

Јасминка Хасанбеговић*

О ДЕФИНИСАЊУ УСТАВА У НОВИЈОЈ ДОМАЋОЈ ПРАВНОЈ МИСЛИ

Упоредивање појмовних одређења устава С. Врачара, Л. Басије, К. Чавошког и Р. Марковића. – Устав као нормативно фиксирање основа структуре и функција државно-правног поретка и регулатор бивних друштвених процеса и односа (С. Врачар). – Устав као акти позитивације принципа процедуралног легишимитета (Л. Басија). – Устав као јемство слободе (К. Чавошки). – Устав као главни закон о државној власти којим се штити слобода и права појединца (Р. Марковић). – Модерни појам устава једини прави појам устава?

Кључне речи: *Устав. – Легишимитет. – Слобода. – Југоска права. – Сувереност.*

Предмет овог разматрања – упућенији ће одмах претпоставити – јесте дефинисање устава Стевана Врачара.¹ Резултати његових настојања биће упоређени с резултатима троје најзначајнијих представника из следеће генерације писаца у области теорије уставног права, а иначе и Врачарових ученика: Лидије Басте, Косте Чавошког и Ратка Марковића. У разматрање нису узети резултати старије генерације, пре свих Радомира Лукића и Јована Ђорђевића, који су на овај или онај начин утицали на све потоње нараштаје правника и правних писаца, нарочито оних с теоријским амбицијама. Такође, у разматрање нису узети ни резултати припадника Врачарове генерације, нпр. Миодрага Јовичића или Павла Николића и других, премда не само што припадају новијој домаћој правној књижевности него у њој јесу релевантни. Овде, дакле, није реч о свестраној оцени Врачаровог резултата у нашој новијој правној мисли, већ о одмеравању једног од учитеља с неким од, наравно, најбољих ученика. Резултат тог одмеравања – нека буде

* Др Јасминка Хасанбеговић, доцент Правног факултета у Београду.

1 Стеван Врачар: „Основни проблеми конструисања научне и позитивноправне дефиниције устава“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3–4/1962, стр.220–232. Преузимање односно увршћивање тога списка у *Преиспитивања правне методологије – Наповетијаји државно-правног интелегритизма* (Београд, Правни факултет и „Службени лист СРЈ“, 2000, стр. 257–274; издање које ће овде бити коришћено) – казује да аутор није променио свој став о питању које ће овде разматра. Уз то, из напомене на стр. 824 знајемо да је аутор објављивањем тог текста 1962. прекинуо рад на замишљеној монографији о тој проблематици.

одмах речено – биће за Стевана Врачара у сваком случају повољан: ако га ученици нису премашили, онда повољан стога што је великим учитељима тешко и примаћи се а камоли превазићи их; а ако су ученици премашили учитеља, резултат је по њега опет повољан зато што је то најпоузданији доказ да се ради о изузетном учитељу јер, најбољи су они учитељи чији су ученици бољи од њих самих. Ову непристрасну пристрасност – непристрасност при анализи и „пристрасност“ не у оцени резултата већ у интерпретацији те коначне оцене – сигурна сам, неће замерити не само поменути Врачарови ученици него ни академска и стручна јавност уопште.

На крају својих разматрања Врачар даје две дефиниције устава: садржинску, коју сматра теоријски прихватљивијом, и формалну, која је ближа уобичајеним схватањима устава. Он их, истина, назива *варијантима* дефиниција устава, мада се заправо ради о дефиницијама два аспекта комплексног феномена устава.

Прва гласи: Устав је својеврсно нормативно фиксирање основних структуралних и функционалних елемената државно-правног поретка као регулатора битних друштвених процеса и односа међу припадницима основне заједнице.

Друга гласи: Устав је најауторитативнији политички и формалноправни акт носиоца суверене власти, којим се врши самоорганизовање државно-правног поретка и регулишу основни друштвени процеси.²

Одмах пада у очи да је прва дефиниција, у ствари, дефиниција устава као уставног *џорейка*, тј. јединства одговарајућих нормативних и фактичких елемената тог поретка, док је друга дефиниција дефиниција устава као нормативног, односно правног *акџа*, који је, свакако, бар део уставног *сисџема* ако већ не тај систем у целости.³

Потом, треба запазити да прва дефиниција представља кондензовани израз садржинских „момената“ у дефинисању устава, док је друга згуснути исказ о формалним „моментима“ устава, разматраним раније.⁴

Коначно, ваља истаћи да при разматрању садржинских „момената“ устава Врачар изричито каже: „Сваки државно-правни поредак, независно од тога на ком је ступњу историјског развоја и каквог је облика, већ самим тим што егзистира мора имати сопствени устав.“⁵ Тај став се потврђује и мало доцније, кад говори о

2 Стеван Врачар: *Преисџивања џравне мџџолоџије – Наџвешџаји државно-џравноџ инџеџрализма*, стр. 274.

3 *Ib.*, стр. 269–270. и 273–274.

4 *Ib.*, стр. 261–263, односно стр. 263–265.

5 *Ib.*, стр. 261.

различитим историјским типовима устава: робовласничком, феудалном, капиталистичком и социјалистичком.⁶ Ово је битно јер јасно указује шта Врачаров садржински или материјални концепт устава подразумева. С друге стране, када је реч о формалном концепту устава, треба запазити да приликом анализирања формалних „момената“ устава Врачар констатује да је писани устав најважнији нормативни акт *сувереног државног органа*,⁷ док у одговарајућој дефиницији на крају говори о најауторитативнијем политичком и формалноправном акту *носиоца суверене власти*,⁸ као што је раније већ указано. Да суверен државни орган и носилац суверене власти не морају бити и најчешће нису исти субјект, нарочито не у модерним конституционалним демократијама, сувишно је наглашавати.

Имајући на уму претходне напомене, важне за прецизну реконструкцију смисла наведених дефиниција, можемо прећи на упоређивање Врачарових концепата устава са оним новијим, поменутиим на почетку.

И Лидија Баста – налазећи упориште у Ђованију Сарторију – полази од става о изразитој вишезначности појма устава, који се у најбољем случају може свести на два – по њеном схватању *дијаметрално* различита – значења: материјално значење устава као *гаранције*, и формално, универзално значење устава као скупа правних правила, односно као највишег правног акта једног правног система, чија нормативна својства имају суштинску, онтолошку релеванцију.⁹ Дакле, упркос на први поглед сличном приступу и сличној терминологији (материјални или садржински и формални појам устава), одмах се могу уочити и битне разлике. Најпре, за Л. Басту су материјално и формално значење дијаметрално различита, док се за Врачара садржинска и формална дефиниција не искључују, већ се допуњавају и чак међусобно претпостављају.¹⁰ Друго, за њу материјални појам устава подразумева устав као *гаранцију*, а за њега не. И треће, за њега је устав у садржинском смислу универзални феномен (на шта је већ указано¹¹), док је за њу формално значење устава оно које је универзално, као што је малочас речено.¹²

У освту на те разлике, које су се појавиле на самом почетку, пре него што је уопште изложен појам устава по схватању Л. Басте,

6 *Ib.*, стр. 263, одн. 262–263.

7 *Ib.*, стр. 264.

8 *Ib.*, стр. 274.

9 Лидија Р. Баста: „Устав и легитимитет“, *Марксистичка мисао*, 6/1983, стр. 55–66.

10 С. Врачар: *Idem*, стр. 274.

11 Видети *supra* текст уз напомене бр. 5 и 6.

12 Видети *supra* текст уз нап. бр. 9.

важно је – управо ради прецизног одређења тог схватања – разјаснити не само откуда те разлике упркос сличним полазиштима него и оценити који од тих различитих ставова може опстати.

Прво, устав се *не може свести* – поготову се у најбољем случају не може свести – на две *дијаметрално* различите ствари. Може се свести на две различите али не на две *дијаметрално* различите ствари. Другим речима, материјално значење није противно, супротно, неспојиво с формалним значењем устава. А исто, наравно, важи и за однос нормативног и фактичког у уставу. Тај став ће, уосталом, и ауторка заузети одмах у следећем пасусу, критикујући (заједно с Хесеом) аналитичку позицију „или–или“, али ће се на онај првобитни став опет вратити, и то такође у наредном пасусу, опредељујући се да изложи „полазне тезе о суштинским елементима модерног устава, и то о онима који су *изван* нормативне форме његове егзистенције, дате скупом правних норми“.¹³ Овим поводом треба, дакле, закључити да некакав *чистио материјални* појам устава, који би као суштинске елементе обухватио само оне изваннормативне, ненормативне елементе устава, просто, није могућ,¹⁴ што се, уосталом, види и у ауторкиним резултатима,¹⁵ те да је утолико Врачаров приступ плаузибилнији (садржинско или материјално у уставу као јединство нормативног и фактичког, дакле, поредак, за разлику од формалног које значи редукцију на „пуко“ нормативно).

Друго, материјално значење устава као *гаранције*, које Л. Баства прихвата од Сарторија, јесте плодотворније од Врачарове садржинске дефиниције устава. Но, и овде су потребне додатне напомене и разјашњења. О каквим се гарантијама ради, гарантијама чега, од кога и за кога, биће речи мало касније. Сада је довољно указати да тај плодотворнији концепт устава у материјалном сми-

13 Л. Баства: *Idem*, тачка 1, стр. 55–56.

14 Овом приликом, наравно, није могуће детаљније развити аргументацију о овом питању и подробније га објаснити, јер би се морало заћи у саме филозофске темеље нормативног, који су досадашњим образовањем погрешно постављени. Зато нека буде бар кратко речено: феномени права, устава, закона, пресуде итд. могу само до одређене мере бити редуковани на нормативно, али никада на искључиво нормативно, на пуко нормативни аспект, зато што тотална редукција нужно захтева фикцију, уношење фиктивних у ове реалне феномене. Обрнуто, феномени права, устава итд. не могу никада бити редуковани на изваннормативно, фактичко, иако норма (па и правна) уопште не може постојати без фактичког, без чињеница.

15 Л. Баства: *Idem*, тачка 3.2, стр. 61–62, где се, између осталог, устав непрестано одређује као *акт* (*sic!!!*), о чему ће доцније бити више речи. Овде треба додати само то да би доследност налагала да најављени говор о суштинским изваннормативним елементима устава (стр. 56) буде говор о фактима а не о актима. Али, пошто је то – као што је управо речено – немогуће, онда би ауторкиним интенцијама био примеренији говор о уставу као поретку а не о уставу као акту (баш у Врачаровом смислу ових израза).

слу одговара само модерном појму устава (или појму модерног устава) али не и појму старих, древних устава. На питање о тим другим доћи ћемо у излагању појма устава Косте Чавошког. У овом моменту ваља истаћи да је модерни појам устава појам до кога је Л. Басти превасходно (ако не и искључиво) стало у поменутој анализи,¹⁶ али да и она (попут Врачара) понекад говори о материјалном значењу устава уопште – и древног и модерног.¹⁷ О томе зашто сматрамо да устав у правом (а не фигуративном) смислу речи, и као феномен и као појам, јесте модерни феномен односно модерни појам, биће речи у закључку овог разматрања.

И треће, за Врачара је устав у садржинском смислу универзални феномен зато што обухвата и старе и модерне уставе, док се материјално значење устава као гаранције, за које се одређује Л. Басти, може односити само на модерне уставе, па не може бити универзално. Међутим, остаје потпуно нејасно зашто Л. Басти једанпут (заједно са Сарторијем) сматра да је формално значење устава као скупа правних правила универзално,¹⁸ а други пут (заједно с Врачаром) да се формални појам устава као највишег правног акта може применити *само* у случајевима *писаних* устава,¹⁹ дакле, не универзално ни у модерном свету. Но, ова се недоследност може сматрати небитном.

Сада је могуће дати одређење појма устава Л. Басти.²⁰ Суштина устава (сваког а не само модерног) по њеном схватању јесте у томе што је то акт којим се политика претвара у право. Дакле, општи појам устава подразумева да је то акт позитивације политике, при чему позитивирати за Л. Басти значи правно нормирати, или – речено језиком С. Врачара – нормативно фиксирати. А оно што је иманентно (својствено, особено, специфично, карактеристично и сл.) модерном уставу јесте, по њеном виђењу, нови тип процедуралног легитимитета, па је стога модерни устав акт позитивације принципа процедуралног легитимитета. Но, овај појам модерног устава она прецизира наводећи конститутивне елементе (подсећамо: по њеној идеји, наравно, материјалног) појма модерног устава:

а) Устав је акт позитивације процедуралних услова постизања консензуса у процесу политичког одлучивања.

б) Устав је акт позитивације институционално-организационог изражавања легитимне моћи.

16 Л. Басти: *Id.*, стр. 55, 58. *sqq.*, 64.

17 *Ib.*, стр. 56, 61, где се говори о уставу као средству којим се политичка питања *par excellence* претварају у право, односно о суштини устава као акта којим се политика претвара у право.

18 *Ib.*, стр. 55.

19 *Ib.*, стр. 56, с изричитим позивањем на *op. cit.* С. Врачара.

20 *Ib.*, тачка 3.2, стр.61–62.

в) Устав је акт који легитимацијском разлогу²¹ даје конкретан садржај.

г) Устав је акт који правно утврђује политичке границе за властодршце.

д) Устав је акт који политичком поретку даје нормативни идентитет и акт на основу кога идеолошки постулати и вредности постају правно релевантни, те је истовремено и кодекс обвезујућих норми и пројект политичких смерница.

Овако одређен појам модерног устава Л. Баста даље конкретизује на примерима двају битно различитих типова савремених устава: устава представничке демократије грађанског конституционализма, с једне стране, и југословенског устава социјалистичке самоуправне демократије, с друге стране. Али, пре него што се осврнемо на ове конкретизације, треба проанализирати сам појам (модерног) устава Л. Басте.

Нема никакве сумње да Л. Баста може добити најширу сагласност за став да сам устав чини основу позитивног права и „тачку везивања“ права и политике,²² или за исти став, изражен другим речима, да је устав акт којим се политика претвара у право,²³ тј. акт позитивације политике. Тај општи појам устава (старог и модерног), изражен Врачаровом појмовном апаратуром, гласио би: Устав је темељни акт државно-правног поретка којим се позитивира процес политичког конституисања друштва. Оно што би се овом одређењу појма устава у било којој од наведених варијанти могло замерити јесте његова недовољна одређеност. Но, питање је да ли је тај недостатак уопште отклоњив када се ради о тако општем појму.

Међутим, када је реч о појму модерног устава Л. Басте, наиме, о уставу као акту позитивације принципа процедуралног легитимитета, ствари стоје другачије. Ту је најпре спорно да ли појам процедуралног легитимитета треба узети као кључни за одређење модерног устава.²⁴ Ово стога што тај појам није довољан да у потпуности изрази новину модерног устава, а самим тим ни новину других појава и процеса с којима је овај најтешње повезан, који му стоје у основи и чији је израз, као што су нпр. људска права, ограничена, подељена, одговорна и контролисана власт, владавина права, конституционализам, модерно независно судство итд. Појам

21 Л. Баста употребљава израз „легитимацијски разлог“, мада би израз „легитимацијски основ“, чини се, био бољи.

22 Л. Баста: *Ib.*, стр.57.

23 *Ib.*, стр.61.

24 Што је изричит став Л. Басте: *Ib.*, стр. 60, који се, наравно, онда понавља и у основној дефиницији модерног устава, а модификован, и при излагању конститутивних елемената тог појма (стр. 61).

процедуралног легитимитета не може да обухвати *сва релевантна* „неотуђива природна права“, у чијој позитивацији и сама Л. Басти види исходиште модерног устава.²⁵ А без тих „неотуђивих природних права“ или, просто, људских права устав не може ваљано да постави правне границе политичкој власти, не може бити акт који ваљано правно утврђује политичке границе за властодршце (као што то треба да буде по конститутивном елементу под г)).²⁶ Без људских права нема народног суверенитета, нема народа као суверена у правном и политичком смислу – суверен су, у најбољем случају, представници народа али не он сам. Људска права, дакле, обухватају више од процедуралног легитимитета, обухватају и супстанцијални, садржински, материјални легитимитет власти која та људска права поштује.²⁷

Поред ове основне замерке Л. Басти на садржини одређења материјалног појма модерног устава, треба се осврнути и на неке од конститутивних елемената овог њеног појма.

Тако се у конститутивном елементу описаном под а) кључни појам процедуралног легитимитета прецизира појмом процедуралних услова постизања консензуса у процесу политичког одлучивања. Али не само то место, већ и претходна излагања, објашњења и заснивања Л. Басте²⁸ показују да она нови тип процедуралног легитимитета види и заснива баш у владавини на основу *сагласности*, тј. у поступцима и предусловима рационалног *саглашавања* или, кратко, у процедурама за постизање *консензуса*. Па ипак, тек у напомени испод текста²⁹ биће прецизирано и испоставиће се да ни она реч „консензус“ не узима у уобичајеном значењу, већ у значењу „већине која се може сматрати квалификованом да заступа опште интересе“. На тај начин појам процедуралног легитимитета, па и сам појам устава постају веома растегљиви, амбивалентни и, коначно, неодређени до теоријске и практичке неупотребљивости. За разлику од Л. Басте, могло би се рећи да несумњиво трајни општи интереси чине материју *constitutionis* и да због тога модерни устав опстаје док заиста изражава темељне интересе

25 Л. Басти: *Ib.*, стр. 58–59.

26 *Ib.*, стр. 61.

27 Да околност што се људска права код Л. Басте не појављују као конститутивни елемент појма модерног устава не треба тумачити као ауторкин идеолошки данак духу времена, већ као израз њених аутентичних теоријских уверења и ставова, потврђују њени други списи, нарочито они настали доцније, у којима се као ехо понавља идеја о „пред-уставном и над-уставном карактеру основних права и слобода човека“. В. нпр. одредницу Л. Басти-Посавец: „Конституционализам“, у: *Енциклопедија политичке културе*, Београд, Савремена администрација, 1993, стр. 519–529, посебно стр. 520. Иначе, писање речи предуставни и надуставни са цртицама карактеристично је за Л. Басту, вероватно под утицајем енглеског правописа.

28 Л. Басти: „Устав и легитимитет“, *ibidem*, стр. 60.

29 Л. Басти: *Ib.*, стр. 61. нап. бр. 15.

заједнице као опште интересе, односно да политичка заједница опстаје док они који је чине своје основне интересе препознају као опште интересе уставног поретка. Ти општи интереси отелотворени су у људским правима и неким основним принципима заједнице, и нису непроменљиви, али о њима мора постојати консензус, односно не може одлучивати већина коју неко сматра квалификованом да заступа опште интересе. И управо се ту јасно показује разлика између *materiae constitutionis* и *materiae legis*. Само за ову другу важи да *већина* – која, како год била конституисана и интерпретирана, никад није *целина* политичке заједнице, већ је увек само њен *geo*, ма колико велики или миноран он био – дакле, да *већина* може уставом одређеном законодавном процедуром партикуларне интересе легитимисати као опште или, језиком Л. Басте, та се већина може (на основу те процедуре) сматрати квалификованом да заступа опште интересе.

Конститутивни елемент онакав какав је утврђен под б) представља, у ствари, *оппозитивни* материјални појам устава (старог и модерног). Он не садржи ништа битно ново, ништа по себи модерно, све док се питања организовања и институционализовања легитимне моћи не конкретизују принципима ограничења и контроле, поделе и равнотеже, репрезентације и одговорности власти, судске независности и контроле уставности.

Слично би се могло рећи и за конститутивни елемент који је одређен под в). Тај конкретан садржај који легитимацијском основу даје нови, модерни карактер, није само нови тип процедуралног већ и супстанцијалног легитимитета. То су – као што је раније већ речено – поред институционализације малочас наведених принципа, пре свега и изнад свега људска права и слободе.

И за конститутивни елемент појма модерног устава наведен под г) може се рећи мање-више исто као за оне под б) и под в). Правне границе властодршцима одређују пре свега људска права. Без њих нема модерности, мада може бити правне ограничености властодржаца, бар у оном смислу у коме свако правно нормирање (или позитивација) јесте ограничавање, али није ограничавање на модеран начин, ограничавање у смислу модерне.

Коначно, конститутивни елемент изражен под д) може се сматрати небитним за модерни појам устава утолико што, с једне стране, свака позитивација поретка по себи подразумева давање односно утврђивање нормативног (или прецизније: правнонормативног) идентитета тог поретка, док, с друге стране, идеолошки и уопште вредносни постулати као неминован елемент поретка постоје и у другим актима и значајни су и кад остану неизражени експлиците, или када су неадекватно изражени у уставу као акту.

Указане слабости одређења појма модерног устава Л. Басте показују зашто полазна идеја материјалног појма устава као гаранције (иначе – као што је речено – плаузибилна и плодотворна) није реализована до краја, довољно прецизно, теоријски и практички дискриминаторски поуздано оштро. Па ипак, треба нагласити да је то одређење много боље и вредније у свом аналитичком делу³⁰ него у резултату непосредно.

Остаје још да се напомене да је такав резултат можда проишао из настојања да се споји неспојиво: устав представничке демократије у традицији грађанског конституционализма и југословенски устав као парадигма система социјалистичке самоуправне демократије. Данас би овај други Л. Баста вероватно одредила као предмодерни устав, али ту квалификацију не би могла извести из свог већ понуђеног одређења материјалног појма модерног устава. Утолико и њене ставове да „устав социјалистичког самоуправљања мора да превлада класни карактер људских права“, да се „Устав СФРЈ може сматрати актом позитивације принципа самолегитимитета народа“ зато што „нормативно изражава и даје снагу права овом новом, социјалистичком и самоуправном садржају легитимацијског разлога у типу процедуралног легитимитета“, и друге сличне ставове³¹ треба схватити као ауторкин израз духа тог времена тј. владајуће идеологије на овим балканским просторима и као њено настојање да ту идеологију измири са својим значајним теоријским увидима или да бар – пошто је то измирење немогуће – идеолошком садржају да озбиљну теоријско-научну језичку форму.

Своје излагање појма устава Коста Чавошки³² је конципирао тако што је изнео различита схватања о појму устава, и то редоследом који је мање-више историјски, али чије тежиште није на хронологији већ на развоју идеје и праксе устава. То своје излагање завршио је аподиктички:

„И поред ових разлика у поимању устава, једно његово разумевање је ипак извесно: устав је јемство слободе или није устав.“³³

Скоро да само још недостаје знак усклика на крају. Заиста, устав је јемство слободе или није устав. Зато се одређењу појма устава као јемства слободе нема шта одузети – оно је тако квинтесенцијално; а нема му се шта ни додати под условом да се та квинтесенција разуме. А она је – и по списатељском нерву и по

³⁰ *Ib.*, стр. 58–60. и 62–64.

³¹ *Ib.*, стр. 65–66.

³² Коста Чавошки: *Устав као јемство слободе – Озгledi о уставу и уставносноци*, Београд, Институт за филозофију и друштвену теорију, „Филип Вишњић“, 1995.

³³ К. Чавошки: *Ib.*, стр. 33.

стилу К. Чавошког – контекстуално и деконструкцијски одредива много више него системско-логички, класичним дефиницијама.

Поимање устава као јемства слободе јесте модерни материјални појам устава. Утолико је ближи појмовном одређењу устава Л. Басте него оном Врачаровом. Штавише, могло би се рећи да резултат К. Чавошког одговара интенцији Л. Басте. Јер, ова његова реализација идеје материјалног појма устава као гаранције – устав као јемство слободе – обухвата и оно што њен појам устава као позитивације принципа процедуралног легитимитета не садржи, а требало би, бар по интенцији ње саме.

Садржина и домет овог крајње згуснутог одређења појма могу се пецизно разјаснити поступком деконструкције устава као јемства слободе, у коме се његова значења откривају, утврђују и прецизирају слој по слој.

Устав као јемство слободе подразумева устав као утемељење слободе.³⁴ Ово је, наравно, логички нужно, јер оно што се јемчи мора најпре бити утемељено. Одавде произлази још једна далекосежнија карактеристика поимања устава К. Чавошког. Наиме, док устав као утемељење слободе *може* бити појмљен и само као акт (слично Врачаровом поимању устава у формалном смислу), дотле устав као јемство слободе јесте нешто више и *мора* бити појмљен као поредак, не може бити редукован само на акт, односно правне норме које та јемства регулишу. Ово стога што је јемство заиста јемство само ако је ефикасно. И утолико папирнати устав – као устав који постоји на папиру, али се не остварује – истина, може постојати, али он не одговара појму устава К. Чавошког, просто зато што папирнато јемство није јемство јер је неефикасно, као што ни папирната слобода није слобода.

Устав као јемство слободе, дакле, подразумева устав као утемељење слободе. А устав као утемељење слободе подразумева сагласност односно пристанак народа,³⁵ тј. демократски легитимисану власт, и то и процедурално и супстанцијално легитимну власт. Таква власт мора бити правно-политички одговорна.³⁶ Додуше, модалитети те правно-политичке одговорности, институције у којима се она остварује, могу се унеколико разликовати и разликују се од земље до земље, с обзиром на различите традиције, дух народа и времена, али без правно-политичке одговорности не само што нема рационалног демократског легитимитета него нема ни ограничене, и то *ефикасно* ограничене власти.

³⁴ *Ib.*, стр. 32.

³⁵ *Ib.*, стр. 31–32.

³⁶ *Ib.*, стр. 30.

Ограничавање власти је неопходно да би се очувала слобода људи у односу на власт. А да би та слобода била стварно неприкосновена, свака власт – укључујући и ону највишу, конституишућу, а наравно, *a fortiori* и сваку конституисану власт – мора бити прецизно и ефикасно ограничена. Утолико се може рећи да је уставна власт по дефиницији ограничена власт.³⁷

Међутим, ако неограничена власт не може бити уставна – како то изричито каже Чавошки – то онда отвара питање суверености: да ли је сувереност уопште спојива с уставом односно уставном влашћу, да ли је могућа у уставној држави? Наиме, ако се сувереност схвати – како је то уобичајено – као правна неограниченост, онда је она неспојива с уставном влашћу, која је по дефиницији правно ограничена. Ако се сувереност пак схвати као правно највећа, највиша, врховна, али ипак *не и неограничена* власт, онда се она изједначава с уставотворном, конституишућом влашћу, која је ограничена, и нема потребе да се назива и сувереном. Произлази, дакле, на крају крајева, да у уставној држави нико не може бити суверен у смислу правне неограничености: ни монарх, ни парламент, ни законодавац, ни уставотворац, па чак ни сам народ. У уставној држави нема места ни народној суверености ако тај народ хоће да буде суверен на начин правне неограничености, јер у том случају његова држава не може бити уставна. Ова питања Чавошки, истина, није проблематизовао,³⁸ али овакав приступ није стран његовом концепту устава, уставне власти и уставне државе. Треба још истаћи да се овим својим ставом о ограничениости *per definitionem* државне власти као уставне власти, Чавошки јасно разликује и од Врачара и од Л. Басте. Подсетимо, Врачар везује формални појам устава за носиоца суверене власти односно за суверен државни орган, али сматра да материјални појам и формални појам нису неспојиви, већ, напротив, да се допуњују и чак међусобно претпостављају. Чавошки пак одређује материјални појам модерног устава, а тај је појам у овом погледу неспојив с Врачаровим формалним појмом устава. Концепт устава Л. Басте, премда модеран и материјалан као у Чавошког, разликује се од концепције овога, на шта је раније указано. Овде треба само додати да битна ограничења сваке власти – па и конституишуће, уставотворне – чини оно што спада у супстанцијални а не само (па ни првенствено) у процедурални легитимитет. Стога у теоријској конструкцији устава Л. Басте народна сувереност односно сувереност уставотворца може опстати. Уставотворац је код ње дакле, и кон-

³⁷ *Ib.*, стр. 24.

³⁸ О неким аспектима овог питања подробније в. Јасминка Хасанбеговић: *Рејторијскеј права и правној државе или о неспојивости суверености и правне државе*, Београд, Правни факултет / Немачки културни и информативни центар, 1991, стр. 52–61.

цепцијски, али и изричито,³⁹ ограничен процедурално а не супстанцијално.

Супстанцијална ограничења сваке власти чине слободе и права човека.⁴⁰ Оне, наравно, нису једино средство ограничавања државне власти, али јесу неопходно средство да би људска слобода била неприкосновена. И када се каже да је устав јемство слободе, односно утемељење слободе, онда се под слободом која се у том појмовном одређењу устава подразумева, мисли управо на људске слободе и права. Наравно, нису сва људска права, ни она тзв. прве генерације, грађанска и политичка, непосредно везана за слободу, нити су увек неки њен конкретан израз, али сва та друга права човека – укључујући и она тзв. друге генерације, економска, социјална и културна – посредно доприносе човековој слободи тако што је омогућавају, обезбеђују, увећавају или оплемењују. Слободе и права човека у том смислу представљају језгро устава као јемства слободе.

Но, да би устав уистину био јемство слободе, није довољно само прецизно одредити људска права и слободе који ту слободу творе, постављајући јасне границе, тачна ограничења свакој власти. Потребно је та ограничења учинити ефикасним а слободу ефективном: потребно је имати механизам контроле који ће обезбеђивати стварно уживање прецизно утврђених слобода и права, односно који ће осујећивати непоштовање тих ограничења, тј. прекорачивање граница власти. Тај механизам чини независно судство,⁴¹ без кога нема јемства слободе, па дакле ни устава. Независно судство није једини јемац слободе, али је њен неопходни гарант. Ни судска контрола правности, уставности и законитости, било власти било других субјеката, није једина контрола.⁴² О политичкој односно политичко-правној контроли било је већ речи у вези с одговорношћу.

Остаје још да се напомене да концепт устава као основног, темељног, фундаменталног закона⁴³ – за разлику од обичног закона, устав би се могао скоро „библијски“ означити као закон над законима – код К. Чавошког одговара општем појму устава (предмодерног и модерног) и формалном појму устава (одређеном његовом правном снагом а не нужно његовом садржином), те стога није довољан да обезбеди и разјасни концепт устава као јемства слободе.

39 Видети *supra* нап. бр. 29.

40 К. Чавошки: *Idem*, стр. 24–26.

41 *Ib.*, стр. 26.

42 *Ib.*, стр. 27.

43 *Ib.*, стр. 16–22.

У осврту пак на концепт К. Чавошког треба рећи да његов појам устава као модерног устава погађа саму срж, суштину устава одређењем устава као јемства слободе. Та се квинтесенција устава заснива на увидима у све оно битно за разматрани појам и зато је много више од сјајно скованог, лапидарног језичког поготка – то је, просто, сама згуснута суштина устава.

Па ипак, ваља скренути пажњу и на то да пред сам крај својих извођења, непосредно пред изношење коначног закључка, Чавошки – чини се, потпуно непотребно – сасвим мења приступ и прелази на метаниво, говорећи о природноправном и волунтаристичком елементу дефиниције устава.⁴⁴ Ту, прво, треба подвући да природноправни елемент *eo ipso* не означава умна начела примерена општем добру, јер има изразито ауторитарних и тоталитарних природноправних схватања. И друго, природноправни елементи постају уставно релевантни тек онда када – рецимо то термином Л. Басте – буду позитивирани, а њихову вредност не одређује њихово порекло (природноправно или не) већ њихова *садржина*, чија се вредност осведочава у пракси. Што се пак другог, волунтаристичког елемента тиче, Чавошки изгледа мисли на волициони (или волитивни) елемент као жељу, хтење, сагласност заједнице да се њоме управља по одређеним правилима,⁴⁵ што је управо супротно волунтаризму. Реч је, заправо, о томе да устава – наравно, као уставног поретка – нема и не може бити ако нема воље, политичке воље народа или заједнице да утемељи поредак слободе, тј. да се подвргне правилима која устав као јемство слободе налаже, или да, као што је раније речено, ограничи своју уставотворачку власт, одустане од своје суверености као правне неограничености. Свакако, неразборит или заведен народ може пристати на изопачен, па и тирански „устав“ који га лишава слободе, као што разборит народ може живети у слободи под ваљаним уставом на који су својевремено слободно пристали његови далеки преци.⁴⁶ Но, то није проблем теорије, па ни теорије уставног права. Њен проблем је „само“ да изгради појмове који служе као критеријуми да се у пракси уоче и препознају релевантне појаве и да се ваљано одреди њихово значење, како би се, коначно, утврдило постоји ли у неком поретку ваљан устав. А појам устава као јемства слободе К. Чавошког јесте такав један појам и без поменутог природноправног и волунтаристичког елемента дефиниције устава.

Коначно, преостао је још да се анализира појам устава Ратка Марковића.⁴⁷ За одређење тог појма може се унапред рећи да

⁴⁴ *Ib.*, стр. 33.

⁴⁵ *Loc. cit.*

⁴⁶ *Ib.*, стр. 32, односно стр. 33.

⁴⁷ Ратко Марковић: *Уставно право и политичке институције*, Београд, „Службени гласник“, 1999, посебно стр. 29–41.

његов *sedes materiae* (или жаришно значење – рекао би К. Чавошки) чине људска права и слободе. По томе се овај појам разликује не само од материјалног појма устава С. Врачара него и од појма устава Л. Басте, која, како је показано, „неотуђива природна права“ има у историјском видокругу настанка модерног устава, али их као слободе и права човека не изражава ни непосредно ни посредно у појму устава, односно у конститутивним елементима тог појма. По истакнутости људских права и слобода у појму устава Р. Марковића, овај појам је веома близак појмовном одређењу устава К. Чавошког. Но, ваља поближе погледати шта при анализи Марковићевог поимања устава даје основа оваквим закључцима.

Излагање појма устава Марковић започиње историјатом устава. Из тог излагања, али и из оних која следе, могло би се закључити да је за Марковића устав у ствари модерни устав. По том свом ставу, за који је раније речено да је теоријски плаузибилнији од става о општем појму устава (старог и модерног), Марковић се битно разликује од Врачарових одређења устава и ближи је Л. Басти и Чавошком. Па ипак, као што ће доцније бити показано, чини се да у овоме Марковић није до краја доследан.

Прво одређење појма устава Марковић даје ослањајући се на Волтона Хамилтона. По њему је устав виши и главни закон (тј. темељни или основни – у терминологији К. Чавошког) о државној власти, којим се штите права и слободе појединаца, изложен у писаној форми.⁴⁸ Посматрано из Врачаровог теоријског оквира, може се рећи да је ово формално-материјални појам устава, под условом да се заштита права и слобода појединаца појми ефективно, а то значи да се устав појми као уставни поредак. Тако одређеном појму устава, по правилима дефинисања не би се имало шта додати, а одузети би се, евентуално, могла одредба о његовој писаној форми, и то не зато што она за модерне уставе није карактеристична, већ стога што у оваквој језичкој редакцији сугерише да је увек реч о *једном* писаном акту. Међутим, ако се заштита слобода и права појединаца у овој дефиницији схвати само нормативно, онда овде није реч о уставном поретку већ, евентуално, о уставном систему или само о уставном акту у Врачаровом смислу речи, тј. о нормативном материјално-формалном појму устава у Марковићевом смислу.⁴⁹ Да би ово било јасније, потребно је осврнути се на Марковићеве врсте појмовних одређења устава.

Три су, по Марковићу, основне врсте појмовног одређења устава: нормативни, политички и социолошки појам,⁵⁰ при чему нормативни појам има као своје подврсте материјални и формални.

48 *Ib.*, стр. 29.

49 *Ib.*, стр. 30.

50 *Ib.*, стр. 30–33.

Формални појам устава је и у Марковића онај уобичајени појам устава као писаног општег правног акта најјаче правне снаге, тј. као основног закона, а материјални подразумева скуп норми којима се уређују основи друштвене организације у једној политичкој заједници, начин вршења државне власти у њој, као и границе државне власти, тј. слободе и права појединаца и колективности. Ни једном ни другом одређењу се не може ставити никаква битна примедба. Утолико чуди став који следи, наиме: да није било и да нема државе у свету која није имала и нема устав у материјалном смислу.⁵¹ У том ставу се, иначе, Врачар и Марковић потпуно слажу. Међутим, у Марковићевом теоријском оквиру (а за разлику од Врачаровог, од чијег је, иначе, плаузибилнији) тај став је неодржив. Или Марковић одустаје и од оног првобитног формално-материјалног појма (В. Хамилтона) и од овог материјалног појма устава, и уопште од идеје о уставу као *модерном* феномену и од појма устава као *модерног* појма; или пак његов поменути исказ не стоји просто зато што свака држава није имала и нема слободе и права појединаца и колективитета онако како су они овде мишљени, јер су људска права *модерни* правни изум, нововековно откриће, проналазак који раније није постојао. Став да је свака држава имала и има устав у материјалном смислу је одржив само ако се протумачи као став о свакој *модерној* држави (при чему се модерност нпр. контекстуално подразумева), али се њиме онда садржински и епистемолошки не добија ништа битно, и уз то, такође споредно, Врачар и Марковић престају да буду истомишљеници у овој тачки. Треба такође истаћи, када је реч о материјалном и формалном појму устава, да Марковић наглашава да је материјални појам шири и да обухвата устав у формалном смислу. Из тога се може закључити да он ове појмове не узима за дијаметрално различите (попут Л. Басте) и да је близак схватањима Врачара и Чавошког о односу материјалног и формалног појма устава.

Политички појам устава Марковић одређује ослањајући се на Карла Левенштајна и Карла Фридриха. Премда обојица, несумњиво, спадају у највећа имена уставне и, уопште, модерне политичке теорије, чини се да је политички појам устава могао бити једноставније одређен као устав у нормативном смислу који је *делотворан* (и то и формални и, нарочито, материјални устав) који се, дакле, *ефективно* примењује, творећи *уставни поредак*. У том делотворном јединству нормативног и стварног (фактичког), сви Левенштајнови и Фридрихови наведени елементи политичког устава могу се свести на елементе ефикасног материјалног устава, чију разраду представљају.

⁵¹ *Ib.*, стр. 30.

При одређењу социолошког појма устава, за разлику од политичког, полази се од разлике (па и раскорака) између нормативног и стварног устава (уставног система и уставног поретка – у Врачаровој терминологији), а при његовој анализи предност се даје стварном уставу односно фактичким елементима и односима у уставном поретку.

Нажалост, Марковић се не изјашњава о овим различитим врстама појмовних одређења устава и не каже ништа о њиховој теоријској релеванцији и аналитичкој пробитачности, можда због удбеничког карактера списа у коме о њима говори.

И питање уставне материје, *materiae constitutionis*,⁵² могло би бити од значаја за одређење појма устава Р. Марковића. Али и овде он излаже четири групе схватања без икакве критичке анализе и заузимања ставова према њима, опет, вероватно, зато што је реч о удбенику. Ипак, ако се ближе погледа оно што он износи као ауторски став пре излагања о четири гледишта, може се закључити да је његов став најближи првој групи гледишта, само је мало модификован и проширен. Дакле, уставну материју чине: организација и функционисање (највиших) државних органа, границе које се државној власти постављају људским слободама и правима и основна начела и установе економског и политичког, уопште, друштвеног живота. Од овде разматраних поимања устава, ово схватање уставне материје најближе је оном К. Чавошког.

На крају се треба још осврнути на својства устава у формалном смислу, према одређењу Р. Марковића.⁵³ Од тих својстава два су правна (устав као основни закон и устав као највиши општи правни акт) и два неправна (устав као идеолошко-политички акт и устав као декларативни акт). За ову анализу битно је правно својство устава као највишег општег правног акта. Говорећи о њему, Р. Марковић истиче да је доносилац устава правно суверен, правно слободан, невезан правом и да је уставотворна власт правом неограничена. Треба подвући да ово ипак није сасвим тако. Наиме, уставотворац, доносилац устава, може се можда и правно и фактички понашати тако, али ако жели (или ако треба) да створи устав у материјалном смислу, онда он није више правно суверен у смислу потпуне правне слободе, нити је његова власт неограничена у стварању права односно устава. У супротном се устав и уставност у материјалном смислу затиру од почетка, чак и пре настанка, или се пак разарају уколико постоје. Ту, између осталог, спада и поменута ситуација неразборитог или заведеног народа коју помиње К. Чавошки, ситуација коју право не може да предупреди, али на коју теорија може и треба да укаже. А што се пак неправних својстава

⁵² *Ib.*, стр. 33–34.

⁵³ *Ib.*, стр. 40–42.

устава у формалном смислу тиче, вреди запазити да њих и Л. Баства наводи као последњи конститутивни елемент свог појма устава. Па ипак, треба запазити и битну разлику: о тим својствима Р. Марковић говори као о својствима устава у *формалном* смислу, док их Л. Баства помиње у оквиру свог *материјалног* појма устава. Премда та својства не сматрамо битним, поготово не за појмовно одређење устава (као што је раније речено и као што ни Р. Марковић не чини), ипак ваља рећи да она нису неправно формалне природе – као што сматра Р. Марковић, већ неправно материјалне, садржинске природе – какав је став Л. Бастве.

У коначном осврту на овде разматрана појмовна одређења устава ваља закључити да је „учитељев“ појам устава шири по обиму а сиромашнији по садржини, док су појмови устава „ученика“, обрнуто, ужи по обиму а богатији садржином. Врачарови појмови устава су шири по обиму јер су испражњени од свог модерног садржаја (на коме Л. Баства, К. Чавошки и Р. Марковић инсистирају) и зато могу обухватити и старе, предмодерне и модерне уставе. Због тога је Врачарово појмовно одређење устава блиско формалном значењу устава Л. Бастве као највишег правног акта једног правног система чија су нормативна својства суштински, онтолошки релевантна за конституисање тог државно-правног поретка односно позитивирање политике или пак одређењу устава К. Чавошког као основног, темељног закона, односно одређењу устава Р. Марковића као вишег и главног закона којим се уређују основи друштвене организације у једној политичкој заједници и начин вршења државне власти у њој, тј. организација и функционисање (највиших) државних органа. Па ипак, чини се да је идеја о уставу као уставном *џорейку* – а за разлику од (или бар поред) устава као уставног *акџа* или скупа уставних *норми* – нешто наглашенија код Врачара, мада *није* теоријски артикулисана у модерни појам устава. Ово вероватно стога што идеолошки притисак времена (слично теоријској концептуализацији устава Л. Бастве) то није допуштао. Утолико се још једном осведочавамо зашто су у то време не само Келзенове конструкције него и келзенијанске мутације биле погодне (а понекоме и драге) у теоријској (ре)конструкцији (социјалистичке) стварности.

Појмови устава Л. Бастве (устав као акт позитивације принципа процедуралног легитимитета), К. Чавошког (устав као јемство слободе) и Р. Марковића (устав као главни закон о државној власти којим се штите слободе и права појединаца) међусобно су „генерацијски“ ближи као *модерни материјални* појмови устава, који се *eo ipso* морају мислити као уставни *џореси*. Они имају шансу да буду уставни у правом, а не у фигуративном смислу уколико садржински, супстанцијално постављају критеријум уставности. Ово стога што устав као највиши правни акт, основни, темељни,

виши или главни закон (дакле, устав у формалном смислу) или не пружа никакав критеријум уставности (па је сваки државно-правни поредак уставни поредак као код Врачара), или, у најбољем случају, даје неки формално-процедурални критеријум (као код Келзена) који допушта дословно свакаку уставну садржину, те уставност своди на фигуру. Насупрот томе, устав у правом смислу, постављајући садржинске критеријуме (не)уставности, јесте само друго име (или из другог аспекта посматрана појава) конституционализма, владавине права и супстанцијалног и процедуралног демократског легитимитета власти – укратко, јесте модерни устав.

Jasminka Hasanbegović*

DEFINING THE CONSTITUTION IN CONTEMPORARY NATIONAL LEGAL THEORY

Summary

The topic of this contributing text is the definition of constitution in recent domestic legal thought. There have been compared constitution defining notions by S. Vračar, L. Basta, K. Čavoški and R. Marković. The critical analysis revealed not only similarities and differences in the approach and results of the writer of this text, but advantages and disadvantages of the approach and results as well.

S. Vračar sees constitution as a normative fixation of fundamental structural and functional elements of the state and legal system as regulators of crucial social processes and relationships between members of the basic community.

According to L. Basta, constitution is an act of positivation (?) of the principles of procedural legitimacy.

For K. Čavoški, constitution is a guaranty of liberty.

According to R. Marković, constitution is the main law on national government by which individual rights and liberties are guaranteed.

The concept of constitution given by S. Vračar is larger in scope, but smaller in contents, while those given by L. Basta, K. Čavoški and R. Marković are smaller in scope, but richer in contents, and, which is even more important, their concepts of constitution imply *modern* constitution, which is, in fact, novel in the history of law and the only legal constitution.

Key words: *Constitution. – Legitimacy. – Liberty. – Human rights. – Sovereignty.*

* Jasminka Hasanbegović, Ph.D., Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade.

Jasminka Hasanbegović*

SUR LA DÉFINITION DE LA CONSTITUTION DANS LA NOUVELLE PENSÉE JURIDIQUE YOUGOSLAVE

Résumé

Ce travail a pour objet la façon dont la pensée juridique yougoslave moderne définit la Constitution. Son auteur y compare les définitions conceptuelles de la Constitution proposées par S. Vračar, D. Basta, K. Čavoški et R. Marković. Procédant à une analyse critique, il relève non seulement les similitudes et les différences existant dans les approches et les résultats de ces auteurs, mais aussi leurs avantages et leurs points faibles.

Pour S. Vračar la Constitution équivaut à une fixation normative des éléments structurels et fonctionnels fondamentaux de l'ordre étatico-juridique dans son rôle de régulateur des principaux rapports et processus sociaux s'établissant entre les membres d'une communauté élémentaire.

Selon D. Basta, la Constitution est l'acte positivant le principe de la légitimité procédurale.

K. Čavoški voit dans la Constitution la garantie de la liberté.

Pour R. Marković, la Constitution, première loi régissant le pouvoir de l'Etat, est la principale loi protégeant les libertés et les droits des individus.

La notion de Constitution, telle que la propose S. Vračar, est plus large par son volume, mais plus pauvre par son contenu, alors que celles de D. Bastra, K. Čavoški et R. Marković sont, à l'inverse, plus retraintes par leur volume et plus riches par leur contenu et, chose plus importante, leurs conceptions de la Constitution sous-entendent la Constitution *moderne* qui représente en fait une nouveauté dans l'histoire du droit et l'unique Constitution juridique.

Mots – clés: *Constitution. – Légitimité. – Liberté. – Droits de l'homme. – Souveraineté.*

* Dr Jasminka Hasanbegović, dozent à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

Jasminka Hasanbegović*

ZUR DEFINITION DER VERFASSUNG IN NEUERER INLÄNDISCHER RECHTSLEHRE

Zusammenfassung

Gegenstand dieses Artikels ist die Definierung der Verfassung im neueren juristischen Schrifttum. Es wurde ein Vergleich zwischen Begriffsbestimmungen der Verfassung bei S. Vračar, L. Basta, K. Čavoški und R. Marković vorgenommen. Die kritische Analyse weist nicht nur die Ähnlichkeiten und Unterschiede hinsichtlich des Zugangs und Ergebnisses bei diesen Autoren auf, sondern auch die Vor- und Nachteile dieses Zugangs und Ergebnisses.

Für S. Vračar stellt die Verfassung eine eigenartige normative Fixierung grundlegender struktureller und funktioneller Elemente der staatsrechtlichen Ordnung als Regler wesentlicher gesellschaftlicher Prozesse und Beziehungen zwischen Angehörigen der Grundgemeinschaft dar.

Laut L. Basta ist die Verfassung der Akt der Geltendmachung des Grundsatzes der Verfahrenslegitimität.

Für K. Čavoški ist die Verfassung die Bürgschaft der Freiheit.

Laut R. Marković ist die Verfassung das Grundgesetz über die Staatsgewalt, mit welchem die Freiheiten und die Rechte des Einzelnen geschützt werden.

Der Begriff der Verfassung bei S. Vračar ist seinem Umfang nach weiter und seinem Inhalt nach enger aufgefasst, während die Begriffe der Verfassung bei L. Basta, K. Čavoški und R. Marković, ganz im Gegenteil, ihrem Umfang nach enger aber dem Inhalt nach weiter aufgefasst sind, und, was noch bedeutender ist, stellen ihre Auffassungen der Verfassung die moderne Verfassung dar, die ihrerseits eigentlich eine Neuigkeit in der Rechtsgeschichte und die einzige Rechtsverfassung ist.

Hauptwörter: *Die Verfassung. – Die Legitimität. – Die Freiheit. – Die Menschenrechte. – Die Souveränität.*

* Dr Jasminka Hasanbegović, Dozent an der Juristischen Fakultät in Belgrad.