

др Радмила Васић,
доцент Правног факултета у Београду

УСТАВНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Енглеско „чудо“ уставног система, у томе се сви слажу, засновано је, опстаје и развија се захваљујући скоро једино уставним конвенцијама које представљају извесне стварно постојеће политичке праксе нормативног садржаја које се у већој или мањој мери поштују у правном и политичком животу Енглеске. Али, када је у питању њихова (правна) природа, мишљења су различита. У легалистичком маниру оспорава се правни карактер уставних конвенцијама јер не уживају судску заштиту. Насупрот томе, правна обавезност уставних конвенција заснива се на установљеној општој сагласности уставотворних чинилаца о постојању обичаја и потреби његовог примењивања подржаној истоврсним ставом јавног мњења. Оваквом закључивању у прилог иде и логички след ствари. Ако је основна уставна норма о неограниченој власти Парламента обичајна, немогуће је не признати јој правни карактер с обзиром да заснива хијерархијски степенован правни поредак.

Кључне речи: Уставне конвенције. – Правна обавезност. – Енглеска

За разлику од огромне већине земаља савременог света Енглеска нема један систематски акт који би садржао прописе о основама уставног уређења.⁽¹⁾ Отуда се врло често и олако каже да Енглеска нема устав. Иако нема писани документ који се назива устав, правила која чине основ правног, политичког и општедруштвеног поретка Енглеске постоје и налазе се у кодификованим писаним актима различитим по старости и карактеру, правилима *Common law*—а која имају уставни карактер, односно регулишу уставну материју, и уставним конвенцијама, „прећутним споразумима“ или уставним обичајима.⁽²⁾ Иако су писани прописи уставног карактера у порасту,

(1) Пример земаља које још немају „устав у формалном смислу“, мисли се на јединствен писани правни акт одређене садржине, поред Енглеске, представља још Израел и до краја другог светског рата Мађарска. Споразум народа (*The Agreement of the People*, 1649), који није никад усвојен, осим неких делова који су добили форму закона, представља покушај стварања писаног устава Енглеске (види: Л. Баста, *Политика у границама права – Студија о енглосаксонском конституционализму*, Београд, 1984, стр. 28–31).

(2) Упореди: О. Beaud, *Les conventions de la constitution — A propos de deux thèses*, „Droits“, 1985 (6)/3, стр. 125. Бо као извор уставног права помиње и судске одлуке,

суштину енглеског устава, његов највећи и најважнији део, чине обичаји за које се уобичајено употребљава израз „constitutional conventions”⁽³⁾. Без њих не би било могуће разумети уставно уређење, односе и начин функционисања власти у Енглеској. „Оно што га (уставно уређење – Р.В.) чини не само могућим него поузданим, подесним, стварним и, уопште узев, погодним, јесте читав низ конвенција које су допринеле” да се постојеће установе преобразе и прилагоде променљивим потребама и циљевима друштва⁽⁴⁾.

1. ПОЈАМ УСТАВНИХ КОНВЕНЦИЈА

За извесне праксе, које претходно и у најширем смислу можемо означити као уставне, не постоји уједначена терминологија, што неизбежно води претходном усаглашавању термина са садржином и обимом појма.

У најширем значењу *конвенције* би биле „слободан договор између два симултана израза воље”⁽⁵⁾, „форма споразума, израженог или претпостављеног”⁽⁶⁾, или обичаји чији је *opinio necessitatis* ближе одређен као „очекивање од стране сваког члана групе да ће се остали понашати у складу са претходном праксом”⁽⁷⁾. У модерном праву „овај аспект” обичаја је према Патерсоновом (Patterson) мишљењу најзначајнији⁽⁸⁾.

Уставне конвенције би биле „правила која одређују начин на који дискрециона овлашћења круне (или министара који служе круни) треба да буду вршена”⁽⁹⁾. Под дискреционим овлашћењем владе Дајси (Dicey) подразумева „сваку врсту акције коју круна, или они који јој служе, могу легално, предузети, а да при том није неопходно да се обрате Парламенту како би добили ново законско овлашћење”⁽¹⁰⁾. Поред краљевских „прерогатива”, међу уставним конвенцијама има и неколико *уставних обичаја* или *навика* (*habits*) које се не односе на вршење краљевске власти, већ одређују начин вршења дискреционих власти сваког понаособ или оба дома Парламента.⁽¹¹⁾ Тако уставне конвенције у целини јесу обичаји (or understandings) који манифестују

за које мислимо да их не треба одвајати од правила *Commonlaw*—а. М. Јовичић наводи да енглески устав сачињавају извесни историјски документи, неки закони Парламента, *custom law* (правила излучена дугом судском праксом) и уставни обичаји (М. Јовичић, *Уставни обичај: правно-политиколошка разматрања*, „Преглед”, 1976/9, стр. 940).

(3) Упореди: М. Јовичић, *ibid.*, стр. 944; Ј. Стефановић, *Уставно право ФНР Југославије и компаративно*, Загреб, 1950, стр. 27. Према Ценинговом мишљењу једина норма из које се устав састоји је обичајноправна (наведено код: Р. Лукић, *Уставност и законитост у Југославији – Појам уставности и законитости и средства за њихово остварење*, свеска I, Београд, 1966, стр. 19, 20.

(4) С. Ло, *Енглески парламентаризам*, Београд, 1929, стр. 12.

(5) О. Beaud, *op. cit.*, стр. 134.

(6) W.I. Jennings, *The Law and the Constitution*, London, 1933, стр. 71.

(7) E.W. Patterson, *Jurisprudence – Men and Ideas of the Law*, New York., 1953, стр. 224. На индивидуалном плану, каже Патерсон, конвенције „омогућавају да захтеви имају исту етичку основу као обећања” (*ibid.*, стр. 225).

(8) *Ibid.*

(9) A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1931, стр. 418.

(10) *Ibid.*, стр. 419.

(11) Упореди: A. V. Dicey, *op. cit.*, стр. 422, 423. Као што су прерогативе историјски назив за дискрециону власт круне, тако су привилегије историјски назив за дискрециону власт домова Парламента (*ibid.*).

начин на који један члан сувереног тела, или сви остали, врше (или треба да врше) припадајуће дискреционе власти.⁽¹²⁾

Даље прецизирање могуће је учинити са историјског становишта методом генерализације. Историјска „анкета” сама за себе јасно показује политички смисао конвенције у времену, њихов практичан значај и домет. Али овако добијени резултати нису довољни;⁽¹³⁾ многа питања на овај начин остају отворена. Као најделикатније Бо (Beaud) издваја тешкоћу одређивања „услова постојања једног таквог правила”, чијим би решењем, иначе, појам добио неопходну садржину.⁽¹⁴⁾ Под тим условима Бо подразумева пре свега временско трајање, моменат успостављања и моменат престанка једне уставне праксе. Са временске дистанце историчар ће лако утврдити шта је била садржина неке уставне конвенције и када је престала да важи било застарелошћу, стварањем нове конвенције са супротном или само различитом садржином, или изричитим укидањем. Али ако садашњи тренутак захтева да се тачно омеђи шта све спада у устав у „материјалном смислу”, готово несавладиву тешкоћу представља истовремено постојање уставних пракси које застаревају и неких нових навика које још нису задобиле облик уставних конвенција. Бо недозвољеним поједностављивањем своди услове постојања на временско важење. Одређивање момента настанка и момента престанка уставних конвенција општи је проблем за спонтано створене нормативне садржаје какав је и обичај, те није без практичног значаја када су у питању „контроверзне” праксе. Ипак, непрецизно формулисан проблем услова постојања много је шири од временског трајања и односи се, а тако се и у даљем тексту разматра, истовремено и на садржину појма и на правну природу појаве.

Јесу ли уставне конвенције обичне навике, политичке праксе, обичаји или обичајна правна правила?

За Росета (Rossetto) уставне конвенције представљају посебну врсту навика (usage). Оне „вуку своје порекло из понављања прецедената за које учесници јавног живота мисле да им се морају покорити”.⁽¹⁵⁾ Прецеденти, међутим, нису „обични факти који временом узимају квалитет правних правила, већ понашања која представљају примену правних правила која су већ на снази и за која су... учесници јавног живота... сагласни да их признају као одговарајућа уставу”⁽¹⁶⁾.

Најшире је заступљена теза по којој су услови под којима настају и постоје уставне конвенције исти они који су потребни и које је наука формулисала за обичај уопште, са извесним посебним карактеристикама које не мењају њихову обичајну суштину. Најпре, то је врста и број субјеката који учествују у формирању уставног обичаја. Слично професионалним навикама и судском обичају и овде у стварању не учествује „цео народ”, већ један или само неколико државних органа.⁽¹⁷⁾ Да би уставни обичај настао потреб-

(12) Упореди: *ibid.*, 423, 424.

(13) Упореди: О. Beaud, *op. cit.*, стр. 126, 127.

(14) *Ибид.*

(15) J. Rossetto, *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels (thèse de doctorat)*, Poitiers, 1982, стр. 325. Наведено код: О. Beaud, *op. cit.*, стр. 128.

(16) J. Rossetto, *op. cit.*, стр. 327. Наведено код: О. Beaud, *op. cit.*, стр. 128.

(17) Упореди: М. Јовичић, *op. cit.*, стр. 942. У истом смислу, као креацију оних који владају, уставне конвенције одређује и Бирдо (види: G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1977, стр. 65.)

потреби његовог придржавања”, што се практично потврђује и огледа у устаљеном поступању поменутих уставотворних „фактора” које не наилази на противљење.⁽¹⁸⁾ С обзиром на динамику развоја уставног права, уставни обичај не мора бити „прадаван”: довољно је краће време и мањи број понављања истоврсног поступања.

Схватање уставних конвенција као обичај заснива се и на другачији начин од традиционалног када се обичај дефинише као „избор, извршен на начин понављања, између два једнако дозвољена понашања.”⁽¹⁹⁾ Када је у питању уставна материја, круг заинтересованих прихвата правило настало избором између допуштених могућности као једино разумно, или најразумније, „ако се има у виду конфигурација система” у моменту избора.⁽²⁰⁾ Уставни обичај је, према овом схватању, „производ система”.⁽²¹⁾

2. ПОРЕКЛО УСТАВНИХ КОНВЕНЦИЈА

Уставне конвенције појавиле су се у политичком животу Енглеске крајем XVII века, у време кад Парламент јача своју моћ у односу на краљевску власт. Процес којим је „краљев лични ауторитет претворен у суверенитет краља у Парламенту” довео је до две значајне последице чији учинак трајно обележава приближну равнотежу власти у Енглеској: „заустиавио је производљну власт монарха” и очувао је „нетакнутим и неумањеним врховни ауторитет државе.”⁽²²⁾ Током векова који следе уставно уређење еволуира, стварају се нове уставне институције, и то највише захваљујући променама уставних обичаја.⁽²³⁾ „Уставне конвенције XVIII века имале су за циљ да подрже... подељене моћи својим кочницама и контратежом и окретале су се око система утицаја примењеног у нероформисаном Парламенту. У XIX и XX веку уставне конвенције покушавају спајање између извршне и законодавне власти и обезбеђују надмоћ Дома комуна”⁽²⁴⁾.

Могуће је разликовати две врсте уставних конвенција с обзиром на њихово политичко исходиште. Прве, раније, установљавају и обезбеђују надмоћ Парламента, односно Дома комуна. Оне су успоставиле основна правила класичног парламентарног режима: заједничка одговорност владе и сваког њеног члана појединачно Парламенту, односно Дому комуна, која је за корелат имала конвенцију која обавезује кабинет на оставку у случају изгласаног неповерења; обавезан избор за премијера лидера партије која је победила на изборима; његово право да постави друге ministre који, према једној другој конвенцији, морају бити чланови парламентарне већине. Смањење ефективне власти монарха обезбеђено је у облику „двојне конвенције”: прва представља пристанак првог министра (стављање премапотписа на монархов акт) као услов примене формалних краљевских прерогатива, а

(18) М.Јовичић, *op.cit.*, стр. 942.

(19) *M. Troper, Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnel.*, „Mélanges offerts au P^r Charlier”, Paris, стр. 313. Наведено код: *O. Beaud, op.cit.*, стр. 128. У истом смислу: *J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel*, 1947, стр. 331. Наведено код: *G. Burdeau, op.cit.*, стр. 65.

(20) *M. Troper, op.cit.*, стр. 315. Наведено код: *O. Beaud, op.cit.*, стр. 128.

(21) *Ibid.*

(22) *A. V. Dicey, op.cit.*, стр. 466.

(23) Упореди: *Ј. Стефановић, op.cit.*, стр. 28.

(24) *Holdsworthov* приказ историје уставних конвенција наводи *O. Beaud (op.cit.*, стр. 126.)

друга укида право краља да одбије своју сагласност (veto) на закон усвојен у домовима Парламента.⁽²⁵⁾ Потчињавање Дома лордова Дому комуна, поменимо изузетну привилегију Дома комуна да одлучује о питањима државних финансија, представља такође део уставних конвенција.⁽²⁶⁾

Друге, почев од XIX века, обезбеђују доминацију кабинета и, посебно, првог министра. Први министар, који фактички управља радом хијерархијски уређених управних органа, према „обичној навици” има стварно право распуштања Парламента.⁽²⁷⁾ Двопартијност, „његово величанство опозиција” – сразмерна заступљеност партија у парламентарним комисијама, одговор опозиције на инаугурациони говор првог министра, уређени су, исто тако, уставним конвенцијама.⁽²⁸⁾

У посебну, трећу групу, могу се издвојити конвенције које су утицале на развој односа између Велике Британије и њених доминиона, захваљујући којима су доминиони постепено мењали свој статус: од „анонимних заједница” у склопу Британског Царства до самосталних и независних чланица у оквиру Комонвелта.⁽²⁹⁾

3. ПРИРОДА УСТАВНИХ КОНВЕНЦИЈА

Уставне конвенције, у томе се сви слажу без обзира на разлике у одређивању њиховог појма, представљају извесне стварно постојеће политичке праксе нормативног садржаја, које се у већој или мањој мери поштују у јавном, правном и политичком животу Енглеске. Даљи корак у решавању „загонетке” која се зове уставне конвенције, како се Дајси метафорички изражава, јесте утврђивање њихове (правне) природе. Оставићемо за тренутак по страни тезу коју заступа Росето и концепт о обичају као производу система јер, ограничавајући домен уставних обичаја на тумачење уставних одредби (обичаји *secundum constitutionem*) ова схватања, према њиховој укупној садржини, служе за показивање односа само између обичаја и писаног устава.

Под очигледним патронатом аналитичке јуриспруденције Дајси оспорава било какву правну вредност уставним конвенцијама (које назива још *constitutional understandings*) јер ограничава домен права на правила која су санкционисана од стране судова.⁽³⁰⁾ У строгом смислу право чине правила писана или неписана, донета законима или изведена из обичаја, традиције или судски створене „максиме” познате као *Common law*, које примењују судови.⁽³¹⁾ Уместо опозиције писано право – неписани устав (*Freemanов образак*), Дајси успоставља суштинску разлику између *уставног права* (*law of the*

(25) Краљица Ана је била последња која је употребила тај вето 1707. године (види: *O. Beaud, op. cit.*, стр. 126.)

(26) Упореди: *Ibid.*

(27) *Ibid.*, стр. 127.

(28) О садржини уставних конвенција види: М. Јовичић, *op. cit.*, стр. 944; Ј. Стефановић, *op. cit.*, стр. 27; *A. V. Dicey, op. cit.*, стр. 25, 26; *W. I. Jennings, op. cit.*, стр. 74, 81.

(29) Види: *W. I. Jennings, op. cit.*, стр. 81, 87; *O. Beaud, op. cit.*, стр. 127.

(30) *A. V. Dicey, op. cit.*, стр. 418, 435. Ценингс приговара Дајсију да није увек лако рећи шта је суд. Дом лордова, нпр., врши законодавну, управну и судску функцију. Као *High Court of Parliament*, он је уистину највиша судска инстанца у Енглеској, али правно и институционално не постоји разлика између законодавног тела и суда обједињених у Дому лордова (упореди: *W. I. Jennings, op. cit.*, стр. 90.)

(31) *A. W. Dicey, op. cit.*, стр. 23.

constitution), састављеног од правила која судови „примењују или признају” и *уставних конвенција* (conventions of the constitution) које се састоје од „обичаја, пракса, максима или правила... навика, претпоставки” које судови не примењују и не признају и које, према томе, чине домен уставног или политичког морала.⁽³²⁾

Како објаснити чињеницу да се ова правила поштују понекад чак „ригорозније” него правна правила? Где тражити основ њихове обавезности, разлог послушности, узрок покоравања? Ако нису право, како објаснити зашто имају снагу права?

Дајси издваја два најчешћа одговора правне науке на ово питање. Први примену конвенција објашњава у крајњој линији страхом од опозива, а други снагом јавног мњења (public opinion).⁽³³⁾ Иако се у оба одговора налази елемент истине, Дајси их сматра непотпуним или неодговарајућим за све ситуације које треба да објасне. Под претпоставком коју нуди први одговор, конвенције би биле право у најстрожем смислу речи, а једина особеност њихове правне природе би се састојала у томе што би за кажњавање прекршаја био надлежан High Court of Parliament.⁽³⁴⁾ Иако поштовање устава води порекло из претње повлачењем са положаја и потврђује се опозивом, његово непримењивање у дугом периоду времена (Дајси каже да се није примењивао више од века и по), ствара утисак превазиђености, застарелости и тако доводи у сумњу делотворност овог механизма гарантовања обавезности конвенционалних правила у савременом јавном животу Енглеске.⁽³⁵⁾ За силу јавног мњења Дајси сматра да несумњиво даје обавезну снагу правилима која утврђују начин понашања у јавном животу.⁽³⁶⁾ Иако тачна, ова тврдња је недовољна јер не одговара на питање „зашто је јавно мњење, бар наводно, довољна санкција да принуди на послушност уставним конвенцијама”.⁽³⁷⁾ Уверење да уставне конвенције „изводе своју моћ принуде” искључиво из јавног прихватања и одобравања пре је „сањарско” него реално, у истом смислу као и тврдња да је међународно право обезбеђено „искључиво снагом морала”.⁽³⁸⁾ Јавно мњење, истина је, доприноси спровођењу уставних конвенција, али постоји *нешто* иза тога што, уз додатну подршку јавног мњења, обезбеђује њихово поштовање. То нешто је за Дајсија снага права коју уставне конвенције, додајмо, добијају посредним путем.⁽³⁹⁾

Ако се, на пример, узме најчвршће утемељено правило да се Парламент мора састати бар једном годишње и ако се претпостави да није заседао дуже од годину дана, јасно је, каже Дајси, да постоји „кршење уставне праксе или претпоставке”, али не и „повреда права”.⁽⁴⁰⁾ Међутим, последице овакве повреде ипак су правне, јер би било које министарство које је толерисало ову повреду и свако лице повезано на одређени начин са владом, дошло у сукоб

(32) *Ibid.*, стр. 23, 413, 438, 565, и сл.

(33) Упореди: *ibid.*, стр. 438, 440.

(34) Види примедбу 30.

(35) Упореди: *A. V. Dicey, op. cit.*, стр. 439.

(36) Ако нација очекује сазивање Парламента једанпут годишње, или оставку премијера који не ужива поверење Дома комуна, такво очекивање се намеће и испуњава као обавезно (*ibid.*, стр. 440).

(37) *Ibid.*

(38) *Ibid.*, стр. 441.

(39) Упореди: *ibid.* Обавезујућу снагу уставних конвенција Дајси темељи на правним последицама које ће неизбежно проистећи из њихове повреде која, истовремено, индиректно представља и повреду права.

(40) *Ibid.*, стр. 440

са „правом земље” (the law of the land)⁽⁴¹⁾. На првом месту престала би важност The Army (Annual) Act⁽⁴²⁾. На тај начин свако средство контроле губи правни карактер, тако да се војска или мора распустити, или дисциплина успоставити без правног ауторитета. Опредељивање за другу могућност води томе да сваки учесник у процесу одржавања и контроле дисциплине у армији, било да издаје наређења или их извршава, може бити „као криминалац изведен на оптуженичку клупу”⁽⁴³⁾. Према томе, правило да се Парламент мора састати једном годишње није правно правило, али је уставна претпоставка која се не може занемарити „а да не укључи стотине људи... у одређене поступке нелегалности” признате као такве „од стране судова у земљи”, што на крају значи да су уставне конвенције „у стварности засноване на и осигуране „правом земље”⁽⁴⁴⁾.

Примера има још, али је и овај довољан за илустрацију природе уставних конвенција како је Дајси схвата. Устав Енглеске на тај начин престаје да буде „лабиринт” и „загонетка”: један његов део чине „претпоставке, обичаји и конвенције које, како их не спроводе судови, нису у правом смислу те речи право; други део се састоји од правила која спроводе судови и која без обзира да ли су укључена у законе или не, јесу право у строгом смислу те речи и чине истинско право устава”⁽⁴⁵⁾.

Уставно право у целини, као и сваки његов део понаособ, је „последица два водећа начела која су се постепено развијала” – суверености Парламента и владавине права (rule of law), тако да „сувереност Парламента чини форму, а примат 'the law of the land' садржину” енглеског устава⁽⁴⁶⁾. На први поглед устав Енглеске изгледа као обичан „скуп пракси и обичаја”, али „размотрен са свог правног аспекта”, како је претходно показано, он је више него иједан други устав у свету заснован на праву (the law of the land)⁽⁴⁷⁾.

Много простора би захтевало објашњење и темељна критика Дајсијевих ставова о енглеском конституционализму и о природи уставних конвенција. Учинићемо зато само неколико напомена.

Одређивање права у „правом” или „строгом” смислу речи, које подразумева и неко друго право у „не-правом” и „не-строгом” значењу, чак и ако се претпостави да одговара реалним друштвеним односима, не може се никако прихватити као јасан и пожељан научни став. Очигледно, Дајсију је овакво двојство било потребно да, према сопственом казивању, реши „загонетку” и пронађе излаз из „лабиринта”, који је изгледа сам поставио, када је

(41) *Law of the land*” подразумева право (законске прописе и правила *Common law*—а, одн. прецедентно право) редовно (*regular*) и обично (*ordinary*), као супротност арбитрарној моћи и дискреционој власти управе (види: *A. V. Dicey, op. cit.*, глава IV, посебно стр. 198–201; *W. I. Jennings, op. cit.*, стр. 252–263.

(42) У колоквијалном значењу Акт о побуни. Од њега зависи устројство и дисциплина „стајаће” војске. Мора бити потврђен сваке године (види: *A. V. Dicey, op. cit.*, стр. 305, примедба 2, стр. 443, примедба 1.)

(43) *Ibid.*, стр. 443.

(44) *Ibid.*, стр. 444, 445.

(45) *Ibid.*, стр. 465.

(46) *Ibid.*, стр. 465, 466. Начело *rule of law*”, каже Дајси, изражава „примат кроз све наше институције обичног права земље” и „у основи значи право судова да кажњавају било који незаконит поступак без обзира ко га је починио...” (*ibid.*, стр. 466). О значењу израза *rule of law*” као посебном схватању законитости у англосаксонском систему права види: Р.Лукић, Уставност..., стр. 56–61.

(47) *A. V. Dicey, op. cit.*, стр. 467.

у питању енглески устав. Уставне конвенције за њега имају двоструку природу: непосредну–неправну и посредну–правну⁽⁴⁸⁾.

Иако је тврдња спорна, разлози на којима је утемељена су јасни. Судска заштита као обележје права обезбеђује владавину права у значењу равноправне потчињености свих грађана и носилаца јавних функција редовним судовима, односно „праву земље”. Право ограничава политику и обезбеђује неповредивост индивидуалних права и слобода. Ако се занемари мали број оних које се односе на рад Парламента, уставне конвенције регулишу вршење дискреционе власти управе. С обзиром на чињеницу да конвенције не настају на основу аката сувереног Парламента већ путем обичаја, а пошто нису заштићене судском санкцијом, постало би могуће неконтролисано ширење овлашћења управе, односно злоупотреба власти. У циљу отклањања арбитрарности и ограничења дискреционе власти, Дајси посредним путем доводи конвенције у границе права и потчињава их судској контроли⁽⁴⁹⁾.

О природи уставних обичаја, без обзира у ком систему права се стварају, у легалистичком маниру, изјашњава се и М. Јовичић: „Обичај ни у ком случају не може бити база на којој се устав и закони стварају и формално фиксирају”⁽⁵⁰⁾. Тако се ни у Енглеској, у којој уставни обичаји уистину чине значајан део устава, „не одступа од правила да уставни обичај, сам по себи, не представља извор права”, јер није заштићен судском санкцијом⁽⁵¹⁾. Отуда се консеквентно изводи закључак да судови могу признати обавезујућу снагу извесним уставним обичајима, али само ако по својој садржини нису супротни писаном праву, или правилима *Common law*-а и ако суд слободно процени да им таква правна снага припада. Сваки од услова понаособ, а кумулативно још очигледније, указује на то да уставне конвенције нису извор (уставног) права. Наравно, судском одлуком потврђен уставни обичај биће обавезан за будућа понашања односних субјеката, али не својом сопственом снагом, већ снагом прецедентног правила. Истичући сложеност проблема, Јовичић не прави разлику између уставних обичаја у овом типу права и у правима земаља које имају „устав у формалном смислу” и не даје за право ауторима који уставне обичаје деле према критеријуму правности на оне који јесу извори права и на оне који то нису⁽⁵²⁾. Из квантитативног

(48) Када је у питању природа уставних конвенција, Џенингс анализира и критикује Дајсијев став корак по корак. Већ смо поменули Џенингсову примедбу која се односи на релативизирање појма права када се одређује помоћу судске санкције услед немогућности да се лако и јасно одреди шта је суд (види примедбу 30 и даље: *W.I. Jennings, op. cit.*, стр. 92, 93, 98).

(49) Дајси инсистира на теоријској и практичној неспојивости начела владавине права и административног права. „... Владавина права јесте последње прибежиште права судија да контролишу извршну власт, док подела власти (*separation des pouvoirs*) значи, како то схватају Французи, право управе да контролише судије. Судски ауторитет (*Courts of law*), како се разуме у Енглеској, може, према томе, једва постојати у исто време уз систем административног права (*droit administratif*) који преовлађује у Француској. Можемо чак ићи толико далеко да кжемо да је енглески легализам једва сагласан са постојањем званичног тела које има било какву истинску сличност са оним што странци називају 'администрација'” (*ibid.*, стр. 467, 468).

(50) М. Јовичић, *op. cit.*, стр. 935.

(51) *Ibid.*, стр. 950.

(52) Упореди: *ibid.* Разлику је могуће извести на један други начин, додуше мање значајан за теоријску правну науку. С обзиром да у Енглеској устава у формалном смислу „једноставно нема”, не постоји никакав однос – *secundum, praeter* или *contra* – уставних обичаја према уставу у формалном смислу, као што тај однос постоји у земаљама чије уставно уређење почива на једном писаном акту највеће правне снаге (види: *ibid.*).

значаја уставних обичаја у уставном систему Енглеске не изводи се аналогно њихов квалитативан значај, односно не даје им се карактер извора права. Несумњиво је у овом случају да квантитет не ствара нови квалитет, али одговор на питање о природи уставних конвенција (мисли се на општи значај конвенција за политички живот Енглеске) ту и не треба тражити. Исто тако, јасно је да је закључак о не-правној природи уставних обичаја настао дедукцијом из става да је право „само оно што држава хоће да сматра таквим”, односно да је државна санкција критеријум правности, па се у том смислу логичком реду ствари нема шта замерити. Ипак, на овом месту изразићемо сумњу која изгледа основана, а односи се управо на истицање судског признања уставних конвенција у први план. Као што је већ речено, велики број ових конвенција се примењује, поштује, мирно врши и никаква стварна потреба не постоји за признањем од стране судова. Ако се у конкретном случају нека конвенција и појави пред судом, да занемаримо за тренутак њен однос са другим изворима права, мада је као основни принцип утемељено „слободно судијско уверење”, мало је вероватно да ће судија избећи потчињеност јавном мњењу, истом оном које подржава уставне конвенције⁽⁵³⁾. Уосталом, каже Бо (Beaud), иако судови не примењују санкцију за непоштовање уставних конвенција, они их извесно признају на други начин када их користе као средство тумачења закона и других писаних докумената⁽⁵⁴⁾. За конвенционална правила која се у дужем периоду и редовно не поштују, с обзиром да не уживају судску заштиту и да њихова повреда не изазива уопште или не изазива значајан отпор јавног мњења, може се сматрати да су укинуте по принципу *desuetudo*.

Уместо судског признања које захтева правна наука да би уставни обичај сматрала правно обавезним, ваља се окренути ономе што односни субјекти, учесници стварања и примењивања уставних обичаја и јавно мњење у целини, сматрају обавезним правилом понашања⁽⁵⁵⁾. Ако се на овај начин учини могућим утврђивање и признавање правног карактера уставних обичаја, као релевантан поставља се захтев њиховог разграничења од других сродних појава: навика, употреба, понављања прецедената, обичне праксе, политичке праксе, конвенционалних правила и томе сл. Наравно, могуће је да цела ствар остане у равни терминолошког избора, али како је већ показано да „општа сагласност”, уз друге услове, уставном обичају даје карактер нормативног правила, свака навика која се односи на уставну ствар постаје обичај кад се из „понављања оног што је претходило ... роди правило које се сматра обавезним”⁽⁵⁶⁾.

(53) *Ibid.*, стр.935. Не признајући обавезан карактер уставним конвенцијама Увано (*Uwanno*) износи аргумент друге врсте. Практике означене као уставне временом установљавају правне норме, али оне нису ни „обичаји ни конвенције” јер добијају облик закона, судске одлуке или *Laws and Customs of Parliament*. Остале имају само субјективан смисао норме. Обележава их неизвесност јер „трају само онолико колико постоји потреба система”, мењајући „контекст и смисао онако како се развија уставни систем” (Уваново мишљење наведено код: *O. Beaud, op. cit.*, стр. 131).

(54) „Енглески тумач устава поступа као судија који не суди по законском тексту већ по правници. Покаткад он има да рачуна са позитивним законима, али много пута мора се позвати једино на закључке својих претходника, или на утврђену праксу, као и на сагласност јавног мишљења, које се заснива на једној врсти политичког морала или етикеције...” (С. Ло, *op. cit.*, стр. 2).

(55) *O. Beaud, op. cit.*, стр. 129.

(56) Судска санкција ограничава дефиницију права, што показује, нпр., постојање *Laws and Customs of Parliament*, „интерних правних правила која не знају за судове” (*O. Beaud, op. cit.*, стр. 129).

Opinio communis није само *differentia specifica* која омогућава препознавање уставних конвенција у разнородној политичкој пракси државе, већ одговара и на Боово питање о моменту њиховог настанка и престанка: Уставни обичај (конвенција) је настао кад је створен *opinio communis*. Треба додати да поред опште сагласности уставотворних чинилаца, оних чије понашање ствара уставни обичај, о постојању и потреби његовог примењивања постоји још и став јавног мњења да су исти ти уставотворни чиниоци обавезни да се понашају на одређени начин који представља садржину конвенција. Наука може проширити *opinio communis* и у њега укључити став јавног мњења, али се чини исправнијим да се, пошто учесници јавног живота не чине „круг заинтересованих”, он придода уз *opinio communis* у значењу комплементарног чиниоца унутрашњег елемента уставног обичаја.

У сваком случају, јавно мњење фактички подржава извесне уставне праксе и догод је тако, односни државни органи о томе морају водити рачуна када одлучују да од устаљене праксе одступе.

Јесу ли, на крају, уставне конвенције или обичаји правна правила?

Основна уставна норма на којој почива правни поредак и државно уређење Енглеске, она која се односи на неограничену власт Парламента, је обичајноправна норма⁽⁵⁷⁾. „Супрематија Парламента јесте устав. Она се признаје као основно правило баш као што се као основно правило признаје писани устав”⁽⁵⁸⁾. Ако правни поредак, хијерархијски степенован, претпоставља као логичку неопходност највише начело или основну норму и ако је такво темељно начело обичајна норма, немогуће је не признати јој правни карактер. Како под другачијом претпоставком (неправности) објаснити, у границама позитивног права, заснивање права нечим што није право, а да се не приклони фикцији келзенијанског типа о изванпозитивноправној претпоставци. Норма о суверености Парламента је део устава Енглеске, ако се не прихвати Џенингсово (Jennings) мишљење да је то и једина уставна норма и, према томе, део позитивног права. Она је реално утемељена на снази јавног мњења. И други уставни обичаји „фактички уживају далеко већу непроменљивост” него оне норме које не спадају у устав, било да су законске или обичајне⁽⁵⁹⁾. Друштвено-политичка свест захтева поштовање уставних обичаја, противи се њиховом кршењу и промени, манифестујући своју снагу кроз стабилизацију и дестабилизацију, укључујући и револуцију, друштвеног и политичког живота. То на крају значи да реална снага јавног мњења даје правну снагу уставним конвенцијама.

Исцрпнији историјски преглед показао би сликовитије како „енглеско чудо... уставног система” опстаје и развија се захваљујући скоро једино конвенцијама⁽⁶⁰⁾. Оне чине костур енглеског устава и, тако, основ стабилности структуре и функционисања државно-правног поретка⁽⁶¹⁾. Правни поредак овако заснован легитиман је и ефикасан и правној науци остаје да се са том чињеницом сагласи.

(Примљено 03.10.1990)

(57) G. Burdeau, *op. cit.*, стр. 331.

(58) Упореди: Р. Лукић, *Уставност...*, стр. 20.

(59) W. I. Jennings, *op. cit.*, стр. 262. С обзиром да је моћ Парламента основни принцип права, Џенингс сматра да је исто тврдити да је енглески устав резултат, последица права, а не његов извор (види: A. V. Dicey, *op. cit.*, стр. 199), као и да је важеће право резултат устава. „Право и устав не могу бити одвојени” (W. I. Jennings, *op. cit.*, стр. 261, 262).

(60) Р. Лукић, *Уставност...*, стр. 20.

(61) O. Veaud, *op. cit.*, стр. 127.

Dr. Radmila Vasić,

Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

CONSTITUTIONAL CONVENTIONS

Summary

The English „miracle“ of constitutional system is undoubtedly based and developed owing, mostly, to the constitutional conventions which are in fact certain existing political practices of normative substance, which are more or less respected in legal and political activities in England. Opinions, however, differ while trying to explain their legal nature. In the legalistic manner legal character is being challenged to these constitutional conventions, since they do not enjoy judicial protection. On the other hand, there are opinions according to which legally binding character of constitutional conventions is based on determined general agreement of the constitutive factors concerning the existence of custom and the need for its implementation, which agreement is supported by the general public, too. This way of coming to conclusions is supported by the logic of things. Namely, if the basic constitutional norm on the unlimited power of the Parliament is of a customary character, it is impossible not to recognize its legal nature, because it makes grounds of a hierarchically graded legal order.

Key words: *Constitutional conventions. — Legally binding element. — England.*

dr Radmila Vasić,

chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

LES CONVENTIONS CONSTITUTIONNELLES

Résumé

Le „miracle“ anglais de système constitutionnel est, de l'avis général, fondé, il se maintient et il se développe grâce presque uniquement aux conventions constitutionnelles qui représentent certaines pratiques politiques réellement existantes du contenu normatif qui sont respectées plus ou moins dans la vie juridique et politique de l'Angleterre. Cependant, lorsqu'il s'agit de leur nature (juridique), les opinions divergent. On conteste d'une manière légaliste le caractère juridique des conventions constitutionnelles car elles ne jouissent pas de la protection des tribunaux. Par contre, le caractère juridique obligatoire des conventions constitutionnelles se fonde sur l'accord établi général des facteurs constitutifs sur l'existence des coutumes et sur la nécessité de leur application soutenue par la même position de l'opinion publique. La suite logique des choses appuie cette conclusion. Si la principale norme constitutionnelle sur le pouvoir illimité du Parlement relève du domaine de la coutume, il est impossible de ne pas reconnaître son caractère juridique étant donné qu'elle fonde l'ordre juridique hiérarchisé.

Mots clé: *La convention constitutionnelle. — L'obligation juridique. — L'Angleterre.*