

*Marica Mišić**
Ph.D. Student Faculty of Law
University of Niš
ORCID: 0000-0001-9534-6052

BETWEEN DEMOCRACY AND DICTATORSHIP – HYBRID REGIME AND RULE OF LAW**

SUMMARY: Past and on-going political affairs linked to the pandemic, particularly in Serbia (which fits the concept of a hybrid regime), created discussions among some lawyers on whether the President's declaration of a state of emergency was constitutional or not. This is the motivation for a Kelsen – Schmitt debate about who ought to be the guardian of the constitution and drawing some parallels with contemporary hybrid regimes. Some of the problems that arise in hybrid regimes are in relation to the rule of law, the role of the parliament and the constitution. Most contemporary constitutions are based on the rule of law, which is exercised through pluralism, free and fair elections, constitutional guarantees of human and minority rights, separation of powers, an independent judiciary and obedience of the constitution and the law. Using Ser-

* m.marica93@gmail.com

** The paper was received on 2. 2. 2022; the paper was accepted for publication on 13. 4. 2022.

This paper is the result of research for the project “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru” (no. 179046) implemented until 2020 at the Faculty of Law, University of Niš and supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia. This paper is based on the presentation “The Dictatorship and Rule of Law in Hybrid Regimes with Reference to Polemic about the Guardian of the Constitution between Kelsen and Schmitt” presented at the International Scientific (online) Congress – Trnava Law Days 2020, organised by the Trnava University in the Trnava Faculty of Law.

bia as an example, we can notice that the rule of law and the role of parliament as the bearer of constituent and legislative authority are endangered by potential dictatorships in hybrid regimes.

Key Words: dictatorship, democracy, rule of law, hybrid regime, constitution

INTRODUCTION

Many Central and Eastern European countries share similar historical experiences of authoritarianism and some type of dictatorship. After the fall of the Berlin Wall, which symbolically represents the fall of communist regimes in Europe, these countries started their journeys towards establishing democracy, liberal and democratic values and the rule of law. The transitional period should finish with an established and consolidated liberal democracy. Democracy should be the basic social and normative framework for the realisation of human and civil rights¹, and thus is deemed to be more desirable. However, as can be observed, when faced with a crisis, state authorities tend to manifest their dominance and power. Carl Friedrich has pointed out that every government strives to achieve as much authority or power as possible since this contributes to stability and longevity. Speaking of this as a tendency of governments in general, he has stressed that both constitutional democracy or traditional monarchy may become very authoritarian, although they are not autocratic governments.²

After the defeat of the communist regimes in the last two decades of the 20th century in Europe, some theorists announced the end of history and others the end of ideology, which represented a triumph of liberal democracy and an irrelevance of ideology.³ Three decades after the downfall of communism in Europe and two decades after October 5, which marked the beginning of the transitional period in the Republic of Serbia, a former socialist Yugoslav republic, we can and should ask ourselves - was the transitional period successful and if not, what are the reasons? What have we done wrong on our path towards democracy?

Recently, Francis Fukuyama has stressed that Serbia is playing on both sides, trying to present itself as a state which aspires toward the European

¹ Kovačević, S. (2015). *Tranzicija u demokratiji – Transformacija društva i konsolidacija demokratije*. Niš: Faculty of Law, University of Niš, 26.

² Friedrich, C. J., Brzezinski, Z. K. (1965). *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 10–11.

³ For more, see: Hejvud, E. (2005). *Političke ideologije*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

Union, but also strengthening relations and cooperation with China and Russia. He pointed out that under the reign of current president, Serbia is moving fairly steadily in an authoritarian direction, estranging itself from the European Union and its values.⁴ On the other hand, at the end of 2001, as one of the post-communist countries, Yugoslavia was classified among electoral democracies alongside Moldova and Albania, while, for example, Macedonia and Ukraine among ambiguous regimes, Bosnia-Herzegovina, Russia and Belarus as competitive authoritarian, Azerbaijan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan and Uzbekistan as hegemonic electoral authoritarian and Turkmenistan as politically closed authoritarian. Other post-communist countries such as the Czech Republic, Hungary, Poland, Slovakia, Slovenia, Estonia, Latvia, Lithuania, Bulgaria, Croatia and Romania were classified as liberal democracies.⁵ In 2020, Serbia was classified as a hybrid regime by the Freedom House report for the first time, alongside Montenegro and Hungary, scoring a democracy percentage of 49.40/100⁶, which is equal to a democracy score of 3.96/7. Freedom House adopts a reverse points system: a score of seven is the greatest degree of democracy in terms of political rights and civil liberties, while one is the most repressive form of authoritarianism.⁷ The Republic of Serbia is also classified as a partly free country with a rating of 66/100 (23/40 for political rights and 43/60 for civil rights).⁸ In the last decade, this state from a semi-consolidated democracy with a percentage of 4.29 declined to a transitional/hybrid regime⁹. In 2021, Serbia was declining, and the score was the following: democracy percentage 48.21/100, which is equal to a democracy score of 3.89/7¹⁰ and 64/100

⁴ Fukujama: Srbija pod Vučićem ide u autoritarnom smeru. *Radio Slobodna Evropa* [online]. Radio Free Europe/Radio Liberty, 2020. Available at: <https://www.slobodnaevropa.org/a/30643131.html>

⁵ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Vol. 13, Number 2, 21–35, 30.

⁶ Nations in transit. *Freedom House* [online]. Freedom House, 2020. Available at: <https://freedomhouse.org/country/serbia/nations-transit/2020>

⁷ Morlino, L. (2009). Are there hybrid regimes? Or are they just an optical illusion?. *European Political Science Review*. European Consortium for Political Research, 1:2, 273–296, 275.

⁸ Freedom in the world. *Freedom House* [online]. Freedom House, 2020. Available at: <https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2020>

⁹ Csaky, Z. (2020). Dropping the democratic facade in Europe and Eurasia – Nations in transit 2020. In: Freedom House [online]. Freedom House, [last accessed: 20 November 2020]. Available at: <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2020/dropping-democratic-facade>

¹⁰ Nations in transit. In: *Freedom House* [online]. Freedom House, 2021. Available at: <https://freedomhouse.org/country/serbia/nations-transit/2021>

(22/40 for political rights and 42/60 for civil rights)¹¹. The democracy score declined due to non-competitive parliamentary elections which resulted in a de facto one-party parliament (on one hand, the ruling party instrumentally modified the electoral framework ahead of the June parliamentary elections and on the other, there was a lack of genuine choice for voters after most of the opposition boycotted) and due to the personalization of power in the hands of the President, as well.¹²

With the purpose of better understanding hybrid regimes, the first part of this article will be focusing on the distinctions between dictatorship and democracy, as we may ask the question - where is the hybrid regime on the scale between democracy and autocracy? In the second part, the rule of law, through a particular examination of the debate between Kelsen and Schmitt on the topic of who ought to be the guardian of the constitution, will be considered.

BETWEEN DEMOCRACY AND DICTATORSHIP

From ancient Greek philosophers to modern theorists there was a general distinction between good and bad political regimes. Aristotle differentiates good forms of government and state constitutions (monarchy, aristocracy and republic) from bad ones (tyranny, oligarchy and democracy), having in mind as a criterion the number of those who govern and for whose benefit they rule (general or individual). However, none of these good forms of rule are seen as an absolute value and which of them is the most suitable in each individual case depends on the actual circumstances.¹³

This central problem of political theory, one of the most prominent legal theorists and philosophers of the 20th century, Hans Kelsen, formulates from the legal aspect as distinguishing between *different prototypes of the constitution*. He notes that modern theory had not gone beyond the classifications set by political and ethical philosophers in ancient times. He finds the trichotomy and classification criterion which is based on the number of persons given the sovereign power superficial and insufficient. The differences lay in the way the constitution regulates the creation of the legal order and, thus, he proposes a dichotomous classification of constitutions as more adequate. If the criterion is

¹¹ Freedom in the world. Freedom House [online]. Freedom House, 2021. Available at: <https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2021>

¹² Nations in transit. In: Freedom House [online]. Freedom House, 2020. Available at: <https://freedomhouse.org/country/serbia/nations-transit/2021>

¹³ Đurić, M. N. (1976). *Istorija helenske etike*. Belgrade: BIGZ, 409.

based on the manner in which the legal order was created in accordance with the constitution, then it is more proper to make a division into two types of constitutions: *autocracy and democracy*, as ideal types, while pointing out that in political reality there is no state that fully aligns with them. Both ideal types represent the extremes between which there are transitional stages. Based on which of the two elements is the *prevailing principle*, the state will, although of a mixed type, be called democratic or autocratic. This distinction is based on *the idea of political freedom*. Democracy, in that sense, means that the will expressed in the legal order of the state is identical with the will of its citizens. Thus, citizens who are subordinate to a legal order which they participated in creating are politically free if what the social order requires them to do coincides with what they want to do. Such *harmony* between order and the will of the citizens does not exist in a state where they are excluded from creating the legal order. As opposed to democracy and a politically free individual, Kelsen places the “*slavery of autocracy*.”¹⁴ The idea of democracy is the idea of freedom as political self-determination and its purest form is a state order created by all of those who are subject to it and who, at the same time, compose the assembly and agree upon the norms for their conduct. The parliament and fictional representation have weakened the principles of autonomy and self-determination. For Kelsen, on the other hand, it is not freedom, but the idea of obligations that is capable of forming the basis of a social order. The idea of freedom has to be supplemented and restricted by the idea of equality.¹⁵ The idea of autocracy is a total negation of freedom as a value by the maximisation of dominance, accompanied by radical inequality between the ruler and the ruled as a presupposition of this form of governance. Governmental order in autocracies is created by a single individual who is above all others, who, in turn, are subordinate to them as their leader and lord.¹⁶

According to the Yugoslav legal theorist Radomir Lukić, the classification of states into democracies and autocracies is one of the most problematic because here “political issues, i.e., the factual situation, factual relations, with legal regulations that regulate those relations are most clearly mixed” and the factual situation and legal regulations often diverge. The problem is complicated by the fact that the relationship between legal regulations and political

¹⁴ Kelsen, H. (1998). *General Theory of the Law and State. On the Borders Between Legal and Sociological Method; General Theory of the Law and State*. Belgrade: Faculty of Law, 346–347.

¹⁵ Kelsen, H. (1973). *State-form and world outlook. Essays in Legal and Moral Philosophy*, (Edited by Davidson, D., Hintikka, J., Nuchelmans, G., Salmon, W. C.). Dordrecht – Boston: D. Reidel Publishing Company, 95–113, 99.

¹⁶ *Ibid.*, 100–101.

practice is not “clear and demarcated”, thus both of these elements must be taken into account.¹⁷ Formally democracies which do not actually respect prescribed rights and the freedoms of citizens are “false democracies”, in a “democratic cloak”, in which democratic institutions, freedoms and elections are arranged and presented so that “everything looks like a theatre” and “everyone knows that it is so”.¹⁸

Defining democracy as an antithesis, opposite to authoritarianism or dictatorship or totalitarianism, divides the world into two opposed parts, which is incorrect. The dichotomy, in Giovanni Sartori’s opinion, should not exclude intermediate, mixed types between these opposites. He points out that the development of social sciences has spread an idea that the issue of “*what is democracy?*” is overcome and out-dated by “*how much democracy?*”. In his opinion, the second question about the quantity of democracy cannot exist without the prior question about its characteristics, such as, for example: the participation, majority system, equality, consensus, competition, pluralism and constitutionalism.¹⁹ He raises questions such as “*what is not democracy?*”; what the criterion that separates it from its oppositions and its contradiction, negative is; “how one democracy is more or less democratic” in comparison with another; if the characteristics of democracy exist in any political system to some extent.²⁰ We may say that authoritarianism, as bad government that abuses power and infringes on freedoms and rights, is in fact the opposite of liberty, and that authoritarian dictatorship is in opposition to democracy. Analogously, totalitarian dictatorship is also in opposition to democracy. Democracy as well may become authoritarian, and it would be considered as a bad democracy in contrast to good authoritarianism. But, if authoritarianism and totalitarianism are attributed to *dictatorship* they denote a system which is opposed to democracy.²¹

By the term dictatorship itself, as Franz Neumann pointed out, “we understand the rule of a person or a group of persons who arrogate to themselves and monopolize power in the state, exercising it without restraint.”²² It is a form of state and a structure of power that is unlimited, absolute and

¹⁷ Lukić, R. (1953). *Teorija države i prava, volume I Teorija države*. Belgrade: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Izdavačko-grafički zavod of Belgrade, 321.

¹⁸ Lukić, R. (1953). *Teorija države i prava, volume I Teorija države*. Belgrade: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Izdavačko-grafički zavod of Belgrade, 344–345.

¹⁹ Sartori, Đ. (2001). *Demokratija šta je to?*. Podgorica: CID, 164–165.

²⁰ *Ibid*, 165.

²¹ Sartori, Đ. (2001). *Demokratija šta je to?*. Podgorica: CID, 167–169, 173–174

²² Neumann, F. (1964). Notes on the Theory of Dictatorship. *The Democratic and The Authoritarian State, Essays in Political and Legal Theory*. London: The Free Press of Glencoe Collier – Macmillan Limited, 233–256, 233.

discretionary or arbitrary, and an unconstitutional state whose dictator, being *legibus solutus*, violates the constitution or creates such a constitution that gives him broad powers.²³

Neumann allows that dictatorship is not necessarily as simple a contrast to liberal democracy such as evil and good. Dictatorship may be the implementation of democracy, preparation for democracy and, finally, its very negation and a totally regressive system.²⁴ Democracy defined by Sartori as not-autocracy denotes a political system based on the principle that no one can hold state power as their own property. The democratic axiom is that the power of a man over another man may be obtained only through recognition and appointment by others, if it arises from popular consent. If this popular consent is falsified or distorted, popular consent is non-existent and thus it loses its democratic value if it does not result from alternatives among which a choice is made – in such a case, a democracy disappears. From the postulation of democracy as a negative to autocracy, it follows that

“...no man may put himself in power, hold authority as his own property and exercise unlimited and unconditional power”,

which is a precondition for constitutionality and a way of structuring the state that makes power diffuse, limited, controlled and responsible.²⁵

Hybrid Regimes

Hybrid regimes are no new things under the sun, as they combine democratic and authoritarian elements. Some regimes during the sixties and seventies of the 20th century were *undemocratic*, but at the same time *electoral and multi-party*, characterised as *electoral autocracies*.²⁶ Is the Republic of Serbia then a democracy? A similar question about Russia, Ukraine, Nigeria, Indonesia, Venezuela and Turkey was raised by Larry Diamond, asserting that “the empirical reality in these countries is a lot messier” and pointed out that we are still far from a consensus on what constitutes “democracy” and

²³ Sartori, Đ. (2001). *Demokratija šta je to?*. Podgorica: CID, 174.

²⁴ Neumann, F. (1964). Notes on the Theory of Dictatorship. *The Democratic and The Authoritarian State, Essays in Political and Legal Theory*. London: The Free Press of Glencoe Collier – Macmillan Limited, 248.

²⁵ Sartori, Đ. (2001). *Demokratija šta je to?*. Podgorica: CID, 175–176.

²⁶ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. In: *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Volume 13, Number 2, 23.

“still struggle how to classify ambiguous regimes”.²⁷ Many regimes adopted the form of an electoral democracy with multi-party, competitive, regular elections, but, nevertheless, they failed to pass the *substantive test*. Freedom House used to classify the mentioned countries as democracies, but Diamond characterises them as

“...something less than electoral democracies: competitive authoritarian systems, hegemonic-party systems, or hybrid regimes of some kind”.

There are many new regimes which are not “themselves democratic, or any longer “in transition” to democracy.” Although some of them fall into the “political grey zone (...) between fullfledged democracy and outright dictatorship” and are in fact electoral democracies, “many fall below the threshold of electoral democracy and are likely to remain there...”²⁸ Diamond uses the term “electoral democracy” with a different meaning from Freedom House. He distinguishes between “electoral democracy” and “liberal democracy” as two different categories, while for Freedom House all liberal democracies are also electoral, but not all electoral democracies are liberal.²⁹

So common “competitive authoritarian” or “electoral authoritarian” regimes, as a type of hybrid regimes, are very much a product of the contemporary world. Hybrid regimes are in fact “deliberately pseudodemocratic”, as a result of the pressure felt by the regimes to adopt a democratic form, since democracy is “the only broadly legitimate regime form”. The existence of formally democratic political institutions should hide the “reality of authoritarian domination”. Victory of the opposition parties is not impossible, but it requires a stronger mobilization of the opposition and unity, due to a lack of a sufficiently open, free and fair contest. Diamond, as Linz and Lipset, labels as *semidemocratic* those regimes

“...where the effective power of elected officials is so limited, or political party competition so restricted, or the freedom and fairness of elections so compromised that electoral outcomes, while competitive, still deviate significantly from popular preferences; and/or where civil and political liberties are so limited that some political orientations and interests are unable to organize and express themselves.”

²⁷ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. In: *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Volume 13, Number 2, 21.

²⁸ *Ibid.*, 22–23.

²⁹ Morlino, L. (2009). Are there hybrid regimes? Or are they just an optical illusion?. In: *European Political Science Review*. European Consortium for Political Research, 1:2, 278, 287.

If in addition to *competitive elections* as a criterion, the measure of democracy is the *rule of law* and *protection of civil rights*, then these intermediate regimes must be seen as “illiberal”. Among *nondemocratic* regimes, there may be distinguished those with “multiparty electoral competition”, which are called “electoral authoritarian” or “pseudodemocratic” or “hybrid”, and those which are “politically closed”.³⁰ Recent approaches to the topic of hybrid regimes revolve around the concepts of “defective democracy” and “electoral authoritarianism” as diminished subtypes. “One takes democracy as the root concept, the other authoritarianism... but neither is complete, and confusion arises where they meet in the middle...”³¹

The border between regimes is blurry and the classification into liberal democracy, electoral democracy, ambiguous regimes, competitive authoritarian, hegemonic electoral authoritarian and politically closed authoritarian is more of “an illustrative than definitive spirit”.³²

The freedom, fairness, inclusiveness, and meaningfulness of elections are vital for drawing a distinction between electoral democracy and electoral authoritarianism. Some authors argue that electoral authoritarianism is when violations of the “minimum criteria for democracy” are so serious that they create “an uneven playing field between government and opposition.” But since there is no perfect democracy,

“...readier access to the media, an easier time raising money from business, and the ability (strictly legal or not) to use government transport and staff while campaigning”

are in favour of the governing party even in liberal democracies. Elections must be free, fair and open if a regime strives to be considered as democratic. The preconditions for fair elections are a neutral and competent electoral administration that is able to prevent fraud during the voting and counting process, independent monitoring, protection of ballot secrecy, transparent and clear procedures for organising and counting votes, resolving disputes and complaints, impartial treatment of competing parties and candidates throughout the process, access to public media, an opposition that is not systematically disadvantaged by electoral rules and the possibility of voting for virtually all adults.³³

³⁰ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. In: *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Volume 13, Number 2, 24–25.

³¹ Bogaards, M. (2009). How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism. *Democratization*. Routledge Taylor and Francis Group, Vol. 16, No. 2, 399–423, 400.

³² Diamond, L. J. (2002). *Op. cit.*, 28.

³³ *Ibid.*, 28–29.

THE RULE OF LAW AS A CRITERION OF DEMOCRACY AND THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION

Judging between the rule of law and the rule of men, Aristotle set the rule of law as better; until the current day, jurisprudence is still seeking a definitive answer to that issue. It seemed that the problem was resolved in the other half of the 20th century in favour of the rule of law, but in fact, it just raised the question “*which form of rule of law is the best?*”³⁴ A state organized by law does not allow omnipotent, unlimited power and a well-ordered state goes a step further towards the firm limitation of power in order to keep the area of fundamental freedoms and rights inviolable.³⁵ This idea is essentially an older idea of constitutionality, which is a legal limitation of state power as the antithesis of arbitrary rule, the rule of will instead of rule of law.³⁶

There is a difference in theory between rule of law and Rechtsstaat. As a term. “Rechtsstaat” originates from German jurisprudence and does not overlap with the term “rule of law” completely. Rechtsstaat (State of Rights, legal state, state of law or alternatively rule of law) is a term that reminds us of Kant (although he never used it), who defined a state as the unification of a multitude of people under legal laws. Each state consists of three powers – authorities (the general unification of will in triple person): the ruling power (in the person of the legislator - sovereignty), executive power (in the person of the ruler) and judicial power (in the person of the judge).³⁷ His notion of the state is based upon the law (Rechtsstaat) and on eternal peace, with both terms expressing the same *idea of legal constitution or of peace through law*.³⁸ The essence of the constitutional state Kant finds in the fact that all three authorities are coordinated, mutually complemented and subordinate to each other, and *neither can usurp the power of the other*.³⁹

In continental European legal tradition and theory, the *principle of legality* (conformity to statutes) is assumed under the term rule of law.⁴⁰ If there

³⁴ Lukić, R. D., Košutić, B. P., Mitrović, D. M. (2000). *Uvod u pravo*. Belgrade: Public Company Službeni list FRY, 321.

³⁵ Čavoški, K., Vasić, R. (2009). *Uvod u pravo*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, Službeni glasnik, 156.

³⁶ *Ibid.*, 160.

³⁷ Kant, I. (1993). *The Metaphysics of Morals*. Sremski Karlovci – Novi Sad, 115.

³⁸ Strauss, L. (1987). *History of Political Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press, 581.

³⁹ Lukić, R. D., Košutić, B. P., Mitrović, D. M. (2000). *Op. cit.*, 229.

⁴⁰ In Anglo-Saxon legal systems, the principle of legality as it is meant by continental legal theorists is too narrowly understood, while the rule of law is something more than mere statutes and order, it means that “no man is above the law... that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the

is an application of and obedience to the statutes secured by the principle of legality, then there is rule of law, too. The rule of law here is expressed in the form of Rechtsstaat.⁴¹ As Kelsen points out, democracy strives towards rationalism and has an “inherent tendency” to become a government of laws by shifting the centre of gravity into the legislation, while extensively determining individual judicial and administrative acts.⁴² Securing the legality of the state’s functions (which have a legal character and appear as legal acts through which law - legal norms are created or executed) is the purpose of constitutional adjudication which is “judicial guarantee of the constitution.”⁴³

There is no rule of law without independent courts, and there is no independency in this sense if the courts are not subjected to the content of the statute, which is possible due to the distinction between a statute and court judgment. The valid principle for the bourgeois rule of law is that

“...a state without a material distinction between legislation, execution (government and administration), and adjudication is a state that does not have a constitution in the liberal sense of the term.”⁴⁴

It is in accordance with the specific principle of the rule of law that the “legal-political demand for guarantees of the constitution” exists, i.e. institutions

jurisdiction of the ordinary tribunals.” (Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics, 111). A constitution pervaded by the rule of law “on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting)” in England is the result of judicial decisions, whereas in the continental Europe, the protection given to the rights of individuals results from the general principles of the constitution (written constitution) (Dicey, A. *Op. cit.*, 115). It is the rule of law as a meta-legal idea of a valid legal order that ensures human security and freedom by limiting state power, appropriate properties of law (generality, definiteness, clarity, steadiness, inner moral value and justness) and reliable institutional guarantees (prohibition of retroactive effect of statutes, impartial and fair procedure, independent judiciary). Constitutionality is one of the means of limiting the possible arbitrariness of state power, but it is also necessary to determine the content of positive statutes and legitimate goals within the boundaries of state power (Čavoški, K., Vasić, R. (2009). *Uvod u pravo*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, Službeni glasnik, 160–165).

⁴¹ Lukić, R. D., Košutić, B. P., Mitrović, D. M. (2000). *Uvod u pravo*. Belgrade: Public Company Službeni list FRY, 231–232.

⁴² Kelsen, H. (1973). State-form and world outlook, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, (Edited by Davidson, D., Hintikka, J., Nuchelmans, G., Salmon, W. C.). Dordrecht – Boston: D. Reidel Publishing Company, 101–104.

⁴³ Kelsen, H. (2015a). The nature and development of constitutional adjudication. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 22–78, 22.

⁴⁴ Schmitt, C. (2015a). The Guardian of the Constitution ch.1.1–3: Schmitt’s argument against constitutional review. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 79–124, 107–108.

whose task it is to control the behaviour of the government and parliament, organs that are immediate to the constitution, as the constitution may be violated by those who execute it (either in a direct or indirect way by violation of the statutes enacted on its grounds). The organs whose actions or omissions violate the constitution in a direct way are subject to constitutional control.⁴⁵

The guarantee of the constitution – “the foundation of the state, on which the rest of its order is constructed” - is foremost a guarantee of the constitutionality of statutes. The concept of the constitution which overlaps with the concept of forms of government, primarily refers to “a foundational principle in which the distribution of political power finds its legal expression.”⁴⁶

A democratic state is identified by its organs and the separation of powers, while in autocracy, the state and the governmental apparatus is identified with its ruler, the leader who is an “absolute value”, endowed with the “most extensive freedom of discretion” and “unlimited prerogative of making any exceptions” he wants to, enact laws and, in every concrete case, manifest justice from case to case. Justice as a divine gift which is possessed only by the leader is the source of his dictatorial power.⁴⁷ The separation, or rather, the division of powers is based on the idea of the

“...distribution of power across several different organs, not so much for the purpose of their mutual isolation, but rather for the purpose of the mutual exercise of control,”

asserts Kelsen. This mechanism is not only in the service of protecting democracy against the danger of convergence, but also of guaranteeing the legality of the state organs’ functions. The constitutional court, as Kelsen points out, ought to be the guardian of the constitution. The institution of constitutional adjudication does not contradict the principle of the division of powers, but to the contrary, it is the confirmation of this principle.⁴⁸ In contrast to Kelsen’s point of view, Schmitt’s argument against the courts’ guardianship of the constitution is that it is “impermissible to declare a particular category of public institutions to be the guardians of the constitution,” based on risk assessment. He also asserts that “the phrase rule of law alone does not decides anything”

⁴⁵ Kelsen, H. (2015b). ‘Who ought to be the Guardian of the Constitution’?. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 174–221, 174.

⁴⁶ Kelsen, H. (2015a). The nature and development of constitutional adjudication. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 22–78, 22.

⁴⁷ Kelsen, H. (1973). State-form and world outlook, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, (Edited by Davidson, D., Hintikka, J., Nuchelmans, G., Salmon, W. C.). Dordecht – Boston: D. Reidel Publishing Company, 103, 105.

⁴⁸ Kelsen, H. (2015a). *Op. cit.*, 46–48.

for this issue. Some matters are “not justiciable” and by identifying the ideal of rule of law with decisions regarding all political questions through judicial procedure, as a consequence we may have politicisation of adjudication instead of juridification of politics.⁴⁹ Achieving the completion and perfection of the rule of law through legal formalities is, according to Schmitt, problematic.⁵⁰ His conclusion is that any organ which

“...authentically puts the disputed content of the statute beyond doubt in fact acts as a legislator”,

or constitutional legislator.⁵¹

Schmitt admits that the guardian of the constitution has to be “independent and party-politically neutral”⁵² and derives conclusions about a president’s neutrality and independency, asserting that as

“...an authority that is party-politically neutral, by virtue of its immediate connection with the whole of the state, an authority that is the appointed preserver and guardian of the situation that conforms to the constitution.”⁵³

The neutral third power is a special institution or authority that should “secure the constitutional functioning of different powers and to preserve the constitution.”⁵⁴ A head of state, which is most often a president, plays the role of neutral third party, but a constitutional statute cannot prescribe personal characteristics which would be necessary to perform this function. The “peculiar function” of a president does not consist of permanent and continuous rule-making and commanding activity, but only during a state of emergency they have tasks to arbitrate, preserve and regulate.⁵⁵

Although Schmitt considers the head of the state a neutral third power, not higher or above other constitutional powers, he also tries to extend their competences, necessarily turning the president as a neutral third party into a sovereign ruler and, thus, as Kelsen notices, makes the president incompatible

⁴⁹ Schmitt, C. (2015a). The Guardian of the Constitution ch.1.1–3: Schmitt’s argument against constitutional review. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 89–91.

⁵⁰ *Ibid.*, 92–93.

⁵¹ *Ibid.*, 113, 115–117.

⁵² Schmitt, C. (2015b). The Guardian of the Constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 125–173, 167–168.

⁵³ *Ibid.*, 170–171.

⁵⁴ *Ibid.*, 151.

⁵⁵ *Ibid.*, 156–157.

with the role of the guardian of the constitution.⁵⁶ Elections as a democratic method of appointing a head of state “hardly seems to offer special guarantees of independence.” To be elected by “the people as a whole” means to be elected by the majority or it may be even be a minority, thus they cannot express the general will of the unified people, not just because such a will does not exist, but also because the incompatibility of functions legally forbids the president only from being a member of the parliament, but membership in a political party during their mandate is allowed.⁵⁷

Finally, it is evident who ought to be the guardian of the constitution according to Kelsen. Even besides Schmitt’s tendency to ignore the possibility of a violation of the constitution by the president and the government and his tendency to overvalue the competences of the president as one of two pillars of the constitution and undervalue those of the second pillar - parliament, Schmitt himself, while pointing out a neutral third power, actually argues against the head of the state.⁵⁸ Schmitt says that in a state committed to the rule of law with an established separation of powers, it is logical “not to confer this power on one of the existing authorities...” because it would “only gain a preponderance over the other powers and acquire the ability to shield itself from control” and “thus, become a ruler of the constitution.” That being said, Schmitt underlines the importance of appointing

“...a special neutral power in addition to the other powers, and to connect and balance it with those others by endowing it with specific competences.”

From the last quotation Kelsen concludes in favour of constitutional adjudication.⁵⁹

FINAL CONSIDERATIONS

From the epochs of the American and French revolutions, democracy was a political ideal, and it still is, but is it possible that a “new” star rose on the dark horizon of the 20th century – does the radiance of the dictator-

⁵⁶ Kelsen, H. (2015b). ‘Who ought to be the Guardian of the Constitution’?. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 180.

⁵⁷ Kelsen, H. (2015b). ‘Who ought to be the Guardian of the Constitution’?. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 208–209.

⁵⁸ *Ibid.*, 216–217.

⁵⁹ *Ibid.*, 211.

ship⁶⁰ gleam again? I would argue that it may not shine as brightly as it used to, but it prefers to call itself democracy and to hide its authoritarianism under the facade and the rhetoric of the rule of law and democracy. Dictatorship and authoritarianism developed more subtle forms and methods. Some countries, such as Serbia, that was classified as democratic (an electoral democracy) in 2010 and considered a semi-consolidated democracy, nowadays is deemed to be a partly free, hybrid regime. The Freedom House report for 2020 notes the trend of a “global recession in democracy”. As Diamond concluded, the transformation of competitive authoritarian regimes into democracies is possible, just like democracies, both liberal and illiberal, may also become more democratic.⁶¹ Attempting to classify non-democratic regimes, Diamond uses as a criterion

“...the percentage of legislative seats held by the ruling party, the percentage of the vote won by the ruling party presidential candidate, and the years the incumbent ruler has continuously been in power.”

Pointing out the significance of parliamentary opposition, he asserts that in those

“...regimes where elections are largely an authoritarian facade, the ruling or dominant party wins almost all the seats”⁶².

Ratings based on these percentages become more revealing when considered alongside the Freedom House’s annual ratings of political and civil rights and freedoms, although it is not necessary for levels of freedom and electoral competitiveness to align.⁶³

Pursuant to the Freedom House reports, we may notice that the decline of democracy in Serbia coincides with the process of the strengthening and concentration of power in the hands of the current president. The figure of the current head of state and his will are undisputed, as he *de facto* exerts influence on government decisions and the decisions of the ruling party, of which he is the leader. Asserting that the president (head of the state) as a neutral third power, a party politically neutral, is the guardian of the constitution, Schmitt notices that some may doubt

⁶⁰ Kelsen, H. (1973). State-form and world outlook, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, (Edited by Davidson, D., Hintikka, J., Nuchelmans, G., Salmon, W. C.). Dordrecht – Boston: D. Reidel Publishing Company, 95.

⁶¹ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. In: *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Volume 13, Number 2, 34.

⁶² *Ibid.*, 28–29.

⁶³ *Ibid.*, 32–33.

“...whether it is going to be possible, in the long run, to withdraw the position of the president of the Reich from the business of party politics, and to keep it in a realm of impartial objectivity and neutrality determined by a concern for a state as a whole”

and to act as the guardian and the preserver of constitutional unity and the wholeness of the people.⁶⁴ His claim that the head of state is the guardian of the constitution, having in mind the Serbian example, turns out to be quite the opposite, as Kelsen observed. The constitutional court won this battle, however, there is still the eventual problem of a violation of the constitution by the head of state. For example, Art. 112 of the Constitution of the Republic of Serbia determines the competencies and powers of the president, and their scope is rather limited and narrow. In reality, the Serbian head of state enjoys, to put it mildly, a considerable amount of power. According to Art. 118 of the Constitution, the President of the Republic may be dismissed due to a violation of the Constitution by a decision of the National Assembly, by the votes of at least two thirds of the deputies. Further, Art. 15 of the Law on the President of the Republic determines that the dismissal of the President of the Republic may be proposed to the National Assembly by at least one third of the deputies if they consider that the president has violated the Constitution, and the procedure for dismissal may be initiated by a majority vote of all deputies. The decision on the existence of a violation of the Constitution is to be made by the Constitutional Court. But even if the Court finds that the violation occurred, it does not mean that the president shall be dismissed. The President of the Republic will be dismissed only if two thirds of the members of parliament vote for his dismissal. In such a case, there is danger that even the Constitutional Court cannot preserve the Constitution from violations. Here is an example: during the elections for MPs of the National Assembly (the Serbian parliament) of 2020, the ruling party had won 188 out of the 250 seats, which is more than two thirds. It is almost impossible to propose the procedure for dismissal, since it is not expected that the deputies of the ruling party will make up a part of the third (about 83 persons) that may propose the dismissal procedure against the president who is also the omniscient leader of their party. Even if this were to happen, a majority of votes (a minimum of 126) is still required for initiating the procedure, and even if this were to occur and assuming that the Constitutional Court finds that there is a violation of the Constitution, it is still almost impossible to dismiss the President, since the votes of two thirds of MPs are required (about 166). In theory, yes, it would be

⁶⁴ Schmitt, C. (2015b). The Guardian of the Constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 172–173.

possible, but in reality, having in mind that Serbia is not a liberal democracy and that the speeches by the current MPs in the Assembly consist of praises for the President, this is very difficult to achieve.

We are facing a situation in which parliamentarism and political pluralism are endangered. There is no real opposition in the Serbian Parliament and thus it ceases to be a place for the competition of different interests. The described conditions of a hybrid regime, such as it exists in the Republic of Serbia, are closer to dictatorship and authoritarianism than to democracy and the rule of law. Some authors equate the rule of law with its formal notion and, accordingly, the rule of law can exist in both democratic and autocratic regimes. However, for the majority, and I have to agree with them, rule of law cannot simply exist in the formal sense of the term and, consequently, not every state can be considered a rule-of-law state. Content is a reliable measure of determining the notion of a state governed by the rule of law, which can exist only in a democracy that is not reduced to a mere form.⁶⁵

So, if we aim to determine where a hybrid regime is on the scale between democracy and dictatorship and whether it is a rule-of-law state, we have to analyse each individual state. Hybrid regimes have the potential to become a democracy and a dictatorship. We may also claim that some hybrid regimes are good and some are bad, depending on the situation. And keeping in mind the recent decline of democracy related to the regime in Serbia, I dare to say that this hybrid regime is not among those which are in transition towards the ideal of liberal democracy.

Democracy and the rule of law may become mere form, facade and rhetoric behind which dictatorship and authoritarian tendencies are concealed. These words are politically worn-out and tainted terms in which the ordinary citizens are increasingly losing faith, alongside with rising distrust towards democratic institutions, an independent judiciary and justice that can be achieved by law.

BIBLIOGRAPHY

Books and Publications

Čavoški, K., Vasić, R. (2009). *Uvod u pravo*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, Službeni glasnik.

Dacey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics.

Đurić, M. N. (1976). *Istorija helenske etike*. Belgrade: BIGZ.

⁶⁵ Lukić, R. D., Košutić, B. P., Mitrović, D. M. (2000). *Uvod u pravo*. Beograd: Javno preduzeće Službeni list, 235–356.

- Friedrich, C. J., Brzezinski, Z. K. (1965). *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Hejvud, E. (2005). *Političke ideologije*. Belgrade: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.
- Kant, I. (1993). *The Metaphysics of Morals*, Sremski Karlovci – Novi Sad.
- Kelsen, H. (2015).
- (a) The nature and development of constitutional adjudication. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 22–78 / first published 1929, ‘Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit’. In: Hans R. Klecatsky, Rene´ Marcic, and Herbert Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 vols. (Vienna: Verlag Österreich, 2010), II, 1485–1531.
- (b) ‘Who ought to be the Guardian of the Constitution’?. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 174–221/ first published 1931, translation of ‘Wer soll der Hüter der Verfassung sein?’. In: Hans R. Klecatsky, Rene´ Marcic, and Herbert Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 vols. (Vienna: Verlag Österreich, 2010), II, 1533–1573.
- Kelsen, H. (1973). State-form and world outlook. *Essays in Legal and Moral Philosophy*, (Edited by Davidson, D. Hintikka, J. Nuchelmans, G. Salmon, W. C.) Dordrecht – Boston: D. Reidel Publishing Company, 95–113.
- Kelsen, H. (1998). General Theory of the Law and State. *On the Borders Between Legal and Sociological Method; General Theory of the Law and State*. Belgrade: Faculty of Law.
- Kovačević, S. (2015). *Tranzicija u demokratiji – Transformacija društva i konsolidacija demokratije*. Niš: Faculty of Law, University of Niš.
- Lukić, R. D., Košutić, B. P., Mitrović, D. M. (2000). *Uvod u pravo*. Belgrade: Public Company Službeni list FRY.
- Lukić, R. (1953). *Teorija države i prava, volume I, Teorija države*. Belgrade: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Izdavačko-grafički zavod of Belgrade, 321.
- Neumann, F. (1964). Notes on the Theory of Dictatorship. *The Democratic and The Authoritarian State, Essays in Political and Legal Theory*. London: The Free Press of Glencoe Collier – Macmillan Limited, 233–256.
- Sartori, G. (2001). *Demokratija šta je to?*. Podgorica: CID.
- Schmitt, C. (2015).
- (a) The Guardian of the Constitution ch.I.1-3: Schmitt’s argument against constitutional review. In: *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 79–124 / translation of *Der Hüter der Verfassung*, 4th edn (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), 12–48, 60–4.

- (b) The Guardian of the Constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution. In: *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 125–173/ translation of *Der Hüter der Verfassung*, 4th edn (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), 73–91, 129–140, 149–159.

Strauss, L. (1987). *History of Political Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press.

Articles

Bogaards, M. (2009). How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism. In: *Democratization*, Routledge Taylor and Francis Group, Vol. 16, No. 2, 399–423.

Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. In: *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Volume 13, Number 2, 21–35.

European Political Science Review. European Consortium for Political Research, 1:2, 273–296.

Morlino, L. (2009). Are there hybrid regimes? Or are they just an optical illusion?. In:

Online sources

Csaky, Z. (2020). Dropping the democratic facade in Europe and Eurasia – Nations in transit 2020. In: *Freedom House* [online]. Freedom House, [last accessed: 20 November 2020]. Available at: <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2020/dropping-democratic-facade>

Fukujama: Srbija pod Vučićem ide u autoritarnom smeru. In: *Radio Slobodna Evropa* [online]. Radio Free Europe/Radio Liberty, 2020 [last accessed: 29 September 2021]. Available at: <https://www.slobodnaevropa.org/a/30643131.html>

Freedom in the world. *Freedom House* (b) [online]. Freedom House, 2020 [last accessed: 29 September 2021]. Available at: <https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2020>

Freedom in the world. *Freedom House* (b) [online]. Freedom House, 2021 [last accessed: 29 September 2021]. Available at: <https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2021>

Nations in transit. In: *Freedom House* (a) [online]. Freedom House, 2020 [last accessed: 29 September 2021]. Available at: <https://freedomhouse.org/country/serbia/nations-transit/2020>

Nations in transit. In: *Freedom House* (a) [online]. Freedom House, 2020 [last accessed: 29 September 2021]. Available at: <https://freedomhouse.org/country/serbia/nations-transit/2021>

Legal Acts

Constitution of the Republic of Serbia (*Official Gazette of the RS*, no.98/2006).

Law on the President (*Official Gazette of the RS*, no.111/2007).

Оригинални научни рад
DOI: 10.5937/gakv94-32818
UDC 321.7:321.6(497.11)
340.12:342.2(497.11)

*Марица Мишић**
студент докторских студија
Правни факултет, Универзитет у Нишу
ORCID: 0000-0001-9534-6052

ИЗМЕЋУ ДЕМОКРАТИЈЕ И ДИКТАТУРЕ – ХИБРИДНИ РЕЖИМ И ВЛАДАВИНА ПРАВА*

САЖЕТАК: Прошла и текућа политичка дешавања у светлу пандемије, посебно у Србији (која сада одговара концепту хибридног режима), покренули су полемику код неких правника да ли је председничко проглашење ванредног стања уставно или не. То нас мотивише да оживимо дебату Келзена и Шмита о томе ко би требало да буде чувар устава и да повучемо неке паралеле са савременим хибридним режимима. Неки од проблема који настају у хибридним режимима су у вези са владавином права, улогом парламента и устава. Већина савремених устава заснива се на владавини права која се остварује путем плурализма, слободних и поштених избора, уставних гаранција људских и мањинских права, поделе власти, независног судства и поштовања устава и закона. На примеру Србије можемо видети да ли су владавина права и улога парламента као носиоца

* m.marica93@gmail.com

** Рад је примљен 2. 2. 2022, а прихваћен је за објављивање 13. 4. 2022. године. Рад је резултат истраживања које је обављено за пројекат „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” (бр. 179046), који се примењивао до 2020. године на Правном факултету Универзитета у Нишу и подржан је од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије. Рад се заснива на презентацији „Диктатура и владавина права у хибридним режимима с освртом на полемику о чувару устава између Келзена и Шмита” представљеној на Међународном научном (онлајн) конгресу –Трнава Law Days 2020, организованом од стране Универзитета у Трнави на Правном факултету у Трнави.

конститутивне и законодавне власти угрожени потенцијалном диктатуром у хибридним режимима.

Кључне речи: диктатура, демократија, владавина права, хибридни режим, устав

УВОД

Многе државе средње и источне Европе имају слична историјска искуства с ауторитаризмом и неком врстом диктатуре. Након пада Берлинског зида, што је симболично означило и пад комунистичких режима у Европи, ове државе су отпочеле своје путеве ка успостављању демократије, либералних и демократских вредности и владавини права. Транзициони период би требало да се оконча с успостављеном и консолидованом либералном демократијом. Демократија би требало да буде основни друштвени и нормативни оквир за реализацију људских и грађанских права¹ и стога се сматра пожељнијом. Међутим, као што се може увидети, државне власти су склоне испољавању доминације и моћи када су суочене с кризом. Карл Фридрих (Carl Friedrich) је истакао да свака власт стреми ка томе да устолочи што је више могуће ауторитета или моћи пошто ово доприноси стабилности и дуготрајности. Говорећи о овоме као о уопштеној склоности власти, нагласио је да и уставна демократија и традиционална монархија могу постати врло ауторитарне, иако нису аутократски облици власти.²

Након пораза комунистичких режима у Европи током последње две деценије XX века, неки теоретичари су објавили крај историје док су други најавили крај идеологија, што је представљало тријумф либералне демократије и безначајност идеологије.³ Три деценије након пада комунизма у Европи и две деценије након 5. октобра, који је обележио почетак транзиционог периода у Републици Србији, бившој југословенској републици, можемо и требало би да се запитамо – да ли је период транзиције био успешан и, ако није, из којих разлога? Где смо погрешили на путу ка демократији?

¹ Ковачевић, С. (2015). *Транзиција у демократију – Трансформација друштва и консолидација демократије*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 26.

² Friedrich, C. J., Brzezinski, Z. K. (1965). *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 10–11.

³ V.: Hejvud, E. (2005). *Političke ideologije*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

Недавно је Франсис Фукујама (Francis Fukuyama) нагласио да Србија седи на две столице, покушавајући да се представи као држава која тежи ка Европској унији, али истовремено ојачава односе и сарадњу с Кином и Русијом. Истакао је да се Србија релативно стабилно креће у ауторитарном правцу под владавином тренутног председника, удаљујући се од Европске уније и њених вредности.⁴ С друге стране, на крају 2001, као једна од посткомунистичких земаља, Југославија је сврстана међу изборне демократије с Молдавијом и Албанијом, док су, на пример, Македонија и Украјина сврстане у несигурне режиме, Босна и Херцеговина, Русија и Белорусија у компетитивно ауторитарне, Азербејџан, Казахстан, Киргистан, Таџикистан и Узбекистан у хегемонистички изборно ауторитарне и Туркменистан у политички затворено ауторитарне. Друге посткомунистичке земље, као што су Чешка, Мађарска, Пољска, Словачка, Словенија, Естонија, Летонија, Литванија, Бугарска, Хрватска и Румунија су класификоване као либералне демократије.⁵ У 2020. Србија је по први пут класификована као хибридни режим у извештају Фридом хауса (Freedom House), уз Црну Гору и Мађарску, добијајући проценат демократије од 49,40/100⁶, што је једнако резултату демократије од 3,96/7. Freedom House користи обрнути систем оцењивања: оцена седам је највећи ступањ демократије у смисли политичких права и грађанских слобода, док је оцена један најрепресивнији вид ауторитаризма.⁷ Република Србија се такође класификује као делимично слободна држава, с оценом 66/100 (23/40 за политичка права и 43/60 за грађанска права).⁸ У последњој декади ово стање од полуконсолидоване демократије с демократским процентом од 4,29 се погоршало у транзициони/хибридни режим.⁹ У 2021, погоршање се наставило, те су резултати били следећи: проценат демократије

⁴ Fukuyama: Srbija pod Vučićem ide u autoritarnom smeru. *Radio Slobodna Evropa* [online], 2020. Доступно на: <https://www.slobodnaevropa.org/a/30643131.html>

⁵ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Vol. 13, Number 2, 21–35, 30.

⁶ Nations in transit. *Freedom House* [online]. Freedom House, 2020. Доступно на: <https://freedomhouse.org/country/serbia/nations-transit/2020>

⁷ Morlino, L. (2009). Are there hybrid regimes? Or are they just an optical illusion?. *European Political Science Review*. European Consortium for Political Research, 1:2, 273–296, 275.

⁸ Freedom in the world. *Freedom House* [online]. Freedom House, 2020. Доступно на: <https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2020>

⁹ Csaky, Z. (2020). Dropping the democratic facade in Europe and Eurasia – Nations in transit 2020. In: *Freedom House* [online]. Freedom House, [last accessed: 20 November 2020]. Available at: <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2020/dropping-democratic-facade>

од 48,21/100, што је једнако резултату демократије од 3,89/7¹⁰ и 64/100 (22/40 за политичка права и 42/60 за грађанска права).¹¹ Резултат демократије је опао услед некомпетитивних парламентарних избора који су произвели *de facto* једностраначки састав Народне скупштине (с једне стране владајућа странка је инструментално изменила изборни оквир пре јунских парламентарних избора, док с друге гласачи нису имали истинског избора након што је већина опозиције бојкотовала изборе) такође и услед устоличења моћи у рукама председника.¹²

Први део овог рада фокусираће се на разлике између диктатуре и демократије како би се боље разумели хибридни режими, пошто се може поставити питање где се налазе хибридни режими на скали између демократије и аутократије. У другом делу размотриће се владавина права кроз нарочито изучавање дебате између Келзена (Hans Kelsen) и Шмита (Schmitt) о томе ко би требало да буде чувар устава.

ИЗМЕЂУ ДЕМОКРАТИЈЕ И ДИКТАТУРЕ

Још код античких грчких филозофа па до савремених теоретичара постојала је општа разлика између добрих и лоших политичких режима. Аристотел разликује добре облике владавине и државна уређења (монархија, аристократија и република) од лоших (тиранија, олигархија и демократија), узимајући у обзир број људи који влада и за чије добро владају (опште или појединачно) као критеријум. Међутим, ниједан од ових добрих облика владавине се не сматра апсолутном вредношћу и која врста је најпогоднија у свакој појединачној ситуацији зависи од специфичних околности.¹³

Овај основни проблем политичке теорије, један од најистакнутијих правних теоретичара и филозофа XX века, Ханс Келзен, формулише кроз правни аспект као разлику између *различитих историјских устава*. Он наглашава да модерна теорија није унапредовала од класификације коју су поставили филозофи политике и етике у антици. Келзен сматра споменути трихономију и критеријум за класификацију који се заснива

¹⁰ Nations in transit. U: *Freedom House* [online]. Freedom House, 2021. Доступно на: <https://freedomhouse.org/country/serbia/nations-transit/2021>

¹¹ Freedom in the world. *Freedom House* [online]. Freedom House, 2021. Доступно на: <https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2021>

¹² Nations in transit. U: *Freedom House* [online]. Freedom House, 2020. Доступно на: <https://freedomhouse.org/country/serbia/nations-transit/2021>

¹³ Đurić, M. N. (1976). *Istorija helenske etike*, Beograd: BIGZ, 409.

на броју људи који поседују владајућу моћ површним и недовољним. Разлике се проналазе у начину на који устав регулише стварање правног поретка и, стога, предлаже дихотомну класификацију устава као погоднију. Уколико се критеријум заснива на начину на који је правни поредак успостављен у складу са уставом, онда је примереније направити поделу на две врсте устава: *аутокрајски* и *демокрајски*, као идеалне појмове, истичући да у политичкој стварности не постоји ниједна држава која у потпуности испуњава све услове. Оба идеална типа представљају крајности између којих су транзиционе фазе. На основу тога који од ова два елемента је *преовлађујући принцип*, држава ће се називати, иако је мешаног типа, демократском или аутократском. Ова разлика се заснива на *идеји политичке слободе*. У том смислу демократија значи да је воља испољена у правном поретку државе идентична вољи њених грађана. Дакле, грађани који су подређени правном поретку у чијем стварању су учествовали су политички слободни уколико се оно што се од њих захтева друштвеним поретком подудара с оним што они желе да чине. Таква *хармонија* између поретка и воље грађана не постоји у држави у којој су грађани искључени из стварања правног поретка. Насупрот демократији и политички слободној индивидуи, Келзен поставља „ропство аутократије”.¹⁴ Идеја демократије је идеја слободе као политичког самоопредељења и њен изворни облик је државано уређење које је створено од стране свих оних коју су му подређени и који, истовремено, чине скупове и договарају које су норме понашања. Парламент и фиктивна репрезентација су ослабили принцип аутономије и самоопредељења. За Келзена слобода није то што је способно за успостављање друштвеног поретка, већ идеја о обавезама. Идеја слободе мора да се надомести и ограничи идејом једнакости.¹⁵ Идеја аутократије је потпуна негација слободе као вредности максимизацијом доминације, пропраћена радикалном неједнакошћу између владара и оних којима се влада као предусловом ове врсте власти. У аутократијама, владајући поредак ствара појединач који је изнад осталих који су му подређени као вођи или господару.¹⁶

Према југословенском теоретичару права Радомиру Лукићу, класификација држава у демократије и аутократије је једна од најпроблематичнијих зато што се политички проблеми, то јест стварна ситуација и стварни односи јасно мешају са законским провизијама које регулишу те

¹⁴ Келзен, Х. (1998). Општа теорија права и државе. *О границама између правничке и социолошке методе: Општа теорија права и државе*. Београд: Правни факултет, 346–347.

¹⁵ Kelsen, H. (1973). State-form and world outlook, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Edited by Davidson, D., Hintikka, J., Nuchelmans, G., Salmon, W. C. Dordrecht. Boston: D. Reidel Publishing Company, 95–113, 99.

¹⁶ *Ibid.*, 100–101.

односе, а стварна ситуација и законске регулативе се често разилазе. Проблем је додатно компликован чињеницом што однос између законских регулатива и политичке праксе није „јасан и разграничен”; стога се оба елемента морају узети у обзир.¹⁷ Формално демократије које у стварности не поштују прописана права и слобуду грађана су „лажне демократије”, у „плашту демократије”, у којима су демократске установе, слободе и избори уређени и представљени тако да „све делује као представа” и „сви знају да је тако”.¹⁸

Дефинисање демократије као антитезе, супротности ауторитаризму, диктатури или тоталитаризму, дели свет на два одвојена дела, што је неистинито. По мишљењу Ђованија Сарторија (Giovanni Sartori), ова дихотомија не би требало да искључује међустање, мешане типове између ове две крајности. Он истиче да се с развојем друштвених наука створила идеја да је питање „Шта је демократија?” превазиђено и застарело у корист питања „Колико демократије?”. Према његовом мишљењу, друго питање о количини демократије не може да постоји без пређашњег питања о њеним карактеристикама, као што су, на пример: учешће, већински систем, једнакост, консензус, компетитивност, плурализам и уставност.¹⁹ Он поставља питања као што су „Шта није демократија?”; који је то критеријум по којем се разликује од своје супротности, контрадикторности, негације; „Како је једна демократија мање или више демократска?” у поређењу с другом; да ли карактеристике демократије постоје у било ком политичком систему у некој мери?²⁰ Можемо рећи да је ауторитаризам, као лош облик владавине који злоупотребљава моћ и нарушава слободе и права, противан слободи и да је ауторитарна диктатура противна демократији. По аналогiji, тоталитарна диктатура је такође противна демократији. Демократија такође може бити ауторитарна и сматрала би се лошом демократијом наспрам доброг ауторитаризма. Међутим, ако се ауторитаризам и тоталитаризам приписују диктатури, они представљају систем који је противан демократији.²¹

Што се тиче самог појма *диктатура*, како истиче Франц Нојман (Franz Neumann), „подразумевамо особу или групу особа која присваја и монополизује моћ у држави, употребљавајући је без ограничења”²². Она

¹⁷ Лукић, Р. (1953). *Теорија државе и права, Књига 1 – Теорија државе*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства, Београдски издавачко-графички завод, 321.

¹⁸ *Ibid.*, 344–345.

¹⁹ Sartori, G. (2001). *Demokratija šta je to?* Podgorica: CID, 164–165.

²⁰ *Ibid.*, 165.

²¹ Sartori, G. (2001). *Op. cit.*, 167–169, 173–174

²² Neumann, F. (1964). Notes on the Theory of Dictatorship. *The Democratic and The Authoritarian State, Essays in Political and Legal Theory*. London: The Free Press of Glencoe Collier – Macmillan Limited, 233–256, 233.

је врста државе и структура моћи која је неограничена, апсолутна и дискрециона или произвољна и неуставна држава чији диктатор, будући да је *legibus solutus*, крши устав или ствара устав који му даје велику моћ.²³

Нојман признаје да диктатура није нужно једноставна супротност либералној демократији колико је зло добром. Диктатура може бити имплементирање демократије и припрема за демократију али, ипак, и потпуна негација и тотално регресиван систем.²⁴ Демократија коју Сартори дефинише као не-аутократију означава политички систем који се заснива на принципу да нико не може да поседује државну моћ као лично власништво. Демократски аксиом је да се моћ човека над другим човеком може добити само признавањем и постављањем од стране других, уколико проистиче из већинске сагласности. Уколико се већинска сагласност фалсификује или кривотвори, већинска сагласност не постоји и, стога, губи своју демократску вредност ако не произилази из избора међу алтернативама – у том случају, демократија нестаје. Из постулације да је демократија негација аутократије произилази да

„...ниједан човек не може за себе да приграби моћ, поседује ауторитет као лично власништво и ужива неограничену и безусловну моћ,”

што је предуслов за уставност и начин структурирања државе тако да је моћ распрострањена, ограничена, контролисана и одговорна.²⁵

Хибридни режими

Хибридни режими нису ништа ново будући да комбинују демократске и ауторитарне елементе. Неки режими током шездесетих и седамдесетих година XX века су били *недемократски*, али истовремено и *изборни* и *вишестраначки*, окарактерисани као *изборне аутократије*.²⁶ Да ли то онда Републику Србију чини демократијом? Слично питање о Русији, Украјини, Нигерији, Индонезији, Венецуели и Турској је поставио Лари Дајмонд (Larry Diamond), тврдећи да је „емпиријска стварност у овим земљама много збрканија” и истакавши је да смо још увек далеко од

²³ Sartori, G. (2001). *Demokratija šta je to?* Podgorica: CID, 174.

²⁴ Neumann, F. (1964). Notes on the Theory of Dictatorship. *The Democratic and The Authoritarian State, Essays in Political and Legal Theory*. London: The Free Press of Glencoe Collier – Macmillan Limited, 248.

²⁵ Sartori, G. (2001). *Op. cit.*, 175–176.

²⁶ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Vol. 13, Number 2, 23.

консензуса о томе шта чини „демократију” и да се „још увек мучимо да класификујемо несигурне режиме”²⁷. Многи режими су усвојили форму изборних демократија са вишестраначким, компетитивним, редовним изборима, али нису успевали да прођу *суицидски шесџ*. Freedom House је класификовао поменуте државе као демократије, али их Дајмонд класификује као

„...нешто мање од изборних демократија: компетитивни ауторитарни системи, хегемонијско-партијски системи, или хибридни режими неке врсте”.

Постоје многи нови режими који нису „сами по себи демократски, или још увек ’у транзицији’ ка демократији.” Иако неки од њих потпадају под „политичку сиву зону (...) између пуноправних демократија и потпуних диктатура” и јесу у стварности изборне демократије, „многи не испуњавају услове за изборне демократије и вероватно ће такви и остатаи...”²⁸ За Дајмонда, термин „изборна демократија” има другачије значење него за Freedom House. Он раздваја „изборну демократију” и „либералну демократију” у две одвојене категорије, док Freedom House види све либералне демократије као изборне, али не и све изборне демократије као либералне.²⁹

Тако да су чести „компетитивно ауторитарни” или „изборно ауторитарни” режими, као врсте хибридних режима, продукт савременог света. Хибридни режими су, заправо, намерно „псеудо-демократски”, као последица притиска да усвоје демократску форму, будући да је демократија једини „општелегитиман облик режима”. Постојање формално демократских политичких институција има за сврху да сакрије „реалност ауторитарне доминације”. Победа опозиционих странака није немогућа, али захтева бољу мобилизацију и веће јединство због недовољно отвореног, слободног и поштеног такмичења. Дајмонд, као и Линц и Липсет (Linz и Lipset), означавају као *полу-демократске* оне режиге

„...где је ефективна моћ изабраних представника толико лимитирана, или могућност такмичења политичких партија толико ограничена, или су слобода и праведност избора толико компромитовани да исходи избора, иако су компетитивни, одступају од популарних опредељења; и/или где су

²⁷ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Vol. 13, Number 2, 21.

²⁸ *Ibid.*, 22–23.

²⁹ Morlino, L. (2009). Are there hybrid regimes? Or are they just an optical illusion?. In: *European Political Science Review*. European Consortium for Political Research, 1:2, 278, 287.

грађанске и политичке слободе толико ограничене да неке политичке оријентације и интереси не успевају да се организују и изразе.”

Уколико би уз *комбиноване изборе* као критеријум мерило демократије биле и *владавина права и заштита грађанских права*, онда би се ови режими у међустању морали посматрати као „нелиберални”. У категорији *недемократских* режима, могу се разликовати „вишестраначко изборно компетитивни”, који се називају „изборно ауторитарни” или „псеудодемократски” или „хибридни”, и они који су „политички затворени”.³⁰ Новији приступи теми хибридних режима се фокусирају на концепте „дефективне демократије” и „изборног ауторитаризма” као умањених подтипова.

„Један преузима демократију као суштински концепт, док други ауторитаризам... али ниједан није потпун и забуна настаје када се сретну у средини.”³¹

Граница између режима је нејасна и класификација у либералну демократију, изборну демократију, неодређени режим, компетитивно ауторитаран, хегемонистички изборно ауторитаран и политички затворен ауторитаран је више „илустративне него одређујуће нарави.”³²

Слобода, поштење, инклузивност и смисленост избора су од виталног значаја за прављење разлике између изборне демократије и изборног ауторитаризма. Неки аутори тврде да изборни ауторитаризам настаје онда када су кршења „минималних критеријума за демократију” толико озбиљна да стварају „неједнак терен између власти и опозиције”. Мада, будући да не постоји савршена демократија,

„...лакши приступ медијима, олакшано скупљање новца од фирми и могућност (строго легална или не) да се користи владин превоз и особље током кампање”

су повластице владајуће странке и у либералним демократијама. Избори морају бити слободни, поштени и отворени уколико режими желе да се сматрају демократским. Предуслови за поштене изборе су неутрална и компетентна изборна администрација која је способна да спречи преваре приликом гласања и бројања гласова, назависно надгледање, заштита тајности гласачких листића, транспарентне и јасне процедуре за органи-

³⁰ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. In: *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Volume 13, Number 2, 24–25.

³¹ Bogaards, M. (2009). How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism. *Democratizatio.*, Routledge Taylor and Francis Group, Vol. 16, No. 2, 399–423, 400.

³² Diamond, L. J. (2002). *Op. cit.*, 28.

зовање и бројање гласова, решавање несугласица и жалби, непристрасно опхођење према странкама и кандидатима кроз цео процес, приступ јавним медијима, опозиција која није систематски ослабљена изборним правилима и могућност гласања за практично све пунолетне.³³

ВЛАДАВИНА ПРАВА КАО КРИТЕРИЈУМ ЗА ДЕМОКРАТИЈУ И ЧУВАР УСТАВА

Судећи о владавини права и владавини људи, Аристотел поставља владавину права као бољи облик; до дана данашњег правна теорија још увек трага за коначним одговором на ово питање. Деловало је као да је проблем разрешен у корист владавине права у другој половини XX века, међутим, само је постављено питање „Који облик владавине права је најбољи?”³⁴ Правно уређена држава не дозвољава свемогућу, неограничену моћ, а добро уређена држава иде корак даље ка чврстом ограничењу моћи како би област основних људских слобода и права била непрекршива.³⁵ Ова идеја је у сржи старија идеја уставности, што је законско ограничење државне моћи као антитеза самовлашћа, владавина воље уместо владавине права.³⁶

У правној теорији постоји разлика између владавине права и Rechtsstaat-а. Као појам *Rechtsstaat* потиче из немачке правне теорије и не подудар се сасвим са термином владавина права. Rechtsstaat (правна држава, законска држава, држава закона или, алтернативно, владавина права) је термин који асоцира на Канта (иако га он никада није користио), који је дефинисао државу као уједињење мноштва народа под правосудним законима. Свака држава се састоји из три моћи – ауторитета (опште уједињење воље у три личности): владајућа моћ (у личности законодавца – суверенитет), извршна моћ (у личности владооца) и судска моћ (у личности судије).³⁷ Његов концепт државе се заснива на закону (Rechtsstaat) и вечном миру, при чему оба термина означавају исту идеју о законском

³³ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. In: *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Volume 13, Number 2, 28–29.

³⁴ Лукић, Р. Д., Кошутић, Б. П., Митровић, Д. М. (2000). *Увод у право*. Београд: Јавно предузеће Службени лист СРЈ, 321.

³⁵ Чавошки, К., Васић, Р. (2009). *Увод у право*. Београд: Правни факултет Универзитета Београду, Службени гласник, 156.

³⁶ *Ibid.*, 160.

³⁷ Кант, И. (1993). *Метафизика морала*. Сремски Карловци – Нови Сад, 115.

уставу или о миру кроз закон.³⁸ Кант суштину уставне државе проналази у чињеници да су сва три ауторитета усаглашена, међусобно се допуњују и подређени су једни другима, и ниједан не може да узурпира моћ другој.³⁹

У европској континенталној правној традицији и теорији, *принцип легалности* (поштовање статута) се подразумева под термином владавина права.⁴⁰ Уколико се примењују и поштују статuti који су осигурани принципом легалности, онда постоји и владавина права. Овде се владавина права испољава кроз *Rechtsstaat*.⁴¹ Како Келзен истиче, демократија тежи ка рационализму и има „инхерентну склоност” да постане власт заснована на законима, усмеравајући центар теже на законодавство, док опсежно одређује индивидуалне судске и административне акте.⁴² Осигуравање законитости државних радњи (које имају законски карактер и делују као законски акти кроз које се закон – законске норме стварају или извршавају) је сврха уставног суђења које је „судска гаранција устава”.⁴³

³⁸ Strauss, L. (1987). *History of Political Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press, 581.

³⁹ Лукић, Р. Д., Кошутић, Б. П., Митровић, Д. М. (2000). *Увод у право*. Београд: Јавно предузеће Службени лист СРЈ, 229.

⁴⁰ У англосаксонским правним системима принцип легалности, на начин који га тумаче континентални правни теоретичари, је превише сажето схваћен, док је владавина права нешто више од статута и поретка, она значи да „ниједан човек није изнад закона... овде сваки човек, без обзира на титулу или стање, подлеже обичном закону земље и надлежности обичних судова” (Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics, 111). Устав који је прожет владавином права „на основу општих принципа устава (на пример, право на личну слободу или право на јавно окупљање)” у Енглеској је последица судских одлука, за разлику од континенталне Европе где заштита која се пружа правима појединаца проистиче из општих принципа устава (писаног устава) (Dicey, A. V. (1982). *Op. cit.*, 115). Владавина права као металегална идеја валидног правног поретка је та која осигурава људску сигурност и слободу тиме што ограничава државну моћ, одговарајуће особине права (општост, одређеност, јасност, постојаност, унутарње моралне вредности и правичност) и поуздане институционалне гаранције (забрана ретроактивног деловања статута, непристрасне и правичне процедуре, независно судство). Уставност је један од начина на који се ограничава могућа самовоља државне моћи, али је такође неопходна да би се одредио садржај позитивних статута и легитимних циљева унутар граница државне моћи (Чавошки, К., Васић, Р. (2009). *Увод у право*. Београд: Правни факултет Универзитета Београду, Службени гласник, 160–165).

⁴¹ Лукић, Р. Д., Кошутић, Б. П., Митровић, Д. М. (2000). *Op. cit.*, 231–232.

⁴² Kelsen, H. (1973). *State-form and world outlook, Essays in Legal and Moral Philosophy*, Edited by Davidson, D. Hintikka, J. Nuchelmans, G. Salmon, W. C. Dordecht. Boston: D. Reidel Publishing Company, 101–104.

⁴³ Kelsen, H. (2015a). *The nature and development of constitutional adjudication. The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 22–78, 22.

Не постоји владавина права без независног судства, а не постоји независност у овом смислу уколико судови нису подређени садржају статута, што је могуће због разлике између статута и судске пресуде. Важећи принцип за буржоаску владавину права је да

„...држава без материјалне разлике између законодавства, извршења (влада и администрација) и суђења је држава која не поседује устав, у либералном тумачењу тог термина.”⁴⁴

У складу је са специфичним принципом владавине права да постоји „легално-политички захтев за гаранцијама устава”, тј., институције које надгледају делање владе и парламента, тела која су директно уз устав, будући да устав могу прекршити они који га извршавају (непосредно или посредно преко кршења статута који се заснивају на њему). Тела чије деловање или неделовање непосредно крши устав подлежу уставној контроли.⁴⁵

Гарантија устава – „основа државе, на којој се гради остатак поретка” – је првобитно гаранција уставности статута. Концепт устава који се поклапа са концептом врста владавине се примарно односи на „оснивни принцип при којем подела политичке моћи проналази своје законско испољавање”⁴⁶.

Демократска држава се идентификује према њеним органима и подели моћи, док се код аутократија држава и државна апаратура поистовећују са владаром, вођом који је „апсолутна вредност”, подарен с „најширом слободом дискреције” и „неограниченим првенством да прави изузетке” које жели, доноси законе и, у сваком конкретном случају, спроводи правду од случаја до случаја. Вођа је једина особа која поседује правду као божански поклон и она је извор његове диктаторске моћи.⁴⁷ Раздвајање или подела моћи се заснива на идеји

⁴⁴ Schmitt, C. (2015a). The Guardian of the Constitution ch.I.1-3: Schmitt's argument against constitutional review. *The guardian of the constitution : Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 79–124, 107–108.

⁴⁵ Kelsen, H. (2015b). „Who ought to be the Guardian of the Constitution?”. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 174–221/ first published 1931, translation of „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”. У: Klecatsky, H. R., Marcic, R., Schambeck, H. 2010. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule – Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 vols. Vienna: Verlag Österreich, II, 174.

⁴⁶ Kelsen, H. (2015a). The nature and development of constitutional adjudication. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 25, 28.

⁴⁷ Kelsen, H. (1973). State-form and world outlook, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Edited by Davidson, D. Hintikka, J. Nuchelmans, G. Salmon, W. C. Dordecht. Boston: D. Reidel Publishing Company, 103, 105.

„...поделе моћи међу више различитих тела, не толико у циљу њихове међусобне изолације већ ради међусобне контроле,”

тврди Келзен. Сврха овог механизма није само заштита демократије од опасности конвергенције моћи, већ и гаранција законитости функционисања државних органа. Уставни суд, како истиче Келзен, би требало да је чувар устава. Институција уставног суђења није противна принципу поделе моћи, напротив, она је потврда овог принципа.⁴⁸ Насупрот Келзеновом ставу, Шмитов аргумент против суда као чувара устава је да је

„недопустиво дозволити одређеној категорији јавних установа да буду чувари устава,”

на основу процене ризика. Такође тврди да „фраза владавина права засебно не одлучује ништа” о овом питању. О неким стварима се „не може судити” и тиме што би се идеал владавине права поистоветио са одлукама које се тичу свих политичких питања кроз судске процедуре, као последицу би могло произвести политизацију суђења уместо јуридикацију политике.⁴⁹ Постизати свршеност и савршенство владавине права кроз правне формалности је, према Шмиту, проблематично.⁵⁰ Његов закључак је да било које тело које

„...одистински чини да спорна садржина статута буде ван сваке сумње у стварности врши улогу законодавца”

или уставног законодавца.⁵¹

Шмит признаје да чувар устава мора да буде „независан и страначко-политички неутралан”⁵² и доноси закључке о председничкој независности и неутралности, тврдећи да је

⁴⁸ Kelsen, H. (2015a). The nature and development of constitutional adjudication. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 46–48.

⁴⁹ Schmitt, C. (2015a). The Guardian of the Constitution ch.I.1-3: Schmitt's argument against constitutional review. In: *The guardian of the constitution : Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 79–124 / translation of Der Hüter der Verfassung, 4th edn (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), 89–91.

⁵⁰ *Ibid.*, 92–93.

⁵¹ *Ibid.*, 113, 115–117.

⁵² Schmitt, C. (2015b). The Guardian of the Constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution. *The guardian of the constitution : Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 125–173, 167–168.

„...ауторитет који је страначко-политички неутралан, по природи непосредне повезаности с целом државом, ауторитет који је постављени одржитељ и чувар ситуације која је у складу са уставом”⁵³.

Неутрална трећа моћ је специјална институција или ауторитет који би требало да „обезбеди уставно функционисање различитих моћи и одржава устав.”⁵⁴ Вођа државе, што је најчешће председник, има улогу неутралне треће моћи, али уставни статут не може да пропише личне особине које би биле неопходне за обављање ове функције. Ова „нарочита улога” председника се не састоји од сталног и конзистентног доношења одлука и наређивачких радњи, већ само током проглашеног ванредног стања председник има улогу да суди, одржава и регулише.⁵⁵

Иако Шмит сматра да је председник неутрална трећа моћ, не изнад других уставних моћи, он такође покушава да прошири председничке надлежности, нужно преобличавајући председника као неутралну трећу моћ у сувереног владара и стога, како Келзен примећује, чини председника неспојивим с улогом чувара устава.⁵⁶ Избори као демократски метод за постављање вође државе „тешко да пружају специјалне гаранције независности”. Бити изабран од стране „народа као целине” значи бити изабран од стране већине или чак мањине; стога вођа државе не може извршавати општу вољу уједињеног народа, не само зато што таква воља не постоји, већ и зато што неспојивост функција законски спречава председника само да буде члан парламента, али је чланство у странци током мандата дозвољено.⁵⁷

На крају, очито је ко би требало да буде чувар устава по Келзену. И поред Шмитове склоности да игнорише могућност кршења устава од стране председника и владе и прецењивања надлежности председника као једног од два стуба устава и потцењивања другог стуба – парламента, сам Шмит, приликом истицања неутралне треће моћи, аргументује

⁵³ Schmitt, C. (2015b). The Guardian of the Constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution. *The guardian of the constitution : Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 170–171.

⁵⁴ *Ibid.*, 151.

⁵⁵ *Ibid.*, 156–157.

⁵⁶ Kelsen, H. (2015b). 'Who ought to be the Guardian of the Constitution?'. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 174–221/ first published 1931, translation of 'Wer soll der Hüter der Verfassung sein?'. У: Klecatsky, H. R., Marcic, R., Schambeck, H. 2010. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule – Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 vols. Vienna: Verlag Österreich, II, 180.

⁵⁷ *Ibid.*, 208–209.

против вође државе.⁵⁸ Шмит говори да у држави која је посвећена владавини права и у којој је успостављена подела моћи, логично је „не доделити ову моћ једном од постојећих ауторитета...” зато што би „само добила превагу над другим моћима и стекла способност да се заштити од контроле” и „стога, постала владалац устава.” Ипак, Шмит наглашава важност успостављања

„...специјалне неутралне моћи поред осталих моћи, и повезивање и успостављање у равнотежу с осталима тиме што би се обдарила нарочитим надлежностима”.

Келзен из последњег цитата доноси закључак у корист уставног суђења.⁵⁹

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Од доба Америчке и Француске револуције, демократија је политички идеал и, ако то још увек јесте, да ли је могуће да се „нова” звезда издигла на мрачном хоризонту XX века – да ли је могуће да сјај диктатуре⁶⁰ поново зрачи? Ја бих тврдила да можда не сија јарко као раније, али да воли да се назива демократијом и да свој ауторитаризам скрива под окриљем и реториком владавине права и демократије. Диктатура и ауторитаризам су развили суптилније форме и методе. Неке државе, као што је Србија, која је била класификована као демократија (изборна демократија) 2010. и сматрана полуконсолидованом демократијом, данас се процењује као делимично слободан, хибридни режим. Извештај Freedom House-а из 2020. бележи тренд „глобалне рецесије демократије”. Као што је Дајмонд закључио, могућ је преображај компетитивних ауторитарних режима у демократије, као што је могуће да демократије, и либералне

⁵⁸ Kelsen, H. (2015b). 'Who ought to be the Guardian of the Constitution?'. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 174–221/ first published 1931, translation of 'Wer soll der Hüter der Verfassung sein?'. У: Klecatsky, H. R., Marcic, R., Schambeck, H. 2010. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule – Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 vols. Vienna: Verlag Österreich, II, 216–217.

⁵⁹ *Ibid.*, 211.

⁶⁰ Kelsen, H. (1973). *State-form and world outlook, Essays in Legal and Moral Philosophy*, Edited by Davidson, D. Hintikka, J. Nuchelmans, G. Salmon, W. C. Dordrecht. Boston: D. Reidel Publishing Company, 95.

и нелибералне, постану више демократске.⁶¹ У покушају да класификује недемократске режиме, за критеријум Дајмонд користи

„...процент законодавних места које држи владајућа странка, проценат гласова које је освојио председнички кандидат владајуће странке и колико година је тренутни владалац непрекидно на власти”.

Истичући значај парламентарне опозиције он тврди да у оним

„...режимима где су избори превасходно ауторитарна обмана, владајућа или доминантна странка осваја скоро сва места”⁶².

Оцене на основу ових процената казују више када се посматрају заједно са годишњим оценама Freedom House-а о грађанским и политичким слободама и правима, иако није неопходно да се нивои слободе и изборне компетитивности подударују.⁶³

У складу са извештајем Freedom House-а, можемо приметити да се кршење демократије у Србији подудара с процесом јачања и фокусирања моћи у рукама тренутног председника. Лик тренутног вође државе и његова воља су неприкосновени, будући да он *de facto* врши утицај на одлуке владе и одлуке владајуће партије, чији је и председник. При тврдњи да је председник (вођа државе), као неутрална одвојена моћ и политички неутрална странка, чувар устава, Шмит примећује да неки могу посумњати

„...да ли је дугорочно могуће изоставити позицију председника *рајха* од деловања страначке политике и држати је у сфери непристрасне објективности и неутралности коју одређује брига о држави као целини”

и да има улогу чувања и одржавања уставног јединства и целовитости народа.⁶⁴ Његова тврдња да је вођа државе чувар устава, узимајући у обзир пример Србије, се испоставила као обратна, баш како је Келзен и приметио. Уставни суд је добио ову битку, међутим, још увек постоји потенцијални проблем кршења устава од стране вође државе. На пример, чл. 112. Устава Републике Србије одређује надлежности и моћи председника и њихов обим је прилично ограничен. У стварности српски

⁶¹ Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. In: *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Volume 13, Number 2, 34.

⁶² *Ibid.*, 28–29.

⁶³ *Ibid.*, 32–33.

⁶⁴ The Guardian of the Constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution. In: *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 125–173/ translation of *Der Hüter der Verfassung*, 4th edn (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), 172–173.

државни вођа има, благо речено, поприличну моћ. У складу са чл. 118. Устава председник републике може бити разрешен дужности услед кршења Устава одлуком Народне скупштине, гласовима две трећине посланика. Даље, чл. 15. Закона о председнику прописује да најмање једна трећина посланика може да предложи Народној скупштини разрешење председника, уколико сматрају да је прекршио Устав, а процедура за разрешење се може покренути већинским гласом свих посланика. Одлуку о кршењу устава доноси Уставни суд. Међутим, и у случају да Уставни суд одлучи да је председник прекршио Устав, то не значи да ће бити разрешен дужности. Председник републике ће бити разрешен само уколико две трећине посланика гласају за његово разрешење. У таквој ситуацији постоји могућност да ни Уставни суд не може да очува Устав од нарушавања. Ево примера: приликом избора за посланике Народне скупштине 2020. године владајућа странка је освојила 188 од 250 посланичких места, што је више него две трећине. Готово је немогуће предложити поступак за разрешење будући да се не очекује да би посланици владајуће странке сачињавали део трећине (око 83 посланика) која је потребна да би се предложио поступак за разрешење против председника, који је истовремено и свезнајући вођа њихове странке. Чак и када би се ово десило и даље би била потребна већина гласова (најмање 126) за покретање процедуре, а чак и када би се ово десило и под претпоставком да Уставни суд пресуди да је дошло до повреде Устава, и даље је скоро немогуће разрешити дужности председника, будући да су потребни гласови две трећине (око 166) посланика. У теорији, да, могуће је, али у пракси, узимајући у обзир да Србија није либерална демократија и да се говори тренутних посланика Народне скупштине заснивају на хвалоспевима о председнику, ово је врло тешко постићи.

Суочени смо са ситуацијом у којој су парламентаризам и политички плурализам угрожени. Не постоји права опозиција у српској Народној скупштини и стога она престаје да буде простор за такмичење различитих интереса. Описано стање хибридног режима, какав је у Србији, је ближи диктатури и ауторитаризму него демократији и владавини права. Неки аутори поистовећују владавину права с њеном формом и, у складу с тиме, владавина права може постојати и у демократским и аутократским режимима. Међутим, за већину, с којом се морам сложити, владавина права не може постојати само у формалном смислу тог појма и, стога, не може се свака држава сматрати државом владавине права. Садржина је поуздано мерило за одређивање појма државе која се води владавином права, која једино може постојати у демократији која није сведена на пуку форму.⁶⁵

⁶⁵ Лукић, Р. Д., Кошутић Б. П., Митровић, Д. М. (2000). *Увод у право*. Београд: Јавно предузеће Службени лист СРЈ, 235–356.

Дакле, ако имамо за циљ да одредимо где се хибридни режим налази на скали између демократије и диктатуре и да ли се ради о држави с владавином права, мора се анализирати свака држава појединачно. Хибридни режими имају потенцијал да постану и демократија и диктатура. Такође можемо тврдити да су неки хибридни режими добри, а неки лоши, у зависности од ситуације. И узимајући у обзир скорашње крњење демократије у вези с тренутним режимом у Србији, усуђујем се да кажем да овај хибридни режим није један од оних који су у транзицији ка идеалима либералне демократије.

Демократија и владавина права могу постати пука форма, окриље и реторика иза којих се крију диктатура и ауторитарне тенденције. Ове речи су политички истрошене и укаљани термини у које обични грађани све више губе веру, уз растуће неповерење ка демократским институцијама, независном судству и правди која би требало да се постиже законом.

ИЗВОРИ

Књиге и публикације

Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics.

Ђурић, М. Н. (1976). *Историја хеленске етике*, Београд: БИГЗ.

Кант, И. (1993). *Метафизика морала*, Сремски Карловци – Нови Сад.

Kelsen, H. (2015).

(a) The nature and development of constitutional adjudication. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 22–78 / first published 1929, 'Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit'. In: Hans R. Klecatsky, Rene' Marcic, and Herbert Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 vols. (Vienna: Verlag Österreich, 2010), II, 1485–1531.

(b) 'Who ought to be the Guardian of the Constitution?'. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx, Cambridge University Press, 174–221/ first published 1931, translation of 'Wer soll der Hüter der Verfassung sein?'. In: Hans R. Klecatsky, Rene' Marcic, and Herbert Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 vols. (Vienna: Verlag Österreich, 2010), II, 1533–1573.

Kelsen, H. (1973). State-form and world outlook. *Essays in Legal and Moral Philosophy*, (Edited by Davidson, D., Hintikka, J., Nuchelmans, G., Salmon, W. C.). Dordrecht – Boston: D. Reidel Publishing Company, 95–113.

Келзен, Х. (1998). Општа теорија права и државе. *О границама између правничке и социолошке методе: Ојшња теорија права и државе*. Београд: Правни факултет.

- Ковачевић, С. (2015). *Транзиција у демократији: Трансформација друштва и консолидација демократије*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.
- Лукић, Р. Д., Кошутић, Б. П., Митровић, Д. М. (2000). *Увод у право*. Београд: Јавно предузеће Службени лист СРЈ.
- Лукић, Р. (1953). *Теорија државе и права: Том I Теорија државе*, Београд: Завод за уџбенике и наставна средства, Београдски издавачко-графички завод.
- Neumann, F. (1964). Notes on the Theory of Dictatorship. *The Democratic and The Authoritarian State, Essays in Political and Legal Theory*. London: The Free Press of Glencoe Collier – Macmillan Limited, 233–256.
- Сартори, Г. (2001). *Демократија ишта је то?* Подгорица: ЦИД.
- Schmitt, C. (2015).
(a) The Guardian of the Constitution ch.I.1-3: Schmitt's argument against constitutional review. In: *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 79–124 / translation of *Der Hüter der Verfassung*, 4th edn (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), 12–48, 60–4.
(b) The Guardian of the Constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution. In: *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Edited and translated by Lars Vinx. Cambridge University Press, 125–173/ translation of *Der Hüter der Verfassung*, 4th edn (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), 73–91, 129–140, 149–159.
- Strauss, L. (1987). *History of Political Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press.
- Friedrich, C. J., Brzezinski, Z. K. (1965). *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Хејвуд, Е. (2005). *Политичке идеологије*, Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.
- Чавошки, К., Васић, Р. (2009). *Увод у право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник.

Чланци

- Vogaards, M. (2009). How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism. In: *Democratization*. Routledge Taylor and Francis Group, Vol. 16, No. 2, 399–423.
- Diamond, L. J. (2002). Elections Without Democracy – Thinking About Hybrid Regimes. *Journal of Democracy*. The Johns Hopkins University Press, Volume 13, Number 2, 21–35.
- Morlino, L. (2009). Are there hybrid regimes? Or are they just an optical illusion?. *European Political Science Review*. European Consortium for Political Research, 1:2, 273–296.

Интернет извори

- Csaky, Z. Dropping the democratic facade in Europe and Eurasia – Nations in transit 2020. U: *Freedom House* [online]. Freedom House, 2020 (приступљено: 20. 11.

- 2020). Доступно на: <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2020/dropping-democratic-facade>
- Fukujama: Srbija pod Vučićem ide u autoritarnom smeru. In: *Radio Slobodna Evropa* [online]. Radio Free Europe/Radio Liberty, 2020 [приступљено: 29. септембар 2021]. Доступно на: <https://www.slobodnaevropa.org/a/30643131.html>
- Freedom in the world. *Freedom House* (b) [online]. Freedom House, 2020 (приступљено: 29. септембар 2021). Доступно на: <https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2020>
- Freedom in the world. *Freedom House* (b) [online]. Freedom House, 2021 [приступљено: 29. септембар 2021]. Доступно на: <https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2021>
- Nations in transit. U: *Freedom House* (a) [online]. Freedom House, 2020 [приступљено: 29 септембар 2021]. Доступно на: <https://freedomhouse.org/country/serbia/nations-transit/2020>
- Nations in transit. U: *Freedom House* (a) [online]. Freedom House, 2020 [приступљено: 29. septembar 2021]. Доступно на: <https://freedomhouse.org/country/serbia/nations-transit/2021>

Законски акти

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

Закон о председнику републике (*Службени гласник РС*, бр. 111/2007).