Dr Janko Kubinjec
advokat u Bačkom Petrovcu

NAČELNA KRITIKA USTAVA EVROPE*

SAŽETAK: Temeljni prigovor koji se može uputiti Ustavu Evrope jeste prigovor nedostatka jasnog kriterijuma sistematizovanja. Sva-ki ustav se mora zasnivati na pojmu prava i njegovom razvoju. Ustav kao istinska konstitucija ne treba da sadrži pravne norme nego principe prava. Predstojeće donošenje Ustava Evrope je istorijska prilika za raskid sa dosadašnjom ustavnom tradicijom i za preduzi-manje ovakve revolucije u ustavnom pravu.

Ključne reči: Ustavi-katalozi, sistematičnost, razvoj pojma prava, ustavni principi, pravne norme, postojanje, važenje, trebanje

Kada je u februaru ove godine na referendumu u Španiji Ustav Evrope dobio nedvosmisleni podršku, optimizam je zahvatio političke krugove Evrope i očekivalo se da će Ustav do kraja 2006. g. biti prihva-ćen sa lakoćom u gotovo svim zemljama Evrope i jedino se određena rezerva zadržavala prema prihvatanju Ustava u Velikoj Britaniji. Međutim, kako se približavao dan referenduma u Francuskoj, ispitivanja javnog mnjenja su sve više pokazivala da je prihvatanje Ustava u toj zemlji sa-svim neizvesno. Nakon toga, usledili su poznati rezultati referenduma naj-pre u Francuskoj a odmah zatim i u Holandiji. Ustav nije prihvaćen.

Bez obzira na to što su nas vodeća imena evropske politike uverava-la da problem Ustava ne treba identifikovati sa problemom same političke ideje ujedinjene Evrope, ne može se osporiti da je neusvajanjem Ustava u Francuskoj i Holandiji, ovoj ideji naneta politička šteta.

Međutim, u pravnom smislu nad ovim projektom Ustava Evrope ni najmanje ne treba proli-vati suze jer je reč o projektu sa tako fundamental-nim nedostacima da njegovo eventualno konačno odbijanje može biti sa-mo korisno za pravno konstituisanje ujedinjene Evrope. O pravnim nedo-

* Rad primljen: 31. VIII 2005. godine.

stacima Ustava Evrope sasvim načelne i fundamentalne prirode biće reči u ovoj raspravi.

* * *

Pre svega, reč je o jednom od najopširnijih Ustava u istoriji, što je u ovom smislu odstupanje od dosadašnje ustavne tradicije. Doduše, obimnost jednog pravnog akta sama po sebi ne mora biti nedostatak, te dakle treba razlikovati obimnost od opširnosti. Obimnost je naime rezultat pedantnosti u ekstenziji, dok je opširnost rezultat prelaska u nekontrolisano i uzaludno pripovedanje. Kada je reč o ustavnom tekstu ovaj problem naravno ima vrlo ozbiljnu dimenziju jer se u slučaju opširnosti ustavom pokušava urediti i materija koja po svojoj prirodi ne spada u ustavnu problematiku. Reč je dakle o nepoznavanju granice u jednom vertikalnom odnosu ustavnih normi s jedne strane i svih ostalih normi u pravnom poretku s druge strane. Mora se jasno razlikovati materija fundamentalnih zakona od materije ustava, što znači da se mora uvideti da nije ustavna materija sve ono što doduše jeste fundamentalno, ali ipak nije konstitutivno za poredak. Manje suštinski ali ne i manje pragmatično značajan nedostatak ustavne opširnosti sastoji se i u njoj implicitnoj krutosti pravnog sistema koji opširnim ustavom sam sebe lišava mogućnosti promena koje su u svakom poretku neophodne.

Ustav Evrope obiluje upravo opširnošću ovde kritikovane vrste.

Pre svega, Ustav sadrži izuzetno velik broj ustavnih odredbi koje po svojoj prirodi ne spadaju u ustavnu materiju.

Nadalje, tekst sadrži sasvim nepotrebna ponavljanja istih pravnih instituta, doduše obrađenih sa različitih aspekata.

Najzad, značajan deo teksta ima karakter pravne argumentacije umesto pravno-normativnog uređivanja, tako da dobar deo Ustava zapravo nema prirodu pravnih normi nego ima prirodu stavova pravne politike. Pravna argumentacija, dakle stavovi pravne politike, po svojoj prirodi ne treba da budu sadržaj nijednog opšteg pravnog akta — to su kategorije koje treba da sadrži samo *obrazloženje* odredbi opšteg pravnog akta, koje odredbe moraju imati isključivo normativnu prirodu. Ustav u tradicionalnom smislu je normativni a ne narativni akt. Kada je reč o ustavu, normativnu prirodu nema i ne treba da ima samo preambula. Opšti i pojedinačni pravni akti se po svojoj tehničkoj strukturi oduvek razlikuju po tome što opšti pravni akti ne sadrže razloge zbog kojih su doneti, dok su ti razlozi u vidu argumentacije, odnosno obrazloženja obavezan elemenat svih značajnijih pojedinačnih pravnih akata. To, naravno, ne znači da kreatori opštih pravnih akata nisu dužni da svoje akte zasnivaju na jasnoj argumentaciji. To samo znači da ta argumentacija u tehničkom smislu ostaje izvan samog pravnog akta — argumentacija je ovde samo komponenta procesa donošenja akta.

Ali, ovaj nedostatak je ipak još veoma daleko od onog koji je suštinske prirode i o kome će tek biti reč u ovoj raspravi.

U dosadašnjoj ustavnoj istoriji ustavi su se oduvek pisali tako što su se sastale najmudrije glave koje su se zatim upuštale u dugotrajne i dubokoumne rasprave o tome šta je sve od fundamentalnog pravnog značaja i šta sve zbog takvog svog značaja treba da dobije status ustavnog instituta. Tako će se na primer doći do toga da u ustav treba da uđe odredba o zabrani rasne diskriminacije, ali i nacionalne, polne, verske. Neko će zatim dodati da je od izuzetnog značaja i zabrana diskriminacije po osnovu političkog opredeljenja, pa će se svi složiti da i to treba da se upiše u ustav. Neko će tome dodati i potrebu ustavnog normiranja zabrane diskriminacije egzotičnih manjina ili onih koji su slabiji (na primer dece i starih). I to će naravno svi prihvatiti. Tako će se u ustav unositi jedna po jedna odredba, jedno po jedno poglavlje. Stvaranje ustava će se završiti kada autori budu iscrpljeni i umorni ili kada im ponestane vremena koje im je odobrio nadležni organ određujući rok za pisanje ustava.

Tako su se oduvek pisali i tako se i danas pišu *ustavi-katalozi* — a samo takvi su poznati pravnoj tradiciji. Niko — ni mudri ustavopisci, ni učeni profesori, ni kompetentni političari — nije u mogućnosti da u našem primeru navede zaista ozbiljne razloge zbog kojih je na primer izostala još poneka odredba o eksplicitnoj ustavnoj zabrani diskriminacije po nekim „dodatnim“ osnovima (npr. jezik, obrazovanje, društveni položaj) ili pak zašto je trebalo da se posebno i izričito normira svaka od onih zabrana diskriminacije za koju je to učinjeno. Reč je, naravno, o očiglednom nedostatku sistematičnosti. Očiglednom i nedopustivom.

Kada je Zapad svojevremeno s pravom kritikovao marksističku teoriju prava po kojoj se pravo definiše kao „sistem društvenih normi koje sankcioniše država“, dakle kada je ovu teoriju kritikovao kao sistem proizvoljnosti koji sankcioniše država, kao politički voluntarizam najgore vrste zaodenu u pravno ruho — zapadni kritičari uopšte nisu bili svesni toga da pravna praksa — u svom teorijskom temelju — ni u njihovim zemljama u suštini nije odmakla dalje od proizvoljnosti i voluntarizma i da je pozivanje na civilizacijske vrednosti kao što su sloboda, pravda, jednakost i slično — nešto što se zapravo u jednoj suštinskoj dimenziji ne suprotstavlja navedenoj marksističkoj definiciji prava. Naglasio sam — „u teorijskom temelju“. Niko naime ne može da ospori da je na Zapadu došlo do zavidnog nivoa razvoja prava i da se stanje stvari u tom smislu u „ostalom“ delu sveta sa Zapadom ne može i ne sme ni upoređivati. Ali, nije o tome ovde reč. Ovde je reč o samim principijelnim — „teorijskim“ — temeljima tog razlikovanja. U jednom teorijskom i filozofskom smislu možemo reći da je stanje stvari od Francuske revolucije do danas na Zapadu rezultat slučajnosti!

Ako se ustavi na Zapadu pišu na ovde opisan način, ako je tako — a tako je — pisan i predlog Ustava Evrope, onda je svaka pametna odredba koja je u ustav uneta, ušla tamo zahvaljujući tome što se građanima posrećilo da se neko doseti potrebe za ovom ili onom ustavnom instituci-

jom. Dakle, sam temelj pravnog sistema zapravo je u suštinskom smislu rezultat slučajnosti jer ustavni akt nema jasan unapred određen kriterijum po kome se formira, te samim tim i nema karakter sistema u kome bi svaki od instituta bio nužan i u kome ništa nije suviše ni slučajno, te u kome se jasno uočava svaki eventualni nedostatak nekog od instituta. Niko ne može pokazati nijednu konstitutivnu kategoriju Ustava Evrope čijim bi izostavljanjem ceo ustav bio doveden u pitanje. Jednako kao što predložen tekst ne bi bio ništa više a ni ništa manje kvalitetan ako bi mu se još poneki institut dodao. To je smisao u kome ovaj ustav pripada tipu ustava-kataloga, ustava-zbirki, ustava koji su uređeni bez jasnog teorijskog kriterijuma. To je smisao u kome su svi savremeni ustavi zapravo ustavi-katalozi. To je najzad smisao u kome je — inače neosporno dragocena — demokratska praksa Zapada u jednom teorijskom smislu slučajna i ništa manje proizvoljna od one koja je proizvela pravne poretke neslobode, među koje neosporno spadaju i oni već pomenuti koji su se zasnivali na marksističkom definisanju prava kao (*svakom*) sistemu normi koji sankcioniše država.

Dakle, Ustavu Evrope se pored prigovora opširnosti može uputiti i prigovor proizvoljnosti, tj. nesistematičnosti.

* * *

Možda je upravo donošenje Ustava Evrope, odnosno konstituisanje Evrope kao pravnog subjekta istorijska prilika za istinsku pravnu revoluciju koja bi konačno raskinula sa proizvoljnošću u kreiranju pravnih poređaka.

Pravni fenomen je jedan od segmenata duhovnog fenomena. Duhovni fenomen je pak jedan od slojeva bića-sveta, pored neorganskog, organskog i psihičkog. S obzirom da je dakle pravni fenomen jedan segment bića, to su i za ovaj segment svakako karakteristične osnovne zakonitosti bića kao onoga što postoji — iste one zakonitosti koje su kao one koje pripadaju biću kao sveukupnosti karakteristične i za sve ostale segmente bića. Biće nije zasnovano na slučajnostima nego na zakonitostima koje su čoveku više ili manje poznate. Za pravni fenomen su nadalje karakteristične i specifične zakonitosti duhovnosti, koje su karakteristične za celokupnu sferu duhovnosti, za sve njene segmente a sa kojima se s druge strane ne srećemo u drugim slojevima bića, kao što su sloj prirodnosti (sloj neorganskog i sloj organskog) i psihički sloj. Najzad, pravnom fenomenu su svojstvene i sasvim specifične zakonitosti bića, odnosno duha koje su karakteristične samo za ovaj segment bića, odnosno duha (koji je pravo). Pravo dakle definitivno nije samo sistem društvenih normi koje sankcioniše država, naime ono to nije da tako kažem pre svega, ono to nije po svom pojmu, iako naravno jeste i to. Ono to nikada nije po svojoj prirodi, po svojim zakonitostima na kojima se zasniva nego tek po jednoj od odredbi svoje socijalne manifestacije, po jednoj od svojih akcidenција. Ono to nije po svojoj suštini, nego samo po jednoj od svojih tako reći

spoljašnjih odredbi. Pravo dakle definitivno nije nešto proizvoljno što zavisi od „volje vladajuće klase” (kako bi rekli marksisti) ili pak od demokratske većine (kako bi se reklo na Zapadu). Ako većina u parlamentu izglasa zakon na osnovu koga treba streljati sve pripadnike manjine, ili ako parlament možda čak jednoglasno ili aklamacijom odluči da treba utamničiti sve pripadnike neke egzotične manjine — ta neosporna većina neće tom aktu dati prirodu prava jer pravo nije sve ono o čemu je odlučeno u proceduri predviđenoj za kreiranje prava. Ni nepobitna legitimnost nadležnosti organa, ni besprekornost pravne procedure još ni najmanje ne obezbeđuju ispravnost prava, tj. njegovu istinsku autentičnost. Isto kao što svako delo Leonarda da Vinčija ne mora biti umetničko delo, tako ni svaki Kelzenov ustav ne mora imati prirodu autentičnog prava. I isto kao što parlamentarna većina ne može izglasati da se ubuduće neće primenjivati zakon gravitacije (zakon onog segmenta bića koji je priroda), tako ne može izglasati ni da će ignorisati ontološke zakonitosti prava kao fenomena (zakone onog segmenta bića koji je duh). Parlamentarna većina u faktičkom smislu to naravno sve može izglasati — i ignoraciju zakonitosti prirode i ignoraciju zakonitosti duha — ali će posledice takve odluke biti jednako katastrofalne bez obzira da li je reč o gradnji kuće uprkos zakonima gravitacije ili o kreiranju ustava uprkos ontološkim zakonitostima prava.

Kod kreiranja svakog pravnog akta neprestano se moraju imati u vidu ontološke zakonitosti pravnog fenomena. Taj imperativ naročito dolazi do izražaja kod kreacije ustavnog akta kao temelja celokupnosti pravnog poretka. Nijedno ustavno rešenje — bez obzira na meru u kojoj je ono dobro ili loše — ne sme biti rezultat slučajnog mudrog predloga nekog od članova radne grupe za pisanje ustavnog projekta. Svaka reč i svaki zarez nužno mora biti proizvod brižljive primene ontoloških zakonitosti pravnog fenomena.

Zakonitosti duha su matrice civilizacije koje postoje nezavisno od toga da li će ih jedna socijalna zajednica primeniti ili ne. Postoje zakonitosti po kojima se izgrađuju dela umetnosti, moralne institucije, političke i pravne institucije itd. Ne postoje dva ili više sistema zakonitosti nijednog od ovih fenomena. Postoje dakle samo jedne i jedine zakonitosti prava kao fenomena, odnosno samo jedna matrica civilizacije. Ali to ne podrazumeva postulat za identičnošću svih pravnih poredaka. Kao što se na jednom zakonu gravitacije svaka pojedinačna prirodna pojava odigrava drukčije, iako uvek unutar tog istog i jedinog zakona gravitacije, tako se i tvorevine umetnosti ili prava, ukoliko su autentične, ukoliko nisu ni privid umetnosti (kič) a ni privid prava, uvek izgrađuju na temelju istih i jedinih zakonitosti duha ali unutar toga svakako na empirijski međusobno različit način. Sasvim precizno rečeno: na osnovu jednog sistema zakonitosti prava kao duha izgrađuju se pravni sistemi koji su empirijski različiti a principijelno identični. Ako nisu, tada to ne može biti autentično pravo jer nije primenjena matrica civilizacije.

Pozitivno-pravnim rečnikom rečeno, to znači da se kod konstituisanja pravnih instituta, tj. donošenja ustava mora pre svega poći od samog pojma prava. Mora se poći od same suštine prava, što će nam omogućiti da odredimo predmet i sredstvo socijalne zajednice koja se temelji na pravnom poretku. Na taj način bi se mogla izbeći neodređenost i nedostatak kriterijuma, što je došlo do izražaja već u čl. 1-2 Ustava Evrope u kome je određeno da je „Unija zasnovana na *vrednosti* poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokratije, jednakosti, pravne države, kao i poštovanju ljudskih prava, uključujući i prava lica koja pripadaju manjinama”. U sledećem članu (1-3) određuju se *ciljevi* Unije koji se sastoje od „unapređenja mira, njenih vrednosti i blagostanja njenih naroda”. Niko naravno ne može da navede razloge zbog kojih su vrednosti određene upravo na naveden način a ne ni restriktivnije ni ekstenzivnije, kao što isto to niko ne može da objasni ni kada je reč o navedenim ciljevima. Niko takođe nije u stanju da navede razloge zbog kojih na primer mir nije svrstan u vrednosti nego u ciljeve ili zbog kojih je pravna država svrstana u vrednosti a ne u ciljeve. Kod izostanka kriterijuma, određenost nije moguća. Niko ne može ništa reći ni protiv jedne od ovim ustavom predviđenih vrednosti¹ i ni protiv jednog od ciljeva kao takvih. Ali, ono na čemu se ovakvo konstituisanje ustava zasniva nije ništa više od prostodušne dobrodušnosti — što je svakako veoma daleko od svake pravne razločnosti. Sve to bez obzira na ispravnost ponuđenog rešenja jer svaka eventualna ispravnost rešenja do koga se došlo na ovaj način u jednom suštinskom smislu je slučajnost.

Mora se najpre odrediti suština prava. Time će se odrediti predmet jednog poretka koji je pravni poredak. Odmah nakon toga je potrebno odrediti sredstvo za ostvarenje takvog pravnog poretka. Ta određenja ne smeju biti politička jer pravo nije politički pojam — samo je pravna politika ono što opravdano može podleći i političkoj argumentaciji, dok je samo pravo filozofsko-naučni pojam. Ne može se reći da je pravo pravni pojam jer time ništa ne bi bilo rečeno. Zapravo sasvim precizno treba reći sledeće: do pravnog pojma se dospeva filozofskim i naučnim saznanjem, te dakle taj pojam kreatori ustava moraju preuzeti od filozofa i teoretičara. Do određene pojedinačne politike prava se pak ne dospeva filozofskim i naučnim dokazivanjem, nego pragmatičnom argumentacijom. Predloženi koncept Ustava Evrope ne počinje od prvog nego od drugog koraka. Ovaj koncept izostavlja utvrđivanje istinskog temelja, ne upušta se u utvrđivanje pojma prava i pojma pravnog poretka i odmah prelazi na konstruisanje pojedinih pravnih instituta. Takvo konstruisanje, usled toga što ne počinje od početka, usled toga što nije utemeljeno na pojmu prava upravo — nužno je konfužno i u jednom filozofsko-teorijskom smislu sasvim proizvoljno.

Ne sme se nijedan autentični pravni poredak zasnovati na političkoj i pravnoj argumentaciji nego na filozofskom i teorijskom poimanju. Time

¹ Izostavljamo ovde raspravljanje o pojmu pravnih vrednosti, čime bi se predloženo ustavno rešenje dodatno dovelo u pitanje.

nećemo formirati Platonovu državu filozofa jer je ovde reč o ustavu a ne o celokupnom pravnom sistemu, što znači da je ovde reč o utemeljenju a ne o izgradnji celokupnog poretka, ovde je reč o otkrivanju principa prava a ne o kreaciji njegovih pojedinih rešenja.

Donošenje ustava treba naime shvatiti kao konstituisanje principa prava a ne kao formiranje pojedinih prava, tj. pravnih instituta pozitivnog prava. Ako se ustavna nadležnost odredi na takav način, izbegava se s jedne strane proizvoljnost karakteristična za celokupnu dosadašnju ustavnu tradiciju s jedne strane, ali i u suštini totalitaristička opasnost koju u sebi nosi Platonovo shvatanje države filozofa s druge strane. Niko ne može pretendovati na to da filozofi pronalaze najbolje pravno rešenje naprosto zbog toga što nijedno pravno rešenje ne može biti rezultat saznanja, nego uvek samo rezultat argumentovanja, dakle pravnog vrednovanja. Ali, ako u ustavu nije reč ni o jednom pravnom rešenju nego o principima pravnosti kao temelju za svako pravno rešenje, tada se ti principi, koji se razvijaju iz pojma prava, mogu s pravom dati u nadležnost Platonovim filozofima jer tada nije reč o pravnom vrednovanju nego o saznanju pravnog fenomena. Tada se ustav zasniva na dokazivanju pojma prava i njegovom razvoju, dok se tek počev od zakona pa nadalje pravni fenomen zasniva na argumentaciji. Dosadašnja tradicija ustavnosti je svedena na pravnu pragmatiku jer se ustavi — uključujući ovde i Ustav Evrope — zasnivaju na pravnoj argumentaciji koja donosi čisto normativna rešenja. Potrebno je ustanoviti novu ustavnost koja neće polaziti od ovog drugog koraka — koji se sastoji u argumentaciji o prihvatljivosti pojedinih pravnih rešenja — nego od prvog — koji se sastoji od filozofsko-teorijskog dokazivanja ispravnosti principa svake pravnosti.

Ustav bi u tom slučaju zaista bio konstitucija a ne tek jedna od mogućih pravnih institucija. Tek to je način na koji se može uspostaviti zaista principijelna razlika između ustavnih i ostalih pravnih normi.

Shvatanje ustava kao principa prava a ne kao normativnih pravnih rešenja omogućava i suštinsko prevazilaženje suprotnosti kontinentalnog i precedentnog prava. To prevazilaženje se može sastojati u uspostavljanju precizne ravnoteže između pravno-laičke prirode parlamenta i stroge stručnosti sudija ustavnih sudova. Naime, to bi moglo da podrazumeva kontinentalnu isključivu nadležnost parlamenta u kreiranju prava, ali sada uz ojačanu poziciju judikature preko instituta ustavnog sudstva koje se u oceni ustavnosti akata legislative više ne oslanja na pravo kao ono što je pojedinačno i što može biti i drukčije, nego na princip, na ustavne principe koji bi trebalo da budu jednoznačni. Ako je ustav empirijska odredba pravnih principa a ne tek katalog prava, tada se takav ustav kao uporište ustavnog sudstva javlja kao nešto neuporedivo čvršće od ustava u tradicionalnom smislu, čime se značajno ojačava pozicija ustavnog sudstva, odnosno judikature uopšte. Ustavni sud se u oceni ustavnosti akata legislative tada više ne poziva na razloge „pravnog kataloga” sa nazivom ustava, nego se poziva na nešto što zapravo prethodi celokupnom pravu — na same principe prava. Time se pozicija judikature u kreaciji opštih akata i u

kontinentalnom sistemu prava pojačava do nivoa koji je do sada bio karakterističan samo za precedentno pravo. Ali, treba ovde jasno naglasiti da se sada jaka pozicija judikature ne zasniva više na *pravnoj argumentaciji*, kao u sistemu precedentnog prava, nego na samom *pojmu prava*. Ovakvim naglašavanjem uloge ustavnog sudstva uspostavlja se protivteža neizbežno laičkom karakteru parlamenta. Naglašen položaj legislative u kreaciji prava, karakterističan za kontinentalni sistem i naglašen položaj judikature u kreaciji prava, karakterističan za precedentni sistem — ovde na neki način dospevaju do svog izmirenja.

* * *

O ustavu kao zbirci temeljnih prava, o ustavu-katalogu koji se zasniva na onome čega su se bez ikakvog unutrašnjeg sistema dosetile mudre glave — više ne može biti reči. Sada je reč o samom pojmu prava, o pojedinim temeljnim kategorijama koje se iz tog pojma razvijaju kao njegove nužne odredbe, sada je reč o *saznanju* a ne o *kreiranju* ustavnih principa. O ustavu se u tom slučaju uopšte i ne govori kao o *pravu*, nego isključivo kao o *principima pravnosti* — o ontološkim zakonitostima prava kao fenomena. Na taj način kreacija prava kao normativne stvarnosti iz ustava potpuno prelazi u zakone. Ustav tada ne samo da nije katalog prava, nego uopšte nije pravni akt u jednom tradicionalnom pravno-normativnom smislu. Ustav je sistem saznatih principa prava na kojima mora biti utemeljeno svako pravo koje pretenduje na autentičnost, jedna pred-normativnost koja treba da posluži kao temelj celokupne normativnosti.

Ustav koji čine ustavni principi uopšte ne ustanovljava prava. Ali upravo to mu omogućava da bude istinska *konstitucija*. Na taj način tradicionalni ustav odlazi u prošlost, time se istorija tradicionalne ustavnosti završava, ali sa stanovišta civilizacije to nije kraj istorije nego tek njen istinski početak jer je pravo na taj način konačno shvaćeno u svom pojmu. Autentično pravo time obezbeđuje sebi istinski temelj, te autentično pravo nije više rezultat slučajnosti kao što je to bilo do sada.

Do ustavnih principa se dospeva njihovim saznanjem. Za razliku od ove prednormativne sfere, do svih normativnih instituta pravnog fenomena — do zakona, uredbi, presuda, rešenja, dakle do opštih i pojedinačnih normativnih pravnih akata nikada se ne može dospeti saznanjem onoga već postojećeg, nego tek kreacijom onoga što do tada nije postojalo. Sredstvo saznanja ustavnih principa je dokazivanje, sredstvo kreacije normativnog dela pravnog fenomena — počev od zakona pa nadalje — jeste argumentacija. Rezultat saznanja principa prava je istina (gnoseološka kategorija), rezultat pravne argumentacije je pravna vrednost (aksiološka kategorija). Saznanje principa pravnosti je gnoseološki akt (akt saznanja bića), kreacija pravnih rešenja je ontološki akt (akt stvaranja bića-prava).

Granica koja razdvaja filozofiju prava s jedne strane i pravnu pragmatiku s druge strane — na ovaj način je pomerena i ona više ne ide onom linijom koja razdvaja metafiziku prava od njegove empirije, kao što

je to bio slučaj u dosadašnjem razvoju prava. Ustavni principi kao principi same pravnosti jesu ono metafizičko prevedeno na empirijsko, drugim rečima oni su ono empirijsko koje je tako reći neposredno zasnovano na metafizičkom. Tako filozofija u određenom smislu postaje pragmatična a to ujedno znači da pravna praksa postaje umna. Filozof time ne postaje zakonodavac, kao što je tražio Platon — ali on istovremeno i ne ostaje u senci ignoracije od pravnih praktičara, kao što je to bilo u dosadašnjoj istoriji, odnosno ustavnoj tradiciji. Do sada su pravni praktičari od filozofa i teoretičara u najboljem slučaju preuzimali „opštu pamet“, dok bi sada od njihovih „instrukcija“ sačinili ustav.

* * *

Kada je reč o predloženom tekstu Ustava Evrope, njegov je opšti i istovremeno temeljni nedostatak što je sačinjen po tradicionalnom konceptu ustava-kataloga. Pristup stvaranju ovog ustava je pogrešan u samom temelju, te se ovaj tekst uopšte ne može popraviti, nego treba pristupiti izradi novog teksta po ovde iznetoj metodi. Takav pristup bi u ovom momentu bio revolucionaran, ali upravo je stvaranje jedinstvene Evrope ono što pruža istorijsku priliku za ovakvu pravnu revoluciju. Ne živim naravno u iluziji da će se današnji vodeći evropski političari, pa ni filozofi, ozbiljno zamisliti nad mogućnošću stvaranja ustava kao kreacije ustavnih principa. Ali, ono što je danas tek usamljen glas utopije, kroz tri stotine ili pet stotina godina biće nešto što se podrazumeva samo po sebi. Do pre dve stotine godina poredak zaista opšte demokratije nije bio poznat istoriji — a sada, nakon dvesto godina, što je sa stanovišta istorije tek jedan tren, takvo nešto je razumljivo samo po sebi. Kritika predloženog Ustava Evrope sa stanovišta ustavnih principa ne ide dakle za tim da impresionira danas nadležne političare, nego tek za tim da njihovu krivicu zbog propusta koji će učiniti donošenjem ustava-kataloga, dakle da tu krivicu već sada učini neoprostivom.

Sa stanovišta aktuelnog Ustava Evrope ovakva kritika u najmanju ruku implicira zahtev za izostavljanjem celog III dela Ustava, što je njegov najobimniji deo (334 članova od 448 koliko ukupno ima Ustav). Naime, ove odredbe nemaju ustavni karakter ni sa stanovišta dosadašnje ustavne tradicije. Reč je o odredbama koje toliko detaljno uređuju pitanja na koja se odnose da će one nužno biti zapravo prepreka životu i zahtevaće vrlo česte, čak neprestane promene ustavnog teksta. Dakle, čak i kada bi se prihvatilo tradicionalno shvatanje ustavnosti kao normativne sfere, ovakve odredbe ipak zbog svoje nedovoljne načelnosti ne bi spadale u ustavnu materiju. Već samo određenje trećeg dela Ustava ukazuje na to da odredbe koje se tu nalaze neće biti ustavne prirode sa stanovišta tradicionalne ustavnosti — ovaj deo je definisan kao „Politike i način rada Unije“. Ovaj deo Ustava odgovara samo prvoj reči naziva ovog akta koji ga određuje kao *ugovor* (o ustavu za Evropu). Naime, odredbe o „politici i načinu rada“ i po svom predmetu i po svojoj prirodi zaista spadaju u

ugovorno ali ne i u ustavno pravo. „Tradicionalno neustavne” odredbe sa-
drži i prvi i drugi deo ustava, ali treći deo sačinjavaju isključivo takve
odredbe.

U ovom kontekstu treba naglasiti da se ustavno i ugovorno pravo
principijelno razlikuju. Sve teorije društvenog ugovora kao legitimnog te-
melja društvene zajednice, bez obzira da li je reč o društvenom ugovoru
kao fikciji, pretpostavci ili nečemu što se zaista desilo u istoriji — sve te
teorije ne dotiču istinsku suštinu temelja pravnog poretka koji formira
ustav. Ugovor podrazumeva saglasnost volja a u ovom tekstu je već uka-
zano na to da saglasnost volja sa stanovišta suštine stvari — prava formi-
ranog na principima pravnosti — nema nikakvog značaja.² Do zajednice
„Evropa” se u pragmatičnom smislu danas zaista može doći jedino ugo-
vorom, ali taj ugovor treba da bude samo sredstvo njenog *političkog* kon-
stituisanja. Kada je reč o *pravnom* konstituisanju, prelazimo na teren
ustavnog prava koje se nikako ne može u jednom suštinskom smislu te-
meljiti na saglasnosti volja, tj. na ugovoru. Sasvim precizno rečeno: sa-
glasnost volja mora prihvatiti ustav, ali se on kao pravni akt nikada na ta-
kvoj saglasnosti ne može istinski utemeljiti.

Pored toga, ovde je reč o ugovoru koji zaključuju države a ne indivi-
due, pa dakle ne može biti reči ni o *društvenom ugovoru* u filozofski uo-
bičajenom smislu te reči. Ova pak napomena otvara još jedno pitanje koje
je za ovaj Ustav od suštinskog značaja: ovaj Ustav ne može imati istinsku
prirodu ustava, to nije istinska konstitucija ne samo iz navedenih filozof-
skih razloga nego iz jednog sasvim pragmatičnog: to nije akt građana ne-
go država. Ustav kao istinska konstitucija po svojoj unutrašnjoj prirodi
može biti isključivo akt građana. Ovo nije samo vapaj za građanskim le-
gitimitetom kao jednom političkom kategorijom. Ovo je apel za jedno su-
štinsko okretanje ustavu kao temelju pravnog poretka.

* * *

Pred-normativna odnosno ne-normativna priroda ustavnih principa
ima tačno određeno značenje. Pravnu normu koja postoji i primenjuje se
u određenom pravnom poretku obeležavaju tri osnovne ontološke karakte-
ristike. To su *postojanje* norme, njeno *važenje* i *trebanje* koje ona otvara.
Postojanje je odnos norme prema biću, važenje je njen odnos prema prav-
nom poretku a trebanje je odnos prema stvarnosti (činjenicama). Pogrešnu
dilemu dosadašnje teorije prava da li norma postoji ili (samo) važi može-
mo razrešiti tako što ćemo utvrditi da je reč o logičkom paralogizmu, od-
nosno da je potrebno uvideti da se dva sasvim različita pitanja usled lo-
gičke greške povezuju u jedno i time se dospeva u nerazrešivu situaciju.

² Stoga se još jednom mora podsetiti na to koliko je duboko u pravu Hegel u svojoj
kritici Kanta i Rusoa (§ 29. *Filozofije prava*) naime njihovog shvatanja društvenog ugovora
„po kojemu supstancijalni temelj i ono prvo ne treba da bude volja kao ona što po sebi i za
sebe bitkuje, kao umna, duh ne kao *istinski* duh, nego kao *posebna* individua, kao volja po-
jedinca u njenoj vlastitoj proizvoljnosti”.

Uobičajeno pitanje *da li norma postoji ili važi* potrebno je formulirati kao dva sasvim različita pitanja: prvo pitanje je *da li norma postoji ili ne* a drugo pitanje je *da li norma važi ili ne*. To su dva principijelno različita pitanja koja se nikako ne mogu vezivati ujedno kao što je to uobičajeno a koje glasi: *da li norma postoji ili važi*. Postojanje i važenje uopšte nisu u alternativnom odnosu, kako se to prećutno a sasvim neosnovano pretpostavlja kada se pitanje postavlja na uobičajen pogrešan način. Norma naime postoji kao i svaki drugi segment bića, pri čemu okolnost da njen supstrat nije materija nego duh ni najmanje ne dovodi u pitanje odredbu njenog postojanja. Do zablude je došlo svakako na taj način što su se ovim problemom bavili mislioci za koje možemo reći da naprosto nisu imali „smisla za duhovnost” (takoreći uprkos činjenici da su se bavili pravom). Nedostatak smisla za duhovnost je doveo do toga da su oni *postojanje* bez bilo kakvog osnova svodili na *materijalnost*, što bi se još nekako moglo shvatiti da je reč o misliocima iz oblasti prirodnih nauka, ali je svakako sasvim nedopustivo da bez sluha za duhovnost budu ljudi koji se bave proučavanjem prava (koje je duh). Ako norma važi, onda u tome ne treba tražiti nikakvu suprotnost postojanju nego treba reći da norma *povrh postojanja još i važi*. Najzad, ako norma otvara trebanje, to se trebanje ne uspostavlja uprkos postojanju ili uprkos važenju, nego takođe povrh i jednog i drugog — povrh postojanja i važenja. Upravo: vađenje se temelji na postojanju kao svom preduslovu a trebanje se u istom smislu temelji i na postojanju i na važenju. Ova razlikovanja nisu naravno stvar filozofskog hira nego sasvim određene i neosporive strukture bića, naime onog njegovog segmenta koji je norma. Detaljnije sam se ovim kategorijama kao filozofskim pitanjima bavio na drugom mestu³ a ovde ću ukazati samo na pragmatični, odnosno „pozitivno-pravni” značaj ovih razlikovanja.

Postojanje, vađenje i trebanje kao kategorije jedne pravne norme ne idu uvek zajedno.

Norma može da postoji a da ne važi. Takav je slučaj sa pravnom normom koju je doneo parlament ali još nije stupila na pravnu snagu. U izvesnom smislu o normama koje postoje a ne važe možemo govoriti i kada je reč o normama koje su prestale da važe, iako su sačuvalе svoju duhovnu egzistenciju kao norme koje su nekada važile (za razliku od normi koje su i prestale da važe ali i prestale da postoje jer su tekstovi izgubljeni i zaboravljeni).⁴

³ Upućujem ovde na svoj članak *Trebanje (kao pravna kategorija)* objavljen u Zborniku Matice srpske za društvene nauke, Novi Sad, br. 106—107/1999.

⁴ Norma koja postoji ali ne važi, može se na određen način uporediti sa postojanjem umetničkog dela koje ne proizvodi umetnički doživljaj — to je situacija u kojoj su se oko *Mona Lize* okupili ljudi koji nemaju „umetničko oko” ili situacija pustog ostrva na kojem nema nijednog čoveka, dakle duhovnog bića, koje bi iz tamo ostavljene *Mona Lize* izmamilo njenu metafizičku umetničku pozadinu. Vađenje prava je put kojim se u prepoznavanju analogne strukture duhovnih fenomena može dospeti i do starog problema estetike koji se svodi da pitanje da li i na koji način postoje likovi jednog književnog dela — kao što je vađenje prava njegov odnos prema pravnom poretku, tako je i „vađenje književnih likova” njihov odnos isključivo prema knjiženom delu u kome oni jedino žive, dakle „važe”.

Iz iznetog je očigledno da norma najpre mora postojati da bi eventualno važila iako samo postojanje još nužno ne implicira i važenje. Kao što je već navedeno, razlika se zasniva na tome što je postojanje odnos norme prema biću (onome što jeste, odnosno onome što nije), dok je važenje njen odnos prema pravnom poretku (prema afirmativnoj koegzistenciji sa pravnim poretkom ili indiferenciji prema njemu). U pozitivno-pravnom smislu o važenju možemo govoriti od momenta stupanja na pravnu snagu jednog zakona, odnosno drugog pravnog akta.

Ali svaki zakon koji je donet i koji je stupio na pravnu snagu — i time postoji i važi — ne mora time nužno i da otvara trebanje. Pravnom normom može biti određeno da zakon najpre stupa na snagu a da će se primenjivati tek nakon proteka određenog roka od vremena stupanja na snagu. U tom slučaju odredbu postojanja zakon stiže danom donošenja, odredbu važenja danom stupanja na pravnu snagu a odredbu trebanja od dana određenog za njegovu primenu.

Navedena razlikovanja su značajna za određivanje normativnog karaktera norme, ali u kontekstu ove rasprave pre svega za uspostavljanje razlike prema ne-normativnoj prirodi ustavnih principa.

Ustavnim principima je svojstvena karakteristika postojanja, ali ne i karakteristika trebanja. Međutim, na ovde ključno pitanje — da li im je svojstvena karakteristika važenja — ne može se ovako pojednostavljeno dati odgovor jer se diferencija između ustavnih principa i pravnih normi proteže takoreći *središtem* kategorije važenja. Naime, ustavni principi važe ali u bitno drukčijem smislu od onoga u kome važe pravne norme.

Razlika se sastoji u tome što ustavni principi važe nezavisno od volje čoveka, za razliku od pravnih normi čije je važenje u potpunoj zavisnosti od odluke ljudi, odnosno parlamenta. Ustavni principi važe kao ontološki zakoni bića, nezavisno od toga da li ih je neko saznao ili ne i nezavisno od toga da li će oni biti primenjeni prilikom zakonodavne aktivnosti u određenom pravnom poretku. U tom smislu je njihovo važenje analogno važenju zakonitosti svih ostalih — duhovnih i materijalnih — segmenata bića. Ako ih pravni poredak ne prihvati, njihovo važenje se ni najmanje neće dovesti u pitanje. Zakonitosti prava time neće pretrpeti nikakve posledice, za razliku od pravnog poretka za koji će posledice biti veoma ozbiljne: pravo će biti svedeno na privid, pravo će umesto instituta slobode postati sredstvo neslobode. Važenje ustavnih principa nije njihov odnos prema poretku nego prema biću — jer to su *ontološki zakoni bića*.

Važenje pravnih normi, nasuprot tome, nije njihov odnos prema biću nego prema pravnom poretku — to nisu nužni zakoni bića nego *moгуći zakoni poretka*. Važenje pravnih normi je potpuno zavisno od odluke ljudi.

Kada je reč o donošenju ustava kao istinske konstitucije, dakle kada je reč o donošenju ustava koji ne sadrži pravne norme nego same principe pravnosti, tada treba da bude reč o saznanju i o jednom tako reći gnoseološkom prihvatanju zakonitosti prava kao bića, odnosno duha. Ako se ustavni principi unesu u ustav i kao takvi prihvate od strane organa nadležnih za konstituisanje, tada oni povrhu *ontološkog* stižu i *pravno* važenje,

njihovo je vađenje od tada povrh onog „primarnog” karaktera vađenja kao odnosa prema biću poprimilo i karakter vađenja kao odnosa prema poretku. Za razliku od ustavnih principa, zakoni i druge pravne norme nikada ne mogu posedovati odredbu vađenja kao odnosa prema biću i u tome se sastoji normativna priroda njihovog vađenja, pa i temelj celokupne njihove normativnosti.

Ustavni principi nikada ne mogu uspostaviti neposredan odnos prema stvarnosti u jednom pravnom smislu, tj. na njima se nikada neposredno ne mogu zasnivati prava i obaveze. Drugim rečima, ustavni principi nikada ne otvaraju trebanje. Ustavni principi su zakoni slobode ali nikada ne i njen sadržaj. S druge strane, trebanje formira upravo *sadržaj* slobode na principima prava.

Na taj način ustav postaje jedan ne-normativan akt sa normativnim značajem, tj. sa značajem ne-normativnog temelja za normativnost. Vađenje zakona se tada na ustavu ne zasniva kao na pravnom zakonu (u smislu poretka), nego na zakonu prava, na zakonu bića u segmetnu duha koji je pravo. Tako je ustav instinska konstitucija jer obezbeđuje temelj za autentično a ne bilo kakvo pravo. Tako pravo postaje institut slobode a ne tek zakon proizvoljnosti. Tako ustav prestaje da bude zbirka mudrih dosetki, prestaje da bude katalog prava i postaje sistem zakonitosti prava kao duha.

O projektu ustava kakav bi on zaista trebao da bude na ovom mestu neću pisati jer sam tekst sa takvim sadržajem objavio ranije.⁵

⁵ Upućujem na svoj članak *Ontološka struktura ustava*, Glasnik AKV, Novi Sad, br. 2—3/2005.