupotreba bilo kojeg drugog pravnog propisa. Viši hijerarhijski status u odnosu prema ostalim proizvodima normativne delatnosti ne obavlja ustavni akt posebno delotvornom zaštitom od političkih ambicija njegovih tvoraca.

U isto vreme, zloupotreba ustavotvorne vlasti opasnija je od bilo koje druge zloupotrebe prava. Odgovornost koju nad političkim razvojem određene države ima donosilac ustava je velika. Da bi bila svrsishodna, njegova moć mora da bude ograničena zahtevima koji služe ispunjenju opštih društvenih ciljeva i poštovanju standarda pravde, odnosno načela *bona fide* prenetog na plan ustavnog prava. U teoriji se smatra da savremeni konstitucionalizam traži da pisano ustavno pravo bude objektivno, impersonalno i – u granicama ljudske moći – dugovečno.¹ Ipak, istorijski razvoj ove naučne discipline daje pregršt primera koji vode zaključku da

Dr Vladimir Mikić, stručni saradnik Univerziteta u Beogradu.

¹ “Kada kažem da je predmet zakona uvek opšti, ja pod tim podrazumevam da zakon posmatra podanike kao jednu celinu, a radnje uzima apstraktno; nikad ne gleda čoveka kao pojedinca niti radnju kao pojedinačnu, konkretnu radnju. (...) Ne spada u funkciju zakonodavne vlasti ništa što se odnosi na pojedinačan predmet” (Ž. Ž. Ruso, *Društveni ugovor*, Beograd 2003, Ruso, str. 52). “Da bi vlast opstala i da bi se prenosila, potrebno je da prevlada individualni stupanj i dostigne impersonalizaciju. (...) To je moguće samo razdvajanjem vlasti kao takve od pojedinaca koji je trenutno obnašaju” (M. Prélot, *Političke institucije: Opća teorija političkih institucija*, Zagreb 2002, str. 26–27).

se najviši normativni izraz političke zajednice često stvara, održava i doživljava kao akt koji služi interesima pojedinaca ili užih političkih skupina u njenom sastavu. Drugim rečima, ono što nosioci vlasti u doba usvajanja ustava prepoznaju kao svoj vlastiti interes – *legis habet vigorem*.

Ovakav pristup predstavlja najteži poraz koji pravo može da pretrpi od “niske”, svakodnevne politike, koju, inače, po svojoj prirodi i ulozi u društvu mora da posmatra sa prezirom. Ako prevrtljivi lični ciljevi pretežu nad potrebom za stabilnim i pravičnim uređenjem društvenih odnosa, pravo, shvaćeno kao izraz pravde, nužno gubi svoju vrednost. Pred pokušajima legitimizacije grube sile oružje polažu i takvi izumi pravnih i političkih nauka kao što su legitimitet, demokratija i suverenost. Na taj način se poriče prvenstvena funkcija prava, a svaka (pa i najviša) norma postaje žrtva “objektivnih” odnosa među političkim snagama.

Između realnih odnosa u društvu i prava stoji ustav, kao poslednja “barikada” koja razdvaja striktno političko od normativnog. Pojedinačni (ili grupni) interes prerasta na tom mestu u svečano potvrđenu zajedničku i opštu vrednost najšire grupe učesnika političkih procesa. U toj je tački, da se poslužimo analogijom sa privatnim pravom, moguće da se dogodi da se preprodavac sklon prevarama pretvori u trgovca sa zakonom zaštićenim (i neretko privilegovanim) statusom. Normativni učinak političkog postupka stvaranja formalnog ustavnog prava često ukazuje na želju ustavotvorca da se okoristi istorijskim okolnostima. Ovaj rad služi tome da bude ispitano kakav odnos može da ima ustavotvorac prema konceptu prava shvaćenog kao sredstva za nepristrasno uređenje odnosa među članovima savremene slobodne političke zajednice. U svrhu nalaženja odgovora na pitanje šta zloupotreba ustavotvorne vlasti zapravo znači i kako ju je moguće prepoznati, u radu su analizirani tekstovi istorijskih i važećih ustavnih dokumenata raznih zemalja.

POJAM ZLOUPOTREBE USTAVOTVORNE VLASTI I OPASNOSTI KOJE OD NJE PROIZLAZE

Ustavotvornu vlast predstavljaju oni pojedinci ili, češće, grupe (po pravilu organizovane u političke stranke) koje, samostalno ili u saradnji sa drugim užim zajednicama, odlučujuće doprinose usvajanju najvišeg pravnog akta u određenoj zemlji, kao i formulisanju bitnih elemenata njegove sadržine. Istovremeno, ustavotvorni kapacitet priznat je u savremenim ustavnim demokratijama celokupnoj populaciji, čiji su predstavnici okupljeni u zasebnu ustavotvornu skupštinu (konstituantu) ili u redovan parlament kojem je, za tu posebnu priliku, data nadležnost za usvajanje propisa višeg od svih ostalih.

Međutim, kao što komparativna ustavnost pokazuje, često se dešava da sama predstavnička tela ne predstavljaju ništa više od oruđa kojim politički činioци pokušavaju da izvrše prećutnu legitimizaciju pojedinačnih interesa (najčešće inokosne egzekutive, odnosno njenog *de iure* ili *de facto* šefa). Kao dodatni instrument koristi se i referendumsko izjašnjavanje stanovništva kojim se potvrđuje novi ustavni dokument. Ovi mehanizmi ponekad služe tome da pravi izvor ustavotvorne vlasti ostane prikriven. “Fasada” demokratskih procesa odlučivanja ima tada ulogu da ustavni propis bude predstavljen kao ishod autentične volje suverene vlasti, koja, razume se, počiva u “naciji”, “narodu”, odnosno “građanima”, već prema terminološkom izboru autora ustava.

U takvim okolnostima, *pouvoir constituant* zapravo predstavljaju donocioci najznačajnijih političkih odluka. Ustavi stvoreni na taj način služe kreiranju formalnopravnih osnova za ličnu vlast pojedinca ili uže grupe. Zloupotrebu ustavotvorne vlasti čini zanemarivanje ili potpuno negiranje osnovne funkcije savremenih ustava, koja se sastoji u kreiranju demokratskih institucija sa smenjivim nosiocima na čelu, uz garantovanje osnovnih prava i sloboda i vladavine prava.²

Uz rizik osude zbog upotrebe ponešto radikalne kvalifikacije, ovde se može istaći da ustavni dokument ponekad ima takve karakteristike da, po svojoj sadržini i svrsi usvajanja, gotovo da može da bude posmatran kao *jednostrani pravni posao*. Nosilac autoritarne vlasti u tim okolnostima vrši svoje “subjektivno ustavno pravo” i, kao kod otkaza, testamenta, ili javnog obećanja nagrade, proizvodi pravna dejstva izjavom individualne volje, koja se javlja u simuliranoj formi demokratske procedure usvajanja ustavnog dokumenta. Jedino ta forma razlikuje ove akte od istorijskih primera oktroisanih ustava. Naravno, u opisanom procesu, o postojanju konstitucionalizma ne može biti ni reči.

Zloupotreba konstituentne vlasti nosi značajan rizik za vladavinu prava i dugoročnu političku stabilnost.³ Olako posezanje za nesavesnom upotrebom ustavotvorne vlasti kompromituje koncept ustavnosti, naročito u zemljama u ko-

² “Ustav koji ne otelovljuje vladavinu prava i ne sadrži norme koje ispunjavaju elementarne zahteve ustavnopravne nauke, u moderno doba je osuđen da bude “parče hartije”. Danas je gotovo nezamisliv ustav koji ne proklamuje načelo podele vlasti i ne pokušava, manje ili više uspešno, da ga normativno razradi.” V. Petrov, D. Simović, “Regionalna država – (ne)ispravan put decentralizacije Republike Srbije”, *Pravni život*, 12/2013, str. 557–571, 568.

³ “Stvaranje ustava (constitution-making) predstavlja veliko obećanje. Ustavna politika ima potencijal da uspostavi legitimitet (...) nad širokim spektrom društvenih grupa. (...) Ali, stvaranje ustava je istovremeno opasno i često zloupotrebjeno (...) u svrhu nametanja ciljeva pojedinih društvenih grupa ili (...) pojedinaca koji nastoje da konsoliduju svoju vlast. Takvi procesi teže tome da vode državama koje loše funkcionišu i nestabilne su. (...) Glavni rizik stvaranja ustava je taj da će ono biti zloupotrebjeno od strane moćnih političkih činilaca ili društvenih grupa u interesu ostvarivanja njihovih vlastitih ciljeva” (D. Landau, *The Importance of Constitution-Making*, *Dennver University Law Review*, Vol. 89, No. 2, 2011, str. 3). Reč je o “ustavotvorstvu koje služi svojim

jima je tradicija konstitucionalizma nedovoljno razvijena, ili onima koje se – kao Srbija – nalaze u fazi političke i društvene tranzicije.⁴ Ukoliko se najvišem unutrašnjem propisu ne ukazuje dugovano društveno poštovanje, rad na izgradnji i stalnom usavršavanju vladavine prava nužno ostaje bez učinka. Istovremeno, i načelo pravne sigurnosti biva ugroženo manipulisanjem ustavnim institucijama i vrednostima. Očekuje se da se lojalnost stanovnika (čak više ne ni “građana”) u takvim sistemima ne duguje ustavu niti pravu, već ličnostima sa najvišim političkim statusom. Razlog tome je što ustavi u tim porecima i nisu pravi izvor vlasti, a naročito ne predstavljaju nikakvo jemstvo zaštite pojedinačnih ili kolektivnih prava i sloboda.

METODI KOJIMA SE VRŠI ZLOUPOTREBA USTAVOTVORNE VLASTI

Ustavotvorac svoje jedinstveno (istorijsko) ovlašćenje može da zloupotrebi na mnogo načina. Metode mala fide postupanja konstituentne vlasti relativno je lako uočiti u građi koju nudi komparativna ustavna analiza, čak i ukoliko je ona ograničena kriterijumom analitičke relevantnosti i geografsko-istorijske reprezentativnosti.

Pre svega, do zloupotrebe može doći pri izboru sastava ustavotvorne konvencije, ili, redovnog zakonodavnog organa, ukoliko je njemu poverena funkcija usvajanja najvišeg državnog akta. Naime, u manipulisanom izboru predstavnika tog tela može da počiva “klica” problema legitimnosti ustava, a time i njegovog opšteg autoriteta. Isto važi i za odabir postupka rada konstituante, odnosno načina usvajanja njenih odluka (primera radi, usvajanje ustava natpolovičnom većinom glasova svih, ili, čak, samo prisutnih članova).

Dalje, politička zloupotreba “ustavnog momenta” može da bude ostvarena i odabirom predmeta ustavnog normiranja. Opredeljujući se za neopravdanu meru tekstualnog regulisanja, ustavotvorac neka pitanja isključuje iz opsega nadležnosti redovnog zakonodavstva. Tako se urušava i “dostojanstvo ustava” kao najvišeg pravnog akta.⁵ Ovakav pristup neposredno se sukobljava sa tezom o ograničenom predmetu ustavnog regulisanja, prema kojem u *materia constitutionis* spadaju

stvaraocima” (self-serving constitution-making) (J. Elster, Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, *Duke Law Journal*, Vol. 45 (1995), 364–396, str. 377).

⁴ V.: O. Vučić, D. Stojanović, “Ustavno sudstvo na preseku prava i politike”, *Anali Pravnog fakulteta*, godina LVII, br. 2, 2009, 89–109, str. 92–93. Mnogi “disfunkcionalni” ustavi “su osmišljeni na brzinu u mnogim bivšim komunističkim zemljama”: Đ. Sartori, *Uporedni ustavni inženjering*, Beograd 2003, str. 176. Najveći broj postkolonijalnih ustava afričkih zemalja “potonuo je u irelevantnost i potpuni neuspeh” (R. Gordon, Growing Constitutions, *Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 1/1999, 528–582, str. 531).

⁵ Petrov, Simović, str. 569.

samo pitanja i problemi vezani za temeljne vrednosti društva i konture njegove političke organizacije, dakle, teme koje su *trajne* prirode. Sa druge strane, zloupotrebu konstituentne vlasti moguće je učiniti i ukoliko ustavnim aktom ne bude *u dovoljnoj meri* regulisan niz važnih pitanja, poput sastava, strukture, načina izbora i imenovanja predstavnika najviših vlasti i njihovih nadležnosti, kao i odnos javnih vlasti prema ljudskim pravima. Tako ustavotvorac faktički prepušta zakonodavnoj vlasti bliže uređenje pitanja koja su ustavnopravne prirode. Subjekt koji bliže uređuje ove probleme (zakonodavno telo) lako može da se nađe pod kontrolom političkih snaga koje stoje iza usvajanja ustava. U isto vreme, prepuštanje značajnog broja javnih pitanja mogućnosti referendumskog izjašnjavanja može da predstavlja instrument za snaženje izvršne vlasti *iznad* i *protiv* zakonodavca (koji na ovaj način gubi važan deo svojih nadležnosti), putem neposrednog izjašnjavanja građana.⁶

Priistrasno uređenje značajnih ustavnih pitanja najčešće se prepoznaje u odnosu prema uređenju državnih vlasti. Kad je reč o zakonodavnom telu, ustavotvorac može – isključivo iz razloga svojih neposrednih političkih interesa – da se opredeli za stvaranje dvodomog predstavničkog tela, iako se takvo rešenje smatra atipičnim ili nepotrebnim u datom političkom sistemu. Razume se, slični efekat moguće je postići i unikameralizacijom prethodno postojeće dvodome legistlativne. Isto se odnosi i na proizvoljno slabljenje ili snaženje nekog od parlamentarnih domova u odnosu prema onom drugom. Najlakši način za uspostavljanje trajnije kontrole nad političkim procesima sastoji se u utvrđivanju procedura za izbor članova predstavničkog tela, odnosno njegov sastav, koje bi bile usklađene sa ličnim interesima faktičkog ustavotvorca. Ovo se najupečatljivije postiže konstitucionalizacijom izbornog sistema koji služi interesu najsnažnijih političkih snaga. Isto važi i za propisivanje uskog obima kontrolnih nadležnosti parlamenta nad izvršnom vlašću, iz čijih redova i inače najčešće potiče inicijativa za usvajanje novog ustava.

Odabir načina izbora šefa države koji je podložan različitim oblicima manipulacije, utvrđivanje izuzetno teških uslova za njegov opoziv, te veoma široko utvrđivanje njegovih nadležnosti u odnosu prema drugim granama vlasti (uz široku mogućnost poveravanja zakonodavnih ovlašćenja šefu države) – jasni su pokazatelji zloupotrebe ustavotvorne vlasti od strane aktuelne egzekutive, čiji nosi-

⁶ U Francuskoj je koncepcija snažne vlasti šefa države, oličene u figuri De Gola (C. De Gaulle), učvršćena Ustavom iz 1954, osnaživanjem položaja predsednika republike i konstitucionalizacijom (i čestom upotrebom) referenduma sprovedenih na njegovu inicijativu. Građani su, tako, na referendumu potvrdili De Golov predlog za uvođenje instituta neposrednog izbora šefa države, uprkos protivljenju najvećeg broja članova predstavničkog tela. Izbori za predsednika predstavljaju, od tada do današnjih dana, ključni politički događaj Pete republike (P. Geiss, G. Le Quintrec, Histoire/Geschichte: L'Europe et le monde depuis 1945, Nathan/Klett 2006, 26).

oci nameravaju da taj položaj zadrže u budućnosti i dodatno ga osnaže.⁷ Posebni uslovi za izbor šefa države (najčešće u sistemima koji se odlikuju zapaženom ulogom predsednika) ponekad predstavljaju predizbornu selekciju koja treba da posluži izboru "ispravnog" kandidata.⁸ Indikator da je ustavotvorstvo instrumentalizovano predstavljaju i odredbe kojima je izvršnoj vlasti povereno isključivo ili privilegovano pravo predlaganja zakona, kao i postavljanje izrazito otežanih uslova za njihovo stupanje na snagu mimo volje egzekutive. Isto važi i za pravo vlade ili šefa države na raspuštanje predstavničkog tela koje nije praćeno analognom mogućnošću opoziva nosilaca izvršne vlasti od strane parlamenta.

Stvaranje uslova za zavisnu, nestabilnu i potčinjenu sudsku vlast predstavlja nedvosmislen izraz težnje ustavotvorca za kreiranje političkog sistema na čijem će se vrhu nalaziti faktički pravno neodgovoran pojedinac. Odredbe posvećene načinu izbora i utvrđivanju obima imuniteta sudija i nadležnostima sudova pružaju odgovor na pitanje da li je ustavotvorac svoj zadatak izvršio u skladu sa postulativima konstitucionalizma ili ne. Isto se može reći i kada je u pitanju odnos donosioca ustava prema ustavnosudskoj vlasti, ali i zaštitniku građana, centralnoj banci i drugim nezavisnim institucijama.

Poseban oblik zloupotrebe ustavotvornih ovlašćenja predstavljaju primeri apsolutističke i autokratske ustavnosti zemalja Južne i Srednje Amerike. Lična vladavina ostala je prepoznatljiva odlika ustavnih sistema ovog regiona kroz najveći deo XX stoleća, stvaranih najčešće od strane vojnih hunti po uzoru na autoritarne i totalitarne režime nastale na evropskom kontinentu u osvit Drugog svetskog rata.⁹ Ustav kao akt kojim se učvršćuje lična vlast predstavlja dominantnu odliku i

⁷ Poučen iskustvima iz ustavne krize iz 1993. godine, šef države Ruske Federacije B. Jeljcin je podzakonskim aktima konsolidovao svoju vlast. Osnovni mehanizmi nadmoći predsednika iz ovih propisa uneti su u kasnije usvojeni "decembarski" Ustav iz 1993. godine: Landau, str. 17–18.

⁸ Prema odredbama čl. 59 t. "f" Ustava Mjanmara iz 2008, za predsednika republike ne može da bude izabrano lice koje je, pored ostalih (rigoroznih) uslova, imalo ili i dalje ima za braćnog druga stranog državljanina. Ova odredba nesumnjivo "cilja" na to da bude onemogućena kandidatura A. S. Suu Kyi, dugogodišnje predvodnice opozicije u ovoj zemlji, koja je bila udata za stranog državljanina. Sličan (samo, obrnut) efekat trebalo je da ima odredba čl. 50, st. 1 Ustava Madagaskara iz 2010. Njom je, naime, snižen uslov godina starosti za kandidate za predsednika republike sa 40 (čl. 46 st. 1 Ustava iz 1992. godine) na 35. Kandidat (i budući predsednik) A. N. Rajoelina imao je u doba usvajanja novog ustava upravo 35 godina. Ustav Čada iz 1996, koji u čl. 62 predviđa da kandidat za predsednika republike, pored ostalog, mora da bude "visokomoralna osoba" (*de bonne moralité*) pruža jasnu priliku za diskriminisanje "nepoželjnih" predsedničkih kandidata. Brojni drugi savremeni ustavni dokumenti postavljaju važna ograničenja za kandidovanje na najviše izvršne funkcije. Ipak, važno je ustanoviti da li do utvrđivanja ovih uslova dolazi u svrhu ispunjenja pojedinačnih (privatnih) političkih ciljeva.

⁹ Takvi su: Ustav Brazila iz 1937. (koji je bio na snazi do 1946), Ustav Paname iz 1941 (važio do 1946), Ustav Haitija iz 1801. (važio do 1804), ustavi Paragvaja iz 1940. i 1967, Ustav Perua iz 1933. (na snazi do 1979) itd. Nakon osamostaljenja od kolonijalnih vlasti, u zemljama ovog podne-

azijske i afričke ustavnosti, ponekad praćenu normama bizarne i očigledno antiliberalne sadržine.¹⁰ Ovim dokumentima često su se služili represivni režimi, kako bi, putem kontinuiranog održavanja vanrednog stanja (za čije su proglašenje i ukidanje sami bili ovlašćeni), učvrstili vlast svojih nosilaca i suspendovali primenu ustavnih garancija osnovnih prava ili redovnog funkcionisanja institucija.

Ponekad manipulatori ustavotvornom vlašću ne moraju ni da ulože znatniji stvaralački napor da bi postavili predušlove za političku instrumentalizaciju prava i ogoljenu autokratiju. Za to su im dovoljni i dobri poznavaoi stranih jezika. Dokaz za to nude postkolonijalni ustavni dokumenti afričkih zemalja s početka druge polovine XX veka, koji su često predstavljali imitaciju ustava doskorašnjih kolonijalnih sila. Razlika je bila jedino u tome što je u novim nezavisnim zemljama demokratsko funkcionisanje "preuzetih" institucija onemogućavano u praksi, prećutnim kršenjem ustava. Ipak, u izvesnom broju slučajeva, ovi ustavi su bili i ukidani.¹¹ S druge strane, ustavni akti tzv. socijalističke ustavnosti, koji su, sa veoma retkim izuzecima, bili "duplikati" jednopartijskog ustavnog modela nastalog i usavršavanog u Sovjetskom Savezu (na osnovu Ustava iz 1936. godine), služili su tome da na unutrašnji plan pojedinih država budu preneti normativni uslovi za vršenje autoritarne vlasti.¹² Još jednu odliku ustavnih tekstova koji služe stvaranju uslova za vršenje lične vlasti, a koja je prepoznata i u navedenoj grupi dokumenata, predstavlja njihova previše ideološki obojena (i, samim tim, u izvesnoj meri iracionalna) sadržina.

Zloupotreba konstituentnih ovlašćenja može imati i blaže forme. One se ogledaju u uvođenju određenih instituta u ustavni dokument, koji, prema svedočenjima ustavnih istoričara i komentatora, za svrhu nisu imali (odnosno, nemaju) promovisanje ustavne stabilnosti i pluralističke demokratske kulture, već zadovoljenje posebnih interesa političkih aktera (pojedinaca ili stranaka). Ovi metodi

blja "predsednička vlast zamenila je monarhiju, ali predsednici nastavljaju da se ponašaju više kao izabrani despoti nego kao lideri vezani ustavom" (M. Schor, *Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America*, *Texas International Law Journal*, Vol. 41/2006, 1–37, str. 16).

¹⁰ Ustav Kazahstana iz 1995, u čl. 46, omogućava opsežne doživotne privilegije koje uživa predsednik republike i svim prethodnim nosiocima te funkcije. Zanimljiv je podatak da u toj zemlji, od njene nezavisnosti (1990. godine) dužnost predsednika vrši jedna osoba. Manipulisanje ustavotvornom vlašću od strane (i inače autokratskog) šefa države u lične svrhe ovde je očigledno.

¹¹ Vrlo brzo po usvajanju ovih dokumenata usledile su njihove česte opsežne revizije, ili, čak, potpune abrogacije, sa ciljem ustanovljavanja autoritarne predsedničke vlasti. I ustavi koji su krajem HH veka usvojeni u pojedinim afričkim zemljama neposredno su služili interesima ratnih vođa (J. T. Gathii, *Popular Authorship and Constitution Making: Comparing and Contrasting the DRC and Kenya*, *William and Mary Law Review*, Vol 49/2008, 1109–1138, str. 1111).

¹² U njih se ubrajaju: ustavi Albanije iz 1946. i 1976, ustavi Bugarske iz 1947. i 1971, Ustav Poljske iz 1952, ustavi Rumunije iz 1948, 1952. i 1965, Ustav DR Nemačke iz 1949, Ustav Čehoslovačke iz 1960, ustavi NR Kine iz 1954. i 1975 (na snazi do 1982), te Ustav DNR Koreje iz 1948. god.

nemaju za cilj stvaranje uslova za vršenje autokratske vlasti i to objašnjava njihovu iznenađujuće čestu primenu u savremenim ustavnim demokratijama.¹³ Ipak, činjenica da je dejstvo korišćenja ovih metoda umereno u odnosu prema ozbiljnijim zloupotrebama ustavotvorne vlasti u drugim sistemima, ne oslobađa autore ovih tekstova odgovornosti za zanemarivanje načela savesnosti pri konstituisanju ustavnog poretka i utvrđivanju njegovih temeljnih odlika.

NAČIN PROMENE USTAVNOG DOKUMENTA: KLJUČ STVARANJA USTAVA ZA MNOGO GENERACIJA

Ustavi teže da imaju trajniji karakter od propisa niže pravne snage, bez obzira da li su nastali kao kreacija zloupotrebene konstitutentne vlasti ili ne. Ovo se prepoznaje u sadržini odredaba posvećenih načinima njihove izmene.¹⁴ Naravno, svaki ustavotvorac nada se da će plod njegovog stvaralačkog truda ostati na snazi dovoljno dug vremenski period da bi odredbe sadržane u njemu bile primenjene u stvarnosti i da bi na osnovu njega bio izvršen željeni društveni razvoj. Upravo je duže trajanje jedna od suštinskih odlika koje razdvajaju ustave od običnog zakonodavstva, pa ima istine u tvrdnji da “suviše prilagodljiv ustav, koji se suviše lako može modifikovati, lišava vrhovni zakon njegove vrhovnosti”.¹⁵ Izuzetak čine samo okolnosti u kojima se poseže za usvajanjem privremenih ustavnih aka-

¹³ U Španiji je institut konstruktivnog izglasavanja nepoverenja vladi unet u Ustav iz 1978. na insistiranje vodećih stranaka, koje su nastojale da učvrste položaj vlade (Elster, str. 377). U Slovačkoj je amandmanom iz 1999. na Ustav iz 1992. uveden institut neposrednog izbora predsednika zato što parlament (koji je odredbama čl. 101 st. 2–3. Ustava bio ovlašćen na njegov izbor) nije mogao da se usaglasi o konkretnoj ličnosti nosioca ove funkcije. Uporediva promena je bila izvršena i u srpskom zakonodavstvu. Naime, Zakon o izmenama zakona o izboru predsednika Republike (“Sl. glasnik RS”, br. 18/2004) predvideo je u čl. 2 da je za predsednika izabran “kandidat koji je dobio većinu glasova birača koji su glasali”, čime je ukinut čl. 6 Zakona o predsedniku Republike (“Sl. glasnik RS”, br. 1/90, 79/92), koji je predviđao da je na tu funkciju izabran “kandidat koji je dobio većinu glasova birača koji su glasali, *ako je na izbore izašla najmanje polovina od ukupnog broja birača u Republici*” (podvukao V.M). Novo rešenje zadržano je i u čl. 18 st. 1. i čl. 21 st. 1 (važećeg) Zakona o izboru predsednika Republike (“Sl. glasnik RS”, br. 111/2007 i 104/2009 - dr. zakon). Za neuspešan ogled sa neposrednim izborom premijera Izraela krajem HH veka (kao posledicom hronične nestabilnosti vlade), v.: Sartori, str. 128.

¹⁴ Uporedni standard poznaje zahtev za proširenim konsensualnim osnovom u odnosu na postupak usvajanja zakona, pa je često potrebna ubedljiva većina u predstavničkom telu (procenat članova parlamenta koji treba da podrže izmenu kreću se u rasponu od 60 do čak 80), pa ponekad i obavezna referendumska potvrda. Ustavi često utvrđuju i unutrašnju hijerarhiju (stepenovanje važnosti) pojedinih svojih normi, time što za izmenu nekih među njima traže i obavezan uspešan referendum, ili, čak, ne dopuštaju mogućnost izmene određenih (najvažnijih) odredaba.

¹⁵ Sartori, str. 150.

ta.¹⁶ U ovoj odlici ustava ogleda se i formalna (objektivna) komponenta njegovog dostojanstva.¹⁷ Zanimljivo je da dokumenti koji su postali autentični pravni spomenici, odnosno koji su na snazi izuzetno dug vremenski period, nisu predstavljali proizvod zloupotrebe konstituentne vlasti, shvaćene na način iznet u ovom radu.¹⁸ Razlog tome leži upravo u okolnosti da su normativni kvalitet tih ustava i njihov potencijal za uključivanje što šire grupe građana u ustavne i političke procese odvrćali opštu javnost od težnje za njihovom obimnijom izmenom, odnosno ukidanjem.

Sadržina odredaba ustavnog dokumenta koje su posvećene načinima njegove delimične ili potpune revizije imaju veliki značaj za utvrđivanje još jednog aspekta moguće zloupotrebe ustavotvorne vlasti. Ustav, naime, mora priznati mogućnost, ili čak verovatnost, svoje nesavršenosti, odnosno njime mora da bude uvažena potreba za stalnim usaglašavanjem sa društvenom i političkom realnošću.¹⁹ Propust da bude određen *razuman* mehanizam promene ustavnog teksta ne predstavlja tehnički, već suštinski, organski nedostatak jednog ustava.

Ipak, kao što pokazuju primeri nekih od ustavnih dokumenata koji su uzorni sa aspekta zahteva konstitucionalizma,²⁰ složen postupak promene ustava ne mora po automatizmu da vodi njegovoj faktičkoj ili formalnoj abrogaciji.

Ustavi koji nisu usvojeni u svrhu promovisanja privatnih interesa imaju veću mogućnost da nadžive svoje autore, čak i u slučaju da se odredbe posvećene regulisanju njihove revizije čine krutim. Tamo gde konstituentna vlast nije zloupotrebljena, legitimnost ustava dobija na snazi zbog toga što se njegova revizija (ili abrogacija) ne doživljava kao čin pružanja otpora origirernoj manipulaciji, već kao postupak usavršavanja i osavremenjivanja ustavnog aranžmana koji, sâm po sebi, nije loš (nedemokratski ili antiliberalan). U tom smislu, čak ni delimično odsustvo demokratskog legitimiteta koji bi stajao iza ustava nije dovoljno da

¹⁶ U novijoj istoriji, takav je slučaj sa prelaznim ili privremenim ustavima: Albanije (na snazi od 1991. do 1997), Južnoafričke Republike (važio od 1994. do 1997), Iraka (od 2004. do 2005), Južnog Sudana (iz 2011. godine), Egipta (na snazi od 2011. do 2012), itd.

¹⁷ Petrov, Simović, str. 568.

¹⁸ Primere predstavljaju: Ustav Sjedinjenih Američkih Država iz 1787, Ustav Norveške iz 1814, Ustav Japana iz 1946, Ustav Španije iz 1976, Osnovni zakon Nemačke iz 1949. godine itd.

¹⁹ Postupak izmene ustava "predstavlja više od metoda za rešavanje pojedinačnih problema"; on "nam pruža sredstva" da važni trenuci u istoriji države kao "moralne zajednice" budu "formalizovani uključivanjem spiska naših dostignuća" u tekst ustava (H. J. Powell, *Parchment Matters: A Mediation on the Constitution as Text*, *Iowa Law Review* 71/1986, 1427–1435, str. 1432).

²⁰ Izuzetno složen postupak izmene ustava predviđen je odredbama čl. 88 Ustava Danske iz 1953, čl. V Ustava SAD, te čl. 96 Ustava Japana.

određeni ustavi budu okvalifikovani kao neusklađeni sa zahtevima konstitucionalizma.²¹

S druge strane, česte totalne ustavne revizije koje su se “kao na traci” odvijale u zemljama sa nerazvijenom tradicijom demokratske ustavnosti predstavljale su posledicu lišenosti ustava bilo kakvog vrednosnog statusa u društvu.²² Ustav koji se “grbo rodi” (u smislu da se njegova funkcija iscrpljuje u omogućavanju razvoja uslova za ličnu vlast) *ab initio* gubi legitimitet koji bi trebalo da bude dugovan aktu namenjenom uređivanju najvažnijih političkih i pravnih pitanja. Sasvim logična posledica takvih ustavnih procesa sastoji se u tome da svaka promena vršena novom zloupotrebom konstituentnih kapaciteta nikako ne može da doprinese trajnijem važenju ustavnog propisa, kao ni njegovom zapaženijem opštem autoritetu. Podatak o učestalosti promene ustava u ogromnom broju država nije u toj meri dokaz da je reč o lošim pravnim dokumentima, koliko je pokazatelj toga da iza pojedinačnih elemenata ovakvih ustavnih ciklusa stoji ponavljana zloupotreba ustavotvorne vlasti.

Izuzetno stroge odredbe posvećene reviziji ponekad služe zadržavanju ustavnog *status quo*-a. Njima se ignoriše mogući razvoj ustavnopolitičke dinamike u neposrednoj ili veoma dalekoj budućnosti. One su, istorija to često pokazuje, uistinu “papirne barijere”.²³ Ukoliko je konstitucionalizam shvaćen kao “složen sistem pripremanja redovnih promjena”,²⁴ činjenica da neki dokument postavlja previsok “prag” za mogućnost vlastite izmene svedoči o tome da ustavotvorac zapravo ne razume jednu od osnovnih funkcija ustava. Naime, ukoliko ne pretenduje da bude trajan, ustav po definiciji ne ispunjava svrhu zbog koje je usvojen. Ta se svrha ogleda u uzdizanju načela pravde, savesnosti, objektivnosti i jednakosti na najviši normativni nivo. Nema razloga da dokument koji bi na ispravan način odražavao ove principe ne bude na pravnoj snazi dovoljno dugo da stvori pravnu i političku stabilnost kojoj ustavotvorac prirodno teži.

Na ovoj tački kao da gubi na značaju (inače, nesporno važno) pitanje koje glasi: “Zašto bi politički lideri jedne generacije raspolagali vlašću da obavežu buduće generacije u svetlosti svojih vlastitih koncepcija dobrog i lošeg?”²⁵ Istina je, naime, da novi naraštaji građana i političara (potencijalnih ustavotvoraca) mogu da imaju sopstvena načela i vrednosti, koje se ne moraju poklapati sa onima koji

²¹ Primere pružaju ustavni akti Norveške, Japana i Nemačke, a delimično čak i SAD.

²² Dvadesetak latinoameričkih zemalja usvojilo je u svojoj istoriji ukupno preko 260 ustava: Sartori, str. 228, fus. 2.

²³ J. Barthélemy, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1936, str. 47.

²⁴ K. Fridrih, *Konstitucionalna demokratija: Teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica 2005, str. 24.

²⁵ A. Marmor, *Are Constitutions Legitimate? University of Southern California Law School, Legal Studies Working Paper Series 11/2006*, str. 6.

su promovisani važećim ustavnim pravom. Od pomoći bi u takvim slučajevima svakako bilo tumačenje važećih ustavnih normi koje bi pomoglo usklađivanju aktuelnih dominantnih stavova zajednice sa njihovom sadržinom (ukoliko bi takvo tumačenje bilo moguće). Ipak, stvarna funkcija ustava sastojala bi se u tome da se njime utvrdi prava mera između dinamike i stabilnosti, tog “odslikavanja postojećeg s nacrtanim usmjeravanjem budućega”,²⁶ pošto bi ustav “trebalo da bude trajna tvorevina, koja nadživljuje jednu generaciju, a pogotovo jednu generaciju političara.”²⁷

Jedna od središnjih slabosti zloupotrebijene ustavotvorne vlasti sastoji se u tome što njen proizvod ne može da ispuni navedenu funkciju. Ustavima koji teže ustanovljenju ili održavanju lične vlasti promiče značaj ustanovljavanja načela i ciljeva koji bi važili i u budućnosti. Sasvim je razumljivo da autokratska ustavnost ne dolazi u sukob samo sa inherentnim ustavotvornim kapacitetima postojeće šire populacije, već, u perspektivi, i sa suverenim pravima kojima raspolaže svaka generacija, slobodna da odbaci anahrona ili potpuno neprimerena ustavna rešenja, ukoliko joj okolnosti daju priliku za takav postupak.

Isto se *a fortiori* može reći za slučaj kada savestan ili nesavestan ustavotvorac predvidi zabranu izmene pojedinih odredaba ustava, naročito onih koje bi se ticale nepromenljivosti državnog uređenja²⁸ i osnovnih načela (“klauzule večnosti”), tvoreći od suštinski političkih pitanja nadustavne (“svete”) kategorije. Ipak, ukoliko se te zabrane odnose na norme koje svedoče o ostvarenom nivou zaštite prava i sloboda, kao i na odredbe o vladavini prava i načelima ustavnosti i zakonitosti, novi ustavotvorac ne bi smeo da osporava njihovu suštinu. To znači da bi on bio slobodan da formalno usvoji sasvim novi dokument, ali bi u njemu morale da budu sadržane norme koje jamče isti ili viši nivo zaštite priznatih ljudskih prava, ali i načelo podele vlasti i vladavinu prava. Svako drugo rešenje ukazivalo bi na odstupanje od temeljnih načela konstitucionalizma i, time, na *novu* zloupotrebu ustavotvorne vlasti.

²⁶ P. Häberle, *Ustavna država*, Zagreb, 2002, str. 102. “Suštinski je aspekt ustava taj da oni treba da budu trajni, da su osmišljeni u svrhu primene na generacije koje dolaze znatno nakon generacije koja ih stvara” (Marmor, str. 2).

²⁷ Petrov, Simović, str. 570.

²⁸ V. odredbe: čl. 139 Ustava Italije, čl. 110 st. 1 Ustava Grčke iz 1975, čl. 288 t. “b” Ustava Portugala iz 1976, čl. 4 Ustava Turske iz 1982, čl. 142 Ustava Madagaskara iz 1992. godine itd. Istorijski posmatrano, još je “Treća” francuska republika poznavala navedenu klauzulu; razlog njenog unošenja u Zakon od 14. avgusta 1884. godine predstavljala je ubedljiva antimonarhistička većina u oba doma parlamenta u to doba (Barthélemy, str. 36). Danas, čl. 38 st. 5 Ustava Indonezije iz 1945. zabranjuje promenu odredbe o unitarnom obliku države, a čl. 79 st. 3 Osnovnog zakona Nemačke čini nedopuštenom reviziju koja bi se odnosila na federalnu strukturu države i učešće država članica u saveznom zakonodavnom procesu.

ZAKLJUČAK
ILI PRILOG SPREČAVANJU ZLOUPOTREBE USTAVOTVORNE VLASTI

Najteži zadatak pred kojim se nalazi svaki nosilac ustavotvorne vlasti predstavlja odupiranje porivima za njenom zloupotrebom. Kvalitetni dugovečni ustavi predstavljaju retkost upravo zato što je čak i moderna istorija prepuna primera ovakve zloupotrebe. Istina, pošto su ustavi uvek posledica posebnih istorijskih uslova i kulturno-političkih prilika, nije lako ustanoviti da li je određeni ustavni akt proizvod njihovog samostalnog delovanja ili plod želje za neograničenom vlašću. Ipak, savremena uporedna ustavnost nudi izvesne pokazatelje na osnovu kojih je moguće identifikovati najviše propise čije nastajanje nije predstavljalo proizvod nesavesnog postupanja ustavotvorca.

Nepriistrasne, vanpolitičke vrednosti ustavnog poretka ne postoje. Uslovi pod kojima zemlja ulazi u ustavotvorni proces vrše veliki uticaj na sadržinu ustavnih normi. Svaki ustavotvorac mora da se opredeli da li će šef države biti monarh ili predsednik, da li će (eventualni) predsednik biti biran od strane građana ili u parlamentu, kao i da li će vlada biti odgovorna parlamentu ili šefu države (ili i jednom i drugom izvoru vlasti), itd. Ako se uzme u obzir visok stepen verovatnoće da je svaki nov ustav gotovo uvek pisan u osvit krize ili vanredne okolnosti neke vrste,²⁹ pragmatičan izazov da se “pogreši” u uspostavljanju optimalnog ustavnog poretka ne može da bude zanemaren.

Ipak, potreba za pronalaženjem pravila i načela kojima će biti sprečena zloupotreba ustavotvorne vlasti predstavlja dužnost svakog modernog ustavotvorca. Ravnoteža između grana vlasti, zaštita prava i sloboda i garancije poštovanja vladavine prava predstavljaju temelj za konstituisanje slobodne, demokratske i ustavne vlasti. Nekoliko pojedinosti mogu da budu od pomoći za ustanovljavanje optimalnih mehanizama kojima bi zloupotreba ustavotvorne vlasti bila sprečena.

Pre svega, ustavni dokument mora da bude usvojen nakon konsultovanja najšireg mogućeg kruga učesnika političkih procesa. Ustavi koji su pomogli stvaranju političke stabilnosti u pojedinim zemljama odlikuju se sadržinom koja je, u konkretnom istorijskom trenutku, predstavljala plod kompromisa između različitih političkih činilaca (stranaka ili drugih grupa).³⁰ Ova okolnost utiče na legiti-

²⁹ Elster, str. 370, 390 i 394.

³⁰ Ovakvi “ustavi-kompromisi” usvojeni su u: SAD, Italiji, Nemačkoj, Portugalu, Španiji itd. Do pravne i političke stabilnosti, ipak, neće doći ukoliko ustav predstavlja ishod običnog “cenkanja”, umesto autentične političke vizije ustavotvor(a)ca. Problematični su u tom smislu ustavi koji odražavaju “duh transakcije” (Barthélemy, str. 44–45), odnosno koji “ne proizvode dobre kompromise već loše uklopljene mozaike” (Sartori, str. 112). Teško je odrediti u koju od ove dve kategorije mogu biti ubrojani tzv. konsocijativni ustavni modeli.

mnost najvišeg propisa i njom se izbegava majorizacija u tako važnom postupku kao što je donošenje osnovnog normativnog akta političke zajednice.

Od velike koristi bi bilo i referendumsko izjašnjenje – nakon ubedljive potvrde u parlamentu – o nacrtu ustava koji je usavršen predlozima stručne javnosti. Pored toga što bi na taj način došlo do praktične potvrde teorijskih postavki o njemu kao pluralističkom demokratskom dokumentu, ustav bi ovim dao do znanja – od prve faze svog života – da su stvarni subjekti procesa ustavotvorstva građani, čije slobode treba da budu zaštićene efektivnom primenom ustava. Građanin treba da bude središte zanimanja ustavnog dokumenta i taj zaključak predstavlja ishod procesa konstitucionalizacije ustavotvorne vlasti naroda (zajednice građana) u savremenom ustavnom pravu. Stoga se među najvažnije državne zadatke određene ustavom ubraja zaštita neotuđivih ljudskih prava. Na taj način kod građana se najbolje razvija osećaj pripadnosti legitimnom ustavnom sistemu i želja za njegovim poštovanjem i usavršavanjem.³¹ Jedan od pouzdanih indikatora ustavotvorne vlasti koja je upotrebljena u skladu sa načelom savesnosti predstavlja i izlaganje ekstenzivne liste karakteristika pojedinaca koje ne smeju da predstavljaju osnov za diskriminaciju i koja, sama po sebi, nema odlike *numerus clausus* pobiranja.

Dalje, objektivno orijentisanu ustavotvornu vlast odlikuje izbor užeg predmeta normiranja. To znači da će ustavotvorac koji je nezainteresovan za kapitalizaciju neposrednih političkih dobitaka sastaviti relativno kratak, optimalan tekst. U njemu će biti obrađene središnje političke i vrednosne teme društva, odnosno, teme koje su nesumnjivo ustavnog ranga. Njihova normativna redakcija treba da se odlikuje odsustvom dogmatskog pristupa autora. Iz primene takvog teksta nužno bi usledila snaga ustavnih običaja, koji, pak, ne bi smeli da imaju sadržinu *contra constitutionem*. Na žalost, nije moguće postaviti standard obima ustavnog regulisanja, ali on svakako ne bi trebalo da obuhvata norme koje na prvi pogled sugerišu mogućnost preteranog (ili, sa druge strane, previše ograničenog) normiranja. Istovremeno, zakonska konkretizacija ustavnih normi treba da bude omeđena zabranom ili rigoroznim uslovljavanjem delegacije ovlašćenja u korist egzekutive, kako povoljan normativni okvir ne bi predstavljao izgovor za previše čestu upotrebu vanrednih ovlašćenja izvršne vlasti (ili, češće, njenog šefa).

Najzad, nema zloupotrebene ustavotvorne vlasti koja dopušta slobodno funkcionisanje redovnog i ustavnog sudstva. Konstitucionalizacija stvarno nezavisne sudske vlasti predstavlja veliku “žrtvu” ustavotvorca, njegovo odricanje od pretenzija nad ocenom pravne valjanosti sopstvenih postupaka.³² Ovo je uvek

³¹ Na takav se osećaj misli kada se govori o fenomenu “ustavnog patriotizma”, razvijenog u Nemačkoj od samih početaka primene Osnovnog zakona (prema: Häberle, str. 237).

³² Ustavno sudstvo je imalo zapaženu ulogu u konstitucionalizaciji osnovnih sloboda i vladavine prava u SAD, Norveškoj, Italiji, Nemačkoj, Turskoj, Južnoafričkoj Republici, itd.

važno merilo za utvrđivanje da li je ustavotvorna vlast zloupotrebljena ili ne. Uz to, osnovne konture izbornog sistema za izbor predstavničkog tela (odabir konkretnog izbornog sistema: većinskog, proporcionalog, ili mešovitog) moraju se naći u ustavu, pošto je mogućnost izigravanja volje ustavotvorca na tom planu potencijalno veoma štetna po ustavnu stabilnost.

Ustav mora da sadrži opšta, objektivna i impersonalna pravila, te da stvori optimalne uslove za svoju izmenu, u svrhu usklađivanja ustavnog prava sa političkom dinamikom društva. Ustavotvorac koji zanemari ove zahteve suočava se sa opasnošću da njegovo delo bude kratkog veka i da ne ostavi dublji trag u istoriji zemlje čije temelje bi trebalo da uredi. *Utvrdjivanje normativnih osnova države, u obliku "iscrtavanja" temeljnih karakteristika njenog političkog i pravnog uređenja, prilika je koja se pruža svakom ustavotvorcu, bio on sklon zloupotrebi nadležnosti kojom raspolaže ili ne. Zato ključ uspešnog konstitucionalizma (shvaćenog kao ograničavanja najviših vlasti opštim pisanim normama) ne leži u razdvajanju prava od politike, već u odvajanju prave ustavne politike od obične, svakodnevne politike.*

VLADIMIR MIKIĆ, LL.D.,
Associate of the University of Belgrade

ABUSES OF THE CONSTITUENT POWER:
A DOCUMENT FOR ONE'S INDIVIDUAL INTEREST
OR FOR MANY GENERATIONS

Summary

The constituent power – understood as the power to frame constitutional documents – in any, even a modern society, can be abused, i. e. used contrary to the principles of the rule of law, democracy, and constitutionalism. The examples are not offered only by the outcomes of the post-colonial, socialist, or other authoritarian modern constitution-making processes, but also by some normative products of liberal constitutional theory. This article provides methods and patterns for the abuse of the constituent power in the purposes of gains of powerful individuals or political groups, which can be found in the contemporary comparative constitutional law. It also indicates the risks for the political and legal stability, legitimacy and sovereignty which could be avoided or overcome by the long-term-oriented, objective and more thoughtful constitution-making, as well as by setting the optimal limits of constitutional change. The article proves that absence of the abuse of the constituent power leads to adopting the (comparatively rather rare) constitutions which have a profound effect of political stabilization and are more long-lasting than the other ones.