

Бертран Матје (*Bertrand Mathieu*)*

ПРЕОБРАЖАЈИ УСТАВНОГ ПРАВА НА ПОЧЕТКУ ДВАДЕСЕТ ПРВОГ ВЕКА**

У раду се анализирају преображаји уставног права као уставне дисциплине и права у Француској и Европи. Као почетак се узима покрет просветитељства у другој половини XVIII века. Међутим, предмет се дуго развијао хаотично. Због своје политичке природе, уставно право је укидано и обнављано, у духу владајућег режима. Није било равнотежне развоја ни садржине предмета. Најпре се изучавало као инстинктивно право, па је пошло под утицај политичких наука, те је поново позитивизовано појавом уставног судства. Преображај је доживео и сам појам устава, који за свој предмет више нема само организацију власти већ и уређење целокупног друштва. И док се ове примене устава шири, тега додирива јачање индивидуализма и комунизма. Недоумице се јављају и у погледу моћности конституције устава без, или ван, државе, пошто у контексту Европске уније. Коначно, уочава се да идеолошка употреба термина демократија прикрива чињеницу да већинска демократија можда није непревазиђена и да други легијимизациони добијају све већи значај.

Кључне речи: *Уставно право као уставна дисциплина. – Уставно право као права. – Европска унија. – Основна права. – Демократија.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Устав нас упућује на приповест о настанку државе чије се функционисање уређује и организује писаним актом. Тај акт има

* Редовни професор Правног факултета Универзитета Париз I (Пантеон-Сорбона), prb.mathieu@wanadoo.fr.

** Основе овог чланка су биле изложене на научном скупу *Француско-српске везе – изучавање уставног права у Србији*, одржаном 27. и 28. новембра 2015. године на Правном факултету Универзитета у Београду [*напомена Уредништва*].

циљ, као што то обзнањује Декларација о правима човека и грађанина од 1789. године, заштиту одређених права и организацију власти. Када отворимо већину уџбеника уставног права, наићи ћемо на сталност концепата, суверенитета, демократије, поделе власти... Разматрамо префињеност правних техника, примећујемо суптилна гибања у равнотежи власти, гледамо како се смењују личности које отелотворују те власти и самозадовољно констатујемо неумољиви напредак демократије и људских права. Ништа се не миче. А, ипак, све се мења.

Настава уставног права сведочи о еволуцији уставног права, али и друштва и онога што очекујемо од устава. Тако једни правни пореци утичу на друге, понекад са одређеним концептуалним или временским размаком, с тим што одређена порозност правних поредака, данас јача него раније, омогућава да се запазе поједине кључне карактеристике.

Декларација о правима човека и грађанина од 1789. године представља камен-темељац француског уставног права (Zoller 2013). Заправо, уставно право као дисциплина и устав као предмет те дисциплине јављају се у XVIII веку, настанком Сједињених Америчких Држава и Француском револуцијом (Favoreu *et al.* 2019).

Под старим режимом у Француској јавно право уопште није било предмет наставе. Училе су се дисциплине као што су римско право, канонско право и француско приватно право. Управо је Дидро (*Diderot*) критиковао такву праксу говорећи како се ништа „не говори о уставима државе, правима суверена, ништа о правима поданика“.

Противу наставе јавног права даје се аргумент који је у овом или оном виду навођен све до почетака Треће републике, а који канцелар Мопеу (*Maupéou*) изражава речима „неопрезно је задирати у мистерије које се односе на суштинске максиме устава“. Ипак, 1773. године основана је прва Катедра јавног права при Колеж де Франсу (*Collège de France*).

Године 1791. настава уставног права уведена је на све правне факултете. Међутим, та мера је била слабог домета јер су ти факултети убрзо укинати. Уместо њих, 1795. године уведене су централне департаманске школе на којима је општи квалитет образовања био углавном осредњи. Прво дело изричито посвећено уставном праву објављено је на Универзитету у Ферари у Италији (Comagnoni 1797).

У Француској су 1804. године обновљени правни факултети, а изучавање уставног права доживљава умерени препород, али је ускоро још једном ишчезло. Катедра за уставно право је поново

основана у Паризу 1819. године, да би већ 1822. године било укинута. Образложење за такву меру била је потреба да се избегне „да жарка имагинација“ студената залута у политичке контроверзе. Изнова уведена 1834. године, Катедра уставног права Правног факултета у Паризу још једном је укинута 1852. године. Поново је успостављена 1871. године у Паризу, а 1896. године уставно право је постало један од неопходних предмета за добијање агрегације из јавног права која је тада и уведена.

Такав хаотичан развој наставе уставног права у вези је с његовом изразито политичком природом, што објашњава везу између карактера режима – либералног или ауторитарног – и успона и падова учења уставног права. Осим тога, док су уставни изразито нестабилни, стабилност долази до изражаја у грађанском праву установљеном Грађанским закоником. Управо у том Грађанском законнику огледају се начела проистекла из Револуције, која је успалио Конзулат.

У првој половини XX века (све до Другог светског рата), уставно право се предавало као институционално право. Интересовање је било усмерено на описе институција и владину и парламентарну праксу. Уџбеник Жозефа Бартеlemiја најверније одражава такву наставу (Barthélemy, Duez 1926).

Јавно право је највише напредовало захваљујући управном праву које је његова водећа дисциплина. Наиме, пошто није било контроле уставности, а и услед оскудности уставних текстова (уставни закони од 1875. године), заштита права и слобода појединаца па и само уређење поделе нормативних власти били су дело Државног савета. На тај феномен довољно указују најважније одлуке Државног савета.

После Рата, уставно право је потпало под сферу утицаја политичких наука. Постоји јака прожетост англосаксонском, нарочито америчком доктрином. Не само што се одбацује строго правни приступ у уставном праву већ почиње да доминира занемаривање правних аспеката те гране права под утицајем марксизма и свежих, болних искустава ограничености формалног права. Уџбеник Мориса Дивержеа је један од најрепрезентативнијих представника тог тренда (Duverger 1970).

Почевши од осамдесетих година XX века, развој уставне доктрине добија нова обележја, посебно под утицајем декана Фавореа (*Favoreu*). Наиме, уставно право се враћа под окриље позитивног права и долази до одговарајућег слабљења тежине политичких наука у тој дисциплини. Таква ситуација је последица више чинилаца:

десакрализације закона, европског феномена развоја конституционализма, који се огледа у усвајању текстова јаке нормативне садржине, и појаве и развоја уставног судства.

Идеја правне државе, изведена из немачке доктрине на коју се Каре де Малбер позивао у Француској још од тридесетих година, без великог успеха – заједнички именитељ уставних система Западне Европе, а у данашње време и Источне Европе – изражава идеју владавине устава. Док законска држава, призната до тада, изражава политички концепт који се повезује са уређењем основа власти, правна држава настоји на првом месту да обезбеди заштиту права грађана (Carré de Malberg 1984).

Тако се уставно право преобразило у један од многих нормативних инструмената, који је суштински, али и којем конкуришу остали такви инструменти; и којим се судије свакодневно служе, о чему сведочи увођење претходног питања уставности и конкурентна комплементарност између уставног права и европских права. Ипак, друштво, којем је устав истовремено и оквир и огледало, дубински се преображава. Стварају се други правни системи, који доводе у питање државни поредак, друге логике, комунистичке, окупљају се појединци, док се велика идеја заједничке судбине топи, а привилегују индивидуална права.

Подела власти наслеђена из доба просветитељства не ставља више раме уз раме, или лицем у лице извршну, законодавну и судску власт, већ данас одражава једну углавном двопартитну поделу на судску и политичку власт. Ова последња је такође подељена на власт владе, отелотворену у лицу онога ко одређује и води политику нације, и контролну власт, оличену у парламенту, која је суштински у рукама опозиције.

Иза сталности концепата, демократије, поделе власти, основних права крију се дубоки преображаји који се тешко могу разоткрити традиционалним алатима уставног права. У неколико редова који следе биће грубо скициране неке од дубоких а не приметних праваца развоја на уставном пољу (Mathieu 2013).

2. ПРОМЕНЕ ПОЈМА УСТАВА

Са чисто правног становишта, устав је израз суверености државног поретка. Он изражава истовремено сувереност својих аутора у држави, народа у демократији и сувереност државе у међународном правном поретку. Што се тиче његовог садржаја, устав се више не ограничава на то да уреди организацију власти у држави. Он обухвата и регулише целокупно поље друштва. Тако

да социјални дијалог, брак, породица, али и економска питања постају уставна питања. То доводи до развоја уставног, грађанског, социјалног, кривичног, економског права..., која се не примењују само на односе између јавних власти и грађана већ и на међусобне односе самих грађана.

На исти начин, уставно право врши функцију трансверзалног регулатора као што то показује подстицање захтева за остварење начела правне сигурности или уношење начела предострожности у устав. Ти примери показују како се уставно право јавља као огледало једног друштва које се, суочено са ризицима и потешкоћама у прихватању тих начела и управљању њима, бори против сукоба идеја, саобраћајних незгода или штетног утицаја дувана... помоћу више или мање формуларних законских одредаба под надзором Уставног савета.

Ипак, како уз то не закључити и да је уставно право, иако се његово поље примене шири, парадоксално, почело да се доводи у питање развојем конкурентних правних поредака; да друштво које би требало да уређује нестаје тако што се реорганизује на основама индивидуалистичке логике и комунитаристичке припадности. Док се сâм пројекат заједничке судбине, који чини једну нацију, губи, победоносна уставна норма се банализује. Како не констатовати да логика суверености, као израз утемељујуће и безусловне власти, није ништа друго до ли кула од песка, која нестаје под теретом развоја наднационалних обавеза, посебно у области основних права и економије. Са ове последње тачке гледишта, једна задужена држава у теорији задржава своју уставну аутономију. У реалности је потчињена захтевима својих поверилаца или зајмодавалачких институција. Та потчињеност постоји не само у односу на политичке наднационалне институције као што је Европска унија већ и финансијске институције (Међународни монетарни фонд, Европска централна банка) или чак тржишне актере или агенције за оцењивање. Та околност је такођа навела одређене шпанске регионе (конкретно Каталонију) да се побуне против начела финансијске солидарности у својој држави, доводећи у питање један од сâмих разлога њеног постојања.

3. КРАЈ ДРЖАВНОГ УСТАВНОГ МОНОПОЛА

Расправа од пре неколико година о усвајању устава Европске уније подстакла је благотворно промишљање конституционалиста. Да ли се ту радило, да позајмимо слику коју је користио декан

Фаворе, о „уставу *Canada Dry*“? Наиме, да ли је устав замислив без или ван државе?

Независно од тога што је пројекат европског устава пропао (иако је Лисабонски споразум омогућио да се постигне иста ствар само под другим именом), развој Европске уније утицао је на то да уставно право изађе из свог корита и почне да се интересује за правни поредак који није државни, није заснован на начелу суверенитета и не потчињава се строго демократској логици, већ потпада под уговорно право. Може ли правни поредак Европске уније бити уставни правни поредак? Сама чињеница да се то питање уопште и поставља, знајући да Европска унија по својој природи није федерална држава, открива много тога.

Гледано из другог угла, устав садржи у себи појмове првенства и хијерархије, док се односи између националног система и европског система карактеришу међузависношћу и прожимањем. У сваком случају, „Келzenовом пирамидом“ више не могу да се објасне односи између права Уније и националног устава. Тако, постоји више правних поредака: национални, Европске уније, Савета Европе, међународни поредак. На пример, у националном правном поретку устав је изнад права Уније, док је у правном поретку Европске уније право Уније изнад устава. Тако уставна норма постаје једно од оруђа у рукама судија да би се уредили ти односи, о чему сведочи јуриспруденција Уставног савета према којој се не контролише уставност закона којима се спроводе европске директиве, осим у случају кршења неког начела својственог уставном идентитету Француске.

Ако се још мало задржимо на Европи, можемо, обрнуто, сматрати да је тежина „неодржавног“ модела спречила градњу Европе у виду концентричних кругова, која би, на пример, допустила интеграцију Турске. Последица би било развијање геостратешких погодности једне такве интеграције уз истовремено омогућавање да се избегну његове економске и социјалне препреке. Најзад, суочен са европском изградњом, устав мора да одговори и на захтеве фрагментације одређених држава, на пример, Белгије или Шпаније.

Недавна геополитичка дешавања, посебно у Источној Европи, где је једно од попришта била Украјина, сведоче вероватно о томе да је друга логика на делу. Она која би да види, у новим формама, ново устројавање правних поредака засновано на империјалној логици, где би Европска унија била један од актера. Међутим, то би налагало да таква констатација буде потврђена у другим регионима света. Без обзира на то, не може се порећи да

су, како у Европи, тако и на Средњем истоку и у Азији, на делу тектонски поремећаји који дрмају државне границе. Такав развој догађаја могао би озбиљно да угрози мир, а вероватно и да исцрта нову политичку географију.

4. ОСНОВНА ПРАВА ПОДСТИЧУ УКИДАЊЕ ОПШТЕГ ПРАВА

Идеја да се основна права запишу у уставу није нова. Потиче углавном из XVIII века. Разлика је у томе што долази до јудикализације тих права, наметања њиховог поштовања законодавцу и управним властима и давања могућности странци да се на њих позове у судском спору.

Промена се такође односи и на ширење поља примене тих основних права. Устави се обогаћују новим одредбама, кад год се друштво суочи с новим изазовима. Делујући као оснивачки, предуставни акт, Декларација права човека и грађанина успоставила је 1789. године темеље грађанских и цивилних слобода. После Другог светског рата, правни поредак укључује и социјална права која се разрађују подстакнута индустријализацијом. Заштита грађанина и појединца, а затим и заштита радника биле су изазови тих уставних појава. Данас се човек суочава са инструментализацијом не више своје радне снаге већ самог свог тела. Такође се јавља питање заштите животне средине. С друге тачке гледишта, уставни се исцрпљују у признавању појединачних права, која су расцепкана, многострука и често противречна. Закон којим се успостављају правила често се повлачи пред судском праксом која настоји да уреди социјални живот сталним усклађивањем са друштвом које је у покрету и сложено. Суочен са умножавањем норми које се односе на основна права, судија постаје „врховни свештеник“ и мајстор система основних права. Мајстор, јер је, узевши у обзир поље примене уставног права, природа основних права таква да се на њих позивају и у најмањем спору. Врховни свештеник, јер основна права у суштини изражавају систем вредности. Тако судија, чувар тих права, постаје део легитимитета који се надмеће са оним који оличава политичка демократија. Између осталог, пошто је формулисање тих права неизбежно уопштено, а њихов садржај више идеолошки, улога њиховог тумача, односно судије, тиме само јача.

Та надмоћ основних права над правним поретком, осим пуке констатације, намеће више питања. Као прво, постоји ли, осим

формалног признавања, суштински садржај одређених права? На пример, признавање начела достојанства прикрива постојање два противречна појма. Један, који достојанство своди на обичан израз воље појединца, уводи могућност позивања на право да се умре. Други, који се ослања на објективну визију достојанства, као што је забрана стављања другог у ропски и понижавајући положај, чак и уз његов пристанак, служи као основ на који се позива када се жели забрана било ког чина еутаназије који је схваћен као чин чији је исход усмрћивање. Да ли се заштита брака и породице свела на једнако вршење појединачних права или упућује на објективну заштиту породичне структуре, што би забрањивало фиктивно признавање двоструког родитељства у односу на мајку и/или оца? Да ли постоји неко право да се има дете које би оправдало прибегавање сурогат материнству? Постоји мноштво питања на која се дају различити одговори у непромењеном уставном праву.

Такође бисмо се могли запитати о развоју начела слободе. Док индивидуална самосталност и слобода изражавања теже да постану алфа и омега права основних права, ограничења индивидуалног понашања и слободе мисли све више јачају. То је случај и са криминализацијом одређених понашања, односом између полова, радним односима (закони о моралном или сексуалном узнемиравању, хомофобији...), заузимањем политичких или идеолошких ставова (на пример, закони о сећању којима се изражава или чак намеће званичан став државе о одређеним историјским догађајима). Законодавац тако поверава судији функцију „полицајца добрих обичаја и начина мишљења“. Циљ закона није само да регулише социјални живот већ и да појединцима усади ставове.

Шире гледано, ако основна права, као систем вредности, теже универзалности, као и религије, остварење те универзалности мора бити предмет оцењивања које је више изнијансирано. Западњачка дефиниција основних права, заснована на индивидуалистичкој концепцији човека, и универзалистичка и егалитарна концепција његових права не одговарају најбоље друштвима која имају космогонијску концепцију света (конкретно у Азији) ни друштвима у којима група значи више од појединца (нарочито у Африци), да и не помињемо одбацивање одређених начела својствених том систему у исламским државама, о чему сведоче револуције у Магребу и арапском свету обележене тензијом између универзалистичких захтева основних права и осталих система вредности заснованих на традицији и на религији.

Посебно у истом правном систему, та основна индивидуална права наилазе на двоструки изазов: губљење из вида општег интереса, од којег је неизбежно саткано једно друштво, и у крајњој линији инструмента заштите права свакога, укључујући и развој комунитаризама. Ту вероватно лежи највећа опасност, не само по уставни поредак већ и по вредности које га устројавају. У Канади је појам разумног прилагођавања довео до тога да су неким верским заједницама призната правила која поништавају права жена, и то у земљи која има скоро опсесивно схватање једнакости између мушкараца и жена. У Француској је, у том смислу, била индикативна расправа о потпуној покривености лица. Она посебно указује на питање начина на који се сагледавају заједничке вредности, лична аутономија и комунитаристички захтеви. То није била намера да се наметне заједнички морал већ да се примене начела, или вредности, које непосредно или посредно имају уставни основ.

5. НЕОПХОДНА ПОДЕЛА ИЗМЕЂУ ПРИЗНАВАЊА НАЦИОНАЛНИХ ВРЕДНОСТИ СВОЈСТВЕНИХ ДРЖАВНИМ ПРАВНИМ ПОРЕЦИМА И ЗАЈЕДНИЧКИХ ЕВРОПСКИХ ВРЕДНОСТИ

Када је реч о односима између правних поредака, приоритетно треба размишљати о одређивању заједничког система вредности који штити Европски суд за људска права и система вредности својственог свакој држави. Било би узалудно, уз ризик слабљења система заштите основних права и националистичког повлачења у себе, наметнути Италији да повуче распећа из својих школа, Француској да одустане од свог снажног лаицистичког идентитета или забранити Мађарској да се у свом уставу позива на сопствену историју.

6. СРЉАМО ЛИ КА КРАЈУ ДЕМОКРАТИЈЕ?

Скоро компулзивна употреба термина демократија и термина грађанин (од европског грађанства [држављанства] до грађанина који врши тријажу кућног отпада) прикрива промену парадигме (Mathieu 2014). Демократија нас упућује на легитимитету начело – сувереност народа, и начин доношења одлука – већинску демократију.

Идеолошка употреба термина демократија (добар режим је демократски и демократски режим је добар) прикрива чињеницу да, с једне стране, већинска демократија можда и није непревазиђено достигнуће политичких друштава и да, с друге стране, данас други легитимитети заузимају место демократског легитимитета.

Оно што данас називамо демократијом одговара амалгаму одређених концепата, укључујући и поделу власти, личне слободе, јуридизацију политичких и управних односа, одговорност јавних одлучилаца (Auby 2010). Тај прилично нејасан термин сведочи о томе да једна нова легитимност, а то је легитимност непристрасности, промишљености, близине, стручности, ефикасности... ступа на место већински изражене воље народа, у коју немамо поверења, вероватно због тога што сматрамо да је данас друштво исувише сложено да би зависило од хирова народне воље. Развој улога невладиних организација, независних управних тела, места савета мудраца, експертских комисија, етичких одбора у припреми закона, штавише у давању легитимности њима, јачање места колективног преговарања у области социјалних права, део су тог тренда. Упоредо с тим, што нас враћа на питање комунитаризма, оспорава се појам већинске демократије, док признавање права својствених одређеним категоријама људи, заснованих на њиховом полу, старосном добу, језику или сексуалном понашању, руши јединство које се признавало друштвеној групи и сâм појам општег интереса.

У једном другом смислу, испитивања јавног мњења, развој нових средстава комуникације и улога слике и емотивног у формирању мишљења, представљају одређени облик непосредног изражавања, можда илузију непосредне и легитимне демократије, којој се потчињава политичко деловање.

Појам партиципативне демократије наводи се као замена за представничку или полунепосредну демократију. Појам партиципативне демократије осетно се удаљава од традиционалног појма демократије, у толикој мери да се можемо запитати да ли је можда реч о новој легитимности, једној врсти олигархије, која би заменила легитимност представничке демократије. Она осликава прелазак са универзалистичке концепције норме – која је легитимизована чињеницом да је израз већине, с једне стране, и да тежи остваривању општег интереса, с друге стране – на категоричнију концепцију, која узима у обзир различитост оних којима је норма намењена, њихова очекивања, њихову спремност да је прихвате. Она претпоставља прихватање норме, придаје средишњи

значај поступку њеног стварања и вреднује консензус више од успостављања неке већине. Осим тога, та процедурализација којом се жели постићи транспарентност може парадоксално узроковати немали број манипулација. Ко је ко? Ко кога представља? То су питања, често без одговора, која се постављају у вези са партиципативним поступком, који такође није лишен софистицираних пракси манипулације јавним мњењем.

Постоје бројне и разноврсне илустрације тих дубоких промена и те кризе. Тако народ који је дигао револуцију у Тунису или Египту није исти народ који је учествовао на изборима који су одржани непосредно после тих догађаја. Француска влада одбија да прибегне референдуму о усвајању једне тако симболичне мере као што је хомосексуални брак. Одлука да се прошири приступ медицински потпомогнутом зачећу зависи од мишљења Националног саветодавног етичког одбора.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Auby, Jean-Bernard. 2010. *Globalisation, le droit et l'Etat*. Paris: LGDJ.
- Barthélemy Joseph, Paul Duez. 1926. *Traité élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Carré de Malberg, Raymond. 1984. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Réédition Economica.
- Compagnoni, Giuseppe. 1797. *Elementi di diritto costituzionale democratico*. Venezia: Analisi Trend.
- Duverger, Maurice. 1970. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Favoreu, Louis, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, Guy Scoffoni, André Roux. 2019. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Mathieu, Bertrand. 2014. *Vers la fin de la démocratie? L'État, le Droit, la Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris: Dalloz.
- Mathieu, Bertrand. 2013. *Constitution. Rien ne bouge et tout change*. Paris: Lextenso.
- Zoller, Elisabeth. 2013. *Introduction au droit public*. Paris: Dalloz.

Bertrand Mathieu

Full Professor

University of Paris I (Pantheon-Sorbonne)

Faculty of Law

TRANSFORMATION OF CONSTITUTIONAL LAW IN THE EARLY TWENTY-FIRST CENTURY

Summary

The text analyzes the transformations of constitutional law as a university subject and legal field in France and Europe. It begins with the Enlightenment in the second half of the eighteenth century. However, the evolution of the subject was rather checkered: due to its political nature, constitutional law was abolished and reinstated, depending on the political climate. There was neither a linear development nor consistent content as a university subject. It was first studied as institutional law, but then fell under the auspices of political science, only to be positivized after the establishment of constitutional courts. The term constitution also underwent transformation, no longer confined to merely organizing governance, but ordering all of society. While the field of application of the constitution expanded, it was undermined by strengthening individualism and communitarism. Predicaments also arose regarding the possibility of existence of a constitution without or outside the state, specifically in the context of the European Union. Finally, the text notes that the ideological use of the term democracy obscures the fact that majoritarian democracy might possibly be obsolete, and that other forms of legitimacy are gaining in significance.

Key words: *Constitutional Law as a University Discipline. – Constitutional Law as Branch of Law. – European Union. – Fundamental Rights. – Democracy.*

Достављено Уредништву: 10. јуна 2020. године.

Прихваћено за објављивање: 10. јула 2020. године.