

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

UDK — 342.4

др Кристијан Штарк,
професор Правног факултета Универзитета у Гетингену

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ И АКТУЕЛНИ ЗНАЧАЈ СУПРЕМАТИЈЕ УСТАВА*

Увод (1)

На темељу једне заједничке европске традиције која сеже до антике, у Енглеској, Немачкој, Северној Америци и Француској се током седамнаестог века, у свагда посебним историјским констелацијама, изградила идеја супрематije одређених основних закона који се, наравно, још не могу означити као устав у модерном смислу речи. Потом је ову супрематiju *leges fundamentales* конституционализам захтевао за писане уставе (I). Обезбеђење супрематije устава путем поделе власти и, нарочито, путем судова од почетка се показало као неопходно с обзиром на околност да државни устави регулишу деловање људи које није слободно од грешака, злоупотребе и узурпације, особито кад је повезано с влашћу (II). У закључном делу биће показано да супрематија устава, која је ефективно обезбеђена уставним судством, поставља захтеве структури устава који у довољној мери мора да буде јасан. Ако се супрематија устава обезбеђује судском контролом норми, онда је јасноћа уставног права претпоставка за нужно разграничење компетенција између парламента и уставног суда који политику треба да контролише мером устава, а не да је сâм ствара (III).

I. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ И ПОЈАМ СУПРЕМАТИЈЕ УСТАВА

1. Природно право и *leges fundamentales*

У потрази за историјским узорима супрематije устава најпре наилазимо на европско природно право. Од природног права преко *leges*

(*) Предавање одржано на Правном факултету у Београду, 12. октобра 1987.

(1) Ову расправу посвећујем генералном секретару Међународног удружења за уставно право, господину професору др Павлу Николићу. Расправа представља проширену верзију предавања које сам 12. октобра 1987. одржао на позив Правног факултета Универзитета у Београду.

fundamentales до модерног појма устава (2) требало је, додуше, прећи другачак пут, али се он могао прећи само с инструментима које је природно право ставило на располагање: природно право је погма superior која је обавезна за законе што их доносе владари. Тома Аквински је људски закон означио као *mensura mensurata* (3), а он се помоћу закључака (*conclusio*) или ограничавајућег одређења (*determinatio*) изводи из природног закона (4). Ако људски закон противречи природном, онда он више није закон, већ кварење закона (5) по којем се не сме судити (6). Та хијерархија закона, у средњем веку развијена толико оштроумно и у јасним појмовима, преко шпанске позне схоластике (7) бива преузета у нововековно правно мишљење, те је заступају нпр. Гроцијус (8), Кристијан Волф (9) и Емер де Вател (10), при чему филозофско заснивање замењује теолошко (11).

За наша разматрања, природно право игра двојаку улогу, *Садржински* посматрано, оно означава важне норме које садрже човекова „урођена права“, које одређују како међусобне односе људи тако и однос појединца према „државној власти“ (12). *Формално* посматрано, ово је основа за представу о хијерархији закона. Та се представа могла одвојити од теорије природног права и применити на посебне, уговором засноване *leges fundamentales* или *constituent laws* који су позитивно право вишег реда и, барем делимично, садрже позитивирано природно право. Такви основни закони (13) играју у Европи, у појединим земљама најкасније од седамнаестог века, велику улогу у политичкој теорији и правној пракси (14). Разлози томе нису јединствени; вазда се, међутим, радило о свесном и жељеном ограничавању овлашћења регуларне законодавне власти.

2. Енглеска: Коук и Кромвел

У Енглеској је 1610. године судија Едвард Коук помоћу Common Law аргументовао против закона који је донео парламент (15). У случају

(2) И место код Аристотела о супрематичји устава, Политика, 1289а (књ. IV, гл. 1), које се стално изнова цитира, не може се без даљег повезивати с модерном проблематиком; о античким основама види пре свега E. Corwin, *The „Higher Law“ Background of American Constitutional Law*, у: *Harvard Law Review* 42 (1928), 153 фф.

(3) Thomas v. Aquin, *Summa Theologiae*, I—II, quae. 95 а. 3.

(4) *Ibid.* I—II, quae. 95 а. 2.

(5) *Ibid.* I—II, quae. 95 а. 2.: *Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio.*

(6) *Ibid.* I—II, quae. 60 а. 5.

(7) Нпр. Franciscus Suarez, *De Legibus* (1612), књ. I, гл. 3, §§ 7, 10; књ. II, гл. 7. §§ 6 фф.

(8) Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), *Prolegomena* 11; књ. 1, гл. 1, §§ X, XII.

(9) Christian Wolff, *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum*, том I, 1764, *Prolegomena*, § 1 фф.

(10) Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, 1758, *Préliminaires*, § 4 фф.

(11) O. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 1929, стр. 281.

(12) Cappelle/Ritterspach, *Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung*, у: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 20 (1971), стр. 78: тековине теорије природног права делују даље у модерном конституционализму: Starck *Entwicklung der Grundrechte in Deutschland*, у: *Gedächtnisschrift für Sasse*, 1981, том 2, стр. 777, 779 фф.

(13) О термину упор. Grimm, *Deutsches Wörterbuch* том 9, 1935, Сп. 817: „Најраније у седамнаестом веку као превод на немачки *leges fundamentales* правни језик преузима основне законе као законе који чине државноправни темељ, који одређују правни карактер неког царства, неке државе, неког устава итд. и основа су за друге законе и правне прописе.“

(14) О томе кратко Н. Quaritsch, *Staat und Souveränität*, том 1, 1970, стр. 364 ф.

(15) О следећем упор. пре свега E. Corwin (нап. 2), стр. 367 фф.

лекара др Томаса Бонхама, кога је Лекарска комора осудила на новчану казну чија је половина, *законски*, припадала председнику те Коморе, Коук је дотични закон сматрао неприменљивим пошто противречи начелу Common Law-а да нико не сме бити судија у сопственој ствари. Како би председник и судије те Коморе требало да добију половину новчане казне коју одређују, па тако имају непосредан финансијски интерес, они су не само судије него уједно и странке у сваком оном случају који им се изнесе на одлучивање (16). Чувени цитат о супрематији Common Law-а из одлуке гласи: „Из наших књига произлази да Common Law у многим случајевима врши утицај на законе (acts of parliament) и понекад их оцењује као потпуно неделотворне. Јер, кад неки закон противречи праву и уму (common right and reason) или је неприменљив, на њ утиче Common Law и оцењује га као неделотворног” (17).

Овај Коуков исказ, који се стално изнова анализује, претпоставља најпре право парламента да доноси и мења законе, чак и ако се тада законодавство више схватало као изрицање права (law declaring) а мање као стварање права (law making) (18). Уколико ни Common Law није било потпуно изван законодавца који га је нарочито могао даље развијати (19). На тој основи је, међутим, Коук учинио једну резерву у корист судске контроле норми и непримењивања неког закона у случају јасне повреде „common right and reason”. Што се тичало судијског испитивања, већ је Коук развој неког fundamental law, чија историја сеже унутраг до средњег века, довео до логичког завршетка (20). Почев од средине седамнаестог века, развој енглеског права није се више надовезивао на Коука (21), већ је створио концепт неограничене суверености парламента која не допушта хијерархију између основних или уставних закона и обичних закона (22). То се може сматрати последицом раног успешног сузбијања монархијског апсолутизма у Енглеској. Тако је Парламент 1627. с успехом захтевао од Краља потврђивање слобода и права (petition of Rights). После glorious revolution, Парламент и Краљ су у Bill of Rights (1689) још једном потврдили та права.

Ипак, у Енглеској је под Кромвелом постојало републиканско мзбуштање које је за наше питање барем од теоријског интереса. Agreement of the people, израђен 1647, требало је да буде највиши закон (основни закон) који се налази изван досега Парламента, чије прерогативе ограничава и садржи права која је народ за самог себе резервисао (23). Као што већ име каже, тај agreement је требало да настане на уговорној основи приступањем грађана и да потом ступи на снагу. Супрематија у односу на statutes Парламента произлазила је отуда што је власт Парламента била подређена власти народа (24). Тиме је била створена супре-

(16) John W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford 1955, стр. 32 ф.

(17) 8 Co. Rep. 1176—1186; цитирано према Gough (нап. 16), стр. 31 ф.

(18) Charles McIlwain, *The High Court of Parliament*, 1910, стр. 99 ф.; 105 фф.

(19) Kriele, *Die Herausforderung des Verfassungsstaates*, 1970, стр. 16 ф.

(20) Gough (нап. 16), стр. 30.

(21) Corwin (нап. 2), стр. 374 фф.

(22) A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8 ed., 1923, стр. 37 фф.; Gough (нап. 16), стр. 2 ф.; могуће је да ће приступање Енглеске Европској заједници изазвати овде нов развој.

(23) Burdeau, *Traité de science politique*, том IV, 3. изд., 1984, стр. 76; Gough (нап. 16), стр. 112 ф.

(24) Касније јасно код Emer de Vattel (нап. 10), гл. III, § 31.

матија устава у модерном смислу речи. Под Кромвелом су обелодањена два суштинска обележја модерног појма устава: (1) устав је дело суверена; он, наравно, још почива на уговорној основи (agreement); природно право игра улогу само утолико што важи његов став да се уговори морају поштовати (2). Устав је *основни закон*; као такав налази се изнад ауторитета које сâм успоставља (25).

У Енглеској је, додуше, најпре створена супрематија устава (26), али ту супрематију Енглеска није преузела у своју правну праксу, те до данашњег дана не прави разлику између устава и закона (27). Па ипак, те су мисли у Северној Америци преузели колонисти, даље их развили и довели до процвата. Пре но што се окренемо Северној Америци, мора се бацити један поглед на немачку праксу и теорију о *leges fundamentales*.

3. Немачка: *Leges fundamentales*

У Немачкој су принципи природног права владали и државним правом, којем је снажан печат давало и обичајно право. Први *почетак конституционалног мишљења* треба видети у признању *leges fundamentales* који додуше, нису представљали уставно право у модерном смислу, али су садржавали правила која су морала бити надређена нормалном законодавству: пре свих, правила о наслеђивању престола, али и основне споруазуме између владара и сталежâ, остало владарско и државно право, као и религијске слободе (28). У немачкој теорији државног права седамнаестог и осамнаестог века пре свега је било речи о обавезном дејству тих *leges fundamentales* (29) и о, с тим повезаним, питањем о владаревој суверености. Утолико су *leges fundamentales* важили за питање о пореклу супрематије устава. С обзиром на сувереност, разматране су допуштена садржина основних закона и границе њихове правне обавезности. Питање о последицама владарске повреде устава ушло је у дискусију о праву на побуну.

Појам суверености је знатно стајао на путу признању *leges fundamentales*. Наиме, све док се остајало при суверености владара, дакле суверености органа, нека виша људска законодавна инстанца била је, логично, искључена. Више право се, додуше, могло образлагати природно-правно, али је тада морало рачунати са знатном слабошћу у важењу. Овде је од даље помоћи била само *идеја уговора* за коју су се тачке везивања нудиле у представама о владавинском уговору, конкретно у уговору између владара и сталежâ. Стога су фундаментални закони „по својој

(25) Burdeau (нап. 23), стр. 76.

(26) McIlwain (нап. 18), стр. 6: *The idea of a judicial review of legislation, and of a constituent law as well, are in origin English ideas.*

(27) McIlwain (нап. 18), стр. 61; Gough (нап. 16), стр. 2: „In Great Britain today it is a commonplace, on which all lawyers (and politicians) are agreed, that parliament is a sovereign legislature, and that there is therefore no such thing as fundamental law in this sense in the modern British Constitution.”

(28) Ch. Link, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, 1979, стр. 179 ф. и уз следеће; уоп. даље Schmidt-Assmann, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, 1967, стр. 43 м. w. N.; Hoke, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit*, у: Starck/Stern (Hrsg.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, том I, 1983, стр. 25, 31; Strouzh, у: Birtsch (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, 1981, стр. 59, 64.

(29) Hoke (нап. 28), стр. 31, 41 м. w. N.

истинској правној природи” сматрани уговорима (30). Уговори се особито добро поштују онда кад иза њих стоји власт. Супрематија уговорâ се природноправно могла образложити норма *pacta sunt servanda*, тако да каснији закони у односу према *leges fundamentales* нису могли да развију никакву снагу дерогирања.

То Кристијан Волф касније јасно описује у свом *Ius Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*: пошто фундаментални закони државе не стоје на располагању законодавној власти, владар не може донети никакве фундаменталне законе посредством своје законске власти (31). Основе за овај јасан исказ поставили су Гроцијус и Пуфендорф: теорију суверености Гроцијус је довео до појмовне јасноће тако што *сувереност* није сматрао личним атрибуту владара, већ *својством државне власти* (32) која се може вршити подељена на различите органе (33). Начин те расподеле суштински је предмет регулisaња *leges fundamentales* који нормирају организацију државне власти. Тиме је школа природног права учинила јасном надређеност уставотворне власти над влашћу конституисаном уставом (34). Подређеност носиоца власти фундаменталним законима, која одатле следи, означава почетак уставне државности у Немачкој. Пуфендорф је јасно рекао да су акти владара који су супротни његовим обавезама из *leges fundamentales* — ништави и да не могу захтевати покорност (35). Кристијан Волф, сасвим у смислу каснијег конституционализма, говори о *imperium limitatum* (36).

Поред конституционалних и правнодржавних тенденција, у Немачкој је имала утицаја и *Боденова теорија суверености*, према којој монархова законодавна власт једино проистиче из његове суверености, која је, дакако, још мишљена као везана за божанско право, природно и међународно право. Та теорија је касније с демократским предзнаком била заоштрена, тако што је из појма народне суверености била негирана свака везаност суверена (37). Утолико је Русо, који је то заступао тако вехементно, појачао и довршио класичну француску теорију суверености. — Ма колико да је у *Француској* идеја суверености негована у антиконституционалном смислу, и за Француску се могу показати конституционални трагови који се јављају мање или више снажно и који се свде на *lois fondamentales du royaume* из шеснаестог века (38). У свом *Духу закона*, и

(30) Тако јасно Ulrich Huber, *De iure Civitatis libri tres*, 1674, књ. I, одељ. 3, гл. 4—5; Gierke (нап. 11), стр. 286 ф; Link (нап. 28), стр. 181 m. w. N.; Burdeau (нап. 23), стр. 54 фф.

(31) Ch Wolff (нап. 9), том 8, 1766, гл. IV, § 816: *Quoniam potestati legislativae non subsunt leges fundamentales civitatis* (§ 815) *superior vi potestatis legislativae leges fundamentales condere nequit*.

(32) У том смислу већ J. Bodin: *Six livres de la République*: књ. I, гл. I: *République est un droit gouvernement de plusieurs menages, de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine*. Наравно, треба узети у обзир да Боден не признаје преношење суверености на монарха под условима и налозима (књ. I, гл. 8) и да одбацује сваки конституционализам. О томе F. Meinecke, *Die Idee der Staatsräson*, 1957, стр. 205.

(33) Crotius (нап. 8), књ. I, гл. 3, § XVII, 1.

(34) Burdeau (нап. 23), стр. 78.

(35) Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium* (1672), књ. 7, гл. 6, § 10.

(36) Ch. Wolff (нап. 9), §§ 72 фф.

(37) Gierke (нап. 11), стр. 289 ф.

(38) Burdeau (нап. 23), стр. 38 ф; Quaritsch (нап. 14), стр. 364. Термин *lois fondamentales* остаје и даље у животу. Тако Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* (1789), édition critique par R. Zapperi, Genève, 1970, стр. 180, *lois constitutionnelles* означава као *lois fondamentales*.

Монтескје полази од једног мешовитог устава и тиме од конституционалне идеје. Непосредно после приказа северноамеричког развоја, још једном ћемо се вратити Француској.

4. Примена европске теорије у Северној Америци

Колонисти су у Северну Америку донели са собом и европску правну културу на чијој су основи регулисали свој заједнички живот у новом свету. Коуков утицај био је у Енглеској на врхунцу када је из Енглеске почело систематско насељавање Северне Америке. Тако је Коукова доктрина била присутна и у колонијама (39), и могла је ту да сачува свој утицај. Што се тиче уставотворства, пре свега треба мислити на чувени уговор *Pilgrim Fathers* на броду *Mayflower* године 1620. и на касније закључене сличне *fundamental orders*. Колоније су касније од енглеске Круне добиле такозване повеље које су у неким случајевима, као основни поредак, само потврдиле уговоре што су их насељеници закључили. Пре одвајања колонија од Енглеске, ти пактови и повеље су, строго узев, били део енглеског права (40); њима, према томе, није припадала *никаква* супрематија (41), чак и ако се могу означити као претече данашњих устава (42). *Георџ Јелинек* (43) је указао на лабав однос између колонија и земље-матице, чиме се може објаснити представа о уставу као уговору грађана која се све снажније јавља.

Политичку основу за супрематију устава ствара тек *Декларација независности* од 4. јула 1776. (44). У преамбули Савезног устава од 1787, који замењује законе федерације од 1776/78, каже се: „We the People of the United States... do ordain and establish this Constitution for the United States of America.” Тиме је први пут практично остварена идеја народне суверености. Уставотворна власт, која припада суверену, заснива и ограничава државну власт; организује је, додељује компетенције и одређује поступке којима се државна власт врши (45). Уставом установљена државна власт везана је за устав; законодавство као грана државне власти није изузетак од тога, и оно је под уставом. У томе, све до дана данашњег, лежи велика разлика између САД и Енглеске. Због тога Гау има право кад пише (46): „Седамнаести век у Енглеској Американци посматрају са живом наклоношћу. Упознати су с принципом ограниченог законодавства и спремни да идеју основног закона, која је уграђена у амерички Устав,

(39) Corwin (нап. 2), стр. 394 фф.

(40) У *Mayflower Compact* каже се: We... the Loyal subjects of our dread Sovereign Lord King James...

(41) Упоп. Stern, *Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit*, 1984, стр. 12 ф. м. в. Н.

(42) Упоп. у том смислу Strouzh, *Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert*, v. Vierhaus (Hrsg.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen und Fundamentalgesetze*, 1977, стр. 294 фф., 306 фф., 319 фф.

(43) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. издање, 1913 (фотописко изд. 1960), стр. 516.

(44) Напомен Уводу за *Mayflower Compacts* (види напред нап. 40), сада се каже: „When, in the course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, . . . Such has been the patient sufferance of these colonies, and such is now the necessity which constrains them to alter their former system of Government. The history of the present King of Great Britain is a history of repeated injuries and usurpations. . .”

(45) Burdeau (нап. 23), стр. 49; *La Constitution est la règle par laquelle le souverain légitime le Pouvoir en adhérent à l'idée de droit qu'il représente en conséquence les conditions de son exercice.*

(46) Gough (нап. 16), стр. 3.

сматрају једним од најдрагоценијих осигурања политичке слободе. Скло-ни су да та осигурања сматрају претечама својих сопствених уставноправ-них принципа.”

Устав као *fundamental law* преузима старију идеју супрематије и при-мењује је на целокупан основни правни поредак државе (47). Овај се састоји у *државној организацији заснованој на подели власти*, тј., по речима Каре ђе Малбера (48), у томе „да држава на своје грађане сме утицати само према мери унапред постављених правила. Устав ограничава форме или услове вршења државне власти; он искључује сваку власт која се врши изван тих услова или форми.” Околност поделе власти већ објаш-њава нужност супрематије устава; иначе би, наиме, подела власти стајала на располагању државног органа који је *in praesentia* најјачи.

Осим организације и поделе компетенција, у модерним уставима налазе се и гаранције основних права одн. људских права која у свом изворном смислу представљају границе политике (49). То се јасно изража-ва у формулацији основних права у додацима за амерички Устав. Ту су основна права формулисана као забране за Конгрес: „*Congress shall make no law... abridging the freedom of speech... or the right of the people peaceable to assemble...*” У том смислу либерална основа права ограни-чавају компетенције државне власти. И по овоме је јасно да право орга-низације и право компетенције, с једне стране, и основна људска права, с друге стране, иду заједно у уставу који је основни правни поредак др-жаве (50). Обоје ограничавају државну власт и чине устав као право ви-шег реда. На одговарајући начин се каже у чл. 16. француске *Декларације о правима човека и грађанина* (1789): „*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*”

5. Савезна државност и супрематија устава

Разматрања о историјском пореклу и развоју идеје о супрематији устава била би непотпуна без указивања на федерализам. У свакој савез-ној држави која заслужује то име, компетенције између савеза и његових чланица морају бити подељене. Осим тога, мора се обезбедити подела фи-нансија која одговара подели задатака. И једно и друго догађа се пу-тем савезног устава. Ова вертикална подела власти мора се — треба ли да буде трајна — осигурати вишим правом ако организација савезне др-жаве не треба да буде на слободном располагању савезног законодав-ца (51). Савезне државе су сасвим битни покретачи идеје о супрематији устава. Јер, већ је за носиоце државних функција у чланицама савеза

(47) Th. Fleiner-Gerster, *Allgemeine Staatslehre*, 1980, стр. 338 фф.

(48) Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920, том 1, стр. 232; на одговарајући начин Burdeau (нап. 23), стр. 179 фф.

(49) G. Burdeau, *Les libertés publiques*, 4e éd., 1972, стр. 63 фф.; Stern (нап. 41), стр. 14 фф.

(50) Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, стр. 111 фф.; Stern (нап. 41), стр. 15 фф.
(51) Tako Ch. McIlwain (нап. 18), стр. 3 фф. с позивањем на Dicey; C. J. Friedrich, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, стр. 258; Freund, *Columbia Law Review*, 53 (1953), стр. 697 фф.; K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, 3. издање, 1975, стр. 249 фф.; Burdeau (нап. 23), стр. 373 фф.; Ohlinger, у: *Festschrift für Melchior*, 1983, стр. 125, 135 фф.

плаузибилно да су основне норме о дотичној савезној држави супремацијско право које не може бити промењено простом већином савезног закона.

6. Правна теорија о питању ступњевитости правног поретка

Адолф Меркл и Ханс Келзен су, између осталог, покушали да правносистематски обухвате питања што их поставља супрематија устава и, посебно, да правнотеоријски образложе везаност законодавства за више право. Они су спознали да се стварање права регулише правом, и то у једном непрекидном процесу. Правила о стварању права морају бити обавезна за односни орган који ствара право. „Тако је устав — уколико је претпоставка за наступање законодавства, уколико су у њему назначени услови законодавства, тако да законодавство функционише, на темељу устава — надређена или виша, а закон подређена или нижа правна појава.” (52) Одатле следи колизионо правило *lex superior derogat legi inferiori* (53).

II. ОБЕЗБЕЂЕЊЕ СУПРЕМАТИЈЕ ПРЕВАСХОДНО ПУТЕМ УСТАВНОГ СУДСТВА

1. Проблем промене устава

Имајући у виду историјски развој и појам супрематије устава, на следећим страницама говорићемо о њеном обезбеђењу. Као инструменти долазе у обзир: отежавање промене устава, право на побуну, подела власти и, као посебан појавни облик поделе власти, уставносудска контрола норми.

Супрематија устава показала се као логичка консеквенција околности да устав успоставља, рашиља и ограничава државну власт, као и да регулише њене задатке, поступке и овлашћења. Свака делатност државне власти одвија се на темељу и у оквиру устава; свако право које је прописала државна власт ствара се на темељу и у оквиру устава. Супрематија устава би се срушила кад би законодавство било овлашћено да мења устав путем нормалног законодавства. Ово се већ рано сазнало. Због тога је право мењања, допуњавања и (у спорним питањима) разјашњавања устава било сматрано привилегијом уставотворне власти. Већ је *Кристијан Волф*, нарочито с обзиром на уговорно засноване *leges fundamentales*, утврдио да спорове о тумачењу не сме решавати ни владар нити једино народ; напротив, неопходно је да се спор оконча пријатељским поравнањем, посредовањем или помоћу судије (54). *Emer de Vattel*, који полази од уставотворне власти народа, резервише за овај право промене устава и поставља питање: „Enfin, c'est de la Constitution que ces

(52) A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923, стр. 215 ф.; *исти*, *Festschrift für Kelsen*, 1931, стр. 252 фф., 259, 275, 280; *исти* тако Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. изд., 1960, стр. 228.; *исти*, *General Theory of Law and State*, 1949, стр. 124 фф., 134 фф., 153 фф.; о томе Корinek, у овом тому, стр. 152 ф.

(53) О томе A. Hensel, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, том II, 1932, стр. 314 фф.

(54) Ch. Wolff (нан. 9), § 822.

Législateurs tiennent leur pouvoir; comment pourroient-ils la changer, sans détruire le fondement de leur Autorité?" (55) Emanuel Sjejes, пошав од француске ситуације године 1789, о том проблему расуђује овако (56): код спорова о уставу и у питањима ревизије устава не би могли одлучивати редовни представници народа, пошто би морали да одлучују на основу устава који је створио народ. Устав може мењати само скупштина не-редовних представника који би репрезентовали већину народа; та скупштина јесте Трећи staleж.

У уставној пракси убрзо се показала нужност да се у устав инкорпорирају клаузуле о промени устава којима уставотворац овлашћења за доношење устава делегира органима које је установио, али при том уједно одваја промену устава од законодавног поступка (57). У Одељку VII, чл. 1. француског Устава од 3. 9. 1791. Уставотворна народна скупштина објављује „да народ има неотуђиво право да мења свој устав; ипак, с обзиром на то да је народном интересу примереније да чланове чију ће некорисност показати искуство реформише само средствима предвиђеним у самом уставу, она закључује да промену треба предузети путем ревизионе скупштине у следећем облику." По њему се једногласна жеља за променом неког члана устава мора испољити на три законодавне скупштине заредом. Тек четврто законодавно тело, увећано за 249 чланова избраних у департманима, чини ревизиону скупштину.

Каснији устави су за промену устава утврђивали мање компликоване, али сличне поступке. Осим француског модела бављења трију узастопних народних скупштина променом устава (58), достоји и амерички модел који претпоставља одлуку Конгреса двотрећинском већином с којом се мора сагласити трочетвртинска већина парламената држава чланица (59). Новији устави обично допуштају као довољну квалификовану већину законодавних домова (60), евентуално повезано с факултативним (61) народним референдумом (62). Ако устави ћуте о свом мењању или допуњавању, мора се закључити да не познају разлику између обичних и уставних закона, да, дакле, не постоји супрематија устава. Резимирајући, можемо рећи: процедурална отежавања промене устава у односу на нормално законодавство одређују меру везаности државних органа (63).

(55) E. de Vattel (нап. 10), књ. 1, гл. 3, § 31, 34.

(56) Sieyès (нап. 38), стр. 184 фф., 192 фф.; стр. 199: „Les représentants du Tiers auront incontestablement la procuration des vingt-cinq ou vingt-six millions d'individus qui composent la nation, à l'exception d'environ deux cents mille nobles ou prêtres. C'est bien assez pour qu'ils se décernent le titre d'Assemblée nationale. Ils délibéreront donc sans aucune difficulté pour la nation entière, à l'exception seulement de deux cents mille têtes."

(57) Welcker, чланак „Закон" у: Rotteck/Welcker, *Staatslexikon*, 2. изд., том V, 1847, стр. 695, 704, тачно резимира развој: настанак и промена основних или уставних закона зближа се помоћу основног уговора, уставотворне власти или на уставноправно организован начин. Упор. даље Burdeau (нап. 23), стр. 220 ф.

(58) Упор. о томе чл. 131 белгијског Устава од 1831; чл. 114 луксембуршког Устава од 1868; гл. 8, чл. 15 шведског Устава од 1974; чл. 110 грчког Устава од 1975; чл. 137 холандског Устава од 1983; о Француској види Burdeau (нап. 23), стр. 225 фф.

(59) Чл. V Устава САД.

(60) Нпр., чл. 76, ст. 1. немачког Устава од 1919; чл. 79, ст. 1, 2. Основног закона; чл. 89, ст. 3 француског Устава од 1958; квалификовану већину у *Bundesratu* захтева само чл. 78, ст. 1 Устава Немачког Царства од 1871.

(61) Нпр., чл. 119 и Вм чл. 89, ст 2 швајцарског Устава; чл. 76, ст. 1 немачког Устава од 1919; чл. 138 II италијанског Устава од 1947; чл. 89, ст.3 француског Устава од 1958; обавезан је народни референдум по чл. 46, ст. 1 ирског Устава од 1937.

(62) Упор. Jellinek (нап. 43), стр. 519 фф.; K. Loewenstein (нап. 51), стр. 138 фф.; Stern (нап. 1), стр. 159 фф.

(63) Тако тачно Carré de Malberg (нап. 48), том 1, стр. 233; Gough (нап. 16), стр. 2; о проблему темељито Burdeau (нап. 23), стр. 247—262.

Супрематија устава претпоставља да је стање уставног права довољно јасно; због тога оно што је речено важи само за писане уставе. Поред тога, новији уставни су претпоставком ваљане промене устава учинили то да се изричито мења или допуњава дослован текст устава (64). Тиме се избегавају нејасноће о стању уставног права. Неки уставни новљавају чак материјалне границе промене устава: према чл. 89, ст. 5. француског Устава од 1958, републикански облик владавине не може бити предмет промене (65). Основни закон за Савезну Републику Немачку забрањује уставне промене у погледу начела федерализма, облика државе и заштите људског достојанства (чл. 79, ст. 3) (66).

2. Право на побуну

Пошто је утврђено какав значај има супрематија устава и какве консеквенције за уставноправне прописе о промени устава, поставља се питање о даљим обезбеђењима. Таква обезбеђења су важна ако се државна власт не придржава устава. С овим су повезана разматрања о праву на побуну, која за нашу тему имају барем теоријски значај (66а). О праву на побуну расправљало се већ у схоластичкој филозофији државе и оно је сматрано допуштеним против владара који за себе присваја власт, а забрањеним против законског владара који влада тирански (67).

Ова разматрања настављена су у новом веку (68). Из практичних разлога, сталожима као представницима народа додељено је право на побуну (69). Посматрано теоријски, сврха државе и везаност носилаца власти за устав биле су границе за покорност поданика. Међутим, пошто се *in praxi* тешко може утврдити да ли су те границе прекорачене, право на побуну је сматрано допуштеним само у екстремним случајевима узурпације или тиранског вршења државне власти од стране по себи легитимног владара. Због те практичне слабости права на побуну важно је да се државна власт организује тако да се по могућству не догађају тешке злоупотребе које би могле изазвати право на побуну. У уставној држави западноевропског типа, право на побуну је заменила уставноправно предвиђена контрола власти (70). Тиме се наш поглед усмерава на поделу власти и судску заштиту права.

(64) Чл. 79, ст. 1 Основног закона; чл. 38, став 1 Устава Доње Саксоније од 1951; чл. 289 португалског Устава од 1976.

(65) На одговарајући начин чл. 139 италијанског Устава од 1947; чл. 110, ст. 1 грчког Устава од 1975.

(66) Забрање промене иду даље у чл. 110, ст. 1 грчког Устава од 1975; чл. 290 португалског Устава од 1976.

(66а) Burdeau (нап. 23), стр. 524.

(67) Thomas v. Aquin, *Summa theologiae*, II—II quae, 42 a. 2; F. Suarez, *De triplici virtute theologica*, 3. Abh., 13. Dis., 3. одељак (= Ausgabe de Vries, 1963, стр. 202 фф.); о даљем развоју упор. и Burdeau (нап. 23), стр. 469 фф.

(68) Упор. преглед с многобројним доказима код Link (нап. 28), стр. 193—201; O. Gierke (нап. 11), стр. 305 фф.

(69) За рани нови век упор. Wolzendorff, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes*, 1916, стр. 307 фф.; за осамнаести век упор. Schlötzer, *Allg. Staatsrecht und Staatsverfassungslere*, 1793, стр. 105 ф.

(70) Упор. о томе Wolzendorff (нап. 69), стр. 486 ф.; Link (нап. 28), стр. 199; Strouzh. *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit im 18. Jhd.*, 1974, passim.

3. Подела власти и независни судови

Већ је показано да свака врста поделе власти изискује супрематију оног права које расподељује поједине материје или функције државне власти. Тако установљена подела власти са своје стране обезбеђује супрематију устава. Контрола државне власти путем поделе власти или checks and balances који имају за циљ обезбеђење супрематије устава јесу, дакле, суштински предмет устава. Већ *leges fundamentales*, а у правом смислу касније конституције, деле и ограничавају државну власт (71). Тиме је унапред супрематији устава системски иманентно придодато њено обезбеђење. Унутрашња повезаност устава и поделе власти јасно долази до израза у раније цитираном чл. 16. „Декларације о правима човека и грађанина”. Примену тих идеја представља амерички савезни Устав од 1787. који се најпре ограничио на организационо право; основна права, раније већ преузета у bills of rights држава чланица, додата су тек 1791. као амандмани савезног Устава. Могућности поделе власти су вишеструке; председнички систем функционише друкчије него парламентарни систем власти. Од одлучујућег је значаја само то да је подела власти ефективна.

Приликом рапчлањавања државне власти, велики значај припада *независности правосуђа*. Међутим, у томе се показују важне разлике. По америчком Уставу, компетенција судова (чл. III, ст. 2) протеже се на all cases in Law and Equity. Насупрот томе, судска власт у Француској, у својој компетенцији vis-à-vis законодавства и управе, строго је ограничена, као што произлази из Одељка III, гл. V, чл. 3. Устава од 1791: „Судови се не могу мешати у вршење законодавне власти или укидати остваривање закона, нити предузимати нешто против управних органа или управне службенике позивати на суд на основу њихових функција.” Што се тиче безусловне везаности судија за закон, у њој треба видети консеквенцију француске догме да је закон израз опште воље (72). Та догма, која законодавство практично ослобађа везаности за устав, није погодна за идеју супрематије устава. Јер, у тој догми се апсолутистичка концепција закона, по којој сво право проистиче из монархове воље, примењује на републику у том смислу што сво право проистиче из воље већине народне скупштине. *Sjejes* је увидео тај проблем, и 1795, у једном Мишљењу за Convention Nationale sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire поставио захтев „que ce jury veille avec fidélité à la garde du dépôt constitutionnel” (73). Тај жири састављен од 108 чланова, који се означава и као „dépotaire-conservateur de l'acte constitutionnel”, строго се одваја од редовних судова, али се означава као „tribunal de cassation dans l'ordre constitutionnel”. Овај исказ једног човека искусног у уставним стварима показује колико он озбиљно схвата нормативни карактер устава и његову супрематију.

(71) М. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 1967, стр. 26 фф., 119 фф., 176 фф.

(72) Упор. чл. 6 „Декларације о правима човека и грађанина”.

(73) E. Sieyès, *Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire proposé le 2 thermidor, prononcée à la Convention Nationale*, Paris, стр. 3, 20 ф. (такође уз оно што следи); види и Burdeau (нап. 23), стр. 279 ф.

4. Уставносудска контрола норми

Док резултат конституционалног развоја у уставним државама западног типа, који је до сада приказан, може важити као признат, са Сјејесовом идејом *судског обезбеђења* супрематије устава ступа се на један терен на којем су схватања до данашњег дана врло контроверзна. На једној страни, заговорници судске контроле норми кажу: судство се нуди за обезбеђење супрематије устава зато што су независни судови, по теорији поделе власти, позвани да законима прибаве поштовање. Овај задатак бива протегнут на заштиту уставних норми за коју су судови, на основу свог познавања примене права, нарочито позвани. До захтева да се заштита устава препусти уставном суду (*jury constitutionnaire*) Сјејес је дошао на основу следећег разматрања (74): „Устав је јединство обвезујућих закона или није ништа. Ако је јединство законâ, онда се питамо где је чувар, где су судије за тај кодекс? На то се мора наћи одговор. Пропуст те врсте био би у грађанском животу исто толико несхватљив колико и смешан; зашто га трпите у политичком животу? Закони, ма о којима да је реч, укључују могућност свога непоштовања, због чега настаје потреба да се изазове њихово поштовање.”

Супротно схватање исто тако почива на подели власти која забрањује да се једна државна функција стави изнад друге. Подела власти изискује да се све државне функције на подједнак начин непосредно односе према уставу који са сопствених гледишта могу тумачити и посматрати (75). Главна опасност судске контроле норми види се у томе што се тиме врши политички утицај. Том аргументу ћемо се још вратити.

На Сјејесова разматрања извршила је утицај северноамеричка дискусија о уставу, што се може документовати једним цитатом *Александра Хамилтона* из 1788. године (76): „Нема поставке која се заснива на чистијим начелима од оне према којој је ништав сваки акт делегиране власти ако није у складу са смислом овлашћења из кога произлази. Према томе, ниједан законодавни акт који је противан Уставу не може бити ваљан. Тврдити супротно било би исто што и тврдити да је заступник већи од свога властодавца”. Потом се Хамилтон окреће судовима и каже: „Тумачење закона, то је права и посебна надлежност судова. На Устав судије имају да гледају као на основни закон. Судије треба да открију значење устава, као и значење било којег другог акта који потиче од законодавног тела. Дође ли до тога да се разлике између ових аката не могу ускладити, онда онај акт који је обавезнији или ваљанији треба ставити изнад; другим речима, у оваквим случајевима Устав стоји изнад закона, намере народа уздижу се над намерама његових представника.” (76а) Ово Ха-

(74) Sieyès (нап. 73), стр. 3 (слично стр. 7 фф.): „Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien; où sera la magistrature de ce code? Il faut pouvoir répondre. Un oubli en ce genre serait inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil; pourquoi le souffririez-vous dans l'ordre politique? Des lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer.”

(75) Geoffrey Marshall, *Constitutional Theory*, 1980, стр. 103 фф., 109.

(76) The Federalist, бр. 78. Превод према издању Ф. Ермасага, Виен, 1985, стр. 430.

(76а) Цитирано према: Александер Хамилтон/Џејмс Медисон/Џон Џеј, *Федералистички списи*, превео Војислав Кошћуница, Београд, Радничка штампа, 1981, стр. 432, 433.

милтоново схватање није у његово време било ново; оно одражава праксу америчких судова из колонијалног доба повезану с Коуком (77).

Петнаест година после Хамилтоновог чланка, Врховни суд САД је такав ток мисли узео за основу своје одлуке у случају Марбери против Медисона. *Chief Justice* Џон Маршал позвао се на „principles supposed to have been long and well established” и наставио (78): „Став да Устав врши утицај на сваки легислативни акт који му противречи одвећ је јасан а да би се могао оспоравати; или да законодавство сваким обичним актом може променити Устав. Ова алтернатива не отвара никакав средњи пут. Устав је или више, надређено право (*superior paramount law*), које се не може променити обичним законодавством, или се налази на истом ступњу с обичним законима, те је као и други акти, променљив онда кад законодавству одговара да га промени. Ако је први део алтернативе тачан, онда легислативни акт који се огреши о Устав није закон. Ако је други део алтернативе истинит, онда су писани уставни апсурдни покушаји наредо да ограничи једну власт која се по својој природи не може ограничити.”

Та аргументација, позната из теорије о *fundamental law* почев од Коука, јесте основа за судску контролу норми (79) коју Врховни суд САД врши од 1803. године. При томе *федеративни поредак* у САД игра важну улогу. Већ се код друге одлуке о контроли норми радило о разграничењу законодавне компетенције између Савеза и појединих држава (80). Касније је Ханс Келзен, одлучан присталица уставног судства, тачно утврдио да је политичка идеја федерализма, правно узев, довршена тек с институцијом уставног суда (81).

Обезбеђење и јачање супрематije устава путем судске контроле норми, који постоје у САД, нису се у деветнаестом веку у *европским државама* могли претворити у праксу. У Енглеској се остало при суверености парламента. Као последица политичких догађаја, у Француској су се међусобно смењивале конституције и повеље (82), чија супрематија у пракси није могла изгледати вредна заштите и које су судску власт, за то неопходну, врло слабо опремале. У Немачкој су, на појединим територијама, били дати одн. утврђени уставни који су „изворну владарску власт” круна ограничавали путем народних представништава (83). У том уставном систему, народна представништва су фунгирали као органи за очување слободе, пошто су свим законима биле потребне сагласне одлуке владара и народног представништва. Народна представништва су сматрана способним да спрече противуставне злоупотребе. Устави су били компромис између круна и грађанства. Тај компромис је могао трајати само донде

(77) Ch. G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, 2. изд., 1959, стр. 88 фф.; Stern (нап. 41), стр. 30 ф. с даљим доказима

(78) *Marbury v. Madison*, 1 *Cranich* 137, 177 = 2 *Law Ed. U.S.* 60, 73 (1803).

(79) У том смислу јасно Gough (нап. 16), стр. 2: The fundamental law concept is generally associated with the principle of judicial review, by which a supreme court has the last word in cases where the validity of legislative enactments is challenged.

(80) *McCulloch v. Maryland et al.*, 4 *Wheat.* 316, 405 sq. = 4 *Law Ed. U.S.* 579, 601 sq. (1819).

(81) H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, у: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 5 (1929), стр. 81; упор. и Starck, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, 1976, стр. 8 ф.

(82) 1791, 1793, 1795, 1799, 1814, (1830), 1848, 1852, 1875.

(83) О томе C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, стр. 63 фф.

док су обе силе остајале у равнотежи, што је, упркос неколиким кризама (84), трајало сто година. Тај конституционални систем у Немачкој, изграђен на равнотежи и избегавању питања о суверености, није судској контроли норми давао никакву могућност развоја (85).

Па ипак, у немачкој теорији државе и права питање о уставном судству и контроли норми расправљано је уз спорове. При том особита важност припада Роберту фон Мољу, јер је он сâм у том спорном питању имао интересантан развој. У свом делу *Савезно државно право Сједињених Држава Северне Америке*, које је 1825. објавио као двадесет петогодишњак, он врло оштроумно прави разлику између устава који почивају на народној суверености и устава који су дати или утврђени у монархији (86). У тим такозваним представничким наследним монархијама, владав и народно представништво су заједно свемоћни упркос писаном уставном документу. Ово схватање је у Немачкој имало много присталица. Образлагано је тиме да народно представништво чува уставност закона, да је судија подређен закону и тако неподесан да га испитује, и да се закони не могу испитивањем довести у питање, јер би у супротном случају претиле непокорност и анархија. — У једном каснијем спису о правном значају противуставних закона (87), фон Мол се зауставља на супрематији устава и каже: право судија да преиспитују уставност закона почива једино на ставу да су прописи уставног документа виши род наређујућих норми од обичног закона и да их овај не може мењати ни прећутно нити изричито. Овде се примећује познавање америчке праксе. Године 1863. Трећи немачки конгрес правника бавио се судском контролом норми (88) и с мршавом већином гласао за њу.

С доласком позитивизма расла је уздржаност према контроли норми. Лабанд ју је просто-напосто одбацивао зато што нема супрематије устава (89). Бизмарк је одбијао да се подела власти између круне и земаљске скупштине, као и између домова земаљске скупштине, учини зависном од неке судијске пресуде (90). После првог светског рата, проблем контроле норми, заједно с везаношћу законодавца за основна права, поново је дошао на дневни ред теорије државе и права. Стара контроверза је настављена (91).

Заговорници уставносудске контроле норми су 1949. однели победу над својим противницима, пошто су Основни закон и немачки земаљски уставни увели уставно судство и изричито допустили контролу норми. Ова

(84) Упор. пре свега хановерски уставни сукоб од 1837. и пруски сукоб о буџету од 1862—1866.

(85) Тако F. J. Peine, *Normenkontrolle und konstitutionelles System*, у: *Der Staat*, 22 (1983), стр. 521 фф.; Böckenförde, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, у: *Festschrift für Gmür*, 1983, стр. 7, 10 фф.; R. Wahl, *Der Vorrang der Verfassung*, у: *Der Staat*, 20 (1981), стр. 485, 494 ф.; о приступима у судским пресудама и у саксонском Уставу упор. Хоке (нап. 28), стр. 70—72; E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, том 2, 1960, стр. 910 ф.

(86) Стр. 138, напомена 1.

(87) R. v. Mohl, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, том I, 1860, стр. 66, 81 фф. на основу једног списка објављеног 1852; о развоју Fon Mola с тим повезаним упор. Peine (нап. 85), стр. 526 нап. 25 с даљим доказима.

(88) Carl v. Kissling, *Die Verhandlungen der ersten zehn deutschen Juristentage*, 1873, стр. 28 фф.

(89) P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1878, том 2, стр. 43 фф.

(90) Цитирано према Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, том 2, 1980, стр. 972.

(91) Упор. опширан приказ код H. Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, 1984, стр. 58 фф., 97 фф., 137 фф.; о Аустрији упор. Oehlinger (нап. 51), стр. 125, 128.

постоји и у Италији, а у Аустрији већ почев од 1920. године (92); недавно је уведена у Шпанији, Португалији, Грчкој и Белгији; у Француској је проширена могућност превентивне контроле норми. У Југославији постоји контрола норми у оквиру социјалистичких устава Савеза, република и аутономних покрајина. Шведска и Холандија су тај проблем расправљали поводом ревизије својих устава у седамдесетим годинама и одлучиле се против судског испитивања закона (93). С консолидацијом контроле норми (94) настаје један проблем који нас поново упућује на устав. Јер, устав је мерило за испитивање закона. Однос између парламента и уставног суда практично се одређује према квалитету тог мерила и према судијском поступању с њим. Проблеме структуре устава и његовог тумачења, који одатле настају, треба сад у трећем делу закључно размотрити.

III. СТРУКТУРА УСТАВА НЕОПХОДНА ЗА УСТАВНО СУДСТВО

1. Контрола норми и судијска моћ

Обезбеђење супрематије устава путем судске контроле норми намеће проблем судијске моћи. Јер, контрола значи моћ. Већ се Александар Хамилтон бавио аргументом „да би судови, под изговором да су два акта у сукобу, могли своју сопствену вољу да ставе на место уставне воље легислативе“ (95). На то је одговорио: „То би се могло догодити код сваке пресуде на темељу неког појединачног закона. Судови треба да обзнане смисао закона; а ако би показали склоност да уместо пресуда спроведу своју вољу, у сваком случају би своју вољу ставили на место воље законодавног тела. Приговор би, дакле, у најбољем случају могао да послужи подупирању схватања да не треба да постоје судови независни од законодавног тела.“

Ова аргументација није уверила противнике судске контроле норми, како се показује у земљама с француском уставном традицијом које теоријски признају супрематију устава, али је у односу на законодавство практично не обезбеђују. Ипак, у Француској је однедавно могућа превентивна контрола норми путем Conseil Constitutionnel (96); тиме се супрематија устава врло битно подупиरे. Ова констатација бива оснажена ако имамо у виду развој тог Conseil Constitutionnel од једног помоћног органа владе за заштиту од бесправних мешања Assemblée Nationale до неке врсте уставног суда који одлучује и на захтев мањине од шездесет

(92) Види Н. Haller, *Die Prüfung von Gesetzen*, 1979, стр. 45 фф., о Уставном суду Чехословачке стр. 61 фф.

(93) Упор. приказ код Starck, *Europe's Fundamental Rights in their Newest Garb*, *Human Rights Law Journal* 3 (1982), стр. 103, 119 фф.

(94) Cappelletti/Ritterspach (нап. 12), стр. 65, 81 фф.; из обила литературе упор. сажеито: Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 2 тома, 1976; исти (нап. 81); Häberle (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976; Korinek/J.P. Müller/Schlaich *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, у: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 39 (1981), стр. 7—143; Starck/Stern (Hrsg.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, 3 тома, 1983, свагда с даљим упутствима; за САД види W. Haller, *Supreme Court and Politik in den USA*, 1972; Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, 1980; M. Fromont, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Allemagne et en France*, у: *Gedächtnisschrift für C. Sasse*, 1981, том II, стр. 795 фф. Упор. у овом томју А. Weber, стр. 63 фф.

(95) Упор. *The Federalist*, бр. 78; цитирано према преводу (нап. 76), стр. 432.

(96) F. Luchaire (нап. 94), стр. 112 ф., 146 ф.; Burdeau (нап. 23), стр. 388 фф.; даље Fromont, у овом томју стр. 313, 321 ф.

посланика (97). Ипак, колико је још жива изворна *француска традиција*, показује извештај Комисије експерата за припрему тоталне ревизије швајцарског савезног Устава (98). Против опрезног проширења уставног судства Савезног суда у правцу контроле савезних закона поводом конкретних случајева, у њему једна значајна мањина истиче следеће: то ширење је супротно демократском принципу; оно ставља судију изнад парламента, па чак и изнад народа, те тако Швајцарску претвара у судску државу; она политизује уставни суд, особито путем одговорности која се на њ преноси на подручју социјалног, својинског и економског поретка. Ова аргументација могла би потицати од Карла Шмита, који је педесет година раније сличним речима упозоравао на увођење уставног судства с компетенцијом контроле норми, пошто то води ка јуридикацији политике (99).

Околност да неке развијене уставне државе, који теоријски признају супрематију устава, и даље одустају од установљивања уставносудске контроле норми показује да су аргументи против контроле норми озбиљне природе. Озбиљност постављања питања још се повећава кад се узме у обзир често врло неодребена садржина различитих уставних норми. Тако се у многим уставима налазе опште циљне норме и обећања који нису погодни као мерила за контролу закона. Уставотворци нису увек начисто с тим да се уставно право, ако треба да му припадне ефективна супрематија, не може произвољно формулисати.

2. Захтеви који се односе на структуру устава

Као правно мерило за уставни суд који врши контролу норми, устав изискује високу меру *позитивности и јасноће*, те дисциплиновано и суздржано тумачење од стране уставног суда (100). Устав се мора схватити као закон вишег реда који одређује компетенције и границе за делатности државних органа. Та строга јуридикација устава, која је неизбежно повезана с установљивањем уставносудске контроле норми, стоји у односу напетости с програмским карактером устава, који више циља на интеграцију државног народа (101) него што садржи јасна упутства за деловање државних органа. Користећи ту интегративну функцију, политичари нагињу ка томе да устав претоваре добрим речима и програмима, уверени да то може бити од користи за решавање тешких друштвених проблема. То показује садашња дискусија у Савезној Републици Немачкој о уношењу чланова о заштити околине у земаљске уставе.

(97) Упор. приказ код Luchaire (нап. 94), стр. 27; J. Boulouis, *Le défenseur de l'Exécutif*, у: *Pouvoirs* 13 (1980), стр. 27 фф.

(98) 1977, стр. 179.

(99) C. Schmitt (нап. 83), стр. 118; после рата критички нарочито E. Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, у: *Festschrift für Carl Schmitt*, 1959, стр. 35 фф.

(100) Starck, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, у: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 34 (1976), стр. 43, 75 ф.; E. W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, у: *Neue Juristische Wochenschrift* 29 (1976), стр. 2089, 2099; Kelsen (нап. 81), стр. 30, 69 ф.; захтева јасноћу уставног текста као консеквенцију допуштања уставносудске контроле норми.

(101) R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), у: *исти*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. издање, 1968, стр. 136 фф., 187 фф.; о различитим функцијама устава упор. E. Klein, *The Concept of The Basic Law*, у: Starck (ed.) *Main Principles of the Basic Law*, 1983, стр. 15, 31 ф.; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, том 1, друго изд., 1984, стр. 82 фф.

Супрематија устава, коју уставно судство треба да обезбеди, поставља, дакле, захтеве у погледу структуре уставног права с обзиром на његову правну јасноћу и с обзиром на то да га треба остварити (102). Жеље и куле у ваздуху не спадају у устав којем треба да припадне супрематија. А програми и апели у уставу могу причинити штету ако их уставни суд користи да би *his et pips* за њих везао законодавца као за строго право. Прокламацијски и програмски карактер устава налази се у конфликту с развојем устава у правцу строго правног уставног закона. Јер, ако судови једном искористе устав као мерило, онда ће они нагињати ка томе да све исказе из устава тумаче као правне и да тиме знатно прошире правну садржину устава (103). Слабљење парламента одговорног за законе, које је у томе најпре скривено али се током времена манифестује, има далекосежне последице (104): закони се више не доносе у *оквиру* устава, већ ради *испуњавања* уставноправних принципа. Испуњавање нагони на сталне оптимализације; према томе је закон, мерен уставом, вазда непотпун, ништаван, па му је потребно побољшавање путем тумачења. Ово има за последицу да закон губи своју неопходну поузданост, самосталност и ауторитет. Као што Месец добија светлост само од Сунца, тако закон, по том схватању, добија светлост само од устава. За законодавство и законодавну политику тада више нису важна умна разматрања, укључив економска и управнотехничка гледишта. Сва се законодавна политика легитимира само још тиме да испуњава устав. Или се правнополитичка аргументација облачи у рухо уставноправне догматике. То показује колико велику привлачну моћ може имати уставни суд. Описане тенденције могу се посматрати у Савезној Републици Немачкој; али се оне и критички разматрају.

Уставотворство и правно тумачење устава морају узети у обзир „да су сви искази о значају устава и о његовој садржини искази о једном правном мерилу у једном посебно осетљивом судству (105). Строго правно схваћена супрематија устава изискује садржинско ограничавање устава зарад слободе законодавства да политички обликује друштвене односе (106). То не значи да устав мора да се ограничи на организационе норме и на правила о компетенцијама и поступцима. У класичан инвентар уставног права спадају и основна права као границе државних власти, тј. као границе политичког обликовања: „Congress shall make no law...“ Даље, у супрематији могу узети учешћа упутства државним властима да испуне одређене налоге ако су ови довољно јасно изражени и ако се могу извршити без обзира на економски положај. Иначе је реч о пуким „програмским ставовима“ који не могу узети учешћа у супрематији устава (107). Остварење тих програма мора остати препуштено слободној

(102) То јасно сазнаје Комисија стручњака „Одређења државних циљева/задачи законодавства“, коју су формирали савезни министри унутрашњих послова и правосуђа, упор. њихов Извештај, 1983, стр. 36 фф.

(103) Упор. о томе R. Wahl, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*, у: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 3, 1984, стр. 401, 403.

(104) Упор. R. Wahl (нап. 85), стр. 485.

(105) R. Wahl (нап. 85), стр. 486.

(106) Fleiner-Gerster (нап. 47), стр. 340 ф.; N. Achterberg, *Die Verfassung als Sozialgestaltungsplan*, у: *Festschrift für Scupin*, 1983, стр. 293 фф., не узима у обзир ову важну околност, нарочито изостаје разматрање о консеквенцијама појма устава за делатност уставног судства.

(107) W. Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, стр. 130 ф. с правом захтева издавање правног садржаја устава.

оцени законодавства у оквиру буџета (108); законодавство нарочито одређује приоритете приликом испуњавања програмских ставова. С обзиром на уставне норме које законодавство, непосредно везују, уверење судија да постоји повреда устава мора бити довољно јасно и добро образложено (109). Доктрина о *political question*, развијена у САД, треба да заштити парламент и владу од претеране контроле Врховног суда и да сачува њихову слободу политичког обликовања. Та доктрина често долази до истог резултата као кад би се предузимала суздржана интерпретација устава (110).

Сви ти аргументи не смеју прикрити чињеницу да се у конкретном случају, начином тумачења устава, одлучује о расподели моћи између парламента и уставног суда. Посебна моћ уставног суда лежи у његовим прерогативима тумачења. Зато је тумачење устава у једној држави, заједно с уставносудском контролом норми, крајње деликатан посао. — Данаас се нпр. поставља питање да ли су и материјалне претпоставке слободе зајамчене основним правима. Држави се додељује задатак јамчења „претпоставки слободе“. У ту сврху се путем тумачења из *основних права* изводе *позитивна права* грађанина на државне чинидбе (111). Ако би уставни суд таква права на чинидбе изводио из основних права путем тумачења, прибавио би себи утицај на државни буџет и на његове приоритете. То би водило ка томе да се безмало целокупна буџетска политика утврђује уставноправно. При мноштву претпоставки слободе, догматика основних права стајала би пред нерешљивим тешкоћама. Уз ово иде и то да таква права на чинидбе непосредно изведена из основних права, нипошто нису довољно одређена да би могла служити као мерила испитивања.

Као ни из права слободе, тако се ни из опште уставноправне *гарантије једнакости* не могу изводити права на стварање претпоставки слободе, на уклањање или смањивање фактичких неједнакости у друштву (112). Једна таква концепција једнакости узета за основу уставносудске контроле норми морала би непрестано водити ка апелима уставног суда упућеним парламенту да се приближи фактичкој једнакости људи. То не може бити задатак уставног судства; одговарајуће тумачење гаранције једнакости не може због тога да буде исправно. Уједначавањем и побољшавањем услова социјалног живота модерни устави се не баве у вези са класичним основним правима, него у облику тзв. *гарантија социјалне*

(108) О границама и задацима законодавства уоп. јасно Kelsen, *General Theory of Law*, 1949, стр. 261 ф.; Korinek, у: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 39 (1981), стр. 27 фф.

(109) О захтеву за образложењем види Starck (нап. 100), стр. 76.

(110) На те везе тачно упућују L. Henkin, *In there a 'Political Question' Doctrine?*, у *Yale Law Journal* 85 (1976), стр. 397 фф.; Tribe, *American Constitutional Law*, 1978 стр. 72 фф., 79.

(111) О том проблему уоп. Martens/Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, у: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 30 (1972), стр. 7 фф., 43 фф.; Friesenhahn, *Der Wandel des Grundrechtsverständnisses*, у: *Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages*, том II, 1974, *Sitzungsbericht* G; E. W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, у: *Neue Juristische Wochenschrift* 1974, стр. 1529, 1537; C. Starck, *Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?*, у: исти (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, том II, 1976, стр. 480 фф., 516 фф.; J. P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2. изд. 1981; Ossenhühl, *Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, у: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, стр. 2100, 2104 ф.

(112) Уоп. о томе опишироу C. Starck, *Die Anwendung des Gleichheitssatzes*, у: Link (Hrsg.), *Die Gleichheit im modernen Verfassungsstaat*, 1982, стр. 51, 53 фф., 67 фф.; v. Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, 3. изд., том I, апт. 3 Rdnr, 3—6, 22 фф.

државе (113). Њих треба да оствари политика према мерилу могућности државног буџета и националне економије (114).

Супрематија устава је тековина европско-америчке правне културе. Теоријска представа о супрематији устава повезује се с политичком вољом да се та супрематија ефективно обезбеди помоћу судства. Ефективна супрематија устава је правна чињеница која мора остати укључена у расподелу државних функција између парламента и егzekутиве, на једној страни, и судства, на другој. Правила правног тумачења не смеју се примењивати одвојено од те расподеле функција. У противном случају, супрематији устава и уставном судству одузима се тло из којег су израстли.

Превео Данило Н. Баста

(113) Упор. чл. 3, ст. 2 италијанског Устава; чл. 20, ст. 1 Основног закона; чл. 9, ст. 2 шпанског Устава; даље Nicolaysen, *Wohlstandsvorsorge*, у: *Festschrift für H. P. Ipsen*, 1977, стр. 485, 492, Starck (нап. 93), стр. 103, 114 фф., 117ф.

(114) У САД, чији стари, поштовања достојни Устав не познаје клаузулу о социјалној држави, та се проблематика разматра у оквиру *equal-protection-clause*; упор. L. Tribe (нап. 110), стр. 993, 1116 ф.; Kommers, *Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrep. Deutschland*, у: Link (Hrsg.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, 1982, стр. 31 фф.

Dr. Christian Starck,
Professor of the Faculty of Law of the University of Göttingen

HISTORICAL DEVELOPMENT AND PRESENT-DAY SIGNIFICANCE OF SUPREMACY OF THE CONSTITUTION

Summary

The author analyzes historical development of the principle of supremacy of the constitution (based on common European tradition and finalized in the North American colonies), its institutional putting into operation predominantly by means of constitutional judiciary and, finally, prerequisites in the very structure of constitution which are necessary for the constitutional-judicial control of constitutionality.

Speaking of historical models of supremacy of the constitution, the author emphasizes that only natural law has provided the corresponding instruments, both in terms of substance and form. *Leges fundamentales*, which are separated from natural law by the contractual basis, become positive law of a higher degree, whose role in political theory and practice of the seventeenth century Europe is rather great. This is followed by a review of English constitutional tradition which was decisive for the idea of control of constitutionality (Bonnham's case) and which gave rise to the first modern constitution (Agreement of the People). The influence of the school of natural law regarding the state law in Germany is reviewed through particular connecting between *leges fundamentales*, with the notion of sovereignty, in course of the seventeenth and eighteenth centuries (Grotius, Pufendorf, Wolf). Basic forms of accepting European constitutional tradition are further reviewed in the case of North America, where Declaration of Independence marks the political basis for the supremacy of the constitution, and where constitution as a fundamental law assumes the older idea of supremacy while applying it to the entire basic legal order (division of power and guarantying the rights of citizens). This part includes the issues of federal state and gradual form of legal order (*Stufentheorie*).

The author elaborates his principal standpoint that supremacy of the constitution is predominately guaranteed through constitutional-judicial control by dwelling on remaining basic factors such as making it difficult to change a constitution, the right to rebellion and the division of power. He emphasizes that Sieys' idea on *jury constitutionnaire* has opened great theoretical and practical legal controversies in this matter.

Concluding part is an elaboration of structural characteristics of the constitution which are required for an efficient judicial control of constitutionality in the conditions of strictly conceived supremacy of the constitution. A constitution requires a high degree of clear wording and interpretation by constitutional courts should be self-restraining and logical. However, many issues of constitutional control remain open and, due to its prerogatives while interpreting constitutional provisions, the constitutional court's role is rather great. The author concludes that an efficient supremacy of the constitution is a legal fact which has to be included into the distribution of state functions between the parliament and the executive power, on the one hand, and judiciary, on the other.

Dr Christian Starck,
professeur à la Faculté de droit de l'Université de Göttingen

EVOLUTION HISTORIQUE ET PORTEE ACTUELLE DE LA SUPREMATIE DE LA CONSTITUTION

Résumé

L'auteur analyse dans cet article l'évolution historique du principe de la suprématie de la constitution (fondé sur la tradition européenne commune et achevé dans les colonies de l'Amérique du Nord), sa mise en oeuvre institutionnelle, notamment par la juridiction constitutionnelle et, finalement, les présomptions qui se trouvent dans la structure elle-même de la constitution, indispensables pour la contrôle de la constitutionnalité de la part des juridictions constitutionnelles.

En montrant dans la première partie les modèles historiques de la suprématie de la constitution, l'auteur souligne que seulement le droit naturel pouvait offrir à celle-ci les instruments appropriés du point de vue matériel aussi bien que formel. Les „leges fondamentales”, séparées du droit naturel par voie de contrats, deviennent le droit positif de rang supérieur dont le rôle dans la théorie et la pratique politique de l'Europe du 17^e siècle est considérable. Ensuite, l'auteur donne une rétrospective relative à la tradition constitutionnelle anglaise de la première moitié du 17^e siècle qui a eu une influence décisive sur l'idée de contrôle constitutionnel (Bonnham's Case) et a donné la première constitution dans le sens moderne (Agreement of the People). L' influence de l'idée de droit naturel sur le droit d'Etat en Allemagne qui indique le début de la pensée constitutionnelle dans ce pays, est représentée par l'accent sur la liaison particulière des „leges fondamentales” avec la notion de souveraineté au cours du 17^e et 18^e siècle (Grotius, Pufendorf, Wolf). Ensuite, l'auteur indique les qualités fondamentales de l'adoption de la tradition constitutionnelle européenne en Amérique du Nord où la Déclaration de l'indépendance représente la base politique de la suprématie de la constitution et la constitution, en tant que „fundamental law”, reprend l'idée plus ancienne de la suprématie et l'applique dans l'entier ordre juridique (la séparation des pouvoirs et la garantie des droits fondamentaux des citoyens). Cette partie de l'article se termine avec les questions relatives au fédéralisme étatique et à la gradualité de l'ordre juridique (Sttufentheorie).

L'attitude-clé, que la suprématie de la constitution peut être garantie premièrement par le contrôle de la juridiction constitutionnelle, l'auteur explique en mentionnant également d'autres facteurs fondamentaux qui la garantissent (la difficulté des changements de la constitution, le droit à l'émeute et la séparation des pouvoirs), tout en soulignant que l'idée de Sieyès relative au jury constitutionnaire a ouvert des controverses théoriques et pratiques de nature juridique, jusqu'à présent insurmontables, qui sont, ensuite, brièvement exposées.

La troisième et dernière partie de cet oeuvre examine les qualités structurelles de la constitution qui sont, d'après l'auteur, la présomption indispensable pour le contrôle efficace de la part la juridiction constitutionnelle dans les conditions de la conception strictement juridique de la suprématie de la constitution. La constitution demande une grande mesure de positivité et de clarté ainsi que l'interprétation de manière disciplinée et restrictive de la part de la cour constitutionnelle. En indiquant les questions les plus importantes, encore ouvertes, concernant le contrôle de la part de la juridiction constitutionnelle, l'auteur rappelle le grand pouvoir de celle-ci, étant donné les prérogatives d'interprétation et il conclut que la suprématie effective de la constitution est un fait juridique qui doit être inclus dans la répartition des fonctions étatiques entre le parlement et le pouvoir exécutif, d'une part, et la juridiction, d'autre part.