

BIBLIOTEKA „EVROPA“



Objavljivanje ovog dela podržala je književna mreža TRADUKI koju čine Savezno ministarstvo za Evropu, integraciju i spoljne poslove Republike Austrije, Ministarstvo spoljnih poslova Savezne Republike Nemačke, Švajcarska fondacija za kulturu „Pro Helvecija“, Udruženje prevoditeljki i prevodilaca (Centar za književnost Beč) po nalogu Saveznog ministarstva umetnosti, kulture, javne uprave i sporta Republike Austrije, Gete institut, Javna agencija za knjigu Republike Slovenije, Ministarstvo kulture Republike Hrvatske, Resor za kulturu Vlade Kneževine Lihtenštajn, Fondacija za kulturu Lihtenštajn, Ministarstvo kulture Republike Albanije, Ministarstvo kulture i informisanja Republike Srbije, Ministarstvo kulture Rumunije, Ministarstvo kulture Crne Gore, Ministarstvo kulture Republike Severne Makedonije, Ministarstvo kulture Republike Bugarske, Sajam knjiga u Lajpcigu i Fondacija „S. Fišer“.

Glavni i odgovorni urednik
JAGOŠ ĐURETIĆ

Urednik
SLOBODAN SAMARDŽIĆ

Ingeborg Maus

SUDSTVO KAO DRUŠTVENI SUPER-EGO

O mestu sudske prakse u demokratiji

S nemačkog prevela
Ljiljana Glišović

ALBATROS  PLUS

Beograd, 2020.

Naslov originala:

Ingeborg Maus: Justiz als gesellschaftliches Über-Ich – Zur Position
der Rechtsprechung u der Demokratie

©Suhrkamp Verlag Berlin 2018

U znak sećanja na Duška

U despotskim državama zakonâ ni nema: sudija je sam sebi zakon.
Iz ustavne prirode nove republikanske vladavine proizlazi da
sudije moraju slediti slovo zakona.
Monteskje

SADRŽAJ

Uvod	9
I Sudstvo kao društveni super-ego. O funkciji sudske prakse u „društvu bez oca“	13
II Prilog istoriji ideja podele vlasti i funkcije pravosuđa. Demokratija i pravosuđe u perspektivi nacionalne Države i Evrope.....	35
III „Vezanost zakonom“ sudstva i struktura nacionalsocijalističkih pravnih normi	73
IV Pravna metodika i funkcija pravosuđa u nacionalsocijalizmu	91
V Pledoaje za metodologiju koja je specifična za pravnu oblast ili: protiv imperijalizma u raspravi o pravnim metodama	115
VI Prilog problematici postulata racionalnosti i pravne države u pravnoj metodici na primeru Fridriha Milera	129
VII Od pravne do ustavne države. Prilog kritici jurističkog sprečavanja demokratije	151
VIII O odnosu prava i morala	167

UVOD

„Srčanim komorama“ naše demokratije nazvana su oba senata Saveznog ustavnog suda povodom 60-godišnjice početka njegovog odlučivanja – posebno zbog toga što kroz njihovu sudsku praksu „naizgled čvrsti ustavni tekstovi [...] stalnim ažuriranjem mogu da dobiju nove sadržaje“.¹ Ono što se ovde hvali, iz istog razloga se kritikuje kao širenje granica Suda. „Sve njegove izreke proizvode ustavno pravo i mogu da obavezuju demokratskog zakonodavca“ – čime upravo „nastaje problem legitimnosti“ demokratske participacije.² Dok se Osnovni zakon u preambuli poziva na „ustavotvornu [...] vlast“ naroda i u članu 38 zakonodavstvo Bundestaga legitimiše samo opštim izborima – poziva, dakle, na narodnu suverenost, Savezni ustavni sud mora da se, na osnovu svoje prakse, označi kao kontrahent narodne suverenosti.

S obzirom na, u narodu, gotovo pobožno poštovanje Saveznog ustavnog suda: narod princip narodne suverenosti dragovoljno delegira najvišem sudu – primereno je sudsku praksu Saveznog ustavnog suda dovesti u vezu sa psihičkim mehanizmima ovoga procesa. Napet odnos između demokratije i sudstva pojavljuje se samo u nekoliko faza javnih protesta. Pre svega u 1970-im godinama, kada je socijalno-liberalna koalicija usvojila niz reformskih zakona. Savezni ustavni sud sve te zakone odbija, u potpunosti ili delimično, i odluke zakonodavca (kao što je to slučaj u zakonu o pravu na saodlučivanje, za velika preduzeća) podvrgava ograničenju mogućom ispravkom u slučaju da buduće delovanje zakona naškodi „funkcionisanju preduzeća“ i „ukupnoj ekonomiji“.³ Oštra kritika Saveznog ustavnog suda fokusirana je, dakle, na njenu sudsku praksu u 1970-im godinama. Kasnije faze (manje podložne kritici) nisu uzete u obzir (poglavlje I).

¹ Michael Stolleis (Hg.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München 2011, Vorwort, str. 2.

² Christoph Möllers, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, str. 283–408, ovde 284, 332.

³ BVerfGE [Bundesverfassungsgesetz / Savezni ustavni zakon – *prim. prev.*] 50, 290, 332.

Istraživanja o položaju sudstva u političkom sistemu ne tiču se samo Saveznog ustavnog suda u kontekstu demokratskih struktura, već obuhvataju i nadležnost suda u nacionalsocijalizmu, sa posebnim osvrtom na pravnu metodologiju, čiji se neprekinuti kontinuitet analizira nakon 1945. (poglavlja III i IV).

Taj kontinuitet postoji i na evropskom nivou. Ovde se ne eliminiše samo demokratsko zakonodavstvo, nego se i sudska praksa na osnovu konflikta nadležnosti sudova u sistemu u više nivoa, i razlika između svagdašnjih pravnih osnova, preokreće na ekstremno „meko“ pravo. Ovaj proces povezuje se s redukovanjem principa demokratske podele vlasti, koji su, između ostalog, razvili Lok i Kant, na model još feudalno impregniranog sistema vlasti kod Monteskeja (koji je, sa druge strane, zahtevao striktno vezivanje sudstva za zakone). Upravo Monteskejev model „podele vlasti“, koji se danas shvata kao jedini mogući, nema za cilj podelu vlasti, nego podelu suverenosti – dok demokratski modeli podelu vlasti postižu upravo nedeljivošću narodne suverenosti u pogledu zakonodavne „vlasti“ i njenog striktnog razdvajanja od izvršne vlasti. Kod Monteskeja, međutim, postoji, u zakonodavstvu, koegzistencija zakonodavne i izvršne vlasti – na osnovu kraljevog prava veta. Ne obazirući se na Monteskejev zahtev da se uvede jedna zasebna legislativna komora naslednog plemstva, za zaštitu njegovih privilegija i kao međuvlast, njegova verzija sadrži konstitutivne principe današnjeg hegemonijalnog prezidijalnog sistema. Kao što je poznato, na mesto kralja, u pogledu prava veta na zakone, stupa predsednik. Parlamentarni sistem, koji barem posredno organizuje narodnu suverenost, odavno je u defanzivi. Najraniji napad na njegove principe formiran je u debati o ratifikaciji Ustava SAD, s tim što i do danas u literaturi SAD postoje nesporazumi u pogledu parlamentarnih struktura i principa narodne suverenosti. Što se tiče sudske odluke u datom sistemu podele vlasti, tu se suprotstavljeni protagonisti slažu. I Monteskeji i kontraktualisti – Lok, Kant, Ruso i čak Hobs – zahtevaju strogo vezivanje sudstva za zakon. Nasuprot njima, pravne metodologije koje nadiru od početka 20. veka vode deformalizovanju prava, i ne samo da sudove oslobađaju svakog vezivanja za zakone, već uništavaju i sistem demokratske podele vlasti (poglavlje II).

Što se tiče razvoja pravne metodologije u Saveznoj Republici Nemačkoj, pada u oči fenomen neslaganja među različitim metodološkim školama. Može se pokazati da se ne slažu, pre svega, na jednoj strani, privatnopravne pozicije sa ustavnopravnim i krivičnopravnim, na drugoj strani, pri čemu svaka strana svoj specifični metodološki pristup uopštava. U vezi sa tim preovlađujuća dominacija građanskopravnih metoda, koje fleksibilizovanjem prava reaguju na sve veće ubrzavanje društvenih promena, mogla bi na kraju krajeva da demokratski politički sistem u ustavnopravom i krivičnopravnom kontekstu preobrati u autoritarni. Iz toga razloga hitno se preporučuje primena metodologije svojstvene pravnoj oblasti (poglavlje V).

Antipod metodama koje ukidaju pravo nalazi se u veoma složenoj teoriji Fridriha Milera. Ona je (kao pravna metodologija, ustavna i pravna teorija) zaslužna što je okarakterisala pravnodržavne i demokratske deficite preovladavajuće pravne metodologije, koja izbegava sopstvenu pravnu metodiku. Ona se, doduše, ne vraća na klasičnu pozitivističku teoriju tumačenja prava već insistira na *post*pozitivističkoj koncepciji, koja garantuje stepen racionalnosti koji je pravni pozitivizam već dostigao. Milerov postulat racionalnosti i pravne države od sudstva zahteva metodsku jasnoću u smislu stvarne predvidivosti pravnih odluka, i istovremeno služi analizi onih faktičkih tokova sudskih odlučivanja na koje se pravni pozitivizam ne obazire. Milerova metodologija „strukturiranja“ koncipira hijerarhiju konkretizujućih elemenata za konkretizaciju sudskih poslova, koja obećava znatnu meru racionalnosti i mogućnost kontrole sudskih odluka. Nju, doduše, podrija normativistička pravna teorija, koja razlikovanje između programa i oblasti norme iz pravnodržavnih razloga smatra neizostavnim, ali pretpostavlja da je u doslovnom tekstu norme program norme tako nepotpun da se može dešifrovati samo analizom oblasti norme. U tome pogledu je strogo državnopravno i demokratski orijentisana metodika jedva u stanju da zakonodavcu povrati prostor izgubljen u pravosuđu (poglavlje VI).

Napetost između demokratije i sudstva treba definisati i s aspekta istorijskih varijanti pravne države. Demokratska pravna država nastala je u kontekstu Francuske revolucije. Bila je to *formalna* pravna država, koja je zahtevala totalnu juridizaciju državnog aparata, dok je građanima garantovala vanpravne prostore izvan precizno formulisanih zakona. Pod restriktivnim uslovima nemačkog konstitucionalizma pravna država bila je usmerena samo na obuzdavanje državne vlasti, ali je širenje zakonskog koncepta na bilo koji predmet (kako je zahtevao Robert fon Mol⁴) jačalo zakonodavstvo u odnosu na uredbe izvršne vlasti, i pokušavalo da čitavo delanje države podvede pod zakone. I verzija pravne države bila je *formalna*. Današnjim metodama sudske prakse Saveznog ustavnog suda pravna država je, međutim, *materijalizovana*. Osnovna prava upredmećena u vrednosni sistem iskorištavaju se protiv zakonodavca, sa posledicom da se državni aparati prodorom na „više“ norme oslobađaju vezanosti za „obične“ zakone i prelaze na samoprogramiranje. Tako se u svakom pogledu formalna pravna država pokazuje kao uslov mogućnosti demokratije (poglavlje VII).

Raširena odbojnost prema pravnom pozitivizmu budi sumnju da je on odgovoran za proizvoljne pravne sadržaje i kvantitativno povećanje prava. Suprotna pozicija zastupa remoralizaciju prava u nadi da će se uvođenjem moralnih principa u pravo ograničiti proizvoljnost i kvantitet legislacije. Što se tiče druge pozicije, može se pokazati da je posredi suprotno. Pozitivno pravo garantuje, prvobitno, pravni formalizam, koji dopušta izvanpravne prostore:

⁴ Robert von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, Bd. 1, Tübingen ²1840, str. 67.

ono što nije obuhvaćeno zakonskim činjeničnim stanjem u odgovarajućem važećem zakonu ne podleže nikakvoj pravnoj regulativi i izvan je domašaja države. S druge strane, uključivanje moralnih principa u pravo za posledicu ima nestajanje izvanpravnih prostora: u poređenju sa pravnim normama, znatno veća nedefinisanost moralnih principa dopušta da se gotovo svako stanje stvari može identifikovati kao pravno relevantno, i postati predmet sudske odluke. U tom smislu, remoralizacija prava dovodi do proširenja radijusa delovanja državnog aparata (poglavlje VIII).

Na ovome mestu čini mi se prikladnim uputiti reči zahvalnosti. Interdisciplinarnost se u nauci veoma ceni. Posredovanje između pravne i političke nauke može, međutim, dovesti do egzistencijalne raspolućenosti, od koje me je spasao Jirgen Habermas prijemom u svoju „Radnu grupu za pravnu teoriju“. Kao i uvek, veoma sam mu zahvalna. Veoma se zahvaljujem i svom prvom akademskom učitelju, Karlu Šmidu, koji je otkrio moje interesovanje za nauku i preneo mi prvi utisak o nedostatnosti normativne političke nauke bez znanja iz pravne nauke. I nasledniku na njegovoj katedri, grofu Kristijanu fon Krokovu veoma sam zahvalna na saradnji lišenoj svake hijerarhije, i njegovom učešću u mom procesu sticanja doktorata. Erhardu Deningeru posebno hvala na spremnosti da napiše stručno mišljenje o mom habilitacionom radu, bez čega ovaj projekat možda ne bi uspeo. Helmutu Rideru moram višestruko da zahvalim: to što je rukopis moje disertacije (o Karlu Šmitu) posle višegodišnjih uzaludnih pokušaja ipak prihvatila jedna izdavačka kuća, isključiva je zasluga njegovog sjajnog stručnog suda. Njegova je preporuka i da saznanja iz ovog rada primenim na vladajuću pravnu metodologiju i način rada Saveznog ustavnog suda. Poglavlja u vezi s tim tako su se našla u ovoj knjizi. Poglavlje VIII nastalo je tokom saradnje sa Jirgenom Habermasom u „Radnoj grupi za pravnu teoriju“.

I

SUDSTVO KAO DRUŠTVENI SUPER-EGO

O funkciji sudske prakse u „društvu bez oca“

Pre više od 50 godina Herbert Marcuse dijagnostifikovao je „zastarevanje psihoanalize“, tačnije: zastarevanje predmeta psihoanalize.⁵ Značenje figure oca za konstituisanje ja i „masa“ povlači se u porodici, kao i u društvu. Ne gradi se više individualna savest u sukobljavanju sa dominantnim ocem, već na njegovo mesto dolaze neposredne društvene direktive. Društvo se sve manje integriše ličnom vlašću, na čije nosioce bi još moglo da se prenese klasično formirano nad-ja. Oba procesa vode odnosima u kojima moć više nije vidljiva i opipljiva u onj meri u kojoj se, u isto vreme, individualnom socijalizacijom sve manje izgrađuje sposobnost za samostalnu verifikaciju društvenih zapovesti. Time „društvo bez oca“ [”vaterlose Gesellschaft”]⁶ promovise, što je paradoksalno, infantilizam subjekata, u kojima uz to iščezava i svest o sopstvenim odnosima zavisnosti. Utoliko se, zato, pojedincima i kolektivima lakše može dirigovati materijalnim zakonitostima i mehanizmima funkcionisanja razvijenog industrijskog društva, i pretvarati ih u objekte upravljanja.

Na prvi pogled u suprotnosti sa ovom Marcuseovom analizom izgleda da stoji uspon „treće vlasti“ počev od 20. veka, na kojoj se mogu prepoznati sve crte klasične slike oca. Pri tome nije reč samo o objektivnom proširenju funkcija sve većim procesuiranjem i pre svega prodorom ustavnosudske kontrole zakonodavstva naročito nakon Drugog svetskog rata.⁷ Ovaj razvoj prati i razumevanje sudstva od strane naroda, koje poprima crte gotovo dubokog religioznog poštovanja. Samo se u malom broju zemalja u pogledu ovog

⁵ Herbert Marcuse, ”Das Veralten der Psychoanalyse”, *Kultur und Gesellschaft* 2, Frankfurt/M. 1965, str. 85 i d. Ova analiza oslanja se već na radove u: Max Horkheimer (Hg.), *Autorität und Familie*, Paris 1936. Takođe: Alexander Mitscherlich, *Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft*, München 1973, naročito str. 307 i d.

⁶ Marcuse, ”Das Veralten der Psychoanalyse”, str. 96.

⁷ U vezi s tim videti niže.

fenomena još mogu identifikovati „leve“ i „desne“ pozicije u diskusiji o sudstvu. U njih spada Finska, gde se proces formiranja političke volje (isto kao, na primer, i u Velikoj Britaniji) do danas odvija bez ikakve kontrole ustavnosudskih normi. U Finskoj su konzervativci zahtevali uvođenje takve funkcije, dok se levica naprezala da sabere sve moguće argumente za sprečavanje njenog uvođenja. Savezna Republika Nemačka, kao što je poznato, ne spada u ove retke zemlje. Svaka kritika realno postojeće nadležnosti Ustavnog suda navlači na sebe sumnju da se izlazi iz okvira demokratije i vladavine prava – sumnju na koju se nailazi kod „levičara“. I sve ostale funkcije sudstva u Saveznoj Republici Nemačkoj nailaze na principijelnu saglasnost, koja manje ima karakter trezvene procene principijelnog osiguranja slobode preko sudstva nezavisnog od naredbi, nego što ukazuje na one libidinozne semantizacije koje, prema Markuzeu, više ne postoje za depersonalizovane nosioce funkcija tehnokratske vlasti.⁸

Najizraženiji povratak slike oca nazire se, izgleda, u američkoj proceni ustavnog sudstva. U SAD, koje su sprovođenjem ustavnosudske kontrole zakona već početkom 19. veka utemeljile jedan poseban model, novije izobražavanje jedne cele književne vrste, sudijskih biografija, upućuje na takav povratak. Iz retrospektive 20. veka sudska praksa Supreme Courta (Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država) strukturira se prema sledu velikih ličnosti sudija koji su „pisali“ istoriju Ustava.⁹ Sudije Vrhovnog suda pojavljuju se kao „proroci“, kao „bogovi prava sa Olimpa“.¹⁰ U prikazivanjima dolazi do izražaja, više nego u drugim oblastima, trend ka biografizmu, koji predstavlja samo nemoćnu reakciju na zamenjivost ličnosti u društvu kojim upravljaju objektivni mehanizmi. Karakteristika tih biografija sudija pre će biti u predstavi koja se pojavljuje kao sudsko-državna repriza srednjovekovnog „kneževog ogledala“* – da, naime, preduslov specifičnog obrazovanja ličnosti sudija nisu razumne i pravedne odluke.

⁸ Marcuse, „Das Veralten der Psychoanalyse“, str. 97 i d. – Ovo veliko poverenje koje se u Nemačkoj iskazuje prema sudstvu, naročito prema Saveznom ustavnom sudu, kvantifikovano je u anketama. Uprkos procentualnim kolebanjima, Savezni ustavni sud uvek stoji veoma visoko; slede policija i vojska, dok se poraženi parlament vrednuje samo neznatno bolje od partija koje su u njemu zastupljene. Videti *Wikipedia*, odrednica „poverenje u institucije“ / „Institutionenvertrauen“ (<https://de.wikipedia.org/wiki/Institutionenvertrauen>), poslednji put pristupljeno 19. 10. 2017.

⁹ Tako npr. Leon Friedman / I. Israel (Eds.), *The Justices of the United States Supreme Court. Their Lives and Major Opinions*, New York / London 1969.

¹⁰ Ovi pojmovi nalaze se u naslovu i posveti Alan Barth, *Prophets with Honor. Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, New York 1974. Posveta se odnosi na Hugo L. Black / Felix Frankfurter.

[* Kneževo ogledalo, priručnik o vrlini namenjen vladarima; knjiga pravila o ponašanju kneževa – *prim. prev.*]

U pravnoj teoriji vajmarskog doba u mnogim obrazloženjima prava sudskog nadzora** nad upravu demokratizovanim zakonodavcem nailazi se na prave pandane američkim sudijskim biografijama. Erich Kaufman govori u ime cele tadašnje konzervativne frakcije te diskutuje kad nalazi da se „padom monarhije“ nesumnjivo izgubio važan ujediniteljski simbol za nemački narod, i kao „zamenu“ ponudio osnovna prava novog ustava – i sudije koje ih tumače.¹¹ Uspom „kraljevskog sudije“¹² postiže se sledećim argumentima: za razumevanje osnovnih prava racionalističko prirodno pravo prosvetiteljstva je, po njima, prevaziđeno. Naročito načelo jednakosti pred zakonom upućuje na pojam „pravde“, koji implicira „ne samo [...] metodu za diskusije, [...] nego i [...] materijalni poredak“.¹³ Do te tačke je jasno da parlament koji diskutuje – a kamoli javnost koja diskutuje – ni u kom slučaju ne može da služi kao „zamena“ za carsku figuru oca. Pravda koja zahteva načelo jednakosti je, prema Kaufmanu, pre viši poredak, u jednakoj meri dat etici i „pravnoj savesti“, koji se očituje kao „čista posuda“ pravednog sudije. „Vrsna pravna ličnost“, kao posledica „moralnog vaspitanja“, pokazatelj je čak i realnog postojanja pravednog vrednosnog sistema, ukratko: „Pravednu odluku može da donese samo pravedna ličnost.“¹⁴ Na ovom begu iz složenosti društva u kojem su u pitanje dovedene upravo objektivne vrednosti, nije teško prepoznati klasičan obrazac delegiranja super-ega. Rasterećenje rasprave i komplikovanog postupka u procesima postizanja društvenog i političkog konsenzusa, u kojima se uopšte mogu naći socijalne norme i vrednosne predstave, postiže se, u pravosuđu, centralizacijom društvene „savesti“.

Činjenica da se u modernim teorijama sudskog odlučivanja sudska praksa i upravljanje moralom približavaju jedno drugom, potvrđuje se i u mnogo zahtevnijim konceptima stvaranja aktuelne teorije. Ronald Dworkin izražava potpuno dominantno mišljenje da se pravo i moral u sudskoj praksi ne mogu razdvajati. Po njemu, moralna gledišta i principi i onda kada u tekstu zakona nemaju uporište, direktno su imanentni pojmu prava, i od početka moraju da upravljaju sudskim odlučivanjem.¹⁵ Da je jedna takva teorija, suprotno svojoj

[** Tzv. sudska kontrola je koncept preuzet iz američkog prava – *prim. prev.*]

¹¹ Erich Kaufmann, „Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Rechtsverfassung“, *VVFStRL*, 3 (1927), str. 2–24, ovde 8 – nadovezujući se na formulacije Fridriha Nojmana. [*VVFStRL – Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* – publikacija Udruženja nemačkih profesora državnog prava; Udruženje je 1922. osnovao Hejnrih Tripel a čine ga nemački profesori javnog prava – *prim. prev.*]

¹² O ovom toposu, naročito o Teoriji slobodnog prava, videti niže.

¹³ Kaufmann, „Gleichheit vor dem Gesetz“, str. 11, 13 i d.

¹⁴ *Ibid.*, str. 12, 22.

¹⁵ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge / Mass. 1986, str. 3 i sl.; *Isti*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge / Mass. 1978, str. 7, 81 i d.