

Pravna država i ustavno sudstvo

IZLAGANJE NA REGIONALNOJ KONFERENCIJI O USTAVNOM SUDSTVU U
JUGOISTOČNOJ EVROPI
FONDACIJE KONRAD ADENAUER
27. OKTOBRA 2009.
U BEOGRADU

von* Prof. Dr dres h.c. Hans-Jirgen Papier
Predsednik Saveznog ustavnog suda Nemačke

- merodavna je izgovorena reč -

**Dozvolite mi na početku da navedem citat:
„i Bogovi ne pokazaše odmah na početku
smrtnicima sve, već i oni pronalaze ono
što je bolje tragajući za njim dok protiče
vreme.“¹ Ove reči antičkog filozofa
Ksenofana stare su oko 2.500 godina i
predstavljaju rani odraz uviđanja da je
čovjeku - s jedne strane - nemoguće da
stekne apsolutno znanje a da je u srži
ljudske spoznaje spremnost da učimo iz
naših grešaka i da ih ispravljamo, i da je -
s druge strane - na taj način moguće
makar postepeno poboljšanje².**

*

¹ *Xenophanes* (Ksenofan), Fragment 18, citat iz: *Karl Raimund Popper*, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, 6. izdanje (1980), tom 1, str. 317 (napomena uz poglavlje 5) sa napomenom o: *Diels*, *Die Vorsokratiker*, 5. izdanje 1934 (vidi *Popper*, na navedenom mestu str. 272, napomena 2 uz poglavlje 2), pročitati i pod: <http://www.zeno.org/Philosophie/M/Xenophanes+aus+Kolophon/Fragmente/Aus+den+Sillen>.

² Vidi isto *Popper*, na navedenom mestu (vidi fusnota 1), str. 317 (napomena 7 uz poglavlje 5).

Ovaj pristup, koji nije samo u duhu teorije spoznaje, od značaja je i za odnos između ustavnog sudstva i poretka pravne države kojim se danas bavimo. Iako iz ugla posmatranja pravnih činjenica postojanje ustavnog sudstva nije niti neophodan niti dovoljan preduslov za pravnu državu – pošto ustavni organi zakonodavne i izvršne vlasti kao i sudska vlast poštuju sadržinske zahteve pravne države iz sopstvene inicijative i obzira, a građani sami ovoj temi poklanjaju dovoljno pažnje, za politički proces neke države, uključujući zakonodavstvo, nije nužna mogućnost provere od strane ustavnog suda. Ali, koliko god da su preduslovi u zakonodavstvu, izvršnoj vlasti, sudstvu kao i u svesti i angažovanju građana povoljni, stvari oko kontrole državnih mera od strane ustavnog sudstva stoje ipak isto onako kao i kod svakog drugog ljudskog ponašanja: mogućnost nezavisne provere i eventualno utvrđivanje potrebe da se nešto koriguje povećavaju verovatnoću da tako donesene i proverene mere i odluke udovolje postavljenim zahtevima, u ovom slučaju dakle zahtevima pravne države. Ako stvari posmatramo potpuno ne-tehnički, ustavno sudstvo pravnoj državi može da pomogne da „pronađe ono što je bolje tragajući za njim dok protiče vreme“ i na taj način povećava verovatnoću da se putem razumne kritike dođe do boljih rezultata pravne države. Međutim, odmah na početku

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

**RECHTSSTAATSPROGRAMM
SÜDOSTEUROPA**

PROF. DR. DRES. H.C. PAPIER

November 2009

www.kas.de/rspsoe

www.kas.de

valja istaći i naličje ovog pristupa: a to je naime da ni ustavni sud ne može sam da garantuje uslove pravne države – jer oni se mogu ostvariti – prirodno – samo u interakciji sa izvršnom, zakonodavnom, sudskom vlašću i pre svega sa državno-pravno – političkim diskursom građanskog društva koje insistira na poštovanju standarda pravne države.

Uprkos ovog konteksta koji po mom mišljenju važi za sve državno-pravno uređene zajednice, verovatno se mogući udeo ustavnog sudstva u obezbeđivanju pravne države samo u određenoj meri može odrediti apstraktno i nezavisno od države. Jer, sa jedne strane već samo shvatanje pojma „pravna država“ iz međunarodne perspektive nije jedinstveno, a sa druge strane su nadležnosti koje se prenose na ustavne sudove – kako u pogledu mogućih podnosilaca zahteva tako i u pogledu mogućih predmeta i vrsta postupaka – od zemlje do zemlje veoma različite.

Na ovom mestu nemam nameru da detaljno prikažem posebne odnose pravne države u Saveznoj Republici Nemačkoj. Isto take nije mi namera ni da iznesem neki vid pravnog poređenja između evropskih ustavno-pravnih poredaka. Naprosto ću u jednom prvom koraku (I.) da prikažem da se uloga ustavnog sudstva u pravnoj državi ne može oceniti apstraktno već samo u konkretnom kontekstu ukupnog pravnog poretka od zemlje do zemlje. Zatim ću se osvrnuti na određenu napetost između obezbeđenja pravne države putem ustavnog sudstva u odnosu na podelu vlasti (II.), politiku (III.) i princip demokratije (IV.). Cilj mi je da pri tom pokažem da su uprkos svim razlikama ustavnog sudstva u ovim „klasičnim“ tematskim oblastima ustavnog sudstva moguće jedinstvene osnovne izjave.

I. Različitost ustavno-pravnih nadležnosti i shvatanja pravne države

1. Heterogene nadležnosti ustavnog sudstva

Već čisto formalno posmatrano, nadležnosti ustavnih sudova na međunarodnom planu nikako nisu jedinstvene. To ima značajnog

uticaja na njihovu ulogu unutar pravne države – jer podrazumeva se da je uloga ustavnog sudstva drugačija u zavisnosti od toga koja ustavno-pravna pitanja prema odnosnom pravnom poretku treba da rešava i ko može da mu se obrati.³ Ako se radi o čisto državnom sudu kome mogu da se obrate samo ustavni organi na osnovu moguće povrede prava ovih organa koja im pripadaju po osnovu ustava, onda se već pravno-sociološki efikasnost ovakvog ustavnog sudstva iscrpljuje ovakvim pitanjima. Ako je ustavnom sudu dodeljena i „sadržinska“ provera zakona, onda postoji značajna razlika u zavisnosti od toga kako može da se inicira ovakva provera, bilo isključivo po osnovu zahteva ustavnih organa, bilo putem podnošenja predloga od strane stručnih sudova, za koje je usklađenost određene norme sa ustavom odlučujuća za ishod spora, ili putem ustavnih žalbi od strane građana. I na kraju je za praktičnu delotvornost ustavnog sudstva odlučujuće da li ustavni sud može da se bavi samo pravima i obavezama ustavnih organa i apstraktnim pitanjem usklađenosti zakona sa ustavom ili da li mu je otvoreno i čitavo obilje judikata stručnih sudova i izvršnih mera radi provere (njihove) usklađenosti sa ustavnim pravom.

Dakle, već ove različite nadležnosti dovode nužno do najrazličitijih uloga ustavnog sudstva u okviru državno-pravnog sistema.

2. Pravna država, „rule of law“ i vladavina zakona

I sam pojam „pravna država“ tumači se na veoma različite načine. On je povezan sa figurom „vlдавine zakona“, koja se na anglosaksonskom govornom području opisuje terminom „rule of law“.

a) Ideja o „vlдавini zakona“ može se rekonstruisati još od Aristotela.⁴ Ali uprkos

³ Vidi isto Popper, na navedenom mestu (vidi fusnota 1), str. 317 (napomena 7 uz poglavlje 5).

⁴ Na primer, Aristoteles (Aristotel), Politik, 3. Knjiga, poglavlje 10 (pri kraju); vidi

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

**RECHTSSTAATSPROGRAMM
SÜDOSTEUROPA**

PROF. DR. DRES. H.C. PAPIER

November 2009

www.kas.de/rspsoe

www.kas.de

– ili možda baš usled – više od dve hiljade godina duge istorije ove ideje, na međunarodnom planu nikako ne može da se pođe od jedinstvenog shvatanja termina „Rule of Law“. Širom sveta verovatno najmnogobrojnija tumačenja su, kako je dokazao Brajan Tamanaha⁵, formalne prirode i obuhvataju kako definicije koje smatraju da je dovoljna primena zakonskih tekstova (kakvog god sadržaja bili) („Rule by Law“), preko zahteva za postojanjem jasnih i postojanih pravila, pa sve do dodatnog zahteva za demokratskim konsenzusom. Naspram toga stoje sadržinski koncepti „Rule of Law“, koji sežu do ustupanja građanskih prava (poput svojine ili ugovorne slobode), preko poretka temeljnih prava sa pravima na pravno utemeljenu odbranu i u odnosu na samu državu, pa sve do jednog ukupnog pravnog ustrojstva koje tendira ka poretku vrednosti (na primer sa obavezom državne zaštite). Isto su tako heterogena i politička, ekonomska i društvena pitanja u pogledu „Rule of Law“⁶. Pored – verovatno preovlađujućeg – uglavnom državno-pravnog i sa podelom vlasti povezanog postavljanja ciljeva, da se vlada veže za pravo, drugi (kao na primer Fridrih fon Hajek⁷) u središte stavljaju više ekonomski aspekt pitanja o predvidljivosti primene prava, dok opet drugi ističu da je cilj obezbediti da ne vlada jedan čovek već

prevod kod v. Kirchmann, Leipzig, 1880, str. 88.

⁵ Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge 2004, str. 91-113.

⁶ Uporedi sa narednim Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge 2004, Str. 114 – 126.

⁷ F.A. von Heyeck, *Freedom and the Rule of Law*, u: R. Bellamy (izdavač), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Hants 2005, str. 147 – 156; uporedi sa v. Hayeck i *Rule of Law* i E.-J. Mestmaecker, *Al. Legal Theory without Law*, Tibingen 2007, str. 40 – 42.

„zakon kao takav“, što je još Aristotel kritički osvetlio, jer na kraju uvek čovek mora da donese odluku na osnovu zakona⁸.

b) Kao i pojam „rule of law“, tako i pojam pravne države ima brojne aspekte, na koje se u različitim ustavima stavljaju različiti naglasci⁹. Njime se imenuju toliko široko postavljeni aspekti poput pravne sigurnosti i predvidljivosti postupanja od strane države i državnog prava s jedne strane i neophodnost parlamentarnog zakona za intervenisanje u individualna prava („uslov postojanja zakona“) sa druge strane, kao i s jedne strane potreba dovoljne određenosti zakonskih ovlašćenja za intervenisanje i sa druge strane srazmernosti zakonom predviđenih sredstava u odnosu na postavljene ciljeve.

Svi ovi aspekti jasno ukazuju na to da princip pravne države ni u kom slučaju ne sme da se shvati pojmovno apstraktno i kao međunarodno jedinstven, već njegov sadržaj zavisi od drugih standarda odnosnog ustava. Tako na primer obrazloženje dalekosežnosti „načela pravne zasnovanosti“, dakle neophodnosti zakonskog ovlašćenja za intervencije države, treba videti u svetlu odgovarajućih garancija temeljnih prava koje važe u odgovarajućoj zemlji, a posebno u zavisnosti od toga da li se one shvataju samo kao programski stavovi ili neposredno obavezuju kako zakonodavca tako i druge državne vlasti¹⁰. Nešto slično važi i za princip srazmernosti. Jer, da li je neka

⁸ *Aristoteles*, *Politik*, 3. knjiga, poglavlje 10 (pri kraju) i poglavlje 16 (pri kraju); uporediti sa prevodom kod v. Kirchmann, Leipzig 1880, str. 88 i str. 106/107.

⁹ Uporedi sa pojmom i međunarodnom etimopogijom: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tom 1, 2. izdanje, 1984, paragraf 20 I 1; vidi i *BVerfGE* 52, 131 (144) o potrebi konkretizacije ovog ustavnog načela.

¹⁰ Uporedi n. pr čl. 3 st. 3 nemačkog Ustava.

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

**RECHTSSTAATSPROGRAMM
SÜDOSTEUROPA**

PROF. DR. DRES. H.C. PAPIER

November 2009

www.kas.de/rspsoe

www.kas.de

državna mera primerena i srazmerna, moguće je oceniti samo ako se ona dovede u vezu sa pravima slobode koja se garantuju ustavom, a u koja se putem ove mere zadire, i (ako se dovede) u vezu sa intenzitetom tog intervenisanja, kako bi se ona odmerila u odnosu na težinu onih pitanja koje država nastoji da ostvari i onih u koja zadire¹¹. I na kraju, verovatno da ni određenost koja mora da se zahteva od norme, bez obzira koliko se na prvi pogled ovaj zahtev čini formalan, teško da može da se odredi bez vraćanja na materijalno-pravne kriterijume – poput u prvom redu temeljnih prava – koji važe u odgovarajućem pravnom poretku. Jer jasno je da će u jednom pravnom poretku, u kome neka državna mera tangira neko ustavom zagarantovano pravo, zahtevi koji se postavljaju pred određenost verovatno biti veći nego u nekom pravnom poretku u kome ono nije uopšte ili nije garantovano u tolikom obimu.

c) Uloga ustavnih sudova u odnosu na obezbeđivanje pravne države pored pomenutih aspekata u velikoj meri je opredeljena i pitanjem da li i u kojoj meri odnosni ustav priznaje apsolutne vrednosti za koje je vezan čak i zakonodavac koji menja taj ustav, kao što je na primer slučaj u nemačkom ustavu sa apsolutnom zaštitom ljudskog dostojanstva¹². Ako se naime ustavni sud proglasi nadležnim za proveru da li je zakonodavac povredio neke apsolutne vrednosti, kao što je to slučaj u nemačkom ustavu¹³, onda se naravno povećavaju i uticaj i odgovornost ustavnog suda kod očuvanja ovih apsolutnih ograda pravne države. Za razliku od toga, mogući su i takvi ustavi koji ne priznaju nadzakonska vrednovanja ili ih, u najmanju ruku, pozitivistički podvrgavaju primatu odnosno demokratske većine. Mogući su i

¹¹ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, tom 1, 2. izdanje, 1984, paragraf 20 IV 7 d).

¹² Uporedi čl. 1 st. 3 Nemačkog ustava.

¹³ Uporedi čl. 1 st. 3 Nemačkog ustava.

takvi ustavi koji takve vrednosti doduše o samoj stvari pretpostavljaju ali ne predviđaju pravne mehanizme za njihovo ostvarivanje, već ih više kao neki lajtmotiv poveravaju primerenom staranju od strane zakonodavca ili drugih državnih vlasti. U zavisnosti od toga kako ustav reguliše ovo „unošenje u pravo onoga što je izvan prava“ i koje nadležnosti pri tom prenosi na ustavno sudstvo, moraće i ocena ustavnog sudstva u pogledu obezbeđivanja ovog elementarnog državno-pravnog aspekta da se oceni na različite načine.

d) Dakle, može se konstatovati da već pojam pravne državnosti ne može jedinstveno da se definiše. To je od predodređujućeg značaja za ulogu koju ustavno sudstvo može da igra u nekoj državi. Jer na kraju od obima državno-pravnih standarda zavisi na šta uopšte može da se odnosi provera od strane ustavnih sudova.

3. Ustavno sudstvo kod uključivanja u višestepene sisteme

Putem uključivanja država u međudržavne pravne poretke može da se promeni i značaj nacionalnih ustavnih sudova u odnosu na obezbeđivanje pravne države.

a) To je sasvim očigledno kada nacionalna država prenese delove svoje državne vlasti na savez država poput Evropske unije. Jer onda nacionalna država koja se odriče (dela) zakonodavnih i izvršnih prava koje je prenela na međudržavnu ustanovu redovno gubi i ovlašćenje da na prvo mesto stavi ustavno-pravnu proveru onih suverenih akata koji potiču od te ustanove. Često se u takvim slučajevima uvodi međunarodno sudstvo, u slučaju Evropske unije to je Međunarodni sud pravde i Evropski sud 1. stepena, koji onda na osnovu vlastitih merila ispitivanja rešavaju o sporovima koji su im dodeljeni. Nacionalna provera od strane ustavnih sudova po pravilu se u takvim slučajevima ograničava na pitanje da li je ustupanje suverene vlasti, sa svoje strane, u skladu sa ustavom. Da li i u kojoj meri nacionalna provera od strane ustavnog suda može da se odnosi i na šakaljivo pitanje da li se –

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

**RECHTSSTAATSPROGRAMM
SÜDOSTEUROPA**

PROF. DR. DRES. H.C. PAPIER

November 2009

www.kas.de/rspsoe

www.kas.de

nakon sprovedenog prenošenja suverene vlasti – međudržavni savez prilikom vršenja prenesenih suverenih vlasti sa svoje strane kretao u granicama toga što je na njega preneseno – verovatno je pitanje na koje ne postoji jedinstven odgovor. Jer, odlučujuću težinu pri tom u tom smislu dobija stvarna nadležnost odgovarajućeg domaćeg ustavnog suda kao i sadržinska formulacija i granice mogućnosti ograničavanja zaštite temeljnih prava u nacionalnoj državi koja ustupa prava. Nemački Savezni ustavni sud izričito je zadržao pravo na ovakvu kontrolu ultra vires u odnosu na pravne akte Evropske unije.

b) Ali i kod – širom sveta gledano – bitno učestalijih klasičnih međunarodno-pravnih ugovora, u koje spada na primer i Evropska konvencija o ljudskim pravima, dolazi do važne interakcije sa odgovarajućim nacionalnim ustavnim sudstvom. Ako se naime neka država obaveže da se podvrgne nekoj međunarodno-pravnoj normi, to onda može da ima i povratna dejstva na tumačenje ustavnih odredbi, koje mogu da budu različite od zemlje do zemlje. Pri tom je podjednako moguće i stanje neometane koegzistencije međunarodno-pravnog poretka i ustavnog poretka kao i – unutar države naloženi – apsolutni primat međunarodno-pravne obaveze. Mogući su i modeli koji posreduju, kao na primer instrument koji praktikuje Savezni ustavni sud o tumačenju nacionalnog prava koje je naklonjeno međunarodnom pravu, uključujući po sebi primarno nacionalno ustavno pravo¹⁴.

Uloga ustavnog sudstva, dalje, zavisi i od pitanja u kojoj meri nacionalno ustavno pravo poznaje uporedive sadržinske standarde i ustavno-sudske nadležnosti kao što su oni utemeljeni u međunarodnom pravu. Da li je, na primer, nacionalno merilo provere od strane ustavnog suda strože koncipirano od međunarodno-pravnog, u tom slučaju ovo drugo bi samo u neznatnoj

¹⁴ BVerfGE 111, 207 – Görgülü (14.10.1004, II).

meri moglo da deluje; nacionalno ustavno sudstvo će – posmatrano pravno sociološki – zadržati snažnu upravljačku funkciju. Ako je, obrnuto, nacionalno merilo provere od strane ustavnog sudstva manje strogo, ili ako nacionalne nadležnosti ustavnog sudstva ne obuhvataju neke predmete sporenja, koje međunarodno sudstvo može da rešava, onda će međunarodno sudstvo razviti snažni upravljački efekat. Kao naličje ovog efekta, nacionalno ustavno sudstvo će prilikom zaštite poretka pravne države ili prilagoditi vlastite standarde ili ograničiti svoju proveru na one oblasti, u kojima ne dolazi do preplitanja.

4. Među-rezultat

Kao među-rezultat može da se konstatuje da uloga ustavnog sudstva u okviru pravno-državnog poretka neke države ne može da se oceni apstraktno, već samo u svetlu ukupnog pravnog poretka u datoj državi i da na tome u principu ništa ne menja ni uključivanje u sisteme sa više nivoa.

Uprkos ovih nespornih razlika ustavnih sudova u međunarodnom poređenju, međutim, postoje neki opšti aspekti i problemi, koji do određenog stepena mogu da se ocene kao povezujući za ceo sistem, a na koje ću se osvrnuti u daljem izlaganju.

II. Ustavno sudstvo i podela vlasti

1. Ustavno sudstvo kao „pravo“ sudstvo

Podela vlasti uglavnom se shvata kao deo pravne države, iako je ideja o njoj kao „nad-vremenskog fenomena“ nešto što se može konstruisati i nezavisno od nje¹⁵. Klasično razlikovanje zakonodavne, izvršne i sudske vlasti pri tom i danas još predstavlja elementarnu osnovnu ideju¹⁶, tako da na

¹⁵ N. pr. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tom 1, 2. izdanje, 1984, paragraf 20 III 3. b) i paragraf 20 IV 3.

¹⁶ Uporedi, Eberhard Schmidt-Assmann, Der Rechtsstaat u: Insee /Kirchhof

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

**RECHTSSTAATSPROGRAMM
SÜDOSTEUROPA**

PROF. DR. DRES. H.C. PAPIER

November 2009

www.kas.de/rspsoe

www.kas.de

ovom mestu ne mora da se ulazi u snažnije diferencirane moderne konstrukcijske pristupe. Osnovna ideja podele vlasti plastično se opisuje formulom „Checks and Balances“. Pri tom nije samo planirana uzajamna kontrola korisna za formalnu podelu i sputavanje državne vlasti, već treba i da doprinese što većoj sadržinskoj pravilnosti preko odgovarajućeg „najkvalifikovanijeg“ ustavnog organa¹⁷.

U tom svetlu, ustavno sudstvo unutar državnosti sa podelom vlasti može da se opiše kao „prava“ sudska delatnost, ukoliko su u njoj predviđene sudska nezavisnost, regulisanje zakonskih nadležnosti i postupaka kao i merilo donošenja odluka koje je ograničeno ustavom¹⁸.

Doduše, postoje i specifičnosti u odnosu na ostalo sudstvo: tako je tipično za ustavno sudstvo da ono odlučuje o pravnim okvirnim uslovima pod kojima politika – dakle zakonodavna vlast i čelni ljudi izvršne vlasti – mogu da postupaju i uređuju (odnose). Takođe je moguće – posebno kada se ima u vidu ustavno-sudska potvrda ili pre svega odbacivanje (nekog) zakona parlamenta – da ukupan pregled svih nadležnosti ustavnog suda ukaže na to da on ima „udeo i u političkom upravljanju zemljom“. Iako

(izdavači), Handbuch des Staatsrechts, tom II (Verfassungsstaat), 3. izdanje, 2004, paragraf 26, br. 51 ff.

¹⁷ Uporedi, *BVerfGE* 3, 225 (247) – Gleichberechtigung (18.12.1953, I); *BVerfGE* 9, 268 (279) – Bremer Personalvertretung (27.04.1959, II); *BVerfGE* 34, 52 (59) – Hessisches Richtergesetz (10.10.1972); *BVerfGE* 68, 1 (86) – Nato – Doppelbeschluss /18.12.1984, II) i *BVerfGE* 98, 218 (251 f) – Rechtschreibreform (14.07.1998, I).

¹⁸ *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. izdanje (1995), broj 565; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, tom 2 (1980), paragraf 44 I 3 i 44 I 4 sa daljim dokazima.

ustavni sud ne može sam da donosi zakone, već samo može da normira pravosudne akte, ipak je – u poređenju sa stručnim sudstvom – snažna veza ustavnog sudstva sa domenima drugih vlasti, dakle u prvom redu sa zakonodavnom vlasti, u mnogo slučajeva¹⁹ viđena i kritički sa aspekta podele vlasti.

2. Bez intervencije u osnovne oblasti izvršne i zakonodavne vlasti

Ali upravo se ovde čisto formalan način posmatranja ne čini uverljivim, već bi gore pomenuto dvostruko značenje „Checks and Balances“ trebalo da stoji u prvom planu: ne radi se toliko o „oštrom“ razgraničenju, već o uzajamnoj kontroli, sputavanju i ublažavanju vlasti, ali i o raspoređivanju u interesu – po mogućnosti – pravilnih odluka i optimiranog ali i efikasnog obavljanja državnih poslova. Iz tog razloga poklapanja, ukrštanja i balansiranje funkcija i uticaja jedne vlasti na drugu ne dovode same po sebi podelu vlasti u pitanje, sve dok se ne zadire u „osnovnu oblast“²⁰ onih drugih vlasti. To se odnosi na odnos između zakonodavne i izvršne vlasti u istoj meri kao i na odnos ustavnog sudstva prema zakonodavnoj i izvršnoj vlasti.

Pri tom ne treba poći od toga da osnovna oblast izvršnih ili zakonodavnih sfera vlasti ozbiljno biva dovedena u pitanje od strane ustavnog sudstva, sve dok se imaju u vidu dve granice:

Prvo, ustavni sud kao deo sudske vlasti nikada ne sme da dobije mogućnost da se angažuje po nekim društveno-politički kontroverznim pitanjima. Kao organ sudske vlasti, on sme da rešava samo ako je

¹⁹ Uporedi na primer sa dokazima kod *Hans H. Klein*, Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit (1997), u: Das Parlament im Verfassungsstaat – Ausgewählte Beiträge, 2006, str. 425 /427; 433).

²⁰ *BVerfGE* 34, 52 /59) – Hessisches Richtergesetz (10.10.1972, II).

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

**RECHTSSTAATSPROGRAMM
SÜDOSTEUROPA**

PROF. DR. DRES. H.C. PAPIER

November 2009

www.kas.de/rspsoe

www.kas.de

podnet zahtev i u okviru normativno predviđenih postupaka i oblika. Time i za ustavne sudove mora da važi načelo: „gde nema tužioca (pred ustavnim sudom) tu nema ni sudije (ustavnog suda)“. Obrnuto naravno mora takođe da važi da ustavni sud mora da postupa ako bude pozvan.

Drugo, ustavni sud svoje merilo za donošenje suda uvek pronalazi samo u važećem ustavnom pravu, a ne u političkim, socijalnim ili ekonomskim predstavama o svrsishodnosti. Upravo norme ustavnog prava su verovatno često neodređene i otvaraju široke prostore tumačenja. Ako u tom smislu i možda jeste teško povući granicu u konkretnom slučaju ili se javljaju određene nejasne konture, ipak ostaje načelo da izricanje presuda od strane ustavnog suda ne predstavlja političko uređivanje već pravnu spoznaju prema pravnim metodama. Pri tom nikada ne može dovoljno jasno da se ukaže na to da neophodnost vrednujuće odluke i popunjavanja neodređenih pravnih pojmova ili određivanje granica zakonom prenesenih prostora za procenu ne predstavljaju posebnost sudske prakse ustavnog suda. Zapravo se ova neophodnost metodološki isto tako zatiče i kod nadležnosti donošenja odluka od strane stručnih sudova²¹.

Ustavno sudstvo, prema tome, u zbiru predstavlja „pravo“ sudstvo, čiji predmeti o kojima odlučuje, međutim, često jesu bliži „politični“ od predmeta o kojima odlučuju stručni sudovi²², na šta ću se nešto bliže osvrnuti.

III. Ustavno sudstvo i politika

1. Uopšteno

²¹ Paralelu u odnosu na krivično pravo uspostavlja n. pr. *BVerfGE* 2, 79 (96 f.).

²² Ona se zato delimično označava kao „sudstvo sui generis“, uporedi *Zuck*, Political-Question-Doktrin, Judicial-self-restraint und das Bundesverfassungsgericht, *JZ* 1973, 361 (367).

Pitanje odnosa ustavnog sudstva i politike predstavlja stalnu temu moderne ustavne države bazirane na podeli vlasti i staro je koliko i sam fenomen ustavnog sudstva²³. U kojoj meri će Ustavnom sudu biti podneseni upravo oni slučajevi koji su posebno sporni u političkom diskursu, zavisi pri tome od specifičnosti njegovih nadležnosti u odnosu na donošenje odluka i stoga je to moguće opisati samo sa stanovišta svake države ponaosob. Veoma širok politički značaj koji u Nemačkoj imaju odluke Saveznog Ustavnog suda, a koje se odnose, na primer, na ustavno-pravne mogućnosti i granice Evropske integracije²⁴, kažnjivost abortusa²⁵, angažovanje nemačke vojske u inostranstvu²⁶, zaduživanje države²⁷, ali i delikatne zakone o bezbednosti, posebno kada se radi o borbi protiv terorizma²⁸, ne

²³ Uporedi, npr. *Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *VVDStRL* 1929, sveska 5, str. 30-88, štampano u: Klecatsky u.a. (izdavači), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, tom 2 (1968), str. 1813ff; za razliku od toga: *Carl Schmitt*, Die Hüter der Verfassung (1931); opet kritički o tome: *Hans Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz* VI, 1931, str. 5-56; odštampano u: Klecatsky u.a. (izdavači), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, tom 2 (1968), str. 1873 ff. (1905) – citirano prema: Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung (1998), str. 297

²⁴ O tome vidi: *BVerfG*, presuda od 30.06.2009, Az. 2BvE 2/08 I dr. kao I 2 BvR 1010/08 I dr., Vertrag von Lissabon, posebno pod C.II. a)aa).

²⁵ N. pr. *BVerfGE* 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II (28.05.1993, II).

²⁶ N. pr. *BVerfGE* 90, 286 – AWACS Somalia (12.07.1994, II).

²⁷ N. pr. *BVerfGE* 119, 96 – Bundeshaushalt 2004 (09.07.2007, II).

²⁸ N. pr. *BVerfGE* 225, 228 – Luftsicherheitsgesetz (15.02.2006, I).

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

**RECHTSSTAATSPROGRAMM
SÜDOSTEUROPA**

PROF. DR. DRES. H.C. PAPIER

November 2009

www.kas.de/rspsoe

www.kas.de

možu se tek tako preneti na Ustavne sudove u drugim državama. Isto tako od odgovarajuće nadležnosti i položaja Ustavnog suda u ustavno-pravnom i ustavno-političkom poretku zavisi u kojoj meri će odluke ustavnog suda nakon njihovog donošenja postati predmet političkog diskursa ili neće.

2. Strategije obezbeđenja političkog prostora koje su nezavisne od sistema

Uprkos ove političke delikatnosti judikature ustavnog suda, koja se razlikuje od države do države, moguće je – nezavisno od sistema – opisati strategije razgraničavanja od ustavno-sudskih kontrolnih nadležnosti i prostora za političko uređivanje.

a) U nekim pravnim sistemima postoje teme ili oblasti koje se potpuno apstraktno i više formalno u startu izuzimaju iz ustavno-sudske nadležnosti kao npr. pravne konstrukcije „political question“ u pravu SAD, „acte de gouvernement“ u francuskom pravu i „Crown prerogative“ u britanskom pravu, koje se svode na izuzimanje određenih „političkih“ mera ili oblasti iz (ustavno)-sudske kontrole.²⁹

b) Neki drugi pravni sistemi, kao što je nemačko ustavno pravo, za razliku od njih ne uvode takve formalne mehanizme razgraničavanja. Naravno da i u Nemačkoj postoje granice kada se radi o ustavno-sudskoj kontroli političkih akata, zato što je posebno zakonodavcu dat veliki prostor za

procenu i uređivanje, posebno u oblastima spoljne politike. U takvim slučajevima Savezni Ustavni sud kontroliše samo poštovanje ustavno-pravnih granica tih prostora za procenu, prognozu i uređivanje. Doduše, te granične linije političkog delovanja nisu uvek izričito unesene u pisano ustavno pravo. Mnogo češće je prepušteno upravo Ustavnom sudu da odredi te granice tumačenjem Ustava, a pri tome se očekuje i da bude mudro uzdržan – posebno u cilju koji je povezan sa podelom vlasti a koji se odnosi na što objektivnije odlučivanje. Savezni Ustavni sud o tome je napisao: „Sprovedenje ove ustavne odredbe konačno je obavezujući zadatak Saveznog Ustavnog suda. Princip *judicial selfrestraint / sudske uzdržanosti* koji Savezni Ustavni sud nalaže sam sebi, ne znači umanjenje ili slabljenje njegovih nadležnosti, već odustajanje od „bavljenja politikom“ tj. odustajanje od uplitanja u ograničen i Ustavom stvoren prostor slobodnog političkog uređivanja. On, dakle, ima za cilj da čuva prostor slobodnog političkog uređivanja koji garantuje Ustav za ostale ustavne organe.“³⁰

c) Prednost ove poslednje konstrukcije leži pre svega u tome da se izbegne pojmovno-pozitivistička diskusija o tome što se tačno podrazumeva pod „political question“/“političkim pitanjem“.³¹ Razgraničenje implicitno proizilazi iz postavljanja ustavnog prava kao merila i time iz granica ustavno-sudske kontrole. Prostor slobodnog političkog uređenja

²⁹ Uporedi sa: *Karl Doehring*, Zur Erstreckung gerichtlicher Kontrolle des Gesetzgebers und der Regierung, u: J. Burmeister u.a. (izdavači), *Verfassungsstaatlichkeit* (ustavna državnost) – jubilarni zbornik povodom 65. rođendana Klause Šterna (1997), str. 1059 ff. (1061 f); vidi i: *Loukis G. Loucaides*, The Right of Access to a Court and the Doctrine of Political Acts, u: *ibid*, The European Convention on Human Rights – Collected Essays, 2007, str. 225 ff; kritički: *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, tom 2 (1980), paragraf 44 II 3 e).

³⁰ *BVerfGE* 36, 1 (14/15) – Grundlagenvertrag (31.07.1972, II) vidi i: *BVerfGE* 2, 79 (96) – Europäische Verteidigungsgemeinschaft (EVG, 08.12.1952, plenum); *BVerfGE* 68, I (77 / 78) NATO – Doppelbeschluss (18.12.1984).

³¹ U krajnjem isto *Karl Doehring*, Zur Erstreckung gerichtlicher Kontrolle des Gesetzgebers und der Regierung, u: J. Burmeister i dr. (izdavači), *Verfassungsstaatlichkeit* – jubilarni zbornik povodom 65. rođendana Klause Šterna (1997), str.1059 ff. (1066 f).

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

**RECHTSSTAATSPROGRAMM
SÜDOSTEUROPA**

PROF. DR. DRES. H.C. PAPIER

November 2009

www.kas.de/rspsoe

www.kas.de

moguće je definisati upravo tako što on proizilazi iz tumačenja i utvrđenja određenog normativnog okvira delovanja Ustava. Naravno da je konačna obavezujuća odluka, u kojoj meri Ustav otvara taj prostor za ostale stubove vlasti, u ovakvom sistemu u rukama Ustavnog suda, a ne politike. Ne može se ni osporiti da nije moguće jednostavno, niti statički niti apstraktno utvrditi granice (one) oblasti koju je moguće ustavno-sudski kontrolisati³². Ali to isto tako važi i za pravne poretke sa više formalnim strategijama razgraničenja kao što je „kriterijum političkog pitanja“.

d) Gotovo nezavisno od sistema moguće je utvrditi da moć odlučivanja o obavezujućem razgraničenju političkog prostora i ustavno-sudskih mogućnosti kontrole ne može biti oduzeta uvedenoj ustavno-sudskoj nadležnosti a da se ona istovremeno, u suštini, ne ukine.³³ Pri tome ustavno sudstvo ne treba i ne može da bude zamena za zakonodavca. Nemački Osnovni zakon potvrdio se kao dobar zbog toga što parlamentarnom zakonodavcu, u okviru granica ljudskih prava i sistema pravne države koje su obavezujuće i za njega, dopušta veliki prostor za uređivanje kako bi se pravo prilagodilo odnosima koji se stalno menjaju i kako bi se obezbedio demokratski oslonac u pitanjima koja su od suštinskog značaja za zajednicu. Za to postoje brojni primeri, od nedavne presude o reformi zdravstva posebno u oblasti privatnog zdravstvenog osiguranja³⁴, preko sudskih

³² Uporedi *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. izdanje (1995), br. 570 („fließende Grenze“); *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, tom 2 (1980), paragraf 44 II 3.

³³ Uporedi *BVerfGE* 2, 79 (96 / 97) – Europäische Verteidigungsgemeinschaft (EVG; 08.12.1952, Plenum).

³⁴ *BVerfGE*, presuda od 10. juna 2009, Az. 1 BvR 706/08 I dr., dostupna pod: <http://www.Bundesverfassungsgericht.de/e>

odluka u vezi sa angažovanjem nemačke vojske pod oružjem u inostranstvu³⁵ pa do sudskih presuda u vezi sa zaduživanjem države. Tako je Nemački Savezni Ustavni sud u svojoj odluci o budžetu 2004.³⁶ veoma jasno rekao da do tada važeća granica zaduživanja iz čl. 115 st. 1 Osnovnog zakona ne predstavlja više odgovarajući instrument³⁷ za efikasno regulisanje sve većeg državnog zaduženja. Savezni Ustavni sud čak smatra da rast državnog duga ugrožava sposobnost delovanja i upravljanje demokratske i socijalne pravne države. Međutim, ipak je smatrao da, s obzirom na izuzetno otvoren tekst Osnovnog zakona, nije u stanju da parlamentu daje detaljnije, obavezujuće naloge³⁸. Ustavni sud je odgovornost za to vratio zakonodavcu³⁹ koji je u međuvremenu i izmenio Ustav.⁴⁰ Primat zakonodavca kao uređivača politike priznaje sud i u nedavnoj odluci⁴¹ o ustavnosti Lisabonskog ugovora i to tako što za

ntscheidung-gen/rs20090610_1bvr070608.html .

³⁵ *BVerfGE* 90, 286 – Bundeswehreinsatz, AWACS, Somalia (12.07.1994, II).

³⁶ Uporedi *BVerfGE* 119, 96 – Bundeshaushalt 2004 ((09.07.2007, II).

³⁷ Uporedi: *BVerfGE* 119, 96 (141 / 142).

³⁸ Izričito: *BVerfGE* 119, 96 (142 / 143).

³⁹ Uporedi: *BVerfGE* 119, 96 (143 i 147).

⁴⁰ Zakon o izmenama Osnovnog zakona (čl. 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d) od 29. jula 2009, BGBl. I sr. 2248, uporedi i sa BR-Drs, 262/09; Zakon o davanju saglasnosti Veća pokrajina od 12.06.2009, BR-Drs. 510/09.

⁴¹ Uporedi: *BVerfG*, presuda od 30.06.2009, Az. 2 be 2/08 I dr. 2BvR 1010/08 I dr. (Lisabonski ugovor), dostupan pod: http://bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html na internet stranici Saveznog ustavnog suda.

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

RECHTSSTAATSPROGRAMM
SÜDOSTEUROPA

PROF. DR. DRES. H.C. PAPIER

November 2009

www.kas.de/rspsoe

www.kas.de

Nemačku traži veće učešće zakonodavnih institucija u okviru evropskih postupaka za normiranje prava i izmene ugovora, a time i njihovu posebnu odgovornost za integraciju.

IV. Ustavno sudstvo i demokratija

„Demokratija svakako predstavlja dobro koje valja hvaliti, pravna država, međutim, je kao svakodnevni hleb, kao voda za piće i kao vazduh i najbolji deo demokratije jeste to što je samo ona u stanju da obezbedi sistem pravne države.“ Ove možda pomalo patetične reči zapisane su 1946. godine. Zapisao ih je filozof prava Gustav Radbruch kao zaključak njegovog poznatog dela „Zakonska nepravda i nadzakonsko pravo“⁴² koje se odnosilo na pustoš koju su iza sebe ostavili vladavina terora i militarizam nacionalsocijalizma u Nemačkoj. Pri tome je bilo veoma bolno u posleratnom periodu spoznati da Vajmarski Ustav, uprkos svojim demokratskim zahtevima u pogledu potrebnih većina i potrebnih postupaka nije mogao da spreči strahovladu nacionalsocijalizma, a time i užasnu nepravdu koja je bila lišena svake pravne prirode, da demokratija predstavlja nužan, ali ne dovoljan preduslov za očuvanje sistema pravne države i da je stoga potrebno, nezavisno od demokratskih odredaba Ustava, imati i zaštitni mehanizam koji ocenjuje sadržaje ključnih oblasti ljudske slobode i dostojanstva, posebno kada se radi o manjinama. To znači da je potrebna ideja obavezujućih osnovnih prava kao izraz vrednosnog poretka, koja je u stanju da u svom suštinskom delu izbegne intervenisanje ma kakve većine, i koju je potrebno zaštititi na odgovarajući način, kao i odgovarajuće poimanje sistema pravne države, jer oni su u stanju da u odlučujućoj meri opravdaju institut ustavnog sudstva sa demokratsko-teoretskog stanovišta.

⁴² *Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, str. 105 (108), odštampano u: Arthur Kaufmann (izdavač), Gustav Radbruch – Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III, 1990. str. 83 ff.*

Pri tome okolnost da sudije ustavnog suda svoju funkciju ne ostvaruju na isti način kao parlament kroz neposredne izbore od strane naroda ne predstavlja po sebi argument protiv ustavno-sudske mogućnosti da kontroliše zakone prema merilu ustava, kako one koje je doneo parlament tako i one koji su doneti referendumom. Jer s jedne strane, Ustav predstavlja upravo izraz volje ustavotvornog zakonodavca, a s druge strane upravo taj kontrolni zadatak ustavnog sudstva zasnovan je na odluci demokratskog zakonodavca. Ukidanje zakona od strane Ustavnog suda s obzirom na princip demokratije takođe nije problematično dokle god se do ustavno-sudskih nadležnosti i postupaka došlo na demokratski način i u skladu sa sistemom pravne države. Nezaobilazno je, međutim, poštovanje metoda i tehnika tumačenja i primene prava⁴³ od strane sudija i priznavanje objektivne i lične nezavisnosti sudija kod odlučivanja od strane ustavnog suda i s obzirom na princip demokratije, dok za konkretno oblikovanje postupka imenovanja sudija ustavnog suda postoji mnogo varijanti.

Zaključak

Bolno istorijsko iskustvo pokazuje da i ogromna većina može da nanese ili da omogući neizrecivu nepravdu i stoga se u oblastima koje spadaju u zaštitu temeljnih prava ne sme dozvoliti da samostalno odlučuje ni izvršna ni zakonodavna vlast, već je potrebno te državne vlasti podrediti kontroli nezavisnog ustavnog sudstva. Pri tome je neophodno da se ustavno sudstvo veže za zakonski određene postupke i

⁴³ Vidi kontekst ustavnog prava i nauka o pravnoj metodi uopšteno *Bernhard Schünemann, Die Gesetzinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre* u: G. Kohlmann (izdavač), jubilarni zbornik povodom 70. rođendana Ulriha Kluga (1983), tom 1 (Rechtsphilosophie, Rechtstheorie), str. 169 ff (176) sa ukazivanjem na Koch / Rüßmann, *Juristische Begründungslehre* (1982) str. 179.

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

**RECHTSSTAATSPROGRAMM
SÜDOSTEUROPA**

PROF. DR. DRES. H.C. PAPIER

November 2009

www.kas.de/rspsoe

www.kas.de

merila koja proističu isključivo iz ustavnog prava kako bi mu bila oduzeta mogućnost da sledi interese sopstvene političke moći. Ukoliko je ljudsko društvo uopšte u mogućnosti da izbegne greške, da ih koriguje i da na taj način relativno ispravno odlučuje, ovim posebnim vidom podele vlasti najpre će se ostvariti ta komplikovana ravnoteža slobode političkog uređivanja, ustavom preporučene ograničenosti državne vlasti i demokratskog učešća naroda.