

Др Милан Петровић,*
редовни професор Правног факултета, у пензији
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.565.2:322

Рад примљен: 01.09.2014.
Рад прихваћен: 01.12.2014.

О ЛЕГИТИМИТЕТУ УСТАВНОГА СУДСТВА И ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈИ ПРАВА НА ОТПОР, С ДОДАТКОМ О ЛЕГИТИМИТЕТУ ЦРКВЕНИХ ВЛАСТИ

Апстракт: *Легитимитет државне власти неодвојиво је везан за појам „закон као израза опште воље“. У овом раду, „општа воља“ је опредељена као укупност (нормативних) правних принципа. Рад такође доказује да је најадекватнији „чувар устава“ сталешко (синдикално-професионално) представништво као други дом парламента. Разматра се и питање „спољашњег легитимитета“ црквених власти као њихово признање од стране државе.*

Кључне речи: *легитимитет, општа воља, правни принципи, сталешко представништво као „чувар устава“, црквене власти.*

1. О легитимитету уставнога судства и институционализацији права на отпор

О легитимитету уставнога судства у правној науци се не говори. Разлог за то најпре ваља тражити у њеном методу који се може назвати „легалистички позитивизам“. По том методу, до сазнања права искључиво се долази егзегезом уставних и законских текстова. Тај метод има особине „стандардног“ метода правне науке. До каквих последица његова примена води, дочараћемо на тексту чл. 1. Устава СФР Југославије од 1974. године. У том тексту стоји да је СФР Југославија „заснована на власти и самоуправљању радничке класе и свих радних људи, и социјалистичка самоуправна демократска заједница радних људи и грађана и равноправних народа и народности“. Тадашња правна наука, полазећи од тог текста, такође је тврдила да је дотична држава „социјалистичка самоуправна демократска заједница“ итд. Међутим, ако би се на ту државу применио реалистички метод, којим се уз одређене особености службе историја и

* milan@prafak.ni.ac.rs

социологија, политичке и економске науке, показало би се да она није била никаква „демократска заједница“, већ тиранија неколико кланова унутар једне политичке странке. Такође, легалистички позитивизам злоупотребљава и правне апстракције, по себи нужне у правној науци. Тако се тврди да је држава једно правно лице, што је једна, вероватно нужна, апстракција. Само, из те апстракције изводи се један реалан закључак, да је државна власт зато јединствена и недељива. Да ли је државна власт јединствена и недељива, на то питање одговор може дати само посматрање чињеница, и никако не дедукција из извесних апстракција. Заправо, основна методолошка поставка легалистичкога позитивизма је слепо повиновање правне науке властодршцу. Ту поставку лепо изражава једна мисао настала почетком 15. века, да је владар господар и речи и појмова: „Caesar dominus et supra grammaticam.“

Насупрот легалистичкоме позитивизму стоји схватање природног права. Оно учи да изнад правних текстова стоје извесне вечите и непроменљиве правне норме, због чега позитивно законодавство мора да се са њима усклади; ако не, онда је позитивно законодавство правно неваљано или нелегитимно. Само, против схватања природног права говори најпре постојање великог мноштва супротстављених природноправних школа; Erik Wolf (Wolf, 1959: 21–153) успео је да развије ништа мање него девет појмова природе и девет појмова права којима одговара осамнаест основних схватања природног права! То су: природно право као укупност правне егзистенције; природно право као историјски извор реда; природно право као предржавно друштвено уређење („status integritatis“); природно право као „природни закон“; природно право као филозофско учење о „апсолутном“ праву; природно право као теолошко учење о „релативном“ праву; природно право као иманентни поредак животне праксе; природно право као саможивљавање ирационално-емоционалних снага; природно право као принцип реформи; природно право као објективни „lex“; природно право као народски, пренаучни назор о праву; природно право као субјективно „ius“; природно право као индивидуално (или колективно) осећање права; природно право као „идеја“ права; природно право као „право на срећу“; природно право истоветно с „позитивним“ правом; природно право схваћено као „историјско право“; те природно право као социолошка законитост. Позитивна права ретко упућују на природно право. Значајно је како то чини један од основних правних текстова романско-германско-словенске правне породице, аустријски Општи грађански законик од 1. јуна 1811. године, донесен дакле у време када је правна наука прихватала учење о природноме праву као неспорну догму. У том законнику, о природноме праву је реч у три параграфа од укупно 1.502,

колико их садржи. При том је сасвим јасно прописано да позитивно право има првенство пред природним правом. Једино природно право које се изрично именује, налази се у § 16: „Сваки човек има урођена права, која се самим умом сазнају, и с тога се има сматрати лицем. Ропство или кметство и вршење власти која се на то односи, у овим земљама није допуштено.“ А у § 17. стоји: „Оно што је примерено природним правима сматра се да дотле постоји, док се не докаже законито ограничење тих права.“ Када пак говори о тумачењу закона, дотични законик у § 7. ставља природно право, у хијерархији правила тумачења, на последње место: „Ако се неки правни случај не би могао пресудити ни по речима нити по природноме смислу каквога закона, онда се мора обазрети на сличне, у законима јасно опредељене случајеве и на разлоге других с њиме сродних закона. Остане ли правни случај и тада неизванстан, онда се мора пресудити по начелима природнога права с обзиром на брижљиво прикуљене и зрело расуђене околности.“

Но, постоји и трећа област права која, по нама, има и за питање легитимитета пресудан значај: област правних принципа. При том ваља разликовати између нормативних принципа, који заузимају врховни положај у једном правном поретку, и информативних принципа, који су садржани у појединим правним нормама и који се, не представљајући никакав правни новум, могу појмити из њих. Када будемо говорили о правним принципима, имаћемо у виду само оне прве, нормативне принципе.

Правно врело правних принципа је римско право, кроз чију су рецепцију, коју Savigny (Savigny, I, 1840: 78) назива „највећим и најнеобичнијим актом обичајнога права у почетку новог доба“, дошло и до њиховог преузимања у романско-германско-словенска права, с тим што их је и тамо, где те рецепције није било, Црква посредством хришћанскога и канонскога права уливала у позитивна права земаља европскога културног круга; (в. Ripert, 1935: 34 и дд.; Allen, 1958: 389 и дд., 407). Правни принципи често се налазе у писаном законодавству. Наведимо само неке од најзначајнијих те врсте. То су: Мојсијевих десет заповести, декларације о правима законодаваца Француске револуције, начело поштења и савесности из § 242. Немачкога грађанског законика. Само, у стварности их често излажу и судије у својој преторској јудикатури. Тада оне непосредно питају правну свест и природу ствари. Правни принципи су, заправо, синтезе правне свести и природе ствари. Кроз ту синтезу они добивају објективан карактер, постају уистину „друштвене чињенице“ (faits sociaux) и „ствари“ (choses) сходно социологији Е. Durkheim-а (Durkheim, 1956: 141 и д.). Природа ствари као форма правнога мишљења била је позната још у античком Риму и у средњем веку; (в.: Wolf, op. cit., 79 и дд.). Чувена је и дефиниција коју је Мон-

tesquieu ставио на почетак свога „Духа закона“ (Montesquieu, 1834: 3 ид.): „Закони, у најширем значењу, јесу нужни односи који проистичу из природе ствари; и у том смислу, сва бића имају своје законе: Божанство има своје законе, материјални свет има своје законе, интелигенције више од човека имају своје законе, животиње имају своје законе, човек има своје законе“.

Израз „правни принцип“ („правно начело“) најпре се јавио у немачком правном језику. Такође да право настаје и да се развија кроз саобраћај правне свести и природе ствари, тековина је немачке историјске правне школе, што најпре прочитује програмски спис њенога родоначелника, Savigny-ја (Savigny, 2002, passim). То двоје не треба да изненађује ако се има у виду да су немачке земље извршиле рецепцију римскога права „in complexu“. Тако, између осталог, Savigny каже да „основи настанка“ права почивају непосредно на подручју права „за себе (jus scriptum и aequitas), или истовремено на суделовању таквих принципа који не леже унутар граница тог подручја, мада имају са њим заједнички општи циљ (boni mores и свака врста utilitas)“ (Savigny, I, 1840: 56). Puchta, други великан историјске правне школе, закључује (Puchta, II, 1837: 61): „Постоје дакле три разлога који доводе до неегзистенције једнога обичајног права и тиме до рушења ауторитета једнога обичаја. Ти разлози су неспојивост примењиванага правила: 1) с божанским прописима, 2) с добрим обичајима, 3) с вишим правним принципима, у следству којих исто постаје немогуће као правно правило“. Puchta такође вели (Puchta, 1872: 22): „Ако се судија нађе напуштеним од спољашњих извора, онда правно правило које треба да примени мора да нађе у принципима позитивнога права (и не у такозваноме природном праву); полазећи од природе ствари он то правило добива путем правничке консеквенције и аналогије.“ Jhering истиче да су одређени принципи „исходишне тачке или праелементи римскога права“ (Jhering, I, 1878, 106 идд.).

Само, израз „правни принцип“ ускоро је нашао места и у францускоме јавном праву. Почев од 1887. године, један од класика управнога права у Француској, Edouard Laferrière, знаковито пише у уводу свога „Traité de la Jurisdiction administrative“ (Laferrière, I, 1887, 1896, p. VII): „Грађанско, трговинско, кривично право је кодификовано; управно право није, и постоји недоумица може ли уопште бити... Јудикатура је овде збиљски извор доктрине, пошто једино она може извести принципе из неповезаних одредаба у којима су скривени, установити хијерархију између текстова, наћи лек њихову ћутању, њиховој нејасности или њиховој недовољности, прибегавајући општим принципима права или се уздајући у правичност.“ И даље (op. et loc. cit., p. XIII): „Истина је да Државни савет, обратно од Касационога суда, нема обичај да у својим јудикатима излаже све правне

дедукције које опредељују његове одлуке; али, те дедукције ипак постоје; оне су утолико мање променљиве, чак и упркос промена политичких режима, јер су се увек надахњивале великим поштовањем „прецедената“ и јер су имале за основ, када текстова нема, традиционалне принципе, писане или неписане, који су на неки начин суштински спојени с нашим јавним и управним правом.“ Такође, у теорији права L. Duguit-а, „нормативна правна правила“, насупрот „конструктивним правним правилима“, јесу заправо нормативни правни принципи. Он наимаже каже да француски Грађански законик (Code Napoléon), ако се остави по страни породично право, садржи само три нормативна правна правила или правне норме: слободу уговарања, поштовање својине и обавезу да се надокнади штета проузрокована другом, кривицом починитеља, док су сва остала правила која тај законик садржи техничка или конструктивна; „она своју обавезну снагу изводе из оних трију нормативних правила и њихов је циљ да обезбеде остварење тих трију правила“ (Duguit, I, 1927: 109 ид.).

Индуктивни метод проналажења права у англоамеричком „case law“ није погодовао развијању теорије правних принципа у земљама те правне породице. Међутим, успостављање прецедента као извора права у тој правној породици не може се замислити без примене одређених, премда прећутних, правних принципа; (в.: Esser, 1956: 198 идд. et passim). Но, поједини великани англоамеричке правне теорије и те како указују на нужност правних принципа у образовању права. Тако Austin, родоначелник „аналитичке правне школе“, коју је на европском континенту почетком 20. века нарочито заступао аустроугарски теоретичар права F. Somló, вели (Austin, II, 2002: 1108): „Неки од принципа, појмова и разлика који су предмети опште јуриспруденције, могу се сматрати нужним. Јер не можемо кохерентно замислити правни систем..., а да их не појмимо као његов конститутивни део.“ Roscoe Pound, којег се с правом сматра највећим северноамеричким теоретичарем права, устврдио је да се целосна правна норма састоји од четири елемента: формалнога елемента правнога правила, материјалнога елемента принципа, техничкога елемента правнога појма и судскога елемента стандарда (Pound, 1934: 9 идд.; Pound, 1919: 445 идд.).

Надовежимо се на темељну теорију легитимитета Max-a Weber-а (Weber, I, 1964: 22 идд., 157 идд.). Тај знаменити социолог разликује три типа легитимне власти: традиционалну власт, која се легитимише веровањем подвлашћених у исправност, штавише светост једнога историјски баштињенога, „одвајкада“ постојећег поретка власти и у ауторитет лица која су у једноме таквом поретку позвана да владају; харизматску власт, која се легитимише веровањем подвлашћених да право имаоца те власти да влада проистиче из његове „харизме“, дословно „дара милости“, то

јест несвакидашњој преданости светости или хероизму, или узорности те особе и поретка који је ова објавила или створила; те рационалну или легалну власт, која се заснива на веровању подвлашћених у формалну коректност и установљеност на уобичајени начин правила која имаоци власти примењују. Weber уз то изрично допушта могућност мешања различитих типова легитимитета (Weber, I: 27). Данас је законитост, легалитет далеко најзаступљенији основ легитимитета.

Но, како може пуки легалитет да буде легитимитет? Weber-ов је одговор да је легална, рационална власт повезана са савременом, рационалном бирократијом (Weber, I: 160 и дд.). Carl Schmitt, делимично Weber-ов следбеник у области правне науке, сковао је, с тим у вези, речиту формулу (Schmitt, 1985: 348): „Легалитет је један модус функционисања бирократије...“ Само, „начело легалитета“, вели Duguit (Duguit, II, 1928: 176), „преовлађује у правима свих цивилизованих земаља“ и оне такође имају рационалне бирократије, али се власт у некима од њих тешко може сматрати легитимном. Узмимо, као пример тога, Тајван, Афганистан, Босну и Херцеговину, Украјину.

Одавде следи закључак да легалитет сам по себи не може да буде основ легитимитета, да му се зато мора придружити још неки други разлог. У тражењу тог другог разлога приметили смо да се Weber-ово схватање о легалитету као легитимитету додирује са гледиштем које је још у 18. веку у своме „Друштвеном уговору“ изнео Jean-Jacques Rousseau о закону као изразу „опште воље“ (*volonté générale*). Легитимна је само она влада која је вођена законом као општом вољом. (Rousseau, 1964: liv. II, ch. VI). Ту чувену формулу преузела је и француска Декларација о правима човека и грађанина, усвојена 1789. на почетку револуције од стране Уставотворне националне скупштине и која је још увек у Француској позитивно право. У погледу ње, Duguit вели (Duguit, III, 1930: 607) да је она била „друштвени уговор новог друштва које се родило из Револуције“ и да је она, тако схваћена, „истински закон, виши од обичних закона, чак виша... од уставног закона и сасвим различита од њега“. У члану 6. Декларације стоји: „Закон је израз опште воље. Сви грађани имају право да лично, или преко својих представника, учествују у његовом сачињавању. Он мора бити исти за све, било када штити, било када кажњава. Свим грађанима, будући једнаким у његовим очима, једнако су доступна сва јавна достојанства, места и запослења, према њиховој способности, и без друге разлике осим оне која проистиче из њихових врлина и њихових талената.“

Да би дакле један правни акт био закон, он мора бити донесен од свих грађана или њихових представника, мора бити једнак за све и мора бити

израз опште воље. Ако се под именом „законâ“, вели Rousseau (Rousseau, 1964: liv. IV, ch. I), доносе правни акти који имају за циљ посебан интерес, онда су то само „неправичне уредбе“. Он другде знаковито вели (ibid., p. 496): „Закони и вршење правосуђа међу нама су само вештина да се моћник и богаташ заклони од праведних репресалија сиромаша.“ Шта је узрок томе? Он истиче (Rousseau, liv. I: ch. VII): „У ствари, сваки појединац као човек може имати посебну вољу супротну или различиту од опште воље коју има као грађанин. Његов посебни интерес може му говорити сасвим другачије него општи интерес;...“ Међутим, Rousseau нигде не каже шта је „општа воља“. По нама, она је укупност правних принципа који важе у одређено време и на одређеном месту. Закон је дакле легитиман ако изражава или разрађује изванредан правни принцип или правне принципе. Државна власт је легитимна ако су њени закони, или други извори права, гласници или конкретизације правних принципа. У једном ранијем раду изнели смо мишљење (Петровић, 2004: 25) да је „опште добро“ основ легитимитета државних власти, јер још увек нисмо имали у виду правне принципе. Сада сматрамо да је и „опште добро“ један од правних принципа, при чему је у савременој држави опште добро остваривање „јавних служби“ како их је схватио Duguit. По њему (Duguit, II, 1928: 59, 61), та држава је „кооперација јавних служби организованих и контролираних од стране управљача“. Јавна служба, „то је свака делатност чије обављање мора бити обезбеђено, уређено и контролирано од стране управљача, зато што је обављање те делатности неопходно за реализацију и развој друштвене међузависности, и зато што је та делатност такве природе да не може бити сасвим остварена без интервенције управљачке силе. Та делатност је од толике важности за заједницу да се не може прекинути ниједнога тренутка... Континуитет је једно од суштинских својстава јавне службе...“

Нелегитиман закон је апсолутно ништаван. То значи да један закон, оптерећен апсолутном ништавношћу, може да буде примењиван и извршаван, али да у свако доба може да буде оглашен ништавним: „Што се грбо роди, вријеме не исправи; – што је с почетка незаконито, то временом самим законито не постаје.“ (В. Богишић, Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору од 1888, чл. 1006). Дуго се сматрало да је правноснажност позитивноправна установа непроменљивости пресуда и, евентуално, управних аката који се тичу субјективних права. Тако Savigny каже (Savigny, VI, 1847: 261) да „правноснажност судске пресуде“ није „ништа друго... доли фикција истине којом се правноснажна пресуда обезбеђује од свакога будућег покушаја побијања или обеснаживања“. Но, захваљујући изузетном правнотеоријском спису бечкога професора управнога права А. Merkl-а, (Merkl, 1923: 177 идд.) данас се зна да је

правноснажност суштинска особина свих „правних појава“, што ће рећи не само појединачних, већ и општих правних аката, укључујући и закон, као „трајање њиховог важења“. По нашем мишљењу, као што закон опредељује правноснажност пресуда и управних аката, тако и материјални извори права, институције и правна свест опредељују правноснажност закона.

Дошавши до ове тачке наших разматрања, можемо потражити и наћи и одговор на питање о легитимитету уставнога судства.

Ниједна установа јавнога права није у новије време била толико величана и хваљена посвуда као уставни суд. Додуше, још је Врховни суд Сједињених Америчких Држава 1803. у случају „*Marbury v. Madison*“ присвојио себи право да испитује сагласност законâ са Уставом Сједињених Држава, а у томе су га следили и остали судови те земље. Но, требало је да прође више од једнога века, па да се у Европи појаве државни органи сличне надлежности. Обично се наводи да је први уставни суд у Европи установљен Уставом Републике Аустрије од 1. октобра 1920, који је у погледу организације и поступка пред Уставним судом био допуњен савезним законом од 18. децембра 1925. године. Уставни суд пресуђује о противуставности покрајинских закона на предлог Савезне владе, о противуставности савезних закона на предлог једне покрајинске владе, а по службеној дужности ако један такав закон треба да образује претпоставку одлуке Уставнога суда. Уколико нађе да је побијани закон противустанован, Уставни суд треба да га укине. Уставни суд такође испитује законитост уредаба те, уколико нађе да је уредба противзаконита, има да је укине. Само, већ је устав једне немачке федералне јединице, Баварске, од 14. августа 1919. прописивао у своме § 93. да сваки држављанин и свако правно лице које има седиште у Баварској имају право жалбе Државноме суду ако сматрају да су оштећени у својим правима делатношћу некога државног органа која представља повреду тог устава. Та жалба је допуштена само ако је претходно безуспешно употребљен правни лек код владе или је исцрпљен правни пут. Види се да је баварски Устав чак отишао корак даље од аустријског Устава, јер је појединцу признао неограничену уставну жалбу, решење које је касније прихватио и Основни закон за СР Немачку. Додајмо да је и § 72. баварског Устава од 1919. године гласио: „Надлештва којима је поверено правосуђе испитују приликом својих одлука, да ли закон који ваља применити не стоји у противуречности с неком од својих одредаба са Уставом Немачке државе, овим Уставом или неким другим уставним законом.“ За уставно судство „златно доба“ наступило је после Другог светског рата. Устав Италијанске Републике од 27. децембра 1947. установио је Уставни суд у оквиру поглавља о уставним гарантијама, који, између осталог, решава и о уставности закона и других прописа имајућих снагу закона, који потичу

од државе и регионâ. Питање покретања поступка испитивања уставности закона Устав није решио, већ је то учинио закон од 31. јануара 1948. године. Основни закон за Савезну Републику Немачку од 23. маја 1949. поставио је Савезни уставни суд у део о правосуђу; следствено тој концепцији он је и врховни суд те земље. Он тумачи устав (Основни закон) и решава о уставним жалбама које стоје свакоме на располагању у случају да је јавна власт повредила неко његово основно или уставно право. Између осталог, он решава и о забрани политичких странака. Но, да би одлуке Савезног уставног суда имале снагу закона, то јест да би тај суд могао да поништи неуставан закон, потребно је, по слову Основног закона (чл. 94. ст. 2, реченица прва), да га на то овласти савезни закон, чиме је правно дејство тих одлука релативисано. Тај овлашћујући закон (Закон о Савезном уставном суду) био је донесен 1951. и од тада је више пута мењан.

Занимљиво је да је и титоистичка СФР Југославија у својим уставима од 1963. и 1974. предвидела, у њиховим деловима о уставности и законитости, и уставне судове. Само, они се до напуштања титоизма, крајем 1980-их, нису бавили испитивањем уставности закона, премда су неки закони, нарочито они о политичким кривицама, очигледно вређали уставом зајамчена права. Заправо, ти уставни судови били су само украс једнога система углавном виртуелне уставности.

Откуда потиче појава уставних судова и, уопште, судова који одлучују о сагласности законâ са уставом на правноснажан начин? Основни разлог томе је суштинска деградација писаних закона у вишестраначкој републици и појава учења почев од краја 19. века, међу којима је предњачио немачки покрет „слободнога права“ (Freirechtsbewegung), да је законско право, нарочито због својих празнина, само покушај правног поретка, који тек судија, ослањајући се на „друштвено“ или „слободно“ право, које стоји изнад државног права, доводи до испуњења. Али и много касније, усхићени поклоник немачког Савезног уставног суда, аустријски правни философ и публициста Р. Марчић (Marcic, 1957: 340), славослови: „... монизам апсолутне парламентарне демократије истискује се дуализмом у коме Ареопаг и Парламент деле власт и један другог држе у равнотежи снага (balance of power); уместо грађанске правне државе и либералне демократије јавља се социјална правна држава. То је линија: Држава судије мало-помало замењује државу закона.“

Деградација писаног законодавства изражава се квантитативно и квалитативно. Што се њеног квантитативног израза тиче, Ripert (Ripert, 1949: 7) вели: „Суверена власт је пренесена на скупштину изабрану универзалним гласањем, дужну на основу свог самог регрутовања да

задовољава интересе и жеље највећег броја, обавезну да на континуиран начин ствара ново право јер бирачи од ње захтевају реформе. Па како несрећно ова земља, и друге с њом, пролази кроз ово столеће нереда створеног ратовима и кризама, законодавац се налази принуђеним да без застоја врши своју власт. Он мисли да само он може наћи лека тој критичној ситуацији. У сваком случају, установило се веровање да од њега зависи лек.“ Имајући у виду слично стање ствари, Carl Schmitt говори о „моторизованом законодавству“ (Schmitt, 1985: 406 ид.).

У квалитативноме смислу, деградација писаног законодавства испољава се у потискивању писаног закона као опште и једнаке за све правне норме, законом који се јавља као пуко средство за остваривање каквога конкретног циља, „законом-мером“, што ће речи „законом-управном мером“. Израз „закон-мера“ (Massnahmegesetz) сковао је такође Carl Schmitt (Schmitt, 1985: 347 ид.). У француској правној и политичкој теорији такав закон се назива „законом за стицај околности“ (loi de circonstance). „На начин да“, вели Bertrand de Jouvenel (de Jouvenel, 1972: 586 ид.), „ти наводни закони, умножени, нису уистину ништа друго до акти владе, којима се свакодневно супротставља свакодневним околностима. Чувала или не то слабо прикривање, власт у сваком случају прибегава самовољним одлукама... Та самовољна власт, ношена страстима гомиле и покретана страстима појединаца који је држе, без правила, без кочница и без граница, успоставља, ма каквим се лажним сјајем покривала, деспотизам какав Запад још није доживео.“

Постоје два основна типа уставних или њима сличних судова.

Први тип представљају они уставни судови који искључиво испитују да ли закон, или подзаконски правни акт чије им испитивање припада, очевидно вређа неку уставну одредбу. Тада уставни суд, који ту повреду уз све формалности изричито утврђује, заправо врши заштитно правосуђе, као кад управни суд испитује законитост управног акта туженог надлештва или кад кривични суд утврђује да ли је оптужени извршио кривично дело крађе. Нека права дозвољавају и редовним судовима да инцидентно утврђују да ли је закон који ваља применити повредио уставни пропис, па ако нађу да јесте, онда неће применити тај закон, већ непосредно уставну одредбу, а у складу с правилом: *Lex superior derogat legi inferiori*. Природна је, наиме, последица устројства поделе власти да суд одређује коју ће од колидирајућих правних норми применити у случају у коме казује право. Овде такође важе правила која се сматрају априорним: *Lex posterior derogat legi priori*; *lex specialis derogat legi generali*; *lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*. Овде је разлика

између инцидентне контроле уставности коју врше редовни судови и контроле уставности коју врше уставни судови само у томе што редовни суд може да одбије примену противуставног закона у датом случају, а не може да дира у његово важење уопште узев, дочим уставни суд може да противуставну законску одредбу стави ван снаге, то јест да је поништи или укине. Легитимитет инцидентне контроле уставности закона од стране редовних судова почива, како изврсно примећује Carl Schmitt (Schmitt, 1985: 92), у самоодбрани судова као чувара независнога правосуђа од злоупотребе законске форме за нешто друго него што је нормирање саобразно правноме правилу: од „појединачних наредаба, ослобађања од дужности, помиловања, кршења прописа који и даље важе итд.“. Уставни судови који врше такву, дефанзивну, заштиту уставности у ствари су специјални судови – као што су управни, војни, комерцијални судови – с тим што имају и извесна овлашћења врховних судова.

Образац за други тип уставних судова нуди Врховни суд Сједињених Држава. Нарочито приликом контроле социјалног законодавства и законодавства о трустовима он је испитивао сагласност закона са поштењем и савесношћу, исправним правом, добрим обичајима, разумношћу (reasonableness, expediency) и сличним појмовима. То јест, он није прибегавао само пуком подвођењу под садржај уставне норме попут уставних судова претходнога типа, већ је обеснаживао законе и због њихове несагласности са духом и принципима Устава Сједињених Америчких Држава. Знаковит је, с тим у вези, исказ истакнутога судије Врховнога суда Сједињених Држава, Felix-a Frankfurter-a, који је ту службу вршио од 1939. до 1962. године: „Врховни суд је Устав“ (Нав. у: Krüger, 1966: 708). Према томе, тај Врховни суд има власт да утврђује општу вољу, штавише да побија и тумачења опште воље од стране законодавних чинилаца (домова Конгреса). Овај тип уставних и њима сличних судова можемо назвати „чуварем устава“ – израз којим је себе назвао немачки Државни суд у једној одлуци од 15. октобра 1927. (в.: Schmitt, 1985: 70).

Положај уставнога суда „чувара устава“ има и Савезни уставни суд СР Немачке. То као позитивну особину усхићено истичу савремени немачки познаваоци уставнога права. Говоре о његовој супрематији у односу на друге уставне органе, о њему као „четвртој власти“, „резервном законодавцу“, „парламенту одличника“, „кабинету у сенци“, „суперревизионој инстанци“, „судијском суверену“, „контракапетану“; (в.: Simon, 1984: 1268).

Тај положај немачкога Савезног уставног суда као „чувара устава“ особито долази до изражаја у његовом овлашћењу да забрањује политичке странке. Према чл. 21. ст. 2. Основнога закона и § 43. и слл. Закона о

Савезном уставном суду, тај суд изриче противуставност странака које по својим циљевима или по понашању својих чланова смерају да оштете или одстрани „слободарски демократски основни поредак“ или да угрозе „постојање Савезне Републике Немачке“. Овлашћени подносиоци предлога за изрицање противуставности странке јесу Савезна скупштина, Савезно веће и Савезна влада. Влада савезне покрајине може поднети такав предлог само против странке чија се организација ограничава на територију одговарајуће савезне покрајине. „Слободарски демократски основни поредак“ и „постојање СР Немачке“ јесу генералне клаузуле које изражавају правне принципе, дакле општу вољу.

Најспектакуларнији процес забране једне политичке странке који је до сада вођен пред Савезним уставним судом био је процес забране Комунистичке партије Немачке (КПД). Поступак је 22. новембра 1951. покренула Савезна влада, а њен је вештак био римокатолички филозоф пољскога порекла, Доминиканац Ј. М. Вошењски. Пресуда Савезнога уставног суда којом је КП Немачке била оглашена противуставном и њена целокупна имовина била заплена у корист државе, изречена је 17. августа 1956. и садржавала је преко 400 страница. Разлог толикога одуговлачења био је вероватно тај, што се очекивао повратак последњих немачких заробљеника из Совјетскога Савеза, највећма ратних злочинаца, који је у октобру 1955. и уследио, након што су СССР и СР Немачка успоставили дипломатске односе.

Та пресуда била је, заправо, идеолошки обрачун западнемачкога демохришћанског режима с марксистичким комунизмом. У њој, између осталог стоји: „Либерални уставни до почетка 20. века једва да су морали да рачунају с политичким странкама које су се бориле против основâ слободарскога државног уређења; тако је њима био примерен став безусловне толеранције и неутралности према свим странкама. То се променило с појавом ‘тоталитарних’ (!) странака након Првог светског рата, које нису прихватале природан унутрашњи покрећући принцип слободарске демократије, слободну игру политичких снага... Према таквим странкама слободарској демократији, која мора да штити и обезбеђује достојанство човека, није више могућ неутралан став, те настаје уставно-политички проблем која ће правна средства хтети да употреби да реши задатак који за њу произилази ‘нема безусловне слободе за непријатеље слободе’. Вајмарски је Устав одустао од таквога решења, задржао своју политичку индиферентност те је зато подлегао најагресивнијој од тих тоталитарних странака... Став Основнога закона према политичким странкама је разумљив само на позадини искустава борбе с тим тоталитарним системом. Уградња делотворних правних осигурања против тога, да такви политички правци не могу икада опет да получе

утицај на државу, одлучно је заокупљала мишљење уставотворца. Ако, с једне стране, Основни закон још увек следи традиционалну слободарско-демократску линију, која према политичким странкама налаже начелну толеранцију, он ипак не иде дотле, да из пуне непартијности уопште одустане од истицања и заштите сопственога система вредности... Основни закон је дакле свесно предузео покушај синтезе између принципа толеранције према свим политичким схватањима и пристајања уз извесне неприкосновене основне вредности државнога уређења:... Ради решења једнога граничног проблема слободарскога демократског државног уређења као израза искустава уставотворца који је у одређеној историјској ситуацији веровао да више не сме да у чистом виду оствари принцип неутралности државе према политичким странкама, као пристајања уз једну – у том смислу – ‘ратоборну демократију’... Коначан циљ КП Немачке је успостављање социјалистичко-комунистичкога друштвеног уређења на путу преко пролетерске револуције и диктатуре пролетеријата. Како пролетерска револуција тако и диктатура пролетеријата неспојиве су са слободарским демократским основним поретком. Оба државна уређења међусобно се искључују... Такође су и заступници КП Немачке у усменој расправи потврдили неспојивост обојих државних уређења. Додуше, КП Немачке не тежи (!) пролетерској револуцији и диктатури пролетеријата као актуелном, непосредно остваривом циљу. Али пут и начин како она пролетерску револуцију и диктатуру пролетеријата чини предметом свога страначко-политичкога школовања, пропаганде и агитације у политичкој борби унутар Савезне Републике Немачке, и њено укупно понашање као странке доказују да она већ сада стреми подривању слободарског демократског основног поретка Основног закона.“

У овој пресуди, немачки Савезни уставни суд прибегава апстракцијама којима свесно искривљава чињенично стање. Тако, Немачка либерални уставиматекодуспостављања Вајмарске републике. До краја Првог светског рата она је била милитократска уставна монархија. Израз „тоталитарна странка“ као надпојам који треба да обухвати фашистичке и комунистичке странке није научан, већ је производ доктрине северноатлантскога империјализма. Фашизам и комунизам, упркос спољашњих сличности, представљају крајње антагонистичке погледе на свет и политичке приоритете. Либералну демократију у Немачкој није срушио макар какав „тоталитаризам“, већ фашистичка Националсоцијалистичка странка. КП Немачке била је најжешћи противник нацифашиста и тиме заштитник либералне уставности. После великог изборног успеха националсоцијалиста 1930. централни комитет КП Немачке је 29. новембра 1931. позвао на образовање јединственог фронта против фашизма.

Разуме се да комунисти нису бранили либерални Устав из симпатија према либерализму, већ зато што су знали да ће, уколико фашисти сруше слободарску демократију, најпре они бити стављени ван закона. С друге стране, управо је немачка правосудна бирократија била један од главних ослонаца фашистичког режима. Савезни уставни суд је утврдио да КП Немачке „не тежи“ пролетерској револуцији и диктатури пролетеријата „као актуелном, непосредно остваривом циљу“. Па ипак судио је КП Немачке због „деликта мишљења“. Где онда лежи линија раздвајања између северноатлантске „ратоборне демократије“ и фашистичке или комунистичке диктатуре?

Друга по снази политичка странка у СР Немачкој, Социјалдемократска (SPD) критички је реаговала на судску забрану КП Немачке; (в.: Margis, 1957: 341). Такође је Савезна делегатска конференција Социјалистичког немачког студентског савеза (SDS), која је од 27. до 29. октобра 1956. заседала у Франкфурту на Мајни, закључила да се забрана КП Немачке од стране Савезног уставног суда може користити да би се повредила „права немачкога радничког покрета“ и прогањале друге опозиционе групе. Уједно, тиме ће се знатно отежати поновно уједињење Немачке и сада се још лакше могу сузбијати све социјалистичке позиције под изговором борбе против комунизма; (в.: Kraushaar (Hg.), I, 1998: 120). У СР Немачкој је 27. октобра 1968. поново основана једна комунистичка странка, „Немачка комунистичка партија“ (DKP).

Уставни или сличан суд који потпада под категорију „чувара устава“ не може имати легитимну вољу. Само је закон као – и када је – израз опште воље легитиман. Воља коју изјављује суд уопште и уставни суд напосе може бити само посебна, партикуларна воља. Уставни суд је само један чиновнички колегијални орган чије чланове бира носилац законодавне или именује носилац извршне власти обично између политичких службеника, правних саветника великих предузећа и страначки изузетно подобних професора права. Када једном таквом органу припада да своју вољу намеће као општу или уместо опште, он је, по речима самога Rousseau-a (Rousseau, liv. III, ch. X), узурпатор деспотске власти.

Међутим, критиком уставнога судства не решава се проблем „чувара устава“. Решење тог проблема лежи у комплексу питања „права на отпор угњетавању“. Сам Rousseau изравно не одговара на то питање. За оне који неће да се повинују општој вољи, он само каже „да ће их се присилити да буду слободни“ (Rousseau, liv. I, ch. VII). Но, право на отпор било је освештана установа западноевропскога средњег века, и као такво ушло је и у француску Декларацију о правима човека и грађанина од 1789.

године, чл. 2: „Сврха свакога политичког удружења је очување природних и незастаривих права човека. Та права су слобода, својина, безбедност и отпор угњетавању.“

Само, право на отпор имаде различита значења и различит правни значај.

У касном средњем веку, присталице просветитељскога схватања природнога права научавале су да је право на отпор у ствари „право на револуцију“; (в.: Wolzendorff, 1916: 13 идд., 111 идд., 262 идд.). Такво право не може постојати. Револуција је апсолутни прекид правнога континуитета, „мртва тачка“ права, услед чега право не може да суди о ономе где га нема. Зато револуција није ни легитимна ни нелегитимна. То дакако важи само за успеле револуције. Учесницима неуспешних револуција, какве су, на пример, биле мађарске револуције од 1848. до 1849. и 1956. године, судиће се по старом праву будући да није дошло до прекида његовога континуитета. Дакако, револуционарна власт која је победила потпада за убудуће суду легитимитета.

Исправно схваћено право на отпор, такво у погледу кога се може поставити питање легитимитета, може бити коришћено једино у очувавајућем смислу, то јест као право из нужде у сврху одржања или поновнога успостављања нарушеног правног поретка. При том се оно јавља било као дефанзивно, било као офанзивно право на отпор.

Право дефанзивнога или пасивнога отпора састоји се у неизвршавању нелегитимних заповести. Под одређеним условима, то право није само право, већ је и морална дужност хришћанина. Према „Дјелима апостолским“, када су јерусалимски свештеници забранили апостолима да проповедају у Исусово име, ови им одговорише (5, 29–32): „...Већма се треба Богу покоравати него ли људима. Бог отаца нашијех подиже Исуса, којег ви убисте објесивши на дрво. Овога Бог десницом својом узвиси за поглавара и спаса, да да Израелу покајање и опроштење гријехâ. И ми смо његови свједоци овијех ријечи и Дух свети којег Бог даде онима који се њему покоравају.“ Потом су Јевреји оптужили ђакона Стефана да „хули на Мојсија и на Бога“ и каменовали га (Дјела апостолска, 6, 11; 7, 58–60). Иза тога следило је мноштво хришћанских мученика, који су осуђивани на смрт јер су одбијали да римским царевима указују божанске почести, обавеза од које су били ослобођени једино Јевреји као „стара религија“. То ће потрајати до зиме 312. на 313. годину, када Константин Велики и Лициније издају у Милану едикт о толеранцији. Али, и главни говорник раног француског либерализма Benjamin Constant, посебно имајући у виду револуционарно законодавство из 1793. године, пише почетком 19. века (Constant, 1957: 1075 ид.): „Никаква дужност нас не обавезује према тим

наводним законима, чији корумпирајући утицај угрожава најплеменитије делове наше егзистенције, према тим законима који не само што скучавају наше легитимне слободе, већ такође и наређују радње супротне оним вечитим принципима правде и милосрђа којима човек не може да се не повинује, а да не поквари и порекне сопствену природу... Позитивна, општа дужност, без ограничења, кад год закон изгледа неправедним, јесте да не будемо његов извршилац. Та снага инерције не повлачи ни поремећаје, ни револуције, ни нереди. Ништа не оправдава човека који пружа помоћ закону за који верује да је неправедан“.

Право на офанзиван отпор у ствари је право прибегавања самопомоћи, устанку против нелегитимних власти и нелегитимних заповести. То право такође проистиче из суштине нелегитимитета. С тим што то право практично не може да врши усамљени појединац, већ институције. Један од водећих правних и политичких теоретичара 18. века, Швајцарац Burlamaqui (Burlamaqui, 2003/1: 91), пише: „Ако претпоставимо опаку власт; ум, далеко од тога да је одобрава, устаје против ње као против непријатеља који је утолико опаснији што је моћнији. Човек не би могао да призна такву власт као право; насупротив томе, он је овлашћен да на сваки начин уклони од тако ужаснога господара, како би се сакрио од зала која би могао да неправедно претрпи од њега.“ А у једном другом делу, он каже (Burlamaqui, 2003/2: 130): „...када кажемо да је народ у праву да се одупре тиранину, или чак да га свргне, не треба да под речју народ разумемо подлу светину или земаљски олош, нити заверу малог броја бунтовника, већ највећи и најразборитији део поданика из свих сталежа краљевине. Тиранија... мора бити очигледна и пропраћена најтврђим доказима“.

Само, вршење офанзивнога права на отпор може бити крајње опасно по државно јединство и довести и до интервенције страних сила. Duguit, који признаје право на отпор у свој његовој пуноћи, подразумева и таква повратна дејства (Duguit, III, 1930: 805): „Остаје питање агресивнога отпора или права на устанак. Теоријски, ни овде одговор не може да изазива сумњу. Свака влада (под њом подразумевам укупност власти постављених на врх државе) која, на трајан начин, доноси законе вређајуће више право које се намеће држави, која предузима или допушта да се предузимају самовољни акти који крше постојеће законе, јесте тиранска влада која изневерава своју мисију, и народ који прибегава револуцији (исправније би било рећи „устанку“, М. П.) да би је свргнуо без даљег ради легитимно. Не би се могло оспорити да је у историји било легитимних револуција (исправније би било рећи „легитимних устанака“, М. П.). Али, слажем се да у стварности вршење једног таквог права повлачи са собом велике опасности. Сви политички философи, који су од светог Томе до Locke-а признавали право на устанак,

имали су у виду те опасности препоручивали да се тај лек користи само уз крајњи опрез.“ Но, једину алтернативу нуди институционализација права на офанзиван отпор. Сам Duguit вели у другој књизи (Duguit, II, 1928: 198): „С друге стране, ако су, како верујем, друштвене групе на путу да се интегришу у унутрашњост свакога националног друштва и нарочито у Француској посредством синдикалних формација, оне ће моћи да организују снажан и мирољубив отпор примени угњетавачких закона.“

Мисао о институцији која остварује право на офанзиван отпор и која је легитиман „чувар устава“ јер је судеоник у општој вољи, није нова. Овде из епохе савремене државе, која почиње с француском револуцијом, а претходници су му били спартански ефорат и староримски трибунат, ваља као први пример истакнути „Сенат чувар“ (Sénat conservateur) из Устава Француске Републике од 13. децембра 1799. По том уставу, Сенат чувар, чији је идејни творац највећи уставописац из доба Француске револуције Е. Ј. Siéyès, одржава или поништава све акте који су му као неуставни достављени од Трибуната или Владе. Попуњава се кооптацијом, али његов избор нових чланова мора се кретати у оквирима предлога које су учинили Законодавно тело, Трибунат и Први конзул. Сенатор је непокретан и његова служба је доживотна. Касније је Сенат чувар, полазећи од своје власти аутентичнога тумачења Устава, почео да врши и уставотворну власт. Слично је био постављен и Сенат по францускоме Уставу од 14. јануара 1852. По њему, Сенат је чувар основнога друштвеног уговора (pacte fondamental) и јавних слобода, и никакав закон не може бити проглашен пре него што му је био подастрт. Он се супротставља проглашењу: 1. закона који би били супротни Уставу или га вређали, или вређали религију, морал, слободу вероисповести, слободу појединца, неприкосновеност својине и начело непокретности судија; 2. закона који би могли да угрозе одбрану територије. Путем сенатус-консулта он уређује: 1. устав колонија и Алжира; 2. све што није било предвиђено Уставом, а нужно је за његову примену; 3. смисао чланова Устава који дају места различитим тумачењима. Сенат се састоји: 1. од кардинала, маршалâ, адмиралâ; 2. од грађана за које председник Републике сматра да их треба уздићи на положај сенатора. Сенатори су непокретни и доживотни.

У часу гласања за француски Устав од године III (1795), Siéyès је такође изнео идеју репрезентације друштвених елемената различитих од становништва. Том приликом је рекао (Moniteur, Réimpression, XXV, 294, cit. in: Duguit, II, 1928: 760): „Ако бисмо хтели установити нешто најбоље од те врсте, онда бисмо, по моме мишљењу, усвојили комбинацију подесну да у законодавство уђе отприлике једнак број људи посвећених трима великим радовима, трима великим индустријама које сачињавају покрет и

живот просперитетнога друштва; говорим о сеоској индустрији, градској индустрији и о оној чије је место свуда и чији је предмет култура човека, и доћи ће дан када ће се опазити да су то важна питања.“ Француски народни посланик и истакнути поборник хришћанске демократије Marc Sangnier у својој парламентарној беседи 1920. изјављује: „Оно што захтева велики број радника, организовани пролетеријат или радије организована професија, како мануелне професије тако и интелектуалне професије,... то је да се све те снаге не сматрају као снаге које се консултују само с времена на време и чије се мишљење не мора прихватити, већ као интегрални део националних снага, у смислу да поред политичке репрезентације која смо овде, буде успостављена и репрезентација економских интереса земље. Аутентична репрезентација као и друга. Дуалитет скупштине већ постоји. Уместо нашега политичког сената, захтевам професионални сенат... Захтевам да постоји двоструко представништво: с једне стране, политичка репрезентација и, с друге, репрезентација економских интереса, свих интереса, како оних послодаваца тако и оних радника.“ (Chambre des députés, 21. маја 1920: Journal officiel, 1605: cit. in: Duguit, II, 1928: 761 ид.).

Но, обједињавање концепта сталешкога, синдикално-професионалнога представништва и концепта институционализације права на отпор, из ког обједињавања происходи појам легитимнога „чувара устава“, највећма је заслуга Duguit-ева.

Сталежи образују основ државнога уређења. Немачки правни философ и криминолог W. Sauer (Sauer, 1961: 54 ид.) вели: „У свакој држави расте, независно од државне форме и чак независно од образовања и утицаја политичких странака, с растућом културном зрелашћу становништва нарочито на економском, техничком и културном пољу значај интересних скупина и уопште њихових предводника, које у свом смислу теже ‘општем добру’... Оне надзиру државне послове и страначке вође, настоје да на њих утичу путем ‘погодби’ и да изнуде извесне радње путем својих средстава моћи (штампа, штрајкови). Министарства нису зависна само од страначких вођа, него и од представника интереса. Тако се изграђује, противно свим законским процедуралним нормама, друштвена воља, опште добро. Власт напослетку не припада, такође у демократијама, политичким странкама, већ представницима интереса. Ови коначно опредељују опште добро, а оно важи као правда.“

Но, зашто сталези, то јест професионалне скупине, немају своје представништво у државном парламенту, као један дом равноправан са домом који происходи из општих избора које контролишу политичке странке, већ су као „скупине за притисак“ гурнуте у „природно стање“?

Напросто зато, гласи одговор, што то не дозвољавају политичке странке, које би, у режиму постојања сталешкога парламентарног представништва, увелико изгубиле не само своју моћ, већ и разлог постојања.

2. Додатак о легитимитету црквених власти

Спољашњи легитимитет, то јест признање од друге државе или других држава, нема утицаја на постојање државе. Смисао тог признања је воља признавајуће државе да успостави редовне односе са признатом државом (в.: Новаковић, I, 1936, 21). Но, у односима државе и Цркве спољашњи легитимитет је неопходан услов постојања Цркве као правне заједнице. Другим речима, црквено право на територији једне државе настаје тек када држава о чијој се територији ради призна Цркву, при чему то признање не мора бити изрично; довољно је да државне и црквене власти ступе у међусобне односе. Додуше, Црква је и у време када је римска држава није признавала, штавише, када ју је прогањала, имала своја правила понашања. Тако су још у апостолско доба апостоли и старешине јерусалимске Цркве прописивали уредбе („догме“ или „догмате“ у старогрчком и латинском тексту Библије) којих су биле дужне да се придржавају остале цркве (Дјела апостолска, 16, 4). Уједно, хришћанска Црква је морална заједница, у којој вера и морал чине неодвојиво јединство. Апостол Павле у „Посланици Римљанима“ вели (1: 21–32): „Јер познавши Бога, не прославише га као Бога, нити му хвалу дадоше, него залудеше у својим мислима, и утону у таму неразумно срце њихово. Градећи се мудри полудеше, и претворише славу бесмртнога Бога у облик смртнога човека и птица и четвороножних животиња и гмизаваца. Зато их предаде Бог по жудњама срца њихових у нечистоту, тако да они сами оскрвњују своја сопствена тела, они који претворише истину Божју у лаж, и дадоше већу част и службу створењу него створитељу, који је благословен на све векове. Амин! Зато их предаде Бог срамним страстима; јер женске њихове претворише природне односе у противприродне, а тако исто и мушкарци, напустивши природне односе са женским родом, распалише се похотом један на другог, чинећи мушкарци са мушкарцима ствари срамне, и примајући на себе саме плату достојну свог застрањивања. И како не мараху да познају Бога, то их Бог предаде уму њиховоме поквареноме, да чине што не ваља, пуни будућа сваке неправде, злоће, блуда, лакомства, пакости: пуни зависти, убиства, свађе, лукавства, злоћудности; клеветници, опадачи, недушевни, Богу мрски, силеџије, хвалише, охоли, измишљачи зла, непокорни родитељима, неразумни, неверни, нељубазни, непримирљиви, немилостиви; и који, и познајући правду Божју, по којој заслужују смрт они који то чине, ипак не само да то сами чине, него и повлађују онима који то раде.“

Та правила била су, наиме, првобитно етичке и конвенционалне норме, и не правна правила. (О етичким и конвенционалним нормама и њиховој разлици од правних норми в.: Somló, 1917: 66–69, 72–75 et passim). Но, све се то променило доношењем наведеног едикта Константина Великог и Лицинија о толеранцији, јер је њиме хришћанска Црква била призната од државне власти. Од тада она постају правилима црквенога права. С тим, што та правила остају потчињена државном праву. То недвосмислено каже и апостол Павле у „Посланици Римљанима“ (13: 1–4): „Свака душа да се покорава властима које владају; јер нема власти да није од Бога, а што су власти, од Бога су постављене. Тако који се супротстави власти супроти се наредби Божијој; а који се супроте примиће гријех на себе. Јер кнезови нијесу страх добријем дјелима него злијем. Хоћеш ли пак да се не бојиш власти, чини добро и имаћеш хвалу од ње; Јер је слуга Божиј теби за добро. Ако ли зло чиниш, бој се; јер узалуд не носи мача, јер је Божиј слуга, осветник на гњев ономе који зло чини“.

У режиму одвојености Цркве и државе, то јест слободе вероисповести, црквене власти су дужне да се придржавају општих, једнаких за све закона, рецимо оних који се тичу правне способности, забране ретроактивности, поштовања личнога достојанства које укључује право на поштено суђење. Ако правни акти или радње црквених власти вређају неке од тих закона, државни суд може да такве акте поништи и радње забрани, те да досуди обештећење повређеним лицима. Но, држава не сме да испитује унутрашњу легитимност црквенога права, то јест питање хијерархије извора црквенога права. Она посебно не сме да испитује важење црквених догмата, јер они чине суштину црквене вере и слободе вероисповести. Ваља приметити да се слобода вероисповести као основно право управља против државе, и не против трећих лица, посебно не против верских заједница, против Цркве. Оно забрањује државну, али не и црквену нетолерантност. Остаје и под режимом слободе вероисповести недирнуто право Цркве да своје припаднике, како духовнике тако и лаике, принуђује да извршавају своје унутарцрквене дужности применом унутарцрквених средстава; у ту сврху Цркви стоји на располагању њена власт стеге и дисциплиновања (црквено казнено право). Разуме се, то право не сме стајати у супротности са државним правом.

У режиму државне цркве, који је у појединим хришћанским земљама постојао до у 20. век, државна Црква имала је мноштво повластица. Црквене некретнине биле су неутуђиве (принцип „мртве руке“), тако да је Црква временом постајала највећи земљопоседник, Црква је била ослобођена пореза и плаћања државне поште и превоза, државни поглавар могао је да својим поданицима наметне своју веру („Cuius regio, eius religio.“),

да прекршиоце црквенога права, посебно јеретике, гони као злочинце против државнога права, био је у сваком погледу дужан да штити Цркву на својој територији („advocatus ecclesiae“). С друге стране, Црква је под овим режимом имала и посебне дужности. Била је обавезна да из своје имовине збрињава сиротињу и удовице. Земаљски владар био је и црквени поглавар (summus episcopus). С тим у вези, он је могао да поставља и смењује црквене великодостојнике, те да се, штавише, меша и у догматска питања. Тако је римски цар Теодосије I својим знаменитим солунским едиктом од 27. фебруара 380. (Codex Theodosianus, 16, 1, 2) прогласио хришћанском религијом само ону хришћанску веру коју исповедају на Западу римски епископ Дамаз и на Истоку александријски епископ Петар. Сазивајући васељенске саборе, византијски цареви могли су да меродавно утичу на утврђивање догмата и осуђивање јереси о којим се питањима расправљало на тим саборима. Како примећује Mommsen (Mommsen, 1955, 597), „али исправно хришћанство, православна вера, увек је вера часовитога цара“. Енглески краљеви прописали су учење и устав англиканске Цркве после раскола са Римом; (в.: Jedin, IV, 2004: 271 илд.).

Као подраздео „државне цркве“ јавља се „црквена држава“. Она у Западној Европи постоји у доба када је римски папа био не само поглавар римокатоличке Цркве, већ и врховни владалац римокатоличкога света; он је одлучивао о легитимитету владарâ њиховим крунисањем и изопштењем (екскомуникацијом) које је било равно свргавању. То доба трајало је од 11. до 13. века.

Постоји и трећа могућност уређења односа између државе и Цркве, која се испољава као њихова релативна равноправност. Та релативна равноправност огледа се у томе да држава пристаје да своје међусобне односе са Црквом уреди уговором са њом. Те уговоре нарочито настоји да закључи папа као државни поглавар Ватикана и првосвештеник римокатоличке Цркве. Ти уговори називају се „конкордатима“. Но, постоје и споразуми између појединих држава и других хришћанских цркава. Тако је правни положај православне Цркве у Босни и Херцеговини, а у оквиру Цариградске патријаршије, био уређен конвенцијом од 31. марта 1880. између царско-краљевске аустро-угарске владе и цариградскога патријарха. По тој је конвенцији врховни духовни старешина босанско-херцеговачке Цркве био цариградски патријарх, а именовање епископâ епархија у њеном саставу вршио је аустријски цар. Пошто у СР Немачкој важи конкордат са папском столицом, чија је материја после доношења Основнога закона од 1949. подељена између Савеза и савезних покрајина, поједине савезне покрајине су закључиле уговоре са појединим протестантским црквама, као и са јеврејским општинама. На тај начин

су све те цркве, односно верске заједнице, постале установе јавног права. Устав Италијанске републике од 27. децембра 1947. упућује на конкордат са папском столицом („Латерански уговори“) у своме чл. 7: (1) „Држава и Католичка Црква јесу, свака у своме поретку, независне и суверене. (2) Њихови међусобни односи уређени су Латеранским уговорима. Измене тих уговора, које су обе стране прихватиле, не захтевају поступак измене Устава“.

У погледу правне природе конкордата изнећемо само два супротстављена гледишта истакнутих представника науке међународног права. По једном, конкордат уопште није уговор међународног права (Trierel, 1958. 286, 166, подбелешка 1; Schmitt, 1985: 171, 204). По другом, конкордат је међународни уговор сличан међународном уговору који држава закључује са неком међународном организацијом (Dahm, III, 1961: 13 ид.). Но, без обзира на правну квалификацију конкордата, чињеница је да су државе током историје укидале конкордате обичним законима; (в.: Милаш, 2004: 760 ид.). Такође, и немачки Савезни уставни суд заузео је став да је немачки конкордат обичан савезни закон, при чему наука не оспорава то становиште; (в.: von Campenhausen/de Wall, 2006: 46). Из свега овога може се извести закључак да постоји правни обичај следствено коме држава може својим унутрашњим законодавством да стави ван снаге раније закључени конкордат. Тај правни обичај оправдан је из два разлога. Прво, држава није дужна да неограничено дуго и безизузетно трпи на својој територији извесну установу јавног права. Друго, конкордат је такав уговор од којег само римокатоличка Црква има користи, док држава њиме само преузима обавезе на себе. Дакле, конкордат је такав уговор који вређа принцип комутативне правде, који мора да важи у целокупноме уговорном праву.

Литература

- Austin J., (2002). Lectures on Jurisprudence of the Philosophy or Positive Law, 4th Ed., rev. and ed. by R. Campbell, Reprinted, Bristol
- Allen, Sir C. K. 1958). Law in the Making, 6th Ed., Oxford, The Clarendon Press
- A. Freiherr von Campenhausen/H. de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl., München
- Burlamaqui, (2003/1). The Principles of Natural Law By J. J. Burlamaqui, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, N. J.
- Burlamaqui, (2003/2). The Principles of Politic Law By J. J. Burlamaqui, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, N. J.
- Dahm, G. (1961). Völkerrecht, Stuttgart

- De Jouvenel, B., (1972). *Du Pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Paris, Hachette
- Duguit, L., (1927). *Traité de droit constitutionnel*, I, 3-e éd., Paris
- Duguit, L., (1930). *Traité de droit constitutionnel*, III, 3-e éd., Paris
- Duguit, L., (1928). *Traité de droit constitutionnel*, II, 3-e éd., Paris
- Durkheim, E., (1956). *Les règles de la méthode sociologique*, 13-e éd., Paris
- Esser, J., (1956). *Grundsetz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen
- Jedin, H., (2004). *Велика повијест цркве, уређује Н. Jedin, IV, написао Е. Is-erloh, Zagreb*
- Jhering, von R., I, (1878). *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, 4. Aufl., Leipzig
- Constant, B., (1957). *Oeuvres*, par A. Roulin, Paris, Gallimard
- Kraushaar (Hg.), W., (1998). *Frankfurter Schule und Studentenbewegung 1946-1955, I: Chronik*, Hamburg
- Krüger, H., (1966). *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Stutgart/Berlin/Köln/Mainz
- Laferrière, E., (1887, 1896). *Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux*, I, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887, 2-e éd
- Marcic, R., (1957). *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien
- Merkel, A., (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig/Wien
- Милаш, Н., (2004). *Православно црквено право, фототипско издање, Београд/Шибеник*
- Mommsen, Th., (1955). *Römisches Strafrecht*, Photomechanischer Nachdruck, Berlin
- Montesquieu, (1894), *Espirit des lois par Montesquieu, avec les notes de l'auteur*, Paris, Firmin-Didot et Cie
- Новаковић, М., (1936). *Основи међународног права*, I, Београд
- Puchta, G. F., (1837). *Das Gewohnheitsrecht*, II, Erlangen
- Puchta, G. F., (1872). *Pandekten*, 11. Aufl., Leipzig

Pound, R., (1934). *Hierarchy of Sources and Formes in Different Systems of Law*, 7 *Harvard Law Review*, 475 sqq.; *Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé*, II, 1934, 9 sqq. (превод на француски)

Pound, R., (1919). *Administrative Application of Legal Standards*, *American Bar Association Report*, 44/1919, 445 sqq

Ripert, G., (1935). *La règle morale dans les obligations civiles*, 3-e éd., Paris

Ripert, G., (1949). *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Paris

Rousseau, J.-J. (1964). *Oeuvres complètes*, III, sous la direction de B. Gagnebin/M. Raymond, Editions Gallimard

Savigny, von F. C., (1840). *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, Veit und Comp

Savigny, von F. C., (1847). *System des heutigen Römischen Rechts*, VI, Berlin

Savigny, von F. C., (2002). *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, The Lawbook Exchange, Ltd., Union, N. J.

Sauer, W., (1961). *Einführung in die Rechtsphilosophie für Unterricht und Praxis*, 2. Aufl., Berlin

Simon, H., (1984). in: *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, herausg. von E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, unter Mitw. von K. Hesse, II, Berlin/New York

Somló, F., (1917). *Juristische Grundlehre*, Leipzig

Schmitt, C., (1985). *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3. Aufl., Berlin

Triepel, H., (1958). *Völkerrecht und Landesrecht*, Nachdruck, Aalen

Weber, M., (1964). *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, herausg. v. J. Winkelmann, Erster Halbband, Köln/Berlin

Wolf, E., (1959). *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, Karlsruhe

Wolzendorff, K., (1916). *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, Breslau

Milan Petrović. LL.D.

Full Professor (retired),

Faculty of Law, University of Niš

On the Legitimacy of the Constitutional Courts and Institutionalization of the Right to Resistance, with reference to the Legitimacy of Church Authorities

Summary

The concept of legitimacy has a dual meaning: it is both the form of supreme power of the state and the justification of that power. Max Weber distinguishes three types of legitimate authority: traditional authority, charismatic authority, and the rational-legal authority. The prevailing form of power in the modern world is the third type of legitimate authority, which is reflected in the concept of “the legal state” or “the rule of law rather than the rule of people”. In that regard, the rational-legal authority is based on Jean-Jacques Rousseau’s idea on law as the expression of the “*general will*”. This idea was introduced into the French Declaration of the Rights of Man and the Citizen (1789): “Law is the expression of the general will. Every citizen has a right to participate, personally or through his representatives, in its foundation. It must be the same for all, whether it protects or punishes...” Consequently, except for the entire body of citizens (referendum legislation) and their representatives (parliamentary legislation), all other state authorities emerge as the holders of the *particular will*. In this original article, the author lays down the theoretical standpoint that “the general will” is in fact a totality of (normative) legal principles.

Today, the institution of a constitutional court (or some other equivalent institution) is recognized in almost all legislations of the European-Continental legal tradition falling into the Roman-Germanic-Slavic legal family. There is no dispute on whether such an institution may examine the compliance of by-laws with the Constitution and the applicable law because, in that case, the holder of one particular will controls the holder of another particular will. However, it is disputable whether the constitutional court, as the holder of particular will (and the only administrative authority whose members are selected by the legislature), may invalidate the laws which it considers to be unconstitutional because, in that case, one particular will rises above the general will. According to Rousseau, this is despotism, which is indisputably a form of illegitimate power.

Yet, law need not necessarily be the expression of the general will. Rousseau clearly distinguishes between man as an individual (who is a holder of the par-

ticular will and the citizen (who is a holder of the general will). Thus, we cannot rule out the possibility that these particular wills may exercise different forms of oppression over the general will, under the shroud of law. Rousseau does not explicitly propose the solution for such a state of affairs but merely points out that the holders of the particular will “shall be forced to be free”.

This raises the question of the right to resist oppression. This right was a much debated issue at the turn of the Middle Ages and the New Age. The leading proponents of political philosophy, Monarchomachs and John Locke consider that this right does not belong either to an individual or to the masses of common people but to the nations organized in corporations. The ultimate message in this paper is the need for the revival of corporations as the holders of the right to resist oppression, in the best tradition of Roman *tribunes* and Spartan *ephors*.

The addendum deals with the “external legitimacy” of church authorities which entails their recognition by the state as an essential presumption for the existence of Church Law; in that context, the author elaborates on different types of relations between the state and the Church.

Key words: legitimacy, general will, legal principles, estate assembly (representatives of vocations) as “the guardian of the constitution”, Church authorities