

**РЕПУБЛИКА СРБИЈА
УСТАВНИ СУД**

**УСТАВНИ СУД СРБИЈЕ
– У СУСРЕТ НОВОМ УСТАВУ –**

Београд, 2004. године

*Организовање Савешовања и издавање Зборника
радова са Савешовања Уставног суда Србије
„Уставни суд Србије – У сусрет новом уставу”
помогао је Правосудни центар за обуку и стручно
усавршавање, Карађорђева 48, Београд.*

**РЕПУБЛИКА СРБИЈА
УСТАВНИ СУД**

**УСТАВНИ СУД СРБИЈЕ
– У СУСРЕТ НОВОМ УСТАВУ –**

ЗБОРНИК РАДОВА

САВЕТОВАЊЕ

Београд, 2004. године

САДРЖАЈ

Страна

<i>Уводне напомене</i>	9
----------------------------------	---

РЕФЕРАТИ

Слободан Вучетић , председник Уставног суда Улога Уставног суда у процесу транзиције у Србији	13
---	----

I УЛОГА И ЗНАЧАЈ УСТАВНОГ СУДСТВА

Академик Војислав Становчић: Улога уставног судства у остваривању „владавине права” и „поделе власти”	23
Проф. др Павле Николић Уставни суд и нови устав Србије	53
Проф. др Зоран Томић Уставно судство – између жреца и ствараоца	61
Проф. др Будимир Кошутић Место Уставног суда у систему поделе власти	71
Проф. др Радмила Васић Уставно судство у процесу транзиције: препрека или подстицај остваривању правне државе	79
Проф. др Слободан Самарцић Систем власти у новом уставу Србије (један прилог јавној дискусији)	91
Проф. др Драган Батавељић Уставно судство бивших југословенских земаља	99

II НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА

Проф. др Маријана Пајванчић Функције уставног суда у утврђивању кривнице шефа државе у уставима земаља у транзицији	121
Проф. др Балша Шпадијер Уставно судство и партијски плурализам	135

Доц. др Зоран Лончар	
Улога уставног суда у утврђивању одговорности министара	141
Мр Светозар Чиплић	
Надлежности и положај Уставног суда у предлозима за нови устав Србије	155
Др Љиљана Славнић	
Надлежност Уставног суда – <i>materia constitutionis</i>	165

III ПОЛОЖАЈ СУДИЈА УСТАВНОГ СУДА

Др Боса Ненадић	
Инкомпатибилност функције судије уставног суда са другим функцијама и делатностима	177

IV ПОСТУПАК ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ

Мр Милован Бузацић	
<i>Res iudicata</i> и контрола уставности нормативних аката	205
Љубомир Поповић	
Јавност рада Уставног суда	217

V ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА

Академик Рајко Кузмановић	
Правне последице одлука Уставног суда и њиховог извршења	227
Проф. др Зоран Ивошевић	
Извршење одлука Уставног суда	237
Танасије Маринковић	
Интерпретативне одлуке уставних судова	243

VI ОРГАНИЗАЦИЈА УСТАВНОГ СУДА

Мр Милан Влатковић	
Организација Уставног суда са становишта вршења његових функција	265

VII ОСТАЛЕ ТЕМЕ

Проф. др Драгољуб Поповић	
Организација власти по Уставној повељи државне заједнице Србија и Црна Гора	275
Проф. др Јован Горчић	
Сугестије за разрешење сложене уставне ситуације	285
Родољуб Шабић	
Људске слободе и права у новом уставу Србије	291

Др Милутин Ђуричић

Организовање и остваривање верске наставе
у школама које организује и финансира држава 299

Др Срђан Ђорђевић

Како до новог устава Србије 305

САОПШТЕЊА

Академик Александар Фира

Нека спорна питања поступка пред Уставним судом 313

Бошко Трипковић

Системи судске контроле уставности 315

Уставни суд Републике Србије је поводом обележавања 40 година постојања, 23. децембра 2003. године организовао саветовање на тему

„УСТАВНИ СУД СРБИЈЕ – У СУСПРЕТ НОВОМ УСТАВУ”

На саветовању су учествовале судије Уставног суда Србије, професори правних факултета у Београду, Новом Саду, Нишу, Крагујевцу и Бања Луци, професори Факултета политичких наука у Београду, други истакнути научни и стручни радници, као и саветници и сарадници Уставног суда Србије. Саветовању је присуствовало преко 70 учесника, с тим што је 20 учесника излагало своје реферате.

Ова публикација садржи 25 реферата и 2 саопштења. У оквиру опште теме саветовања „УСТАВНИ СУД СРБИЈЕ – У СУСПРЕТ НОВОМ УСТАВУ” посебно су обрађена питања улоге и значаја уставног судства, надлежности уставног суда, положаја судија уставног суда, поступка пред уставним судом, одлука и организације уставног суда.

Уверени смо да ће садржај ове публикације допринети адекватнијем уставном и законском регулисању заштите уставности и законитости, а у оквиру тога положаја и улоге Уставног суда у новом уставу Србије.

РЕФЕРАТИ

УЛОГА УСТАВНОГ СУДА У ПРОЦЕСУ ТРАНЗИЦИЈЕ У СРБИЈИ

1. Четрдесет година постојања и рада Уставног суда Србије прилика је да се подсетимо на давнашње корене и зачетке демократије, идеје владавине права и одговорне власти. На тим темељним принципима цивилизације настала је идеја и пракса поделе власти и владавине закона, чији израз је и савремено уставно судство.

Иако идеја владавине закона, односно владавине права потиче још од Аристотела, а у Европи је реафирмисана делима Монтескјеа¹, систем судске контроле уставности закона први пут је примењен 1803, и то у САД². У Европи је, дуго, цела два века, пре свега под утицајем идеја Француске револуције из 1789, владала доктрина да се оцена уставности закона не може поверити било ком судском органу. До преокрета је дошло тек у 20. веку када је 1920. године Уставом Аустрије уведена контрола уставности закона, и то од стране посебног уставног суда, чији је идејни творац велики правни теоретичар Ханс Келзен³. Тиме је дефинитивно преовладало правно становиште да се приоритет устава над законом и свим другим прописима може обезбедити само постојањем судске власти која има уставно овлашћење да проверава сагласност свих аката јавне власти са уставом. Уставно-судска контрола законодавне делатности тиме не оспорава начело народне суверености, јер и парламент, као израз тога начела, мора бити „под уставом”. А уставни суд је орган који својим одлукама утврђује конкретно значење, смисао уставне норме, односно Устава.

-
- 1 У делу „Дух закона” (1748) Монтескје је, иако га није тако и назвао, први целовито дефинисао и разрадио принцип поделе власти између различитих државних органа на такав начин да „свака власт контролише другу власт”. Тиме се кроз принцип поделе власти успоставља, како узајамна контрола, тако и равнотежа три гране власти.
 - 2 Председник Врховног суда САД Џон Маршал, судском одлуком *Marbury v. Madison* практично је успоставио први облик институционализације судске контроле уставности закона. Тиме је оснажено правило да је закон правни акт ниже правне снаге од устава, те са њим мора бити сагласан. Такође, овом пресудом је успостављен систем судске контроле уставности закона, односно ограничења законодавне власти.
 - 3 Ханс Келзен, у делу „Општа теорија права и државе”, као аргумент за увођење судске контроле уставности закона, и то од стране посебног, уставног суда, између осталог, наводи следећи начелан правни став: „Устав по коме важе и неуставни закони, јер не постоји начин да се они пониште због своје неуставности, са чисто правног становишта има скоро исту вредност као нека жеља без обавезне снаге”.

2. Могло би се назвати политичким и правним куриозитетом увођење уставног судства 1963. у једној социјалистичкој држави, чији политички и уставни систем се заснивао на монопољу једне, уз то, комунистичке партије. Ово тим пре што су од уставних судова, успостављених у СФРЈ и у републикама чланицама, уставима из 1963. године, у Европи тада били старији само уставни судови Аустрије, Немачке и Италије.

Политички, демократски и уставно-правни амбијент за остваривање улоге Уставног суда Србије, у време важења Устава из 1963. и Устава из 1974. био је у знаку једнопартијског политичког система, односно уставног монопола СК у целокупном друштвеном систему, као и система јединства власти, са скупштином као највишим органом државне власти и органом друштвеног самоуправљања. Одсуство политичког плурализма и система поделе власти на законодавну, извршну и судску, и изричитих и делотворних уставних гаранција самосталности и независности судова, веома је негативно утицало на положај и рад Уставног суда.

У почетном периоду, од 1963. до 1974. године, који је несумњиво имао изузетан, пионирски значај у постепеном развоју система и праксе заштите уставности и законитости, од Уставног суда се, у политичком смислу, очекивало да се, пре свега, бави оценом уставности и законитости самоуправних општинских аката, а мање оценом уставности закона. Зато у том периоду ниједан закон није оцењен као неуставан, док је у наредном периоду, од 1974-1990, Уставни суд утврдио да 31 закон није у сагласности са Уставом.

Међутим, и у време једнопартијског система и система јединства власти, Уставни суд, његово постојање и деловање, нису били пуки демократски декор. Уставни суд је кроз оцену уставности и законитости доста ефикасно штитио многа битна, додуше првенствено колективна, самоуправна, економско-социјална права радника, али тиме и њихова конкретна права – радни однос, расподела личних доходака, станова и сл.⁴

Такође, Уставни суд је већ у првом периоду, доста активно користио уставно овлашћење да Скупштину упозорава на несагласност појединих закона са Уставом. Мада то Скупштину није формално обавезивало, она је о томе, ипак, водила рачуна у законодавној делатности. Забележен је и случај измене једног закона 1972. управо на основу иницијативе Уставног суда Србије.

Све то су први, али веома важни кораци у постављању темеља владавине права за коју се, иако не изричито, изјаснио и тадашњи уставотворац, уводећи уставно судство и контролу уставности и законитости од стране Уставног суда Србије.

3. Успостављање и функционисање уставног судства, нарочито у периоду једнопартијског система и система јединства власти, било је праћено, не само политичким, већ и теоријским дилемама у вези са његовом приро-

4 Професор Јован Ђорђевић о тој функцији уставног судства каже: „Уставни суд не може бити институција заштите уставности, ако не постане заштитник колективних и индивидуалних права и слобода против злоупотреба и кршења тих слобода и права од сваког, ма ко то био” – Политички систем, Београд, 1977.

дом и основном функцијом. Наиме, да ли је уставни суд део политичке или судске власти или је „нешто између”. Тако, професор Ј. Ђорђевић истиче: „Уставно судство у Југославији је по свом положају и функцији уставни орган који као такав спада у шири оквир политичке власти”. А затим: „Уставно судство је орган који треба да оцењује и мисли политички, свестрано и одговорно, а да то постиже применом објективних правних метода. Његова арбитража је правна, по значају може бити политичка”.⁵ Другачије схватање о природи и функцији уставних судова има професор Р. Лукић. По њему је неприхватљиво становиште да су уставни судови у основи политички судови: „Јер, политички суд би морао да цени, не уставност закона, већ његову целисходност. Суд који би ценио целисходност закона, не би уопште био суд, већ политички орган”. Затим указује да је уставно-судска контрола уставности закона – правни институт, полазећи од става да је предмет ове контроле законодавни акт и да се он поништава актом судске природе⁶.

Напред изнете теоријске контроверзе и данас су у знатној мери актуелне због очекивања да уставно судство буде активни чинилац процеса тзв. транзиције, односно темељне реформе политичког, правног и економског система у Србији.

4. Устав Србије из 1990. године означава почетак битно нове фазе у развоју уставног и политичког система, а тиме и улоге Уставног суда.

Наиме, тим Уставом уведен је плуралистички политички и парламентарни систем, систем поделе власти, са самосталним и независним судством, у коме Уставни суд врши функцију заштите уставности и законитости. Као додатна, али битна гаранција личне независности судија, уместо дотадашњег осмогодишњег судијског мандата, уведена је сталност судијске функције и тешки услови за разрешење судије, о чијем постојању одлучује Уставни суд.

Устав, сам по себи, наравно, није био довољан инструмент за темељну трансформацију политичког и правног система. Наиме, после тзв. октобарских промена 2000. године изостала је политичка воља, консензус релевантних демократских снага, окупљених у коалицији ДОС, да се изврше демократске промене политичког и правног система у складу са Уставом и европским демократским и правним стандардима. А, пре свега, да донесу нови устав који би адекватније, на модернији и целовитији начин уредио демократске и правне принципе функционисања Србије као друштва и државе.

Реалност протекле деценије била је и ауторитарни неокомунистички систем владавине, са фактичким наставком старог једнопартијског система власти и личне владавине. Такође, Србија се, због распада СФРЈ, грађанских ратова, међународних економских и политичких санкција, дубоке економске и социјалне кризе, криминализације друштва, као и бомбардовања

5 Професор Јован Ђорђевић, „Политички систем”, Београд, 1977.

6 Радомир Лукић, „Уставност и законитост”, Београд, 1966.

од стране НАТО снага, дуго налазила у драматичној политичкој кризи. Такав општи друштвени и политички амбијент био је, несумњиво, веома неповољан и за остваривање демократије и правне државе, па тако и функција Уставног суда.

С друге стране, ни сам Уставни суд у том периоду није довољно користио нова уставна решења и гаранције самосталности и независности Суда у оквиру система поделе власти. Такође, нису довољно искоришћене уставне гаранције личне независности судија. А управо те гаранције, уз стручност, храброст и професионализам судија – битне су претпоставке остваривања самосталности и независности Уставног суда. Наиме, била је уочљива уздржаност Уставног суда у утврђивању неуставности оних закона који су имали изузетно велики политички и економски значај за тадашњи политички режим. Повремено је примењиван и принцип политичке целисходности. Иста оцена се односи и на оцену уставности и законитости уредби тадашње Владе Србије, којима је често нарушаван принцип поделе власти тако што су њима уређивана питања из искључиве надлежности Скупштине као законодавног органа.

5. Октобарске и децембарске промене власти 2000. године најавиле су квалитативно нови период у развоју политичког, правног и економског система, а тиме и улоге Уставног суда у заштити уставности и законитости. Тачније, успостављен је далеко демократскији политички амбијент за оживотворење оних уставних решења и принципа који су у складу са међународним правним стандардима.

Међутим, на самом почетку овог периода, Уставни суд се суочио са блокадом свога рада. Наиме, Суд је у фебруару 2001. остао без кворума, а избор шест судија и председника Суда обављен је тек 20. јуна 2002. Због тога, пуних 15 месеци Уставни суд није уопште радио. То је не само недопустив немар, већ и крајње неодговоран однос тзв. нове власти према уставном судству, уставности и законитости, односно према владавини права. Нажалост, нешто савим слично дешава се данас и са Судом државне заједнице Србија и Црна Гора, који још није изабран, иако је Уставна повеља донета 4. фебруара 2003. године.

Уставни суд у новом саставу настоји да што ефикасније и доследније остварује своју уставну улогу. При томе је приоритет дао оцени уставности закона, и то оних најважнијих, као и уставности и законитости уредби Владе Србије и других прописа од ширег друштвеног значаја, независно од политичког значаја и одјека одлука Суда. Такво понашање Уставног суда често је било јавно оспоравано од стране оних политичких странака, односно високих функционера Скупштине и Владе чијим интересима нису одговарале одлуке Суда. Уставни суд био је више пута суочен и са појавом омаловажавања и оспоравања његових одлука, посебно од стране појединих представника извршне власти, из разлога који нису били правни, већ дневно-политички. Такође, добро је познат и случај недавне отворене опструкције, недопустивог и неоснованог одлагања извршавања одлуке Уставног суда у вези са посланичким мандатима, од стране највиших функционера Скупштине и Владе.

Укупни ефекат рада Уставног суда и даље није задовољавајући, посебно у погледу ажурности. Наиме, врло интензивна законодавна и уопште нормативна активност, али и веома честе измене закона и других прописа, озбиљно отежавају рад Уставног суда. А добрим делом и девалвирају ефекте његових одлука које се донесу по престанку важења појединих прописа.

У циљу ефикаснијег остваривања и заштите уставности и законитости и давања доприноса хармонизацији домаћег законодавства са правом Европске уније и са међународним правним стандардима, Уставни суд је самоиницијативно покренуо поступак оцене уставности три изузетно важна закона (Закон о избору народних посланика, Закон о локалним изборима и Закон о локалној самоуправи), што је од оснивања Уставног суда учињено само једном. Такође је донео две привремене мере забране примене два оспорена закона (Закон о судијама и Закона о организацији и надлежностима државних органа у борби против организованог криминала) до коначне одлуке Суда, што је од оснивања Уставног суда, учинио само једном.

Уставни суд настоји да приликом одлучивања о појединим спорним и сложеним уставноправним питањима у што већој мери обезбеди, не само поштовање важећег Устава, већ и општеприхваћених стандарда међународног права. Зато се у образложењима неколико својих одлука, пре свега о изборним законима и о независности судова и судија, осим на Устав, позивао и на међународне правне стандарде, односно на најважније међународне конвенције и друге документе о људским слободама и правима и о независности судова.

Несумњиво је да су реалне потребе за бржом хармонизацијом нашег правног система са правом Европске уније, налагале да Уставни суд чешће поступа на тај начин, тим пре што је важећи Устав Србије, донет 1990. године, у појединим одредбама, поготову о људским слободама и правима, често испод међународних правних стандарда. Нажалост, Устав Србије не предвиђа надлежност Уставног суда да одлучује о уставним жалбама грађана на појединачне акте државних органа којима се крше њихова Уставом утврђена права и слободе.

Уставни суд је више пута користио и своје овлашћење да Народној скупштини укаже на проблеме у остваривању уставности и законитости, на крупније правне празнине у појединим законима, на несагласност неких законских решења (нпр. у изборном систему) са Уставом, али и важећим међународним документима и стандардима. Такође и на непотпуност појединих уставних решења у вези са изборима председника Републике, народних посланика и одборника која треба изменити у предстојећим уставним променама.

6. Све напред изнето, као метод обогаћивања садржаја и начина рада Уставног суда, ни издалека није могло задовољити оне шире друштвене потребе и интересе које треба и може да изрази и регулише само нови Устав Србије, који је према Уставној повељи требало да буде донет, односно са њом усаглашен до 4. августа 2003. године.

Једна од најчешће истицаних теза од стране опозиције, пре октобра 2000, али и после, јесте да је Устав Србије из 1990. битна препрека демократској транзицији, односно темељним реформама у Србији у складу са европским демократским правним и економским стандардима. Сведоци смо, међутим, чињенице да новог устава још нема на видуку, да у вези са приоритетом његовог доношења и са његовим основним решењима није било политичког консензуса у оквиру тзв. изворног ДОС-а, па ни касније, у оквиру доскора владајућег, смањеног ДОС-а (без ДСС-а).

Није, наравно, спорно да су бројне одредбе важећег Устава застареле, да нису сасвим у складу са савременим европским правним стандардима и да их треба мењати. То, међутим, суштински није онемогућило да се управо за време власти ДОС-а, на основу важећег Устава, донесе велики број реформских закона, пре свега у области економског система, али и људских права и грађанских слобода. Нити је то изговор за многа закаснела и неквалитетна законска решења. Кључни разлог успорене транзиције, односно најављених реформи у Србији, у много већој мери је недостатак консензуса и политичке воље постоктобарске власти да се те реформе целовито спроведу, него конкретна решења у Уставу Србије.

7. Да би Уставни суд Србије у наредном периоду у одговарајућој мери био креативан чинилац друштвене и правне реформе, нужно је, пре свега, што скорије доношење новог Устава Србије. У том погледу најважније је да будући устав буде донет на легитиман и легалан начин, али и да буде усаглашен са свим битним општеприхваћеним међународним правним принципима и стандардима, пре свега у сфери људских права и грађанских слобода.

Затим, да потпуније, конкретније регулише систем поделе власти, посебно самосталности и независности судства. То подразумева да задржи постојеће и предвиди нове функције Уставног суда, по узору на правне државе са врло квалитетним уставним решењима и праксом уставног судства, као што је Немачка. Ту, пре свега, мислим на увођење уставне жалбе као битне будуће надлежности Уставног суда. Наравно, ефекти уставне жалбе битно ће зависити од квалитета самих уставних решења, посебно законодавства у сфери људских права и грађанских слобода. То се односи и на овлашћење Уставног суда да одлучује о томе да ли је шеф државе својим актима прекршио Устав. Ово овлашћење могло би се проширити и на тзв. министарску одговорност.

Реално је очекивати да ће у новом уставу Србије бити утврђен принцип примата међународног права, односно да се одредбе међународних уговора о људским и мањинским правима и грађанским слободама који важе у Србији – непосредно примењују. То ће бити велики изазов и прилика да Уставни суд, својим одлукама обезбеди поштовање општеприхваћених међународних правних стандарда и убрза процес хармонизације домаћег и европског, односно међународног права.

Саветовање, које данас одржавамо представљаће, надајмо се, значајан и конкретан допринос квалитету оних решења у будућем уставу Србије, која се, пре свега, односе на уставно судство, на уставност и законитост. Уставни суд ће, такође, као један од учесника јавне дискусије о нацрту будућег устава, разматрати целину предложених уставних решења и тако дати додатни допринос побољшању тих решења.

Најзад, реални домашај улоге Уставног суда у наредном периоду у заштити уставности и законитости, у изградњи правне државе и успостављању владавине права, посебно у заштити људских права и грађанских слобода, у великој мери ће зависити од степена демократизације друштва, као целине, јачања ауторитета кључних уставних институција, подизања нивоа политичке и правне културе и јачања демократског јавног мњења. Као што ће и уставна функција и креативна улога Уставног суда, са своје стране, доприносити општој стабилности целокупног правног система и основних уставних институција, ефикаснијој заштити људских права и грађанских слобода, изградњи правне државе, успостављању владавине права и демократског друштва у Србији.

Уместо резимеа, може се рећи да демократска легитимност уставног судства произлази из принципа савременог демократског друштва о подели власти, уставности и законитости и независности судске власти, која представља најсигурније јемство правне државе.⁷

7 Филип Лово: „Велике савремене демократије”, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци – Нови Сад, 1999.

УЛОГА И ЗНАЧАЈ УСТАВНОГ СУДСТВА

УЛОГА УСТАВНОГ СУДСТВА У ОСТВАРИВАЊУ „ВЛАДАВИНЕ ПРАВА” И „ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ”

1.

Овде ћемо улогу уставног судства размотрити у ширем контексту идеја, начела и институција као што су владавина права, „правна држава”, човекова права и слободе, уставност, „конституционализација”, политичка институционализација, демократија, регулисање расподеле моћи у друштву, „подела власти”. Набројали смо неколико категорија политичке и правне теорије које се као циљеви често декларишу у реформским програмима, па и у уставима.

Због опредељења да се развијенима придружимо, али чак и независно од такве жеље и циља, неке крупне проблеме морамо разумно решавати ако хоћемо да нам будућност буде боља од прошлости или садашњости, па готово и ради свога опстанка. Наше заостајање и бројне друштвене невоље имају узроке у многим чиниоцима и у системским недовршеностима, али највише у понашању људи. И то нарочито оних који би требало да се највише руководе општим добром, а који често раде супротно од онога што би требало да би се такво добро и одређени циљеви достигли. За све то, па и за то што многе ствари не успевамо достићи, иако смо се за њих определили, узроци су великим делом у природи саме моћи и власти, вечне борбе за власт и доминацију, и у практичним понашањима која су таквим чиниоцима и мотивима одређена. Ти чиниоци воде кршењима свакога закона и устава, уколико представљају препреку нечијој политичкој моћи и вољи. Сви циљеви – вредности које смо поменули, тесно су међусобно повезани и узајамно условљени. Успостављање владавине права прва је претпоставка да би демократске установе то и биле. Па и да би функционисала подела власти онако како је уставом утврђена, што је обично мање од онога што уставноправна и политичка теорија тражи као нормативни идеал.

Зато један важан системски елеменат – улогу и положај уставног судства – третирамо у контексту више категорија, начела и институционалних решења, чији део уставно судство представља и чија се улога и значај могу схватити и анализирати само као део те целине, али и у контексту наведене трајне природе политичке моћи и понашања мотивисаних њеним стицањем, увећавањем и одржавањем по сваку цену. Та природа моћи, као и напори, средства и правне и политичке институције, али и друштвени чиниоци (политичке партије, покрети, цркве, синдикати, политичка култура,

јавно мњење и други) ради њеног ограничавања и цивилизовања – могу се посматрати у њиховим историјским, теоријским и системским видовима.

То важи за све идеје, начела и институције које смо на самом почетку поменули, а потоње што смо поменули у томе низу – „поделу власти” – узимамо не само у уобичајеном смислу организационог начела система власти, него и као фундаменталну претпоставку да се остваре циљеви–вредности које смо поменули. На почетку Француске револуције (1789) прокламована је чувена „Декларација права човека и грађанина”, која се узима као један од израза и темеља модерне филозофије људских права. Од укупно свега 17 чланова те „Декларације”, један каже да нема устава у држави у којој није извршена подела власти и у којој нису загарантована права грађана. Може се рећи да су овим наведени неки битни услови постојања „уставности” у смислу уставног режима једне земље. А оно друго значење „уставности” које обухвата сагласност свих нижих правних норми са уставом изводи се из природе самог устава као највишег правног акта. Поменута констатација дата крајем XVIII века, и данас је врло тачна, мада с обзиром на акумулирано знање и искуство, данас подразумева знатно више него онда. Француска револуција је хтела да превазиђе политички апсолутизам, самовољу, да уведе релативно умна, односно рационална основна правила која би у облику устава заустављала и држала у разумним границама свакога ко располаже влашћу над другим људима. Али, Француска револуција није успела да конституционализује своје циљеве, тј. да их претвори и делатне и трајне политичке и правне установе, као што је то нешто раније успела револуција у Америци на темељу опредељења за владавину закона и за врло разрађени систем поделе власти.

Историја је научила људе да је природа политичке власти таква да она тежи да се увећава и концентрише, да усавршава инструменте моћи и технике манипулисања и владања, као и да прошири поље своје доминације у погледу људи и територија на које се односи, а исто тако и у погледу интензитета свога испољавања (тј. тежи сталном и бескрајном јачању). Често се наводе оне речи Лорда Ектона из XIX века, да „Власт тежи да поквари, а апсолутна власт квари апсолутно”.

Врло су стари и корени идеје да се свака лична власт, односно самовлашће, замени владавином закона, тј. правила и да се начин успостављања, обим и вршење највише власти регулише правним актом (уставом), који би био изнад других закона. Ове категорије виђене су већ код Платона, а нарочито код Аристотела, у сличној функцији као што их видимо и ми данас. Аристотел се сматра и за првог писца који је идејом мешовите владе изложио концепцију да у власти учествује више чинилаца и да се правилима одреди какав је чији удео¹. Исто је тако давно стечено искуство да

1 В.: Аристотел, *Политика*, Београд, Култура, 1960; и *Устав айенски*, Загреб, Југ. акад. знаности и умјетности, 1948. Аристотел је дошао до појма који одговара нашем појму устава, као и до концепције која је на посредан начин допринела каснијим идејама о подели власти.

је у природи сваке политичке моћи и њоме подржане политичке воље да избегава да се подвргне правилима, законима или уставу, па су тражена средства и начини да се управо то постигне.

Платоново разочарење у политичаре уврстило га је међу филозофске родоначелнике велике идеје о владавини закона. У недовршеном делу *Законои* он сматра да „законодавац при одређивању законâ мора пред очима имати три циља: како ће држава којој одређује законе бити слободна; како ће бити прожета љубављу и како ће бити разумна”. Узимајући за предмет анализе случајеве држава које су крајње насилничке, и оне у којима постоји апсолутна слобода, учесници расправе у Платоновом делу долазе до закључка да само умерени државни облици обезбеђују благостање и срећу, а што се тиче екстрема један води у ропство, а други у оно што је ропству супротно, али у оба случаја долази до штете и за управљаче и за чланове заједница.² Платон даље каже: „Оне који се обично називају управљачима, назвао сам сада слугама закона, не из жеље да градим нове називе, него зато што сам уверен да од тога више него од ичега другога зависи и одржање и пропаст државе.”³ И на другом месту: „Нужно је да људи имају законе и да према њима живе, или да се нимало не разликују од дивљих животиња. Узрок је томе што се ниједан човјек не рађа с природном способношћу да спозна што је људима у државном животу корисно, нити, уколико спозна што је за њих најбоље, да буде кадар и вољан увек то извршавати.”⁴

Из истих разлога Аристотел се у *Полијици* определио за тај елеменат као карактеристику исправне владе. Он је сматрао да „није добро да врховна власт уопште припада човеку, а не закону, зато што је човекова душа подложна страстима.”⁵ Аристотел даље пише: „Захтевати да влада закон значи захтевати да влада бог и ум, а захтевати да влада човек значи допустити и животињи да влада, јер пожуда је нешто животињско, а страст квари и најбоље људе када су на власти...Они који траже правду траже средину, а закон је средина.”⁶

У вези са законима, Аристотел је запазио проблем који је и данас актуелан: како обезбедити да закони буду добри, односно како осигурати да они који их доносе буду заиста способни за то. Закони могу бити и рђави, односно како он каже „олигархијски или демократски”. Подсетимо да је за њега демократија била искварени облик слободне републике, тј. политике – али демократија, како он каже, може бити и подношљива, уколико је умерена, ако се власт врши у општу корист, а не у корист само оних који власт држе, и ако у њој владају закони, а не пука тренутна воља већине.

2 Види: Платон, *Закони*, Загреб, Култура, 1957; За наведене идеје в. Платон, *Закони*, III, 16.

3 Платон, *Закони*, IV, 7.

4 Исто, IX, 13

5 Аристотел, *Полијика*, Београд, Култура, 1960; нав. место в. *Полијика*, III, iii, 3.

6 Исто., III, xi, 2-4 и 6.

Могли би додати да се све ово и данас тражи и очекује од демократије. Аристотел увиђа да ако су закони рђави, онда се ставом о владавини закона ништа не решава. Ипак је његов закључак да „врховна власт треба да припада мудро састављеним законима, а носиоци власти, било да их има један или више, треба да располажу том влашћу само утолико уколико закони нису прецизни, јер није лако општим одредбама обухватити све појединачне случајеве. Али још увек не знамо какви треба да буду мудро састављени закони и тај стари проблем и даље остаје проблем.”⁷

Ми у овом раду не можемо улазити у појединости даљег развоја идеје о владавини закона (права), али ћемо рећи да је низ каснијих великих мислилаца, у новом веку пре свега оних који су се залагали за институционализацију власти и њено ограничавање, конституционализам, ограничену и изабрану владу, људска права и слободе, изборе, парламентаризам (Љок, Монтескје, Кант, Бентам, Џеферсон, Медисон, Мил и други) заступало идеје о владавини разумних правила.

Од самих његових почетака, право има велику цивилизацијску улогу, која није без противречности. Данас прихватање неких основних вредности, начела и установа владавине права представља улазницу у друштво земаља западно-европске цивилизације. Владавина права значи да је свака власт, па и највиша, подвргнута неким правилима уставно-правне природе или укореењеним и поштованим обичајима цивилизованог друштва. Са правно-филозофског становишта, не може се прихватити да је право сваки скуп норми иза којег стоји монопол државне принуде, па ни онда кад се то ради по неком уобичајеном поступку. Зато нам се чини да је и у односу на бивше социјалистичке државе и за данашње наследнике и настаљаче таквога стања веома корисно подсетити на оне критике и приговоре које је на рачун уског поимања и примене права написао Густав Радбрух. Право, по Радбруху, може позитивно важити, али да упркос томе буде неисправно. „За важење доказиво неисправног права – пише Радбрух – не да се замислити никакво оправдање” ... „Не може се замислити никакво образложење за то да прописано право које је без сумње спознато као неправедно, сачува своје важење.”⁸

Идеја о владавини права тиче се темеља правне зграде, а њено остваривање би утицало на све гране права, те на статус грађана и на готово све области друштвеног, привредног, политичког живота. Квалитет, па чак и легитимност целог правног система једне земље, његових грана, као и појединачних норми, установа, аката, одлука, процедура – данас умногоме зависе од доследне примене начела владавине права. То је, као и демократија, нужан али није довољан услов. Примена владавине права у вели-

7 *Исто.*

8 Радбрух је у почетку био позитивиста, али је имао велику наклоност ка етичком и природно-правном пропитивању позитивних права. После искуства са нацизмом постао је још више критичан према правном позитивизму и све се више ослањао на мета-правне темеље за процену правних и политичких режима.

кој мери омогућује и гарантује да правни акти у процесу доношења и примене добију садржину и смисао својствен идеји права, правде, правних резона (*ratio legis*), заштите човека и рационалности у стварању и примени права.⁹

За модерну демократску државу, да би се таквом сматрала, тј. да би права и слободе грађана могли да буду једно од њених најважнијих својстава, и да би тиме доприносила друштвеном, економском и технолошком напретку, неопходно је да се она, поједностављено речено, институционализује и конституционализује.

2.

Политичка институционализација значи да се свака лична власт у држави замени одговарајућим установама и правним поретком (идеално: владавином права у једном правно-филозофском смислу) у којем ће установе заиста вршити улогу која им је намењена. Институционализација, дакле, уместо личног односа, уместо превеликог удела личне воље и самовоље неког носиоца власти, претпоставља и захтева установе (институције) као центре одлучивања. Ти центри би требало да се одликују рационалношћу, непристрасношћу, „објективношћу”, прављењем суштинске разлике између личног гледања, односа или имовине, с једне, и јавног овлашћења и дужности, с друге стране. Тако је ова идеја и процес у служби владавине правила (права) и конституционализма као идеје, покрета и скупа институција (правно-политичких).

Конституционализам као нововековни покрет, пре свега у западној Европи, ишао је за тим да се власт ограничи, а њено вршење регулише. О конституционализу овде говоримо као о облику и средству организовања, регулисања и ограничавања власти, али и као средству (пре)расподеле друштвене моћи или њеног правног санкционисања (од првих „устава” до данас). Идеје „мешовите владе”, из које је временом изведена теорија поделе власти, била је повезана и са дистрибуцијом друштвене моћи коју уставотворци настоје регулисати од самих зачетака устава и уставности. Тамо где су размере „мешавине” биле добре, то је давало добре резултате. На то искуство су се изричито позивали извесни теоретичари поделе власти као Монтескје (*Montesquieu*) и Џејмс Медисон (*Madison*), кога називају „оцем америчког устава”, тј. првог модерног, писаног устава, чија је двестагодишњица у нас обележена научним скупом „Два века савремене уставности”.¹⁰

9 Има и великих имена и значајних и утицајних теоретичара који су вољи ствараоца права давали одлучујућу улогу, или су структуру права гледали само кроз норме као заповести извесне политичке воље (у овакве можемо, поред осталих, убројати Томаса Хобса, Хегела, Џона Остина, Ханса Келзена, који је био либералне оријентације и има великих заслуга за развитак уставног судства, и др.).

10 Миодраг Јовичић (ур.), *Два века савремене уставности*, Београд, САНУ, 1990.

Тзв. хоризонтална подела власти (на законодавну, извршну и судску) или још примереније идејама конституционализма и владавине права – систем контроле и равнотеже – поставља питање односа између ових грана власти као један од важних услова да се свака власт ограничи, а онда то постаје и важно уставно питање, да се такви односи између грана предвиде и гарантују уставом. Иако израз „подела власти” није сасвим прецизан, он се у нас већ одавна уобичајио и то како у уставно-правним и сличним теоријским расправама, тако и у уставним дебатама и текстовима. У нас су се водиле и теоријске расправе о томе да ли је власт у некој земљи увек само једна и јединствена, те да ли је могућа њена „подела”. Израз, односно концепција коју су развили амерички очеви утемељивачи и коју су применили при прављењу устава (1787) много боље и прецизније утврђује однос између грана власти (законодавне, извршне и судске) на начелу њихове узајамне контроле и равнотеже међу њима (*checks and balance*).

Џон Лок у својој *Друјој расправе о влади*¹¹ формулише идеју о подели власти на законодавну, извршну и федеративну. Федеративна је она у чију надлежност спадају спољно-политички односи, спољна безбедност и одбрана. Лок упозорава да је раздвајање („подела”) власти услов и гаранција права и слобода грађана.

Већ у XVIII веку је једна струја у либералној теорији сматрала да апсолутну власт није могуће контролисати и да се таква (тј. неограничена) власт не сме никоме поверити. То је значило да, супротно, рецимо, Русоовим гледиштима, и власт која би произлазила из народа мора бити ограничена. Сматрало се да су људска права и слободе чинилац таквога ограничавања. У то време је схваћено и да би устав могао бити и безначајно парче пергаментa. То се настојало избећи прецизирањем правила како се власт конституише и шта су њена овлашћења, и разматрани односи између различитих органа и грана власти с циљем да се нађу институционална решења која је требало да власт ограничи. У овоме је велику улогу одиграло Монтескјеово (*Ch. de Montesquieu*) упозорење да „само власт зауставља власт”. То је изложио у свом чувеном делу *О духу закона* (*De l'esprit des lois*, 1748)¹². Мотивисан жељом да се пружи институционалне гаранције слободи и безбедности појединца, он је консеквентно извео идеју о подели власти на законодавну, извршну и судску. У време доношења Устава САД, поред прихватања идеја Монтескјеа и Лока, које су извршиле веома велики утицај, дошло је и до настојања да се идеји поделе власти да реалнија основа и да се успостави однос између појединих власти или грана власти који ће принципу поделе дати практичну важност. Идеју о контроли и равнотежи (*checks and balance*) су у Америци заступали Томас Џеферсон

11 John Locke, [*Two Treatises of Government*, 1689] *Две расправе о влади*, Београд, Младост, 1978. Подели власти посвећена је глава XII „О законодавној, извршној и федеративној власти државе” (§§ 143–148), али и претходна „О домашају законодавне власти” (§§ 143–142), као и наредна глава „О потчињености власти државе” (§§ 149–158).

12 В.: Монтескје, *О духу закона*, I–II, Београд, Филип Вишњић, 1989.

(Jefferson), Џејмс Медисон и други у настојању да избегну тиранију једнога, неколицине или неколико стотина изабраних или чак и већине народа. Медисон је ову идеју врло систематично разрадио и бранио.¹³

Једна од основних идеја Џејмса Медисона јесте да се обезбеди слобода „дистрибуцијом масе моћи међу саставне делове владе”, јер „акмулација све власти, законодавне, извршне и судске у исте руке, било једнога, неколицине или мноштва, и било да је извршена путем наслеђа, самоименована или избором, може се оправдано сматрати за саму дефиницију тираније” (*Federalist, No 47*). По Медисону, власт је по својој природи таква да тежи ширењу и јачању. Зато треба обезбедити да власт која припада једној грани не буде директно ни у целини вршена од стране било које друге гране, нити да било која грана постигне одлучујући утицај над другим гранама у њиховом вршењу надлежности која им је уставом додељена (*Federalist No 48*). Потребно је да свака власт буде ефективно ограничена како не би могла прекорачити овлашћења која има (*Federalist No 48*). Пошто је пука подела власти недовољна да ово обезбеди, мора се и унутрашња структура органа власти тако поставити да „њених неколико саставних делова, кроз успостављене узајамне односе, буду средство задржавања сваког дела у његовим правим оквирима”. Зато је потребно и онима који стоје на челу појединих департмана дати потребна уставна средства и личне мотиве да се одупру проширивању контроле других (*Federalist No 51*). Медисон је тежио да својом формулом обезбеди и створи владу која не може предузети радикалне мере.

Принцип који лежи у основи и Локове и америчке верзије идеје јесте ограничена влада чија је функција у првом реду заштита, а не позитивна акција. Зато је у новије време – кад је влада морала да предузме на себе низ мера интервенције – нађен низ замерки и изнета критика на идеју равнотеже и противтеже, тј. контроле и равнотеже. Настао је низ студија ових односа које упозоравају на случајеве несарадње, зависти, конкуренције – што све често изазива критику од стране грађана.

Оно што данас зовемо политичким плурализмом или вишепартијским системом и то је једна својеврсна подлога и за старе и нове облике поделе моћи (власти). Да би држава била модерна и демократска она мора у процесу владања укључити своје саставне делове, а то бар према теоријама консочијалне демократије у плуралистичким или тзв. подељеним друштвима (вишенационална, вишеетничка, вишеверска) значи и постојање институционалних аранжмана и уставних облика учешћа таквих група у власти (power sharing) што има импликације по изборне законе, структуру појединих тела (обично представничких, али и извршне власти и администрације где се тражи бар учешће сразмерно уделу дотичних група у становништву дате државе).

13 Види: Хамилтон, Медисон, Џеј, *Федералистички списи*, Београд, Радничка штампа, 1981; в. и нашу уводну студију „О карактеру и политичким идејама Федералистичких списа”, нав. изд. стр. 5–189.

Оној „великој политичкој подели власти из прошлости и из теорија”, у наше време би одговарали „споразуми о подели власти” постигнути на тзв. округлим столовима владе и опозиције, тамо где их је било у бившим социјалистичким државама. У суштини, ови округли столови су тражење споразума о сличним стварима, расподеле власти, надлежности, као што се на друге начине тражио „консензус о основним стварима” у друштвима која су улазила у процесе демократизације у Западној Европи неколико векова раније. Кад опозиција ефективно учествује у тзв. округлом столу с владом, они се у ствари договарају о принципима стварања па и „поделе” власти. Када се формирају коалиционе владе у које улази дојучерашња опозиција, онда је то аранжман у којем по правилу долази и до дељења власти, јер нема основа претпоставити да ранија опозиција попусти, а да заузврат није ништа добила. Када једна (опозициона) партија или група партија држе локалну власт у неким градовима, а власт у центру сасвим друга партија с којом се они такмиче, онда се и ту ради о подели власти. Опозиција која је „лојална” друштву и извесним начелима, обично је конструктиван чинилац, судеоник у процесу владања (као у Британији „опозиција Њеног величанства”).

У социолошким и политиколошким расправама је указивано на веома велики и у извесном смислу пионирски допринос Џемса Медисона у излагању и одбрани тзв. социјалног плурализма, како у области друштвеног, економског и политичког, тако и у области верског живота. Разлоге и аргументе за овакав плурализам дао је у врло често навођеном огледу No. 10 у *Федералистичким сјисима*. Историја америчких колонија пружала је и аргумент из праксе у корист обуздавања и контроле власти. И у Америци је у то време било предлога радикалних закона, па је страх од радикалног законодавства наводио појединце и групе да законодавну власт „укроте” одређеним правима извршне власти (тј. овлашћењима председника) и одређеним надзором судова („judicial review”, „judicial control”, врло важна функција за коју се, иначе, Врховни суд изборио, јер није била прецизирана оригиналним уставом, а она даје Врховном суду власт да одлучује о уставности закона и аката председника). Ова улога врховног суда САД садржи и оно што у Европи припада уставним судовима, да одлучују о „правности”, тј. уставности и највиших правних аката какви су закони.

Амерички уставни систем, уз све остало, обезбеђује и то да је свака грана добила и неке институционалне могућности утицаја на друге гране. Председник има право вета на одлуке Конгреса, али само је Конгрес овлашћен да изгласа фондове који стоје на располагању председнику, а може покренути и процес против њега (impeachment); Конгрес има и низ других могућности ограничавања и егзекутиве и судске власти (закони, наименовања, буџет, истраге итд.); савезне судије зависе од председника у погледу наименовања (које треба да потврди Сенат), од Конгреса у погледу финансијских средстава, али је њихов избор на функцију доживотан и то им обезбеђује већу независност. Уствари, сваки орган власти има изванредан удео у вршењу функције других грана власти.

Већ у току Француске револуције, поред оне класичне три гране власти, запажена је и велика, а у неким стварима и одлучујућа улога „четврте власти”, тј. штампе, која је већ тада тако названа и третирана. Та улога је сагледана још пре него што су уведени електронски медији, а данас је то више него јасно. Данас се та „власт” (исправно би било рећи моћ) може употребљавати и злоупотребљавати без икакве или без адекватне одговорности за последице. Изгледа да се сви, па и најмоћнији председници и премијери веома интересују како штампа описује поједине појаве и догађаје, а морају се и трудити да о њима не пише сувише неповољно. Медији, тј. тзв. седма сила је данас много више него пре два века „четврта власт”. У контексту у којем ми разматрамо проблем дистрибуције, односно прерасподеле моћи у друштву, врло је важно нагласити да је транзиција у посткомунистичким земљама, поред осталог и велики процес прерасподеле моћи (а богатство је такође један од облика моћи у чијој расподели у нас још увек мањим делом суделује својина, а далеко већим власт).¹⁴

До специфичне „поделе власти” долази заправо и у ситуацијама кад председник припада једној политичкој партији, а већина у представничком телу (парламенту или конгресу) другој, па онда ове две гране власти држе једна другу и у додатном „зауостављању” и „контроли” (check), у чему увек и медији имају значајну улогу. Имамо, дакле, „подела” власти због тога што су бирачи у различите органе власти изабрали представнике различитих партија или пак представници користећи категорију слободног мандата променили политичку странку.¹⁵ Неки писци ову појаву називају „кохабитацијом”. Стиче се утисак као да овим можда непримереним изразом појаву сматрају као изузетак или неку врсту политичке патологије. Појава, додуше, ствара извесне тешкоће у функционисању власти, али је очигледно да у одређеним случајевима бирачи свесно иду на то да ни једној партији или групи не дају све полуге власти. Нама се чини да се ради о појави која управо илуструје оно о чему пишемо. Слична потенцијална могућност постојала је у Србији у више наврата од јесени 1992, али та могућност није онда постала стварност због подељености (фрагментације) опозиције, апстиненције појединих партија или група и због вештине онда владајуће партије да нађе партнере чак и без већих уступака или значајније поделе власти (power sharing) са партнерима. Власт опозиционих партија у једном броју општина у Србији пре 2000, такође је, по нашем мишљењу, представљала елеменат онога што третирамо као облик вертикалне поделе власти (дисперзије моћи), која није имала већег ефекта пре свега због тога што је законима утврђена надлежност општина више него ограничена.

14 Мирослав Печујлић у књизи *Изазови транзиције*, Нови свет и постсоцијалистичка друштва, Београд, 1997, има два одељка у којима се у поменутом смислу, као прерасподела моћи, анализирају ови процеси; в. нарочито одељке „Реганомика – разарање социјалне државе” и „Прерасподела друштвене моћи”.

15 Такву ситуацију смо имали у САД за време председника Клинтона (Clinton), па и председника Џорџа В. Буша (George W. Bush) и у Француској и за време председниковања Митерана, а потом и председника Ширака.

Извесне данашње идеје и теорије, на сличан начин иду за тим да прошире или сузе број субјеката који учествују у расподели друштвене моћи (класа, група, националних или верских група и мањина, социјалних слојева, једнаких грађанских, па онда и бирачких права за све, итд.) док се неки облици (као улога политичких партија које се олигархизују и теже ка партократији, затим коалиције, кохабитације, „power-sharing” модалитети, облици социјалног и политичког плурализма, лоби-групе итд.) тешко и могу регулисати уставима и обично се искључују из традиционалних уставних пројеката. Двodomна (или вишedomна) представничка тела исто тако су делом облици поделе моћи, утицаја, власти.

Знатно пре него је донесен први модерни устав (сматра се да је то Устав САД из 1787.) код родоначелника демократске теорије су значајно место добиле идеје о таквој структури (*constitutio*) установа и односа међу њима које ће обезбедити да јавна власт буде у складу са новим учењима о њеној природи и функцијама. А то је да је њена основна сврха да заштити грађане од оних који нарушавају њихова права, да сама власт таква права и слободе узима и поштује као границу свога деловања у односу према грађанима, те да управља ради добра и по пристанку оних над којима влада. У исто време се знало и проповедало да се апсолутна власт не може ограничити на тај начин што ће се она молити или што ће се на њену доброту и разумност рачунати, већ само тако што ће стварни односи (дакле, конституција тј. структура) бити такви да ће бити немогуће да неко акумулира апсолутну власт. Упркос свим рационализацијама знало се из историје да чим је власт апсолутна она се злоупотребљава, а под апсолутном влашћу поданици су обесправљени.

3.

Ако тзв. поделу власти погледамо не само у организационом, него и у политичком и социјалном смислу, па и просторном смислу, онда можемо рећи да у ствари имамо бар четири димензије поделе, односно дисперзије власти – хоризонталну, социјалну, вертикалну и у ужем смислу политичку (јер заправо, сви ови облици су и политички). Свака „подела” захтева одговарајуће институционално обликовање, које може бити и основа и облик учешћа, односно располагања неким квантумом друштвене моћи и власти (која се обично дефинише као институционализована моћ). Прва, тзв. хоризонтална подела се још назива и функционална. То је она на коју мислимо кад кажемо „подела власти”, а њен развијенији облик је онај примењен први пут у САД, који су њени творци назвали системом „контроле и равнотеже” (*checks and balance*). Ова функционална се највише тиче улоге уставног суда као дела система власти, али у смислу једне суштинске улоге такве институције, уставно судство мора настојати и бити уставом овлашћено да штити извесну равнотежу и брани права делова и целине, да свако испуњава своје уставом одређене дужности и извршава своја права. Значи, уставно судство као гарант поштовања уставом утврђених надлежности.

Вертикална подела се назива и просторна расподела и она се може остварити успостављањем и уставним гарантовањем локалне и регионалне самоуправе, аутономије, и у одређеним случајевима федерализма. Као што се тзв. хоризонтална подела власти (између законодавне, извршне и судске) узима као услов за гарантовање права и слобода, те као препрека сваком апсолутизму, тако се и значајнија децентрализација и локална самоуправа могу посматрати као важан елемент „вертикалне” или просторне „поделе власти”, која служи истој сврси. Локална самоуправа има сличну улогу и данас у процесу тзв. преображаја или транзиције посткомунистичких друштава у демократска.

Федерализам је свакако најизразитији облик просторне дисперзије моћи и власти, мада то не мора бити само просторна подела, јер може постојати и функционални федерализам. Због ограничености простора федерализмом се овде нећемо бавити, али морамо поменути да су данас у Источној Европи федерализам и федерализација постали пејоративни изрази. Јер, покушаји са федерализмом у којем су федералне јединице организоване по етничко-националном принципу су пропали у бившој Југославији, бившем Совјетском Савезу и бившој Чехо-Словачкој што је отворило питања и сумње није ли федерализам један од узрока за дезинтеграцију тих земаља. Одлуке тзв. Бадинтерове комисије су пружиле рђав преседан и отвориле могућности даљих фрагментација чим се представници неког дела повуку из рада заједничких органа власти. После свега што се са тим земаљама догодило, политички вођи у источној и југоисточној Европи труде се да избегну федерализам, јер га виде као инструмент, средство распадања/дезинтеграције сложених друштава и њихових држава.¹⁶

Трећи и четврти облик би назвали социјалном и политичком поделом, а судеоници у друштвеној моћи су друштвене групе, класе, партије, различите организације, покрети и слични субјекти, док у институционализованој јавној власти (као једном од облика друштвене моћи) учествују не само политичке и правне установе и у њих изабрани или именовани вршиоци власти, него и политичке партије, њихове коалиције и друга политичка тела која некада јавно, а некада иза сцене доносе политичке одлуке, а онда, инструментализујући државу, преко ње спроводе своју политику, односно донете одлуке.

У политичком простору су друштвене, па и привредне снаге у узајамном такмичењу и ограничавању које води неким равнотежама. Један угледни

16 Анализирајући искуство и узроке за различите исходе дезинтеграције југословенског, соvjетског и чешко-словачког федерализма, Валери Банс, професорка са Универзитета Корнел, наглашава да је федерална структура била најважнији узрок који је довео до распадања, јер је једнопартијски федерализам у социјалистичком контексту створио прото-нације и прото-државе. Дезинтеграција се одиграла „зато што је политичко-административна структура ових федералних држава била заснована на јединицама које су биле одређене у етно-територијалним категоријама” (Valerie Bunce, „The Yugoslav Experience in Comparative Perspective”, u Melissa Bokovoy at. al. (eds.), *State-Society Relations in Yugoslavia 1945–1992*, New York, St. Martin-s Press, 1997, p. 354; i Valerie Bunce, *Subversive Institutions: The Design and the Destruction of Socialism and the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999).

економиста је писао о „противтежама” у таквим односима.¹⁷ У контекст ових „подела” спада и однос делова и целине, не само територијалних него и друштвених делова (група, организација, црква, партија и сл.). Може изгледати да су прве две „поделе” организационе природе и то делимично јесте тако, али се ради о организацији која је подобна и неопходна да би се предупредило стварање претерано централистичке или концентрисане, потенцијално апсолутне власти. Наравно и политичка традиција и култура играју велику улогу у поштовању или непоштовању неких образаца поделе моћи и власти и суздржавања или ауторитаризма и насилништва у њиховом коришћењу.

Кад се говори о тзв. вертикалној подели власти, ради се о њеној подели између различитих нивоа власти, што данас није случај само код федералних, него и код тзв. регионалних држава, па и код унитарних које имају и практикују озбиљну регионалну и локалну самоуправу. Извлачећи неке поуке из историје конституционализма, а пре свега да је основни циљ био ограничавање сваке власти, морамо разматрати не само хоризонталну „поделу” или систем контроле и равнотеже, него и „вертикалну”, као и низ проблема друге врсте и додати неке аспекте који произлазе и из развоја конституционализма и из актуелних политичких односа и проблема. Вертикална подела власти (моћи) или „подела” између различитих нивоа власти на бази њихове релативне аутономије, који би имали темељ у уставима и успостављању регионалне и локалне самоуправе, подразумева децентрализацију, регионализам, начело супсидијарности, и одговарајућу поделу надлежности. Један други аспект подразумева различите облике друштвене и политичке дистрибуције, тј. дисперзије моћи, као и аранжмане који би омогућили учешће у власти (power sharing) свих важних сегмената друштва. Јер, структура (constitutio) утицаја (моћи) је повезана са друштвеним и политичким плурализмом (или монизмом) и увек је питање шта у том погледу може или би требало да буде уставом регулисано.

У основне разлике између ауторитарних и демократских система морамо укључити и разлике које постоје у односима делова и целине, односно ужих заједница и органа власти у њима према органима власти ширих заједница. Локална (и регионална) самоуправа је (или би могла и морала да постане) и облик учешћа у расподели једног знатног дела моћи, власти и националног дохотка.

У нас се потоњих година пише о регионализму и регионима. Просторни и економски, а и неки разлози техничко-технолошке природе, нарочито кад се ради о развијању инфраструктуре, заштити човекове околине итд., али и неки разлози који се тичу вишенационалних заједница – говоре у прилог регионализације. Томе се посвећивала знатна пажња и због значаја тих питања у контексту европске интеграције. Претпоставља се да је регион можда онај облик који је довољно широк да се у њему могу задовољавати многе потребе које се више не могу задовољити на локалном нивоу, а, опет јединица довољно велика да се у њеном оквиру организују различити облици друштвеног живота, а политички може бити довољно

17 John Galbraith, *American Capitalism: the Countervailing Power*, Boston, 1952.

јака и са већим бројем грађана-бирача, тако да буде једна врста противтеже централној власти, а да не угрожава територијалну целовитост државе. Региони се можда као облик организовања самоуправе могу нарочито добро показати тамо где је разнолика етничка, језичка и верска структура становништва, јер омогућавају адекватније укључивање свих група у политичке и културне токове. Свака аутентична локална и регионална самоуправа и аутономија у ствари је и подела власти, односно ограничавање централне власти на оно што јој је уставом стављено у надлежност.

При тренутно превлађујућим политичким односима, не само у нас него и у низу подручја бивше Источне Европе, неће лако доћи до владавине права, па не тако лако ни до истинске поделе власти или до узајамне контроле и равнотеже међу гранама. Не само да се сложеност ситуације и често затегнутим социјалним или етничким односима и претњама које представљају потенцијални сукоби оправдава јака власт, концентрација велике власти у руке председника државе, него је и у народу доста распрострањено схватање о потреби јаког председника, које је делом израз превлађујуће ауторитарне политичке културе, а добрим делом не баш неоснованих страховања од још веће неизвесности, анархије, фрагментације државе и угрожавања њеног суверенитета и територијалне целовитости.

На научним скуповима компетентни стручњаци који су анализирали стварне односе три гране власти на републичком и савезном нивоу пре 2000. године, износили су примере који показују да су не само савезна и републичка влада, него и обе народне скупштине практично абдицирале на низ својих овлашћења у спољној и унутрашњој политици и препуштале их арбитрарним одлукама председника, који, и поред све omnipотенције по Уставу Србије, опет није имао покриће за све одлуке које је доносио или потврђивао. Овај тип положаја и овлашћења није непознат и своди се на улогу и положај „вође”, што је део ауторитарних система са популистичким и бонапартистичким елементима. Тај систем омогућава да уз помоћ партије, оружане силе, личне подршке добро размештених кадрова и одговарајућих техника манипулације номинална председничка власт прерасте у вануставни фактор политичке моћи.¹⁸

18 В.: Миодраг Јовичић, „Одговорност у демократској и правној држави” и Слободан Вуче-тић, „Сукоб извршне власти и правне државе” у Миодраг Јовичић (ур.) *Успостававање модерне демократије и правне државе у Србији*. Јовичић одговорност сматра неизоставним условом демократске и правне државе, а истовремено констатује да не само да нема одговорности, него нема ни услова да се она успостави при постојећој структури моћи (власти). Наводи се више примера који су израз таквога стања. Вучетић указује на једну општу тенденцију извршне власти да се наметне и да загосподари друштвом, те да доминира другим гранама власти. Извршној власти је то лакше и постићи, него што би то било законодавној или судској кад би ове хтеле да се наметну. Чиниоци који положај председника републике (Србије) чине изузетно моћним, јесу: то што је он и шеф партије и државе, иако је таква кумулација функција уставом забрањена. Утичући на кадровска питања, телевизију, банке, војску, полицију, спољну политику итд. председник републике концентрише огромну моћ. Анализирајући однос владе и скупштине у Републици Србији, обим законодавне иницијативе владе, нестабилан положај скупштине, сложјену процедуру свентуалног изражавања неповерења председнику републике која је таква да се опозив практично не може догодити, степен и начине контроле владе над привредом итд. да се закључити да монопол власти онемогућава остварење идеје правне државе, односно владавине права која је прокламована уставом као једно од основних начела.

Не треба сметнути с ума да је неколико потоњих деценија политички живот у нас карактерисала ситуација у којој влада правна и друга неизвесност, несигурност и аномија.¹⁹ И након смене власти и промена карактера режима пред крај 2000. неке су се ствари споро мењале, а многе се нису уопште промениле набоље, што даје повода и гласовима који захтевају брже и радикалније промене.

У вези са потребом институционализације и конституционализације, стање наших институција је такво да оне, узете у најширем, социолошком, моралном, економском, правном, политичком и културолошком смислу не испуњавају ону друштвену улогу каква је установама сличних назива намењена у цивилизованим, развијеним и либерално-демократским друштвима. Оне су у нас урушене. Јер, зграде и табле не чине установе. То отвара питање да ли велики број наших квази-установа заслужују да се зову установама, јер не врше улоге које би требало, или их не врше како би требало. Врло тешко пада човеку да каже да у земљи у којој живи мало шта функционише како би требало. Односи се то на све од државе до „жмигаваца” на аутомобилима или обратно.

За велики број наших „институција”, дакле, не може се рећи да су оно што њихова имена значе. Свеједно одакле почнемо, од дна или врха, од посланика, преко министара до председника (влдаде и државе), судова и све до скупштине – нису то чиниоци који имају онакву улогу, који уживају онаква права и обављају дужности и поштују онаква ограничења како се то практикује у демократским државама и друштвима. У демократским земљама је бирач институција. У нас се то не би могло рећи.

Свако цивилизовано друштво садржи сложену и вишеслојну мрежу тзв. друштвених творевина – установа, правила и улога. Установе су трајни обрасци понашања који се понављају при одређеним условима и према којима се одвијају одређени друштвени процеси. Различити облици друштвених криза у ствари су погађали институције, некада мањи, а некада већи

19 Види: Коста Чавошки, „Владавина права и аномија”, у Миодраг Јовичић (ур.) *Уставица-вљање...* итд. а и наш прилог: Војислав Становчић, „Зашто се право не остварује? О природи правне и моралне аномије”, *Одговорности*, Београд, 1985, 1–2. Чавошки наглашава да владавина права претпоставља ваљан правни поредак са одговарајућим (по каквоћи) законима и веома подробним институционалним ограничењима државне власти и јемствима за слободу и сигурност грађана, да аномија није само стање безакоња већ и искварености поретка, па говори о озбиљности и опасности стања кад једно друштво захвати аномија. Тада готово по дефиницији владавина права постаје немогућа, јер је релативна или избрисана разлика између исправног и изопаченог. Велики део рада посвећен је навођењу бројних и веома крупних примера нарушавања уставности, противречности између одредби савезног и републичког устава, као и републичког устава и закона гледано са становишта начела владавине права. Анализирају се неки примери који илуструју произвољно неизвршавање закона, и откривају спрегу јавног и приватног, власти и криминала. Знатан део рада је анализа устава, односа између устава и закона, те правног система у целини и оних који би требало да га остварују, а који власт концентришу и злоупотребљавају из политичких разлога или зато што је то по њих корисно. Писац у светлу изнетих чињеница сматра да правни поредак у којем живимо не представља владавину права, већ да највећа личи стању аномије.

број, а некада рекли би већину или све институције некога друштва. У таквим случајевима се говори или о дубокој кризи или о распадању некога друштва. Исто се изгледа дешава и када друштво изгуби оријентире, јер се уруши или ослаби улога установа које су додељивале смисао стварима. Постоје и извесне мета-установе, тј. нека врста супер-образаца који стоје иза великог броја установа. Када нека од тих мета-институција откаже, онда се урушавају читави низови институција. Јер, „законит поступак” у правним стварима („due process of law”) је, исто као и „фер плеј” („fair play”) у политичком и цивилизованом друштвеном понашању и те како важна „установа” у горе поменутом смислу. Исто тако установе, тј. обрасце за понашање иза којих стоји извесна рационалност и искуство, јесу и начела као што су „претпоставка невиности”, начело да се саслуша и друга страна (не само у суду него и у друштву, у штампи), да терет доказивања пада на онога ко нешто тврди; да није у складу са великим правним идејама да се законима даје правна снага уназад (тзв. ретроактивна важност); да се не може кажњавати као кривично дело нешто што није законом било као такво одређено у време кад је почињено, нити се може одређивати казна која у време кад је дело почињено није била предвиђена, итд. Иза неких установа стоји традиција и уобичајеност, иза неких разумност и прихватање засновано на сагласности страна, иза неких сагласност мишљења експерата, иза трећих заповест власти. С гледишта права многа се понашања санкционишу и иза санкција стоји државна принуда, али она, ма колико важна била, не може надоместити оно што се може постићи само „слободом у оквиру датих законских оквира”, разумношћу и правичношћу понуђених решења и пристанком оних којима се влада. Зар нисмо више пута у потоње време приметили да неки који треба да изврше нечије наредбе немају поверења ни поштовања према онима који их издају, а ови опет у оне који би требало да заповести изврше, па им заповести и не издају да не би били обрукани и да им не би опао углед и ауторитет. Наиме, кад се поверење сроза до степена какав је у нас случај, онда се друштво налази у стању распадања.

Једна урушена институција повлачи за собом друге. Ако пођемо од тога да посланици нису у правом смислу посланици, тј. нису представници народа, јер ко ће заиста бити посланик то партије, односно вође партија одређују са изборне листе својих кандидата. Онда то повлачи питање о карактеру једне, можда и најважније од три гране власти, законодавне власти или другим речима представничког тела, односно парламента. О подели власти тешко се може и говорити кад смо били сведоци да извршна великим делом доминира над судством, а законодавна је, осим што је била поприште недолучних понашања, деловала као гласачка машина. Да банке, менице, чек, не функционишу као у другим земљама лако је показати (у банке мало ко ставља новац; утврђено је да је за евре замењено преко осам милијарди марака, али тај новац није стављан у банку или штедионицу). Овим од критичких запажања о карактеру институција власти прелазимо на појаве које карактеришу друштво у целини, али ћемо овде поменути још

само једну институцију која стоји иза многих других. Та се установа зове поверење. То је важна мета-институција, која је сваком друштву неопходна, а која нема ни посебну зграду, ни таблу, ни чиновништво које о њој брине. Али кад у једном друштву у врло великим размерама и областима нестане поверења, оно се распада.

Победом на изборима се стиче тзв. легитиман *џиџиџулус*, наслов, право на управљање у складу са програмским обећањима и уставним правилима. Али, још већа је обавеза (која се и даје као „свечана обавеза” или заклетва) да се поступа у највећој могућој мери у складу са уставним и правним одредбама (док се оне не замене бољима, што се од власти и очекује и представља њену обавезу). Претпоставља се, наиме, да ти акти изражавају општи интерес или, ако не изражавају, да се морају на уставом предвиђен начин променити. Много важнији услов легитимности јесте, дакле, да се власт врши, употребљава на легитиман начин, а део тога вршења је и доношење нових закона и других правних аката.

Пошто нам простор не дозвољава да опширније у овај важан део проблема улазимо, поменућемо неке врсте узрока. Нема никакве сумње да смо током дугог временског периода (1) уместо институција имали систем личне власти који се и поред реорганизација и тзв. реформи (па и неколико уставних) продужавао и увек наново успостављао, па то прети опасношћу да се продужи; (2) током истог периода и са истом опасношћу понављања је и то да се политичка воља поставља насупрот институција, правила и владавине права; (3) имамо веома распрострањену аномију, тј. непоштовање ни правних ни моралних норми, због чега су правна несигурност и неизвесност веома велики; (4) борба за власт, која се одвајкада води међу потенцијалним и латентним претендентима на власт, или на веће парче власти, узима великога маха и данас међу онима од којих се очекује да у складу са предизборним обећањима 2000. и 2003. изведу народ из ауторитаризма и уведу га у демократију, владавину права, тржишну привреду и развијено друштво; (5) дубоки остаци нагомиланих искустава и утицаја образаца понашања за време ауторитарних власти (нарочито усађиваног неповерења свакога према свакоме); (6) каквоћа (квалитет) уставног и правног система, не у правно-техничком, већ у смислу заштитених вредности и категорија, јесте испод онога што би било у складу са идејама владавине права, правне сигурности и извесности и што би одговарало стандардима људских права и слобода и преобраћају ка слободном предузетништву; и морало се интензивније започети мењање устава и закона; (7) корупција, мито и сличне појаве стављају нашу земљу високо у горњи део листе која се према извесним индексима саставља сваке године и која се више узима у обзир од стране потенцијалних инвеститора него пуки позиви власти на улагање капитала и више него њена обећања да ће створити повољне услове за то; (8) штампа није довољно независна и слободна нити има велике потенцијале за истраживачко новинарство које би критичким и аналитичким духом и пером чинили транспарентним оно што се у структурама

власти и у читавом друштву дешава, а без неодговорног етикетирања, пре-суђивања пре суда и затварања очију ред чињеницама; (9) уместо демократије може се рећи да имамо партократију о чему ћемо још нешто рећи не само као о узроку рђавог стања, већ и као о потенцијалној опасности.

Наслеђе партијске државе у нас није превазиђено. Корумпираност правног и политичког система је увек велика препрека увођењу владавине права. Корумпираност се не узима само у уобичајеном значењу израза (подмићивање и сл.), већ у смислу како су то сматрали велики политички филозофи: да корумпирање (кварење) система настаје кад власт фаворизује интересе оних појединаца или група које власт врше, а на рачун општих интереса. Корумпираност и изневеравање демократских начела је и кад партијска руководства утврђују ко ће моћи да се кандидује (како је било у комунистичким и другим системима са политичким монизмом и монополном), као и кад је у њиховим рукама да арбитрарно одлуче ко ће од оних које је народ бирао заиста постати народни посланици. Ово отвара и питање о карактеру посланичког мандата (императивни или слободни), а и прети успостављањем партократије уместо владавине права.

Очекивања и наде полагане у „октобар 2000”, тј. у дубоке промене у правцу владавине права, демократије и тржишне привреде нису остварени, већ изневерени, што је довело до разочарења. Није се ишло на конституционализацију и успостављање владавине права у много ширим размерама, интензивније, али и промишљеније. Додуше, оно што је велико и добро не може и да буде брзо. Али, није дошло до промене институција које су се могле и морале брзо реформисати или радикално променити.

Нама, дакле, тек предстоји изградња друштвених установа у једном правом смислу. Друштвена улога науке је у томе да да слику стања, и да понуди опције, алтернативе, предлоге, на основу проучавања и анализа онога што раде у развијеним демократским земљама.

Можда би поправљање друштвеног стања требало почети тиме да се свака ствар назове својим правим именом, што за правнике значи да се свака појава која је релевантна за правне односе на прави начин квалификује. Увођење законитости морало би такође почети увођењем правих и прецизних правних термина, квалификација, рационалних критеријума и прописа, са широким слободама у границама права. У многим земљама, па и у нас, правници морају праву вратити и правни језик, извршити ректификацију правних појмова и избацити небулозне склопове речи иза којих не стоји нити каква стварност нити каква смислена и рационална правна заповест.

И данас се потврђује правило које су велики мислиоци формулисали да је лична власт и борба за власт главни узрок што нема политичких установа у правом смислу. Неопходна је институционализација политичких процеса, нарочито онога што се зове расподела власти. Политичка институционализација уместо превеликог удела личне воље или самовоље неког носиоца власти претпоставља и захтева установе (институције) као центре

одлучивања са извесном непристрасношћу, „објективношћу”, прављењем суштинске разлике између личног (гледања, имовине, интереса) и јавног (интереса, овлашћења, дужности), поштовањем познатих правила и значајном транспарентношћу одлучивања. Тзв. подела власти или систем контроле и равнотеже (checks and balance) се узимају као услов уставности, поштовања људских права и слобода, те као услов за владавину права и за независно судство. Док се у нас донедавно расправљало о успостављању независног судства, и независне штампе, у исто време смо могли да читамо да су неки судови и штампа под политичким притисцима.

Право је тесно повезано и мора у што већој мери бити израз идеје правде и других вредности које представљају достигнућа западне цивилизације, а исто тако у датом времену и примерен одговор на конфликтне ситуације и проблеме међуљудских односа. Оно мора гарантовати правну сигурност, кретање људи, идеја и добара, те у практичном погледу основних права и слобода људи. Владавина права не значи, као што се то често погрешно претпоставља, пуко примењивање закона који формално-правно важе. Арбитрарност одлука и наредби, па и кад је дата у облику закона, супротна је начелу владавине права.

У таквим оквирима, владавина права подразумева релативно рационалан и уравнотежен правни систем, корпус индивидуалних права и слобода, уставне и правне, институционалне и друге гаранције и услове, међу којима су и либерално-демократска политичка култура, друштвени и политички плурализам, аутономија разноврсних друштвених чинилаца (науке, штампе, универзитета, синдиката, економије, црква, удружења), раздвајање (тзв. подела) власти (или, боље систем узајамних контрола и равнотеже) и независно судство.

Потребна је и већа улога судова у контроли управе и заштити права грађана, увођење омбудсмана, установљен је један савет у области правосудја, што је знатно побољшање али ни приликом успостављања тога тела није се водило рачуна о извесним добрим предлозима који су дати у виду идеја о конституционализацији Србије као државе.

Неопходно је установама својине, уговора и другим инструментима правног промета (менице, чека, хипотеке, залога и др.) вратити карактер и улогу какву имају у развијеним тржишним привредама. Не сме се дозволити да правна решења иду на руку систему у којем *de facto* влада начело: чија је власт његова је и својина!

Грађанин се свакодневно сусреће са државном управом у лицу њених представника (полицајаца, чиновника), аката (наредби, забрана и др.) и материјалних радњи органа управе. Њега се непосредно тичу бројни тзв. управни акти тј. појединачни правни акти који могу да представљају изјаве воља државних органа или службених лица којима се утврђују неке обавезе и садрже наредбе које појединци морају извршавати иначе ће бити извршене и против њихове воље. Један од циљева реформи у овој области јесте да државна управа добије карактер деполитизоване јавне службе, која својим највећим делом служи грађанима.

Погрешно би било веровати да се помоћу права може постићи све што се жели. Право као средство има своје границе. Морају се испунити и извесни ванправни, тј. друштвени, политички, економски и културолошки предуслови. Социјалне и политичке тензије проузроковане економским тешкоћама и раширеним сиромаштвом, неизвесност у погледу будућности појединих делова државе, могући сукоби око моћи и власти, политичке опасности из окружења, могу резултирати даљим непоштовањем или укидањем устава, успоравањем или одлагањем демократизације и увођења владавине права. Многе демократске идеје и начела, због двоструких стандарда према којима се тумаче и примењују, почеле су да изгледају као пукe идеолошке схеме и конструкције.

За овакав преображај институција, неопходна је и професионална етика и морална аутономија. Морална аутономија правника је претпоставка за слободно судијско уверење које се не односи само на судије. Мора правник бити спреман рећи не, ако га професионално знање и савест на то упућују, па и онда кад сви кажу „да” или „аминују”. Зато је потребна и индивидуална грађанска храброст и солидарна подршка људи исте професије да би се успоставила легалност, а затим и владавина права.

Подршку и послушност, према либерално-демократској теорији, може очекивати само она власт која човекова права и слободе поштује и штити, а свака власт која их нарушава и гази чини себе нелегитимном и може на институционализован начин вољом народа бити промењена.

Распрострањено осећање опасности по државу и нацију делује као важан чинилац у изборном и политичком понашању, па била перцепција страха од опасности реална или не. То се допуњава са укорењеним образцима понашања у таквим ситуацијама, који учвршћују представе о обиму и карактеру опасности. Доминантне представе су да су унутрашњи односи веома затегнути, потенцијално експлозивни, а нарочито на Косову и Метохији. На основу неких образаца понашања и исказивања масовне психологије, гледишта и начина поступања, може се претпоставити да је код народа већ дуже времена (неколико деценија) ширено и дубоко у свест све више урезано уверење да је угрожен територијални интегритет и судбина државе и народа.

Страх представља одличну подлогу за бујање психолошке потребе за ослањањем на вођу, па чак и када све чињенице показују да се од њега не може очекивати да испуни очекивања нити да пружи безбедност од претпостављене опасности. У вези са избором вође, нема много обећавајућих и широко прихватљивих алтернатива. Да алтернативних и уверљивих елита не буде на виду, о томе се већ побринула ранија и садашња власт и опозиција, које је међусобна борба за власт разбила у фрагменте и окренула једне против других.

Значајна предност промена у правцу успостављања владавине права, мада захтева и велике и радикалне реформе, јесте и у томе што кад су нам јасне концепције и установе за које се треба залагати, онда постоји и

могућност парцијалних и постепених промена тј. укључени и стручна јавност могу код сваког закона и одлуке да лако закључе шта није у складу са основним концепцијским и уставним опредељењем за владавину права, па се сваки поједини случај одступања може критиковати и може се покушати да се поправи. То није тако кад се ради нпр. о промени привредног система где се не може један сегмент поправити ако се не промене и други с њим повезани.

Велику препреку успостављању владавине права представља поменута правна аномија, бујање грабежљивости, аквизитивности, понашања која се састоје у томе да се не бирају средства како би се остварили неки себични циљеви и интереси, распрострањена злоупотреба власти ради личних и кликашких циљева, низ појава које су дошле као нузпроизвод или тзв. „ненамераване” последице започетих реформи или су производ корумпираности система.

4.

Неопходно је што пре донети одговарајући либерално-демократски устав и успоставити уставност као део владавине права. Конституционализација би требало да обезбеди права и слобода грађана (не само на речима), утврди односе између основних структура и установа власти, њихово бирање (конституисање) и регулисање начина како се власт врши, што значи елементе изборног система, да уведе институције које би обезбедиле независност судства, стварну „поделу” односно систем узајамне контроле и равнотеже између грана власти, а затим и територијално-политичку организацију Србије са ојачаном локалном и новом регионалном управом и самоуправом. Онај део политичког и правног система чија је сврха да омогући артикулацију интереса широких слојева, њихово уобличавање кроз политичке партије и друге системе, али је важно да народна воља може да дође до изражаја у бирању народних представника за које је потребно обезбедити аутономију у представљању народа и при опредељивању у скупштинама (слободне мандате), али и систем политичке одговорности бирачима и јавности. У новом уставу би требало изразити обавезу Србије као државе да води бригу о Србима у дијаспори. Такође и одредбе које ће пружити заштиту националним мањинама (етничким заједницама) да без икакве дискриминације уживају сва права, грађанска права и слободе које устав даје, уз систем заштите који гарантује међународно право и европске конвенције које наша држава прихвата.

У првом реду неопходна је конституционализација и институционализација власти у држави. То значи утврђивање односа између основних структура и установа власти, њихово бирање (конституисање) и регулисање начина како се власт врши, а затим гаранције права и слобода грађана (не само на речима; без дискриминације на основу верске или националне припадности, порекла или језика). Зато је неопходно реформисати оне делове који би требало да обезбеде оно што се утврђује као циљ који води

владавини права у Србији. Ово се, нпр. тиче неких основних институција (однос елемената парламентаризма и президентизма уз одстрањивање елемената супер-председничког система, другачији изборни принципи и закони, закони који би требало да обезбеде слободу информисања, мишљења и изражавања тј. слободу штампе, боље гаранције за поштовање начела habeas corpus, већа улога судова у контроли управе и заштити права грађана и друга о којима ће ниже бити речи).

У нас већ имамо више пројеката уставних промена у којима се за Републику Србију предвиђа примена начела владавине права, узајамне контроле и равнотеже, а не пуке „поделе власти” и подносе се бројни предлози с циљем да се држава демократизује и да се побољша статус грађана тј. њихова права и слободе, а разматрају се и реформе, децентрализација, регионализација, проблематика поделе власти, одн. њене контроле и равнотеже и низ других питања значајних за демократску транзицију.²⁰ Овде нећемо износити појединости из пројеката о којима је реч већ ћемо само рећи сажету оцену да ови пројекти нуде боља и уравнотеженија уставна решења и настоје да их тако институционализују да се може претпоставити да би могла да се остварују. Велика се пажња поклања обезбеђивању функционисања поделе власти и успостављању услова и основа за независност судства (Зоран Ивошевић), и предлаже се више других институција и решења (омбудсман, регионализација Србије, учешће мањина, већа одговорност председника републике и јавних функционера, итд.). Више пројеката

20 Слободан Самаршић, Радмила Накарада и Ђуро Ковачевић (ур.), *Лавиринтски кризе, Предуслови демократске транзиције СР Југославије*, Београд, Институт за европске студије, 1998; *Уставне иррејсости/авке за демократску Србију*, Београд, Београдски центар за људска права, 1999. Аутори овог предлога су: Лидија Баства, Драгољуб Поповић, Весна Ракић-Водинелић, Горан Свилановић, Зоран Томић; Ратко Бубало (ур.), *Грађанин у правном систему СР Југославије*, Београд, Хелсиншки одбор за људска права, 1999; *Уставна решења за Србију и Југославију – предлози независне групе експертиса*, Београд, Београдски центар за људска права, 2001. Независну групу експерата су чинили: Лидија Баства Флајнер, Владимир Ђерић, Маријана Пајванчић, Драгољуб Поповић, Зорица Радовић, Слободан Самаршић; Грађански парламент Србије, *Правац промена*, Београд, Република, 2000. (ту је објављен и прилог Зорана Ивошевића, „Судство у Србији”, а један поднаслов гласи „Суморни амбијент поделе власти” (стр. 57–80); на крају се као прилог даје и „Кодекс судијске етике” (који је прихваћен од Друштва судија Србије, 1998); Павле Николић, *Устав Краљевине Србије – Нацрт*, Београд, 2001; Forum Iuris, *Пројекти уставна републике Србије*, Нови Сад, 2002. Аутори овог Пројекта су Маријана Пајванчић, Ненад Димитријевић, Слободан Бељански, Станко Пихлер, Радивој Степанов и Димитрије Боаров; Нацрте за уставе су сачиниле и поједине политичке странке – Демокраска странка Србије, Г-17 Институт, што ће можда бити прихваћено као пројекат странке Г-17. У свим овим предлозима има доста нових идеја, у целини гледано усмерених на успостављање демократске и правне државе у Србији, о једном другом значајном аспекту, в. Небојша Владисављевић, „Системи са непосредно изабраним председником, наслеђе старог режима и нови устав”, *Призма*, Септембар 2003. Овај рад даје сажет, али врло информативан приказ решења положаја председника у посткомунистичким државама, са врло добром анализом предности и недостатака појединих решења. Аутор разматра односе између законодавне и извршне власти, и одређује се за решење по којем би народ непосредно бирао председника и та установа би имала значајну улогу у представљању државе и успостављању равнотеже у односима грана власти, али не би имала овлашћења слична онима која даје Устав Србије из 1990.

предвиђа тело које би добило важну улогу у бирању судија, како би се њима обезбедио одговарајући статус и створили услови у којима би дошла до изражаја стручност, независност, објективност. Такве институције би биле „Високи савет правосуђа”, „Правни савет” или слична установа другог имена. Било би можда добро да колегијуми састављени од судија, можда уз извесне процедуре и утицај скупштина на избор дела чланова тих колегијума, добију значајну улогу у избору нових судија.

Рад на увођењу владавине права или остваривању идеје правне државе подразумева и захтева (1) да се полази од тога да су људска права и слободe смисао и основни руководећи критериј у изградњи правног и политичког система, и чинилац ограничавања власти; (2) одговарајуће установе, што поред осталог подразумева поделу власти, одн. њихову узајамну контролу и равнотежу, у оквиру чега и стварање услова за независно судство, али и низ других институционалних (парламентаризам, парламентарна истрага, омбудсман, интерпелација, уставна жалба, премапотпис и др.) и практичних претпоставки, услова и „решења” за примену тзв. објективног права (тј. скупа правних норми) и за заштиту тзв. субјективних права тј. права (и слобода) грађана, одн. људи, и тзв. правних лица; (3) правне и институционалне оквире за размах предузетништва и економски преображај.

Један од циљева би требало да буде увођење правног система који би омогућио довољно широке и либералне оквире за предузетништво и олакшавао промет; и смислену аутономију друштвених сегмената (пре свега привреде, науке, медија, универзитета, синдиката, црква, удружења, невладиног сектора) какав је то случај у развијеним демократским државама. Општа орјентација требало би да буде она, коју смо већ чули да се прокламује и хвали, али видимо да се не примењује. А то је девиза да би требало да буде слободно све што из ваљаних разлога није изричито законом забрањено. Поштовање оваквог приступа подразумевало би и неопходну тзв. дерегулацију.

У складу са оним што је констатовано у претходним одељцима, јасно је да је потребно рехабилитовати и реконструисати, као и обезбедити стварно функционисање установа. Наиме, изградња друштвених установа у истинском смислу нама тек предстоји, јер, као што смо већ рекли, зграде и табле на њима не чине установе. Од великих правних грана, реконструкцију захтевају све, а у првом реду уставно право и све што је повезано са привредним правом, а то значи и грађанско право.

Неопходно је, дакле, кодификовати грађанско право и поступак, тј. право својине и друга стварна права, облигационо право, трговачко или привредно право, финансијско право, банковно право итд. (која су парцијално у виду посебних закона и „кодификована”). Може се помислити да би најбоље било све обухватити једним грађанским закоником, али и неке развијене европске земље уводе посебне законе, нарочито у областима које се због развитка нових технологија брзо мењају. У свему томе, па свеједно да ли више закона или само један, у нас је неопходна поновна рецепци-

ја или ренесанса класичних установа грађанског права, а то значи и система норми које регулишу тзв. привредни систем и омогућавају слободу предузетништва и функционисање тржишне привреде. То би установама својине, уговора и другим институтима и инструментима грађанског права и правног промета (менице, чека, хипотеке, залога и др.) требало да врати карактер и улогу какву имају у развијеним тржишним привредама. Поштовање права на мирно уживање имовине и на тзв. стечена права аутоматски би се вратило уколико би дошло до модерне кодификације целог корпуса грађанског права. То би променило и систем евиденције непокретности и рестаурирало начела уписа, а земљишне књиге и друге документационе инструменте одузело би општинској администрацији и поново их дало на вођење судовима. Не сме се допустити да правна решења иду на руку систему у којем *de facto* влада начело: чија је власт његова је и својина!

За владавину права је веома важан поступак, предвиђена процедура, правоваљан, фер поступак у целини и у свакој грани права према њеним специфичностима, оно што у англосаксонском праву зову „the due process of law”. То је пре свега важно кад се одлучује о људским правима, али и у одлучивању о изборима, у парламентима, приликом усвајања закона (досадашњи поступак разматрања и усвајања не може обезбедити никакав квалитет закона) и у другим сличним ситуацијама у којима придржавање одређене процедуре унапређује и демократију и владавину права и доприноси квалитету онога што се ради. Да би се контролисала и поштовала „законитост” уобичајена је двостепеност или вишестепеност поступака, а посебно је важна судска контрола уставности, коју у неким земљама врше редовни судови највишег ранга, а у другим земљама, као и у нас, посебни, уставни судови, а подразумева се, наравно, и судска контрола законитости рада управе. Неопходна је и транспарентност читавог тог поступка што као један од услова има слободу информисања и медија, као и систем који ово може обезбедити.

У тзв. посткомунистичким земљама источне Европе и бившег Совјетског Савеза успостављени су председнички или полупредседнички, а има у суперпредседничких система. Стручњаци који проучавају процесе тзв. преображаја од ауторитаризма ка демократији и у Јужној Америци и у Источној Европи, споре се око тога какве су у преображају о којем је реч предности и недостаци парламентаризма и presidencyализма, и шта носи и какве предности или опасности један или други систем. Као што је познато, и у нас постоје различите идеје у овом погледу. Мање је спорно да улогу председника треба ограничити у поређењу са оним што је Устав из 1990. давао ондашњем председнику. Спорније је како бирати председника – у парламенту или да га бира народ непосредно, и да ли та установа треба да има неку улогу равнотеже и институционалне контроле над радом владе и парламента, или би требало да буде пука протоколарна функција и установа чији избор зависи од парламента а функционисање од владе. Ниједан ни други облик не доводе у питање тзв. парламентаризам као систем институција и начин рада.

Нова институција председника имала би сужена овлашћења у поређењу са уставом из 1990, и акти председника би подлежали оцени уставности од стране уставног суда, и подлегао би реалном систему одговорности који би морао бити утврђен уставом. Али, председник би ипак требало да има право суспензивног вета у односу на законе (а парламент би тај вето могао обеснажити извесном квалификованом већином коју би устав утврдио). Такође би председник морао имати одређена уставна овлашћења у односу на владу. Циљ оваквих односа би био да се успостави узајамна контрола и равнотежа и имајући тај циљ на уму требало би правити нови устав. У нас би многи пре промене устава желели да знају за кога ће се радити нови устав, или бар ко ће бити будући председник, па би се онда и његов положај и улога ојачавали или слабили према томе да ли је он од „наших” или од „њихових”. Али, тим путем се опет не би градила институција него њен сурогат.

Добро је за државу и народ да државни поглавар има ауторитет установе која државу представља и која врши неке важне функције уравнотежавања односа власти. А највећи почетни ауторитет таква установа стиче ако председника бира народ непосредно. Извесне кочнице у процесима власти, које има председник, у виду, на пример, суспензивног вета у односу на законе, право распуштања скупштине под уставом утврђеним условима, улоге у поверавању мандата за састав владе и у односу на неке њене акте, као и улогу у предлагању (у оквиру институција које се имају у виду као што су Високи савет правосуђа или Правни савет или у сарадњи са таквим институцијама). Онај ко намењену му улогу врши у току њеног обављања ће или потврдити или порушити ауторитет установе, зависно од начина рада и резултата. При разматрању односа извршне и законодавне власти, важно је имати у виду и уставно-судску власт и обезбедити јој одговарајућу надлежност и независност, као и сталност судија и судова, те и од тога као циља полазити у одређивању надлежности разних тела и институција у односу на судство у најширем смислу.

Највећи број пројеката уставних реформи које смо навели дотиче и проблеме локалне самоуправе (која није спорна) и регионализације (око које не постоји сагласност). Чини нам се да би у духу неких трендова у Европи („Европа региона”), као и искустава Шпаније, Италије, било корисно извршити регионализацију (узимајући у обзир и традиционалне регионе као неке привредне и културно-политичке целине) целе територије по једном симетричном моделу, који би свима и досадашњим аутономијама дао шири круг надлежности и већи удео у финансијским средствима са којима би територијално-политичке јединице државе располагале.

Судови имају и важну и деликатну функцију, јер они су у крајњој линији једина тела која имају надлежност да кажњавају, односно одлучују о одузимању најважнијих вредности, од имовине до слободе, а изузетно и живота. Независно судство је неопходна претпоставка правне државе и владавине права. На поменутом научном скупу у САНУ, који се бавио анализом стања и изгледима за успостављање правне државе, Момчило

Грубач („Независно судство и правна држава”) описује незадовољавајуће стања судства у Југославији и препреке које би требало савладати да би се остварила уставна одредба о независном судству.²¹ Познавалац судског система изнутра, Зоран Ивошевић, сажето описује то стање и даје низ сугестија и предлога, које садрже и захтеве да се изврше промене у самом карактеру и врстама виших и нижих судова, као и промене положаја судова и судија (њихову независност, стручност, сталност и непокретност, неспособност судијске функције са извесним пословима или положајима, а требало би да гарантује њихову независност и примену принципа слободног судијског уверења. То све укључује и начин формирања буџета судова и многа друга питања.²² Из овог произлази да би требало обезбедити судовима организациону и финансијску самосталност, избор стручних и морално аутономних судија, и друштвеном подршком обезбедити да они могу испунити своје уставне улоге и обавезе. То би, поред низа других ствари, значило да треба ојачати улогу суда у уставној подели власти.

Извршавање судских одлука се не спроводи и то се у више студија наводи као нешто што онемогућава остваривање уставних и законских одредби, па ни заштиту права и слобода грађана. Најгоре је што се људи стављају у неједнак положај тиме што се неки штите судским одлукама и њиховим спровођењем, а други чија су права такође заштићена судским одлукама остављају се да чекају и врло често и не дочекају да се судска одлука спроведе и њихова права реституишу.

Низ проблема произлазе и одатле што судови раде у сиромаштву, окружени су свим видовима корупције, злоупотреба и притисака, којима, без јаке друштвене подршке, подлежу не само појединци, већ систем дељења „правде” као такав.

У овој области би било потребно проширити судску контролу над радом целокупне јавне управе и посебно полиције, проширити примену тзв. управног спора. Била би потребна ревизија тј. промена закона о државној управи, и закона о запосленима у државној управи, а поједине правилнике строго усагласити са уставним декларацијама о правима. Све законе које регулишу ове области, уколико се не мењају, подврћи оцени уставних судова или скупштинских одбора уз сарадњу стручњака, у погледу њихове са-

21 Види и: Слободан Перовић, *Судијска независност – Пролејомена*, Београд, Удружење правника Србије и Институт за упоредно право, 1998. Овај рад се посебно бави трима димензијама судијске независности: независност судије у поступку примене права (са веома великим бројем постављених проблема у вези са сложеностошћу јуристичког феномена и више добрих примера); статусна независност (проблеми сталности судијске функције и непокретности судијске дужности); и гаранције судијске независности (од начина избора, преко материјалног положаја, судијског имунитета, вансудских активности, начина унапређивања до услова и организације рада, расподеле предмета) и прекомерних овлашћења управе у односу на судство. У зборнику који је уредио Зоран Ивошевић (Зоран Ивошевић, *Криза и обнова права*, Београд, ЦУПС, 1999) дато је готово двадесетак прилога угледних научника и стручњака, а сваки анализира и показује шта је неуставно у закону који је предмет његовог прилога.

22 Зоран Ивошевић, „Судство у Србији”, у *Правац промена*, нав. издање.

гласности са уставима. Све прописе (правилнике и сл.) који регулишу поједина питања такође учинити подложнима оцени уставних судова или стручних тела у погледу њихове уставности.

Потребно је остварити деполитизацију јавних служби и у све области ових служби и полиције увести и одређене кодексе етичких стандарда, као и техничка и друга средства која би повећала ефикасност рада ових служби у корист грађана и државе и повећала безбедност припадника ових служби кад испуњавају своје уставом и законом утврђене обавезе и овлашћења. Унутрашњу дисциплину и одговорност, као и мере ре-едукације самеравати и прожимати циљевима који би се постигли успостављањем владавине права.

Неки важни облици остваривања оног великог правног начела које се данас означава синтагмом „habeas corpus” налазе примену или се крше у областима живота које су регулисане управним правом или правним одредбама које регулишу права и обавезе органа управе. У овој области је стање не само веома рђаво, него и супротно оним вредностима и правилима и слободама грађана које су у нас прокламовани уставом.

Законитост и контрола рада полиције представља једно толико важно питање у области коју разматрамо, да је својевремено у Немачкој кад се рађала сама идеја правне државе она повезивана са потребом да се превазиђе тзв. полицијска држава, тј. држава која је полицији остављала одрешене руке у поступању према онима на које су пале неке сумње или су починили неке противправне акте. Та област захтева веће гаранције за положај осумњиченог, приведеног, окривљеног; захтева кажњавање злоупотребе овлашћења од стране полиције. Потребно је из овог угла извршити ревизију свих правилника и других општих аката који се тичу положаја, организације, овлашћења и поступака полиције. То исто тако захтева контролу рада полиције од стране политичких, представничких тј. законодавних органа власти (скупштине, парламента) преко одређених тела (одбора, савета), као и унутрашње устројство и унутрашња контрола, као и двостепеност поступка, како би цела ова служба служила највишим циљевима владавине права, а тиме и највишим интересима државе. Полиција, као и читава јавна управа, мора постати јавна служба, али проглашавање нечега јавном службом може бити и само употреба празних речи, јер се дух јавне службе мора однеговати, а то значи и да почива на поверењу и поштовању, које се такође не може прогласити или увести већ само заслужити.

Може се сажето рећи да је потребно изградити или увести у право оно што унапређује људска права и слободе, стабилан правни режим и либералан политички режим, друштвени, економски и политички, а и културни плурализам, као и отворено цивилно друштво са либералном политичком културом, уважавањем разлика, такмичења (контестације, оспоравања), толеранције, дијалога и компромиса као начина долажења до споразума. То су важни предуслови за политичке гаранције људских права, за плодносност консоцијацију различитих етничких група, за успостављање услова за влада-

вину права и функционисање система на основу „поделе власти” тј. узајамног, на уставу и закону заснованог стављања сваке власти под контролу.

Мада је из целог нашег приступа јасан смисао сумарног набрајања само једног броја правних грана, види се да се све промене у основи односе на три ствари: (а) на положај грађана, уставног регулисања њихових права и слобода; (б) на организацију државне власти, њених извора, структуре, правила рада, права и одговорности; (в) одговарајуће институционалне и законске гаранције и могућности уживања и заштите права укључујући и својинска права која подразумевају и слободу привредне иницијативе и регулишу тржишну привреду.

Степен поштовања права ће зависити од квалитета права, а то значи и законодавца и његовог увиђања потребе да право буде инструмент који олакшава овај велики преокрет (или ће пак отежавати у случају да законодавац не увиди поменуте потребе).

Морална аутономија и професионална етика у јавном животу – такође чине део ове теме, јер ако конкретни људи који право стварају и примењују буду радили супротно од онога што владавина права/правна држава захтевају, а често и супротно људској савести, па чак и здравом разуму, ове велике идеје се неће остварити. За њихово успостављање захтевају се организовани заједнички напори, али и индивидуално знање, морална аутономија и храброст.²³

Распрострањено осећање опасности по државу и нацију делује као важан чинилац у изборном и политичком понашању, па била перцепција страха од опасности реална или не. То се допуњава укорењеним обрасцима понашања у таквим ситуацијама, који учвршћују представе о обиму и карактеру опасности.

Судство је најмање подобно да се наметне као нека свеопшта власт, јер нема средства којима се доминира. С друге стране, правна логика и резоновање, ма колико некада могу бити под утицајем правног догматизма, ипак су везани за познате и обнародоване норме и правна начела, која у великом броју представљају цивилизацијска достигнућа и изразе људског ума и у начелу, супротност сили и самовољи. Судови не представљају онакву опасност какву стално представља извршна власт, а повремено може да је представља и законодавна (као у случају француског конвента), јер и код једне и друге воља долази више до изражаја него разумност и у норме отеловљена мера (ако то јесте) која је суштински део судовања. Судови могу бити опасност само ако би слепо спроводили вољу извршне власти без обзира на законе.

Кад се у нас пре 40 година успостављало уставно судство, без обзира на врло ограничено поимање уставности и законитости, упливисано идео-

23 В. наш рад: „Владавина права и правничка професија”, *Правни животић*, бр. 7–8, 1997, стр. 7–54; и под истим насловом – „Уводно излагање на Једанаестом сусрету правника Копачичке школе природног права”, децембра 1997, *Правни животић*, бр. 1–2, 1998, стр. 1049–1054 (као и учешћа у расправи, стр. 816–818; 830–831; 986).

лошким и политичким „разлозима”, и владајућом концепцијом о јединству власти, опет се већ тада с правом констатовало да се уставним судовима уноси елеменат поделе власти. А то је значило да ако ови судови испуне намењену им улогу, да се у складу са оним ставом са почетка овог прилога, почиње рађати и уставност.

Мада не можемо оптимистички процењивати изгледе ових покушаја да се лако и брзо остваре, морамо их процењивати на основу самих предлога као подударне са идејама конституционализма које смо излагали. Нажалост, постоје прилично дубоке поделе у друштву, а и у руководством, политички интереси властодржаца нису усклађени, сложена економска и социјална ситуација не може брзо да се превазиђе, више је појава у друштву и у суседним државама које изазивају забринутост, бремените су опасности, преовлађујућа политичка култура има јаке елементе ауторитарне политичке културе и све то делује као чинилац успоравања потребних промена.

Мора се водити рачуна да присутна унутрашња политичка нестабилност, неизвесност у погледу будућности, социјалне и политичке тензије проузроковане економским тешкоћама и раширеним сиромаштвом, могући насилни сукоби око моћи и власти, политичке опасности које се могу појавити из окружења или због немира, сецесионистичких антиуставних покрета унутар државе или тероризма, могу произвести и сукобе који би резултирали даљим непоштовањем или укидањем устава, и тиме успоравањем или одлагањем демократизације и увођења владавине права.

Тешко је и замислити да се идеја владавине права брзо или лако оствари при општој неизвесности, распрострањеним ауторитарним обрасцима понашања, оптерећености догматизмом, идеолошком искључивошћу конвертита који мењају партије и идеологије као што су некада они без кичме и достојанства мењали заставе, при недовољној ограничениости власти и исто тако недовољној сигурности грађана. Али, уколико више ситуацију карактерише правна несигурност живота и имовине, угроженост интегритета, мафијашке структуре и распрострањена пљачка у најразличитијим облицима, утолико је важније постизање напретка у остваривању идеја владавине права. Према схватању великих мислилаца од Перикла до Лока и Мила владавина права је и једини повољан оквир за цветање слободе, за коју се иначе морамо стално ненасилним средствима борити да би је сачували и проширили.

На једном скупу научника и стручњака из уставног права који су се средином децембра 2003. састали у своме удружењу да размотре „уставну” ситуацију мање од две седмице пре избора (заказаних за 28. децембар), кад је већ држава била без свога поглавара, скупштина распуштена, влада у оставци, судови у неизвесности по којим ће прописима деловати после 1. јануара 2004, а резултат избора већ оцењен као високо неизвестан и зато се претпостављало да ће бити врло тешко саставити владу. И уз све то не зна се да ли устав постоји, јер се не зна да ли онај из 1990. године важи и за кога и колико важи. Од таквих су чињеница или претпоставки пола-

зили учесници у расправи. Без икакве сугестије или ма и најмањег непосредног повода за то, могло се током разговора пратити како се обликује и изражава једно схватање које деле готово сви учесници. Наиме, у таквој ситуацији је готово свима једино Уставни суд представљао институцију која има не само легалност, него ужива и ауторитет, интегритет, легитимитет и поверење које је стечено показаном независношћу и рационалношћу својих скорашњих одлука, тако да су окупљени стручњаци, по правилу врло одбојни према било чијем узимању у своје руке оних овлашћења која му нису изричито дата, сада напросто спонтано ишли ка заједничком схватању и закључку да се од Уставног суда мора очекивати и готово тражити да у датој ситуацији делује, ако се тако може рећи, као „депозитар правне свести и државне суверености”. То показује да се уставном судству мора дати надлежност у стварима очувања уставности какву такве институције имају у демократским земљама.

УСТАВНИ СУД И НОВИ УСТАВ СРБИЈЕ

I

Уставни суд и правна држава

У теорији уставног права је с разлогом речено да је „... истински симбол цивилизације оно што се зове правна држава, насупрот деспотској држави” (J. Gicquel). То онда, само по себи, значи да нема истинског демократског уређења без правне државе (владавине права), јер она управо обезбеђује оно што је неопходно за успостављање и функционисање демократије – ограничавање државне власти, онемогућавање њене самовоље и злоупотребе, спутавање дискреционе власти и надасве заштите појединца, човека и његових права и слобода, као и обезбеђења афирмације људских и других вредности и тековина цивилизације. С обзиром на то, правна држава, то је само по себи разумљиво, претпоставља не само постојање устава (и закона у складу са уставом), већ и супрематију устава (и закона), тј. један усклађени, хијерархијски устројен правни поредак са уставом као *lex superior*-ом на свом врху, а којим се гарантују и штите права и слободе и читаво демократско уређење.

Међутим, као је пракса у модерним државама показала, није довољно прогласити да је устав *lex superior*, нити да је правна држава темељ и основно начело демократске државе. Устав и правна држава треба да доживе своју стварну примену, да се оживотворе у самој пракси. Отуда, заштита устава, односно правне државе у свим облицима њеног испољавања је *conditio sine qua non* њихове примене, односно оживотворења. При томе, јасно је да се ради те заштите, која обухвата и контролу свих власти, успоставља и делује одређени механизам у коме најзначајније место заузима судска заштита, посебно уставно-судска заштита коју врши уставно судство.

Прикладност, па и неизбежност уставног судства у правној држави, у суштини, ради се о узајамној условљености правне државе (и демократије) и уставног судства, потврђује низ упечатљивих аргумената, па и пракса данас у свету, те је с правом речено да је институција уставног судства „један од најмаркантнијих догађаја уставног права после рата” (Louis Favoreu).

Прво, уставно судство је институција од највишег ауторитета, с обзиром на то да значај његове функције заштите устава и уставности (и законитости) то императивно претпоставља, а која је основ конституисања и постојања правне државе.

Друго, уставно судство ужива највиши степен независности, што је у правној држави апсолутан услов за вршење поменуте функције.

Треће, уставно судство ужива потпуни и ничим окрњени легитимитет – вршећи поменуту функцију заштите устава и уставности (и законитости) оно се налази на бранику заштите права и слобода и демократских и цивилизацијских тековина; оно не ствара право већ, отклањајући повреде нанете уставу и уставности (и законитости), обезбеђује да то право буде засновано на уставу као *lex superior*-у.

Четврто, уставно судство није нека „виша власт” у односу на законодавне, извршне и судске органе – оно је као и други органи подређено уставу и строго везано за њега, чак и када га тумачи (реч је, како је у теорији речено, о „стваралачком тумачењу а не стварању уставних норми” – L. Garlicki, W. Zakrzewski), а то све то тим пре што оно не врши оцену целисходности аката (закона и др.), те и није у прилици да цени политику па, према томе, не претвара се у орган који утврђује и води политику.

Све то говори у прилог закључка, како је у теорији изричито записано, да је уставно судство, фигуративно речено, „најмање опасно” (Mauro Cappelletti).

II

Стање правне државе у предвечерје доношења новог Устава

Изнето мишљење о узајамној условљености демократије и правне државе с једне стране, и уставног судства с друге стране, намеће, када се ради о постпетооктобарском периоду у Србији, потребу сагледавања стања демократије и правне државе у времену после Петог октобра, као предумова за стварну улогу и афирмацију уставног суда.

Стање затечено у тренутку свргавања дотадашњег ауторитарног режима било је погубно. То се, пре свега, односи на правну сигурност грађана и остваривање њихових права и слобода, на независност судства, а посебно уставног суда, на стање законодавства које и није могло да буде основ владавине права, а нарочито на сам Устав донет 1990. године. Поред познатих слабости и промашаја овог Устава, а нарочито чињенице да је он утро пут успостављању режима личне власти, то је био један апсолутно нелегитиман акт, с обзиром да га је донела једностраначка Скупштина избрана на једностраначким изборима у условима потпуног политичког и сваког другог монопола тада владајуће партије. Отуда, и читав правни поредак који се градио на нелегитимном уставу морао је да буде нелегитиман. То свакако нису били погодни услови за делотворну улогу Уставног суда, поготово када се узме у обзир ауторитарни карактер читавог политичког режима, што је утицало најдиректније на избор судија, на доношење одлука и активност Суда уопште. Једном речју, уместо да закорачи на пут демократизације и транзиције крајем осамдесетих и почетком деведесетих година, Србија је кренула стазом даљег суноврата.

Оваква констатација стања до свргавања дотадашњег режима намеће питање шта се урадило после Петог октобра у ликвидацији таквог стања. Наисправнији одговор би био – и много и мало, а понегде и ништа. Много, јер је засигурно заувек срушен и одбачен постојећи десетогодишњи ауторитарни режим, чиме је створен општи, у ствари капитални предуслов за успостављање правне државе, демократије и других цивилизацијских тековина. Мало, јер су реформе, у глобалу посматрано, још увек у зачетку, али на уставном плану, нажалост, није учињено ништа.

Ако је то тако, онда је потпуно јасно да је после Петог октобра 2000. године учињена погубна грешка. Наиме, Пети октобар није значио, нити је смео да значи, само обичну смену политичких партија на власти. Пети октобар је значио и морао да значи радикалну промену власти, тј. читавог политичког режима и поретка у целини (уставног, економског и сваког другог). Апсолутни услов те и такве радикалне промене, у суштини револуционарног преокрета, морало је да буде укидање тада важећег Милошевићевог Устава од 1990. и доношење новог Устава Србије.

Због тога сам још у децембру 2000, а затим и у јануару 2001. и касније у више наврата јавно предлагао да се новоизабрана (децембра 2000) Народна скупштина сопственом одлуком прогласи за Уставотворну скупштину и да у том својству донесе одлуку о стављању ван снаге тада важећег Милошевићевог Устава, да донесе неопходне привремене уставне акте које би омогућили даље функционисање државе и да одмах покрене поступак за доношење новог Устава. Посебно сам се zaloжио и предложио доношење Закона о неважности свих закона и нормативних аката од АВНОЈ-а до пада Милошевићевог режима. То је био мој пледоаје за нови правни систем. Његово остварење би било од виталног значаја за учвршћење нове демократске власти и развој новог режима и поретка у целини. Наиме, то би омогућило неупоредиво брже одвијање свих процеса реформе, а неминовно би повукло за собом радикалне персоналне и друге промене у полицији, државној безбедности, судству, тужилаштву, али и у другим сферама државне организације и у друштву у целини, спровођење лустрације, итд. Просто речено, био би створен уставно-правни основ за истинску демократизацију, а самим тим и за почетак процеса транзиције. У таквим условима би се, наравно, одмах образовао и нови Уставни суд.

Међутим, тако није учињено. Била је лансирана тзв. идеја легализма, па је Милошевићев Устав Србије (али и Устав Савезне Републике Југославије од 1992) остао на снази, те су бројне погубне последице биле неизбежне. Када су те последице постале не само очигледне, већ и неподношљиве, донета је одлука ове године да се донесе нови Устав. Интересантно је, при томе, да се Народна скупштина одлучила да постојећи ревизиони поступак игнорише (упркос поменутом залагању за легализам). Она је обичним законом прописала другачију процедуру за доношење новог Устава. То је, разуме се, био вишеструко нелегалан чин, али је и сам Уставни суд преко тога ћутке прешао.

Нови Устав и налажење правог места и улоге Уставног суда

1. Доношење новог Устава Србије данас, додуше са трогодишњим, па и дужим закашњењем, представљало би коначну потврду Петог октобра и свега онога што је он значио и морао да значи. У том смислу, доношење новог Устава је данас *conditio sine qua non* васкрса једне нове, демократске Србије. То онда, по природи ствари, претпоставља одређење за пут напредка својственог слободарским земљама, али и враћање Србије њеним коренима, тј. демократској уставности и свеколикој духовности. Због тога нови Устав и мора да буде изграђен на признатим тековинама демократије и цивилизације уопште, али и изворној српској традицији.

У комплексу темељних питања које нови Устав треба да регулише јесте и питање правне државе, односно владавине права. То, разуме се, претпоставља разрешење низа питања која се односе на садржину и значење правне државе, односно владавине права, али исто тако и бројних питања која се тичу механизма обезбеђења и заштите устава као *lex superior*-а, уставности и законитости и свега онога што правна држава, односно владавина права значи. Као што је познато, а то сам у почетку и поменуо, највидније место у том механизму има судска заштита, а у низу земаља све значајнију улогу у том погледу преузима уставно-судска заштита коју врши уставно судство. То је, практично, и довело до тога да у држави која се квалификује као правна држава, уставни суд постаје, у суштини, неизбежна, неопходна, па и незаменљива институција.

Формално гледано, у механизму заштите Устава, уставности и законитости успостављеном Уставом Републике Србије из 1990. године, Уставни суд је имао најистакнутије место. Међутим, његов стварни положај, улога и ефекти деловања били су условљени, у ствари, драстично ограничени ауторитарним режимом изграђеним на том истом Уставу, који је и утро пут увођењу режима личне власти. Избор новог уставног суда после Петог октобра, додуше са значајним закашњењем, као и постављање нове демократске власти, створили су могућност за истинску афирмацију улоге и дејствовање Уставног суда као најснажнијег ослонаца правне државе, односно владавине права. Међутим, успон и афирмација Уставног суда у остварењу свог суштинског задатка у новом режиму, после Петог октобра, били су праћени тешкоћама и проблемима.

Прво, неспровођење односно одуговлачење у спровођењу појединих одлука Уставног суда појава је која није непозната у данашњем систему, упркос изричитој одредби још увек важећег Устава да су одлуке Уставног суда општеобавезне и извршне, па њихово спровођење не би ни под каквим условима могло да дође у сумњу. То с једне, а с друге стране, како је јавно речено, поједине изјаве високих политичких функционера, хтело се то или не, представљају фактички притисак на Уставни суд у доношењу његових одлука.

Друго, поједине одредбе важећег Устава нису у свему задовољавајуће, па и не представљају у потпуности погодан основ за деловање Уставног суда као врховног заштитника Устава, уставности и законитости у систему у коме ваља провести на доследан начин идеју правне државе, односно владавине права.

2. Начелно говорећи, а нарочито с обзиром на постојеће фактичко стање и атмосферу у којој се одвија политички живот и доносе државне одлуке у Србији, а у складу са императивом успостављања истинске правне државе, односно владавине права, услов свих услова је обезбеђење апсолутне независности Уставног суда. Уставни суд мора бити институција потпуно независна на коју други државни органи, као и други субјекти политичког живота, никаквим својим ауторитетом не могу утицати нити на њу вршити притисак, као ни подвргавати критици одлуке Суда, и сл. Само тако, Уставни суд може одговорити свом узвишеном задатку заштите Устава као *lex superior*-а, уставности и законитости, те тако и представљати снажан темељ правне државе, односно владавине права.

(1) У том погледу, пре свега, од битне важности је пронаћи одговарајући начин избора судија и председника Уставног суда. Досадашњи начин избора, предвиђен одредбама Устава Србије од 1990. није се, у нашим условима, показао као најприкладнији нити је обезбеђивао независност Суда.

Наиме, учешће две друге гране власти, законодавне и извршне, у предлагању и избору судија и председника Уставног суда, како то предвиђа још увек важећи Устав, несумњиво је средство њиховог могућног утицаја на рад Суда, поготово ако судије, односно поједини од њих, припадају политичкој странци (што Устав Србије не забрањује) која има већину у Народној скупштини и којој припада и сам председник републике који предлаже кандидате за председника Суда и судије.

У Уставној парламентарној монархији, бар према нацрту Устава Србије који сам пре две године написао и предао јавности (у Шпанији данас слично) именовање председника и судија Уставног суда врши краљ на предлог Врховног савета судства. Будући да је краљ надстраначка личност, а Врховни савет судства ауторитативно тело које није везано ни за Владу ни за Народну скупштину или било који други државни орган, именовање председника и судија не може да послужи као средство иницијалног и потенцијалног утицаја, односно притиска на Суд. У републиканском уређењу, ово именовање, односно избор би могао да врши и поменути Врховни савет судства, с обзиром на његов ауторитет и карактер уопште. Евентуално, могло би да се размисли и о моделу избора који је, унеколико, сличан моделу који је прописао француски Устав од 1958. (па и Устав Италије од 1948, Устав Бугарске од 1991) – једну трећину судија би именовао председник Републике, једну трећину председник Народне скупштине и једну трећину Врховни савет судства (у Француској то чини председник Сената), док би председника Суда бирале из својих редова саме судије. На овај начин, могући утицај других грана власти био би, унеколико, слабији.

(2) При томе, оно што би безусловно требало предвидети новим Уставом је изричита забрана да судије буду чланови политичких странака. Забрана чланства у политичким странкама би била у знатно већој мери гарант независности Уставног суда, односно препрека могућим утицајима и притисцима на рад Суда.

(3) У циљу стварања услова и обезбеђења да Уставни суд оствари свој поменути узвишени задатак, беспоговорно би требало проширити његове надлежности. Поред оних које садашњи Устав предвиђа (уз извесне корекције и прецизирања), свакако би било нужно утврдити и следеће надлежности:

- Одлучивање о уставној жалби због повреде појединачним правним актом или радњом Уставом зајамчених слобода и права човека и грађанина;
- Одлучивање о сукобу надлежности између државе Србије и аутономних јединица (региона), уколико Уставом буде уведено регионално уређење, између самих аутономних јединица, између државе Србије и јединица локалне самоуправе, између аутономних јединица и јединица локалне самоуправе и између самих јединица локалне самоуправе;
- Одлучивање о законитости избора посланика Народне скупштине, посланика скупштина аутономних јединица (уколико буду постојале аутономне јединице), као и представника у скупштинама јединица локалне самоуправе;
- Одлучивање о законитости избора председника Републике (било да је биран непосредно од стране грађана, било од стране Народне скупштине);
- Одлучивање о оптужбама против председника Републике за повреду Устава и закона које учини у вршењу своје функције;
- Одлучивање о оптужбама против председника и чланова Владе за повреду Устава и закона које учине у вршењу својих функција;
- Одлучивање о законитости спровођења референдума.

На овај начин би се употпуниле надлежности Уставног суда као врховног заштитника Устава, уставности и законитости и тиме би се допринело потпунијем оживотворењу принципа владавине права (правне државе) у свим његовим аспектима.

(4) Важећи Устав утврђује обавезу Владе да у случају потребе обезбеђује извршење одлука Уставног суда. Очигледно је, а у данашњој пракси већ постоје о томе наговештаји, да овакво уставно решење није прикладно, па и да се не може очекивати да увек буде ефикасно, тј. да увек и у сваком случају се обезбеди извршење одлуке Уставног суда. Између осталог, тешко је замислити, а пракса даје примере, да Влада може деловати и извршити поменути обавезу у случајевима када се ради о актима Народне скупштине, па и председника Републике, а у односу на своје сопствене акте Влада ионако има обавезу да поштује (изврши) одлуку Уставног суда.

С обзиром на то да сам Уставни суд не располаже сопственим средствима којима би могао да обезбеди извршење својих одлука, могло би се размишљати о следећем решењу: ако Народна скупштина, председник Републике, односно сама Влада, не изврше одлуку Уставног суда која се односи на њихове акте у Уставом утврђеном року, по сили самог Устава Народна скупштина била би распуштена, председнику Републике, односно Влади, престао би мандат. У погледу других одлука Уставног суда којима он остварује своје друге надлежности, постојеће решење које утврђује обавезу Владе да обезбеди извршење тих одлука Суда могло би бити задржано.

Предложено решење је несумњиво вишеструко корисно: оно обезбеђује да се одлуке Уставног суда спроводе, отклања могуће кризне ситуације у случајевима када се одлука Уставног суда не извршава, чува и максимално обезбеђује ауторитет Уставног суда као заштитника Устава као *lex superior*-а, уставности и законитости и, надам се, представља додатно јемство функционисања уопште правне државе.

(5) Новим Уставом би требало прописати да Уставни суд има свој сопствени буџет који самостално утврђује и извршава. Иако је питање буџета другачије по свом карактеру од других, горе наведених питања, сматрам да је апсолутно неопходно да Суд има сопствени буџет. Свако друге решење, па и постојеће решење, може, у већој или мањој мери, да угрожава самосталност Уставног суда. Тако, и постојање сопственог буџета сврстава се у неопходне услове независности Уставног суда.

*
* *
*

Према томе, уношењем извесних нових решења, попут горе набројаних или неких других, у нови Устав Србије, засигурно би допринело учвршћавању независности Уставног суда у систему правне државе у Србији. Међутим, јасно је да независност Уставног суда не зависи само од уставних решења, од уставних одредаба. Бројни су тзв. неправни фактори као и фактички услови и амбијент у коме делује Уставни суд, а који утичу на остваривање независности Уставног суда, односно који угрожавају његову независност – ниво политичке културе и свести уопште, стање опште политичке климе, понашање политичких странака, морал и карактер, као и стручност и савесност самих судија, итд. Међутим, то су чиниоци који се не могу преко ноћи променити. Уставне норме, тј. уставна решења се, пак, могу много лакше и брже променити и прилагодити жељеном циљу. Доношење новог Устава Србије је прилика да се то учини.

УСТАВНО СУДСТВО – ИЗМЕЂУ ЖРЕЦА И СТВАРАОЦА

*„Али тииме хоће да нам се каже да је рационално да усџав има судску санкцију, а не и да је немоуће да буде без санкције, или, да усџав треба да има судску санкцију, али не и да је увек има у једном позиџивном љраву”
(Ђорђе Тасић).*

УВОД

1. – *Per definitionem*, уставно судство је засебна и независна државна институџија коју се поверава функција уставног судовања, просуђивања и правног резоновања највишег нивоа¹. Реч је о *решавању усџавних сијорова, о љравном одлучивању да ли је љовређен усџав*. Одвија се по нарочитом законском поступку, и има више видова. Каталог послова уставног судства зависи од солуџија важећег права у једној земљи. Његова иоле комплетнија садржина имала би следећи изглед²: (а) Суђење (о) законима (и подзаконским прописима) са становишта устава као челног правног акта – провера правности права; (б) Решавање федералних спорова (тамо где су они могући), као и решавање сукоба надлежности између појединих унутардржавних територијалних заједница (ц) Преџизирање разграничења надлежности између одређених државних органа, припадајућих различитим грама власти, када у пракси тим поводом наступе недоумице; (д) Надзирање уставности и законитости спровођења државног референдума; (е) Рас-

1 В. из класичне француске правне књижевности: Joseph-Barthelemy – Paul Duez, *Traite elementaire de droit constitutionnel*; Paris, 1926, стр. 208–222; R. Carre de Malberg, *Contribution a la theorie generale de l Etat*, tome II, Paris, 1922, стр. 614–616.

2 В. опширно: И. Крбек, *Усџавно судовање*, Загреб, 1960, стр. 43–66 („Ствари уставног судовања”); Ј. Стефановић, *Усџавно љраво*, књига I, Загреб, 1965, стр. 108–124 („Контрола уставности закона по специјалном уставном суду”). Упућујем и на: М. Стојановић, *Судска контрола усџавности, љйореднољравни љйолед на неке љроблеме усџавности*, Београд, 1960; Д. Кулић, *Усџавно судство у свеџу*, Београд – Зајечар, 1982; Ђ. Цаца, *Усџавности и законџности у Соџијалистџичкој Федератџивној Реџублици Јујослави и љлоља усџавних судова у њиховој заџџиџи*, Београд, 1974, пос. стр. 220–257; О. Вучић, *Аусџријско усџавно судство, џвар федерације и усџава* (докт. дисерт., необјав.), Београд, 1995. О уставним судовима у поједним карактеристичним државама – *СР Немачка, САД, Аусџрија, Иџалија, Маџарска, Шџанија, Пољска, Румунија, Руска Федерација и Реџублика Џеџка* – погледати текстове више аутора објављене у часопису „Правни живот”, бр. 11/97, том III, стр. 901–1059.

петљавање најважнијих изборних спорова насталих око формирања кључних државних органа; (ф) Суђење појединачним правним и материјалним актима као одговор на питање да ли су недопуштено атаковали на нечија основна субјективна права и слободе – поводом изјављених уставних жалби (било да у конкретном случају не постоји редовна судска заштита, било да је она претходно исцрпена); (г) Одлучивање о опстанку појединих политичких партија осумњичених за нарушавање уставног поретка; (х) Установљавање да ли је шеф државе (или/и одређени други високи државни чиновник) повредио устав, односно закон; (и) Одлучивање о престанку посланичког мандата, односно о одузимању посланичког имунитета; (ј) Заузимање круцијалних правних схватања у вези са применом устава, па и давање званичних тумачења смисла и домаћаја појединих уставних одредаба.

2. – Због квалитета и квантитета потенцијалног делокруга уставног судства, оно у овдашњим (не)приликама у Србији заслужује особиту пажњу. *Прво* – с гледишта нужног јачања мисије уставног судства *de constitutione ferenda*, осетног обogaћивања палете његових садашњих, прилично скромних компетенција. Наиме, Уставни суд Србије по актуелном Уставу одлучује о (члан 125): „1. сагласности закона, статута аутономних покрајина, других прописа и општих аката с Уставом; 2. сагласности прописа и општих аката републичких органа са законом; 3. сагласности свих осталих прописа, колективних уговора као општих аката и других општих аката са законом и другим републичким прописом; 4. сукобу надлежности између судова и других органа; 5. сагласности статута или другог општег акта политичке странке или друге политичке организације с Уставом и законом; 6. забрани рада политичке странке или друге политичке организације; 7. изборним споровима који нису у надлежности судова или других државних органа”. Уставни суд Србије, значи, не поседује ингеренције наведене у овом чланку под (б), (д), (х), (и) и (ј), његова уставна надлежност за решавање изборних спорова (5) је крајње супсидијарна, а уставна жалба (ф) уопште није предвиђена. *Друго* – тема „уставно судовање” побуђује интересовање и из угла јасног одређења његове природе и будуће, залажем се за моћније и чистије уставне позиције у државно-друштвеном миљеу. Потоњем проблему посвећен је започети запис.

I

1. – Начело владавине права и начело о подели државне власти су већ уходане тековине демократске правне културе. Полазећи од њих, и у свету и на нашим просторима, доминирало је и доминира – и у теорији и у законодавству – становиште о троеоби државних функција (власти): Подела на **законодавну, извршну** (било да је она искључиво код државне владе, било да је обављају, свако у одговарајућем обиму, и шеф државе и влада) и **судску државну делатност**, као главне компоненте власти. При томе, улога уставног суда (где је он уведен као самосталан орган) није уставно стављена у раван одвојене државне власти, тако да се он смешта било у склоп судства уопште (ређе уставно одређење), било изван судског капацитета, чак

сасвим изван контекста поделе власти (далеко најчешћа уставна варијанта). Тако, Устав Србије не квалификује „заштиту уставности (...)” као вршење власти (члан 9. став 5), док – обрнуто – уставотворство и законодавство, егзекутиву, као и судство *explicite* назива „властима”! (ст. 1, 3. и 4. истога члана). На уставно судство се по правилу наилази при крају уставних докумената (што вреди и за Устав Србије, чл. 125-131, у оквиру „Јемства уставности,“), а тек по изузетку га сусрећемо на „списку” водећих централних државних органа (нема га на уставној „листи” републичких органа Србије!). Међутим, дубоке институционалне кризе – у једној таквој смо на домаћем терену (опет!) ових месеци – показују његов несумњив значај како из перспективе поуздане заштите темељних правних вредности (индивидуалних и колективних), тако и одржавања интегритета и идентитета појединих функција власти и њихових носилаца. Да ли се, ипак – насупротив преовлађујућем маниру – у савремено доба може говорити о бар **релативно уравнотеженом квартету огранака власти**, укључујући ту и ону уставно-судску, као уставнозаштитну? *Да ли се уопште уставно судство уклапа у начело поделе власти? Ако је одговор да – да ли припада судској власти, или је ипак посредна засебна јрана власти? Ако се одредимо за нејативан одговор – које је његово место у државном апарату, у друштвеном систему?*

2. – Устав Демократске Републике Аустрије – родоначелник посебног уставног судства као обезбедиоца устава (оригинална верзија потиче из 1920. године) – регулише Уставни суд (чл. 137–148) у одломку „Гаранције Устава и управе” (шести основни део), одвојено од „судске надлежности” (чл. 82–94) која је у саставу трећег основног дела. У *Основном закону СР Немачке* (1949. године) пише: „Судска власт је поверена судијама; врше је Савезни уставни суд, савезни судови предвиђени овим Основним законом и земаљски судови” (члан 92). У *Устав Шпаније* (од 1978. године) има посебан одељак (VI) „О судској власти” (чл. 117–127), док је засебан одељак (IX) посвећен „Уставном суду” (чл. 159–165). У Уставу Републике Пољске (из 1997. године) стоји: „1. Устројство Републике Пољске се ослања на поделу и равнотежу законодавне, извршне и судске власти” (члан 10. став 1). „Законодавну власт врши Сејм и Сенат, извршну власт Председник Републике Пољске и Министарски Савет, а судску власт судови и трибунали” (став 2. истога члана). Тако, у одељку VIII – „Судови и трибунали” (они су „посебна власт и независна од других власти”, члан 173), своје место налази и „Уставни трибунал” (чл. 188–197). Он има ортодоксне уставнозаштитне надлежности (члан 188), осим оне која се тиче уставне одговорности највиших државних функционера која је резервисана за посебан „Државни трибунал” (чл. 198–201). У Уставу *Италије* (1947) срећемо одвојеност регулативе Уставног суда (у оквиру главе VI, чл. 134–137) од судства (глава IV). Устав *Руске федерације* (донет 1993) предвиђа такође трилинг државних власти (члан 10), а под окриљем судске власти (глава 7) – и Уставни суд (члан 125). И Устав Републике *Хрватске* (из 2001) заступа концепцију о подели власти на оне три класичне (члан 4), при чему је „4. Судбена власт” (чл. 117–123) у оквиру „Устројства државне власти” (под IV), док је „Уставни суд Републике Хрватске” одвојено нормиран (под V, чл. 125–131).

3. – Ранији Устав СРЈ (од 1992) прокламује начело „поделе на законодавну, извршну и судску власт” (члан 12). У одељку V садржавао је правила о „органима Савезне Републике Југославије”, а одељак VII био је резервисан за „Савезни уставни суд” (чл. 124–132). Међутим, актуелни Устав Републике Србије поставља пет одвојених државноправних функција (члан 9): уставотворну и законодавну – поверену Народној скупштини; представничко-интегративну – у рукама председника Републике; извршну – припада Влади; судску – врше је судови; функцију заштите уставности (и „заштите законитости у складу с Уставом”) – обавља је Уставни суд. Овај потоњи је, рекох малочас, у саставу „Јемства уставности”, и засебно постављен (чл. 125–131). Устав Републике Црне Горе нешто другачије записује начело поделе власти – *explicite* на законодавну, извршну и судску власт (члан 5, ст. 1–2). У истом члану тога документа предвиђено је да „Црну Гору представља председник Републике (став 3), а да „уставност и законитост штити Уставни суд” (став 4). Део Устава о „уставности и законитости” – после дела о „уређењу власти” – садржи и одредбе о Уставном суду (чл. 111–116). Најзад, у Уставном повељи државне заједнице Србија и Црна Гора (СЦГ, 2003. година), иста институција – Суд СЦГ, има и уставно-судску и управно-судску функцију (члан 46).

4. – У пројекту Устава Републике Србије *Forum-a iuris* (Нови Сад, 2002) пише да је „државна власт подељена на законодавну, извршну и судску”, а да „подела власти укључује узајамну, Уставом одређену контролу и равнотежу између три гране власти” (члан 8. став 3). У миљеу „уставности и законитости”, своје посебно место налази и Уставни суд. Он је „независтан и самосталан” и обезбеђује заштиту уставности и законитости. У „Предлогу за нови Устав Србије” *Београдској ценџри за људска љрава* (2001. година), такође се полази од поделе власти и равнотеже у односима између законодавне, извршне и судске власти („Демократија и владавина права”, став 6, *in fine*). И он засебно место даје Уставном суду, у делу о „Уставности и законитости”, наглашавајући такође његову независност и самосталност „у вршењу своје Уставом утврђене функције”. „Основна начела за нови устав Републике Србије” израђена под окриљем *Демокрајске сџранке Србије* (Београд, 2002. година) познају, исто тако, класични принцип троеоде власти. Занимљиво је да Уставни суд није поменут у одељку о „уређењу власти”, међу другим државним органима. Ипак, у контексту „уставности и законитости”, Уставни суд је дефинисан као „највиши судски орган који штити уставност и законитост и људске слободе и права” (под 3). У Нацрту Устава Краљевине Србије чији је аутор *професор Павле Николић*, (Београд, 2001) најпре се констатује да се „организација власти „заснива на начелу поделе власти” (члан 3. став 2), али се оно даље не разлаже на гране власти и припадајуће вршиоце. За разлику од свих осталих домаћих текстова ове категорије, овај – у делу „Организација државне власти” – регулише, поред других државних органа, и Уставни суд (чл. 156-164). Најважнија норма је: „Уставни суд Краљевине Србије штити и обезбеђује

уставност и законитост у складу са Уставом” (члан 156). У свом Нацрту Устава регионалне државе уједињених српских земаља (Београд, 1996), академик *Миодрај Јовичић* међу органима тако замишљене државе – поред „редовног судства”, „управног суда” и „рачунског суда” – одвојено нормира и Уставни суд (чл. 39–43). Квалификује га (у образложењу) „највишим гарантом уставности и законитости”.

II

1. – *Правна природа уставног судовања и уставног судства* није до краја прочишћено теоријско питање, а одговор на њега нема само доктринарни, већ и практични значај. У правној и политичкој доктрини опстајавају **три основна става о каквоћи уставног судовања и уставног судства**. По једном, уставни суд је – и по своме роду и по својој сржи (устројству, положају судија, итд.) – суд, а уставно судовање је и само судска функција, решавање одређених спорова (без обзира на њихову специфичност) и изрицање санкција због утврђене противправности. Дакле, према овом резонувању, уставни суд је чист судски орган,³ а уставно судовање „решавање у судском облику о одређеним уставноправним питањима, а у циљу заштите права”.⁴ Према *другој концепцији*, уставно судовање је, суштаствено, особена *законодавна делатност*. Ту се уставни суд узима као „негативни законодавац”, који не казује шта правно и друштвено ваља, већ једино шта је правно рђаво, нарочито шта је неуставно у законодавној сфери, па то потом елиминише – додуше на начин судства. Тиме се исказује гледиште да је уставно судовање у ствари законодавна функција. А та „законодавна функција судства” несагласна је са поделом власти.⁵ *Треће стипановићеве* види уставно-судску као *sui generis* функцију: поглавито као хибридную категорију, уједно и политичку и судску. По овој поставци (са више рукаваца), уставни суд је и судски и политички орган⁶, односно посебан судски орган којем је поверена заштита уставности и законитости.⁷ Он није ни „врховна легислатива” тј. „суперзаконодавство”, али ни ортодоксни судски орган који расправља један конкретан случај.⁸

3 Тако, Р. Лукић, *Уставности и законитости у Југославији, свеска I, Појам уставности и законитости и средства за њихово остварење*, Београд, 1966, стр. 95–96.

4 Крбек, *оп. цит.*, стр. 6 („Уставно судовање као судска функција”), 17 („...овдје врши заштиту судски орган у облику суђења”). На исти начин се посредно изјашњава и Ђ. Ташић, „Када се има узети да судови цене одн. не цене уставности закона”, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1/2003, стр. 144 (рубрика „Из наше правне баштине”, прештампано из „Архива /.../, бр. 6/1925). Он каже да се контрола уставности уклапа у поделу власти, и то у домен судске власти (в. нарочито стр. 147. и 152). У том смислу и С. Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Београд, 1922, стр. 261–262.

5 Тако Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд, 1951, стр. 262, 269–270. О томе је писао и М. Стојановић, *оп. цит.*, стр. 29–30.

6 Д. Кулић, *оп. цит.*, стр. 37–38.

7 Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Београд, 1989, стр. 759, 765, 789.

8 Тако каже Р. Calamandrei, *L illegittimita costituzionale delle legi nel processo civile*, Padova, 1955, стр. 59–61.

Да сведем: *Треће иледиције ми се чини и најближим, најјачнијим*. Наречено изјашњавање захтева и одговарајуће развијање и образложење.

2. – Као што јавна управа представља свакодневну државну делатност, ради задовољења како општих, тако и појединачних интереса и потреба у границама права и у његовом оживотворењу – тако је и срж законодавног посла апстрактно регулисање друштвених односа у границама устава и међународних правних стандарда. Управа је под управним суђењем, законодавац под уставним суђењем које је и знатно више од тога. Тако, управно суђење највећим делом није стваралачко, као што ни управа није оригинерна већ изведена, егзекутивна државна функција. Држим, пак, да се ради о органу који је више од суда, чије деловање знатно премаша судовање у уобичајеном функционалном смислу. Опет, уставни суд, осим по изузетку (у улози највише судске инстанце у Немачкој), не би се могао квалификовати надсудом. У односу на „обичан” суд, уставни суд има, везујући се за уставне норме и принципе – и оне у њему записане, али и оне у њему *implicite* садржане, посебно на оне међународно признате обрасце – много разумејеније и по последицама далекосежније задатке и прерогативе у поређењу са „осталим” судством. Обухватност и апстрактност уставних норми и принципа остављају уставном суду неупоредиво шири маневарски простор за тумачење, незанемарљиво поље слободе и стваралаштва, еластичности.⁹ Мерило поступања уставног суда баш стога није „чисто правно”,¹⁰ већ – политичко-правно, што је и (поред супрематије) главна одлика устава, као иконе уставног судства. Вредно пажње је Крбеково закључивање: „Предмети уставног судовања садржавају увијек политичке елементе. Али, сврха тога судовања јесте управо деполитизирање”¹¹ Па даље каже: „Напријед истакнута забрана политизирања суца не смије се бркати с тиме да судца – опћенито а нарочито често уставни судца – не може установити смисао правне норме са чисто правнотехничким средствима, већ мора узимати у обзир одређене економске, социјалне и политичке моменте. Али он то не сме чинити према својим личним назорима, већ према назорима друштва у коме дјелује”.¹² Такође, при испитивању уставности закона, уставни суд стандардно може да поступа како по спољашњој, тако и по сопственој иницијативи („по службеној дужности”), што нипошто не одговара формули традиционалног судства. Отуда, моје је виђење да је уставно судство – предлажем нови назив, **Уставни трибунал** (по пољском узору)! – особен орган изван судског организма, али не и изван матрице поделе власти. **Посреди је одиста самосвојна функција – функција заштите уставности, под уставном капом.** Она има како *рејресивно-контролни* – када поништава или укида (акте), забрањује (политичке странке), утврђује кривицу (највиших државних одлучилаца-појединаца), одузима посланички имунитет, односно мандат,

9 У том смислу и О. Вучић, *ој., ций.*, стр. 87.

10 Како иначе велу Лукић (*ој., ций.*, стр. 96) и О. Вучић (*ој., ций.*, стр. 88).

11 *Ој., ций.*, стр. 7.

12 *Ој., ций.*, стр. 11.

или пак надзире правилност референдума, тако и *корективно-креативни карактер* – када кроз призму устава проверава законе, када решава сукобе надлежности или када одлучује у изборној материји. *Јемчим, дакле, да је уставнозаступничка функција специјалан ојранак, зрео да се означи четивр-ћом љолућом државне власћи.* То у новом Уставу Србије – уз већ помену-то замашно проширивање спектра послова Уставног суда, тј. Уставног три-бунала, *de constitutione ferenda* – треба и изричито рећи. Примерице: „У Ср-бији се власћ и урећује љо начелу љоделе на уставољворно-законодавну, уставнозаступничку, изврћну и судску”. „Уставнозаступничка власћ љовера-ва се Уставном љрибуналу”. Она је по локацији метасудска. По природи – *контрљолно-сћваралачка.* По циљу – *сисћемско-обједињавајућа* у друштве-ном смислу, на државноправном чаршаву. Иначе, законодавац је сопстве-ном вољом, радњом уставотворца, подведен под уставно судовање. Уставно судовање је – пошто се, измећу осталог, нарочито и највише бави исправно-шћу рада ствараоца права – и само бар делимице стваралачки чин! Одлуке уставног суда/трибунала су формалноправно појединачни акти којима се изриче санкција због неуставности. Ту је *Лукић*¹³ у праву. Ипак, то само по себи не значи да су ти и такви акти прави судски акти: Јер, они су по функ-цији општи – ступају на место општих и нормативно делују према свима (*er-га omnes*). Непосредно су и беспоговорно извршни, и, надаље, неприкосно-вени, правно ненападљиви и необориви, конститутивнога набоја! Уставни суд/трибунал не доноси законе, али је уставно-судска одлука, *ex constitutio-не*, у рангу закона којим се (потпуно или делимично) укида изврстан закон, иде руку-под-руку са законским регулама које су неоспорене, односно они-ма које су издржале уставно-судску контролу – а надмоћна је, касирајућа у погледу законских норми које, као неуставне, управо та одлука директно ставља ван снаге. „Уставно судство може испунити своју улогу чувара уста-ва само ако његове одлуке имају исто дејство као и акти над којима се вр-ши контрола”.¹⁴ С тим у вези, не могу да прихватим *Келзеново* схватање да је „управо задатак изградње правних норми да схвати те границе закона – формални елеменат – а не делатност која се догађа у њима”. Па подвлачи: „Јер, право је заштита а не оно што је заштићено, граница а не оно што је ограничено!”¹⁵ Напротив, чини ми се јасним да се и право штити правом, да и сама правна супстанца има своје правне оквире, механизме осигурања, нарочито када је реч о субјективним правима.

Исто тако, није поуздано ни *Лукићево*¹⁶ мерило слободе, односно оце-не законодавца да дела („донеће такав акт само ако га сматра целисход-ним”) и везаности уставног суда („мора донети такав акт ако налази да је закон неуставан”). Код обе је посреди оцена уставности: само законодавац о њој води рачуна током свога делања (настојећи да не прекорачи уставне

13 *Ољ., цћиљ.,* стр. 96.

14 М. Стојановић, *ољ., цћиљ.,* стр. 22.

15 Х. Келзен, *Главни љроблеми теорћје државној љрава,* Београд – Подгорица, 2001, стр. 398.

16 *Ољ., цћиљ.,* стр. 96.

границе), остварујући при томе неке друге циљеве, а уставном суду је она (оцена уставности) главна када је законодавни посао завршен. То све, с друге стране, не казује да је уставни суд „суперлегислатива”, да је изнад парламента, као народног представништва, као политичког тела. Елем, уставни суд/трибунал је челни жрец највишег и најопштијег права у држави, и тиме његов индиректни стваралац, фино се уравнотежујући с парламентом. У том смислу законодавна и уставнозаштитна функција чине или пак треба да чине складан склоп, (да) творе једну динамичку целину.

Закључак је једноставан: и парламент је, као и сви у држави, па и сам државни апарат у целини, обухватајући и уставни трибунал – подређен уставу! Инструментално гледано, уставни суд/трибунал је – ауторитативно и правно-професионално одлучујући шта је противправно на општем стваралачком плану – тзв. негативни правотворац. Но, он је – макар „*entre les lignes et entre les mots*” („између редова и речи”) – и пратећи позитивни правотворац из сенке: Он индиректно саопштава и како треба у наредном периоду правно регуларно, држећи се меродавних уставноправних параграфа, уредити поједине друштвене односе. У томе би се огледала његова индиректна, активно-корективна мисија из другог плана.¹⁷ Укратко: **власт уставног судовања је довољно другачија и од судске и од законодавне власти – да заслужује атрибут различите, и од њих обе раздвојене државноправне функције!**¹⁸

ЗАВРШНА ИЗЛАГАЊА

1. – Да би уставни суд/трибунал заслуживао то име он нужно мора да поседује, *ex constitutione*, поред организационе самосталности (поглавито, да је изван правосудног система), и потпуну функционалну независност. С друге стране, подразумева се да он зна право, да за њега не постоје правне празнине, и, најзад, да је дужан да пружа уставну заштиту.

2. – И само установљавање шта је правно, а шта није с гледишта и духа и слова самога крвног нормативног слоја, с позивањем на надређене правне норме и правна начела (и на она унутрашња и на она међународно призната) – и то са својством беспоговорне извршности, а са даљом правном ненападљивошћу и преовлађујућим стандардним обавезним нормативним дејством *erga omnes!* – представља облик пречишћавања правнога садржаја, освежавања, проветравања и учвршћивања датог правног система, па тиме и компоненту правног стваралаштва крунскога ранга.

3. – *Уставнозаштитна функција је складно уклољива у систем поделе власти, заокружујући ја и обезбеђујући.* Једноставно, у питању је *по-себна и особена државноправна делатност*: И с обзиром на своју сврху, и

17 На супротним позицијама стоје: П. Николић (*Уставно право*, Београд, 1991, стр. 313–315), Ђ. Паца (*ош., цит.*, стр. 272), као и Р. Лукић, (*ош., цит.*, стр. 96) – тврдећи да нема говора о некаквој (па ни негативној) законодавној функцији уставног судовања!

18 Супротно О. Вучић (оп., цит., стр. 90).

с обзиром на сопствени предмет. И према мерилу одлучивања, и имајући у виду правно дејство и друштвену важност и карактер одлука које се том приликом доносе.¹⁹ **Она је, сматрам, четврта функција државне власти, приближно истога нивоа и важности као и оне остале три: уставотворно-законодавна, извршна и судска грана власти. О томе би требало повести рачуна и при изради новог Устава Србије.** Отуда је примерено да та специјална полуга власти буде резервисана за засебну и престижну уставну институцију. *En masse*, у читавој државној машинерији неопходно је допуњавање правног и политичког, демократске и властовршилачке димензије у легитимном јавном интересу. Насушна је и симбиоза стваралачког и корективно-контролног састојка. С тим у вези, подразумева се непоцељиви врхунски правнички и морални углед чланова органа уставнозаштитне власти, и неспојивост њиховог положаја са другим јавним и професионалним функцијама и активностима (осим, евентуално, с профилом универзитетског професора права).

А шта ако се уставни суд/трибунал, тај водећи јуристички колективни жрец отме праву, па почне да ради *contra constitutionem*? Опасност је у томе што изнад уставног суда/трибунала не постоји виша правна инстанца која би ценила три деликатна момента у раду овог органа: (1) које је предмете узео у поступак а које није; (2) када се, у ком моменту, после колико времена (од поднетог предлога, односно иницијативе, или пак од неког правнорелевантног догађаја) упустио у неку правну интервенцију; (3) како је пресудио у појединим случајевима. Тако, произлази да уставном суду/трибуналу може да жирира само „суд” јавнога мњења, „суд” струке и савести, неписаних али моћних захтева и критеријума разумности, моралности и праведности. То је свакако ризик, али мањи од онога који би настао уколико би се некаквом квази контролом уставном суду/трибуналу везале руке, порекла његова самосталност и независност, чиме би престао да буде достојан да се назива највишим правозаштитником. Тада би врата за куљање неуставног права, у првом реду неуставних закона – постала широм отворена.²⁰

19 Другачије сматра А. Фира, *Уставно право*, Београд, 1979, стр. 324.

20 Упореди са К. Чавошки, *Уставности и федерализам, Судска контрола уставности у анилосаксонским федералним државама*, Београд, 1982, стр. 43.

МЕСТО УСТАВНОГ СУДА У СИСТЕМУ ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ

Идеја о потреби владавине закона а не људи настала је још у античкој Грчкој. Ова Платонова и Аристотелова мисао о непоходности владавине закона подржана је од Цицерона, Херингтона, Монтескјеа и других великих правних мислилаца и постала је саставни део савремене политичко-правне мисли о легитимној, демократској, правној и социјалној држави. Ова идеја о владавини права изражена је и у Душановом закону из 1349. године, а своје заговорнике стекла је наново у процесу васкрса српске државе током Првог српског устанка на почетку 19. века, али ни до данас није остварена у нас у довољној мери.

Иако је идеја о судској контроли као делотворном методу подређивања државне делатности вишим правним принципима први пут ефективно примењена у САД (Маршалова пресуда у случају *Marbury v. Madison* из 1803. године), њено порекло је веома старо. Штавише, америчка верзија судског испитивања уставности закона била је логички резултат вековима старе европске мисли, као и посебних америчких колонијалних искустава (енглеске колоније су могле доносити своје законе под условом да ти закони буду „разумни” и у сагласности са законима краљевине Енглеске о чему се старао краљев *Privy Council*), на основу чега је постојала спремност да се призна првенство одређене врсте правних аката над другим и обезбеде судски механизми за остварење тог првенства. У том правцу, посебан значај имала је одредба из члана 6, параграфа 2 Устава САД из 1787. године, сходно којој „овај устав ће бити највиши закон земље” и „судије у свакој држави ће бити њиме везане”. Управо, ова одредба Устава САД послужила је 1803. године као основ за одлуку тадашњег председника Врховног суда САД Џона Маршала да је „закон супротан Уставу ништав”, на темељу које су настале радикалне новине како у државном животу тако и у политичкој теорији. Та одлука у случају *Marbury v. Madison* постала је извор супрематије Устава САД у целокупном америчком правном поретку и неизбежно је имала за последицу дужност судова да не примењују законе супротне Уставу САД.¹ Истовремено, овакав децентрализован приступ судској контроли уставности закона омогућио је заобилажење у то време владајуће концепције у Европи о потпуној несагласности судског испитивања уставности закона с начелом поде-

1 Mauro Cappelletti – William Cohen, *Comparative Constitutional Law*, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, 1979, стр. 3-4.

ле власти као неопходног услова да „друштво уопште има устав” (члан 16. Декларације права човека и грађанина из 1789. године).

I

Велика француска грађанска револуција из 1789. преобразила је бесповратно свет. У њој је јавно обзнањено да је „закон израз опште воље. Сви грађани имају право да лично или преко својих представника учествују у његовом доношењу. Он мора бити исти за све, било да штити, било да кажњава. Пошто су у његовим очима сви грађани једнаки, њима су подједнако приступачна сва достојанства, положаји и јавне службе у складу с њиховим способностима и без икакве разлике осим разлике у врлинама и обдарености” (члан 6. Декларације права човека и грађанина). Начело народне суверености постало је темељ целокупне државне власти а закон као израз те суверености, тј. опште воље, није могао бити преиспитиван ни од једног другог државног органа. Иако су постојале значајне разлике у схватањима Монтескјеа и Русоа у погледу организације државне власти, њихов став о немогућности да се било ком судском органу повери преиспитивање закона са становишта његове сагласности с уставом постао је владајући принцип у наредна два века. Истина, Устав од године VIII (1799), као и устав од 1852, 1946. и 1958. признали су могућност уставне контроле законодавства, али је та могућност све до 1971. године била више теоретска и поверавана је специфичним политичким телима.

Разлог за овакав однос према могућности судске контроле уставности закона у француској политичкој пракси израз је великих злоупотреба судске функције у раздобљу непосредно пред велику француску револуцију. Високи француски судови установљени, у времену владавине Старог режима (Ancien Régime) у различитим француским градовима (с називом *parlements*), поставили су себи задатак истраживања свих закона и наредби с гледишта њихове усклађености с основним законима краљевства. Ови судови су веома брзо постали најогорченији противници ма које либералне промене постојећег режима и највећи противници идеје револуције и њених заговорника. Злоупотреба судске функције ради личне користи, као и отпор неопходним променама, тако својствени раду француских судова у то време, били су разлог непријатељског става који су према њима заузели Монтескје и Русо. Француски револуционари, прихвативши те ставове Монтескјеа и Русоа, развили су гледишта о свемоћи закона као израза опште воље, о једнакости људи пред законом и строгу поделу власти у којој судија, „као мртва уста закона” (Монтескјеов израз из дела „О духу закона”), остварује само примену речи закона на конкретан случај, задатак схваћен као чисто механички а не стваралачки (ту се налази и основ учења француске егзегетичке правне школе о примени права, које је било владајуће у француској правној науци и судској пракси све до појаве Женијеве научне правне школе). Сходно тој идеологији француске грађанске револуције, законодавство, као израз народне суверености, виђено је као најсигурнији заштитник основних права човека и грађанина. Из Француске, ова мисао о нескладу начела поделе власти и судске

контроле уставности закона раширила се целом континенталном Европом, а њени трагови видљиви су, у одређеној мери, и данас.

Реагујући против делатности предреволюционарних судова и судија, француски законодавац је одређене функције судског карактера поверио специфичним политичким институцијама. У том смислу, претеча данашњег Касационог суда био је Tribunal de Cassation, успостављен 1790. године, као несудски орган тесно повезан са законодавном влашћу. Његов задатак био је да спречи судске органе да се уплићу у законодавну делатност и да обезбеди да судови искључиво примењују речи закона. Дејствујући као политичка, уставна, а не судска институција, Tribunal de Cassation требало је да обезбеди у потпуности поштовање начела поделе власти. Стога, овај трибунал касације није смео ни да узурпира судску функцију; могао је, наиме, да поништи пресуде које садрже повреду текста закона, али није могао сам да реши спорни случај. Почетак преображаја ове институције француског права почео је доношењем Наполеоновог грађанског законика из 1804. године, који је признао Касационом суду право интерпретације закона и преиспитивања судских одлука нижих судова. После 1837. године (када је посебним законом укинута институција позната као *téfére legislatif*), Касациони суд је постао то што је и данас, највиши суд за тумачење закона. Но, за разлику од Врховног суда САД, француски Касациони суд (Cour de Cassation) нема право да цени уставност одредаба закона које тумачи. Јер, сходно француској доктрини о подели власти (за разлику од америчког система поделе власти који се заснива на начелу теже и противтеже – *checks and balances*), таква улога Касационог суда била би повреда тог начела поделе власти као битног услова за нормалну егзистенцију државе. Стога, у Француској су успостављене две посебне институције задужене за испитивање уставности правних аката које доносе државни органи: Уставни савет и Државни савет.

Државни савет је настао, слично Касационом суду, као политичка институција повезана са извршном влашћу. Временом, као и Касациони суд, постао је независан судски орган (чувени случај *Cadot* од 13. децембра 1889. године). Уставни савет, пак, творевина је Устава из 1958. године иако не би било погрешно рећи да Уставни савет није био први орган задужен да разматра уставност француског законодавства. Пре њега постојали су *Sénat Conservateur*, установљен Уставом из године VIII (1799) и Уставом из 1852. године, као и Уставни комитет, предвиђен Уставом из 1946, али њихова улога је била безначајна. Уставни савет, за разлику од Државног савета, није судска већ политичка институција. Ипак, од 1971. године (када је Уставни савет одлучивао о уставности још необјављеног закона о слободи удруживања на захтев председника Сената), Уставни савет се почео развијати у делотворан, независан орган за проверу уставности парламентарног законодавства. Нема сумње, овакав развој последица је чињенице да је Устав Француске из 1958. године одбацио доктрину о свемоћи парламента и пренео значајну моћ на извршну власт (председника Републике и владу). Тиме се француски систем поделе власти приближио али није изједначио с америчким системом поделе власти. Стога, француско редовно

судство нема право да одлучује о уставности правних аката државних органа. Та овлашћења имају Државни савет (у погледу уставности аката уредбодавног карактера – члан 37. Устава Француске) и Уставни савет (у погледу уставности закона после њиховог доношења али пре њиховог објављивања). Ипак, оваква овлашћења Уставног савета (који није судски орган а делује на захтев одређених државних органа), посебно његова немогућност да цени уставност објављених закона, јасно показује да је француски уставотворац покушао да помири доктрину о подели власти с могућношћу одређене правне контроле уставности парламентарног законодавства. У том циљу, француски уставотварац из 1958. године прихватио је и да је преамбула француског устава (која обухвата и Декларацију права човека и грађанина из 1789. године) обавезна за законодавца.

Слично некадашњем идеалу француског уставотворца о свемоћи закона, у енглеском праву важи начело о неограниченој власти парламента. Прихватајући основне поставке Остинове императивне теорије права, најпознатији британски уставни писац Дајси развио је учење о истовременом постојању суверености парламента и начела владавине права. Сходно том схватању, судови треба да се посвете, уместо проблему неуставности закона, питању заштите појединаца који се жале на повреду основних права од ма које гране власти. Ова средства заштите могу постојати независно од ма ког формалног система судске контроле уставности закона (једна страна *habeas corpus*-а у Великој Британији) или у свези са судском контролом уставности закона (једна страна *habeas corpus*-а у САД). Но, треба запазити да Дајсијево схватање начела владавине права не прихватају ни сви енглески писци. У том смислу, Ендру Хејвуд приметио је да је тешко разумети како право може владати ако законодавац није везан никаквим спољним ограничењем.² Нема сумње, да је овакво схватање начела владавине права у Великој Британији и, посебно, немогућност судске контроле уставности закона последица специфичног поимања поделе власти развијеног у енглеској политичкој традицији, као и у политичкоправној мисли.

II

Дуго оспоравана могућност судске контроле уставности закона на европском континенту прекинута је доношењем Устава Аустрије од 1. октобра 1920. године. Идејни творац овог устава, и посебно одредаба о уставном суду, био је чувени творац чисте теорије права Ханс Келзен. Сходно теорији степена (коју је развио ослањајући се на ставове другог познатог представника бечке правне школе Адолфа Меркла), Келзен је сматрао устав највишим правним актом, који свој основ важења налази у пранорми (*Uhrnorm*). Тај приоритет устава над другим правним актима, посебно над „обичним” законима које доноси парламент, морао је бити, сматрао је Келзен, обезбеђен одређеним правним инструментима. С друге стране, Аустрија

2 Andrew Heywood, *Political Ideas and Concepts*, The Macmillan Press, London, 1994, стр. 109.

је била конституисана тим октобарским уставом као федерална држава. Настала је потреба и да савезни законодавац и законодавци федералних јединица поштују уставом утврђене надлежности. Истовремено, требало је уважити начело поделе власти као темељ демократске правне државе. Полазећи од ових начела, октобарским Уставом Аустрије из 1920. године успостављен је систем централизоване контроле уставности закона. Ту контролу нису могли вршити редовни судови (као у америчком децентрализованом систему контроле уставности закона), нити је та контрола могла бити везана за конкретне спорне случајеве (где се као претходно питање може поставити питање уставности законске одредбе коју треба применити). Напротив, ту контролу уставности закона могао је обављати само посебан уставни суд на предлог овлашћених предлагача. Ти предлагачи могли су бити само овлашћени политички субјекти. И према данас важећем тексту Устава Аустрије (члан 89, параграф 1), само савезни Уставни суд може остваривати контролу уставности закона, с тим да предлог за оцену уставности савезног закона дају владе федералних јединица и, обрнуто, предлог за оцену уставности закона које доносе федералне јединице даје савезна влада. При том, редовни судови немају право, ни кад сматрају да су одређене одредбе закона неуставне, да застану с поступком и затраже оцену уставног суда о томе (новелама Устава Аустрије из 1929. године та уставна решења из 1920. године су нешто ублажена и највиши Управни суд и највиши редовни грађански и кривични суд стекли су право покретања поступка пред уставним судом). Нема сумње, такав став је последица жеље да се што мање дира у начело поделе власти. Или, другачије речено, централизована судска контрола уставности закона аустријског типа (тзв. централизована контрола „Prinzipaliter“) у складу је с начелом поделе власти, иако је у традиционално схватање тог начела унела значајне новине.

Хансу Келзену и аустријском октобарском уставу из 1920. године припадају заслуге за уобличавање овог специфичног државног органа, уставног суда, чије одлуке делују *erga omnes* (према свим судовима и државним органима). Тај суд се разликовао од других судова не само својом посебном надлежношћу, контролом уставности закона, него и својим саставом и начином рада. Судије тог суда нису биле само судије од каријере, већ и значајне личности из научног и политичког живота. Бирао их је парламент и тежило се да буду у свом раду независни од било ког државног органа или политичке странке. При том, јавно мњење требало је да буде гарант да неће бити бирани људи недовољно знања или који се налазе у односима посебне зависности према онима који предлажу њихов избор. Иако се не може порећи значај аустријског модела уставног суда, треба признати да је посебан значај ова институција уставног судства на континенту стекла тек њеним прихватањем од стране немачког уставотворца 1949. године. Истина, уставни суд је, непосредно после Другог светског рата, уграђен у Устав Италије 1946. године. Но, како је протекла деценија до оснивања уставног суда у Италији, уставно судство у Савезној Републици Немачкој постало је

узор за многе земље на континенту али и ван њега. Поучен искуством из нацистичке прошлости Немачке, бонски уставотворац унео је битне новине како у организацију државне власти, тако и у организацију уставног судства. Најпре, за разлику од других устава, немачки Grundgesetz у првим члановима утврђује основна права и слободе човека (чланови 1–20) а затим уређује друга уставна питања. Сходно таквом приступу, Савезни уставни суд није само чувар Устава СР Немачке, него и заштитник у њему утврђених неотуђивих права и слобода. Стога, поступак пред уставним судом могу покренути не само савезна влада и владе земаља (Länder), одређени број посланика Bundestaga, већ и грађани чија су основна права повређена законом, судском одлуком или административним актом (уставна жалба, Verfassungsbeschwerde, установљена обичним законом 1951. године а унета у уставни текст 1969. године). Поступак се може покренути, према томе, пред овим Савезним уставним судом директним предлогом, без икаквог односа према неком конкретном случају (централизовани систем уставне контроле „Prinzipaliter“), али и на индиректан начин, у вези одређеног конкретног случаја. Наиме, иако сходно начелу поделе власти, редовни судови не могу решавати о уставности одређене одредбе закона коју треба да примене на конкретан случај, они имају право, када оцене да та одредба није у складу са уставом (GG), да застану с поступком и затраже од Савезног уставног суда да утврди да ли је дата одредба у складу с Уставом СРН. На тај начин, поступак пред Уставним судом СРН може се покренути инцидентно (као у америчком систему судске контроле) али и директним предлогом, ван сваког конкретног спора (аустријски модел за разлику од америчког).³

Упоредно уставно право показује одређену тенденцију приближавања два различита система судске контроле уставности закона. Првобитни европски модел уставног судовања (установљен аустријским Уставом из 1920. године) знатно је измењен системима који су сада на снази у Италији и Немачкој (али, у одређеној мери и у Аустрији). С друге стране, амерички модел судске контроле уставности закона прихваћен је и у одређеним скандинавским земљама, уз извесне специфичности. Сем тога, и швајцарски модел показује низ посебности, уз нагласак на контролу уставности кантоналних а не савезних закона. Важно је запазити да одређене преображаје трпи и амерички модел судске контроле уставности закона. Од првобитног Маршаловог модела посредне контроле уставности закона, појавом посебних процедуралних средстава за покретање апстрактних уставних питања настају и облици непосредне судске контроле уставности закона. У том смислу, и Врховни суд САД је само једним делом редовни апелациони суд. У другим областима својих активности, тај суд, као и европски уставни судови, постаје све више „специјални орган уставне контроле”.⁴

3 Maunz – Zippelius, Deutsches Staatsrecht, Verlag C. H. Beck, Munchen, 1994, стр. 348 и сл.

4 Cappelletti – Cohen, оп. цит, стр. 95.

Тенденцији приближавања два различита модела судске контроле уставности закона посебно доприноси другачија интерпретација начела поделе власти у савременом раздобљу. Када је Монтескје, на темељу енглеских уставних искустава, формулисао 1748. године доктрину поделе власти, постојало је још увек сталешко феудално друштво. Монарх је вршио апсолутну власт, грађани нису били једнаки пред законом, нису била призната неotuђива људска права и слободе, нити су постојале политичке странке. У савременом добу, политички пејзаж је потпуно измењен. Људским слободама и правима признаје се изузетна важност, успостављена је демократска правна држава, власт је постала изборна, временски ограничена и смењива. Стога, подела власти се не може више разматрати само на хоризонталном државноправном нивоу (законодавство, управа и судство), него и на вертикалном (савезна држава – федералне јединице у њеном саставу, Европска унија и државе чланице у њеном саставу), конституционалном (умерена и одговорна влада), као и на вандржавним нивоима одлучивања (политичке странке и интересне групе). Сем тога, неопходно је узети у обзир и социјални контекст у коме се врши одлучивање, јер се не може превидети да данас не настаје праведно друштво, већ само другачије издељено друштво на класе и слојеве, којим је због његове комплексности јако тешко управљати.

Институција уставног судства у СФРЈ и Републици Србији настала је усвајањем устава из 1963. године. Тај модел непосредне, апстрактне, контроле уставности закона, допуњен одређеним облицима посредне контроле (право редовних судова да застану с поступком и затраже оцену уставности одредбе закона коју треба да примене на конкретна случај) био је у складу с модерним европским тенденцијама у том времену. Наравно, ни уставни судови нису могли имати другачију судбину од државе у којој су постојали. У времену у коме се врше припреме за доношење новог устава Републике Србије не постоји више ни СФРЈ ни СРЈ. Државна заједница Србија и Црна Гора нису ни конфедерација ни федерација, већ нека врста реалне уније на пробу. При том, између те државне заједнице с називом Србија и Црна Гора и Европске уније (за коју је још увек тешко рећи да ли ће постати федерална држава или одређени чвршћи савез држава) постоје огромне разлике. Суд европских заједница, као и амерички Врховни суд, остварује значајну делатност на јачању европске заједнице и европског права а савезни суд државне заједнице Србија и Црна Гора (са својом крајње скромном надлежношћу) није још установљен иако је предвиђен Уставном повељом. С друге стране, у овом моменту, још увек се недовољно зна шта је Србија, шта може и шта треба да буде.

У таквој ситуацији, уставотворац Републике Србије треба да се руководи, при концепирању одредаба о Уставном суду Републике Србије, најбољим решењима из упоредног уставног права. Та решења дата су, пре свега, у немачком уставном праву и пракси. Немачки Савезни уставни суд

делује и као чувар устава и као гарант људских права и слобода. Наравно, тај задатак лакше се остварује у Немачкој (у условима крајње беде тешко се може говорити о потребном степену остваривања људских права, што је моментално случај у Србији) која данас зна шта је, шта може и шта треба да буде, него у Србији у којој су сва та питања отворена и чекају на могућа решења.

УСТАВНО СУДСТВО У ПРОЦЕСУ ТРАНЗИЦИЈЕ: ПРЕПРЕКА ИЛИ ПОДСТИЦАЈ ОСТВАРИВАЊУ ПРАВНЕ ДРЖАВЕ

І. Уводна напомена

1. Прилог који следи део је једне шире расправе о правној држави у транзицији, заправо о односу вредносно опредељених концепата владања: правној држави, владавини права, демократији или конституционалној демократији или либералној самоограничавајућој демократији и услова у којима се одвија преображај пост-социјалистичких друштава.

2. Иако је мој приступ општије теоријске нарави неголи што би то био претпостављени дискурс теорије уставног права, ја се у овој прилици нећу бавити дефинисањем концепата које сам именовала, разликама које међу њима постоје, нити препоручивањем којег од њих у смислу доктринарне целисходности. Такође се нећу бавити општим местима која се тичу положаја и значаја уставног судства, упоредно и кроз историју, као чувара уставног поретка.

3. Употребљавам речи „правна држава” и „демократија”, према напред учињеној резерви, јер су ови изрази код нас највећма одомаћени и што изрази којима се ови облици или типови државно-правног поретка означавају у себи носе емоционални набој у значењу, како каже Срећко Михајловић, „најнајјих” облика владања.

4. Разумевање односа између модела, чији су атрибути-вредности циљ преображаја пост-социјалистичких друштава, и контекста, оптерећеног теогобним наслеђем прошлости, руководи активношћу политичких, правних и социјалних актера транзиције, а квалитет тог односа обележава учинке као успешне или неуспешне, као подстицај или препреку изградњи новог система. Али док се игноранција или грешна рефлексивна политичких актера кажњава тек политички – губитком власти и привилегија, погрешна процена правне струке, коју, *in ultima linea*, оличава уставни суд ако се претпостави да он није или да није само политички орган, може бити од судбинског значаја за политичку заједницу.

5. У односу између политике и струке, моћи и права, Голијата и Давида, уставни судови носе терет институционализације вредности модела у ограничавајућем контексту ауторитарног наслеђа. Отуда се њихове одлуке у широј јавности, и стручној дабоме, каткада тумаче као подстицај, а каткада као препрека остваривању правне државе и развоју демократије.

6. Кључни изрази које у овој краткој анализи користим јесу „теорија околности” и „процес конституционализације”.

II. Теоријске експликације и хипотезе везане за појаве пост-ауторитарног преображаја система у југоисточној Европи

1. На двестоту годишњицу пада Бастиље централну и југоисточну Европу заплуснуо је нови талас револуција. Парадокс је у томе што се брза, непредвиђена и коренита промена одиграла у оквирима старог режима, у складу са правилима важећег правног система, дакле у форми реформи спроведених „одозго”, те тако не наликује на историјске примере револуција које планета модерног доба познаје. По учинцима револуција, по начину извођења реформа, најновији тип промене система шаљиво се означава као „револуција”.¹ Нешто што се чинило немогућим према доктринарним концептима које уобичајено користимо, ипак се догодило.

Употребљени неологизам јесте згодан, али у себи садржи противречност која од научног дискурса захтева да се, као и свака историјска загоњетка досад, одгонетне.

Уз идеал-типско одређивање промена државно-правног поретка – реформу и револуцију, Јанош Киш (János Kis) је у теоријски миље увео трећу хипотезу, која се тиче карактера садржаја и метода демократских промена у овом делу Европе, имајући пре свега у виду мађарско искуство: у питању је „прекид континуитета легитимитета” који не дотиче „континуитет легалитета”, јер се „свака суштинска промена” темељила на „таквим правилима која су раније донета на прописан начин, а у периоду промене система нису стављена ван снаге”.² Овај тип промене назвао је „**координираном транзицијом**” или само транзицијом.³

Из овога следи први закључак: Факти мењају научне концепте, или стварност преиначује доктринарне моделе, што, тривијална је чињеница, уз развој субјективних могућности људског рода, омогућава развој сазнајних потенцијала. Из овог закључка, односно модификације типологије модела промена система следи прво прескриптивно начело упућено практичној политици о (обвезујућој) стратегији континуитета, у најједноставнијем, Келзеновом значењу.

2. Ако сада императивност овог начела проверимо у досадашњем искуству, уочићемо озбиљне отпоре његовој категоричности.

а) *Први пример*: Начин приватизације друштвене и државне својине, као услов *sine qua non* либералног, тржишног привређивања, суочен је са два противречна, али једнако валидна, захтева: ретроактивном правдом (изворним и супстанцијалним атрибутом свих вредносно конципираних модела

1 Овај израз Јанош Киш (János Kis) преузима од Тимотија Гартона Еша (Timothy Garton Ash). Упореди: Ј. Киш, *Неутралности државе*, Сремски карловци – Нови Сад, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, 1996, стр. 92; „Between Reform and Revolution”, *East European Politics and Societies*, Vol. 12, No. 2, Spring 1998, p. 301.

2 Ј. Киш, *Неутралности државе*, стр. 103, 104.

3 Ј. Kis, „Between Reform and Revolution”, п. 304.

промена режима 1989–1990 – и да на начин теорије, што значи на општи начин, објасни зашто, дакле с обзиром на чињенице контекста као услове, одређена стратегија добија предност у односу на неку другу.⁴ На други начин речено, услови који препоручују тип промене, даљу методологију, средстава и стратегије преображаја добијају у „теорији околности” детерминирајуће значење. У одвијању епохалне трансформације као закаснеле грађанске револуције у овом делу пост-социјалистичке Европе „теорија околности” пружа бар два чврста ослоња за практично деловање. С једне стране, она сугерише да се не сме приклонити пресађивању туђих, ма колико успешних, искустава као готових, неупитних образаца, а са друге упозорава да се не сме препустити нарцисоидном пориву у разумевању контекста као самосвојног или изузетног (што је нарочито оптерећивало нашу историју, па и ову најновију), и тако упасти у замку апотеозе политике трећег пута и исистемских решења *sui generis*. „Теорији околности”, у односу на конвенционални модел, постављају се, исто тако, два озбиљна ограничења. Да се контекстуално условљавање модела не би претворило у „тирански изговор”, језгро принципа – ограничена влада и неприкосновеност људских права – мора остати нетакнуто, а сва преиначења модела морају бити временски ограниченог трајања – до конституционализације учинака либералне револуције.⁵

III. Функција уставних судова у обезбеђивању процеса преображаја

1. Све ове напомене, које нису дескриптивне природе, већ теоријске, а то значи да су објективне и опште, служе да се формулише други закључак: Уставни судови у земљама у процесу транзиције налазе се пред необично сложеним и тешким задатком. Они су надлежни и одговорни за развијање такве *prudentiae iuris* која далеко превазилази једноставан надзор над уставношћу закона. На њима је да повежу текст устава, његова начела и дух, међународне документе појмљене у најбољој традицији правне културе, да помно разматрају околности – чињенице права којих досад, у апсолутији није било, да се одупру политизацији јурисдикције, да теорију демократије учине у пракси задовољавајућом, а идеологију преображаја остварљивом.

Ево неколико примера.

2. Уставно-правне дебате покренуте оспоравањем лустрацијских општинских правних аката показале су да је у средишту пажње разумевање концепта слободе, чије гарантовање представља сврху правне државе и њено изворно, универзално и врховно начело. Исходи разматрања системске са-

4 Н. Димитријевић, „Парадокси уставног континуитета у контексту оспорене државности”. У: *Револуција и њоредок. О динамичи њромена у Србији*, Београд, Институт за филозофију и друштвену теорију, 2001, стр. 275, 276.

5 Види: Р. Васић, „Правна држава и транзиција”. У: *Криштика у њравној науци – Зборник у част проф. др Стевана Врачара поводом његове 75. годишњице, Анали њравној факултета у Београду*, 2001, стр. 75.

гласности и уставне одрживости оспорених одредби сведоче о још једном парадоксу као изазову правној држави у транзицији, а образложења одлука показују са колико су дилема, скрупула и озбиљности судије судова за заштиту уставности формулисале своја мишљења.

Одлучивања уставних судова, у свим земљама готово без изузетка, пратила су драматична политичка збивања, опсежне правне анализе и жестоке јавне расправе у медијима.

3. Одлука Уставног суда Републике Мађарске, којом је *Закон о праву на њоњење особа које су починиле тешка кривична дела између 21. 12. 1944. и 12. 5. 1990, а нису биле њоњене збој њолийичких разлоја* (из 1991) проглашен неуставним, иако Закон није представљао лустрацијску, већ тежу, кривично-правну интервенцију у стечена права, заслужује нарочиту пажњу јер је у њој на ауторитативан начин јасно афирмисан став о неусловљености једнаког права на слободу било којим потребама друштва као вишим вредностима.⁶

Циљ Закона био је да се пре свега лицима која су починила кривична дела за време револуције 1956, а која нису била кривично гоњена, изрекне одговарајућа казна. Да би се та сврха остварила, Закон је, у само две одредбе, препоручио да се за кривична дела почињена између 1944. и 1990. године, која бивша ауторитарна власт није прогонила, продуже рокови застављања.

Одлука о неуставности заснива се на одбрани уставних начела о темељима правне државе, као што су правна сигурност, која би применом лексички недовољно одређених норми била нарушена, принципа забране повратног дејства кривичног закона – у овом случају прекид и обустављање рокова застарелости осим ако нови закон није повољнији за учиниоца – и, најзад, начела правне једнакости међу субјектима против којих поступци нису покретани без обзира на разлоге – политичке или неполитичке. Противним Уставу сматра се такође ретроактивно ограничавање дејства важних закона да би се олакшало „кажњавање у циљу неограничене освете”.⁷

У образложењу се наводи да, будући да је промена режима извршена на миран начин, формалноправни континуитет налаже безусловно поштовање начела законитости и уставности, те да се у том смислу не прави никаква разлика између закона донетих пре и после уставне ревизије. А на питање да ли специфичност контекста транзиције, које су у образложењу одлуке формулише као „посебне и јединствене историјске околности промене политичког и друштвеног система”, могу легитимисати одступања од захтева за непротивречност уставу, мађарски Уставни суд је изразио стано-

6 Изводи Одлуке Уставног суда Републике Мађарске преузети из: А. Зидар, *Лустрација. Уклањање прошивника демократије с јавних функција*, Београд, Београдски центар за људска права 2001, стр. 150; А. Узелац, „Лустрација, дисквалификација, чистка. О процесима и уставноправним проблемима избора судца у 'пријелазном раздобљу'”, *Иудекс*, 1995, 1 (3), стр. 418.

7 Одлука Уставног суда Мађарске, бр. 11/1992 (III 5) АБ, изрека. Преузето из: А. Зидар, *ој. ций.*, стр. 151.

виште да те околности иначе ваља узимати у обзир при одлучивању, али да саме по себи не би могле бити довољне за одступање од правнодржавног начела у корист ретроактивног успостављања правде.⁸ Правна сигурност, као слобода од арбитрарности државне власти, коју закон као опште правило, формално и без повратне силе јемчи, важнија је и у процесу постауторитарног успостављања владавине права неголи исправљање ма колико велике „историјске неправде” у једном подсистему друштва. *In nuce*, Уставни суд Републике Мађарске сагласио се са каткада нужним прихватањем контекстуалног условљавања правних решења, па и сопствених одлука, у процесу демократског преображаја друштва, али не и у сфери неприкосновеног права на слободу, поглавито не у осетљивом домену што га категоријским нормама уређује кривично законодавство. Јер, изузеци од јемстава слободе прихваћених кривичним правом нису могућни а да се при том цео комплекс вредности правне државе не уруши.

4. Судбина закона којима се допушта могућност продужења рокова застарелости за тешка кривична дела почињена у бившим тоталитарним режимима сасвим је другачија према пракси уставних судова других земаља које су се суочиле са истим проблемом. Тако је, на пример, немачки Савезни уставни суд својом одлуком потврдио валидност закона у тој материји тврдећи да рокови застарелавања не спадају у област материјалног, већ у област процесног права.⁹

Чешки Уставни суд је такође потврдио као сагласну Уставу аналогну одредбу, сматрајући да за кривична дела која су почињена између 1948. и 1989, а која из политичких разлога нису гоњена, рокови застарелости заправо и нису истекли, јер због објективне немогућности да се починиоци ових злодела гоне, рокови нису ни почели тећи.

Нарушавање позитивноправног континуитета, према мишљењу суда, наступило би супротним држањем – када би држава, правом обвезана да се о прогону стара, одустала од кривичног гоњења сада када је у могућности да то ефикасно чини.

5. Разумевање лустрацијског контекста, као год и слободе као сврхе правне државе, поред одлуке мађарског Уставног суда, иначе у погледу правничког резонувања веома високо оцењене у круговима западних аналитичара, још у већој мери показало је и разматрање такозваног „Пучниковог амандмана” на *Закон о судијској служби* пред Уставним судом Републике Словеније. Без обзира на непомирљиве контроверзе – и на идејном и на практичном плану – о лустрацији као методу провере делатника у јавним службама са сврхом спречавања да се демократски преображај осујети, они који по-

8 Образложење преузето из: А. Узелац, *ој. цит.*, стр. 420.

9 Уп.: А. Зидар, *ој. цит.*, стр. 152, напомена 323. У тачки 7 поменуте Резолуције 1096 Савета Европе контрадикција између захтева за ретроактивном правдом и забране повратне снаге кривичних закона разрешена је на сличан начин – ставом да је „усвајање и примена” ретроактивних закона „недопустива”, али да се рокови застарелости за дела за која су предвиђени могу продужити, „пошто је реч о процесном а не о материјалном питању”, на које се, иначе, не односи начело забране ретроактивности.

државају ову меру слажу се, ипак, у једном: провери би сасвим извесно морали бити подвргнути агенти и сарадници тајних служби безбедности, посланици у парламенту и носиоци правосудне функције државне власти.

Већ би се у овом моменту могао уложити приговор о нарушавању једнакости у поступању са професионално различитим категоријама лица која би због сарадње са бившим недемократским режимом, изражене у повреди људских права кршењем моралних и професионалних норми, у правно коректно конструисаном лустрацијском акту морала бити једнако подложна ускраћивању слободе приступа извесним јавним функцијама. Иако је формалноправно овај приговор валидан, приоритет у провери носилаца правосудних функција, чак и када у правосућу злоупотребе и нису биле најмаркантније, не би требало доводити у питање. Јер, добро је познато да је у функционално стабилним системима поделе власти са успостављеним механизмима „checks-and-balances” судска функција, како је упозоравао Хамилтон (Alexander Hamilton), најслабија и најбезазленија, али да је најопаснија, често са тешко отклоњивим последицама, када су у питању ауторитарне форме владања, будући да злоупотребе у судству могу задирати у највеће људско добро – личну слободу.

Оспорени став 3 члана 8 *Закона о судијској служби* налаже да „без обзира на одредбу првог ставка овога чланка¹⁰, суци који су судили и одлучивали у истражним поступцима, у којим су пресудом била кршена људска права и слободе, по истеку свог мандата не испуњавају увјете за избор у судачку функцију”.¹¹ По завршетку јавне расправе, Суд је одлучио да ова одредба „није у нескладу са Уставом” са шест гласова „за” и два глас „против”, док је један судија на лични захтев био изузет од одлучивања. Занимљиво је да је чак седам судија изјавило издвојена мишљења, међу којима и њих пет који су иначе ову одредбу сматрале сагласном са Уставом, тако што су индивидуално, или придружујући се другим издвојеним мишљењима, понудили другачије образложење.

Ова одлука је по својој природи интерпретацијска јер је суд у изреци и образложењу своје позитивне оцене спорну одредбу прецизирао и конкретизовао њезин смисао са становишта темељних уставних начела: правне државе, поделе власти, једнакости и забране ретроактивности.¹² Са стано-

10 У ставу 1 поменутог члана формулисани су општи услови за стицање својства „кандидата за судију”, док је у ставу 2 дефинисан квалитет „особне достојности”, који представља један од услова предвиђених у првом ставу.

11 Из Одлуке Уставног суда Републике Словеније, предмет У-1-83/94, превод Алана Узелца, *Иудех*, 1995, 1 (3), стр. 435.

12 У време када је анализирана поменуто одлуку Уставног суда Републике Словеније у Хрватској и Србији није било општих лустрацијских закона, нити одреби одговарајућих закона које би садржавале негативан (дисквалификацијски) услов за обављање судијске службе. Могућност за спровођење неформалне, „тихе” или „нерегулисане” лустрације добило је у Хрватској Државно судбено вијеће, Законом о сопственом устројству и раду из 1993, при првом именовану судија у трајни мандат, што је за неименоване имало ефекат разрешења без образложења, и то тренутном интервенцијом у текући мандат (у року од шест месеци од ступања на снагу *Закона о судовима* из 1994), односно са ретроактивним дејством у загарантовано трајање мандата за период за који су били бирани. (*наставак фуснојте на следећој страни*)

вишта правнодржавног начела, негативан услов представља само један од општих услова који се, саобразно канонима систематског тумачења има „утврђивати и оцењивати на исти начин и у истом поступку” као и остали услови за заснивање судијске службе, наглашавајући да између суђења и пресуде којом су прекршена људска права мора постојати узрочно-последична веза (индивидуална одговорност), да се значење одредбе не односи на судијску заблуду (субјективна одговорност), да посебну пажњу треба обратити на политички и идеолошки мотивисане пресуде којима су осујећена људска права, те да је кандидату за судијску функцију гарантовано

(*наставак фуснојте 12*)

Начин на који је спроведен, без поштовања и само формалних захтева у погледу прибављања мишљења које оба закона налажу, реакција Уставног суда поводом уставних жалби неименованих судија, истрајност у понављању првобитне дискреционе одлуке Државног судбеног вијећа и наводи у јавној расправи супротстављених страна указују на то да је у питању била таква врста арбитражности која се без двоумљења може квалификовати као политички прогон (ХДЗ-ових) неистомишљеника. (Уп.: А. Узелац „Лустрација, дисквалификација, чистка (...)”, стр. 430; „Реформа правосуђа и њена ограничења. Случај именована председника судова у Републици Хрватској и његове поуке”. У: *Између ауторитаризма и демократије*, књига И, *Институционални оквир*, Београд, CEDET, CEDEM, STCSR, 2002, стр. 294 и даље). Опсежне реформе *Закона о Државном судбеном вијећу* и *Закона о судовима*, које су пратиле ревизију *Устава* 2000. године, имале су за циљ спречавање даљег продубљивања кризе у правосуђу и јачање јавног поверења у судство. Сугерисано је, и законски гарантовано, да се кадровска политика надаље неће остваривати „чисткама” и „паушалним сменама”, већ да ће се руководити објективизираним критеријумима у погледу стручне способности и личног интегритета, једнако у погледу ступања на дужност и у погледу разрешења судија (А. Узелац, „Реформа правосуђа и њена ограничења (...)”, стр. 300). Оспоравање извесних одреби пред Уставним судом, поглавито оних што се тичу измењеног поступка за именовање председника судова, а које су покренули они којима би реформа директно штетила, према доступним сазнањима из 2002. године, добило је двоструки епилог: на нормативном плану, предложена иницијатива је одбачена, а уставност концепта правосудних реформи потврђена, док је на фактичком плану реализација реформи ефектним успоравањем опструирана. За разлику од Хрватске и Словеније, у Србији је сталност судијске функције уведена и гарантована још 1991. *Законом о судовима*. Иако су злоупотребе судске власти у Милошевићевом режиму биле флагрантне и енормне, „лустрацијски контекст” није био успостављен јер није ни било могућности за проверу судија при преласку на трајни мандат (О злоупотребама види мој рад: „Реформа правосуђа. Како независно судство подржава преображај ауторитарне власти у поредак владавине права”. У: *Између ауторитаризма и демократије* (...), стр. 267–289). Пет закона из области правосуђа, међу њима *Закон о судијама* и *Закон о Високом савету правосуђа*, који су, са неким изузецима, ступили на снагу 1. јануара 2002. године, и досад више пута новелирани, омогућавају ефекат лустрације примењивањем одредаба о општим условима за обављање судијске функције, разлозима за разрешење судија, надлежним телима, процедури и правној заштити у случају оспоравања основаности одлуке (Види: Р. Васић, „Реформа правосуђа (...)”, стр. 267–288). Иако се овим одредбама нема шта озбиљније приговорити са становишта правнодржавног начела, до легитимно циљаног прочишћења судијског кадра ипак није дошло. Између представника највиших професионалних институција и Министарства правосуђа, уз неколико оставки, извесног броја суспензија и разрешења, престанка судијске функције због навршења радног века, као и постављења неколико вршилаца дужности највиших правосудних функција за време трајања ванредног стања од 12. марта до 22. априла 2003. године, још увек тича спор о томе ко сноси одговорност за поразно стање професионализма и савести у српском правосуђу. Иначе, српски закон о лустрацији (*Закон о одговорности због кршења људских права*), који је у међувремену донет 30. мај 2003. године и који предвиђа и лустрациону одговорност судија (члан 10 тачка 12), у поступку је испитивања сагласности са Уставом пред Уставним судом Републике Србије.

право на чињенично побијање негативне оцене о свом раду.¹³ Осим када кршење људских права има обележје кривичног дела, субјективни елемент прекршајне радње морао би имати карактер непоштовања тадашњих минималних стандарда које је већина судија прихватила и следила, што показује, како се закључује у образложењу Одлуке, њихову неспособност да штите углед независног судије. Та неспособност дисквалификује их за обављање судске функције државне власти у новом поретку и представља *ratio* оспорене одредбе према мишљењу Суда. Негативан услов, дакле, по свом је карактеру изједначен са другим општим условима прописаним за обављање судијске службе, јер се односи на способност и достојност да се функција суђења обавља стручно, независно и непристрасно, чиме се *in ultima linea* гарантују људска права. Одредба којом је прописан „могла би представљати лустрацијску норму”, наводи се у образложењу, са становишта садржинског захтева, али „у смислу њене потпуне објективности темељем припадности”, она то није, јер не представља „политичку осуду” са забраном приступа било којој другој јавној служби осим судској.¹⁴

У опсежном образложењу¹⁵, иако предлагач на томе није инсистирао, Суд настоји да уставност одредбе примарно веже за устројство правне државе као поредак слободе. Отуда се поступак законодавца сматра легитимним у „пријелазном раздобљу” само уз ограничење да се негативни услов у примени на конкретне случајеве тумачи такође у складу са правнодржавним начелом, како би се спречиле злоупотребе и очувале Уставом зајемчене једнаке слободе и права.¹⁶ Спорно законско решење, будући да је предвиђено за прелазак судија из статуса ограниченог у статус трајног мандата *шек по истјеку времена за које су бирани*, не трпи приговор о нарушавању забране повратне примене правних аката, јер Закон не задира повратном силом у статус слободе и стечена права, нити се њиме ремети загарантован судијски имунитет, те тако начело о независности судијске функције, које се овим институтима обезбеђује, није дискредитовано.

Посебну пажњу заслужују два издвојена мишљења, од којих је једно потврђујуће, али лустрацијско тумачење сматра недопустивим, док је друго отклањајуће, уз иначе афирмативан став према „чишћењу” судачких редова”.¹⁷

Оспорену одредбу словеначког *Закона о судијској служби*, судија Франц Тестен сматра сагласном са Уставом, али непотребном. По свом карактеру одлука је интерпретативна јер се у образложењу заправо утврђује које је тумачење у примени спорног става 3 члана 8. у складу са Уставом. С обзиром на могућно разумевање њеног циља, норма се, према овом мишљењу, не може тумачити и примењивати као основ за дисквалификацију,

13 Одлука Уставног суда Републике Словеније, *ош. цшш.*, стр. 435.

14 *Ибид.*, стр. 437.

15 Изрека, образложење и издвојена мишљења објављена су у целини и заузимају двадесет две стране *Урадној листи Републике Словеније*.

16 Одлука, стр. 438.

17 „Отклањајуће издвојено мишљење суца мр. Матевжа Кривица”, *ош. цшш.*, стр. 443.

јер би се таквим разумевањем прекршиле уставне одредбе које се тичу устројства правне државе: због неодређене формулације забрањене радње – кршење људских права – као *самосталног* критеријума за искључење начела једнакоправности и због тога што лустрацијским актом нису обухваћени и други „подсистеми” – „сви одговарајући кругови особа” – у којима је такође било злоупотреба права, можда и бројнијих.¹⁸

„Законско уређење које би при пријелазу у систем парламентарне демократије привремено дисквалифицирало неке носитеље пријашњег система као кандидате за одређене положаје у структури власти новог система” судија Тестен сматра „начелно уставно допустивим”, али уз бројна ограничења, међу којима је издвојио уставну проверу са становишта права на лично достојанство, слободу једнаког приступа јавним службама и гаранцију „пуне судске заштите”.¹⁹ У његовом резонувању о самерљивости права на слободу и забране приступа јавним функцијама „активистима пријашњег система”, круг се затвара скептичним увиђањем да је „дисквалификација” морално и политички оправдана, али да се уставно-правно тешко може конципирати и спровести.²⁰

Насупрот њему, судија Матевж Кривиц лустрацију сматра „леgitимним и нужним” циљем у процесу обликовања нове власти, али са јасно дефинисаном сврхом закона и успостављеним „правно коректним инструментаријумом” за њено остварење. Спорној одредби ове карактеристике недостају и зато би, према његовом мишљењу, правно и политички боље решење било када би се лустрацијска одредба уврстила у оквир норми које уређују редовну оцену судијског рада.²¹ У опсежном образложењу опредељења за поништење ове „посве несрећне одредбе”, прву и најважнију тачку ослоња представља начело правне државе, које спорна одредба својом недовољном одређеношћу у тако осетљивој области као што је избор судија не задовољава.²² Општост формулације погодује обухватању веома широког круга адресата, који сви нису једнако „леgitимно жељени” случајеви, даје могућност за арбитрарну оцену надлежним органима (Судбено веће), јер, између осталог, повреду људских права као критеријум не дефинише довољно јасно ни у погледу садржине нити у погледу интензитета и субјективног односа (виности) према радњи и последици.²³ Даље, са становишта правне државе није свеједно да ли се овако деликатно питање уређује јасном категоричком законском нормом или интерпретацијском одлуком Уставног суда, која (интерпретацијска одлука), узгред, може бити оправдана само када „чиста” решења – поништење или одбијање поништења – уопште не би била могућна. Овако, бришу се границе међу функци-

18 „Потврђујуће издвојено мишљење суца Франца Тестена”, *ош. цит.*, стр. 453.

19 *Ибид.*, стр. 454.

20 *Ибидем.*

21 *Ибид.*, стр. 443.

22 *Ибидем.*

23 *Ибид.*, стр. 444.

јама власти као год и хијерархијско устројство њезиних аката, што неприкосновено право на слободу чини крхким.²⁴ Када је линија раздвајања права на слободу и легитимног јавног интереса да се оно правом ограничи несигурна, концепт слободе као крунски драгуљ либерално-демократског конституционализма обезвређује се у целини. Зато, да легитимна сврха лустрације не би била компромитована, правни акти којима се концептуализује и спроводи морали би одговарати бар минималним захтевима правне цаве, закључује Кривиц.²⁵

И ове уставно-правне расправе, дабоме, сведоче о драматичним околностима у којима се одвија правно конституисање новог социјалног поретка, а далекосежни закључци потврђују да се јемствима слободе, без обзира на преке потребе прелазног раздобља, мора поклонити највећа могућа брига.

6. У постпетооктобарској Србији, чији су трогодишњи живот обележили небројене напетости у (не)функционисању државно-правног живота, републички Уставни суд понео је уистину претешко бреме. Ако је класична функција уставног судства да нормативни устав учини важећим уставом, и тако конституционализују његове идеале, шта рећи за ситуацију „одложеног сусрета са новим уставом”, у којој је Уставни суд Републике Србије као еквилибриста на жици био принуђен да даје нови живот старом, да употребим најблажу формулацију, за либерално-револуционарну диспозицију превазиђеном, Уставу.

IV. У сусрет новом уставу

Најзад, да ли је оздрављење државе, у сусрет новом уставу али и зборима, на видуку? Ако нашу пажњу изместимо из сфере афективног (песимизам-оптимизам) у сферу рационалног, трећи закључак се може овако сажети: Вишестраначки слободни избори представљају тек минималну демократију (такозвана изборна демократија). Како појам демократије подразумева компатибилност средстава и циљева, демократски избори су, како је на то поодавно упозорио Божидар С. Марковић, алатка којом се једнако добро може и кров над главом сазидати и гроб ископати. У сваком случају, избори не гарантују сигурност предизборно прокламованом пројекту конституционалне (самоограничавајуће) владе. А што се новог устава тиче, он би морао да интегрише, стабилизује и консилидује поредак на начин самоограничавања моћи, да одговори на потребу за формирањем колективног идентитета (будући да су његови пређашњи извори озбиљно доведени у питање), да успостави ваљан основ за могућност уставног патриотизма и обезбеди стабилну, поштовану и дуговечну заједницу. Наглашававам да се „координирана транзиција” одвија у неколико фаза, те да су про-

24 Уп.: *ибид.*, стр. 445.

25 Уп.: *ибид.*, стр. 448.

мена носилаца власти и промена режима тек почетне и недовољне етапе.²⁶ Конституционализација власти, као трећа фаза, отпочиње уставом чије нормe материјализују идеале револуције. У завршној фази обезбеђује се важење устава, односно остваривање циљева и вредности демократског преображаја оживотворењем њиховим, односно, како наглашава Илија Вујачић, „претварањем у делатне институционалне структуре друштва”.²⁷

Уставним самоограничавањем моћи, моћ се самолегитимише, прибављајући тако *titulus* правилу да се и свака друга, будућа власт, ако претендује на *auctoritas*, мора повиновати уставу.

И опет ће Уставни суд имати пуне руке тешког и одговорног посла.

26 О фазама „револуционарне промене друштва из аутократског у либерално-демократски поредак”: И. Вујачић, „Конституционализација петоктобарских промена”, *Република*, Књига у новинама: *Грађани и демократија*, бр. 322–323, 1–31. децембар 2003, стр. XIV и даље.

27 *Ибид.*, стр. XIII.

СИСТЕМ ВЛАСТИ У НОВОМ УСТАВУ СРБИЈЕ

Успостављање система власти у држави представља један уставни избор. Али, извршити уставни избор не значи пуки чин бирања међу датим алтернативама. На палети демократских система власти, каквом Србија тежи, постоји солидан избор модела, али просто бирање неког од њих не би представљало прави уставни избор. И то из простог разлога што такав избор мора да рефлектује и дубинске и површинске слојеве једне конкретне политичке ситуације. Ако устав треба дуже да важи, а то је циљ сваког устава, онда он мора да буде израз политичке структуре једне заједнице, али и довољно широк оквир за њен развој у времену. Стога је вршење уставног избора равно одређивању судбине једне државе.

Али, овде није реч ни и својевољном ни о произвољном одређивању правца државног живота. Својевољан уставни избор карактеристичан је за аутократске режиме којима устав у крајњој линији не представља нормативни – не само позитивноправни него и вредносни – оквир владавине, већ само једно од средстава. Нешто је другачији случај са произвољним уставним избором. Он је често последица лошег уставног инжењеринга, када се држави, која увек представља јединствену политичку структуру, пропише формално коректан устав са свим савременим уставним стандардима, али без вођења рачуна о њеним трајним посебностима.

Систем власти једна је од основних тема уставне материје. Опредељење за овај или онај његов тип увек је чин његовог конкретног обликовања које се врши у конкретном политичком окружењу. Оно је објективно одређено постојећим уставом за чију промену се у Србији залаже добар део странака и политичке јавности. Реч је о ситуацији која се мора уставно превазићи, што поставља посебне задатке надоласећој уставној политици. *Обласи уређења власи треба да изрази један оиџимум уставио оквира за демократиоки систио Србије у настиајању.* Овде је нагласак на једној политичкој реалности која изражава садашњи тренутак Србије и једној политичкој пројекцији која треба да изрази остварљиву замисао њеног демократског организовања у ближој и даљој будућности. Када је о уређењу власти реч, Србија не треба напросто да изабере модел који ће уставно обликовати, већ треба да креира систем који ће постојећу ситуацију обухватити у свој њеној посебности и истовремено је прилагођавати нормама доброг, а то значи демократски контролисаног и ефикасног политичког поретка.

Основно питање у том оквиру јесте питање о положају уставно успостављених институција власти. У том смислу неспорно је да ће нови устав

Србије поћи од начела поделе власти и сходно том начелу извршити уставну расподелу овлашћења. Тек се по овом другом, по уставној расподели овлашћења, може видети какав систем власти ће убудуће имати Србија. У троуглу три гране власти – законодавне, извршне и судске – уставни однос прве две, њихов однос према уставотворној власти и њихов међусобни однос преточен у институције, представља срж конкретног уређења власти.

То ће по свој прилици бити и главни проблем у будућем уставу Србије, проблем који ће се налазити у троуглу три органа власти – парламента, владе и председника Републике. Око независне судске власти и њеног односа према друге две нема већих уставних спорова, а модалитети решења у овој области не могу много утицати на питање о типу и облику уређења власти.¹ Судска власт има у овом контексту специфично место. Док модалитети односа институционалних носилаца легислативе и егзекутиве могу бити различити – од строге међусобне поделе до различитих врста прожимања – судска власт мора бити што независнија од друге две. Ако се, рецимо, у систему власти будуће Србије задржи уставносудска контрола уставности и законитости, њу је могуће ефикасно спроводити само уз претпоставку независне улоге уставног суда. То је опште место. Али, да би уставни суд играо ову уставну ролу, не само да он у својој делатности мора бити независан него и сам систем власти у свом најосетљивијем језгру, а то је како смо рекли однос легислативе и егзекутиве, мора бити консолидован и стабилан.² Тек овде налазимо се на прагу правог проблема када говоримо о Србији.

Данас се сви лако могу сложити са тим да је у Србији од 1990. године, од усвајања њеног Устава, извршна власт играла много значајнију улогу од парламента, и то без обзира на њихов међусобни уставом успостављени однос. Било је јасно да је она водила политичку игру а да сама није била подложна ни најмањој парламентарној контроли, иако Устав предвиђа механизме такве контроле. Колико је извршна власт била политички доминантна говори чињеница да је у једном периоду (1990. до 1997) улогу доминатора спроводио председник Републике, а у другом (2000. до 2003) председник Владе. Да није било трећег периода (од 1997. до 2000) могло би се закључити да су се у случају Србије као доминатори у власти смењивали носиоци уставне бицефалне егзекутиве – председник Републике и председник Владе. Али, чињеница да је у назначеном међупериоду у Србији

1 Од овог начелног става морамо одступити када је реч о вертикалној организацији власти у новом уставу Србије и судском систему у укупном децентрализованом систему власти. У јавној дискусији до сада су се појавили и предлози који предвиђају већи или мањи степен аутономије судског система у покрајини Војводини (предлог новог устава Србије Forum Iuris-a дат у јесен 2001, или каснији предлог Основног закона АП Војводине (крајем 2002). Ми се у овом раду ограничавамо на хоризонталну организацију власти, те стога овај аспект проблема остављамо по страни.

2 О овоме нам јасно говори најновији развој у Србији. Од избора новог састава Уставног суда Србије 2002. године нико не може да тврди да овај суд није независан у свом раду. Али, у његовој досадашњој пракси показали су се проблеми у спровођењу неких његових одлука. То је била последица чињенице да је Влада тако нешто себи *могла* да допусти. Она, дакле, није била ограничена у том свом науму што говори да у том моменту није имала никакву институционалну противтежу.

главни чинилац власти био председник савезне државе најбоље говори о томе да је власт у Србији све време била концентрисана у ванинституционалном центру политичке моћи.

Да ли је из овакве ситуације, која подједнако карактерише начин вршења власти у Србији у последњих тринаест година упркос њеним различитим политичким и персоналним носиоцима, могуће прећи на парламентарни систем власти. Да ли је, другим речима, реално очекивати, па и уставно пожељно, да се уставне промене изврше у правцу успостављања парламентарног система власти.

Основни задатак сваког правог народног представништва – парламента, тј. скупштине – јесте да изражава интересе друштва и претаче их у законска правила његовог живота. Откако је постао општеномодно представништво на основу општег и једнаког права гласа, парламент тај задатак обавља све више на посредан начин и под све директнијим утицајем извршне власти, која формално произилази из њега. Овде, разуме се, имамо у виду европски систем парламентарне или парламентарно-председничке владе, који ће по свој прилици пре представљати референтни оквир будућег уставног избора Србије, него амерички (и латиноамерички) председнички систем, који нема само стриктну поделу између легислативе и егзекутиве, већ има и одређени дуализам власти. Ако ствар тако посматрамо, онда ће нам у први план искрснути један уставно не тако видљив системски елемент, а то је страначки систем. Ево већ век и по основни медијатор политичког живота, и оног у парламенту и оног у влади јесу политичке странке као најподеснији сажиматељи друштвених интереса у тзв. масовним демократијама. Генерално, квалитет и стабилност и парламента и владе зависе од квалитета и стабилности страначког система у земљи. Уз обичај поштовања закона, који се гради временом, једино су странке, солидно утемељене у бирачко тело, у стању да одржавају постојаност и прегледност реалног политичког живота.

Ако погледамо оба успешна модела парламентарног система у Европи – британски и немачки – лако ћемо успоставити корелацију између њихових страначких система и важећих система власти. Британски кабинетски тип није замислив без фактичког двостраначког система, потпомогнутог већинским изборним системом који трећу странку трајно елиминише из удела у власти. Исто тако ни немачки канцеларски тип није могуће замислити без фактичког тространачког система.³ И као што кабинетски тип није могућ са коалиционом владом, тако ни канцеларски не би био могућ са тројном коалиционом владом. У оба случаја уставно јаки премијер (тј. канцелар) могућ је захваљујући не само стабилној него и једноставној страначкој структури парламента. Можда на овом месту треба скренути пажњу на чињеницу да је Немачка тешком муком дошла до свог стабилног страначког система и да су томе директно допринеле одлуке Савезног уставног суда о забранама странака са радикалним програмима (нацистичке странке 1953 и комунистичке 1956).

3 Откако је ступила на политичку сцену у првој половини осамдесетих, странка Зелених само је дуплирала системску улогу либерала као мањег коалиционог партнера једне од две велике странке које се мењају на власти.

У Србији данас сасвим извесно не постоји стабилан страначки систем. У том погледу антисистемски су деловали и Милошевићев режим деведесетих и ДОС-ов режим од 2000. до 2003. Када је о првом реч, он је подстицао фрагментацију странака форсирањем малих и безначајних странака како у власти тако и у опозицији, одржавајући фактичку власт једне странке и личну власт вође. Овде ваља рећи да се овај делујући систем власти надалеко разливао изван уставних оквира рационализованог парламентаризма који је био уставно успостављен 1990. године. Занимљиво је да за све то време опозиција није афирмисала мањи број јачих странака, што је утицало на њен стил и систем владања када је преузела власт. У том периоду (2000–2003) парламент је остао страначки недефинисан и као такав зависан од владе, док уставни шеф државе једноставно није вршио своју функцију ни у лику изабраног председника ни у лику његовог наследника, иначе неуставног вршиоца дужности.

У том периоду Србија је имала крајње нејасан систем власти у коме не само да је влада са председником на челу арбитравала, већ је и сама подстицала наслеђени политички хиперплурализам који се протезао ван институционалног система у правцу непрегледног невладиног сектора. Овај, пак, са своје стране није био без утицаја на институције система, па и на саму владу која га је, осим тога, даривала добрим местом у државном буџету. Готово да не треба ни говорити да се овај политички живот, и страначки и нестраначки (у смислу постојања бројних невладиних организација), кретао у законски неуређеном простору. За све то време Србија није имала ни закон о политичким странкама ни закон о невладиним организацијама.

Уставна решења не могу по себи одлучујуће да допринесу преображају политичког живота земље у којој влада неред и где се иде из једне политичке кризе у другу. Могуће је да ванредни парламентарни избори, одржани крајем 2003. године, донекле рашчисте страначку сцену Србије, али они не могу да створе такав страначки систем који би поговдао уставном увођењу парламентарног система власти. Слаб страначки систем представља дугорочнији структурни проблем организације власти у Србији и он не може бити превазиђен простим уставним „увођењем парламентаризма”.

Очигледно је да ће за догледно време парламент у Србији бити слабија карика у ланцу политичких институција. Док се страначка сцена не упрости и не ослободе канали парламентарног живота који су били препуњени бројним интересним скупинама, претежну улогу имаће влада. Она ће перманентно настојати да арбитрава у парламентарним споровима, јер без стабилне већине и исто тако стабилне опозиције парламент ће се законито бавити не само својим послом већ и собом као проблемским делом сваког конкретног питања.⁴ Када помињемо стабилу парламентарну већину,

4 О томе јасно говори чињеница да се у парламенту Србије већ тринаест година најдуже расправља о дневном реду и о тумачењу скупштинског пословника.

онда мислимо на коалициону владу од највише две странке. Коалициона влада од три и више странака прелази у нов квалитет структурно слабе владе и несигурног односа владине већине и опозиционе мањине у парламенту. Стални превремни избори су судбина таквог парламентаризма и тако ће у Србији бити све док се не консолидује страначки систем.

Оваква врста проблема не може се уставно решавати само на релацији парламент – влада. Нестабилан парламент производи привидно јаку владу, која се и сама исцрпљује у очајничком трагању за парламентарном већином. Избори, под претпоставком добрих изборних закона, тај проблем могу да ублаже, али не и да га системски реше. Бар не док се страначка сцена не стабилизује. Због тога у Србији улога председника државе системски добија на тежини. Једино уставно ојачани председник Републике може да успостави потребну равнотежу између слабог парламента, који треба да јача, и доминирајуће владе. Шта то, према нашој замисли, треба конкретно уставно да значи.

Председник Републике треба да има изворну легитимност бирачког тела. Другим речима, треба да буде непосредно изабрани државни орган. Из тог института (непосредних избора), међутим, не би требало нужно да проишају и његова изванредно јака уставна овлашћења, нарочито не јака овлашћења у односу на владу. Ово није пледоаје ни за полупредседнички, а немоли за председнички систем власти. У односу на Владу председник Републике имао би само овлашћење предлагача мандатара, које је ограничено вољом парламентарне већине. Дакле, ни избор министара, ни учешће у раду Владе, ни тражење извештаја о њеном раду, ни председавање њеним седницама, ни самостално постављање питања њеног разрешења.

Непосредан избор председника Републике не би, дакле, у неком директном уставном смислу ослабио Владу. Она би, у односу на председника Републике, имала слободан маневарски простор у извршној власти. Била би, осим тога, заштићена механизмима тзв. рационализованог парламентаризма: конструктивним неповерењем, роком између предлога о смени и гласања, немогућношћу новог постављања питања неповерења у одређеном року, итд. Али, у односу на парламент, где постоји уска политичка веза између парламентарне већине и Владе, председник Републике имао би право суспензивног вета. Ово право има бољи учинак у ситуацијама где су владе коалиционе, поготово са више од две странке, јер је већа могућност да се нека од њих, која контролише део посланичке већине, сложи са интервенцијом председника. Осим тога, председник Републике као непосредно изабрани орган, коришћењем овог права скренуо би пажњу јавности на неку важну одлуку парламента за коју сматра да није у интересу друштва.

У оваквом систему парламентарне владе председник државе био би корективни чинилац рада и парламента и владе. Пошто ће на дужи рок владе бити коалиционе, и према томе њихове парламентарне већине рањиве и крхке, председник владе налазио би у председнику државе старијег саветника и сарадника у свим приликама када коалиција и њена већина за-

падну у кризу. Овакве ситуације могле би се превазилазити уз политичко посредовање председника Републике а да се не расписују избори кад год влада западне у кризу. Ванредни избори су скуп механизам корекције, а у ситуацијама трајније фрагментације бирачког тела на већи број странака они не могу да реше питање нестабилне владе. Због тога непосредно избрани председник државе може овде деловати као стабилизујући институционални чинилац.⁵

Овај елемент полупредседничког система на своје највеће искушење долази приликом неподударања две већине – оне страначке у парламенту и председничке. Али, чисто стање кохабитације постоји само када је председник државе истовремено лидер странке која тренутно седи у опозиционим редовима. Ово нису пожељне ситуације за младе демократије и њих би, бар за почетак, требало системски избећи. Ако је у односима између владе и парламента потребан корективни елемент у виду непосредно изабраног председника државе, онда би он морао да буде максимално страначки неутралан чинилац власти. Кажемо „максимално”, јер је у нашим условима, као и уопште у савремено доба, тешко очекивати изградњу јаке политичке личности без страначке инфраструктуре па и искуства у страначком животу. Дакле, тешко је замислив председник државе који није страначка личност (вођа), а његова улога као председника мора бити страначко-политички што неутралнија. За ову противречну ситуацију нема другог решења до да за време свог председничког мандата та личност обустави све своје страначке функције и активности.

Све што је досад речено представља структурни разлог за увођење, или уставну реafirмацију⁶, директно изабраног председника у нови систем власти у Србији. Овоме се могу додати још два системска разлога са којима се Србија или већ суочава или ће се свакако суочити. Први од њих са-

5 У том контексту занимљива је идеја Ђованија Сарторија о „алтернирајућем президентизму” изложена у његовој књизи *Упоредни уставни инжењеринг* (Филип Вишњић, Београд, 2003, стр. 175–183). Овај стари аналитичар упоредних система власти овде говори о системском допуњавању два типа – парламентарног и председничког – али не у смислу њиховог симултаног постојања (што би била нека од врста полупредседничког система), већ у смислу њиховог сукцесивног смењивања. Аутор говори о алтернативном председничком систему који би се уставно активирао у моменту кризе владе у некој фази њеног редовног мандата, дакле владе која од почетка установљивања делује у оквиру парламентарног система власти. Када влада западне у стање парламентарне кризе не расписују се ванредни избори, већ на снагу ступа алтернативни председнички модел где комплетну извршну власт преузима редовно и директно изабрани председник државе. Оваква могућност до сада нигде у пракси није тестирана; у крајњој линији и идеја је релативно нова. Али, теоретски гледано предлог је јако занимљив за системе који имају структурне проблеме које не могу да реше применом неког од познатих модела. Такав је очигледно и пример Србије.

6 Овде имамо у виду чињеницу да је наш предлог, када је о уставној улози председника Републике реч, у добром делу подударан са постојећим уставним решењем. Треба, међутим, размислити о поступку његовог разрешења избегавајући садашње одредбе које га чине практично несмењивим државним органом (разуме се, у оквиру његовог мандата). У овај поступак свакако би требало укључити меродавну оцену уставног суда о његовом кршењу устава.

држан је у изгледној уставној децентрализацији власти било у којој форми да се она изврши. Држави би у том случају био неопходан директно избрани инокосни орган који би на симболичкој и политичкој равни (у смислу политичке заједнице) представљао гарант њеног јединства и био политички модератор њене сложене институционалне структуре.⁷ Други додатни разлог садржан је у одредбама Уставне повеље Србије и Црне Горе о Врховном савету одбране. Друга држава чланица, Црна Гора, задржала је институт непосредног избора за председника Републике. Уз председника државне заједнице, било би природно да Србија у овом значајном телу заједнице такође има представника изабраног на непосредним изборима. Будући да је функција одбране уставно пренесена надлежност на ниво државне заједнице, необично је значајно да представник Србије у овом органу буде личност од већег уставног ауторитета.

У нашим условима равнотежа између легислативе и егzekутиве на дужи рок замислива је једино у троуглу парламента, владе и председника државе. Тек стабилност система власти у овом ужем смислу може да створи амбијент за развој независног судства и посебно креативну улогу уставног суда. Гледано са становишта структуре моћи, судска власт је најслабија унутар система три гране власти. Није реално очекивати да уставни суд може сам допринети стабилизовању читавог система власти у ситуацији у којој политичка моћ стоји необуздана правним стегама. А она пристаје да се подреди праву само уколико је реално ограничена неком другом политичком моћи. Право је израз и средство њиховог споразума о међусобној трајној равнотежи и контроли. Да би уставни суд уопште арбитрао у њиховом сукобу, који је уставно дефинисан као сукоб међу надлежностима, и да би његова арбитража била делотворна, различите политичке моћи концентрисане у државним институцијама морају бити спремне на то да регулативно начело за решење сукоба мора бити ван њих и изнад њих.

У Србији до сада није било такве ограничене власти и стога је уставни суд био генерално немоћан. Како се, међутим, другачија власт, она која ће се кретати у границама права, не гради из чисте воље, то се ни доношење делатног устава не може замислити у виду једног временски омеђеног процеса. Ако устав треба да се донесе у коректној процедури, што је основни тест његовог потоњег поштовања, онда је јасно да се он неће ни доносити без потребне политичке сагласности. Али, имајући у виду постојеће стање, изгледније је говорити о уставним променама него о доношењу потпуно новог устава. Будући да су политички спорови око организације власти дубљи него неки други (рецимо око система уставне заштите основних права, око уставног статуса својине, одређеније улоге уставног суда у заштити основних права итд.) по свој прилици ће ово питање остати за неку каснију фазу уставне ревизије. Али, њега је до тада могуће

7 Оваква политичка улога председника државе не би искључивала, већ би напротив подразумевала, контролну улогу владе и уставног суда у деловању децентрализованих државних структура.

решавати као питање материјалног устава. Сва је срећа да постојећи устав овде не представља неку непрелазну нормативну препреку. Постојећи устав не представља ограничење за доношење низа прописа који би унапредили политички систем: нови изборни закони (о избору председника Републике и парламента), нови скупштински пословник, закон о политичким странкама, о невладиним организацијама и др.

За Србију је битно да се фактички односи између институционалних носилаца власти граде не само у духу доктрине о подели власти него и у правцу консолидације једног делатног система. Због тога његова идеална уставна пројекција није ни могућа ни пожељна. То, међутим, не значи да са уставним променама, па и оним које обухватају организацију власти, не треба одмах почети. У таквом планирању и пројектовању, бар када је реч о овом посебном уставном сегменту, треба комбиновати решења која спречавају ван-институционалну политику а да истовремено одговарају нашим трајнијим политичким специфичностима. Битно је да овај посао уставне реконструкције система стварно започне. У друштвима која тек треба да изађу из поретка ауторитарног неуставног владања најважнији елемент тог процеса јесте успостављање ограниченог и самоограниченог система власти.

УСТАВНО СУДСТВО БИВШИХ ЈУГОСЛОВЕНСКИХ ЗЕМАЉА

УСТАВНО СУДСТВО КАО ПРЕТПОСТАВЉЕНИ НОСИЛАЦ ЗАШТИТЕ УСТАВНОСТИ

Принцип уставности је резултат постојања писаног устава и прихватања начела законитости, а постојање уставног судства је последица усвајања принципа уставности. Међутим, садржина принципа уставности значи не само постојање писаног устава, него и одређивање тог устава као основног закона највише правне снаге. С овим основним законом морају се услагласити сви правни акти и материјалне радње. То се односи на правне акте и материјалне радње, свих грађана и државних органа (чак и оних највиших), јер се уставним нормама утврђују и штите најважнији и основни односи у држави. Зато се принцип уставности појављује као „израз и гаранција целокупног политичког система”.

Због напред наведеног, сви државни органи су дужни да поштују и штите устав, али је, с обзиром на значај заштићеног објекта, у највећем броју држава развијен посебан механизам заштите уставности. У Југославији је уставно судство уведено 1963. године, када је извршена уставна ревизија, којом су формиран Уставни суд Југославије и уставни судови република. Уставни судови аутономних покрајина су формирани после амандмана из 1971. године.

Најзначајније подручје деловања уставног судства, у Југославији у том периоду, била је заштита уставности и законитости која се огледала кроз општу нормативну контролу свих закона, прописа и других аката. Међутим, постоји веома раширено мишљење да је уставно судство тог периода у целини, у својој основној активности, имало мање предмета у којима је оцењивана уставност закона, него што је то, према стварном стању требало да буде. То се нарочито односило на савезне законе. Овлашћени предлагачи за покретање уставносудског поступка, биле су скупштине, извршна већа, судови, тужилаштва итд. али је та „уздржљивост” уставних судова у оцењивању уставности закона била последица и чињенице да уставни судови нису могли својом одлуком да касирају, тј. пониште или укину неуставан закон. Зато су се уставни судови најчешће појављивали у улози иницијатора и предлагача, а суђење у споровима о правима и надлежностима, решавање

сукоба надлежности и друге надлежности уставних судова, уопште нису биле заступљене у пракси или су се појављивале веома ретко.

Међутим, и поред наведених најважнијих слабости, уставни судови су имали веома значајну улогу у отпору агресивном национализму, који се тада појавио на нашим просторима. То је утицало да су уставни судови, релативно најдуже, уживали извештан друштвени ауторитет и да су сви нови уставни¹ задржали институцију уставног судства.

ДРЖАВНА ЗАЈЕДНИЦА СРБИЈА И ЦРНА ГОРА

Уређивању Суда Србије и Црне Горе посвећен је одељак 4. глава VI Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора. У наведеним одредбама су, на доста уопштен начин одређени надлежност, састав и избор, одлуке и рад Суда Србије и Црне Горе, као и његова организација, функционисање и начин одлучивања.

Надлежност Суда обухвата: решавање спорова између институција Државне заједнице Србија и Црна Гора о питањима њихове надлежности прописане Уставном повељом; решавање спорова између државне заједнице Србија и Црна Гора са државама чланицама или између држава чланица о питањима из њихове надлежности; одлучивање о жалбама грађана када им институције државне заједнице Србија и Црна Гора угрозе права гарантована Уставном повељом, уколико о томе није предвиђен други облик правне заштите; одлучивање о усклађености устава држава чланица са Уставном повељом; одлучивање о усклађености закона држава чланица са законима државне заједнице Србија и Црна Гора; одлучивање о законитости коначних управних аката институција државне заједнице Србија и Црна Гора и заузимање ставова и мишљења који се односе на уједначавање судске праксе.

Теоријски, највећи број надлежности Суда Србије и Црне Горе припада групи уставносудских спорова, и у ранијим фазама нашег уставног развоја био је додељен Уставном суду, као посебном органу. То важи, како за све надлежности које представљају вид судске контроле уставности и законитости, тако и за спорове о надлежностима унутар државне заједнице Србија и Црна Гора и између државне заједнице Србија и Црна Гора и држава чланица, односно самих држава чланица. Најзад, у исту групу спада и одлучивање о жалбама грађана, познато у теорији као одлучивање о уставним жалбама.

Основне надлежности Суда, које имају уставноправни карактер, налазе се у надлежности Опште седнице, док је Посебна седница посвећена, у целини, раду самог Суда. Међутим, будући да се у оба случаја захтева исти кворум² и да се одлучује на исти начин³, то је разликовање ове две групе

1 Устав СРЈ и уставни других самосталних држава насталих на тлу бивше Југославије.

2 Тражи се присуство најмање 2/3 судија.

3 Тражи се већина гласова укупног броја судија.

надлежности више организационо-техничке, него суштинске природе. У пракси ранијих уставних судова код нас било је могуће правити сличну разлику, али она није, нити тако називана, нити је имала такав карактер.

Постојање Заједничке седнице, па и начин одлучивања на њој, отварају, по нашем мишљењу, већ и питање сагласности решења која доноси Закон о Суду Србије и Црне Горе, са Уставном повељом, па чак и саме оправданости усвајања таквог закона. Уставна повеља у утврђивању надлежности Суда Србије и Црне Горе, не прави никакав изузетак међу законима државне заједнице Србија и Црна Гора, у погледу оцене њихове сагласности са Уставном повељом и ратификованим међународно-правним актима. Дакле, томе подлеже и Закон о Суду Србије и Црне Горе. Значи, сам Суд Србије и Црне Горе одлучиваће о сагласности Закона о њему.

Овде је потребно посебно оценити институцију Заједничке седнице коју уводи Закон о Суду Србије и Црне Горе. По Закону: „Заједничку седницу сачињавају председник и судије суда, као и судије надлежног уставног суда држава чланица”⁴. Надлежност Заједничке седнице је да одлучује о сагласности устава и закона држава чланица са Уставном повељом, ратификованим међународноправним актима и законима државне заједнице Србија и Црна Гора. Такође, у надлежност Заједничке седнице спада решавање спорова о надлежности између државне заједнице Србија и Црна Гора и држава чланица, као и између две државе чланице.

Уставна повеља је, такође, отворила могућност да се организација, начин функционисања и одлучивања у Суду Србије и Црне Горе уреди законом⁵. На темељу тог овлашћења, Закон о Суду Србије и Црне Горе је регулисао постојање и надлежност већа Суда. Попут већа⁶ у судовима опште надлежности, Закон је одредио да веће Суда чине председник већа и двојица судија. Број већа и њихов персонални састав одређује Суд, а за пуноважно одлучивање захтева се присуство свих чланова већа.

Надлежност већа је одређена овим Законом и може бити допуњавана и другим законима државне заједнице Србија и Црна Гора. По томе: „Суд на седници већа одлучује: 1) о законитости коначних управних аката институција Србије и Црне Горе; 2) о жалбама грађана (уставна жалба), у складу са Уставном повељом; 3) о споровима између институција Србије и Црне Горе о питањима њихове надлежности из Уставне повеље; 4) о споровима између институција Србије и Црне Горе и институција једне или обе државе чланице, или између институција две државе чланице међусобно...”⁷.

Састав и избор Суда Србије и Црне Горе је, у основи, одређен Уставном повељом⁸, а нешто детаљније разрађен Законом о Суду Србије и

4 Закон о Суду Србије и Црне Горе, чл. 35.

5 Уставна повеља Државне заједнице Србија и Црна Гора, чл. 50.

6 Најчешће је то тзв. „мало веће“.

7 Закон о Суду Србије и Црне Горе, чл. 37.

8 Уставна повеља Државне заједнице Србија и Црна Гора, чл. 47.

Црне Горе⁹. Уставна повеља одређује да Суд чини подједнак број судија из обе државе чланице, а Закон прецизира да Суд Србије и Црне Горе има 12 чланова. Такође је Уставна повеља утврдила да судије бира Скупштина Србије и Црне Горе, на предлог Савета министара за период од 6 година. Искључена је свака могућност за реизбор. Сматра се, са разлогом, да је забрана реизбора средство јачања независности Суда, са дејством сличним, као и трајни избор судија. У погледу личних својстава Уставна повеља само захтева да судије буду дипломирани правници са 15 година искуства у струци. Закон, још, додаје да за судију може бити предложен само држављанин државне заједнице Србија и Црна Гора, који „...ужива углед и достојан је за обављање судијске функције”. Закон је, даље, утврдио да се као носиоци иницијативе могу појавити: правосудни савет државе чланице, адвокатска комора, правни факултет и удружење правника. Председника Суда бирају судије тајним гласањем на време од 3 године, уз забрану реизборности. Мада Закон изричито не прописује да се председник бира из редова судија, из читавог поступка је то јасно, као и то да и председник спада у укупан број од 12 судија.

Судије имају имунитет, исти као и посланици Скупштине Србије и Црне Горе, а о њиховим имунитетским питањима одлучује Суд на Општој седници.

Закон је релативно детаљно разрадио инкомпатибилност судија са свим другим функцијама или професионалним делатностима. Изузетак је бављење научно – истраживачким и образовним радом, али и то по одобрењу Суда. Судијама је забрањено да буду чланови политичких странака и не могу суделовати у припреми устава, закона и других прописа и општих аката чија је оцена у надлежности Суда.

Поступак пред Судом Србије и Црне Горе уређен је Законом о Суду Србије и Црне Горе. У Закону се, прво, разрађују неки заједнички елементи, а онда се посебно третира поступак који се примењује код остваривања сваке од поменутих надлежности Суда.

Посебно су разрађени елементи поступка за поједине од надлежности Суда Србије и Црне Горе. Тако су за покретање поступка за оцену усклађености општих аката¹⁰ овлашћени: председник Србије и Црне Горе, најмање 10 посланика Скупштине Србије и Црне Горе, председници држава чланица, министри Србије и Црне Горе, скупштине држава чланица, владе држава чланица, министри држава чланица, судови и тужилаштва држава чланица, омбудсмани, правна лица која врше јавна овлашћења и сам Суд Србије и Црне Горе *ex officio*. Овако широк списак овлашћених предлагача за покретање поступка за оцену усклађености општих аката Суда, је израз тенденције да се борба за успостављање правне државе постави као право и дужност што већег броја овлашћених носилаца јавних функција. У том

9 Закон о Суду Србије и Црне Горе, чл. 14–27.

10 То обухвата, како оцену сагласности са Уставном повељом и међународно – правним актима, тако и са законима Државне заједнице Србија и Црна Гора.

правцу би било неоправдано ставити замерке таквој тенденцији. Но, по нашем становишту требало би изоставити покретање таквог поступка од стране самог Суда Србије и Црне Горе. Тачно је да је постојање одговарајућег права и дужности било у свим фазама нашег развоја, од када се у систему уводи уставно судство, и да, у извесном смислу, то представља традицију. Међутим, нема дубљих емпиријских истраживања уставносудске праксе, а аутор овог написа зна бројне примере који показују озбиљну слабост оваквог решења. Она се огледа у томе што је суд који је покренуо поступак испитивања сагласности општих аката са принципом уставности, односно законитости, по правилу, већ при доношењу те одлуке прејудицирао коначну одлуку у меритуму.

Најзад, Закон је утврдио случајеве у којима се већ покренути поступак мора обуставити, без обзира на фазу у којој се налази. То су случајеви кад се утврди да је после покретања поступка: устав државе чланице усклађен са Уставном повељом; да је закон или други општи акт усклађен са Уставном повељом, међународноправним актом или законом државне заједнице Србија и Црна Гора, осим ако нађе да нису отклоњене штетне последице раније неусклађености; ако је повучен предлог овлашћеног предлагача, а Суд *ex offio* сам не настави поступак и ако се утврди да је поступак покренут на основу погрешно утврђеног чињеничног стања, односно да су настале друге процесне претпоставке.

Суд Србије и Црне Горе, у вршењу своје надлежности, доноси одлуке, пресуде, решења и закључке. Одлуке се доносе у предметима који имају карактер судске контроле усклађености прописа, укључив ту и уставе држава чланица и све законе, у утврђивању повреде Уставне повеље од стране председника Србије и Црне Горе и у случајевима кад Суд „трајно установљава одређена људска и мањинска права”.

Ово је класично решење које прихвата већина уставних система у којима постоји уставносудска контрола закона и других прописа и општих аката. Но, свакако је у питању касирање свих закона и других подзаконских прописа државне заједнице Србија и Црна Гора који противрече принципу уставности и законитости.

Тек када се одлуком утврђује да поједине одредбе устава држава чланица нису у складу са Уставном повељом и међународноправним актима, онда само постоји обавеза надлежне скупштине државе чланице, да она сама у року од 6 месеци ту несагласност отклони. Ако је, пак, у питању несагласност закона државе чланице са Уставном повељом, међународноправним актом или законом државне заједнице Србија и Црна Гора, онда је рок који се оставља надлежној скупштини државе чланице да ту несагласност отклони – 3 месеца.

Остало је и даље раније постојеће право на измену појединачног акта донетог на основу касиране нормe. Само, и ту је остала недовољно јасна норма да ће то важити и за прописе и акте држава чланица. Ово, због тога што, како смо већ и изнели, Суд непосредно, ни после одређеног рока не касира нити уставне, нити законске прописе држава чланица.

Устав Републике Србије је прихватио један од модела поделе власти, тако да су у Основним одредбама Устава, поред познате трихотомије (законодавна, извршна и судска власт), дефинисане, посебно, још две функције, и то: председник Републике и Уставни суд, коме припада „заштита уставности, као и заштита законитости у складу са Уставом”¹¹. У Уставу Републике Србије Уставни суд се одређује одвојено од судства као целине. Овај Устав се према уређивању Уставног суда односи, на исти начин као и Устав СР Србије из 1974. године.

У надлежности Уставног суда Републике Србије спада одлучивање о: 1. сагласности закона, статута аутономних покрајина, других прописа и општих аката са Уставом; 2. сагласности прописа и општих аката републичких органа са законом; 3. сагласности свих осталих прописа, колективних уговора као општих аката и других општих аката са законом и другим републичким прописом.

Наведена група надлежности је од изузетног значаја за активности Суда и зато можемо очекивати да она буде главна садржина активности Уставног суда. Наиме, ова група надлежности у потпуности покрива подручје опште нормативне контроле у републици.

Другу групу надлежности чини одлучивање о „сукобу надлежности између судова и других органа”¹². Међутим, битно је напоменути да је дошло до знатног проширења надлежности Уставног суда, које се односи на одлучивање о: 1. сагласности статута или другог општег акта политичке странке или политичке организације с Уставом или Законом; 2. забрани рада политичке странке или политичке организације; 3. изборним споровима који нису у надлежности судова или других државних органа.¹³

Ово проширење надлежности је непосредан резултат увођења партијског плурализма у политички систем. Упоредни примери за такве надлежности срећу се у уставном судству СР Немачке, када је реч о политичким партијама.

Измене у организацији, а још више у положају и статусу, председника и судија Уставног суда су знатне. Наиме, Уставни суд има 9 судија и из њихових редова се бира председник. Функција судије Уставног суда је стална, што значи да му престаје мандат у случају његове оставке, испуњења услова за старосну пензију, осуде због извршења кривичног дела на безусловну казну затвора или губљења способности за обављање функције¹⁴.

Право на покретање поступка пред Уставним судом је признато државним органима¹⁵ и самом Уставном суду. Наравно, и остали органи и организације могу покренути поступак пред Уставним судом Републике Србије, „када оцене да су им права и интереси непосредно повређени актом чија

11 Устав Републике Србије, чл. 9.

12 Ибид, чл. 125. ст. 1. тач. 4.

13 Ибид, чл. 125.

14 Ибид, чл. 127.

15 По уставној формулацији, то су сви државни органи.

се уставност и законитост оспорава¹⁶. Уставни суд Републике Србије одлучује већином гласова, а свака његова одлука је општеобавезна и извршна. Влада Републике Србије, ако се за тим појави потреба, обезбеђује извршење одлуке овог Суда.

Уставни суд Републике Србије је самосталан уставни орган у републици и претпостављени је носилац заштите уставности, па га такав његов положај ставља ван класичног поимања правосуђа, али и ван законодавства (било „позитивног”, било „негативног”). Наравно, нема сумње да у његовом раду има и елемената типичних за правосуђе.

Због свега наведеног, мишљења смо да је Уставни суд орган који се налази ван схеме традиционалне трихотомије власти (законодавна, извршна и судска). На овај закључак нас наводи и чињеница, што је институционализација уставног судства уопште оспоравана у светској литератури, али је то чињено скоро подједнако, како од стране аутора који су заступали поделу, тако и оних који су се залагали за јединство власти.

С обзиром на своју надлежност у оцењивању делатности политичких партија, Уставни суд би, у систему политичког плурализма и вишепартијског система, требало да буде у положају фактора који се налази ван односа тренутних политичких снага.

РЕПУБЛИКА ЦРНА ГОРА

Још у основним одредбама Устава Републике Црне Горе је утврђено да „уставност и законитост штити Уставни суд”¹⁷. Из читаве систематике и садржине Устава Републике Црне Горе, може се закључити да се Уставни суд не сматра делом судске власти. Додуше, положај овог Суда, у високом степену је сличан положају других судова, али се он, и у Уставу, и у законима, одвојено третира. Свакако, то није случајно.

Уставни суд Републике Црне Горе је претпостављени носилац заштите уставности. Он је, само делимично, и претпостављени носилац заштите законитости.

Овај суд има 5 судија, које, на предлог председника Републике бира Скупштина и које, за разлику од судија Уставног суда Републике Србије, немају трајан мандат, него се бирају на 9 година. Међутим, у Уставу Републике Црне Горе постоји апсолутна забрана реизборности ових судија¹⁸.

Устав Републике Црне Горе је прописао обавезу да судије Уставног суда морају бити „из реда истакнутих правника” и да морају имати најмање 15 година стажа у струци. Ранија уставна пракса се битно разликовала од такве оријентације, која сада тежи строгој професионалности. Раније се толерисало да судије уставних судова буду и особе које нису имале правничко образовање.

16 Устав Републике Србије, чл. 128.

17 Устав Републике Црне Горе, чл. 5.

18 Ово временско ограничење мандата може имати негативног утицаја на независност Уставног суда.

Из реда судија, председник Суда се бира на мандат од 3 године и то истом процедуром као и судије¹⁹. Скупштина бира председника Уставног суда на предлог председника Републике, а у оквиру мандата судије од 9 година, не постоји ограничење реизборности председника.

Судијска функција је, према Уставу Републике Црне Горе, инкомпатибилна са посланичком или другом јавном функцијом, а судијама је забрањено и вршење друге професионалне делатности. Судије Уставног суда не могу бити чланови политичких партија.

Устав СРЈ за судије Савезног уставног суда и Устав Републике Србије за судије Уставног суда Републике Србије, предвиђају садржински исте одредбе о престанку функције, као и судијама Уставном суду Републике Црне Горе. Наиме, судији престаје функција пре истека мандата на који је изабран, ако он то сам затражи, тј. ако поднесе оставку, затим ако испуни услове за старосну пензију и ако је осуђен на безусловну казну затвора. Основ за престанак функције, поред тога, јесте и било каква осуда за кривично дело која судију чини недостојним за вршење судијске функције²⁰. Надлежна медицинска установа даје налаз о неспособности судије Уставном суду, који о томе обавештава Скупштину, а ова, о сваком престанку функције судије, обавештава председника Републике.

Може се рећи да су уставна решења, у целини посматрано, у погледу организације и начина избора, као и престанка функције и општег положаја Уставног суда Републике Црне Горе веома слична овим решењима у бившој Савезној Републици Југославији и у Републици Србији. Треба напоменути да је ова блискост већа у односу на Устав СРЈ, него на Устав Републике Србије. То и није чудо, када се зна, да је Устав Републике Србије донет 1990. године, Устав СРЈ априла 1992. године, а Устав Републике Црне Горе 6 месеци касније.

Надлежност Уставног суда Републике Црне Горе је у целини прописан Уставом Републике Црне Горе. По овим уставним решењима: „Уставни суд: 1. одлучује о сагласности закона са Уставом; 2. одлучује о сагласности других прописа и општих аката са Уставом и законом; 3. утврђује да ли је председник Републике повриједио Устав; 4. одлучује о уставним жалбама због повреде, појединачним актом или радњом, слобода и права човјека и грађанина утврђених Уставом, кад таква заштита није у надлежности Савезног уставног суда, и када није предвиђена друга судска заштита; 5. рјешава сукоб надлежности између управних и судских органа и органа локалне самоуправе и сукоб надлежности између јединица локалне самоуправе; 6. одлучује о сагласности аката политичке странке и удружења грађана; 7. одлучује о забрани политичких странака и удружења грађана; 8. одлучује о изборним споровима и споровима у вези са референдумом, који нијесу у надлежности редовних судова; 9. врши друге послове утврђене Уставом”²¹.

19 Иста процедура је предвиђена и у Уставу Републике Србије.

20 Ову недостојност или неспособност утврђује сам Уставни суд Републике Црне Горе, који је у положају да самостално утврђује које кривично дело чини судију недостојним.

21 Устав Републике Црне Горе, чл. 113.

У односу на решења из Устава СРЈ и Устава Републике Србије, нема никаквих разлика када је реч о одредбама о поступку и правном дејству одлука Уставног суда Републике Црне Горе. Наиме, сва три устава остају само на прописивању основних ствари, прописујући да постоји општа иницијатива за покретање поступка за испитивање уставности и законитости. Државни органи и правна лица могу покренути овај поступак када оцене да је повређено неко њихово право или интерес, а Уставни суд може и сам покренути поступак за испитивање уставности и законитости. Када је у питању одговорност председника Републике, онда Скупштина покреће поступак.

Поступак по уставној жалби може покренути лице које сматра да су му повређени слобода и право. Такође, овај поступак може покренути и удружење грађана, као и неко друго правно лице, које има задатак да штити слободе и права грађана. Изборне спорове могу покренути бирачи, кандидати за одборнике и посланике и подносиоци изборних листа. Уставни суд, решавајући о уставним жалбама, изборним споровима, забрани рада политичких странака, као и о сукобу надлежности, непосредно утиче на остваривање и заштиту људских права и слобода. Све одлуке Уставног суда се сматрају општеобавезним и извршним, а доносе се већином гласова, што значи, са најмање три гласа. Устав Републике Црне Горе предвиђа да Уставни суд својом одлуком о неуставности, односно незаконитости касира закон и други пропис, и то од дана објављивања одлуке о томе. Касирање одредбе се не могу примењивати ни на односе који су настали пре дана објављивања одлуке Уставног суда (ако до дана касације нису правоснажно решени).

РЕПУБЛИКА СЛОВЕНИЈА

Традиција уставног судства, као што је то случај у уставима свих држава насталих на тлу бивше Југославије, настављена је и у уставном систему Републике Словеније. У Републици Словенији је прихваћена концепција по којој је уставно судство део механизма заштите принципа уставности и законитости. Та заштита се, пре свега, врши кроз општу, тзв. апстрактну нормативну контролу закона и свих других прописа и општих аката. Уставни судови, свуда где постоје, представљају посебне, самосталне и независне државне органе.

Материја о Уставном суду Републике Словеније налази се у посебном поглављу VIII Устава. С обзиром да у теорији нема сагласности о томе да ли су уставни судови део правосудног система или не, овде се може закључити да се Уставни суд Републике Словеније не може сматрати делом правосудног система. Он је, наиме, самосталан државни орган заштите уставности и законитости.

Према чл. 160. Устава Републике Словеније надлежност Уставног суда се може проширивати и законом, мада је она, највећим делом, одређена Уставом. Наравно, овде треба подвући да се законом може проширити

надлежност Уставног суда, али да се тиме не може елиминисати ниједна од Уставом утврђених надлежности, јер би тиме била нарушена основна хијерархија правних аката.

Апстрактна, општа нормативна контрола, невезана за одређен случај, тј. оцењивање уставности и законитости свих прописа и општих аката представља најважнију групу надлежности Суда. Тако, према Уставу Републике Словеније, „Уставни суд одлучује о: усклађености закона са Уставом; усклађености закона и других прописа са верификованим међународним уговорима и општим начелима међународног права; усклађености подзаконских прописа са Уставом и законима; усклађености прописа локалних заједница са Уставом и законима; усклађености општих аката донетих за извршавање јавних овлашћења, са Уставом, законима и подзаконским прописима”²².

Одлучивање о „...уставним жалбама због повреде права и основних слобода човека појединачним актима” представља посебну подгрупу надлежности Уставног суда. Овде треба, такође, напоменути да се о Уставној жалби одлучује само ако је исцрпљена правна заштита, што значи, ако је већ искоришћен „редовни правни пут”.

Решавање спорова о сукобу надлежности, тј. компетенција јавља се у надлежностима скоро свих уставних судова, са минималним разликама. Ова група надлежности је у пракси врло ретко заступљена, али се, до сада, задржала међу уставносудским надлежностима. Тако и Уставни суд Републике Словеније, према Уставу, одлучује о: „... сукобима надлежности између државе и локалних заједница и између самих локалних заједница; сукобима надлежности између судова и других државних органа; сукобима надлежности између Државног већа, председника републике и Владе”²³.

Поред осталог, Уставни суд Републике Словеније одлучује и о „...противуставности аката и деловања политичких странака”. Коначно, једна од значајнијих надлежности представља и одлучивање Уставног суда, на предлог Државног већа, о оптужби против председника Републике, ако је он у вршењу своје функције повредио Устав и теже повредио закон. То је, уствари, једна специфична врста оптужбе, тј. *impeachment*-а (квазисудске функције парламента)²⁴, као специјална врста политичке одговорности са само једном могућом санкцијом – губљењем функције.

Када је реч о саставу Уставног суда, треба рећи да се он састоји од 9 судија. Ове судије бира Државно веће на предлог председника Републике из редова правних стручњака (значи, минимум је висока правничка спрема) на 9 година, с тим што постоји апсолутна забрана реизборности. На мандат од 3 године судије из својих редова бирају председника Суда. Наравно, за време обављања судске функције предвиђена је инкомпатибилност,

22 Устав Републике Словеније, чл. 160.

23 Ибид.

24 Импиџмент.

тј. неспојивост са функцијом у другим државним органима, органима политичких странака и са другим делатностима које су неспојиве са судском функцијом. Као и чланови Државног већа, судије уживају исти имунитет.

Овде је карактеристично рећи да је за доношење одлука у Уставном суду Републике Словеније предвиђена Уставом апсолутна већина гласова судија, с тим што су од овог принципа, самим Уставом, направљена два изузетка. Наиме, двотрећинска већина гласова судија предвиђена је за смену председника Републике, док се у ужем саставу Суда може одлучивати о томе да ли ће бити покренут поступак по основу иницијативе за уставну жалбу. Уставну жалбу може покренути свако ко сматра да му је појединачним актом државног, или уопште, органа који располаже јавним овлашћењима повређено неко његово право или слобода. Наравно, потребно је да је подносилац исцрпео сва друга редовна правна средства. Најзад, да поменемо да се двотрећинска већина гласова свих судија, према Закону о Уставном суду²⁵, захтева за доношење одлуке о забрани рада политичке странке.

РЕПУБЛИКА ХРВАТСКА

Устав Републике Хрватске регулише материју посвећену Уставном суду у гл. V, чл. 122–127. Такође је донет и посебан Уставни закон о овом Суду. Уставни суд Републике Хрватске чини 11 судија, које бира Скупштина (Сабор) на мандатни период од 8 година. Судије се бирају „из реда истакнутих правника, особито судија, државних одвјетника, одвјетника и свеучилишних професора, а председника бира сам Уставни суд, из својих редова на период од 4 године, с тим што за судије и председника није предвиђено никакво ограничење реизборности”.

Имунитет судија је идентичан са имунитетом заступника у Сабору. Овај имунитет гарантује Устав Републике Хрватске²⁶, а разрађује га Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске²⁷. Као и у другим уставима, судија не може бити позван на одговорност за гласање или изражено мишљење у Суду, не може бити притворен, нити се против њега може повести кривични поступак, изузев, ако је затечен у вршењу кривичног дела за које је прописана казна затвора дужа од 5 година. Уставним законом о Уставном суду Републике Хрватске је предвиђено да судија не сме припадати ни једној политичкој странци.

Устав прописује и надлежност Уставног суда, па тако: „Уставни суд Републике Хрватске: одлучује о сугласности закона с Уставом; одлучује о сугласности других прописа с Уставом и законом; штити уставне слободе и права човјека и грађанина; рјешава сукоб надлежности између тијела законодавне, извршне и судбене власти; одлучује, у складу с Уставом, о

25 Чл. 50–60.

26 Чл. 123.

27 Чл. 3.

одговорности предсједника Републике; надзире уставност програма и дјеловања политичких странака и може, у складу с Уставом, забранити њихов рад; надзире уставност и законитост републичког референдума и рјешава изборне спорове који нису у надлежности судова; обавља друге послове одређене Уставом²⁸.

Ова надлежност Уставног суда Републике Хрватске може се мењати само у уставотворном поступку. Уставни закон о Уставном суду гарантује принцип јавности у раду Уставног суда²⁹. Захтев за покретање поступка у свим надлежностима Уставног суда може поднети 1/3 заступника Сабора и председник Републике. Влада се може појавити као овлашћени предлагач само за оцену уставности и законитости подзаконских аката, док се Врховни суд Републике Хрватске може појавити као предлагач, тј. може поднети захтев за испитивање уставности и законитости, ако се питање појави у поступку пред судовима. Сходно Уставу Републике Хрватске³⁰ и „пучки правобранитељ се може појавити као овлашћени предлагач”. Он се појављује као „опуномоћеник Хрватског сабора који штити уставна и законска права грађана у поступку пред државним органима који имају јавне овласти”. Коначно, и највиша тела јединица локалне управе и самоуправе могу бити овлашћени предлагачи, „у стварима из устројства локалне управе и самоуправе”.

За доношење одлука у Уставном суду Републике Хрватске, по правилу, предвиђена је апсолутна већина гласова судија. Изузетак од овог правила предвиђен је у случају утврђивања одговорности председника Републике³¹, када се за одлуку тражи двотрећинска већина гласова свих судија, с тим што се Уставом, односно Уставним законом могу одредити и други случајеви овог одступања.

Закон чија је неуставност утврђена одлуком Уставног суда престаје да важи даном публиковања те одлуке (уколико сам Уставни суд не одлучи другачије). Треба напоменути да се закони само могу укидати³², док се подзаконски прописи могу и укинати и поништити³³.

Уставна жалба, уопште гледано, представља највећи део предмета пред уставним судом. Тако и према Уставном закону о Уставном суду Републике Хрватске³⁴, свако има право да Уставном суду поднесе уставну тужбу, ако сматра да је одлука одређених тела која врше јавна овлашћења (нпр, одлука судске или управне власти), повредила једну од његових „уставом утврђених слобода и права човјека и грађанина”. Наравно, као што је то предвиђено и у упоредном уставном праву, уставна тужба је дозвољена тек онда, ако је исцрпљен сваки други допуштени правни пут.

28 Устав Републике Хрватске, чл. 125.

29 „Опће одредбе“ Уставног закона, чл. 1–4.

30 Чл. 93.

31 Устав Републике Хрватске, чл. 105.

32 То значи да одлуке Уставног суда делују *ex nunc*

33 То значи да овде одлуке делују како *ex nunc*, тако и *ex tunc*

34 Гл. IV, чл. 28–30.

Устав Републике Македоније установио је Уставни суд Републике Македоније, као специјализовани орган заштите уставности и законитости. Део IV, чл. 108–113. Устава Републике Македоније, посвећен је уставном уређивању овог Суда. У члану 108. Устава одређен је положај Уставног суда Републике Македоније. По одредбама овог члана то је орган Републике који штити уставност и законитост, док је, раније према Уставу из 1974. године, Уставни суд био претпостављени носилац заштите уставности, а носилац заштите законитости само у ограниченом обиму.

Уставом Републике Македоније уређени су, у потпуности, састав и начин избора судија Уставног суда Републике Македоније који има 9 судија³⁵. Овлашћени предлагачи за ове судије су председник Републике³⁶, који предлаже двоје судија, Републичко судско веће, такође предлаже двоје судија, док се, на основу логичког тумачења, може закључити да преосталих 5 судија предлаже Собрање³⁷, као орган који тај избор и врши. Устав о томе не садржи изричиту одредбу. Избор свих ових судија врши Собрање, и то, апсолутном већином гласова свих посланика³⁸, на мандатни период од 9 година, уз потпуну забрану реизборности. Уставни суд сам бира свог председника из редова судија и то на време од 3 године. Председник Суда је, по начину избора, први међу једнакима, односно *primus inter pares* и нема право на реизбор. Када је реч о условима и потребним квалитетима које морају испуњавати кандидати за судије Уставног суда Републике Македоније, Устав Републике Македоније је, у том погледу, остао доста уопштен. Наиме, према Уставу, предложени кандидати морају бити истакнути правници, тј. морају имати завршен правни факултет, а све остало може бити слободна процена са остављеном великом слободом, и предлагачима и изборном телу.

Устав, такође, уређује надлежност Суда, тако да, „Уставни суд Републике Македоније: одлучује о сагласности закона са Уставом; одлучује о сагласности осталих прописа и колективних уговора са Уставом и законима; штити слободе и права човека и грађанина који се односе на слободу убеђења, савести, мисли и јавног изражавања мисли, политичког удруживања и деловања и на забрану дискриминације грађана по основу пола, расе, верске, националне, социјалне и политичке припадности; решава о сукобу надлежности између носилаца законодавне, извршне и судске власти; решава о сукобу надлежности између органа Републике и јединица локалне самоуправе; одлучује о одговорности председника Републике; одлучује о уставности програма и статута политичких партија и удружења грађана и одлучује о другим питањима утврђеним Уставом”.³⁹

35 Устав Републике Македоније, чл. 109.

36 Ибид, чл. 84.

37 Ибид, чл. 105.

38 Ибид, чл. 68. и 109. Сагласно претходном закључку, Собрање бира 5 судија на основу сопственог предлога.

39 Устав Републике Македоније, чл. 110.

У Уставу је такође прописана и надлежност Суда, да по службеној дужности може утврђивати да ли су наступили услови за престанак функције председника Републике, у које спадају: његова смрт, оставка, трајна спреченост за вршење функције и престанак мандата *ex constitutionem*⁴⁰. Такође, овај суд одлучује и о имунитету председника Републике, као и о имунитету судија који га чине. Коначно, Уставни суд самостално уређује и начин свог рада и поступак пред њим⁴¹.

Свакако, најзначајнија надлежност Уставног суда, јесте општа контрола уставности и законитости прописа, што чини суштину уставног судства и обухвата све законе у погледу њихове сагласности са Уставом. Такође, ова контрола обухвата и све друге прописе у погледу њихове сагласности са Уставом и законима. Отуда, Суд, сагласно одредбама прописаним Уставом, може укинути или поништити сваки закон који није у складу са Уставом или други пропис, општи акт и колективни уговор⁴² који није у складу са Уставом или законом.

Сам положај судија Уставног суда Републике Македоније је одређен низом уставних одредаба. Свакако, међу овим одредбама, посебан значај има неспојивост, односно тзв. инкомпатибилност функције ових судија са вршењем било које јавне функције или професије и са чланством у политичкој партији⁴³.

Најзад, треба нешто рећи и о престанку мандата судија, пре истека мандата на који су изабрани, што је регулисано Уставом Републике Македоније⁴⁴. Наиме, по одредбама Устава, до престанка функције судије Уставног суда може доћи ако он сам поднесе оставку, што је његово лично право⁴⁵. Постоје још два случаја у којима судија Уставног суда губи своју функцију, без своје воље, пре истека времена на које је изабран. Наиме, овај судија ће, сагласно Уставу Републике Македоније, бити разрешен дужности ако буде осуђен за извршено кривично дело на безусловну казну затвора на најмање 6 месеци, што Собрање треба само да констатује. Такође, и Уставни суд Републике Македоније, својом одлуком, треба само да констатује да је судија трајно изгубио способност за вршење своје функције, што представља други случај губљења судијске функције, без воље судије, а пре истека мандатног периода.

И, на крају, треба рећи да су сви наведени случајеви одлучивања Уставног суда утврђени самим Уставом⁴⁶. Пословнику Уставног суда, односно другим актима овог суда је препуштено све остало. Према послов-

40 Ибид, чл. 82. ст. 1. и 2.

41 Ибид, чл. 111. и 113.

42 Ибид, чл. 112.

43 Ибид, чл. 111. ст. 1.

44 Ибид, чл. 111. ст. 4.

45 Зато Собрање Републике Македоније, које бира и разрешава ове судије, може само да констатује да је судија поднео оставку. То значи да Собрање мора да констатује да је судија искористио то своје право и зато га мора разрешити дужности.

46 Устав Републике Македоније, чл. 83.

нику, Уставни суд одлучује на седницама, које сазива и њима председава председник Уставног суда. Треба нагласити да је он дужан да закаже седницу и ако то тражи само један судија Уставног суда. Присуство најмање петоро судија представља кворум за пуноважно одлучивање, док присуство шесторо судија представља кворум, ако се ради о одлуци која се може довести само двотрећинском већином. Када је реч о дејству одлука, треба рећи да су одлуке Уставног суда Републике Македоније коначне и извршне, о чему ближе одредбе садржи Пословник овог суда.

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА

Уставни суд Босне и Херцеговине

Положај, састав и надлежност Уставног суда Босне и Херцеговине регулисани су, у целини, чланом IV Устава Босне и Херцеговине, по коме овај Суд има 9 судија, чији је избор доста компликован. Наиме, према наведеним уставним одредбама, 4 члана овог суда бира Представнички дом Федерације Босне и Херцеговине, а 2 Скупштина Републике Српске, док 3 члана бира председник Европског суда за људска права⁴⁷, који је, при том, дужан да обави консултације са Председништвом. То, наиме, показује постојање правног и стварног протектората над Босном и Херцеговином од стране Међународне заједнице, која има изузетно значајну улогу у читавом уставном систему Босне и Херцеговине, што ограничава сувереност ове државне заједнице.

За избор кандидата у звање судије Уставног суда Босне и Херцеговине захтевају се одређени квалитети, односно то мора бити правник високих моралних квалитета⁴⁸. Прецизније, то морају бити дипломирани правници, док се приликом њиховог избора оцењује њихов морални квалитет. Ове судије се бирају на мандатни период од 5 година и самим Уставом је предвиђена забрана њиховог реизбора, док је, међутим, за судије следећег мандатног периода предвиђено да ће бити именовани без временског ограничења, док ће им судијска функција престати са навршених 70 година живота. То је, у суштини, основно, статусно питање положаја судија.

У компаративној уставности се врло често срећу одредбе о положају судија, пре свега о инкомпатибилности и имунитету. Међутим, Устав Босне и Херцеговине не садржи никакве одредбе о томе, али се, ипак, може закључити из самог текста Устава да је, за време трајања мандата, судијама обезбеђена одређена сталност. Наиме, судији престаје функција или самом његовом оставком или ако га остале судије не смене консензусом „због неког разлога”.

47 Ово троје судија не могу бити држављани Босне и Херцеговине, нити иједне од суседних држава.

48 Устав Босне и Херцеговине, чл. VI, ст. 1. тач. б.

Сам Устав, начелно, прво утврђује да Уставни суд Босне и Херцеговине штити Устав Босне и Херцеговине⁴⁹. То је једна од основних надлежности овог суда, док су остале надлежности, одређене на доста општи начин. Решавање спорова између Босне и Херцеговине и ентитета, односно између ентитета, представља прву групу надлежности. То је типично уставно-судска надлежност, односно општа нормативна контрола најзначајнијих правних аката ентитета. Као предмет уставносудске контроле може се, међутим, појавити сваки закон, што значи да то могу бити не само закони ентитета. У тим случајевима се оцењује, не само сагласност закона са Уставом Босне и Херцеговине и сагласност закона ентитета са законима Босне и Херцеговине, него се оцењује и сагласност са актима међународног јавног права.

Међутим, овде треба посебно нагласити надлежност Уставног суда Босне и Херцеговине, која представља највеће одступање од класичне уставне судске концепције европских уставних судова. Наиме, према Уставу Босне и Херцеговине, „б) Уставни суд ће имати апелациону јурисдикцију по питањима из овог Устава која произађу из пресуда било ког суда у Босни и Херцеговини”.

Поступак и одлуке Уставног суда су недовољно објашњене, јер су уставне одредбе о њима доста кратке и неодређене. Поступак пред Уставним судом је јаван, а сам Уставни суд је обавезан да објављује и образлаже своје одлуке. Списак овлашћених предлагача за покретање поступка пред овим судом је стриктно ограничен, и ту спадају чланови Председништва, председавајући Министарског савета, председавајући или заменик председавајућег било ког већа Парламентарне скупштине, $\frac{1}{4}$ чланова било ког већа ове Скупштине, затим $\frac{1}{4}$ било ког законодавног тела сваког ентитета и сви судови у Босни и Херцеговини. Када је реч о дејству одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, треба нагласити да је за њих само прописано да су оне коначне и обавезујуће.

Република Српска

Уставни суд Републике Српске се, према одредбама Устава Републике Српске, састоји од 7 судија које предлаже председник Републике, а бира Народна скупштина. Један од ових 7 судија је председник Уставног суда, кога, такође, предлаже председник Републике, а избор врши Народна скупштина. Овде треба напоменути да ово право Скупштине није изричито одређено, односно наведено у попису њених надлежности, али се из формулације тач. 8. чл. 70. Устава, то може закључити. Наиме, према овој формулацији, Народна скупштина бира и разрешава „функционере, у складу са Уставом и законом”.

Све ове судије се бирају на мандатни период од 8 година, с тим што је предвиђена апсолутна забрана њихове реизборности. Председника овог

49 Чл. VI, ст. 3. Устава Босне и Херцеговине.

вршити било коју другу службу, посао или дужност која би могла да буде од утицаја на његову независност или на углед Суда. Као и народни посланици, председник и судије Уставног суда, уживају имунитет, с тим што сам Уставни суд одлучује о њиховим имунитетским питањима.

Устав Републике Српске је предвидео право на оставку и могућност разрешења, као могуће начине разрешења судија Уставног суда Републике Српске пре истека мандатног периода на који су изабрани. Амандманом XLII на Устав Републике Српске предвиђено је разрешење судије без његове воље, тј. *per constitutionem* и та ситуација наступа када судија „...буде осуђен за кривично дело које га чини недостојним за обављање функције, када трајно изгуби способност да обавља функцију, као и из других разлога утврђених Уставом и Законом”.

Овлашћени предлагачи за покретање поступка пред Уставним судом, према Уставу, у свим случајевима који спадају у надлежност овог Суда, су: Народна скупштина, председник Републике и Влада, док су према Закону о Уставном суду то и судови (ако се питање постави у поступку пред Судом), републички јавни тужилац (ако се питање постави у раду јавних тужилаштава), Народна банка и Служба за платни промет и финансијску контролу (ако се питање уставности и законитости постави у њиховом раду), општина, град, предузеће, политичка или друга организација или удружење (ако су повређена њихова права утврђена Уставом и законом) и органи који су овлашћени да обуставе извршење прописа или другог општег акта, по самом Уставу, због неуставности и законитости.

Иницијативу за покретање поступка за оцењивање уставности и законитости може дати свако, а сам Уставни суд може покренути поступак сопственом одлуком и без претходне иницијативе. Органи чија се надлежност налази у сукобу, могу поднети предлог за покретање поступка решавања спора сукоба надлежности, с тим што у случају негативног сукоба надлежности, овај поступак може покренути и лице које због тога није могло да оствари нека своја права. Отуда се учесником у поступку сматрају овлашћени предлагачи и иницијатори, орган и организација који су донели акт који се оспорава, државни органи који се налазе у сукобу надлежности и лице које се због тога сматра оштећеним, с тим што у поступку могу учествовати и друга лица које позове Уставни суд.

Федерација Босне и Херцеговине

Уставни суд Федерације Босне и Херцеговине састоји се од 9 судија. У његовој надлежности се налази, пре свега, решавање спорова између кантона, између кантона и федералне власти, између општина и њихових кантона и федералне власти и између појединих органа федералне власти или унутар појединих институција федералне власти. Такође, у надлежност овог суда спада и контрола уставности закона. Контроли уставности (али не и контроли законитости) подлежу уставни закони кантона,

као и сви други прописи које усвоје федералне власти. У надлежност овог суда спада и контрола сагласности предложених и усвојених прописа кантоналних и општинских власти, са становишта федералног устава. Коначно, одлучивање о „уставним питањима” које упуту Врховни суд, Суд за људска права или кантонални суд, представља посебну надлежност овог суда.

Као покретачи поступка пред Уставним судом Федерације Босне и Херцеговине, у споровима о федерализму, могу се појавити сви субјекти који у спору учествују. Председник Федерације, потпредседник Федерације, премијер и његов заменик, као и најмање 1/3 чланова било ког дома Парламента Федерације, појављују се као покретачи поступка код оцењивања уставности предлога закона Федерације. Овлашћени предлагачи за оцењивање уставности кантоналног устава и закона су федерални премијер и његов заменик, председник кантона и најмање 1/3 посланика у законодавном телу кантона. Председник Федерације, потпредседник Федерације, као и премијер и његов заменик представљају овлашћене предлагаче за остале федералне прописе (осим закона). Коначно, као предлагачи за оцену других кантоналних и општинских прописа могу се појавити премијер и његов заменик или председник кантона.

Према Закону о поступку пред Уставним судом Федерације Босне и Херцеговине од 1995. године, утврђено је да је овај суд у вршењу своје функције самосталан и независан и да суди на основу Устава, да се одлуке Уставног суда објављују и да су, поступци пред Судом јавни, изузев седница о већању и гласању, као и кад Уставни суд расправља и одлучује о питањима која имају карактер државне, војне или друге тајне. Босански и хрватски језик су у употреби пред судом, с тим што се и „остали језик” може користити као средство комуникације (то указује на неравноправност српског језика, који се у Босни и Херцеговини, начелно, сматра равноправним).

Апсолутна већина гласова свих судија је предвиђена као начин доношења одлука овог суда, који доноси пресуду само када одлучује о суштини ствари. У свим другим случајевима он одлучује решењем, али и пресуде и решења морају бити образложене. У службеним новинама Федерације Босне и Херцеговине и у одговарајућим службеним гласилима кантона и општина објављују се пресуде овог суда.

Сам Устав, у основи, уређује дејство одлука Уставног суда, утврђујући да су све одлуке Суда у споровима о федерализму обавеза за све и да се сви морају придржавати наредаба Уставног суда. Ако је одлуком Уставног суда утврђено да федерални или кантонални закон или други пропис није у складу са Уставом, тај пропис се неће примењивати. Такође је предвиђено да, ако Уставни суд оцени да је предлог прописа неуставан, онда такав пропис не може ни ступити на снагу.

ЗАКЉУЧАК

На крају овог, надамо се, довољно информативног прегледа најважнијих одредаба о уставном судству бивших југословенских земаља, указујемо на још један елемент који није без значаја за стварну улогу уставносудске власти у овим земљама, а посебно у државној заједници Србија и Црна Гора. Упркос изричитим роковима утврђених одговарајућим законским прописима, често се дешавало да закони о уставним судовима бивших југословенских земаља нису доношени на време, нити су биле изабране комисије у предвиђеном року. То, додуше, није једино закашњење у уставној реконструкцији нових држава. То је, свакако, и узрок, али и последица општег јачања политичких тензија, које је евидентно и брзине којом су се дешавале бројне промене у овим државама, које су раније, у својству република, биле у саставу СФРЈ.

НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА

ФУНКЦИЈЕ УСТАВНОГ СУДА У УТВРЂИВАЊУ КРИВИЦЕ ШЕФА ДРЖАВЕ У УСТАВИМА ЗЕМАЉА У ТРАНЗИЦИЈИ

Уставни суд је самостални орган државне власти, чија је основна надлежност заштита уставности и законитости.

Карактеристика његових надлежности је у томе што уставни суд одлучује о прописима. Он не пресуђује спорове међу појединцима, нити суди појединцима за незаконито поступање. Специфична природа надлежности уставног суда утиче и на процесна правила – поступке који се пред тим судом воде.

Пажљивији увид у надлежности уставног суда показује да је међу њима и једна, која у извесном смислу, одступа од основног правила да уставни суд суди прописима, а не људима. То је надлежност уставног суда да суди високим државним функционерима, у првом реду шефу државе у специфичним, уставом прописаним случајевима.

Управо ову надлежност уставног суда размотрићемо на примерима компаративне уставности са посебним освртом на решења у уставним системима земаља транзиције. Оквир и основ анализе биће нормативно-институционални оквир садржан у уставима.

Разумевање природе и особености које одликују овлашћења уставног суда да одлучује о кривици шефа државе, захтева да се подробније анализира неколико група питања, најдиректније повезаних са проблематиком која се анализира.

Прво, који органи државне власти одлучују о кривици шефа државе?

Друго, који високи државни функционери могу бити оптужени пред уставним судом?

Треће, какав утицај има институт премапотписа на одлучивање о кривици шефа државе?

Четврто, садржај текста свечане изјаве коју шеф државе даје приликом ступања на дужност као и посебне дужности шефа државе које се непосредно односе на заштиту устава.

Пето, у којим општим оквирима се креће одговорност шефа државе пред уставним судом?

Шесто, каква је улога уставног суда у одлучивању о кривици шефа државе?

Седмо, особеност поступка пред уставним судом приликом одлучивања о кривици шефа државе.

Осмо, одлука уставног суда и њено дејство.

Одговори на наведени сет питања које одређује компаративно право пружају општу слику о специфичностима надлежности уставног суда да одлучује о кривици шефа државе.

Из анализе су изостављена нека питања која, у ширем контексту, могу бити релевантна за тему коју обрађујемо, као нпр. учешће шефа државе у избору судија уставног суда, гаранције самосталности и независности уставног суда и др.

1. Органи државне власти који одлучују о кривици шефа државе

Компаративна уставност предвиђа различита институционална решења с обзиром на то који органи државне власти су надлежни да одлучују о кривици шефа државе. У основи, разликују се два основна институционална решења, једно које ово овлашћење поверава парламенту¹ и друго, када је овлашћење поверено уставном суду² или другом судском органу надлежном, између осталог, и за оцену уставности. Између ових крајности су различита институционална решења у уставним системима у којима је овлашћење за одлучивање о одговорности високих државних функционера подељено између парламента и уставног суда.

Одлучивање о кривици шефа државе може бити *надлежност парламента*. У уставним системима у којима је парламент бикамералан то је надлежност једнога од његових домова грађана³, или другог дома⁴, или је надлежност, у извесном смислу подељена између домова. У случају када је надлежност подељена између домова, оптужбу покреће дом грађана, а одлуку о кривици доноси други дом.

Одлучивање о оптужбама против високих државних функционера може бити у надлежности одређених радних тела парламента. То су *парламентарне комисије* у чијој је надлежности одлучивање о питањима уставног карактера⁵ или посебне *ad hoc* парламентарне комисије образоване поводом конкретног случаја, са задатком да утврде одговорност високих државних функционера за повреду устава или закона.

О одговорности високих државних функционера одлучује и *уставни суд*⁶, други *судски орган* у чијој је надлежности одлучивање о оцени уставности⁷ или посебан државни трибунал надлежан само за одлучивање о оптужбама против високих државних функционера⁸.

Опште је правило, како показује компаративна уставност да о оптуж-

1 Устав Републике Србије.

2 Нпр. Чешка, Хрватска, Македонија, Словенија.

3 Нпр. у уставима Грчке, Кине, Кубе, Алжира, Кореје

4 Нпр. Сенат у Уставу САД.

5 Нпр. Шведска, Португалија.

6 Нпр. устави Бугарске, Словачке, Румуније, Чешке, Македоније, Хрватске, Словеније, Црне Горе.

7 Нпр. Суд заједнице Србије и Црне Горе, Врховни суд у САД.

8 Нпр. Пољска (чланови 198–201)

жбама против високих државних функционера одлучују органи државне власти у чијој је надлежности одлучивање о оцени уставности. Од овог основног правила постоје одступања везана за надлежност уставног суда да одлучује о кривици високих државних функционера.

Прво, одступање бележи се у случају⁹ када у уставном систему постоји уставни суд али он није надлежан да одлучује о оптужбама против високих државних функционера, нити на било који начин суделује у поступку утврђивања њихове одговорности. О одговорности високих државних функционера одлучује *парламент самостално* или је ова надлежност *подељена између парламента и бирача*, када коначна одлука припада бирачима.

Друго, о одговорности високих државних функционера одлучује *посебно тело* (државни трибунал) чије чланове бира парламент, на почетку мандатног периода. У државни трибунал не могу бити бирани посланици парламента. При избору државног трибунала потребно је испунити још један услов који се односи на квалификације његових чланова. Најмање половина чланова овог тела мора испуњавати квалификације за вршење судијске функције¹⁰. Место председника државног савета резервисано је за председника врховног суда¹¹.

Треће, о одговорности високих државних функционера одлучује *уставни суд у проширеном саставу*¹². Састав Уставног суда се, за ту прилику, проширује члановима горњег дома парламента и судијама врховног суда¹³, или лицима које бира парламент, на почетку мандатног периода парламента, а који нису чланови парламента¹⁴. За избор лица у проширени састав уставног суда прописани су посебни услови. Ова лица морају испуњавати услове који су прописани за избор посланика у горњи дом парламента¹⁵.

2. Високи државни функционери који одговарају пред уставним судом

Круг лица који подлежу испитивању одговорности од стране уставног суда је различито одређен.

Поред шефа државе, чија одговорност подлеже испитивању од стране уставног суда у највећем броју уставних система, пред уставним судом могу одговарати и други високи државни функционери:

- потпредседник републике¹⁶,
- лице које обавља функцију шефа државе у случају када је шеф државе спречен или онемогућен да обавља ту функцију¹⁷,

9 Нпр. Устав Републике Србије.

10 Устав Пољске, члан 199 став 1.

11 Устав Пољске, члан 199 став 2

12 Нпр. Италија, Норвешка.

13 Нпр. Норвешка.

14 Нпр. Италија.

15 Нпр. Италија (члан 135 став 5 Устава).

16 Устав Бугарске, члан 149 став 8.

17 Устав Румуније, члан 98.

- министри¹⁸ и председник министарског савета¹⁹,
- председник (гувернер) народне банке²⁰,
- председник врховне контролне коморе²¹,
- чланови националног савета за радиофонију и телевизију²²,
- врховни командант оружаних снага²³,
- лица којима је председник министарског савета поверио руковођење министарством²⁴,
- чланови високог суда правде²⁵,
- чланови горњег дома парламента²⁶
- у одређеним случајевима посланици у парламенту²⁷.

Основно је правило, како следи из приказа компаративних уставних решења, да уставни суд одлучује о оптужбама против шефа државе, али не ретко и о оптужбама против других носилаца извршне власти (председник владе, министри). У погледу одговорности осталих високих државних функционера неопходно је направити разлику између три групе лица која се налазе на високим државним положајима, с обзиром на то које место заузимају и какав је положај органа власти чији су они чланови.

У првој групи су лица која обављају важне државне послове (нпр. председник и чланови органа који врши главну финансијску контролу, врховни командант оружаних снага, председник и чланови савета за радиофонију и телевизију). Органима чији су они чланови обезбеђују се гаранције независности и самосталности, јер само под тим условима могу обављати послове из своје надлежности, а ипак су потребни инструменти и механизми за утврђивање њихове одговорности за повреду устава и закона.

Другу групу чине посланици парламента чија се одговорност може испитивати само у одређеном случају. Овде се свакако поставља питање дејства посланичког имунитета у оваквим случајевима.

Напоследку бележимо изузетак,²⁸ да одговорности подлежу и судије високог суда правде. У систему поделе власти судској независности припада важно место, што се оваквим решењем може довести у питање. Независност и самосталност правосуђа је битна одлика уставне државе и минимални оквир гаранција људских слобода и права.

18 Устав Словеније, чланови 109 и 119; Устав Италије, члан 134 став 3.

19 Устав Словеније, чланови 109 и 119; Устав Пољске, члан 198 став 1.

20 Устав Пољске, члан 198 став 1.

21 Устав Пољске, члан 198 став 1.

22 Устав Пољске, члан 198 став 1.

23 Устав Пољске, члан 198 став 1.

24 Устав Пољске, члан 198 став 1.

25 Устав Норвешке, члан 86 став 1.

26 Устав Норвешке, члан 86 став 1.

27 Устав Пољске предвиђа да посланици могу бити позвани на одговорност пред Државним трибуналом (чланови 198 став 2 и 107 став 2), у случају када прекрше уставну одредбу која посланицима забрањује да врше привредну делатност уз стицање користи из имовине Државног трезора или територијалне самоуправе, као и да купују такву имовину (члан 107 Устава).

28 Устав Норвешке, члан 86 став 1.

3. Премапотпис и одлучивање уставног суда о одговорности министара за акте шефа државе

Поред шефа државе пред уставним судом, у неким уставним системима²⁹, могу одговарати и министри. Одговорност министара за оптужбе пред уставним судом ослоњена је на институт премапотписа. Стављањем свог потписа на акте шефа државе, министар преузима на себе одговорност за акте шефа државе. Отуда о оптужбама против министара за акте шефа државе испитује уставни суд. И у овом случају, дакле, уставни суд одлучује о одговорности шефа државе, али с обзиром да одговорност шефа државе преузима министар који је премапотписао акт, то уставни суд одлучује и о оптужби против министра који је премапотписао акт.

Ову полазну претпоставку не потврђује компаративна пракса устава земаља транзиције.

Устав Словеније, на пример, не познаје институт премапотписа, као уосталом и већина устава земаља транзиције³⁰, а предвиђа надлежност уставног суда у одлучивању о кривници шефа државе. Одсуство премапотписа отвара питање да ли министри одговарају пред уставним судом за акте шефа државе или се одговорност министара креће само у оквирима њихових надлежности? Одсуство института премапотписа говорило би у прилог прихватању становишта да се одговорност министара креће у оквирима њихових надлежности. Устав Хрватске познаје институт премапотписа само за одређене акте шефа државе³¹. Решење прихваћено у овом уставу упућује на закључак да би у оваквим случајевима одговорност за акте шефа државе била на страни министара (председника владе) који потписује акт шефа државе. Устав Хрватске, међутим, не предвиђа надлежност уставног суда³² да одлучује о одговорности министара већ једино о одговорности шефа државе. Другачије решење садрже Устав Италије³³ и Норвешке³⁴ који експлицитно утврђују одговорност министара за акте шефа државе.

29 Нпр. у Италији, Норвешкој, Словенији (Устав Словеније члан 119), Хрватској (члан 104).

30 Изузетак у том погледу су устави Румуније и Чешке.

31 Устав Хрватске, оснивање дипломатских мисија и конзуларних представништва (члан 98 став 2), употреба оружаних снага у случају када није проглашено ратно стање (члан 99 став 3), при доношењу уредаба са законском снагом у време ванредног стања (члан 100 став 1), распуштање Сабора (члан 103 став 1).

32 Члан 128 Устава Хрватске.

33 Устав Италије експлицитно везује за премапотпис важење било ког акта шефа државе (члан 89 став 1), док се за акте са законском снагом, поред потписа ресорног министра захтева и потпис председника Владе (члан 87 став 2).

34 Устав Норвешке изричито утврђује одговорност Државног савета за акте шефа државе и установљава обавезу премијера да свој потпис стави на акте шефа државе (члан 31). Уставом се изричито налаже члановима Државног савета да се „одлучно супротставе” оним евентуалним Краљевим одлукама које би биле у „супротности са обликом владавине или законима Краљевине или наносиле штету Краљевини”. Министар који прекрши ову обавезу и „не супротстави се краљевој одлуци, сматраће се да је у дослуху с Краљем”. Он ће бити за то „одговоран, а против њега може бити поднета оптужба од стране Oldstinga пред Уставним судом Краљевине” (члан 30).

4. Свечана изјава и посебне надлежности шефа државе у вези са заштитом устава

Оквири и границе у којима се креће одговорност шефа државе одређени су, између осталог, посебним надлежностима шефа државе везаним за заштиту устава као и обавезом коју шеф државе преузима на себе у третману ступања на дужност када даје свечану изјаву.

Општа обавеза свих припадника одређене политичке заједнице да се придржавају устава и закона, подједнако се односи и на органе државне власти, па и на шефа државе, који су у остваривању својих надлежности везани уставом и законом. Ова општа обавеза ближе се конкретизује уставним одредбама о садржају свечане изјаве, посебним надлежностима шефа државе везаним за поштовање устава и закона као и изричитим уставним одредбама које деловање шефа државе везују за уставне и законске оквире.

Полагање заклетве услов је за ступање на дужност шефа државе. У већини уставних система текст свечане изјаве записан је у уставу. И поред извесних разлика у садржају текста свечане изјаве позивање на поштовање устава и закона заједничка је одлика садржаја свечаних изјава³⁵.

У неким уставним системима³⁶ међу надлежностима шефа државе изричито се наводи његова обавеза да се стара о поштовању устава. Ова његова обавеза уједно је и основ за могуће испитивање одговорности шефа државе за повреду устава и закона.

Напоследку неки уставни³⁷ садрже експлицитну одредбу према којој шеф државе остварује своја права и дужности на основу и у оквиру устава и закона. Повреда устава и закона представљала би, дакле, уједно и кршење надлежности шефа државе и основ испитивања његове евентуалне одговорности за повреду устава.

5. Имунитети

При разматрању одговорности шефа државе морају се имати у виду и одредбе устава којима се гарантују имунитетска права.

Смисао гарантовања имунитетских права шефа државе и других државних функционера (посланици, судије, министри и др.) је ослободити на начело поделе власти и обезбеђивање независности и самосталности органа чији су они чланови, као и стварање основних предуслова за несметано обављање послова у њиховој надлежности.

35 Нпр. поштовање устава и закона (устави Македоније, Чешке и Бугарске), верност републици и поштовање устава (устав Италије), придржавање устава и закона и верност одбрани устава (устави Русије и Словеније), одбрана устава и старање да устав буде поштован (Устав Португалије), владавина заснована на уставу и закону (Устав Норвешке), очување устава (Устав Ирске), поштовање и одбрана устава и закона (Устав Србије).

36 Нпр. Устав Хрватске (члан 94 став 2), Устав Француске (члан 5).

37 Нпр. Устав Македоније (члан 79 став 3).

Материјални имунитет (имунитет неодговорности) искључује одговорност за изнето мишљење или дати глас. Његово дејство је трајно.

Процесни имунитет (имунитет неповредивости) не искључује одговорност за кривицу, али налаже посебан поступак одлучивања о одговорности. Његово дејство временски је ограничено. Процесни имунитет штити за време трајања мандата, али његово дејство може бити отклоњено и у току трајања мандата, уколико надлежни орган одлучи да одузме имунитетску заштиту.

6. Општи оквири одговорности шефа државе и других високих државних функционера

Оквири одговорности шефа државе утврђују се у уставу и зависе првенствено од облика владавине, са једне стране и института премапотписа, са друге.

Уставне системе у којима постоји монархијски облик владавине карактерише одсуство одговорности шефа државе, што се у уставу и изричито утврђује³⁸, али се уставом истовремено прописује да одговорност за акте шефа државе преузима на себе министар који премапотписује његове акте.

Уставни системи у којима је прихваћен републикански облик владавине различито утврђују опште оквири одговорности шефа државе. У компаративној уставности разликује се неколико основних решења.

Једну групу чине уставни системи³⁹ у којима је општом уставном одредбом утврђено одсуство одговорности шефа државе за дела која учини у обављању својих овлашћења. У овим уставним системима постоји институт премапотписа којим се установљава одговорност министра који је ставио свој потпис на акт шефа државе. Од овог начелног правила допуштени су изузетци када се о одговорности шефа државе може одлучивати и утврђивати његова кривица. Они се утврђују у уставу који уређује и поступак одлучивања у таквим случајевима.

У другој групи су уставни системи⁴⁰ у којима не постоје изричите уставне одредбе које говоре о неодговорности шефа државе. Анализом одговарајућих уставних одредаба, посебно оних којима се прецизно уређују случајеви у којима је могуће испитивати одговорност шефа државе и одлучивати о његовој кривици, као и оних које се односе на премапотпис, могуће је закључити да опште правило о неодговорности шефа државе прихватају и у овим уставним системима упркос томе што оно у уставу није изричито уређено.

38 Нпр. Устав Норвешке у члану 5 утврђује да је „краљева личност света, он не може бити окривљен или оптужен”.

39 Нпр. Устав Италије (члан 90 став 1).

40 Нпр. Устав Румуније (члан 95 став 1 и члан 99 став 3), Устав Чешке (члан 65 став 2 и члан 63 став 3), Устав Хрватске (члан 104 и члан 98 ставови 2 и 3, члан 99 став 4, члан 100 став 2, члан 102 став 2, члан 103 став 1.

Трећој групи припадају уставни у којима се изричито⁴¹ или прећутно⁴² прихвата принцип неодговорности шефа државе за акте које доноси или поступке које предузме приликом обављања својих надлежности изузевши од овог основног правила два случаја, издају и кршење устава. За разлику од претходне две групе уставних система, уставни који припадају овој групи не познају институт премапотписа. У уставноправном смислу, у овим уставним системима поставља се питање ко преузима одговорност за акте шефа државе или радње које предузме у обављању својих овлашћења, а који би се односили на кршење устава или на издају?

Четврта група обухвата уставе у којима се изричитом уставном нормом утврђује одговорност шефа државе и ближе дефинише оквир и садржај његове одговорности. Оквир и садржај одговорности шефа државе могу бити одређени уже или шире. Шеф државе је одговоран за повреду устава коју чини приликом обављања својих овлашћења. Његова одговорност креће се у оквирима његових надлежности које су дефинисане уставом. Оптузбу против шефа државе могуће је подићи само у случају када он повреди устав приликом обављања својих овлашћења⁴³. У неким уставним системима могућности за подизање оптужбе против шефа државе су постављене шире. У том случају шеф државе подлеже одговорности не само за повреду устава већ и за повреду закона⁴⁴. И за ове уставне системе карактеристично је да нема института премапотписа, или је он установљен само за нека, у уставу таксативно наведена овлашћења шефа државе.⁴⁵

Пету групу чине уставни⁴⁶ у којима се ближе не прецизирају општи оквири одговорности шефа државе, већ се само таксативно наводе разлози због којих он може бити оптужен а поступак одлучивања о његовој одговорности може бити покренут. Као разлози за могућу оптужбу и утврђивање одговорности шефа државе пред надлежним органима наводе се: повреда устава, или само тежа повреда устава⁴⁷, умишљајно кршење устава⁴⁸, акције председника републике усмерене против суверенитета и интегритета републике као и против демократског систем⁴⁹, као и велеиздаја и други тешки злочини⁵⁰.

Примери компаративне уставности упућују на неколико општих запажања. Одговорност шефа државе, у основи, одређује облик владавине (монархија или република), начин избора (непосредно или у парламенту) као и од института премапотписа (постоји премапотпис или није установљен

41 Нпр. Устав Бугарске, (члан 103 став 1)

42 Нпр. Устав Словачке.

43 Нпр. Устав Хрватске, (члан 105).

44 Нпр. Устав Словеније (члан 109), Устав Македоније (члан 87 став 1).

45 Нпр. Устав Хрватске – видети напомене под 40.

46 Нпр. Устав Русије (члан 93 став 1), Устав Румуније (члан 95 став 1), Устав Црне Горе (члан 87 став 2).

47 Нпр. Устав Румуније, (члан 87 став 2).

48 Нпр. Основни закон Немачке (члан 61).

49 Нпр. Устав Чешке (члан 87).

50 Нпр. Устав Русије, (члан 93 став 1).

овај институт). У уставима се најчешће као разлог за испитивање и утврђивање одговорности шефа државе наводи повреда устава. Поред тога, у неким уставима наводе се и други разлози: повреда закона, издаја земље и други тешки злочини. Општи оквир одговорности шефа државе одређује се у компаративној уставности на два основна начина: шеф државе одговара само за акте које доноси или радње које предузима у оквиру својих надлежности, или се оквир одговорности дефинише шире и не везује експлицитно само за његове надлежности.

7. Улога уставног суда у одлучивању о оптужбама против шефа државе

У поступку одлучивања о оптужбама против шефа државе суделују, на одређени начин и уставни суд и парламент. Њихова улога у поступку одлучивања и надлежности у вези са утврђивањем одговорности шефа државе су различити у појединим уставним системима. Изузетно, у неким уставним системима⁵¹ у поступку одлучивања о одговорности шефа државе, поред парламента и уставног суда суделује и врховни суд. Разлике међу уставним системима у којима у поступку одлучивања о оптужбама против шефа државе суделују и парламент и уставни суд указују да је могуће, с обзиром на институционална решења, издвојити четири групе устава.

Једну групу чине они уставни⁵² у којима је експлицитно утврђена надлежност уставног суда да одлучује о оптужбама против шефа државе. Уставни суд располаже пуним овлашћењима у овом домену. Он, дакле, доноси одлуку о кривици шефа државе.

Другој групи припадају уставни⁵³ у којима одлучивање о оптужбама против шефа државе представља надлежност парламента. У поступку одлучивања о кривици шефа државе суделује и уставни суд. Овлашћења уставног суда у поступку одлучивања о кривици шефа државе су ограничена. Ограничења одређују оквире поступања уставног суда у оваквим случајевима као и природу и дејство његове одлуке. Уставни суд поступа само у случају када се оптужба против шефа државе односи на повреду устава (закона). У поступку одлучивања о оптужби уставни суд даје мишљење о томе да ли је повређен устав. Учешће уставног суда у поступку одлучивања о одговорности шефа државе, у неким уставним системима⁵⁴, везано је само за испитивање процедуралних питања у вези са подношењем оптужбе против шефа државе. Уставни суд тада није овлашћен да разматра матријално правна питања у вези са оптужбом за повреду устава, нити да о томе

51 Нпр. Устав Русије (члан 93 став 1).

52 Нпр. Устав Чешке (члан 87 и члан 65 став 2), Устав Хрватске (члан 105 став 3), Устав Македоније (чланови 87 став 2 и 110 став 1 алинеја 6), Устав Словеније (члан 109).

53 Нпр. Устав Румуније (члан 144 in fine), Устав Црне Горе, члан 87 ставови 2 и 3 и члан 113 став 3).

54 Нпр. Устав Русије (члан 93 став 2) прописује да у поступку одлучивања суделују и уставни суд и врховни суд, а одлуку о оптужби доноси законодавно тело.

даје своје мишљење. Његова овлашћења односе се само на разматрање питања која се односе на поступак подношења оптужбе против шефа државе. Своје мишљење о томе да ли је поштована процедура приликом покретања поступка за утврђивање одговорности шефа државе, уставни суд доставља парламенту у чијој је надлежности одлучивање о оптужбама против шефа државе. Заједно са мишљењем уставног суда о процедуралним питањима, парламенту се доставља и мишљење врховног суда, који је надлежан да да своје мишљење о постојању кривице.

Трећу групу чине уставни⁵⁵ у којима је одлучивање о оптужбама против шефа државе поверено уставном суду. Специфичност овог решења је у томе што уставни суд одлучује о овом питању у проширеном саставу. Проширени састав уставног суда, поред судија тога суда, чини и одређени број чланова који се бирају на почетку парламентарног заседања. Чланови проширеног састава бирају се између грађана уз услов да испуњавају критеријуме за избор за сенаторе. Избор се обавља на заједничкој седници оба парламентарна дома.

У четвртој групи су уставни⁵⁶ код којих је, само ослонцем на уставне одредбе, тешко извести закључак о садржају, обиму и квалитету овлашћења уставног суда у вези са утврђивањем одговорности шефа државе, као и о начину на који уставни суд учествује у поступку одлучивања о оптужбама против шефа државе. Уставне одредбе које се односе на испитивање одговорности шефа државе и улогу уставног суда у поступку одлучивања о одговорности шефа државе често су контрадикторне, што захтева додатна тумачења⁵⁷.

Напоследку, посебној групи припадају уставни⁵⁸ у којима је одлучивање о заштити уставности поверено уставном суду, али уставни суд не суделује у поступку одлучивања поводом оптужби подигнутих против шефа државе, чак ни тада када је оптужба подигнута због повреде устава.

Примери компаративне уставности упућују на неколико општих запажања. У компаративној уставности прихваћена су, у основи, два решења у погледу надлежности уставног суда да одлучује о оптужбама против шефа државе.

55 Нпр. Устав Норвешке (члан 87), Устав Италије (члан 134 став 3 и члан 135 став 5).

56 Нпр. Устав Словачке (чланови 106 и 107), Устав Бугарске (члан 103 став 3 и члан 149 став 8).

57 Тако нпр. Устав Словачке утврђује (члан 106) да Народно веће може разрешити Председника Републике уколико он делује против суверености и територијалне недељивости Словачке републике или уколико спречава демократско уставно уређење. Чланом 107 Устава прописано је, пак да о оптужби против Председника Републике, када је у питању одговорност за издају земље, одлучује Уставни суд. Из уставних одредаба следило би да о одређеним кривицама шефа државе одлучује парламент, док о другима одлучује Уставни суд. У уставу Бугарске (члан 103 став 3) прописана је надлежност Уставног суда да разматра оптужбе против председника и потпредседника Републике, док је чланом 149 став 8 утврђена надлежност Уставног суда да даје мишљење поводом оптужби против председника и потпредседника, које је подигло Народно собрание.

58 Нпр. Устав Србије (члан 88).

Једно решење предвиђа надлежност уставног суда да одлучује о оптужбама против шефа државе (самостално или у проширеном саставу), а парламенту (најчешће дом грађана, ређе оба дома) припада право да подигне оптужбу (покреће иницијативу или подиже оптужбу) пред уставним судом.

За друго решење карактеристично је да су овлашћења уставног суда у вези са утврђивањем одговорности шефа државе ужа. Уставни суд нема право да одлучује о одговорности шефа државе. Његова овлашћења обухватају само право да изнесе своје мишљење о томе да ли је шеф државе повредио устав (закон), односно да ли су поштована правила која се односе на покретање поступка за подизање оптужбе против шефа државе. У овом случају, остаје отворено питање, да ли уставни суд даје своје мишљење и у односу на друге евентуалне кривице шефа државе. Посебно занимљив може бити случај утврђивања кривице шефа државе за издају земље, будући да је издаја кривично дело, а да одлучивање о кривичном делу захтева примену посебних процесних правила (правила кривичног поступка) и нарочито двостепеност суђења у оваквим случајевима. Двостепеност није спроводива у поступку одлучивања пред уставним судом чије одлуке не подлежу преиспитивању.

8. Поступак одлучивања о оптужбама против шефа државе

Процесна правила на основу којих се одвија поступак одлучивања о оптужбама против шефа државе уређена су уставом и законом о уставном суду. Уставом се уређују само основна процесна правила, најчешће, како показује компаративна уставност, процесна правила која се односе на покретање поступка одлучивања о оптужбама против шефа државе, правила поступка пред уставним судом и поступак доношења одлуке о оптужби.

У вези са процесним правилима која се односе на покретање поступка одлучивања о оптужбама против шефа државе, у уставу се уређују само најважнија питања, међу којима су: већина која се захтева за доношење одлуке о покретању поступка⁵⁹; разлика између иницијативе за покретање поступка одлучивања о оптужбама против шефа државе и подношења оптужбе у погледу њиховог правног дејства и поступања у једном односно другом случају, као и услови под којима се користи једно односно друго правно средство (нпр. већина која се захтева за подношење иницијативе и већина која је потребна за подношење предлога)⁶⁰; начин суделовања појединих домова парламента у подизању оптужбе против шефа државе⁶¹ и др.

59 Нпр. Устав Македоније (члан 87 став 2), Устав Хрватске (члан 105 став 2), Устав Румуније (члан 95 став 2), Устав Словачке (члан 106), Устав Бугарске (члан 103 став 2), Устав Русије (члан 93 став 2), Устав Италије, (члан 90 став 2), Устав Црне Горе (члан 87 став 3).

60 Нпр. Устав Бугарске (члан 103 став 2), Устав Словачке (члан 106), Устав Русије (члан 93 став 2).

61 Нпр. Устав Немачке (члан 62 Основног закона).

Друга група процесних правила односи се на поступак одлучивања пред уставним судом. Устав уређује само основна правила поступања уставног суда, а законом о уставном суду ближе се прецизирају процесна правила и поступак одлучивања пред уставним судом. У уставу се, најчешће, уређује већина која се захтева за доношење одлуке уставног суда, независно од тога да ли овлашћење уставног суда обухвата и његово право да донесе одлуку о кривизи шефа државе, или је његово овлашћење уже и обухвата само право да о томе утврди своје мишљење и саопшти га парламенту који доноси коначну одлуку. Будући да је утврђивање одговорности шефа државе за повреду устава или друге кривице које се, на основу устава, сматрају разлогом за утврђивање његове одговорности, осетљиво питање, јер се најнепосредније односи на уставни статус једног важног органа државне власти, уставни суд одлучује о овом питању квалификованом већином. У неким уставним системима⁶² то је двотрећинска већина укупног броја судија. У уставним системима⁶³ у којима уставни суд не доноси коначну одлуку о одговорности шефа државе за повреду устава и друге кривице, већ је његова улога у поступку одлучивања о одговорности шефа државе саветодавна за доношење одлуке уставног суда да не захтева се посебна већина, различита од оне која је прописана за доношење свих других одлука уставног суда.

Трећа група процесних правила односи се на рокове у којима је уставни суд дужан да поступа у оваквим случајевима. Рокови су по правилу кратки, а решавање о овим питањима има приоритет⁶⁴.

Само изузетно у неким уставима⁶⁵ ближе су уређена и нека друга правила поступка одлучивања уставног суда о одговорности шефа државе. На пример, приоритет у поступању по оптужби против шефа државе, формални елементи које оптужба мора садржати да би могла бити предмет испитивања пред уставним судом, посебан поступак испитивања оптужбе у коме се субсидијарно примењују правила кривичног поступка, право на доношење захтева за обнову поступка под одређеним условима и др⁶⁶.

9. Одлука уставног суда и њено дејство

Одлука уставног суда, њен садржај, правна природа и посебно њено дејство непосредно зависе од обима и садржаја овлашћења којима располаже уставни суд када одлучује о одговорности шефа државе.

62 Нпр. Устав Словеније (чланови 109 и 119), Устав Македоније (члан 87 став 1), Устав Хрватске (члан 105 став 3).

63 Нпр. Устав Чешке (члан 87), Устав Словачке (члан 129 став 5), Устав Румуније (члан 144 став 1 под ф), Устав Црне Горе (члан 116 став 1).

64 Нпр. Устав Чешке (члан 87), Устав Бугарске (члан 103 став 3), Устав Хрватске (члан 104 став 4).

65 Нпр. Устав Чешке (члан 87).

66 Видети шире: *Карел Клима Уставно судство у Републици Чешкој*, Правни живот бр. 11/1997 стр. 1033–1059.

У уставним системима⁶⁷ у којима уставни суд располаже пуним капацитетом права да одлучује о оптужбама против шефа државе он ће о томе донети коначну одлуку. У неким уставима експлицитно је утврђено дејство одлуке уставног суда. На пример, престанак мандата на основу одлуке уставног суда⁶⁸, одузимање функције⁶⁹, престанак дужности по сили устава⁷⁰. Само неки од устава ближе одређују битне елементе одлуке уставног суда – „утврђује утемељеност оптужбе или ослобађа оптуженог”⁷¹. За време док пред уставним судом траје поступак одлучивања о одговорности шефа државе, у неким уставним системима⁷² утврђено је и право уставног суда да привремено суспендује шефа државе, до доношења коначне одлуке суда.

У уставним системима⁷³ у којима шеф државе одговара не само за повреду устава већ и за друга дела која по својој природи представљају кривична дела (велеиздаја; акције усмерене против суверенитета и интегритета републике као и против демократског система; други тешки злочини и сл.) може се поставити питање да ли уставни суд, као орган у чијој је надлежности одлучивање о заштити уставности, испуњава материјалне и посебно процесне услове да суди у кривичним стварима. Посебно је осетљиво у том погледу питање у ком поступку уставни суд одлучује у том случају? Управо због осетљивости поступка одлучивања у кривичним стварима у неким се уставима⁷⁴ прецизира да се на такве случајеве примењују правила кривичног поступка.

Надлежност уставног суда при одлучивању о одговорности шефа државе може бити и ужа. У том случају уставни суд само утврђује своје мишљење о томе да ли је повређен устав, и доставља га парламенту који доноси коначну одлуку. Мишљење уставног суда односи се на повреду устава, а одлучивање о повреди устава је основна и несумњиво најважнија надлежност уставног суда. Али, дејство мишљења које утврђује уставни суд може бити различито. Оно је само саветодавног карактера, како експлицитно утврђују неки уставни⁷⁵, што би имплицирало да парламент приликом одлучивања није везан мишљењем уставног суда. У другом случају⁷⁶ уставни суд једини је надлежан да утврди повреду устава и то изнесе у свом мишљењу, јер је у његовој надлежности одлучивање о уставности. Парламент своју одлуку доноси на основу мишљења уставног суда. Иако устав нема експлицитну одредбу да је парламент приликом одлучивања везан одлуком уставног суда, овакав би се закључак могао извести, јер када уставни суд

67 Нпр. устави Македоније, Хрватске, Чешке, Словеније, Италије.

68 Устав Чешке (члан 87).

69 Устав Словеније (члан 109 ин фине).

70 Устав Македоније (члан 87 став 3), Устав Хрватске (члан 105 став 3), Устав Бугарске (члан 103 став 3 ин фине).

71 Устав Словеније (члан 109).

72 Устав Македоније (члан 87 став 3), Устав Хрватске (члан 105 став 3).

73 Нпр. Устав Чешке, Устав Русије.

74 Нпр. Устав Чешке (члан 87).

75 Нпр. Устав Румуније (члан 144 став 1).

76 Нпр. Устав Црне Горе (члан 87 став 2 и члан 113 став 3).

као надлежни орган констатује да је устав повређен, парламент, који је и сам у свом деловању везан уставом и законом, своју одлуку мора донети руковођен налазом уставног суда. У противном парламент би повредио устав. Напошетку, једно занимљиво решење садржи Устав Русије⁷⁷ који још уже одређује надлежност и дејство одлуке уставног суда у поступку одлучивања о одговорности шефа државе. Мишљење које даје уставни суд је саветодавног карактера, али оно се не односи на испитивање повреде устава од стране шефа државе, већ само на испитивање процедуралних питања везаних за подизање оптужбе против шефа државе.

Примери компаративне уставности и конкретних уставно-правних решења која се односе на надлежност и поступање уставног суда у одлучивању о оптужбама против шефа државе, показује да највећи број устава транзиције установљава надлежност уставног суда у овом домену. Запажа се, међутим, да међу уставним системима постоје разлике у садржају, обиму и начину на који је ово питање уређено у конкретном уставном систему. Уставна решења често су неконзистентна. Постоје правне празнине и више отворених питања која ће у пракси, уколико уставни судови буду у прилици да реализују ову своју надлежност, изазивати недоумице и спорења, а уставни суд ставити у ситуацију да, у једном, свакако осетљивом моменту за функционисање уставног система, интерпретативним правилима отклони недоумице. Све то говори да је у питању једна новија надлежност уставног суда која на нормативном плану није конзистентно изведена. Конкретних примера, који би могли бити ослонац нормативним решењима, у уставној пракси за сада нема. Отуда овај покушај да се, у мери у којој је то било могуће, на основу упоредне анализе компаративних решења, барем укаже на неке могуће проблеме у остваривању ове надлежности уставног суда.

77 Устав Русије (члан 93 став 1).

УСТАВНО СУДСТВО И ПАРТИЈСКИ ПЛУРАЛИЗАМ

Однос који се успоставља између уставног судовања и партијског и политичког организовања и деловања је тема од изузетног значаја, али којој до данас није посвећена пажња у мери у којој она то заслужује. Објашњење може да буде и у томе што уставни судови у нас нису до сада применили одредбе које се односе на партијско деловање и организовање. Колико ми је познато постојао је у Уставном суду Србије предлог за забрану једне политичке странке, али је поступак обустављен јер је Републички јавни тужилац одустао од предлога. Са нормативно-правне тачке гледишта Устав Србије, у делу о Уставном суду и његовој надлежности, у члану 125. предвиђа да Уставни суд одлучује о сагласности статута и другог општег акта политичке странке или друге политичке организације с Уставом (тач. 5. и 6) и Законом о забрани рада политичке странке или друге политичке организације. Сличне су одредбе и у Уставу Црне Горе, у члану 113, да Уставни суд одлучује о сагласности аката политичке странке и удружења грађана и одлучује о забрани рада политичких странака и удружења грађана (тач. 6. и 7).

И поред сличности одредаба постоје и разлике, јер Устав Црне Горе уноси с правом и одредбе о удружењима грађана, што значи да не своди читав проблем само на политичке странке већ проширује и на подручје удружења грађана у ширем смислу речи. Сматрам да је овакво решење у Уставу Црне Горе знатно боље и више прилагођено политичким приликама, јер има у виду и појаве неуставног понашања појединих удружења грађана, који може да угрожава уставни поредак.

Устав СР Југославије задржао је одредбе о надлежности Савезног уставног суда у вези са забраном рада политичких странака и удружења. Према члану 124. Устава Савезни уставни суд одлучује о забрани рада политичких странака и удружења грађана (тачка 8). Деловање Савезног уставног суда у овој области сужено је само на забрану рада политичких странака и удружења грађана, а не и на одлучивање о сагласности аката политичких странака и удружења. Можемо да констатујемо да не може да се одлучи о забрани политичке странке или удружења а да се, истовремено, не одлучује и о нормативним актима политичке странке или удружења. Одредбе о забрани рада политичке странке или удружења Савезни уставни суд није никада применио.

Решења која су унесена у Савезни устав и уставе Србије и Црне Горе настала су у време увођења политичког и партијског плурализма. Таква

решења су логична последица преласка из једног партијског система у партијски плурализам. Утисак је да је постојао извешан страх и резерва да ће се са преласком са једног партијског система на вишепартијски отворити простор за формирање и деловање политичких странака и удружења, која ће бити по својој оријентацији заговорници политичког екстремизма и радикализма који би био заснован на политичкој, националној и верској основи, те стога постоји потреба за уставноправну заштиту од политичког радикализма, а у исто време то би значило и подршку партијском плурализму у настајању.

Међутим, иако можемо да констатујемо да је у нас било појава партијско-политичког екстремизма и радикализма на политичкој сцени, та питања нису била решавана применом одредаба о праву уставних судова да одлучују о забрани политичке странке или политичког удружења.

Прихваћена решења у вези са забраном политичких странака и политичких удружења у нашем уставном систему имају своје упоредно-правне узоре у одредбама устава неких других држава. Основни закон Немачке, који је донесен после Другог светског рата од страна сила победница, и односио се на Западну Немачку односно Савезну Републику Немачку, да би се касније уједињењем Немачке проширио на читаву територију, садржи одредбе о забрани деловања политичких странака.

Несумњиво да се у овој области деловања уставног судства појављује низ отворених питања јер, уставноправно посматрано, Уставни суд у овој ситуацији прелази границе једне чисто уставноправне институције и прелази у сферу правно-политичког деловања у којој се несумњиво преплићу право и политика. Уставни суд, као што истиче проф. др Фира врши неку врсту паранормативне опште контроле.¹

Сви наши уставни новијег датума 90-их година, како савезни тако и републички, полазе од политичког и партијског плурализма и слободе политичког организовања, што чини темељни принцип на коме је заснован политички и уставни систем.

Поставља се питање, са гледишта деловања уставног судства, који су то основни параметри од којих уставно судство треба да полази у одлучивању о забрани политичког деловања, а нарочито с обзиром да је у питању процес који може да има елементе више политичког него правног. У разматрању ових предмета уставни судови излазе из класичне нормативне сфере свога деловања и прелазе на терен који носи у себи много неизвесности и диктира битно другачија правила рада. Те је стога читав поступак у великој мери судски, са елементима сукоба две супротстављене стране: представницима политичке странке и њихових заступника и других, а са друге стране, Уставног суда, што све треба да буде одлучено на јавној седници. На Уставном суду је да утврди доказе на основу којих може да се изрекне одлука о забрани деловања политичке странке. Свакако да у једној

1 Др А. Фира: *Уставно право СР Југославије* – Енциклопедија права Бгд. 1992. стр. 217.

таквој ситуацији, која може да изазове и политичке напетости и сукобљавања деловања јавности и струке, је од изузетног значаја.

Поставља се питање колико су уставни судови оспособљени и кадровски и оперативно да један такав поступак доведу до свога решења. Све то у исто време ствара висок степен политизације и сукобљавања на политичком плану, јер забрана једне политичке странке или политичке организације није само правно, већ је и политичко питање.

Устав СР Југославије предвидео је у члану 41. основни принцип да се грађанима јамчи слобода политичког, синдикалног и другог удруживања и деловања, без одобрења, уз упис код надлежног органа. Међутим, у следећој одредби полази од става да постоје ограничења деловања политичких, синдикалних и других организација у врло широкој формулацији. У члану 42. Устава СРЈ предвиђено је да: „Забрањено деловање политичких, синдикалних и других организација које је усмерено на насилно рушење уставног поретка, нарушавање територијалне целокупности Савезне Републике Југославије, кршење зајамчених слобода и права човека и грађанина или изазивање националне, расне, верске и друге нетрпељивости или мржње. Забрањено је оснивање тајних организација и паравојске”.

Слична решења усвојена су у члану 44. Устава Србије где се предвиђа да се јамчи слобода политичког, синдикалног и другог организовања, али у другом ставу говори се у ширем смислу да је: „Забрањено деловање који има за циљ насилно мењање Уставом утврђеног поретка, нарушавање територијалне целокупности и независности Републике Србије, кршење Уставом зајамчених слобода и права човека и грађанина, изазивање и подстицање националне, расне и верске нетрпељивости и мржње”. Устав Црне Горе у члану 42. такође има одредбе које се односе на забрану деловања политичких, синдикалних и других организација. Сматрам да су одредбе унесене у Устав СР Југославије прецизније и да се директније односе на забрану деловања политичких странака, синдикалних и других организација, за разлику од Устава Србије.

Закон Републике Србије о политичким организацијама² проширује област забране деловања политичких странака на још три области, и то: у члану 12. предвиђено је да ће се политичкој организацији забранити рад ако делује ради насилног рушења Уставом утврђеног уређења или распиривања националне, расне и верске мржње и нетрпељивости. Затим, политичкој организацији забраниће се рад ако у своје чланство и деловање укључи малолетнике или их злоупотреби у политичке сврхе. Такође ће се забранити рад политичкој организацији ако се учлани у међународну организацију или удружење које делује супротно члану 1. овог закона. И, на крају, политичкој организацији забраниће се рад и када стиче средства од страних лица. Решење о забрани рада политичке организације на предлог Јавног тужиоца доноси Врховни суд.

2 „Службени гласник РС”, бр. 37/90, 30/92, 53/93, 67/93, 48/94.

Према томе, у уставном систему Србије постоје две могућности забране деловања политичких организација. На основу Устава Србије дата је одређена надлежност Уставном суду Србије. Међутим, у овој области на основу Закона о политичким организацијама када је у питању забрана рада политичких организација предвиђена је и надлежност Врховног суда Србије. Отвара се питање да ли овакво решење о забрани деловања политичких организација може да отвара нека питања сврсисходности таквог решења. Сматрам да је када је у питању деловање политичких организација целисходније, с обзиром на могући сукоб надлежности, да она буду због значаја правне проблематике предмет одлучивања уставног суда.

Према томе, ове уставне и законодавне одредбе могу да буду нека врста смернице и оријентације за одлучивање уставних судова о овим питањима. Међутим, морамо да приметимо да су те одредбе изузетно широко формулисане тако да њихова примена на одређену ситуацију приликом одлучивања уставних судова захтева једну конкретизацију и прецизирање на дати предмет.

Република Србија налази се пред доношењем новог Устава и утолико је значајније да се размотре и ова питања и унесу одговарајуће одредбе у нови Устав. Досадашњи покушаји и предлози у многим моделима уставног преуређења Србије су охрабрујући. Сматрамо да се чини значајан напор да се и у овој области унесе више прецизности и смањи опасност од уношења политике и политичког карактера одлучивања. Као што је познато постоји више иницијатива и модела презентираних јавности уставног преуређења Србије.³

У погледу надлежности Уставног суда у области оцењивања деловања и нормативних аката политичких странака и удружења, желимо да укажемо на нека предложена решења која могу да буду интересантна за конципирање новог Устава. Тако, на пример, Нацрт устава Краљевине Србије, аутор проф. П. Николић, предлаже да се унесу одредбе о забрани политичких странака и удружења грађана али, у исто време, када је у питању сагласност општих аката политичких странака и удружења грађана с Уставом, и законима, да се унесе и став да се та сагласност оцењује и у односу на ратификоване међународне уговоре. Такође, у предлогу за нови Устав Србије, који је презентирала Независна група експерата Београдског центра за људска права, предвиђена је само одредба о забрани политичких странака или удружења грађана. Интересантан је Предлог нацрта који је поднела Демократска странка Србије у својим Основним начелима за нови Устав Републике Србије, у којима се предвиђа надлежност Уставног суда да одлучује о забрани рада политичке странке или удружења грађана. Предлог за забрану рада политичке странке подноси Влада или Републички јавни тужилац.

3 Види о томе др М. Јовановић: *Модели уставног преуређења Југославије и Србије*, Институт за политичке студије Бгд., 2002.

Полазне основе за преуређење односа Србије и Црне Горе, као и Уставна повеља, не предвиђају одредбе о забрани деловања политичких странака или удружења, те, сходно томе, та материја иако је била садржана у предлозима од стране неких организација, потпуно је препуштена државама чланицама заједнице, што је и у сагласности са усвојеним концептом државне заједнице.

На основу анализе можемо да закључимо да уставно судство у одлучивању о овим питањима прелази у сферу која, по својој природи, излази из класичних оквира о месту и улози уставног судства. У овој области долази до прожимања права и политике, али, истовремено се ствара уставно-правни оквир и могућност да Уставни суд својим деловањем буде брана политичком екстремизму и радикализму, и да буде снажан инструменат развоју политичког плурализма и демократије. Из тих разлога, деловање Уставног суда треба да буде одмерено и без елемената политизације. Такав рад Уставног суда има и подршку јавности, грађана и правних стручњака.

Уношење оваквих одредаба у Устав и давање такве надлежности уставним судовима ради одбране уставног поретка примењено је снажно демократско средство које је гаранција заштите уставног поретка. У ствари, применом ових одредаба Уставни суд и, поред све сложености и деликатности ове проблематике има на располагању „резервну клаузулу” која више служи као једна врста опомене и сталне оријентације да ли се страначки плурализам развија у правцу јачања политичких, демократских и других слобода и права грађана.

УЛОГА УСТАВНОГ СУДА У УТВРЂИВАЊУ ОДГОВОРНОСТИ МИНИСТАРА

1. Уводно разматрање

У свим државама министри увек сnose кривичну одговорност која је регулисана општим кривично-правним режимом. Општа кривична одговорност увек важи подједнако за министре као и за све остале грађане, односно за сва остала службена лица која изврше кривични деликт у вршењу службене дужности, пре свега због начела једнакости грађана пред законом. Поред опште одговорности, министри су у већини држава, услед специфичног положаја и природе посла који обављају, подвргнути и једном посебном кривично-правном режиму. Такав режим важи само за министре. Њега карактеришу: посебна врста кривичних дела (тзв. министарска кривична дела), посебни органи надлежни за оптуживање и за суђење, донекле специфичан поступак суђења, као и посебне санкције, које су релативно строжије (и по врсти и по мери) у односу на опште кривично-правне санкције.

Основни разлог за подвргавање министара посебном кривично-правном режиму налази се у политичкој природи њихове функције. Због природе функције које обављају, код посебне кривичне одговорности министара се обично уводи низ елемената који су политичке природе. Они се углавном срећу код *предмета* одговорности, у виду посебних кривичних дела који се односе само на министре, и код органа надлежних за *оптуживање* (парламент, шеф државе) и *суђење* (горњи дом парламента, посебан државни суд, уставни суд), у чијем су саставу увек у одређеној мери заступљени политички представници. У појединим правним системима политички елементи се срећу чак и код саме санкције. Санкција код посебне кривичне одговорности министара је понегде више политичке него кривично-правне природе (смена са функције у поступку *impeachment-a*). Због свега тога, може се рећи да у случају када министри одговарају према посебном кривично-правном режиму, најчешће се ради о једној посебној врсти одговорности која је мешовите, правно-политичке природе. Услед такве природе, та врста одговорности се обично регулише посебним прописом о министарској одговорности.

Институција министарске одговорности је одавно позната и у нашем праву. Министарска одговорност је била саставни део нашег правног система још у периоду Краљевине Србије (Устави од 1869, 1888, 1901, 1903)

и Краљевине СХС, односно Југославије (Устави од 1921 и 1931). У том периоду су чак у три наврата постојали и посебни закони о министарској одговорности (1870, 1891 и 1922). Шта више, у том периоду је министарска одговорност и у пракси више или мање успешно функционисала.¹ Међутим, са уставим и политичким променама насталим након другог светског рата, министарска одговорност је код нас потпуно ишчезла, и то не само из праксе, већ и из правног система уопште.

Након уставних промена које су извршене почетком деведесетих година, прописи који се односе на одговорност министара нису претрпели значајније измене. Данас се код нас о министарској одговорности стога не може говорити као о посебној правној институцији, као што је случај у већини других савремених правних и демократски уређених држава. Код нас данас министри сnose одговорности за свој рад, међутим, њихова одговорност није посебно правно регулисана. Као таква, она се не разликује битније од одговорности коју сnose остала лица за обављање службене дужности. Због те чињенице имамо данас наизглед потпуно нелогичну појаву када је у питању одговорности управне власти. Министре као носиоце знатно већих овлашћења прати у основи иста, а у пракси чак још и мања одговорност, него службенике као носиоце нижих овлашћења. Наиме, одговорност службеника је знатно потпуније правно регулисана, па се стога она и у пракси много ефикасније остварује, него што је то случај са министарском одговорношћу.²

-
- 1 О дугом историјском развоју институције министарске одговорности код нас сведочи и веома богата, махом предатна, литература: Б. Констан, *Начела пољитике и о министарској одговорности*, Краљевско-српска штампарија, Београд, 1883; Ј. Касановић, *Министарска одговорност у српском јавном праву*, Геца Кон, Београд, 1911; Ј. Марковић, *Да ли министри за дела учињена у званичној дужности могу бити оптужени редовним судовима*, Штампарија „Дисетеј Обрадовић”, Београд, 1912; Ј. Стефановић, *Кривична одговорност министара и шефа извршне власти – ујоређење са њиховом пољитичком одговорношћу*, Посебан отисак из Споменике Доленце, Креку, Кушељу и Шкрелју, Југословенска тискарна, Љубљана, 1936; М. Јовичић, *Одговорност носилаца јавних функција*, Институт за упоредно право, Београд, 1969; М. Миловановић, *Државно право и друге уставноправне студије*, Службени гласник, Београд, 1997, стр. 290–315; А. Боди, „Министарска одговорност”, Архив за правне и друштвене науке, књига Х, 1911, стр. 189–198, књига Х, 1911, стр. 64–47, стр. 215–219, књига XIII, 1912, стр. 45–48, стр. 298–310; С. Јовановић, „Кривична одговорност министара по Уставу од 1931”, Архив за правне и друштвене науке, бр. 5–6/1939, стр. 484–488; Д. Кочовић, *Министарска одговорност по Уставу од 1931*, докторска дисертација, Београд, 1940; Ј. М. Костић, „Чиновници и министри на расположењу”, Архив за правне и друштвене науке, бр. 11–12/1926, стр. 98–106; Ж. Миладиновић, „Министри на расположењу”, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4/1925, стр. 216–220; В. Вуловић, „Одговорност министара”, Мисао, бр. 2/1924, стр. 697–701; Б. Тасић, „Грађанска одговорност министара у нашем праву”, 280–295; Г. Кусељ, „*Ministarska odgovornost in njena pozitivnopravna ureditiev pri nas*”, 1935, стр. 459–474; М. Пајванчић, „О пољитичкој одговорности министара као елементу правне државе”, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 12/1994, стр. 13–26.
- 2 Видети: З. Лончар, „Одговорност лица у управу”, Зборник радова „Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде”, Правни факултет, Нови Сад, 1998, стр. 193–206; З. Лончар, „Правни положај и одговорност лица у управу у СР Југославији”, Годишњак Правног факултета у Бања Луци, бр. XXII/1998, стр. 221–146.

Због тога сматрамо да би међу правним институцијама које би, након вишедеценијског занемаривања, поново могле да нађу место у нашем правном систему, требало да буде и институција министарске одговорности. Предстојеће уставно-правно преуређење наше земље је, по нама, права прилика за то. Из тих разлога смо се и одлучили да овај рад посветити разматрању једног од најбитнијих питања која се јављају при успостављању режима посебне кривичне одговорности министара – органу надлежном за утврђивање ове одговорности. Циљ нам је да у наредним редовима укажемо на сва могућа решења питања органа надлежног за утврђивање одговорности министара која данас постоје у упоредном праву и да на основу тога покушамо да пронађемо решење које би највише одговарало нашем правном систему у случају увођења режима посебне кривичне одговорности министара.

2. Орган надлежан за суђење код кривичне одговорности министара

У погледу органа надлежног за суђење у случају кривичне одговорности министара, јављају се значајне разлике међу државама. Питање органа који ће бити надлежан за суђење министрима се никада као посебан проблем не поставља у оним правним системима где су министри подвргнути само општем кривично-правном режиму. Ту се као орган надлежан за суђење, сасвим природно, увек јавља исти онај суд који је истовремено надлежан да суди и свим осталим грађанима-редован кривични суд. Међутим, подвргавањем министара посебном режиму кривичне одговорности, без обзира на то да ли се она јавља паралелно са општом кривичном одговорношћу или као једини облик њихове кривичне одговорности, неминовним отвара и питање државног органа коме ће се поверити такво суђење. Управо у погледу начина решавања тог питања највише се и разликују савремени правни системи.³

Решење овог питања увек је условљено начином одређивања предмета посебне кривичне одговорности министара. Оно зависи од чињенице да ли министри одговарају само за противправност својих радњи или и за њихову нецелисходност (повреду државних интереса). У првом случају, за суђење

3 Видети: А. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, II, Paris, 1899, str. 1054–1056; V.P. Desmottes, *De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français*, Caen, 1968, str. 48–62; Ch. Bigaut, *La responsabilité pénale des hommes politiques*, LGDJ, Paris, 1996, str. 139–142; Ph. Ardant, *Institutions politiques & droit constitutionnel*, LGDJ 10-e édition, Paris, 1998, str. 514–515; P. Pactet, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 17-e édition, Paris, 1998, str. 498–500; J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 15-e édition, Paris, 1997, str. 619–621; Ј. Касановић, *Министарска одговорност у српском јавном праву*, стр. 167–169; С. Јовановић, О држави, БИГЗ, Београд, 1990, стр. 390; Ј. Стевановић, *Кривична одговорност министара и шефа извршне власти, – ујоређење са њиховом пољитичком одговорношћу*, стр. 31–65; Ј. М. Костић, „Надзор кривичног суда над јавном администрацијом”, Службени гласник Министарства унутрашњих послова, бр. 8/1938 (посебан отисак), стр. 3–19; М. Јовичић, *Одговорност носилаца јавних функција*, стр. 119–121.

је потребан квалификован суд правника, а у другом случају је више потребна процена о тежини политичке грешке. Такву процену од судија правника на много бољи начин могу да учине судије које су политички представници, односно људи са одређеним политичким искуством. Због тога, у погледу састава органа надлежног за суђење министрима, могућа су три модела: да суђење буде поверено органу политичког састава; да буде поверено суду искључиво правничког састава или да буде поверено суду мешовитог, политичко-правничког састава.

Као конкретни органи надлежни за суђење министрима у случају њихове одговорности према посебном кривично-правном режиму, у пракси се јављају три врсте државних органа: парламент, редован суд и посебан суд.

2.1. Кривична одговорност министара пред парламентом

Остваривање кривичне одговорности министара пред парламентом представља најстарији облик министарске одговорности. Међутим, од средњег века када је та одговорност настала, до данас, паралелно са развојем министарске функције, она је умногоме еволуирала. Данас се кривична одговорност министра пред парламентом јавља у релативно малом броју земаља. Поверавање парламенту кривичног суђења министрима у савременим условима везано је за одређене предности, али и за многобројне, и то битне недостатке.

Основна предност оваквог решења огледа се у томе што је парламент, као најважнији политички орган у држави, најпозванији да цени политичку страну посебне кривичне одговорности министара. Она је увек у одређеној мери присутна код ове врсте правне одговорности. Она се јавља, не само у фази кривичне оптужбе министара, већ понекад и у фази суђења. Компетентност парламента у оваквом случају посебно долази до изражаја због потребе процене појединих политичких елемента, који постоје код неких посебних кривичних дела министара. Међутим, много су бројнији разлози који говоре против судске функције парламента у случају кривичне одговорности министара. Њихова лепеза је веома широка. Она се креће почев од разлога чисто теоријске природе, па до многих веома важних практичних разлога.

Пре свега, поверавање судске функције законодавном телу, а поготово у случају када треба судити министрима као највишим представницима извршне власти, у директној је *сујројносћи са начелом поделе власћи*. Поред тога, парламент као најважнији политички орган у држави, у свом раду се руководи претежно политичким интересима. Због тога, код овог органа никада не постоји довољно гаранције за поштовање основних принципа неопходних за вршење судске функције, *објективносћи и нејприсјрасносћи*.⁴ У случају

4 „Од скушштине треба одузети надлежност стављања министара под суд (кривичну одговорност – З.Л.), јер је за правду и суд рђаво, кад је врше политичари”. Јб. Радовановић, *Законодавна власћ и њене функције*, Архив за правне и друштвене науке, 1925, стр. 286.

кривичне одговорности министара пред парламентом, министрима се не гарантује адекватна правна сигурност. Они никада не могу бити сигурни да неће бити, можда чак и из чисто политичких разлога, кривично оптужени и осуђени, уместо да због одређеног политичког размимоилажења са парламентарном већином, буду само смењени са функције у поступку политичке одговорности.⁵ Затим, парламент представља организационо посматрано једно веома гломазно тело, често састављено и од више стотина посланика, чији је начин рада везан за компликован механизам колективног одлучивања. Због тога, он не представља орган који је подесан за спровођење једног, до најситнијих детаља регулисаног правног поступка, какав је поступак кривичне одговорности министрима. Такође, и степен правне *комитетности* која је потребна за спровођење таквог поступка, код парламента никада није на задовољавајућем нивоу.⁶ Због свих тих разлога, парламент у целини или макар и само један од његових домова, веома се ретко јављају као орган надлежан за кривично суђење министрима у савременим државама.

Као такав, парламент је најпозванији да одлучује у случају кривичне одговорности министара у оним правним системима где министри ову врсту одговорности носе и за нецелисходност своје радње (повреду државних интереса). Због тога, кривична одговорност министара пред парламентом се данас јавља само у малом броју земаља англосаксонског правног система, које познају поступак *impeachment*-а. У том погледу, разликују се два модела кривичне одговорности министара пред парламентом: енглески и амерички модел.

Према *енглеском моделу*, министрима на основу кривичне оптужбе коју подноси доњи дом (Дом Комуна), а која се може односити на било коју противправну радњу или повреду државних интереса, суди увек горњи дом (Дом Лордова). Тај дом министрима може изрећи било коју казну кривично-правног карактера. Она може бити иста или различита, како по врсти тако и по мери, у односу на општи кривично-правни режим.

Овакво решење органа надлежног за суђење код посебне кривичне одговорности министара у теорији уопште није изазвало посебну пажњу, па самим тиме ни критику. Основни разлог за то се налази вероватно у чињеници да се у Енглеској никада није постављало питање повреде начела поделе власти у случају када је један од парламентарних домова

5 Један у теорији од ређих, додуше старијих аутора, које је оправдавао судску функцију парламента над министрима (Сената по Уставу Француске из 1875 године) био је и Леон Диги. Он сматра да карактер државног органа који суди министрима зависи од природе одговорности која се пред њим остварује (политичка или кривична). Тако: „Сенат, кад се конституише као кривични суд, престаје да буде политичка скупштина и постаје суд у пуном смислу речи”. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, IV, 3-e édition, Ancienne librairie fontemoing & C-ie, Paris, 1930; стр. 581.

6 „Поступак суђења министрима треба, као и сваки други кривични поступак, да има за циљ поглавито утврђивање материјалне истине, а једно чисто политичко тело није у стању да адекватно удовољи овом захтеву”. J. Касановић, *Министарска одговорност у српском јавном праву*, стр. 167.

(Дом Лордова) врши судску функцију. Дому Лордова је одувек припадала судска функција као Врховном суду Краљевства. Уосталом, Дом Лордова је и настао из *Magnum Concilium*-а. Међутим, његова судска функција над министрима има данас више симболичан, него стварни значај. Отуда, и у тој чињеници треба тражити одговор за релативну незаинтересованост теорије за овакво решење.⁷

Према *америчком моделу*, орган надлежан за кривично суђење министрима (државним секретарима) по оптужби коју подноси доњи дом (Представнички дом), такође је горњи дом (Сенат). Међутим, након спроведеног поступка *impeachment*-а, Сенат министрима може изрећи само санкције које су више политичко-дисциплинског него кривичног карактера (удаљење са функције и дисквалификацију за обављање јавне службе). Прави кривични поступак се, у случају да је министар истом радњом учинио деликт кажњив и према општем кривично-правном режиму, води тек након тога, пред редовним судом. Дакле, тек би тај суд могао изрећи праву кривично-правну санкцију, која би била адекватна тежини учињеног кривичног дела. Због тога, одговорност министара пред парламентом која се остварује према америчком моделу се не може ни сматрати кривичном одговорношћу у правом смислу речи.

2.2. *Кривична одговорност министара пред редовним кривичним судом*

Поверавање редовним судовима кривичног суђења министрима представља данас најчешћи случај у пракси. Међутим, за разлику од кривичне одговорности која се остварује према општем кривично-правном режиму, код које министрима увек суде исти редовни кривични судови као и свим осталим грађанима, у случају кривичне одговорности министара која се остварује према посебном режиму, суђење се обично поверава редовном суду највише судске инстанце (врховном суду, савезном суду и сл.).

У прилог оваквог решења говори више разлога. Пре свега, кривична одговорност министара је облик правне одговорности. Код ње је битно оценити низ правних питања, која увек захтевају висок степен правне *компетентности*. Таква компетентност је несумњиво највише и присутна управо код суда највише инстанце. Затим, састав таквог суда је обично, сам по себи већ довољно поуздан гарант високог нивоа *објективности* и *независности*. Оне се посебно траже приликом суђења личностима какве обављају министарску функцију. Такође, и одређени организациони аспекти говоре у прилог оваквог решења. Наиме, поверавање надлежности за кривично суђење министрима највишем суду у земљи, а не неком другом државном органу, представља уједно и *концентрацију целокупне судске функције* у јединствену организациону целину, на челу са највишим судом.

7 Видети: Ш. Куртовић, *Impeachment и политичка одговорност у Енглеској*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 1/1977, стр. 19–45;

У том случају, највиши суд је надлежан да суди не само за најтежа кривична дела, већ и најважнијим политичким личностима у земљи.

Поред ових, постоје и одређени разлози који говоре против надлежности редовних судова у материји кривичне одговорности министара, па макар то био и највиши суд у земљи. Кривична одговорност министара јесте облик правне одговорности. Међутим, код ове одговорности, услед политичког карактера и значаја министарске функције, као и начина нормирања дела за која министри одговарају, увек постоји и њена политичка страна. Због тога, процењивање ове одговорности поред правног знања, захтева поседовање и одређеног *политичког искуства*. Такво искуство по правилу није на задовољавајућем нивоу присутно код судија редовних судова, без обзира на то што би они могли бити и судије највишег суда у земљи. Поред тога, кривични поступак против једног актуелног министра увек прате и бројне политичке расправе у јавности. Њихов резултат су неминовно и одређени *политички приписци* на судије које треба да суде. У интересу је правилног вршења судске функције да судије, и поред тога што им је правно обезбеђена независност, увек буду што даље од актуелног дневно-политичког живота.

Због свега тога, поверавање надлежности за кривично суђење министрима редовним судовима најбоље резултате даје у оним правним системима у којима је предмет кривичне одговорности везан, не само искључиво за противправну радњу министра, већ и за она кривична дела која су прецизно правно дефинисана. Око радње тих дела морала би да постоји општа сагласност кривично-правне теорије. У свим осталим случајевима, треба увек рачунати и са могућим негативним странама које се јављају код кривичне одговорности министара пред редовним судовима.

У пракси се овакав начин суђења код кривичне одговорности министара среће у релативно великом броју земаља. Тако, у Белгији је предвиђена надлежност *Касационог суда* у заједничкој седници. У Холандији је надлежност поверена *Врховном суду*. У Шпанији је надлежност такође поверена *Врховном суду* и то његовом кривичном одељењу. У Јапану постоји такође надлежност *Врховног суда*. На Исланду је надлежност поверена *Високом суду*. У Швајцарској постоји надлежност *Савезног суда* итд.⁸

2.3. Кривична одговорност министара пред посебним судом

Поверавање надлежности за кривично суђење министрима једном посебном суду, представља такође доста чест случај у пракси. Основни разлог за релативно честу заступљеност оваквог решења налази се у томе што овај

8 Видети: Ch. Bigaut, *La responsabilité pénale des hommes politiques*, str. 150–161; j. Virret, *La responsabilité de l'administration et de ses agents l'épreuve du droit pénal contemporain*, Actualité Juridique de droit administratif, 1995, стр. 770–772; G. Gartner, *L'extension de la répression pénale aux personnes publiques*, Revue Française de Droit Administratif, numero 10, januar-février 1994, str. 65–68.

модел углавном коригује недостатке претходна два модела. У овом случају, ради се о посебној врсти судско-политичког органа. Такав орган се, захваљујући свом мешовитом политичко-правничком саставу, сматра довољно квалификованим да цени и правну и политичку страну кривичне одговорности министара.

У пракси постоје две варијанте оваког модела кривичног суђења министрима. Једна се односи на *уставни суд*, а друга на посебни тзв. државни суд.

2.3.1. Кривична одговорност министара пред уставним судом

Основна предност поверавања надлежности за кривично суђење министрима уставном суду, огледа се у томе што је тај суд у односу на све остале редовне судове, *највичнији процени пољитичких и правних елемената*. Ти елементи су увек, по природи ствари, присутни код свих уставних института. Расправљајући о односима између различитих органа државне власти, уставни суд поред правног знања, увек мора да поседује и довољно политичког слуха. Стога је сасвим природно да се и одлучивање о кривичној одговорности министара, за које је такође, поред правног знања, потребно и одређено политичко умеће, повери управно једном таквом суду.⁹ Даље, у прилог оваког решења такође говори и *поццпшоване принципна поделе власти*. На овај начин се целокупна судска функција у потпуности задржава у оквиру редовне судске власти. Затим, оваким решењем се у потпуности задовољава и захтев за *независношћу* и *објективност*. Уставни суд свугде представља установу са највишим правним и политичким интегритетом у земљи. У односу на органе свих осталих државних власти уставни суд се одликује потпуном сувереношћу. У односу на парламент она се изражава у чињеници да уставни суд може да суди о уставности свих законодавних аката. У односу на све остале судове, она се изражава у чињеници да уставни суд може да решава о споровима надлежности између судова различитих територијалних јединица.

Поверавањем кривичног суђења у случају одговорности министара, и евентуално председника републике, таква сувереност се постиже и кад је у питању извршна власт.

Као негативна страна оваког решења углавном се јавља чињеница што многи правни системи уопште *не познају* установу уставног судства. У том случају образовање једног таквог сталног органа судске власти, само

⁹ Видети: И. Крбек, *Уставно судовање*, ЈАЗУ, Загреб, 1960, стр. 6–9; Д. Кулић, *Уставно судство у свету*, Ниш, 1969, 8–15; Д. Кулић, „Уставно судство”, Упоредни политички системи, Савремена администрација, Београд, 1983, стр. 311–317; С. Павичић, „Уставно судство код нас и у свијету”, Југословенска адвокатура, бр. 1/1967, стр. 157–186; В. Коштуница, „Улога уставног судства – ујоредноправни аспекти”, Уставност и законитост општих аката ОУР-а, Београд, 1976, стр. 247–259. С. Сокол, „Положај уставних судова унутар организације државне власти”, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 2/1985, стр. 147–158.

да би судио у случају кривичне одговорности министара, која се у пракси опет веома ретко јавља, представљало би једно веома непрактично и неекономично решење. Стога, за све оне земље које немају уставни суд много је практичније организовање кривичног суђења министрима према другој варијанти овог модела, путем посебног државног суда.

У пракси се надлежност уставног суда за кривично суђење министрима јавља у низу земаља које познају ову судску установу. Такав је данас случај са: Немачком, Италијом, Аустријом, Турском, Бразилом итд.

Разлике између ових земаља тичу се углавном само састава суда. На основу те чињенице, природно, произлази онда и њихов различити ниво компетентности за кривично суђење министрима. Тако, на пример, у Немачкој је Федерални Уставни суд састављен од укупно 16 судија, од чега по осам судија бира сваки од парламентарних домова: Bundestag и Bundsrat, и то са по 2/3 већином гласова. Насупрот томе, у Италији је састав Уставног суда знатно сложенији, па је самим тим и много компетентнији за суђење министрима. У овој земљи Уставни суд у случају када суди министрима има укупно 31 судију. Од тога су петнаесторица сталних судија тог суда. Они се одређују тако што: пет судија именује Председник Републике, пет судија бира Парламент на заједничкој седници оба дома 2/3 већином гласова, док тројицу судија бира Касациони суд из свог састава, а по једног судију Државни савет и Рачунски суд из свог састава. Осталих шеснаест судија се бирају само у случају кривичне одговорности министара. Њих бира Парламент на заједничкој седници оба дома са листе грађана, при чему сви они морају да поседују услове потребне за избор сенатора. У таквом случају овим судијама припада улога судија-поротника.¹⁰ На основу чињенице да је састав Уставног суда у Италији тако сложен, могао би се извести закључак о жељи уставотворца да обезбедити висок ниво компетентности у материји кривичне одговорности министара. Међутим, остаје сасвим нејасним зашто се онда уставотворац определио за решење да се тако састављен суд у случају кривичне одговорности министара не мора уопште стриктно придржавати кривичног закона.¹¹

2.3.2. Кривична одговорност министара пред државним судом

Поверавање кривичног суђења министрима посебном државном суду такође се релативно често среће у пракси. Овај суд представља посебан државни орган који се налази ван система редовног правосуђа. Он се најчешће формира само са надлежношћу за кривично суђење министрима. Због те чињенице овај суд се веома често образује и као *ad hoc* орган. Поред кривичног

10 Видети: Ch. Bigaut, *La responsabilité pénale des hommes politiques*, стр. 159–161; Д. Гјанковић, „Талијански Уставни суд”, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 1–4/1957, стр. 82–87.

11 Видети: Д. Гјанковић, „Талијански Уставни суд”, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 1–4/1957, стр. 87.

суђења министрима, њему се понегде поверава и кривично суђење шефу државе (председнику републике). То се, углавном, чини у оним правним системима где је и шеф државе кривично одговоран (потпуно или делимично).

У погледу састава, државни суд је најчешће мешовитог, *йолитичко-йравничкој састйава*. У зависности од потреба конкретног правног система, састав овог суда може се комбиновати на више различитих начина. Тако, могуће су ситуације: да преовлађују више политички представници, да преовлађују више представници правне струке, као и да они буду равноправно заступљени. Исто тако, могуће је и да се судије овог суда узимају из различитих средина. Као најчешћи чланови овог суда обично се бирају: *йосланици, владини йредстйавници, судије највиших редовних судова у земљи, йрофесори йрава и друји афирмисани йравници*.¹² Иако њихово процентуално учешће у саставу суда може бити различито, ипак је у савременим државама приметна тенденција све веће професионализације тог суда. У последње време долази до знатног повећање броја представника судске, односно правне струке, на рачун политичких представника.¹³ Основна предност оваквог модела кривичног суђења министрима огледа се у томе што се код њега на далеко најбољи начин отклањају најважнији недостаци свих претходних модела. Жељеном комбинацијом политичких и правних представника у случају судија овог суда може се постићи *задовољавајући ниво комйейненйности* у процени и политичке и правне стране кривичне одговорности министара. Због тога се овај модел у теорији сматра најбољим за све оне земље које не познају установу уставног судства, а познају посебан режим кривичне одговорности министара.

Поред своје добре стране, овакав модел кривичног суђења министрима ипак има и одређених недостатака. Најпре, преношењем судске функције над министрима на један државни орган који се налази, не само ван судске власти, већ и ван организационе структуре осталих функција државне власти (и законодавне и извршне), директно *нарушава йринцип йоделе властйи* и у многоме излази из оквира трипартитног модела. Због тога, приликом одлучивању о саставу овог суда мора се водити рачуна о очувању уставом утврђене равнотеже различитих функција државне власти.

Затим, овакав модел, без обзира на одређени мешовити састав суда, ипак на прави начин не задовољава основни захтев који се поставља пред један суд који треба да суди у случају кривичне одговорности министра, *истйовремено йоседовање* и правног знања и политичког искуства. Овај модел такав захтев задовољава само када се државни суд посматра у целини. Међутим, не и када се судије тога суда посматрају појединачно. Да би такав захтев био потпуно задовољен, приликом суђења министрима сваки од судија би требало да поседује истовремено и један и други квалитет, а то овде није случај.

12 О могућим комбинацијама приликом састављања посебног државног суда видети: А. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, II, стр. 1056.

13 Видети: В. Mathieu, „*La Cour de justice de la République*”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, numero 15, 1993, стр. 601–612.

И на крају, као највећи недостатак овог модела је то што он *не гарантује довољну независност и објективност* приликом суђења, а управо су то најважније претпоставке које би требало обезбедити у случају кривичне одговорности министара. Наиме, овакав се државни суд најчешће налази ван система редовог правосућа, па му се отуда на одговарајући начин не може обезбедити организациона независност, бар не у оној мери као што је то случај са редовним судовима. Исто тако, и персонална независност код овог суда је знатно умањена, услед његовог привременог карактера. Такве недостатке овог модела на најбољи начин отклањају оне земље које у свој уставно-правни систем, паралелно са посебним режимом кривичне одговорности министара, уводе овакав суд, али као стални државни орган.

У пракси се кривично суђење министрима према овом моделу среће у већем броју, и то пре свега европских земаља. Такав је данас случај са: Француском (Суд правде Републике), Шведском (Високи суд), Норвешком (Високи суд Краљевине), Финском (Високи суд), Данском (Високи суд правде), Грчком (Специјални суд) итд.

Иако су у основи сви ти судови образовани према истом моделу, они се умногосте разликују у погледу састава. Тако, у Француској је Суд правде Републике састављен од укупно 15 судија. Од тога се дванаест судија бирају из састава парламента, и то половина по пропорционалном принципу на период од 5 година из састава доњег дома (*Assemblée Nationale*), а друга половина на период од 3 године из састава горњег дома (*Senat-a*), док се тројица судија бирају из реда судија Касационог суда. Дански Високи суд правде има укупно 30 судија. Од тога су петнаест судија судије Врховног суда, а осталих петнаест судија се бирају на по 6 година по пропорционалном принципу из састава парламента (*Foketing-a*). Норвешки Високи суд Краљевине има укупно 39 судија. Од тога, четрнаест судија се бирају из састава горњег дома (*Lagting-a*), по седам судија бирају Врховни суд и Врховни Уставни суд, шест судија бира доњи дом (*Storting*), четири судије Апелациони суд и једног судију бира Правни факултет у Хелсинкију. У Грчкој је Специјални суд састављен од укупно 12 судија, од чега половину бира парламент, а другу половину сачињавају по тројица судија из Касационог и Апелационог суда.¹⁴

Закључно разматрање

Приликом уређења институције министарске одговорности у нашем правном систему сматрамо да би, поред општег кривично-правног режима који се за сада једини код нас примењује на министре, најпре новим уставом, а затим и посебним прописом о министарској одговорности, требало увести посебан кривично-правни режим за министре. У том смислу, нови устав би требало да садржи само одредбе о предмету одговорности

14 Видети: Ch. Bigaut, *La responsabilité pénale des hommes politiques*, стр. 150–161; Б. Матхиеу, *La Cour de justice de la République*. стр. 601–612.

и органима надлежним за оптуживање и суђење, које би представљале правни основ за доношење посебног прописа о министарској одговорности. Посебним законом о министарској одговорности требало би у потпуности уредити режим посебне кривичне одговорности министара.

У погледу органа који би били надлежни за утврђивање посебне кривичне одговорности министара, што представља једно од најбитнијих питања за успостављање режима посебне кривичне одговорности министара, морала би се разликовати два држава органа. Најпре, орган који би био надлежан за кривично оптуживање министара, а затим и орган који би био надлежан за само суђење министрима. Сматрамо да би најбољи избор органа надлежног за оптуживање министара у случају увођења посебне кривичне одговорности код нас представљала Народна скупштина. Народна скупштина би одлуку о покретању поступка кривичне одговорности министра морала доносити увек квалификованом већином, према поступку који би био детаљно уређен законом о министарској одговорности и скупштинским пословником. У погледу органа који би био надлежан за суђење министрима, имајући у виду сва решења која се данас срећу у упоредном праву и предности и недостатке које свако од њих са собом носи, сматрамо да би за наш правни систем најбоље решење било избор уставног суда. Нова надлежност коју би могао да има уставни суд у новом уставном систему требала би да буде, поред одлучивања о уставним жалбама, и суђење у случају постојање посебне кривичне одговорности министра.

У случају да се приликом будућег уставно-правног преуређења наше земље одлучимо за избор уставног суда као органа надлежног за кривично суђење министрима у случају постојања посебне кривичне одговорности, једно од питања које би се при том морало решити било би и питање састава тог суда. Наиме, за успешно суђење у случају посебне кривичне одговорности министара од судија се увек захтева поседовање одређеног правног знање из области кривичног права и способности процене политичких елемената који се увек јављају код кривичних дела министара. Са данашњим саставом нашег уставног суда оваквом захтеву није у потпуности удовољено. Наиме, судије нашег уставног суда, због природе основног посла који обављају (оцена уставности и законитости општих правних аката), не поседују у довољној мери правно знање из области кривичног права. Излаз у овој ситуацији могао би бити у проширивању састава уставног суда када одлучује о постојању посебне кривичне одговорности министара. У том случају, поред сталних судија уставног суда, у његов састав би могле да буду биране и судије из реда судија Врховног суда или из реда професора правних факултета. Дакле, могла би бити примењена слична решења која данас постоје у Италији и Немачкој. Конкретан начин избора судија који би улазиле у састав уставног суда у случају када он одлучује у материји посебне кривичне одговорности министара, био би детаљно регулисан законом о министарској одговорности. У сваком случају, начин избора судија би зависио од начина на који буде био одређен предмет посебне кривичне

одговорности министра, односно да ли ће кривична дела за које министри буду одговарали према посебном режиму пред уставним судом у себи садржати више или мање политичких или кривично-правних елемената.

И на крају, без обзира на то што се могу јавити одређене правне дилеме око избора различитих решења која се могу применити у нашем правном систему код сваког од елемената које чине специфичним правни режим министарске одговорности, и то почев од предмета одговорности, поступка, санкција, па и приликом избора органа надлежних за суђење који су били предмет наша анализе у овом раду, сматрамо да би детаљно уређење министарске одговорности, најпре новим уставом, а затим и посебним прописом о министарској одговорности представљало веома важан корак у остваривању основног циља министарске одговорности – правилног вршења министарске функције. Тиме би се у великој мери допринело и правилности вршења целокупне управне функције државне власти.

НАДЛЕЖНОСТИ И ПОЛОЖАЈ УСТАВНОГ СУДА У ПРЕДЛОЗИМА ЗА НОВИ УСТАВ СРБИЈЕ

Почетком априла 2003. године у Народној Скупштини Републике Србије донет је Закон о начину и поступку промене Устава. Парламентарна већина је на тај начин јасно изразила вољу да нови Устав буде Устав дис-континуитета – и политичког и правног. Крајем истог месеца, Скупштина Србије бира Уставну комисију чији је основни задатак да изради предлог новог Устава Србије. Неколико дана касније, 6. маја, Уставна комисија се конституише на својој првој седници.

Овај догађај, означио је заправо формализацију једног процеса и настојања да се Србија, као политичка заједница реконструише, уставно дефинише на другачијим основама, да несагласност оног фактичког – новог политичког поретка у Србији од краја 2000-те године и оног нормативног – Устава из 1990. године, коначно буде превазиђена. Но, пре формирања Уставне комисије, стручна и политичка јавност добила је неколико предлога који су садржавали исту идеју – стварање новог уставног поретка у Србији. Тако су јавности предочени целовити уставни пројекти Београдског центра за људска права, проф. др Павла Николића, *Fogium Iuris*, као и два предлога политичких странака – Демократске странке и Демократске странке Србије. Предмет ове анализе јесу они делови поменутих пројеката који се односе на надлежности Уставног суда, на његов положај и однос према другим државним органима.

1. ОДНОС УСТАВНОГ СУДА И СКУПШТИНЕ СРБИЈЕ

Надлежност Уставног суда која у највећој мери опредељује однос ова два органа је свакако овлашћење уставног суда да оцењује уставност закона. Уставни суд се појављује као орган који ауторитативно и меродавно решава спор који настане у погледу усаглашености закона са уставом, при чему својом одлуком опредељује правни статус закона – утврђујући да је закон сагласан са уставом, или пак да му је противан.

Тиме, Уставни суд чува утврђен однос између оригинерне и суверене уставотворне власти, с једне стране, и законодавне власти, са друге стране. У природи ове две власти налази се клица сукоба. Док се уставотворна власт повремено врши и изражава, те нема своју конзистентну форму¹, на другој

1 Овакав став односи се на оне случајеве када је уставотворна власт подељена између два или више носилаца, нпр. парламента и грађана.

страни налази се законодавна власт оличена у једном органу. Она се врши непрекидно и по правилу је снабдевена значајним и респектабилним политичким легитимитетом. Развијена законодавна активност на једној и правно-техничка карактеристика устава на другој страни (најопштији правни акт који важи у дужем временском периоду него закони) по природи ствари отвара фактичку борбу између устава и закона. У оваквој позицији Уставни суд се појављује као заштитник „интереса” и положаја уставнотворне власти. Он је брана од насртаја у уставотворни простор, он је орган који спречава фактичку уставну промену доношењем противуставних закона.

Уставни суд је дакле основни и једини контролор, чувар и хармонизатор уставног и правног поретка. Снабдевен је јаким овлашћењем – када оцењује уставност неког закона или другог општег правног акта, односно њихову законитост, он доноси одлуку на коју није могуће изјавити жалбу, која је коначна, извршна и општеобавезујућа. У погледу правног акта или његовог дела, ова одлука има касаторно дејство и након објављивања, из правног поретка уклања такав акт или норму.

Највећи број предлога предвиђа за Уставни суд једну специфичну позицију: наиме, не обезбеђује само хармонизацију општих правних аката са уставом, него и са међународним правним поретком. Тако је предвиђено да уставни суд цени усклађеност закона и других општих правних аката са потврђеним и објављеним међународним уговорима. Предлог Демократске странке Србије иде и даље, па предвиђа оцену усаглашености унутрашњег правног поретка и са општеприхваћеним правилима међународног права, што Уставном суду даје специфичну позицију како њиховог меродавног тумача, тако и органа који својим одлукама може на један деликатан начин у унутрашњи правни поредак да унесе више елемената међународно-правног поретка, када у одређеној ситуацији пружи предности принципима међународних правила, на уштрб норми устава.

Предлог професора П. Николића такође садржи једну посебност. Наиме, уставни суд би оцењивао усаглашеност закона и других правних аката са само одређеним ратификованим и објављеним међународним уговорима: са онима који се односе на основне слободе и права човека и грађанина.

I

Код једног од предлагача² појавило се решење, које појачава положај Уставног суда у односу на законодавца – то је претходно оцењивање уставности предлога закона или пословника. Поступак, у овом случају, покренула би једна трећина посланика, односно једна трећина посланика изабрана по регионима. Одлука уставног суда, међутим, не би имала обавезујућу снагу. По одлуци суда се не мора поступити, и тада, ако тако

² Демократска странка Србије, члан 177 предлога.

мањкав предлог буде преточен у закон, аутоматски се покреће поступак поред Уставним судом, који овај пут одлучује у редовном поступку о уставности закона.

Свим предлагачима нових уставних решења, промакла је једна рационална могућност – да се ова класична надлежност Уставног суда подели између њега и редовних судова, да Уставни суд буде заштитник и контролор уставности и законитости, само оних општих правних аката које доносе само тзв. државни ауторитети, односно представничка тела, државе, јединице територијалне и политичке децентрализације и локалне самоуправе. Оцена законитости осталих општих правних аката могла је бити поверена редовним судовима.

II

Заштита уставности и законитости као магистрална надлежност уставног суда умногоме опредељује однос са законодавцем. Постоји, међутим, још одређени број елемената који додатно опредељују њихов однос – то су процедуре којима је утврђен поступак избора и разрешења судија. Сви предлагачи, без изузетка, предвидели су две одвојене фазе у избору судија уставног суда: предлагање и избор. Процедура је постављена тако да се кроз предлагање обезбеђује изражавање воље струке, пошто предлог подноси Високи савет правосуђа, док је избор предвиђен као израз политичке воље која саставу суда прибавља политичку легитимацију – избор врши скупштина Србије.

Процедура престанка судијске функције подељена је на део који се одвија по сили – аутоматизму устава и на део за чије су окончање потребне радње самог Уставног суда и Парламента. Устав³ одређује услове чијим наступањем отпочиње процедура престанка судијске функције, док Уставни суд утврђује наступање тих разлога и на основу њих сачињава предлог за разрешење који упућује Скупштини Србије. Скупштина Србије доноси одлуку о разрешењу, при чему је она везана овим предлогом – чињеница да је меродавно утврђено постојање разлога за разрешење од стране Уставног суда, Скупштини не оставља простора да евентуално не донесе одлуку о разрешењу.

III

Однос Уставног суда и Парламента изражава се и кроз нарочиту ситуацију која се тиче процеса конституисања новог сазива парламента. Наиме, док је по постојећем нормативном поретку присутно тзв. самоконституисање Парламента, где се све радње конституисања одвијају унутар Парламента, дотле је по предлогу Демократске странке Србије предвиђено да једна од конститутивних радњи – одлука о потврђивању посланичког

3 Предлог Београдског центра за људска права.

мандата, подлеже контроли Уставног суда. Наиме, допуштено је уложити жалбу пред Уставним судом, на одлуку која се односи на потврђивање мандата. Жалба може бити изјављена и против одлуке којом се потврђује, као и против одлуке којом се одбија потврђивање мандата.

Уставни суд је такође⁴, овлашћен да разреши сукоб који може настати када посланику пре времена престане мандат. Предагач није предвидео да уставотворац пропише разлоге за превремени престанак посланичког мандата, него је то препустио органском законодавцу. Ипак је предвиђена заштита посланицима у таквим приликама, и пружа је Уставни суд. Ово је специфичан вид заштите, који се прописује за све случајеве или спорове који настају у току трајања посланичког мандата и поводом посланичког мандата.

IV

Напокон, по правилу, у свим предлозима, Уставном суду додељена је одређена улога у решавању изборних спорова. Део предлагача⁵ прихватио је досадашње решење према коме се Уставни суд појављује у решавању изборних спорова са супсидијерном надлежношћу – онда када нико други није надлежан за њихово решавање. Имајући у виду досадашња искуства, овакво решење Уставном суду заправо даје веома малу или никакву реалну надлежност у решавању изборних спорова. У овом случају, препуштено је законодавцу, да када уређује материју избора и решавање изборних спорова уреди и одреди меру надлежности уставног суда⁶. Показало се, међутим, у досадашњој пракси да је овакво решење нефункционално и да за странке у изборном спору које би се обратиле уставном суду то заправо представља *ius nudum* – изборни спорови се завршавају пред посебним органом – Републичком изборном комисијом или пред редовним судовима – Верховним судом, тако да Уставном суду не преостаје простор у коме би и он могао додатно да пружи заштиту изборног прва. Остаје једино могућност да законодавац изричито поброји ситуације у којима постоји недвосмислена надлежност Уставног суда када је реч о изборним споровима.

Друга група предлагача, знатно је прецизније уредила надлежност уставног суда у решавању изборних спорова. У предлогу професора П. Николића предвиђена је *изричитиа надлежности* уставног суда да решава све изборне спорове који настају током избора посланика државног парламента, затим спорове који настану у избору посланика обласног парламента као и у парламената локалне самоуправе.

Слично решење дала је и Демократска странка предвиђајући надлежност уставног суда за решавање изборних спорова насталих током избора посланика за Народну скупштину Републике Србије.

4 Предлог Демократске странке.

5 Forum iuris, Београдски центра за људска права, Демократска странка Србије.

6 Узимајући у обзир решења свих представљених предлагача, ово је заправо изузетак од правила да се целокупна надлежност, њен овим и домашај уређује уставом. У овом случају домашај надлежности уставног суда препуштен је законодавцу.

2. ОДНОС УСТАВНОГ СУДА И ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ

Највећа новина везана је за овлашћење Уставног суда да утврђује повреду устава коју учини председник Републике. Повреда устава од стране председника Републике је заправо вид парapolитичке одговорности у парламентарним демократијама републиканског државног уређења. Карактер ове одговорности налази се на граници правне и политичке одговорности. У зависности од тога који је орган надлежан да утврди његову повреду⁷, и природа ове одговорности добија претежно политички или правни карактер. Сви предлагачи су без изузетка утврдили овакав вид одговорности председника републике, као и овлашћење Уставног суда да утврди постојање повреде устава.

Проблем који настаје тиче се заправо природе ове одговорности, односно њене суштине. У парламентарном режиму, политички одговорна је само влада⁸. Са друге стране се, прописује могућност да председник Републике буде пре истека мандата разрешен дужности против своје воље због повреде устава. Из упоредних решења, очигледно је да није реч о одговорности за доношење неуставних правних аката, с обзиром на то да сви државни органи, били они колективни или инкосни, подлежу провери овакве врсте одговорности. За доношење неуставног акта сви органи подлежу режиму исте санкције – повлачење из правног поретка неуставног акта. Овде је заправо реч о једном облику парapolитичке одговорности. Повреда устава у случају председника Републике могла би бити она која се односи на повреду *духа* устава а не самог његовог текста.

Даље питање је по ком поступку би се утврђивала ова врста одговорности пред Уставним судом. Сва отворена питања саму надлежност чине деликатнијом када се има у виду последица утврђујуће одлуке Уставног суда – разрешење председника врши се одлуком Уставног суда⁹. Дејство одлуке суда је *ex constitutionem* и не подлеже никаквој провери.

Демократска странка Србије, предложила је додатно, још једну надлежност уставног суда. Наиме, њиховим предлогом прописан је посебан облик и посебан режим кривичне одговорности председника Републике¹⁰.

Најпре, предвиђено је да председник Републике одговара за кривично дело учињено управо у том својству – својству председника Републике, и да

7 Парламент или орган судске власти.

8 Р. Марковић, Уставно право и политичке институције, Службени гласник Републике Србије, Београд 1995, стр. 400

9 Овакво разрађено решење предложено је у нацрту устава Демократске странке Србије. Остали предлагачи који предвиђају идентичну надлежност Уставног суда задржали су се само на нормирању ове надлежности Уставног суда без утврђивања правног дејства одлуке или општих правила поступка за утврђивање повреде устава учињене од стране председника Републике.

10 Треба имати у виду да је овакво решење само изузетак од правила, односно од редовне кривичноправне одговорности председника републике, јер сам предлагач у члану 113 ст. 3. наводи: „За остала кривична дела председник Републике одговара пред судом.”

у том случају Уставни суд утврђује његову кривичну одговорност. Оптужбу пред Уставним судом подиже народна скупштина¹¹ и то гласовима најмање 150 посланика. Престанак мандата председника везан је за утврђујућу одлуку Уставног суда.

3. ОДНОС УСТАВНОГ СУДА И ВЛАДЕ

Иако је у досадашњој уставно-правној пракси, веза између Уставног суда и Владе била непосредна, односно успостављала се онда када се пред Уставним судом налазио предлог или иницијатива за оцену уставности уредбе владе, у предлогу устава Демократске странке Србије, налази се једно специфично решење, о одговорности члана владе за повреду устава и закона, као и о кривичној одговорности члана владе пред Уставним судом.

I

Наиме, истој врсти одговорности, која се тиче повреде устава, поред председника Републике подлеже и сваки члан владе. Природа одговорности је иста – она се односи на дела која нарушавају дух устава и закона али не и на дела која су супротна слову устава и слову закона. Док је за овакву врсту одговорности у случају председника Републике лако наћи објашњење, у случају чланова владе, чини се да је реч о једном институту чији домаћаји до краја нису изведени. Наиме, чланови владе су већ политички одговорни пред парламентом. Ова врста одговорности темељи се на политичкој целисходности, и само је процедурално подвргнута праву. На другој страни, чланови владе су и кривично и парнично одговорни. Чини се да би прописивањем ове врсте одговорности, слобода деловања чланова владе била знатно сужена. Имајући у виду да је повреда устава и закона, заправо један вид парapolитичке одговорности, успоставио би се један вид двоструке политичке одговорности – оне класичне, пред парламентом, и једне прикривене, пред уставним судом. Такво би решење заправо, довело до нестабилности сваке владе. На другој страни, политички ојачана позиција Уставног суда, у знатној би мери усложила његов положај: један државни орган који има наглашен стручни карактер нашао би се у простору утврђивања правно-политичке целисходности увек када разматра повреду устава или закона учињену од стране члана владе. Тако би позиција Уставног суда била померена више у политичку сферу, поготово када се ова надлежност повеже са неким другим овлашћењима (нпр. разматрање захтева за забрану рада политичких странака, или пак одлучивање по уставој жалби, као и одлучивање о актима јединица територијалне и политичке децентрализације).

11 Као што и у случају утврђивања повреде устава учињене од стране председника Републике, Народна скупштине покрене ову процедуру.

Овај специфичан облик одговорности министара одвијало би се по следећој процедури: поступак против министара покреће најмање 84 народна посланика а против председника владе најмање њих 94. Утврђујућа одлука суда непосредно доводи до разрешења члана владе.

II

Предлогом истог предлагача, предвиђена је и посебна кривична одговорност за члана владе за кривично дело учињено у својству члана владе. Оптужбу пред уставним судом подиже народна скупштина већином гласова свих народних посланика. Међутим на статус члана владе, одлука Уставног суда у овом случају нема меродавно дејство – њему чланство у влади престаје на основу подизања оптужбе од стране парламента пред Уставним судом. Занимљиво је да овом виду одговорности подлеже и лице коме је раније престало чланство у влади односно функција министра, а није био оптужен за време трајања министарског мандата.

4. ОДНОС УСТАВОГ СУДА И ЈЕДИНИЦА ТЕРИТОРИЈАЛНЕ И ПОЛИТИЧКЕ ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈЕ, ОДНОСНО ЈЕДИНИЦА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Посебну пажњу привлаче решења којима би уставни суд поседовао меродавна овлашћења према јединицама територијалне и политичке децентрализације. Поред основног овлашћења – заштита уставности и законитости уставно-правног поретка Републике Србије, којим се успоставља однос између Уставног суда и јединице територијалне и политичке децентрализације, у појединим решењима¹² Уставни суд је предвиђен као главни контролор и главни заштитник уставног положаја јединица територијалне и политичке децентрализације.

I

Према досадашњим решењима, однос између републичке власти и нижих правно-политичких нивоа, одвијао се на релацији републичка влада – органи покрајине, односно локалне самоуправе. Овакав однос имао је за последицу слабљене јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, с обзиром на политички карактер владе и политичку целисходност у поступању владе. Нова решења, нуде објективизован однос, који стабилизује хоризонталну организацију у Републици Србији. Најпре, у оцењивању уставности и законитости закона региона, успоставља се другачији однос него када је реч о редовном режиму ове надлежности Уставног суда. Наиме републичка влада може покренути пред Уставним судом поступак за оцену уставности и законитости закона региона и пре

12 Занимљиво је да је реч о предлозима две политичке странке – ДС и ДСС.

његовог ступања на снагу. Само покретање поступка пред Уставним судом одлаже ступање на снагу регионалног закона.

Друга, далеко значајнија надлежност уставног суда јесте његово право да на предлог републичке владе распусти скупштину региона. Наиме влада Републике Србије овакав предлог може поднети уколико процени да скупшина или влада региона грубо крше устав или закон, или угрожавају јединство правног поретка Републике Србије. Одлука Уставног суда о распуштану скупштине региона, повлачи за собом престанак мандата и влади региона.

II

Са друге стране, Уставни суд је истовремено заштитник уставног положаја региона и јединица локалне самоуправе. Било који регионални орган који је одређен самим статутом региона, има право жалбе Уставном суду, ако се појединачним актом или радњом, независно од кога је тај акт донет или радња учињена, омета надлежност региона.

Такође је предвиђено овлашћење органа региона да пред Уставним судом покрене поступак за оцену уставности закона или другог општег акта Републике Србије или општег акта јединице локалне самоуправе којим се повређује право на регионалну аутономију.

Идентична права на заштиту имају и органи локалне самоуправе. Право локалне самоуправе је да самостално одреди орган који ће пред Уставним судом покренути поступак „заштите” свог уставног положаја, уколико оцени да је овај угрожен било законом или другим општим актом Републике Србије или региона, било да угрожавање потиче од појединачних аката, односно радњи.

Код осталих предлагача, постоје решења која Уставном суду опредељују овлашћење за решавање сукоба надлежности између републичких органа и регионалних, односно локалних органа.

5. ОСТАЛЕ НАДЛЕЖНОСТИ УСТАВНОГ СУДА

Код свих предлагача, без изузетка, предложене су до сада познате надлежности којима Уставни суд решава сукоб надлежности настао између републичких органа, или пак сукоб надлежности који настане између судава и других републичких органа. У корпус познатих овлашћења, треба додати и надлежност Уставног суда да расправља о забрани рада политичких странака, као и забрани рада удружења грађана.

Новина у свим предлозима је институт уставне жалбе. Њена је намена идентична – служи за заштиту уставом утврђеног права и слободе, а може се пред уставним судом подићи ако је њихова повреда учињена појединачним актом или радњом републичког органа. Међутим, разлика постоји у случајевима када је уставна жалба допуштена: наиме код поје-

диних предлагача она је допуштена ако не постоји судска заштита уставних слобода и права¹³ док је код других уставна жалба допуштена ако су исцрпљена редовна правна средства, пред редовним судовима.¹⁴

Поред наведених, у појединим предлозима појављују се одређене специфичне које додатно димензионирају положај Уставног суда и обезбеђују отклањање проблема, који у правном поретку могу настати током примене одређеног прописа. Таква су два решења предвиђена у предлогу Форума *iuris*. Према првоме, Уставни суд утврђује уставносудско правило о тумачењу нејасне уставне норме и када то чини руководи се начелима демократске и правне државе. Према другом правилу, Уставни суд обавезно даје своје мишљење о повреди устава у случајевима када је таква повреда заправо непримењивање уставних норми услед недоношења каквог закона или других правних прописа неопходних за ступање на снагу и примену уставних правила.

Чини се да су оваква два предлога значајан механизам који би у ситуацијама када је тешко очекивати од доносиоца да нејасну норму прецизира и промени, односно, ауторитет обавезног мишљења Уставног суда могао би да „натера” правне субјекте да донесу недостајуће правне акте који су услов примене или дејства појединих уставних одредби.

6. ЗАКЉУЧАК

У представљеним предлозима, надлежности Уставног суда могу се класификовати у две целине. Прву би чиниле оне надлежности које су до сада биле познате у уставноправном поретку Републике Србије, и представљају класична овлашћења Уставног суда. Другу категорију чине надлежности које су новина у нашем уставном поретку. Управо оне Уставни суд позиционирају другачије, због чега би он био само заштитник нормативног уставно-правног поретка у Републици Србији.

Другачија позиција Уставног суда опредељена је јаким надлежностима попут искључивог решавања изборних спорова за републички парламент, односно парламент јединица територијалне и политичке децентрализације и представничка тела јединица локалне самоуправе, потом доношење одлуке о повреди Устава учињене од стране председника Републике али и чланова владе, затим надлежност за утврђивање кривичне одговорности председника Републике и чланова владе, и напokon, право да се распусти парламенти јединица територијално-политичке децентрализације.

Када би се оваква овлашћења стекла у једном органу, могло би се говорити о једном специфичном парламентарном режиму. Наиме идеја за овакав положај Уставног суда налази се вероватно у идеји о неутралној власти коју је промовисао Бенџамин Констан. На темељу те идеје

13 Предлог Форума *Iuris*.

14 Предлог Демократске странке и Београдског центра за људска права.

1958. године донет је Устав V Француске републике који је промовисао тзв. полупредседнички или мешовити парламентарни систем. Управо је председнику Републике поверена та тзв. неутрална власт, која би требало да остварује баланс осталих органа и грана власти. У изложеним примерима, чини се да би управо Уставни суд могао да добије такву позицију у којој би хармонизовао и балансирао односе и у хоризонталној и у вертикалној организацији, а потом и спречавао сукобе и решавао спорове који настају међу државним органима.

У суштини реч је о оригиналним предлозима, који су, готово сви до једног, у већој или мањој мери имали у виду један потпуно нови концепт о положају и надлежностима Уставног суда.

Наиме, и овде генерално провејава једна идеја о неутралној власти, која би сада била измештена са првобитно предвиђеног органа за овакву функцију – монарха односно председника Републике и премешта се на један орган који је мање политички а више стручно конституисан. Тако би неутрална власт, власт спречавања и решавања сукоба који настају и хоризонтално и вертикално, припадала органу који има изведени политички али непосредни стручни и уставни легитимитет.

НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА – MATERIA CONSTITUTIONIS

У припремама за доношење новог Устава Србије потребно је преиспитати постојеће функције и надлежности Уставног суда Србије, ради његовог усмеравања на решавање савремених проблема. У том циљу било би добро да уставотворац има у виду, пре свега искуства развијених западних земаља која су раније од нас увела уставне судове, али и наша искуства која су се стицала у периоду од четрдесет година. Континуитет у основној уставној концепцији Уставног суда Србије и пракса дају солидну основу за закључивање о томе шта сачувати, шта унапредити, а шта изоставити у новом уставном пројекту за Србију.

У вези са уставносудском функцијом отвара се неколико начелних питања на која треба одговорити у складу са захтевима новог времена. Прво, у контексту уставног начела поделе власти, потребно је обезбедити Уставном суду Србије такав положај и овлашћења који неће остављати дилеме у погледу независности, самосталности и компетентности овог органа. Друго, са становишта традиционалних али и савремених демократских циљева – заштите слобода и права грађана и ограничавања власти и свих других уставним границама, потребно је употпунити надлежности Уставног суда Србије. Треће, заштита уставности и законитости као и остваривање принципа правне државе, остају уставна прокламација ако није обезбеђено ефикасно извршавања одлука Уставног суда као коначно разрешење уставног спора. С тим у вези, поред одговарајућих нормативних решења, неопходно је стварање навике прихватања одлука Уставног суда као израза нормалног функционисања система, уместо њиховог олаког јавног довођења у питање у зависности од тренутних политичких интереса.

Имајући у виду наведено, сматрам да је питање надлежности Уставног суда једно од најважнијих, и оно заслужује да на овом Саветовању буде размотрено, тим пре што у том погледу већ постоје одређени предлози у уставним моделима и концептима уставног преуређења Србије.

Како до данас нема званичног предлога односно нацрта новог Устава Србије, у овом реферату о надлежностима Уставног суда Србије полази се од важећег Устава Републике Србије.

1. Принцип да се надлежност Уставног суда утврђује искључиво Уставом, треба оснажити у новом Уставу Србије.

Надлежност Уставног суда је искључиво уставна материја и то начело нашег уставног права треба сачувати. Оно произлази из достигнутог уставног

положаја Уставног суда и примерено је његовој уставној функцији. Самосталан и независан положај Уставног суда у систему поделе власти, захтева да се не препусти законодавцу да установљава, проширује или укида надлежности Уставног суда.

Стога се залажем да питање надлежности Уставног суда остане искључиво уставна материја, тако што ће све надлежности Уставног суда бити утврђене методом позитивне еnumerације у Уставу Србије, и то без увођења тзв. клаузуле о резервној надлежности, по којој Уставни суд има и друге надлежности, односно може одлучивати и о другим питањима утврђеним законом.

Тиме се обезбеђује стабилан положај Уставног суда у односу на друге органе државне власти, а пре свега у односу на законодавца. Тиме се потврђује значај функције заштите уставности која је поверена само Уставном суду.

Ово начело нашег Уставног права је уведено још 1963. године, истина не у потпуно чистом облику. У Уставу СР Србије из 1974. године надлежност Уставног суда Србије је била исцрпно утврђена, а то начело је задржано и у Уставу Републике Србије из 1990. године, чијим одредбама није прописано ни омогућено да Уставни суд има и друге надлежности, односно питања о којима он одлучује набројана су у Уставу без одредбе о вршењу и других послова.¹

Иначе, гледиште да је надлежност Уставног суда *materia constitutionis*, у правној науци се углавном не доводи у питање, а овај принцип је потврђен и у уставносудској пракси.²

У земљама западне Европе које имају уставне судове, по правилу се њихове надлежности утврђују уставом, или у уставним законима односно у законима са уставном снагом.³

1 У Уставу СР Србије из 1963. године, у одредбама које набрајају надлежности Уставног суда Србије на крају је било прописано да он „врши и друге послове који су му стављени у надлежност уставом или законом, у складу са правима и дужностима Републике” (члан 229. тачка 6.), а при томе су права и дужности Републике утврђивани искључиво Уставом.

У Уставу СР Србије из 1974. године формулација је била да „Уставни суд Србије „врши и друге послове који су му стављени у надлежност овим уставом” (чл. 401. тач. 6).

У члану 125. Устава Републике Србије из 1990. године, у седам тачака су утврђене односно набројане све надлежности Уставног суда.

2 Савезни уставни суд је 1993. године утврдио да одредба Закона о избору и разрешењу председника Републике („Службени лист СРЈ” бр. 1/92 и 10/92), којом је било прописано да се у поступку у којем се утврђује да ли је председник Републике повредио Устав СРЈ прибавља мишљење Савезног уставног суда, није у сагласности са Уставом СР Југославије.

Полазећи пре свега од тога да одредбама Устава СРЈ није било утврђено да Савезни уставни суд има и друге надлежности, као и од одредби Устава којима је било утврђено о којим питањима одлучује Уставни суд, а полазећи и од „духа Устава”, овај Суд је заузео став „да се надлежности Савезног уставног суда могу утврђивати само Уставом СРЈ, а не и савезним законом”. (Одлука у предмету IX - 23/93. од 23. априла 1993. године, објављена у „Службеном листу СРЈ” бр. 23/93)

3 Надлежност Уставног суда Аустрије, земље са најдужом традицијом уставног судства у Европи, утврђена је Савезним уставним законом из 1930. године и Уставним законом о Уставном суду из 1953. године, и она се не може мењати према налажењу законодавца. Надлежност Савезног уставног суда СР Немачке утврђена је Уставом из 1949. године и Савезним уставним законом од 1951. године.

Уставом Републике Италије из 1947. године, надлежност Уставног суда је потпуно утврђена, без клаузуле о резервној надлежности.

Принцип да је надлежност Уставног суда искључиво уставна материја, односно да се Уставом уређују сва питања о којима Уставни суд одлучује, заступљен је иначе у више уставних пројеката који су презентирани јавности (нпр. Демократске странке, Демократске странке Србије, Форума за етничке односе).⁴

Наравно, у досадашњим уставним расправама изнети су и другачији предлози, као на пример да се органским законом могу утврђивати „и друге надлежности Уставном суду”.⁵ Мишљења сам да би се прихватањем оваквог метода утврђивања надлежности Уставног суда одустало од једног веома важног начела уставног права и уставне праксе да се питања о којима одлучује Уставни суд уређују само највишим правним актом – Уставом. Али основни принципијелни разлог у прилог мишљењу које се заступа у овом реферату је да се прихватањем таквог решења ремети у систему организације власти однос између законодавца и Уставног суда у корист законодавца, јер би орган који врши контролу уставности закона, у погледу обима и врсте својих надлежности зависио од органа чије акте контролише.

2. Заштита законитости у складу с Уставом, треба да остане у домену Уставног суда

У досадашњим уставним расправама започетим још пре неколико година, у појединим иначе добро уобличеним предлозима за уставну реконструкцију Републике Србије, појавили су се и такви предлози у којима се оцена законитости општих правних аката извршне власти изоставља односно изузима из надлежности Уставног суда Србије.⁶ Међутим, мишљења сам да би прихватање таквог концепта значајно ослабило положај Уставног суда и оставило би ван његовог домена један веома важан и разуђен део правног поретка.

На пример, тиме би оцена законитости уредби Владе остала ван надлежности Уставног суда.

Надлежност Уставног суда Србије у заштити законитости „у складу са уставом”, у основи је у досадашњим уставним актима па и у важећем Уставу РС добро постављена, те у новом Уставу тај обухват нормативне контроле треба задржати, од чега и полази већина објављених уставних пројеката.

3. Неке од постојећих надлежности Уставног суда треба прецизирати

Уставом РС из 1990. године биле су уведене неке, тада нове, надлежности Уставном суду, као што је одлучивање о изборним споровима и

4 Видети: Нацрт устава Републике Србије који је у Уставној комисији поднела Демократска странка, маја 2003. године; Уставни пројект Форума за етничке односе из 2000. године; Нацрт устава Краљевине Србије из 2001. године Павла Николића; „Основна начела за нови Устав Републике Србије” Демократске странке Србије из 2002. године;

5 Нпр. предлог групе експерата Београдског центра за људска права од 22.09.2001. године; публикација *Уставна решења за Србију и Југославију*, 2001. год.

6 Модели уставног преуређења Југославије и Србије, изд. Института за политичке студије, Београд, 2002. године; „Предлог за нови Устав Србије”, Београдског центра за људска права, стр. 193-194.

одлучивање о забрани рада политичких странака. Међутим, те уставне норме нису довољно прецизне и остављају могућност ширег и ужег тумачења, а поготову у погледу надлежности за одлучивање о изборним споровима, на којој ћу се посебно задржати.

Систематским тумачењем Устава РС долази се до начелног закључка да се „изборни спорови” у смислу Устава, могу јавити како у вези са изборима у изборна тела и у изборне органе, тако и у вези са избором на одређене функције. Ни уставна норма која утврђује да Уставни суд одлучује о „изборним споровима који нису у надлежности судова или других државних органа” (члан 125. тачка б) Устава РС), није потпуно прецизна, тако да је димензионирање ове надлежности Устав практично препустио тумачењу Уставног суда.

При томе, Закон о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука сузио је уставни појам „изборног спора”, везујући га изричито за непосредне изборе и за остваривање бирачког права грађана.⁷ Међутим, мишљења сам да у важећем уставноправном систему закон не би могао ни сужавати ни проширивати надлежности Уставног суда, већ се законом може уређивати само начин и поступак остваривања и вршења уставних надлежности Уставног суда.

Полазећи од наведеног нормативног оквира, Уставни суд Србије се у својој пракси определио за уже тумачење уставне одредбе о надлежности за одлучивање о изборним споровима, заступајући став да се „изборни спорови у Републици Србији могу водити у вези остваривања Уставом гарантованог бирачког права грађана да бирају и буду бирани у изборне органе и изборна тела, а не и у вези избора на одређене функције”.⁸

Да би се отклонила могућност различитог тумачења одредби о надлежности Уставног суда у решавању изборних спорова (које иначе решавају и други органи, у зависности од законских решења), и да би се смањила могућност, и иначе скоро неминовне, политизације оваквих спорова, потребно је у новом Уставу Србије ту надлежност Уставног суда задржати али и прецизирати, о чему је у досадашњим уставним расправама већ било предлога.

4. Надлежности Уставног суда треба употпунити

Моје је мишљење да у новом Уставу треба задржати постојећи фонд надлежности Уставног суда, али да их треба проширити, прво, одлучивањем

7 У одредбама члана 31. став 1. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, који је објављен у „Службеном гласнику РС” бр. 32/1991. год., прописано је: „Захтев за одлучивање о изборном спору који није у надлежности судова или других државних органа може поднети: сваки бирач; кандидат за председника Републике, посланика, односно одборника и подносилац предлога кандидата”.

8 Видети на пример: Закључак о одбацивању захтева од 11. фебруара 1993. године у предмету IY - 43/93., у вези са избором председника и потпредседника Скупштине АП Војводине; Закључак о одбацивању иницијативе од 16. јануара 1992. године у предмету IY - 390/91., у вези са изборним поступком пред Народном скупштином за избор потпредседника Владе РС и министара у Влади; Решење о одбацивању предлога од 13. марта 1997. године у предмету IY - 382/96., у вези са избором председника једне скупштине општине; и др.

о одговорности шефа државе за повреду Устава; и друго, одлучивањем о уставним жалбама када су исцрпени сви други правни лекови, као последњу инстанцу пред обраћање Суду у Стразбуру. Иначе овакви предлози су већ били присутни у нашој правничкој и другој јавности, у време неуспешних покушаја да се Устав Републике Србије усклади са Уставом СР Југославије.

Наравно, успостављање нових надлежности тражи разраду одговарајућих поступака који треба да прате те надлежности, а можда и другачију организацију рада Уставног суда, о којој он сам треба да одлучује.

5. У систему поделе власти, обавештавање, давање мишљења и указивање на појаве од интереса за остваривање уставности и законитости Народној скупштини, није примерено Уставном суду

На крају, изложићу своје мишљење о једном овлашћењу Уставног суда које је у уставносудској пракси увек било добро прихваћено и радо коришћено, па се надам да ми уважене колеге, а пре свега судије, неће замрсити на критичности и предлогу. Наиме, из домена Уставног суда требало би изоставити његова овлашћења која су усмерена према Народној скупштини, а у оквиру су функције „праћења појава од интереса за остваривање уставности и законитости”. Када се говори о будућим надлежностима Уставног суда Србије, мишљења сам да коначно треба одустати од тог овлашћења чији је правни основ некада био у Уставу а данас је у Закону о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука. У систему организације власти која се успоставља на начелима поделе власти, оно није примерено Уставном суду.

1) Садржај и карактер овлашћења Уставног суда. Према члану 62. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука: „Уставни суд обавештава Народну скупштину о стању и проблемима остваривања уставности и законитости у Републици, даје мишљење и указује на потребу доношења и измене закона и предузимању других мера ради заштите уставности и законитости.”

Постоје три групе разлога за одустајање од оваквог овлашћења Уставном суду: прво, концепцијски и теоријски, друго историјски и практични, и треће, компаративни.

Мада се може дискутовати о томе да ли се ради о надлежности, или о облику деловања Уставног суда, овде ће се поћи од битног правног елемента – да је у питању овлашћење које је усмерено према законодавцу, односно према Народној скупштини. (Иначе, таква делатност Уставног суда није могућа и према другим државним органима као што су скупштина аутономне покрајине, скупштина града или општине, које су такође доносиоци општих правних аката који подлежу уставносудској контроли).

Нормативни садржај овог законског овлашћења су три облика деловања Уставног суда, од којих ниједан нема судски карактер. Прво, Уставни суд „обавештава” Народну скупштину о стању и проблемима у остваривању уставности и законитости у Републици. Тиме се Уставном суду даје информативна улога. Друго, он даје мишљење и указује на потребу доношења и измене закона, чиме Уставни суд добија својеврсно право тзв. законодавне иницијативе. Треће, он указује на потребу предузимања и других мера ради заштите уставности и законитости, што даје Уставном суду саветодавну улогу.

Карактер овог овлашћења Уставног суда није судски, односно обавештавање, давање мишљења и указивање нису облици контроле уставности. Уставни суд тиме не одлучује, односно он не доноси акте које иначе доноси код одлучивања о питањима из његове надлежности (одлуку, решење, закључак); није прописан поступак, а ни санкција ако се дато обавештење и исказано мишљење Суда базира на уоченој неуставности или незаконитости, а предложене мере не буду предузете. Давање саветодавног мишљења Уставног суда никога правно не обавезује.

Да се ради о једном, за законодавца, факултативном облику обраћања Уставног суда, указују и одговарајуће одредбе ранијих па и сада важећег Пословника Народне скупштине РС.⁹

У процесном смислу посматрано, обавештавањем законодавца, не може се окончати уставносудски поступак. У прилог овој оцени иде податак из праксе Уставног суда Србије да међу предметима који су били повод за коришћење овог овлашћења нема случаја да је предмет завршен другачије него окончавањем поступка из законом предвиђених процесних разлога, неприхватањем иницијативе или одбијањем предлога.

Ако би се и пошло од тога да се ради о стручном мишљењу које због ауторитета суда има посебно значење, ово овлашћење има и других недостатака. На пример, ове одредбе дају Уставном суду могућност да иницира измене или доношење закона, као и да сугерише одређено нормативно решење, које касније може доћи на оцену у уставносудском поступку, што би требало системски избећи.

Даље, обухват овог овлашћења је такав да Уставни суд може обавештавати законодавни орган о стању остваривања уставности и законитости у Републици генерално узевши и може дати своју оцену о томе у целини и у било којој правној области, мада он има увида у остваривање ових

9 Пословник Народне скупштине РС, који је објављен у „Службеном гласнику РС” бр. 32/2002, одредбама члана 214. прописује:

„Народна скупштина *размајтра* обавештења Уставног суда о стању и проблемима остваривања уставности и законитости у Републици, мишљења и указивања Уставног суда на потребу доношења и измену закона и предузимања других мера ради заштите уставности и законитости. / Народна скупштина *може* окончати ово разматрање преласком на дневни ред или доношењем одговарајућег закључка. / Народна скупштина *може* обавестити Уставни суд о својим закључцима донетим поводом разматрања обавештења, мишљења и указивања Уставног суда.”

начела само са становишта свог специфичног увида у стање правног система, док су стварање и примена права ван домена Уставног суда. Карактер овог овлашћења Уставног суда је такав да обавештавајући Народну скупштину Уставни суд може да укаже на читаве области у којима се Устав не примењује, и у којима се чак некада уочава да закон одступа од Устава – уместо да интервенише у односу на такве акте.¹⁰

Обавештавањем, давањем мишљења и указивањем, Уставни суд не може постићи декларисани циљ – заштиту уставности и законитости.

2) *Обавештавање Народне скупштине у оквиру функције праћења појава од интереса за остваривање уставности и законитости, у повезаности је са опцијим ставом Устава према моделу поделе власти.* Међутим, историјски посматрано, функција праћења појава од интереса за остваривање уставности и законитости успостављена је у другачијем уставном систему и припада периоду социјалистичке уставности. Установљена је уставима из 1963. године, према којима је старање о уставности и законитости било у надлежности и других државних органа. У оквиру скоро истог концепта заштите уставности и законитости, и у скоро истом облику и обиму, Уставни суд Србије је задржао ово овлашћење и у Уставу СР Србије из 1974. године.¹¹

Концепцијски и практично, ова појава у уставном систему СФРЈ па и Републике Србије, била је последица схватања уставних судова као друштвених органа и била је примерена систему јединства власти у коме су уставни судови били део скупштинског система. У тадашњем систему уставносудске заштите ово овлашћење политичке природе требало је да подстакне скупштину у предузимању мера ради обезбеђивања уставности и законитости.

Тзв. функција праћења појава нормативно није била конципирана као облик контроле уставности и законитости већ као облик саветодавног мишљења. Саветодавна улога уставног суда била је израз компромиса који је у социјалистичком самоуправном систему био учињен у односу на начело уставности. Наиме, Уставни суд је, поред овлашћења да одлучује о сагласности закона са Уставом, могао да обавести законодавца и о неуставности закона, а последице такве оцене исказане као мишљење Уставног суда

10 Видети запажање проф. др Најдан Пашића из 1983. године, тада председника Уставног суда Србије, у вези са појавама и проблемима од ширег друштвеног значаја о којима је Уставни суд обавестио Скупштину СР Србије, а у оквиру којих је уочио: нарушавање уставног концепта самоуправног интересног организовања у материјалној производњи, одступање од принципа делегатског система, недоследну примену уставних одредаба у јединим законима, итд. Најдан Пашић, Две деценије уставног судства у Србији, часопис „Уставност и законитост“ бр. 3-4/83., стр. 10.

11 Према члану 403. Устава СРС из 1974. године: „Уставни суд Србије прати појаве од интереса за остваривање уставности и законитости, обавештава Скупштину СРС о стању и проблемима остваривања уставности и законитости и даје Скупштини СРС мишљења и предлоге за доношење и измене закона и предузимање и других мера ради обезбеђивања уставности и законитости и заштите права самоуправљања и других слобода и права грађана и самоуправних организација и заједница“.

зависиле су од целисходне процене законодавца и ауторитета Уставног суда. Обавештење није обавезивало законодавца да уклони из правног поретка оне законе за које би Уставни суд изразио мишљење да одступају од Устава, односно да су несагласни Уставу. Последице обавештења Уставног суда, па и онда када је дао мишљење о одступању закона од Устава, нису биле правне природе.

3) *Гледишта правне науке*. Међу малобројним ауторима који су се овим питањем бавили, „праћење појава” сврстано је у „иницијаторско-предлагачке” надлежности.¹²

У односу на овлашћење уставних судова које је скраћено називано „праћење појава”, а у оквиру којег је обухваћено и давање обавештења и мишљења Скупштини, у литератури која се бави овим питањима, преовлађује гледиште да је овај облик деловања Уставног суда у основи „друштвена функција” Уставног суда и облик његове „политичке активности”¹³. Генерално узевши, сматрало се да тзв. праћење појава од интереса за остваривање уставности и законитости није било Уставом СФРЈ конципирано као судски облик контроле, нити делатност судског карактера. „Код давања мишљења не ради се о акту правосуђа, већ о обичном стручном мишљењу које због ауторитета суда има нарочито значење.”¹⁴

4) *Пракса Уставног суда Србије*. Стварни садржај ове функције у оквиру које Уставни суд може дати и саветодавно мишљење о уставности закона, објективно се сагледава тек након анализе праксе Уставног суда, па и праксе Народне скупштине у дужем временском периоду.

Анализа праксе за време важења социјалистичких устава (1963–1990) показује да је донет скоро исти број одлука о противуставности закона (укупно 39), као што је упућено оваквих обавештења у којима је, поред осталог, указивано и на неусклађеност законске регулативе у разним областима са Уставом. Наиме, Уставни суд Србије је од 1963. до 1990. године упутио укупно око 50 таквих обавештења Скупштини СР Србије, а несумњива већина односила се на правне области регулисане законима.

Чини се да је функција праћења појава од интереса за остваривање уставности и законитости, у пракси била хипертрофирано коришћена, и да су уставни судови па и Уставни суд Србије радо прибегавали коришћењу уставне могућности давања саветодавног мишљења, у оквиру којег се могло

12 Александар Фира; „Уставни суд у Уставу Републике Србије од 1990. године”; *Зайиси о правном йорейку*; Београд, 1996., стр. 116

13 О томе су писали проф др Јован Ђорђевић, Ђорђи Паца, проф. др Павле Николић.

14 Видети: Иво Крбек, *Уставно судовање*, Загреб, 1960., стр. 74. Како се даље наводи: „Давање мишљења и пресуђивање су две разне, међусобно независне операције; и зато начелно мишљење које је у некој ствари дао суд – не веже тај суд ако касније мора по истој ствари и пресудити... Зато је потребно поставити извјесне каутеле при давању мишљења овог суда”, да не би дошло до ситуације да даје мишљење о питању које је управо код њега на оцени односно одлучивању. Заступници овог гледишта сматрају да је још проблематичнија ситуација ако би странке које воде спор користиле Уставни суд као арбитра кроз ову надлежност.

указати и на појаве ширег кршења уставности.¹⁵ С друге стране, уставни судови нису увек били спремни да користе своје судске прерогативе и мериторним одлучивањем супротставе се вољи законодавног органа. Са доста основа могло би се закључити да су се уставни судови таквом праксом одређивали за однос сарадње са законодавним органима, и онда када нису имали снаге да на правни начин реше неки важан уставни спор и да, утврђујући противуставност закона, „начну” неку ширу област где се устав није остваривао.

У периоду од доношења Устава РС 1990. године до краја 2003. године, Уставни суд Србије упутио је 19 обавештења Народној скупштини РС, од којих се на законе односило чак 16, што наравно не значи да се у свим тим обавештењима указивало на неуставност закона, али је било и таквих случајева.

5) *Праћење појава и обавештавање парламената о стању уставности и законитости или сличну надлежност немају уставни судови западноевропских земаља.* Уставна пракса западноевропских земаља, у којима систем поделе власти одавно функционише, потврђује постојање такве надлежности уставног суда у оквиру које он даје правно мишљење, али не као факултативну делатност. Наиме, поједини уставни судови имају овлашћење за давања мишљења: али о тачно одређеним питањима, односно правним областима, али само на захтев одређених органа, односно субјеката. Саветодавно мишљење које може дати на пример Савезни уставни суд СР Немачке има конкретан а не општи карактер и домаћај. Поред тога, мишљење које даје тај угледни Уставни суд никако не може бити упућено самоиницијативно од стране самог Уставног суда.¹⁶

6) *Концепцијски разлози за одустајање од овлашћења Уставног суда да „обавештава” Народну скупштину.* Концепцијски и практично тзв. функција праћења појава је у уставном систему Републике Србије настала у оквиру концепта уставних судова као друштвених органа и била је примерена систему јединства власти у коме су уставни судови били део скупштинског система. Конципирана као облик друштвене и политичке активности Уставног суда, функција праћења појава од интереса за остваривање

15 У том смислу посебно су индикативна на пример обавештења Народној скупштини која су: указивала на неусклађеност закона са Уставом РС након истека Уставним законом утврђеног рока (Су бр. 123/1 од 12.12.1994.); мишљење које се односило на Закон о ванредном стању (ИУ - 424/91 од 13.12.1994.); као и два мишљења-обавештења, једно из 2000. и једно из 2003. године, у вези са Законом о друштвеним организацијама и удружењима грађана.

16 У СР Немачкој, према Закону о Савезном уставном суду, оба дома парламента и Савезна влада могу заједнички затражити да Савезни уставни суд да правно мишљење о „одређеном уставноправном питању“. Исто право има и савезни председник. Правно мишљење даје Суд у пленуму. Иначе, у немачкој стручној литератури (истина старијег датума), критикује се давање тог мишљења и тражи његово уклањање. Заступници тог гледишта сматрају давање мишљења Уставног суда страним његовој функцији пресуђивања, оно изазива преокупираност судија и проблематичну „прејудициону везаност“.

уставности и законитости, у оквиру које су обавештења и мишљења Уставног суда Србије упућивана законодавном органу односно Скупштини, показала се, чини се, у једном броју случајева као неуспели супститут за уставносудску контролу и интервенцију Уставног суда правним средствима – укидањем неуставног и незаконитог општег акта.

Постојање једног оваквог овлашћења у важећем Закону о поступку пред Уставним судом који је донет 1991. године, иако на први поглед привлачно, поред оног које Уставни суд има за одлучивање о уставности закона у оквиру судског поступка, представља унапред дату могућност за одустајање од решавања једног броја уставних спорова правним средствима. Заостало из ранијег система јединства власти, концепцијски оно значи унапред пристајање на то да Уставни суд заштиту уставности, па и од повреда законом, може остваривати, не само судским, већ и политичким средствима. У систему поделе власти, оно је непримерено односу који треба да имају законодавац и Уставни суд као контролор уставности закона.

Уколико се у новом Уставу Србије задржи концепт Уставног суда као специјалног суда, односно државног органа судског карактера, код уређивања односа Уставног суда и Народне скупштине, по мом мишљењу, требало би одустати од оваквог облика делатности јер она слаби судски карактер Уставног суда и зато не би требало да „преживи” предстојеће уставне промене.

ПОЛОЖАЈ СУДИЈА УСТАВНОГ СУДА

ИНКОМПАТИБИЛНОСТ ФУНКЦИЈЕ СУДИЈЕ УСТАВНОГ СУДА СА ДРУГИМ ФУНКЦИЈАМА И ДЕЛАТНОСТИМА – упоредно правни осврт –

Општи осврт на принцип инкомпатибилности функција

Принцип инкомпатибилности јавних функција¹ спада међу основне принципе уткане у организацију и функционисање модерних држава. Почетак примене овог принципа везан је за највише функције у органима државне власти оних земаља у којима је власт организована на начелу поделе власти. Његова примена потом се проширила и на неспојивост јавних функција са функцијама и дужностима у другим организацијама и институцијама, као и на функције у органима управљања привредних друштава. Данас овај принцип значи и немогућност истовременог обављања појединих делатности и послова од стране носилаца јавних функција.

Основни разлог установљења принципа инкомпатибилности, поред тешкоћа практичне природе, односно „физичке немогућности” да се истовремено врше две или више функција (дужности), огледа се у томе што његова примена треба да спречи сукоб интереса, односно да сукоб интереса у обављању јавних функција сведе на најмању меру. Доприносећи да се јавне функције врше у општем интересу, овај принцип додатно је јемство и битан услов: а) самосталности и независности носилаца јавних функција у обављању својих дужности; б) непристрасности у обављању функције; в) ефикасног и одговорног обављања функције. Јавна функција не може се вршити на наведени начин ако једно лице истовремено врши две и више функција, односно послова. Кад је једна личност носилац различитих функција, а тиме и различитих интереса, то увек изазива „сумњу и збрку” чији интерес то лице заступа.

Принцип инкомпатибилности функције судије уставног суда подразумева немогућност истовременог обављања судијске функције и друге јавне функције, односно било које професионалне делатности, службе или

1 Поред појма „инкомпатибилност јавне функције” у правној теорији и пракси срећу се и појмови „инкомпатибилитет”, „неспојивост јавне функције”, „неподударност јавне функције” и др.

посла. Инкомпатибилитет је у ствари забрана за судију уставног суда да истовремено „кумулира” судијску функцију са функцијом, положајем или послом, које је заузимао, односно обављао пре избора или које стекне након избора.² Сврха овог принципа јесте да се судија заштити од утицаја (притисака) који могу долазити са стране, пре свега од органа државне власти и свих других субјеката који доносе опште правне акте (као што су привредне компаније, финансијске организације, политичке странке и друге организације) – акте који подлежу оцени уставности и законитости од стране уставног суда, али и од притисака разних интересних група. Контролу уставности и законитости уставни суд не може вршити ако судије тог суда припадају органима или организацијама који доносе и извршавају законе и друге опште правне акте, или пак ако су судије чланови органа, организација и других субјеката који се могу наћи као учесници или странке у поступку пред уставним судом. У сваком случају, судија који би припадао поменутиим органима и организацијама у очима јавног мњења не би имао неопходну независност и објективност у вршењу судијске функције. У таквом случају увек би се могло постављати питање да ли се судија опредељује по слободном судијском уверењу или пак како одговара интересу одређених органа или организација чији је члан.

Дакле, смисао начела инкомпатибилности је у очувању независности и самосталности уставног судства. Ово начело искључује могућност сукоба (конфликта) интереса – који је могућ у случају кад чланови уставног суда истовремено обављају више јавних функција које припадају различитим гранама власти, или истовремено врше и другу делатност, службу или посао. Истовремено обављање судијске дужности и других плаћених послова може водити мешању приватних интереса и јавне функције и бити извор корупције, односно коришћења јавног позива (функције) у приватне сврхе.³ Отуда, када је у питању функција судије уставног суда примена принципа инкомпатибилитета у суштини подразумева и налаже: *прво*, да се лице изабрано за судију уставног суда повуче са функције на којој се до тада налазило, односно да престане да обавља делатност или службу коју је до избора обављало; *друго*, да судија уставног суда за време док обавља функцију судије не обавља ни једну другу функцију, делатност, службу или посао неподударан са функцијом судије уставног суда.⁴

2 Од инкомпатибилности треба разликовати неподобност за избор на одређену јавну функцију – неизборност (*ineligibilitate*). Неподобност за избор је правна сметња која постоји пре (или у моменту) избора. Постојање те сметње избор одређеног лица на јавну функцију чини немогућим. У случају да кандидат који „није подобан” за избор буде изабран на одређену функцију, у том случају његов избор није пуноважан. Насупрот томе, инкомпатибилитет није сметња за пуноважност избора. Лице у вези са којим постоји инкомпатибилитет, ако буде изабрано, његов избор биће ваљан, с тим што оно не може да задржи ранију, односно да настави да обавља другу дужност, службу или делатност која је неспојива са функцијом на коју је изабрано.

3 У појединим земљама је уобичајено да након преузимања дужности јавни функционери потписују изјаву о непостојању сукоба интереса.

4 М. Пајванчић, Уставно право, Нови Сад, 2003. године, стр. 239.

1. Инкомпатибилност функције судије уставног суда у упоредном праву

1) Принцип инкомпатибилности функције судије уставног суда има своју дугогодишњу примену у развијеним земљама Европе. Анализа правне регулативе и праксе у тим земљама показује да њихови уставни, односно закони⁵ садрже одредбе по којима носиоци уставно-судске функције не могу у исто време обављати функције у органима законодавне, извршне⁶ или судске власти. Међутим, инкомпатибилност функције судије уставног суда проширена је и на положаје и функције мимо функција у органима државне власти. Тако је вршење ове функције постало неспојиво и са функцијама у јединицама локалне самоуправе. Јачањем економске (финансијске) моћи привредних друштава и са њом повезане политичке моћи, а посебно јачањем улоге и значаја њихових управљачких структура, неспојивост функције судије уставног суда са функцијама управљања у привредним (трговачким, комерцијалним) друштвима, постала је неминовност. У савременим земљама принцип неспојивости функције судије уставног суда огледа се и у немогућности истовременог обављања те функције и било које професионалне делатности или службе, као ни било којег посла за који се остварује накнада. Такође, све је више земаља, у којима је утврђена забрана деловања, односно чланства судије уставног суда у политичким странкама и покретима.

2) У теорији уставног права није спорно да судија уставног суда не би смео (могао) обављати ниједан посао или активност који би га „ометали” у вршењу функције (дужности), односно који би могли утицати на његову самосталност и независност, нити послове који би шкодили угледу судијског позива, али ни било коју активност која би стварала утисак да у вршењу судијске дужности судија није непристрастан. Међутим, ови теоријски ставови и захтеви у пракси савремених европских земаља доживљавају различит нормативни израз.

Илустрације ради, изложићемо решења о неспојивости функције судије уставног суда која познају уставноправни системи појединих европских држава, и то: Немачке, Аустрије, Италије, Шпаније, Руске Федерације, Чешке, Пољске, Мађарске, Бугарске, Словеније, Хрватске и Македоније. Указаћемо и на решења која су присутна у уставном систему Швајцарске у којој је власт организована по принципу јединства власти, а вршење уставносудске контроле поверено Савезном (Федералном)

5 Инкомпатибилност функције судија уставног суда у савременим земљама подигнута је, по правилу, на ниво уставног принципа (начела), али има земаља које су овај принцип установиле посебним (органским или уставним) законима о уставним судовима.

6 О министарској инкомпатибилности вид. Б. Ненадић, Нespoјивост функције члана Савезне владе са другом јавном функцијом и вршењем професионалне делатности, Право, бр. 5–6/94, стр. 35. и д.

суду, као и на решења у уставном систему Француске у којој је оцена уставности поверена Уставном савету.⁷

У Основном закону (Уставу) *Савезне Републике Немачке* утврђено је да чланови Савезног уставног суда „не могу бити чланови Бундестага, Бундесрата, Савезне владе, нити неког од одговарајућих органа савезне покрајине”.⁸ Поред преузимања наведеног уставног решења немачки законодавац је у члану 3. став 3. Закона о Савезном уставном суду Немачке⁹ утврдио да судије које су пре избора заузимале поменуте функције избором престају „бити чланови тих органа”. Потом је у Закону утврђено да „судијска функција не допушта обављање било ког другог професионалног занимања, осим професора права у установама високошколског образовања у Немачкој”.¹⁰

Нespoјивост функције судије Уставног суда и у *Републици Аустрији* је подигнута на ниво уставног принципа. Уставотворац Аустрије утврђује и конкретне облике неспојивости, па тако „Савезном уставном суду не могу припадати: чланови Савезне владе или покрајинске владе, чланови Националног већа, Савезног већа, ни било ког другог општег представничког тела”.¹¹ За чланове наведених представничких тела који се бирају на одређени законодавни или мандатни период, неспојивост према Уставу Аустрије траје „и у случају превременог напуштања мандата – све до истека законодавног или мандатног периода” на који су били изабрани. Уставном суду Аустрије „не могу припадати ни лица, која су службеници или други функционери политичких партија”.¹²

Уставотворац *Републике Италије* такође утврђује инкомпатибилност „службе судије Уставног суда”. Тако је, према Уставу Италије, служба судије Уставног суда „неспојива са службом члана парламента или покрајинског савета, са вршењем адвокатуре и са сваком службом и дужности наведеном у закону”.¹³ Дакле, у Уставу Италије нису таксативно утврђене

7 При избору земаља, чија смо уставна и законска решења о инкомпатибилности судијске функције сагледавали, пошли смо од тога да поједине од поменутих земаља имају дугу и успешну традицију уставносудске заштите уставности и законитости, затим да су неке од наведених земаља прошле или пролазе период изградње уставноправног система на начелима и принципима за које се определила и наша земља, и на крају, од тога да су неке од ових земаља биле републике чланице СФРЈ и да су оне, само пре нешто више од десет година, имале истоветна решења о положају (статусу) судија уставног суда.

8 Вид. члан 94. став 1. Основног закона СР Немачке, (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), од 23. маја 1949. (БГБИ. С.1) са изменама од 26. јуна 2002. (БГБИ. ИС. 2863).

9 Вид. члан 3. став 4. Закона о Савезном уставном суду Немачке (Bundesverfassungsgerichts – Gesetz, BVerf GC) из 1951. године.

10 Према Закону о Савезном уставном суду Немачке функција „судије Савезног уставног суда има првенство у односу на звање професора”.

11 Вид. члан 147. став 4. Устава Републике Аустрије (Bundes-Verfassungsgesetz) из 1920. године.

12 Чланом 147. став 5. Устава је утврђено „да за председника или потпредседника Уставног суда не може бити изабрано лице које је у последње четири године обављало неку од функција утврђених у члану 147. став 4. Устава”.

13 Вид. члан 135. Устава Републике Италије (Costituzione della Repubblica Italiana, Gazzetta Ufficiale 27. dicembre 1947, n 298.).

„службе и дужности” са којима је служба судије Уставног суда неспојива. Уставотворац је само утврдио нека чланства у органима власти и једну професионалну делатност која је неспојива са „службом судије Уставног суда”, а потом упутио да ће са службом судије Уставног суда бити неспојива и „свака служба и дужност наведена у закону.” Остављајући могућност да законодавац утврди и друге облике неспојивости, у Закону број 87.– Норме о раду и саставу Уставног суда,¹⁴ законодавац Италије је ближе и конкретније уредио и питање инкомпатибилности судијске функције. Сагласно Закону судије Уставног суда „не могу примити нити задржати друга звања или дужности, јавне или приватне, нити се бавити професионалним пословима, као ни трговачким (комерцијалним – Б.Н.) и индустријским пословањем, нити бити чланови управе или надзорног одбора друштава којима је циљ стицање добити”. Такође, према Закону, судије Уставног суда за време обављања судијске службе „који су активни јавни службеници или професори универзитета неће моћи наставити вршење својих дужности”.¹⁵ Поред наведеног, судије Уставног суда у Италији не могу бити „чланови комисија за оцењивање (споровођење) конкурса, нити заузимати универзитетске положаје, нити се кандидовати на административним или политичким изборима.¹⁶

Уставом *Шпаније* утврђени су основни принципи од значаја за „правни статус судија од каријере”, а тиме и судија Уставног суда Шпаније. Судије Уставног суда су према Уставу „независне и непокретне” (неуклоњиве) за време свог мандата. Подупирући прокламовани принцип независности судија у вршењу њиховог мандата принципом инкомпатибилности, шпански уставотворац је утврдио и конкретне облике неспојивости својствене уставносудској, односно судској власти. Тако је Уставом Шпаније утврђено да је „припадност Уставном суду инкомпатибилна са сваким репрезентативним (представничким) мандатом; са политичким или административним (управним) функцијама; са вршењем руководећих функција у некој политичкој партији или у неком синдикату и са запослењем у служби неког од наведених субјеката; са обављањем судске делатности и тужилаштвом и са било којом професионалном или комерцијалном делатношћу”.¹⁷ Шпански уставотворац потом упућује на супсидијерну примену одредаба Устава и закона којима је уређена неспојивост својствена „члановима

14 Закон број 87. Норме о раду и саставу Уставног суда (Legge 11. marzo 1953, N. 87. Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale – Gazzetta Ufficiale 14. marzo 1953, n. 62.).

15 Судије изабране из реда јавних службеника или професора универзитета према одредбама члана 7. Закона биће „стављене на расположење за све време док су на дужности судије или док не напуне године старости потребне за одлазак у пензију”. Такође, према ставу 4. члана 7. Закона „судије Уставног суда који су редовни универзитетски професори, по престанку службе судије Уставног суда, поново се враћају на дужност, ако треба и прекобројно, на место које су раније заузимали”.

16 Вид. члан 7. Закона број 87. Републике Италије.

17 Вид. члан 159. Устава Шпаније из 1978. године (La coustitucion Esponola de 1978).

судске власти” и на судије Уставног суда. Тако ће, према Уставу, у свему осталом „чланови Уставног суда имати инкомпатибилност својствену члановима судске власти”, односно судијама утврђеној у делу VI Устава.¹⁸ У овом делу Устава, утврђено је да судије (као и магистрати и јавни тужиоци) „док су у активној служби, не могу вршити друге јавне делатности, нити припадати некој политичкој партији или синдикату”. Према уставу, судије се могу удруживати само у професионалне организације, чији су облици утврђени законом. Устав даље утврђује, да ће се законом установити режим неспојивости чланова судске власти којим се има „обезбедити њихова потпуна независност”. Полазећи од наведених Уставних решења, шпански законодавац је прописао да са судијском функцијом није спојив: прво, било који привредни (трговачки) посао, професија или занимање (служба), са изузетком педагошког и истраживачког рада сагласно прописима; друго, свака повезаност или заједничко учешће са адвокатима, тужиоцима, заступницима, нотарима, рачуновођама, судским експертима и јавним службеницима.¹⁹ Поред наведеног, брачни другови и сродници до одређеног степена сродства не могу истовремено бити судије, нити магистрати или носиоци других функција у истом суду. Кад се стекне један од ових разлога, лице које је довело до инкомпатибилности мора у одређеном року да напусти службу.²⁰ Наравно, изнета уставна и законска решења својствена судијској инкомпатибилности, примењиваће се само ако за судије Уставног суда није што друго прописано Уставом Шпаније.

Инкомпатибилност јавних функција у органима власти *Швајцарске* предмет је уређивања Устава ове конфедерације и органског законодавства. Устав Швајцарске Конфедерације садржи одредбе којима је утврђена инкомпатибилност за чланове Савезног суда, у чију надлежност спада и контрола уставности и законитости. У општим одредбама Устава које су посвећене савезним органима Швајцарске утврђена су два важна правила. По првом правилу, чланови Националног већа, Кантоналног већа, Савезног већа (Владе) и судије Савезног суда не могу у исто време припадати неким другим органима власти. По другом правилу, чланови Савезног суда (са пуном службом) за време вршења функције, не могу се прихватити никаквог места, било у служби Конфедерације,

18 Део VI Устава Шпаније посвећен је судској власти.

19 Вид. члан 127. став 1. Устава Шпаније. Наравно, ако је за поједине облике неспојивости својствене судији Уставног суда другачије решено у одредби члана 159. Устава, тада се има применити то решење, као правило *lex specialis*, а не решење из одељка VI Устава, тј. решење својствено члановима „редовне судске власти”.

20 Дакле, брак и сродство до одређеног степена два лица су препрека за обављање наведених дужности у истом суду, јер по оцени законодавца ове земље ти односи могу водити сукобу, односно колизији интереса. Вид. члан 8. Органског закона о судским овлашћењима од јануара 1991. године, са изменама и допунама (*Ley organica del poder judicial – Personal de la Biblioteca del Superior tribunal de Justicia de Rio Negro, Viedma*), 1998. године.

било у неком кантону, нити могу обављати неку другу професионалну делатност.²¹ Швајцарски уставотворац је потом овластио савезног законодавца да законом може да „предвиди и неке друге инкомпатибилности”.

Сагласно члану 144. став. 3. Устава, у Савезном закону о судској организацији,²² своје место добио је и принцип инкомпатибилности. Тако је законодавац у основним одредбама законом прописао: *прво*, да чланови Савезног већа (Владе) и функционери које су ове власти именовале, не могу бити судије (а то значи ни судије Савезног суда); *друго*, да судије не могу вршити ни једно друго овлашћење (службу) или јавну функцију или положај у служби Конфедерације или кантона, нити се могу посветити другој каријери или вршити неку другу професију;²³ *треће*, да судије не могу заузимати директорски положај (место), место руководиоца или члана управе, надзорног или контролног органа друштва или установе са лукративним циљем;²⁴ *четврто*, да судије Савезног суда не могу обављати званичну функцију за неку страну државу, нити могу прихватити титулу или орден додељен од стране друге државе; *пето*, да судија, уз сагласност, односно одобрење Суда може уз судијски позив „вршити мандат арбитра и експерта”, и то у мери (обиму) која не угрожава вршење судијске функције под прописаним условима.²⁵ *И на крају*, Закон је утврдио правило по коме судија не може да преузме судијску дужност, ако судијску дужност или дужност истражног судије, односно функцију у тужилаштву обавља његов брачни друг, родитељ или дете, или сродник до одређеног степена сродства.²⁶

У уставу *Француске Републике*, у којој је контрола уставности поверена специјалном телу – Уставном савету, утврђено је да је функција „члана Уставног савета неспојива са функцијом министра или члана Парламента”, а да се „остале неспојивости утврђују посебним органским законом”.²⁷ Полазећи од наведеног уставног овлашћења француски законодавац је у Органском закону о Уставном савету²⁸ утврдио: *прво*, да је функција члана Уставног савета неспојива са функцијом члана Владе или Економског и Социјалног Савета; *друго*, да чланови Владе или Економског и Социјалног Савета и вршиоци других изборних

21 Вид. чл. 144. Устава Швајцарске Конфедерације из 1999. године са амандманима из 2002. године (Constitution federale de la Confederation suis, Bern, 2003).

22 Вид. Савезни закон о судској организацији Швајцарске Конфедерације од 1943. године са изменама и допунама од 1955, 1978, 1991, 1992, 1999. и 2001. године (Loi federale d'organisation judiciaire-Organisation judiciaire, Geneve, 2002.), којим су уређена питања организације и начина рада Савезног суда, укључив и правни статус судија тог суда.

23 Вид. став 1. члана 3. Савезног закона о судској организацији.

24 Вид. став 2. члана 3. Савезног закона о судској организацији.

25 Вид. члан 3а Савезног закона о судској организацији, који је постао део Закона новелама из 1992. године.

26 Вид. члан 4. Савезног закона о судској организацији.

27 Вид. члан 57. Устава Француске Републике (La Constitution du 4. octobre 1958.).

28 Органски закон о Уставном савету из 1958. године (Ordonnance n 58 – 1067 du 7. novembre 1958.)

функција који буду изабрани у Уставни савет, могу да се одреде за ту функцију (ценећи њене погодности, осим ако не одлуче супротно), у року од осам дана од њиховог избора; *шреће*, чланови Уставног савета који су изабрани у Владу или Економски и Социјални савет или за вршење других изборних функција биће замењени; *четврто*, правило о неспојивости обављања других професионалних служби са чланством у Парламенту примениће се и на чланове Уставног савета.²⁹ Дакле, уместо утврђивања свих облика неспојивости својствених члановима Уставног савета, француски законодавац је изабрао другу номотехничку могућност, па је упућујућом одредбом рекао да ће се на инкомпатибилност чланова Уставног савета применити, поред правила утврђених у Органском закону о Уставном савету и правила о неспојивости „обављања других професионалних служби са чланством у Парламенту” (тзв. правила о посланичкој инкомпатибилности). Правилима о посланичкој инкомпатибилности су иначе веома прецизно, а по домаћају веома широко, утврђене професионалне делатности, односно службе и послови који су неспојиви с посланичком функцијом. Овом упућујућом нормом француски законодавац је тако увео принцип различит од принципа у другим европским законодавствима, по коме се као супсидијерна правила на инкомпатибилитет чланова Уставног савета примењују правила која се односе на посланичку функцију, док се у другим европским земљама, као што је већ констатовано, као супсидијерна примењују правила својствена судијској функцији, односно редовној судској власти.³⁰ Треба поменути и правило утврђено у Органском закону, по коме „у току

29 Са мандатом посланика су, према члану 141. Органског закона (ЛО/н 85-1405.) од 30. децембра 1985. године, неспојиве: функције у Уставном савету, Економском и Социјалном савету и функције члана Савета Владе за прекоморске територије; европске и локалне (регионалне) изборне функције; мисије коју посланику повери Влада Француске или институције Европске Уније које су дуже од 6. месеци; одређене „привредне активности”, односно функције и то: председника и члана управног савета (одбора), генералног директора и помоћника генералног директора и саветника (на сталном раду) у државним јавним предузећима и установама, директора, председника компаније, председника управног одбора и њихових заменика у привредним друштвима или установама које уживају субвенције или друге погодности од стране државе или јавних колективитета, финансијским друштвима, друштвима чија је основна делатност у области извршења радова, снабдевања и пружања услуга од јавног интереса, друштвима под контролом државе, друштвима са лукративним циљем и др. Треба рећи да посланици могу обављати функцију министра вера у одређеним арондисманима, функцију руководиоца истраживачких пројеката, професора у вишој настави (члан 142. ЛО). Посланички мандат може се кумулирати са једном од следећих функција: представник у скупштини ЕУ, регионални саветник, генерални саветник, саветник Париза, председник општине преко 20.000 становника, заменик председника општине преко 100.000 становника, осим Париза и др.). О посланичкој инкомпатибилности опширније: G. Burdeau, F. Namén, H. Troper, Droit constitutionnel, Paris, 1995, стр. 565-567. и Д. Стојановић, Правни положај посланика, Ниш, 1999. године, стр. 233-237.

30 Ово решење је преваходно последица правног положаја и места Уставног савета у уставном систему Француске. О положају Уставног савета вид. М. Јовичић, Велики уставни системи, Београд, 1984, стр. 168. и д.

трајања мандата чланови Уставног савета не могу бити изабрани ни на једну јавну функцију (сем изборних), нити могу, ако су у цивилној служби, користити било каква дискрециона унапређења”.³¹

Савремени уставотворац *Руске Федерације* утврдио је да су судије Уставног суда Руске Федерације несменљиве, независне и потчињене само Уставу и савезном закону.³² Устав Руске Федерације спада у групу устава који не садрже одредбе о инкомпатибилности функције судије Уставног суда. Овлашћења, организација и рад Уставног суда, сагласно Уставу, предмет су уређивања Савезног уставног закона о Уставном суду Руске Федерације.³³ Овим законом уређен је и правни положај (статус) судија Уставног суда, укључујући и неспојивост функције судије Уставног суда са другим занимањима и делатностима.

Судија Уставног суда Руске федерације, сагласно наведеном Закону, не може: *прво*, бити депутат (члан) Савета Федерације, Државне думе и других представничких тела у земљи; *друго*, вршити или обављати другу државну или јавну службу или приватну праксу; *треће*, обављати предузетничке и друге профитабилне (плаћене) делатности, осим образовних, академских и других стваралачких (креативних) активности (и то под условом да оне неће бити препрека обављању дужности судије Уставног суда и да неће представљати валидан разлог за одсуствовање са седница), „изузев ако му за то Уставни суд не да сагласност”; *четврто*, водити одбрану, заступати нити на други начин правно представљати пред судом, арбитражним судом или другим органима било кога коме је потребна правна заштита ради оставаривања права и ослобађања од обавеза”; *петто*, бити члан политичке партије и покрета, материјално их помагати, учествовати у политичким активностима, вршити политичку пропаганду или агитацију, учествовати у изборним кампањама за државне органе и органе локалне самоуправе, присуствовати конгресима и конференцијама политичких партија и покрета или обављати неку другу политичку дужност; *шестто*, бити члан руководства удружења грађана, па ни оних која немају политичке циљеве.³⁴ Дакле, с обзиром на домаћај судијске инкомпатибилности из Уставног закона следи да је судија у вршењу својих овлашћења, као и у „неслужбеним односима” дужан избегавати све што би могло умањити ауторитет и достојанство

31 Вид. чл. 4. и 5. Органског закона о Уставном савету Француске.

32 Вид. чл. 120. и 121. Устава Руске Федерације (Konsti tucii Rossi ñskoñ Federacii B ri de-eskañ li teratura, Moskva), 1993. године.

33 Вид. Савезни устави закон о Устаном суду Руске Федерације од 21. јула 1994. године (Federal ùnññ konsti tucii onnññ zakon ot 21 i ÷lñ 1994 goda „O Konsti tucii onnom Sude Rossi ñskoñ Federacii ñ”, B ri de-eskañ li teratura, Moskva, 2001. године).

34 Вид. члан 11. Савезног уставног закона о Уставном суду Руске Федерације. Поред наведеног у члану 11. став 5. Закона је утврђено да ништа што је наведено у овом члану не може бити разматрано „као ограничење права судије Уставног суда Руске Федерације да слободно изражава своју вољу као грађанин и бирач при гласању на изборима и референдуму”.

суда или изазвати сумњу, односно довести у питање његову објективност, правичност и непристрасност.³⁵

Уставом *Чешке Републике* утврђено је да су највише јавне функције у овој републици, као што су функције председника Републике, посланика и сенатора у Парламенту, министара у Влади и судија, инкомпатибилне са другим функцијама и обављањем професионалне делатности.³⁶ Из ових уставних решења следи да је функција судије Уставног суда Чешке, као јавна функција инкомпатибилна са функцијама у органима законодавне, извршне и судске власти Чешке. Поред наведених уставних забрана, у Закону о Уставном суду Чешке утврђени су још неки облици инкомпатибилности функције судије Уставног суда. Тако је функција судије Уставног суда, сагласно Закону, неспојива и са „вршењем других плаћених послова или обављањем других профитабилних (плаћених – Б.Н.) активности, са изузетком управљања сопственом имовином и активностима едукативне, педагошке, литерарне и уметничке природе, с тим да те активности не утичу на вршење судске функције, њихов значај и достојанство, и не доводе у питање независност и непристрасност у процесу доношења одлука Суда”. Такође, вршење судијске функције, према Закону неспојиво је и са „чланством у политичкој партији или политичком покрету”³⁷.

Према Уставу *Републике Пољске* судије Уставног трибунала у периоду бављења „дужношћу не могу припадати политичкој странци, синдикату ни вршити јавну делатност која се не слаже са принципима самосталности судова и независности судија”.³⁸ Закон о Уставном трибуналу Пољске не садржи одредбе о неспојивости, већ упућује да ће се на питања права, дужности и дисциплинску одговорност судија овог трибунала која нису уређена тим законом сходно примењивати одредбе закона којим су уређена права, дужности и дисциплинска одговорност судија Врховног суда.³⁹

Инкомпатибилност функције судије Уставног суда *Републике Бугарске*, такође је предмет уређивања Устава ове земље. Статус члана Уставног суда Бугарске тако је неспојив са „посланичким мандатом, са вршењем државне или друштвене функције, са чланством у политичкој партији или синдикату и са обављањем слободне, трговачке или друге плаћене професионалне делатности”.⁴⁰ Закон о Уставном суду Бугарске не утврђује облике

35 Интересантно је поменути да је одредбом члана 11. став 4. Уставног закона прописано да судија Уставног суда Руске Федерације не може, када се појављује у штампи и другим средствима масовног информисања или пред другим аудиторijумом, јавно изражавати своје мишљење о стварима, које могу бити предмет разматрања пред Уставним судом Руске Федерација, као ни о стварима које су тренутно предмет одлучивања или ће се о њима тек одлучивати пред Уставним судом Руске Федерације, до доношења одлуке у тој ствари.

36 Вид. члан 82. Устава Републике Чешке (Ustava České Republiky) из 1992.

37 Вид. члан 4. Закона о Уставном суду Чешке (Zakon o Ustavnim soudu) из 1993. године.

38 Вид. члан 195. Устава Пољске (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej) из 1997. године.

39 Вид. члан 6. Закона о Уставном трибуналу (Ustawa o Trybunale Konstytucyjnym) из 1997. године.

40 Вид. члан 147. Устава Републике Бугарске (Konsti tuci ð na Republ i ka Bølgari ð) из 1991. године, са изменама и допунама из 2003. године.

инкомпатибилности, већ само прописује да ће „судије Уставног суда напустити било који положај (функцију) који су обављали и престаће са свим активностима инкомпатибилним са њиховом функцијом, сагласно члану 147. став 5. Устава”, у року од месец дана.⁴¹

Вреди посебно поменути решења која су присутна у уставноправном систему *Републике Мађарске* о инкомпатибилности функције судије уставног суда. Према Уставу ове земље чланови Уставног суда Мађарске „не могу бити чланови партије”, и ван њиховог „крuga надлежности, забрањене су им политичке активности”.⁴² Полазећи од Уставом утврђеног принципа неспојивости функција мађарски законодавац је у Закону о уставном суду ближе утврдио облике неспојивости судијске функције, као и поступак који се спроводи у случају наступања инкомпатибилности. Према члану 9. Закона, члан Уставног суда не може бити: *прво*, члан Парламента, члан Већа (Владе), службеник других државних органа, руководеће лице у органима и интересним организацијама; *друго*, члан партије, нити се може бавити политичким активностима, нити давати политичке изјаве, осим послова за које је надлежан Уставни суд;⁴³ *треће*, „не може обављати било коју профитабилну делатност (делатност из које се стиче приход – Б.Н.), изузев научне, образовне, књижевне и уметничке делатности”. Када је у питању поступак отклањања инкомпатибилности, мађарски законодавац је прописао само начин отклањања инкомпатибилности кад она постоји у моменту избора.⁴⁴ У случају кад постоји конфликт интереса одређен у поменутиим одредбама Закона, а такво лице буде изабрано за судију Уставног суда, то лице је сагласно Закону, дужно да отклони тај конфликт у року од десет дана од дана избора. Законом се даље утврђује да лице изабрано за судију Уставног суда, „не може остварити права која произлазе из ове службе, пре него што отклони конфликт”. Уколико члан Уставног суда не поступи на изнети начин и у прописаном року, „општа седница Уставног суда објавиће престанак његовог чланства”.⁴⁵

Уставом *Републике Словеније* утврђен је принцип неспојивости функције посланика, председника Републике, судије Уставног суда Словеније,

41 У члану 6. став 2. Закона о Уставном суду Бугарске (Zakon za Konsti tuci onen sod, Obn. dv, бр. 67/91.) из 1991. године утврђено је да ће сваки судија положити заклетву на дужност у року од месец дана од његовог постављења или избора у присуству председавајућег Народног Собрања, председника и председавајућег Врховног касационог суда и Врховног административног суда.

42 Вид. члан 32/А Устава Републике Мађарске (А Магпар Козтарсасаг Алкотманца) из 1949. године, са амандманима из 1997. године.

43 Чланом 6. Закона о Уставном суду Мађарске (1989. évi XXXII. törvény az Alkotmánybírószágról), утврђена је и забрана избора „чланова Владе или запослених у политичким странкама, као и руководећих лица у државним органима, који су то радили четири године пре избора” за чланове (судије) Уставног суда.

44 За претпоставити је да се ове одредбе Закона примењују, на одговарајући начин (сходно) и у случају постојања инкомпатибилности у току трајања мандата судије Уставног суда.

45 Вид. чл. 9. до 11. Закона о Уставном суду Мађарске.

судије и јавног тужиоца.⁴⁶ Сагласно Уставу „функција судије Уставног суда није спојива са функцијама у другим државним органима, у органима локалне самоуправе и у органима политичких странака, као и са другим функцијама и активностима неспојивим по Уставу и закону”.⁴⁷ Уређујући правни статус судија Уставног суда, законодавац Републике Словеније је, у посебним одредбама Закона о Уставном суду Словеније,⁴⁸ уредио и питање инкомпатибилности судијске дужности. Поред преузимања облика инкомпатибилности утврђених Уставом, законодавац ове републике је установио и „друге послове и активности” са којима је функција судије Уставног суда инкомпатибилна и начин њеног отклањања. Према закону, функција судије Уставног суда Словеније није компатибилна са: *прво*, функцијама у државним органима;⁴⁹ функцијама у органима локалне самоуправе и функцијама у политичким странкама и синдикатима; *друго*, са радом у државним органима, органима локалне самоуправе и органима носилаца јавних овлашћења; *треће*, чланством у управним и надзорним органима предузећа (привредних друштава), установа и задруга; *четврто*, обављањем посла у било којој привредној или другој плаћеној делатности, осим послова професора универзитета, научног радника или универзитетског сарадника.⁵⁰

Законом о Уставном суду Словеније даље је прописано да „даном почетка обављања судијске функције”, судији уставног суда престаје функција или радни однос у државним органима, органима локалне самоуправе, код носилаца јавних овлашћења, односно функција у политичким странкама и синдикатима. Што се тиче чланства у управним и надзорним органима предузећа (привредних друштава), установа и задруга, као и обављања посла у било којој привредној или другој профитној делатности, изабрани судија Уставног суда мора, најкасније у року од три месеца од дана када је изабран, престати са обављањем тих послова. Тек „даном престанка обављања ових делатности, изабрани судија може почети са вршењем функције судије Уставног суда”. Ако судија не престане са обављањем инкомпатибилне делатности функција судије Уставног суда престаје му по сили закона.⁵¹ Ни законодавац Словеније не утврђује правила о томе шта бива ако инкомпатибилитет наступи у току трајања судијског мандата.

Уставотворац *Републике Хрватске* изричито је установио инкомпатибилност само за две јавне функције, и то: функцију шефа државе и функцију

46 Вид. чл. 105. и 166. Устава Републике Словеније (Устава Републике Словеније), из 1991. године, са изменама и допунама из 1997, 2000, 2003. године.

47 Вид. члан 166. Устава Републике Словеније.

48 Вид. чл. 16. и 17. Закона о Уставном суду Словеније (Закон о Уставном Судишчу Словеније, „Урални лист РС”, шт. 15/94).

49 Из Устава Републике Словеније произлази да су то функције председника Републике, посланика, председника Владе и министра, судије и тужиоца.

50 Вид. члан 16. став 1. алинеје 1. до 4. Закона о Уставном суду Словеније.

51 Вид. члан 16. ст. 2. и 3. и члан 17. Закона о Уставном суду Словеније.

судије Уставног суда Хрватске.⁵² Сагласно члану 123. Устава, судије Уставног суда Републике Хрватске „не могу обављати никакву другу јавну или професионалну делатност”. Уставни закон о Уставном суду Хрватске преузео је *in texto* поменути одредбу Устава, али је утврдио и друге облике инкомпатибилности. Тако, сагласно Уставном закону судија Уставног суда Хрватске не сме бити члан ни једне политичке странке, нити својим „јавним дјеловањем и поступањем смије исказивати личну наклоност према било којој политичкој странци”. И законодавац у Хрватској је утврдио одређени изузетак од установљене забране обављања било каквог посла и службе од стране судија Уставног суда, па је тако у Уставном закону изричито утврдио да судије Уставног суда изабране из реда универзитетских наставника (доцената, ванредних и редовних професора) могу, ван радног односа и у смањеном обиму, наставити обављати наставу и научни рад као универзитетски наставници правних наука.⁵³ Поред наведеног, хрватски законодавац је утврдио да се у смислу Уставног закона не сматра јавном, односно професионалном дужношћу ни друга научна и стручна делатност, нити деловање у институтима и чланство у удружењима правника, као ни у хуманитарним, културним, спортским и другим удружењима.⁵⁴ Уставни закон Хрватске нема одредаба о поступку одлучивања о неспојивости функције судије уставног суда.

И на крају, укажимо и на решење у Уставу *Републике Македоније* које се односи на инкомпатибилност функције судије Уставног суда Македоније. И ако је ово питање искључиво предмет уређивања Устава Македоније, овај устав садржи само једну одредбу по којој је „функција судије Уставног суда неспојива са вршењем других јавних функција и професија или са чланством у политичкој партији”.⁵⁵

3) Мада начин правно техничког уређивања принципа инкомпатибилности, као ни круг функција и послова са којима је функција судије уставног суда инкомпатибилна у савременим европским земљама није исти, у правним системима тих земаља присутна су одређена решења за која би се могло рећи да представљају одређене стандарде у овој области. Та решења имају за сврху да спрече настанак конфликта (сукоба) интереса и да

52 Вид. чл. 96. и 123. Устава Републике Хрватске („Народне новине”, бр. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01 и 55/01). Нespoјивост судијске функције посредно је предмет уређивања члана 120. Устава, у коме је утврђено да судија не може обављати службу или посао који је законом одређен као неспојив са судијском дужношћу. Полазећи од овако установљене обавезе, хрватски законодавац је у Закону о судовима (из 1994. године) прецизно утврдио послове, односно службе које су неспојиве са судијском функцијом. Вид. Б. Ненадић, Нespoјивост судијске функције, Право, бр. 7–8/2003, стр. 32–33.

53 Вид. члан 10. став. 2. Уставног закона о Уставном суду Републике Хрватске („Народне новине”, бр. 99/99 и 29/02).

54 Вид. члан 10. став. 3. Уставног закона о Уставном суду Републике Хрватске.

55 Вид. члан 111. став. 1. Устава Републике Македоније.

Само једна одредба и са скромнијом садржином стоји и у Уставу Републике Српске, по којој „судија Уставног суда не може вршити другу јавну функцију” (члан 117. став 1. Устава).

обезбеде да се функција судије уставног суда обавља у јавном (општем) интересу. Другим речима, принцип инкомпатибилности у савременим правним порецима јесте једно од важних јемстава независности и самосталности судија уставног суда, односно уставног суда у заштити основних вредности модерне државе, као што су уставност и законитост и заштита људских слобода и права.

У погледу врсте правног акта којим се уређује принцип инкомпатибилности савремене европске земље могле би се сврстати у неколико група. Прву групу представљају земље у којима је инкомпатибилност јавних функција, па и функције судије уставног суда, подигнута на ниво уставног принципа и у којима је ово питање искључиво предмет уређивања устава (*materia constitutionis*). Другу и најбројнију групу, чине земље у којима се инкомпатибилност функције судије уставног суда уређује и уставом и законом, док трећу групу (најмалобројнију), чине земље у којима је инкомпатибилност судијске функције законска материја.

У уставима савремених земаља, у погледу начина уређивања овог питања, данас преовлађује пракса да се неспојивост функције судије уставног суда уређује тако да се поред прокламовања начела инкомпатибилности утврђују и поједини њени облици. Не ретко уставотворци упућују да су са функцијом судије уставног суда инкомпатибилне и друге функције, службе и послови утврђени законом.⁵⁶ У појединим земљама у којима су у уставу утврђени конкретни облици инкомпатибилности судијске функције, утврђена је и обавеза отклањања инкомпатибилности која постоји у моменту преузимања судијске функције. У неким земљама иде се и даље, па се уређује и поступак за утврђивање инкомпатибилности, тј. њено отклањање у зависности од тога да ли је неспојивост постојала у моменту избора судије или је настала у току трајања судијске дужности као последица преузимања функције, посла или дужности неспојиве с вршењем судијске функције. Дакле, кратко речено, анализа упоредног законодавства показује да су у правним порецима савремених европских земаља регулисани облици инкомпатибилности функције судије уставног суда, али и поступак утврђивања, односно отклањања инкомпатибилности, као и последице евентуалног оглушења о утврђене (прописане) забране.

Када је у питању *домашај* инкомпатибилности, односно врсте и број функција, послова и делатности које су неспојиве са судијском функцијом у компаративном праву, такође постоје разлике. Међутим, у свим европским земљама, без изузетка, присутна су решења по коме судија уставног суда не може бити члан органа законодавне, извршне и судске власти. То је основни, примарни облик инкомпатибилности који треба да спречи

56 По правилу, савремени законодавци иду даље у установљењу облика инкомпатибилности, полазећи од основних принципа и начела на којима је уређена власт у датој земљи (принцип поделе власти, начело деполитизације судске и управне власти и др.), тј. увођењу облика које устав изричито не наводи.

да наведени органи власти, а посебно законодавне и извршне, не би били у прилици да непосредно утичу на рад уставног суда. Међутим, овим није затворен круг функција са којима је неспојива функција судије уставног суда. Нespoјивост дужности судије уставног суда, огледа се и у немогућности чланства у органима јединица територијалне аутономије и локалне самоуправа, а у федерално уређеним земљама инкомпатибилност се односи и на функције у органима власти федералних јединица. Када су у питању земље чланице Европске Уније, у законодавству ових земаља утврђени су и одређени облици инкомпатибилности функције судије уставног суда са одређеним функцијама у институцијама Уније.

Следећи облици инкомпатибилности који су присутни у упоредном праву, испољавају се у немогућности судије уставног суда да обавља било које професионалне делатности, односно службе, али и у немогућности пружања одређених правних услуга или савета уз накнаду. Међутим, када су у питању ови облици инкомпатибилности уставотворци и законодавци појединих земаља „омекшавају” њихову строгу примену, јер имају у виду и неке друге опште вредности значајне за једно друштво, као што су: даљи развој науке, образовања, стваралаштва и др. Тако се утврђује, да се судије изузетно могу бавити и научном, истраживачком, педагошким, образовном, културном, публицистичком и сличним делатностима, али се по правилу одређује да се обављањем ових послова „не сме довести у питање” вршење судијске дужности (функције); да се за њихово обављање не може заснивати радни однос; да се мора имати сагласност суда (или председника суда, односно другог одговарајућег тела суда), и др.

Веома чест облик инкомпатибилности у упоредном праву који се изричито прописује, огледа се у забрани чланства судија уставног суда у органима управљања трговачких, финансијских и других привредних друштава, као и других субјеката који се оснивају и послују са лукреативним циљем. Овај облик инкомпатибилности, са напред поменутиим обликом, представља значајан основ искључења могућности финансијског утицаја на судије уставног суда и мешање приватног и јавног интереса, па и „злоупотребе јавне функције”.⁵⁷

И на крају, значајан облик инкомпатибилности, који је по правилу присутан у земљама централне и југоисточне Европе (али и у појединим земљама Европске Уније) огледа се у немогућности чланства судија уставног суда у органима политичких странака, односно чланства у политичким странкама и њима сличним организацијама. Поједине европске земље отишле су и даље, па су уз ову забрану утврдиле да судије уставног суда не могу припадати ни политичким покретима, нити могу учествовати у било каквим политичким активностима (на трибинама или другим скуповима које

57 У неким земљама носиоци јавних функција не смеју примати накнаде за говоре, појављивање на одређеним скуповима или за објављене чланке, а за примање готовог новца као накнаде или плаћања за ретко дозвољене активности, одређује се лимит (тако је нпр. поступљено у Енглеској).

организују поједине политичке партије и сл.). утврђујући овај облик инкомпатибилности савремени уставотворци и законодавци увели су један важан основ који представља брану политичким утицајима на вршење судијске функције. Овај облик инкомпатибилности, међутим не значи да судије уставних судова немају право да се ради заштите својих интереса, *као судије удружују* у професионална удружења. Према Основним начелима о независности судства, као и „Општим начелима” Европске повеље о статусу за судије право је судија да оснивају своја удружења или да у њима делују да би бранили своје интересе, професионално образовање и штитили независност судства, уз услов да при том чувају достојанство свог позива и непристрасност и независност суда.⁵⁸

2. Принцип инкомпатибилности функције судије уставног суда у Србији и Црној Гори

Уређивање инкомпатибилности јавних функција у Србији и Црној Гори, сагласно Уставној повељи државне заједнице Србија и Црна Гора из 2003. године, спада у надлежност Државне заједнице кад је у питању неспојивост судијске функције (као и других јавних функција) на нивоу Заједнице, а уређивање неспојивости функције судије уставног суда (и других јавних функција) у републикама чланицама у надлежности је република.

1) Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора не садржи одредабе о принципу инкомпатибилности функција у институцијама Србије и Црне Горе.⁵⁹ То значи да Уставна повеља не установљава ни инкомпатибилност судијске функције на нивоу Државне заједнице.⁶⁰ Нespoјивост функције судије Суда Србије и Црне Горе – Суда у чијој је надлежности и заштита уставности и законитости на нивоу Државне заједнице,

58 Вид. тач. 8. и 9. Основних начела о независности судства, које је усвојила Генерална скупштина УН новембра 1985. године, као и Европску повељу о статусу за судије, Општа начела, а посебно тач. 1.7. и 1.8. Начела (од јула 1998. године), у монографији Правосудни савети, Институт за упоредно право, Београд, 2003. година, стр. 229.

59 Уставна повеља садржи одредбе под називом „неспојивости функција” као што су одредбе члана 22, члана 27. ст. 4. и 5. и члана 35. став 3. Међутим, ове одредбе имају за циљ да обезбеде равноправну заступљеност држава чланица на одређеним функцијама у институцијама Државне заједнице, а не забрану кумулације функција.

60 Принцип неспојивости јавних функција био је предмет пажње уставотворца СРЈ из 1992. године. Тако се према Уставу СРЈ принцип неспојивости функција односио на функцију председника Републике, члана Савезне владе, судије Савезног суда, савезног државног тужиоца и судије Савезног уставног суда. Ове функције биле су неспојиве међусобно, као и са било којом другом јавном функцијом или са обављањем било које професионалне делатности или службе. Поред тога, Уставом је било утврђено да судије Уставног суда, као и сви носиоци правосудних функција на нивоу савезне државе не могу бити чланови политичких партија (члан 42. Устава СРЈ). Међутим, анализа законодавства Савезне Републике Југославије показује да у том законодавству није ближе уређивана инкомпатибилност јавних функција, па ни судијске функције. Тако нпр. Закон о Савезном уставном суду („Службени лист СРЈ”, бр. 36/92.), Закон о Савезном суду („Службени лист СРЈ”, бр. 27/92) и Закон о војним судовима („Службени лист СРЈ“, бр. 11/95, 1/96 и 74/99) нису садржали одредбе о неспојивости судијске функције.

предмет је законодавног уређивања. У Закону о Суду Србије и Црне Горе⁶¹ утврђено је да судија овог суда не може: *прво*, обављати посланичку или другу јавну функцију; *друго*, обављати било коју професионалну делатност, осим научно-истраживачке и образовне, и то по одобрењу Суда; *треће*, бити члан политичке странке; *четврто*, учествовати у припреми устава, закона и других прописа и општих аката чија је оцена усклађености у надлежности Суда.⁶² И на крају, Законом је утврђено да судија не може учествовати у одлучивању када се гласа о неспојивости његове судијске функције са вршењем друге делатности. Из наведеног законског решења произлази да о неспојивости судијске функције, у сваком конкретном случају одлучује Уставни суд у целини. Међутим, у вези с овим решењем отвара се дилема о чему то Суд гласа, односно кад то Суд може да гласа о инкомпатибилности. Суд не би могао да гласа о инкомпатибилности која постоји у моменту избора судије, јер док се она не отклони судија не би могао да преузме судијску дужност. Суд би, по нашем мишљењу, могао евентуално да констатује чињеницу наступања, односно постојања инкомпатибилитета који настане у току трајања мандата судије. До престанка судијске функције морало би долазити *ex lege*, у случају кад Суд констатује да инкомпатибилност која је постојала у моменту избора није у одређеном року отклоњена, односно да је судија преузео дужност или посао који је неспојив са судијском функцијом противно одредбама Закона.

Одредбе устава република чланица Србије и Црне Горе о инкомпатибилности јавних функција, па и функције судије уставног суда, се међусобно незнатно разликују.

2) Устав *Републике Црне Горе* садржи одредбе о неспојивости појединих јавних функција са другом функцијом и обављањем професионалне или друге делатности, и то за функцију: члана Владе, председника и судије Уставног суда, судије и јавног тужиоца.⁶³ Уређујући инкомпатибилност функције судије Уставног суда Црне Горе, Уставом је утврђено да „председник и судија Уставног суда не могу вршити посланичку и другу јавну функцију нити професионално обављати другу дјелатност.” Такође, Уставом је утврђено да судије Уставног суда „не могу бити чланови органа политичких странака.”⁶⁴ При томе, уставотворац Црне Горе не упућује да ће се законом ближе уредити неспојивост судијске дужности. Међутим, непостојање такве одредбе у Уставу није била сметња да се у Закону о Уставном суду Републике

61 Вид. члан 22. Закона о Суду Србије и Црне Горе („Службени лист СЦГ”, број 26/03).

62 О садржини одредбе члана 22. Закона нећемо ближе говорити овом приликом. Указаће се само на утврђену забрану учешћа судија Уставног суда у припреми устава, за коју нам се чини да нема валидног разлога. Напротив, учешће судија на овим пословима чини нам се оправданим с обзиром на њихово знање и искуство, карактер устава као највишег правног акта чија се „уставност” не оцењује, као и чињеницу да судије које учествују у припремама устава јесу у прилици да боље спознају „вољу и интенцију уставотворца” изражену у појединим одредбама устава у односу на које ће се касније вршити оцена уставности закона и других прописа, а то им само може користити у обављању функције.

63 Вид. одредбе чл. 93, 106. и 111. Устава Републике Црне Горе из 1992. године.

64 Вид. члан 41. Устава Републике Црне Горе, по коме уставотворац омогућава судијама да буду чланови политичких партија, али им не дозвољава да буду бирани у њихове органе.

Црне Горе, нађу и одредбе о неспојивости функције судија Уставног суда, као и одредбе о томе шта бива у случају када судија преузме функцију или делатност која је по Уставу неспојива са функцијом судије Уставног суда.⁶⁵ Тако је овај Закон један од ретких европских закона о уставном судству који нема одредбе о инкомпатибилитету.

3) Прокламујући начело поделе власти, на законодавну, извршну и судску, Устав *Републике Србије*, у основним одредбама, изричито утврђује да је контрола уставности и законитости поверена Уставном суду Србије (члан 9). Доследна примена начела поделе власти претпоставља и тражи примену принципа неспојивости највиших јавних функција у органима државне власти, а тиме и у сфери „уставносудске власти”, у којој је посебно важно обезбедити независност и самосталност Уставног суда.

Уређивању принципа инкомпатибилности највиших јавних функција у Републици Србији, уставотворац је приступио на различите начине. Изричито је утврђена само неспојивост функције председника Републике и функције судије Уставног суда са другим јавним функцијама и обављањем професионалне делатности. Инкомпатибилност судијске функције републички уставотворац одредио је тако што је утврдио да судија „не може обављати службу или посао који је законом утврђен као неспојив са његовом функцијом”.⁶⁶ Нespoјивост функције председника и чланова Владе, односно министара није предмет уређивања Устава, већ републичког Закона о државној управи.⁶⁷ Ни уставотворац Републике Србије није утврдио обавезу законодавца да ближе и конкретније уреди облике неспојивости и начин њеног отклањања. Нема потребе посебно образлагати да је законодавна разрада уставног решења о неспојивости функција, па и функције судије Уставног суда била нужна, јер појмови које је уставотворац употребио код утврђивања неспојивости јавних функција, нису ни довољни, ни прецизни да могу јасно и потпуно изразити садржину овог принципа, односно боље рећи његов домаћај у односу на друге функције, делатности и послове.⁶⁸ Такође треба рећи да у одредбама члана 127. Устава, које се односе на престанак судијске функције, односно

65 Вид. Закон о Уставном суду Републике Црне Горе („Службени лист ЦГ”, број 21/93). У Закону се чак ни међу разлозима за престанак мандата судије Уставног суда не помиње презимање функције или професионалне делатности неспојиве са судијском функцијом.

66 Уставом Републике Србије утврђено је да: 1) председник Републике не може обављати другу јавну функцију или професионалну делатност (члан 86.); 2) судија Уставног суда не може вршити другу јавну или професионалну делатност (члан 126.); 3) судија, односно јавни тужилац не може обављати службу или посао који је законом утврђен као неспојив са његовом функцијом (чл. 100. и 106.).

67 Према члану 49. Закона о државној управи („Службени гласник РС”, бр. 20/90, 6/93, 48/93, 53/93, 67/93, 48/94 и 49/99....), министар у републичкој Влади не може „вршити никакву јавну, професионалну и другу дужност која је неспојива са његовом дужношћу”, с тим што Влада може дати сагласност за ангажовање министра који има научно звање „у научнообразовним установама уколико се тиме не доводи у питање ефикасан рад органа државне управе”.

68 При томе, кад говори о неспојивости уставотворац Републике Србије, користи различите формулације, као што су неспојивост одређене функције са „другом јавном функцијом”, „другом функцијом”, „јавном делатности”, „професионалном делатности”, „другом делатности”, „другом службом или послом” и сл.

разлоге (основе) за разрешење судија Уставног суда, није утврђено да је постојање неспојивости разлог за престанак функције, односно разрешење судије Уставног суда. Из изнетог следи да је у правном систему Републике Србије инкомпатибилност функције судије Уставног суда Србије, остала поднормирана. Изостало је ближе законско уређивање облика неспојивости, начина њеног отклањања и правних последица преузимања функције или делатности неспојиве са судијском функцијом.⁶⁹ Другим речима, у нашем правном систему изостала су не само правна правила о облицима инкомпатибилности, већ и правила о поступку у коме се отклања настала инкомпатибилност, као и правила о последицама које би наступале *ex lege* у случају поступања судије супротно одредбама Устава и закона. Постојање ових правила, је неопходно да би уставом прокламовани принцип инкомпатибилности функције судије Уставног суда у пракси био делотворан.

Дакле, у нашем савременом уставноправном систему, принцип неспојивости функције судије Уставног суда је уопштено одређен, без било какве ближе нормативне разраде. Тиме је отворен простор за тумачење и различиту примену уставног решења о неспојивости судијске функције у пракси. Уопштено одређивање инкомпатибилитета у одредбама Устава пружа могућност злоупотребе уставног решења, како од стране самих судија, тако и од стране других органа власти, односно органа који одлучују о избору и разрешењу судија (шефа државе и парламентарне већине) а у зависности од односа политичких снага у земљи и њихових политичких циљева.⁷⁰ Тако како је формулисана инкомпатибилност у одредби члана 126. став 4. Устава може се, с једне стране несметано кршити, (јер је препуштено на вољу и савест судији да он цени да ли је нека делатност, односно посао неспојив са судијском функцијом), а с друге стране, било која активност судије „мимо судијске дужности” увек може бити оквалификована као инкомпатибилна и тиме послужити као основ за престанак судијске функције. У досадашњој пракси Уставног суда Србије, у једном случају, судији тог суда престала је функција „због чланства у управном одбору” удружења грађана, с образложењем да је функција судије Уставног суда неспојива са другом јавном функцијом.⁷¹

69 Правни статус судија Уставног суда у Републици Србији није предмет уређивања Закона о поступку пред Уставним судом Србије и правном дејству његових одлука („Службени гласник РС”, број 21/92). Овај закон нема одредбе о статусу судија. Наравно ово питање није могло бити ни предмет уређивања Пословника о раду Уставног суда („Службени гласник РС”, број 9/95).

70 Строго гледано судије не подлежу „политичкој контроли јавности”, тј. контроли бирачког тела нити парламентарној контроли (какој подлежу чланови представничких тела и органа који се бирају на непосредним изборима, као и носиоци функција извршне власти), већ преваходно стручној и професионалној контроли.

71 На поменути начин престала је функција Слободану Вучетићу, судији Уставног суда Србије. У писму од 21. децембра 1999. године, које је председнику Уставног суда Србије упутио председник Народне скупштине стајало је: „Обавештавамо Вас да је Народна скупштина Републике Србије, на Другој седници Другог редовног заседања у 1999. години, одржаној 21. децембра 1999. године, сагласно члану 73. тачка 10, а у вези са чланом 126. став 4. Устава Републике Србије, констатовала да је Слободану Вучетићу, престала функција судије Уставног суда Републике Србије, због неспојивости функције судије Уставног суда

3. О домашају инкомпатибилности функције судије Уставног суда Србије

Полазећи од одредбе члана 126. став 4. Устава у којој је утврђено „да судија Уставног суда не може да обавља другу јавну функцију нити професионалну делатност”, уз одсуство било какве законодавне разраде овог уставног решења, основно питање које се поставља јесте да ли се може да-ти јасан и недвосмислен одговор на питање докле сеже уставом утврђена инкомпатибилност функције судије Уставног суда Републике Србије, у ком року и како се она отклања и шта бива ако судија прекрши наведену „забрану”, па кумулира функције, преузме инкомпатибилну делатност, помеша „општи интерес” и „приватни (лични) интерес” или интерес органа или организације којој припада (политичкој партији, удружењу, привредном друштву, установи и сл.) или пак преузме вршење неког плаћеног посла на „уштрб” вршења дужности у Суду.

Код утврђивања домашаја инкомпатибилности функције судије Уставног суда Србије значајно је одредити шта уставотворац подразумева под појмом „друга јавна функција”, односно „професионална делатност”.

(наставка фусноте 71)

са другом јавном функцијом коју је преузео, а то је функција члана Управног одбора организације Г-17 плус”. Међутим, Народна скупштина Републике Србије је 20. септембра 2001. године донела Одлуку којом је утврдила „да је акт Народне скупштине Републике Србије..... на основу кога је Слободану Вучетићу престала функција судије Уставног суда Републике Србије, ништав” („Службени гласник РС”, број 56/2001). У образложењу ове Одлуке наводи се да је поменути акт Народне скупштине правно ништав из следећих разлога:

„Чланом 127. став 1. Устава Републике Србије, изричито и таксативно су предвиђени и набројани случајеви у којима судији Уставног суда престаје функција, односно кад се разрешава дужности судије. Наиме, судији Уставног суда престаје функција само у два случаја: када то сам затражи или кад испуни услове за остваривање права на старосну пензију. Судијске дужности судија Уставног суда се разрешава такође у два случаја: кад буде осуђен за кривично дело на безусловну казну затвора или кад трајно изгуби способност за вршење функције судије Уставног суда. У конкретном случају, није био испуњен ни један од услова предвиђених Уставом за престанак судијске функције, односно за разрешење... У образложењу Одлуке се даље истиче да је разлог који је наведен за престанак мандата правно неоснован из више разлога. „Први је формално-правне природе и састоји се у томе што се чланом 126. став 4. Устава не предвиђа престанак судијске функције, нити разрешење судијске дужности, већ само да судија Уставног суда не може вршити другу јавну функцију или професионалну делатност. Други, материјално-правни разлог састоји се у томе што чланство, и то непрофесионално, у Управном одбору Организације Г-17 плус која је од надлежног органа регистрована као експертска организација, тј. стручно удружење грађана, не представља јавну функцију. Опште прихваћен је правни став да је јавна функција она функција на коју се грађанин бира непосредно од стране грађана (посланик, одборник) или га бира Народна скупштина, односно друга одговарајућа скупштина. Поменути акт Народне скупштине правно је ништав, зато што није донет на прописан начин, нити у прописаном облику, као и зато што није објављен у „Службеном гласнику Републике Србије”... С обзиром на то да акт Народне скупштине, на основу кога је престала функција судији Уставног суда Републике Србије, није донет гласањем народних посланика (већ „примањем на знање” става, односно предлога Одбора за правосуђе и управу), да није донет у форми одлуке или неке друге врсте акта, као и да није објављен у „Службеном гласнику Републике Србије”, а произвео је правне последице, он је правно ништав, а самим тим и све правне последице настале његовим доношењем.” Вид. Образложење предлога Одлуке од 12. септембра 2001. године, Документација Народне скупштине Републике Србије.

Једино нам се, као што смо већ констатовали чини неспоран став нашег уставотворца кад је у питању чланство судије Уставног суда у законодавним, извршним и судским органима власти. Тако је функција судије Уставног суда неспојива са функцијом посланика, односно одборника, функцијом председника Републике,⁷² председника и чланова Владе, односно чланова извршних органа власти на свим нивоима организовања (од јединица локалне самоуправе до Државне заједнице), као и са функцијама у органима и организацијама државне управе. Међутим, наведена формулација члана 126. став 4. Устава тражи одговор на питање да ли је функција судије Уставног суда Србије инкомпатибилна са дужностима, односно функцијама чије носиоце бирају, именују или постављају скупштине, односно владе и други извршни органи, укључив и она именована и постављена која врше њихова радна тела (надлежни одбори, односно комисије). По нашем мишљењу, овај облик инкомпатибилности односи се не само на неспојивост дужности судије са чланством у наведеним органима власти, већ и на сва она лица која су изабрана, именована или постављена од стране ових органа.⁷³ Наведени облици инкомпатибилности су непосредни израз начела поделе власти и они у суштини треба да обезбеде и заштите Уставни суд од утицаја других органа државне власти – пре свега законодавне и извршне. Супротно би било противно и основним начелима Устава о владавини права и независности и самосталности Уставног суда. Од овог става би увек требало полазити у случају спора о томе да ли је једна конкретна функција инкомпатибилна са дужношћу судије Уставног суда или не.

Такође, чини нам се неспорним и уставна забрана обављања било које професионалне делатности од стране судија Уставног суда, с тим што се и овде поставља питање шта је уставотворац подразумевао под „професионалном делатношћу” – да ли само делатност која се обавља уз заснивање радног односа или само ону делатност за коју је посебним законом одређено да се сматра „професионалном делатношћу”,⁷⁴ или и сваки други плаћени посао. Дакле, и код овог облика инкомпатибилности намеће се потреба утврђивања значења појма „професионална делатност”, односно утврђивања шта се то у смислу Устава сматра „професионалном делатношћу”.

72 Као што смо већ констатовали, републички уставотворац је утврдио да је функција председника Републике неспојива са другим јавним функцијама и обављањем професионалне делатности, а то значи и са функцијом судије Уставног суда.

73 Сагласно члану 73. и 126. став 4. Устава, функција судије Уставног суда има се сматрати неспојивом и са функцијом гувернера Народне банке, као и са било којом другом функцијом у Народној банци.

74 Подсећамо само, да је вршење судијске функције неспојиво са истовременим обављањем одређених професионалних делатности и служби, за које је законом утврђено да се врше у општем интересу, стручно и непристрасно. Тако је у члану 4. став 1. тачка б) Закона о адвокатури („Службени лист СРЈ”, бр. 24/98, 26/98. и 69/2000), утврђено да право уписа у именик адвоката има лице које, поред других услова, испуњава услов да се „не бави другом професионалном делатношћу, осим у научној, педагошкој, преводачкој, уметничкој, публицистичкој, хуманитарној и спортској области.” За очекивати је да ће се слична правила у нашем законодавству утврдити и за још неке професије.

За све друге облике инкомпатибилности (које познаје упоредно право), имамо само питање да ли се ти облици и код нас подразумевају и претпостављају по природи ствари, односно природи судијске функције, па их уставотворац отуда није изричито ни помињао или се пак ти облици инкомпатибилности код нас не подразумевају, тј. не постоје јер нису прописани.

Тако се намеће питање може ли судија Уставног суда Републике Србије:

– бити кандидован за народног посланика или за другу изборну функцију, или би судија пре прихватања кандидатуре требало да поднесе оставку на судијску функцију, па се тек тада кандидовати на изборима, или се пак судија увек може кандидовати, а уколико буде изабран, накнадно ће се отклонити инкомпатибилност;⁷⁵

– бити члан комисија или других органа и тела за спровођење избора;⁷⁶

– бити члан радних тела законодавних, извршних и судских органа, а ако може, којих (нпр. члан комисије за припрему устава, за припрему нацрта појединих закона или извештаја и експертиза о спровођењу појединих закона или других општих аката и сл.);

– бити члан управе или надзорног одбора или других органа привредних друштава, установа и других правних лица, а посебно оних која се оснивају с лукреативним циљем;⁷⁷

– обављати било коју професионалну делатност (ако је професор универзитета, научни сарадник и сл.), у ком обиму (неколико сати недељно, месечно, годишње) и у ком облику (може ли изводити наставу, може ли објављивати научне и стручне радове, може ли учествовати на научним и стручним скуповима и др)⁷⁸, и да при том буде сасвим јасно која је функција, односно делатност престижнија;

75 Уставотворци, односно законодавци појединих европских земаља су ово питање изричито регулисали, тако да се судија који буде изабран на другу функцију, у одређеном периоду мора ослободити судијске функције, док поједине земље посредно „забрањују” могућност учешћа на изборима за одређене функције за време обављања судијске функције, тј. судија претходно мора поднети оставку, па се тек након тога може кандидовати на изборима.

76 У одговору на ово питање износи се различити ставови, односно мишљења с обзиром да су изборне комисије самостална и независна „тела за спровођење избора”. По нашем мишљењу функција судије Уставног суда је инкомпатибилна са чланством у овим комисијама, с обзиром да је и чланство у наведеним комисијама јавна функција. Осим тога при одговору на ово питање мора се имати у виду и надлежност Уставног суда утврђена у члану 125. став 1. тачка 7. Устава, по коме Суд одлучује и о „изборним споровима који нису у надлежности судова или других државних органа”. Вид. опширније Б. Ненадић, Неспोजивост судијске функције, стр. 26. и д.

77 Чланство у органима привредних друштава јесте посао управљања, односно пословођења једним привредним друштвом или другим правним лицем. То је сагласно одредбама члана 269. и 270. Закона о предузећима „плаћени посао”. Указујемо да је у већем броју савремених земаља изричито прописано да је функција судије уставног суда инкомпатибилна са чланством у органима управљања и у надзорним телима предузећа и других правних лица, посебно оних са лукреативним циљем.

78 У вези с наведеном формулацијом члана 126. став 4. Устава следи и питање да ли је интенција уставотворца Републике Србије била да утврди забрану по којој судија Уставног суда не може обављати ни један други посао или активност, или се пак ради само о немогућности обављања „професионалне делатности” од стране судије, док неке друге послове који не спадају у ову групу послова судија може обављати. Наиме, питање је и да ли судија може да обавља било коју активност, односно посао који није ни „јавна функција”

- пружати правне савете и давати правна мишљења (експертизе), односно обављати било који плаћени посао;
- бити биран у наставна и научна звања и бити „унапређиван” у току трајања функције и може ли стицати академска звања (магистратуре и докторате);
- бити члан политичке странке или политичког покрета, односно члан органа политичке странке или бити члан синдиката;⁷⁹
- бити члан удружења грађана, и ако може којих;
- бити носилац функције у хуманитарним, добротворним, спортским, културно уметничким и другим друштвима или удружењима, а посебно оних која врше јавна овлашћења.

Поред наведеног, може се поставити и питање може ли брачни друг, односно сродник судије Уставног суда до одређеног степена сродства бити функционер или запослен у Суду или и у другим органима законодавне, извршне и судске власти.

Када је у питању начин отклањања инкомпатибилности, питање је у ком року лице изабрано за судију Уставног суда мора да преузме судијску дужност и ослободи се инкомпатибилности ако је инкомпатибилност постојала у моменту избора и може ли судија преузети и вршити судијску дужност, а да претходно није напустио функцију или престао обављати делатност неспојиву са судијском функцијом.

И на крају могу се поставити и питања коме (председнику Суда или Суду у целини), како (усмено или писмено) и када судија Уставног суда треба да саопшти да је преузео или да намерева преузети функцију или делатност неспојиву са функцијом судије Уставног суда, као и треба ли

(наставка фусноте 78)

ни „професионална делатност” и ако може, под којим условима. Скоро да је правило у упоредном законодавству, да се у случају постојања могућности да се судија бави и неком делатношћу, односно послом то изричито и утврђују – као нпр. да се судије могу бавити научним, педагошким, публицистичким, истраживачким радом или учествовати у раду научних и стручних скупова и у изradi научних и стручних пројеката или пројеката појединих законских аката и сл. То такође значи, да уз судијску дужност судија не може обављати ни један други посао, осим изричито прописаних послова, па обављање сваког другог посла или активности је инкомпатибилно са судијском дужношћу. Наравно, узорни законодавци су утврдили услове под којим се могу обављати ови послови, као и обавезу судије да претходно обавести суд о сваком конкретном послу (који иначе може да обавља по закону), ради прибављања сагласности суда, како обављање тог посла не би утицало на ефикасност вршења судијске дужности, а тиме и рад суда у целини. И у нашој досадашњој пракси било је случајева да су судије учествовале у раду научних и стручних скупова, да су биле чланови радних тела скупштина или владе за припрему појединих законских пројеката, да су учествовале у едукацији судија и запослених у правосудним органима, да су биле чланови комисија за полагање стручних испита за рад у државним органима или испита за обављање одређених делатности, итд. Забрана ових активности, по оцени ових законодаваца, би неспорно спутавала стваралачки рад судија и преношење знања и искуства у једној веома важној области друштвеног живота.

79 Наш савремени уставотворац превидео је по нашем виђењу, један важан основ који искључује могућност политичког утицаја на вршење судијске функције, а то је забрана чланства судија у политичким партијама, односно њиховим органима. Подсећања ради, Устав СРЈ је утврђивао изричито забрану чланства у политичким партијама судија Савезног уставног суда. Судије Уставног суда, по природи ствари, нису и не би смеле бити политички функционери.

(или не треба) судији Уставног суда сагласност Суда, ако хоће да обавља било који посао који није „ни јавна функција, ни професионална делатност”.⁸⁰

Наравно, с овим се не исцрпљују питања која се могу поставити у вези с домашајем и начином отклањања инкомпатибилности функције судије Уставног суда, посебно ако се имају у виду решења која постоје у упоредном праву, а која су уграђена у уставноправне системе појединих земаља као правна гаранција да се ова судијска функција обавља у општем (јавном) интересу.

Сада, како стоје ствари са нормативним решењима у уставно правном поретку Републике Србије, у одговору на постављено питање о домашају инкомпатибилности функције судије Уставног суда, одговор би могао бити да са судијском функцијом нису инкомпатибилне горе поменуте функције, делатности и послови, али би одговор исто тако могао бити и супротан – да у односу на поменуте функције, односно делатности и послове инкомпатибилност постоји. Дакле, одговор би могао бити и да судија „може да обавља све наведено”, али и да „не може да обавља ништа од наведеног”; да судија треба (мора), али и не мора (и није обавезан) да обавести Суд о инкомпатибилности, нити је дужан да прибави сагласност Суда за обављање појединих послова; а у погледу рока за отклањање инкомпатибилности рок би могао бити одмах по избору на судијску функцију, односно даном настанка инкомпатибилности, или у примереном временском периоду, а можда и нема рока. У досадашњој пракси кршења одредаба инкомпатибилности пролазило је по правилу „некажњено”, сем ретких изузетака када је од воље оних који су имали политичку власт зависило која ће се мера и када применити, а не од доследне примене решења утврђених у Уставу и закону.

Да би се број отворених питања у вези са инкомпатибилношћу функције судије Уставног суда свео на разумну меру (јер ће питања увек бити с обзиром да је отклањање могућности сукоба интереса у обављању јавних функција један процес који има не само правни, већ и политички, економски, социјални, етички аспект и др.), нужно је да уставотворац, односно законодавац утврди не само облике инкомпатибилности, већ и начин, односно поступак њиховог отклањања.

Закључна разматрања

Уставом Републике Србије је на уопштен начин уређена инкомпатибилност функције судије Уставног суда са другим функцијама и делатностима. Уз то, законодавна уређеност принципа неспојивости функције судије Уставног суда у законодавству Републике Србије је до сада потпуно изостала. Ова констатација сама по себи говори довољно шта би требало чинити.

⁸⁰ За претпоставити је да би судија био дужан да то учини обавезно пре преузимања друге функције, дужности или службе, и да за то добије сагласност суда. Ово тим пре, што наш уставотворац изричито не утврђује могућност да се судија бави било каквим послом или службом, али као што је констатовано, о овом питању нема правних норми у нашем позитивном праву.

Принцип инкомпатибилности функције судије Уставног суда морала би остати *materia constitutionis* и у новом уставу Србије. За очекивати је да ће нови уставотворац Србије имати више слуха за уређивање питања инкомпатибилности, али наглашавамо да уставна решења морају потом бити пропраћена и конкретним законским решењима (као што је то урађено „за носиоце судијске и тужилачке функције” у нас). Ако се то питање не уреди тако, како је то учињено у Немачкој, Аустрији или Италији (а то су само три европске земље које имају дужу традицију уставно судске заштите од нас), а оно бар у оној мери у којој су то учиниле земље у нашем окружењу.⁸¹ При томе, уставна и законска решења морају бити утврђена тако да представљају нормативне гаранције да до сукоба интереса у обављању функције судије Уставног суда не долази. Сврха тих решења огледа се у томе да обезбеде да деловање судија Уставног суда (у осталом као и свих других носилаца јавних функција) буде у општем (јавном) интересу и да се спрече ситуације у којима би тај интерес могао бити „жртвован” у корист приватног интереса.⁸²

Не улазећи у правну технику, односно начин формулисања одредаба о инкомпатибилности, сматрамо да у новом уставу Србије, а потом и у закону којим ће се ближе уредити правни положај судија Уставног суда, (или пак у закону о конфликту – сукобу интереса) треба уредити конкретне облике неспојивости функције судије Уставног суда са другим функцијама и пословима, као и начин отклањања те инкомпатибилности. Уопштена уставна решења сама по себи, без ближе правне разраде, не могу бити јемство, односно ослонац самосталности и независности судија. Судије Уставног суда би требало унапред да знају правила која уређују њихов положај, па отуда и забране обављања одређених делатности и функција од стране судија овог суда морају бити изричито и прецизно прописане.

81 Разматрању питања инкомпатибилитета и излагању решења у компаративном праву пришли смо са циљем да се нека од тих решења имају у виду у поступку припреме одредаба новог устава Србије о правном положају судија Уставног суда, а не ради њиховог простог преузимања и преписивања, како се то често чини у нашој савременој нормативној пракси кад су у питању поједини закони и други правни акти.

82 Потпуна и целовита уређеност овог принципа је поготово неопходна у земљи каква је наша, у којој подела власти нема традицију – земља у којој су веома дубоки економски, политички и други сукоби уз веома висок степен политизације друштвених односа у целини и др.

ПОСТУПАК ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ

RES IUDICATA И КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ НОРМАТИВНИХ АКТА

„У филозофији не постоји пресуђена ствар” (Х. Перелман) У *Quo vadis* Х. Сјенкјевич каже да „истина пребива негде тако високо да је ни сами богови не могу догледати са врхова олимпијских.” За разлику од филозофије, право познаје и пресуђену ствар и, управо у вези с њом, правну истину.

1. Забележено је да је још Улпијан, један од најугледнијих правника класичног периода римског права, рекао: *Res iudicata pro veritate accipitur* – што се пресудом утврди сматра се истином. Синтагма „пресуђена ствар”, односно начело *res iudicata* уткано је у права модерних држава. Начело *res iudicata* једно је од општих правних начела унутрашњих правних поредака држава и међународног права.¹

Правно обликовање друштвених односа и утврђивање правила понашања правних субјеката, само по себи, не елиминише сукобе различитих интереса. А када би на то и претендовало, право то не би могло постићи. Уређујући друштвене односе, право настоји да друштвене сукобе сведе на најмању могућу меру и, затим, утврди поступак и средства решавања стварних сукоба који се испољавају као спорови у праву, односно правни спорови.

Опстанак друштва и стварни људски друштвени живот не допуштају да правни спорови трају у недоглед. Правни спорови морају имати одређени крај. Спор се једном мора окончати. Време неизвесности у друштвеним односима, *resp.* правним споровима мора се свести на разумну меру. У праву, као „и у себи усклађеном изразу” (Ф. Енгелс) и „сопственом правном свету у оквиру стварног света” (Р. Лукић), окончање правног спора означено је институтом правноснажности. Правноснажношћу судске пресуде наступа и правноснажност правне истине утврђене у правном поступку. Правна ваљаност правноснажне одлуке не може се у принципу више испитивати (*ne bis in idem*). Правноснажном одлуком конкретни

1 „Нико не може бити гоњен или кажњен због кривичног дела у вези којег је већ био ослобођен кривице или осуђен правноснажном пресудом према закону и кривичном поступку сваке земље” (члан 14. тач. 7. Међународног пакта о грађанским и политичким правима). „Никоме се не може поново судити нити се може поново казнити у кривичном поступку у надлежности исте државе за дело због којег је већ био правоснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичним поступком те државе” (члан 4. Протокола број 7. уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода). „Нико не може да буде гоњен и кажњен за кривично дело за које је правоснажном пресудом ослобођен или осуђен или је за то дело поступак против њега правоснажно обустављен или тужба правоснажно одбијена” (члан 6. став 1. Закона о кривичном поступку).

случај постаје *res iudicata* (пресуђена ствар). Самим тим, правна истина утврђена правноснажном одлуком постаје неприкосновена и не може се, у начелу, више доводити у сумњу.² Укратко, *res iudicata* означава правноснажно окончање правног спора и забрану поновног пресуђивања исте ствари, односно истог случаја.

Правна истина не мора, разуме се, увек бити и стварна, материјална истина. Отуда право, да не би „дубило на глави”, дозвољава, изузетно и под одређеним условима, ванредна правна средства. Поновно испитивање правноснажно утврђене истине усмерено је на отклањање сумњи у ту истину и утврђивање истоветности правне и стварне истине. Али, ни преиспитивање пресуђене ствари, односно ванредна правна средства нису потпуна и неприкосновена гаранција идентитета правне и стварне истине. Но, то је вечити проблем права као таквог и отуд правна истина остаје једна од најважнијих правних вредности, а *res iudicata* једно од битних општих правних начела.

2. Но, *res iudicata* не означава само немогућност поновног суђења у истој, конкретној, тачно одређеној ствари (*ne bis in idem*). То је само једно, односно уже значење пресуђене ствари (*res iudicata*). Јер, *res iudicata* у ширем смислу означава и обавезу истог пресуђења у каснијем истоврсном случају, односно једнако поступање у једнаким случајевима и неједнако поступање у неједнаким случајевима. И управо на овом ширем значењу начела пресуђене ствари почива прецедент. Наиме, пресуда којом је правноснажно решен конкретан случај постаје обавезна за све будуће случајеве исте врсте. То, другим речима, значи да судски прецедент, генерализована конкретна норма, стиче својство општости, односно постаје извор права. Када судска пресуда у конкретном случају постане прецедент за будуће одлуке у сличним случајевима онда то, по Келзену, значи да пресуда ствара општу норму која је „изједначена са законима који потичу од такозваног законодавног органа”.³ Наравно, и у англосаксонском или прецедентном праву, судска пресуда обавезује само у погледу *ratio decidendi*, иако је, како вели А. Харт, и сам тај појам „у великој мери неодређен.” Р. Дворкин, сматра да снага прецедента, за разлику од закона, не проистиче просто из чињенице правноснажности раније донесене пресуде. Напротив, „гравитациона сила прецедента може се објаснити не позивањем на мудрост спровођења нечега што је званично донето, него на правичност сличног поступања у сличним случајевима.”⁴

3. Како је предмет овог написа *res iudicata* у контроли уставности и законитости општих правних аката, а *res iudicata* у смислу прецедента означава обавезност истог поступања у каснијим истоврсним случајевима, онда ваља утврдити шта су то истоврсни, односно идентични случајеви у оцењивању уставности и законитости нормативних аката.

2 „За право је истина само оно што је утврђено у тачно одређеном правном поступку, на тачно утврђен начин. Све ван тога је неистина, ма колико она била вапијућа истина” (Р. Лукић, *Систем филозофије права*, Београд, 1992. страна 471)

3 *Општа теорија права и државе*, Београд 1998, стр. 207–208, 334; о обавезујућој снази судске одлуке, односно доктрини означеној као *stare decisis* вид. А. Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996, стр. 210–215; Р. Васић и К. Чавошки, *Увод у право*, II, „Драганић”, Београд 1997, стр. 117.

4 *Суштина индивидуалних права*, Београд – Подгорица, 2001, стр. 150.

Истоврсни случајеви у контроли уставности, односно законитости су, без сумње, нормативне творевине. Али, које су то нормативне творевине истоврсне – да ли је реч о истоветном тексту норме, односно нормативног акта или о правним нормама истоветног правог значења?

Истоветан текст норме, односно нормативног акта готово је реткост. И поред велике сличности, па и одређене истоветности текста тешко је говорити о идентичности текста нормативног акта. Уосталом и истоветан текст, као и готово сваки текст, може имати више значења, поготово у различитим временима, приликама и срединама. Тумачење тек треба да открије право значење правне норме садржане у одређеном тексту. Стога се чини да под, условно говорећи, идентичном нормом, ваља разумети норму истог садржаја, прецизније истог правог значења. Али, тешкоћа настаје управо у утврђивању правог смисла, односно тачног значења правне норме. Отуда истоветан текст правне норме не мора увек означавати и идентичност садржаја правне норме, па тиме ни бити ваљан основ за истоветно одлучивање у „истој ствари”.

Као духовна творевина право претпоставља тумачење. „Тумачење јесте умешност разумевања неког текста и откривање његовог значења” (К. Чавошки). Тумачење права је изузетно тежак и сложен интелектуални посао. То је „налажење права” (А. Кауфман). Утврђивање правог значења (смисла) правне норме је битна претпоставка не само практичне примене правних норми него и, нарочито, испитивања уставности и законитости нормативних аката. У ствари, могло би се рећи да се оцењивање уставности, односно законитости у основи и састоји у тумачењу права. Без утврђивања правог значења оспорених правних норми и правог значења виших норми с којима оспорене норме морају бити сагласне нема оцене уставности, односно законитости, па тиме ни ваљане одлуке уставног суда.

Валтазар Богишић је у праву кад каже: „Што свако једнако разумије, томе тумача не треба.” Али опште правне норме нити сви „једнако разумију” нити је то могуће. Када би опште норме биле једнозначне оне, разуме се, не би захтевале тумачење. Јер, као што вели Аристотел, „нико не одлучује о стварима које уопште не могу да буду друкчије.” Међутим, већ тиме што су опште, правне норме немају унапред осигурано одређено и несумњиво значење, услед чега су упућене на откривање њиховог правог значења. Опште правне норме су, вишезначне, чак и онда када имају језгро јасног значења. Управо стога Х. Харт и говори о „отвореном садржају права”, односно општих норми,⁵ а Е. Д. Хирш истиче да „нема тумачења које може да исцрпи значење једног текста.” А ако је то тако онда идентичан текст норме не мора имати и идентичан садржај, прецизније истоветно право значење.

Укратко, истоврстан случај у контроли уставности, односно законитости може бити само нормативни текст истог садржаја, односно истог правог значења као и акт који је био предмет уставног спора.

5 Појам *права*, ЦИД, Подгорица – Петине, 1994, стр. 163–178
Вид. К. Чавошки, у: Р. Васић и К. Чавошки, *Увод у право*, II, цит. изд., стр. 224

4. У праву прве и друге југословенске државе начело *res iudicata* важило је само у његовом ужем значењу, то јест у смислу забране покретања и вођења поступка у већ правноснажно пресуђеној ствари. Судска пресуда у одређеном, конкретном спору није обавезивала суд у потоњем суђењу у истоврсним случајевима, односно није постајала извор права. То, разуме се, није значило да је суд потпуно занемаривао раније правноснажне пресуде у каснијим појединачним истоврсним случајевима. Но, то се чинило, а чини и данас, уједначавањем судске праксе, односно једнообразним пресуђењем истих случајева.⁶ Иако „наликује обавезности формалних извора права” (Р. Васић), јединствена судска пракса, настала не на обавезности правноснажне пресуде у конкретном случају (прецедент) већ на основу тумачења писаних формалних извора права, не постаје извор права. Од те праксе може се увек одступити. И то се чини кад год за то постоје ваљани разлози.

У контроли уставности и законитости нормативних аката начело *res iudicata* у уставном судству друге Југославије означавало је немогућност поновног оцењивања уставности, односно законитости касираног општег правног акта. О уставности, односно законитости нормативног акта за који је одлуком уставног суда утврђено да није сагласан са уставом, односно законом, није се више могао покретати и водити поступак оцењивања уставности, односно законитости. Одлука уставног суда била је општеобавезна и извршна, а неуставан или незаконит општи правни акт елиминисан је из правног поретка.

Одлука уставног суда, касаторна или одбијајућа, није обавезивала тај суд у потоњем одлучивању о уставности, односно законитости истоврсних нормативних аката. Другим речима, одлука уставног суда није постајала прецедент, односно извор права.

Уставно судство друге Југославије, иако то правно није било уређено, престало је тежило да дође до уједначавања уставносудске праксе. Уставносудска пракса била је усмерена на целовитије и свестраније испитивање уставности, односно законитости оспореног нормативног акта, што је, са своје стране, доводило до једнаког одлучивања у истоврсним споровима. Али, уједначавање уставносудске праксе, иако је формално изгледало, у ствари, није проистицало из обавезности претходних одлука уставног суда. Уставносудска пракса није формално била извор права у објективним споровима.

5. Спор о уставности, односно законитости нормативног акта увек је спор о уставности, односно законитости конкретног, тачно одређеног нормативног акта. Одлука уставног суда тиче се само нормативног акта који је био предмет уставног спора. Касирањем одређеног неуставног, односно незаконитог нормативног акта престаје да важи само тај конкретни акт. Касаторна одлука уставног суда уопште не тангира други нормативни акт, то јест нормативни акт који није био предмет спора, без обзира на неуставност,

6 „Једнообразност судске праксе у истим спорним предметима је уосталом један од битних услова праведног правосуђа и стабилности правног поретка” (Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије, Класици југословенској праву*, „Службени лист СРЈ”, Београд 1997, књ. 14/1, стр.192).

односно незаконитост тог другог нормативног акта. То, уједно, значи да одлука уставног суда о касирању одређеног закона не ствара, како пише Келзен, „општу норму која је изједначена са законом”⁷, односно није нормативни акт чије се правне последице, како каже Ј. Ђорђевић, протежу и на друге прописе, па чак и појединачне акте.⁸ Одлуке уставног суда, како с правом истиче проф. др Р. Марковић, „нису норме, али су попут норми општеобавезне (не делују само према учесницима поступка) и стварају као норме права и обавезе. Закон се проглашава неуставним са важношћу *erga omnes*, дакле према свакоме и за свакога”.⁹ Другим речима, неуставан закон, односно неуставан или незаконит нормативни акт елиминише се из правног поретка, што ће рећи да се више не може примењивати нити се више ма ко може на њега позивати.

6. Уставно судство друге југословенске државе није, као што је речено, познавало *res iudicata* у смислу прецедента, односно обавезности претходних одлука уставних судова у каснијем одлучивању о уставности, односно законитости истоврсних нормативних аката. Међутим, доношење Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука („Службени гласник Републике Србије”, бр. 32/91), Закона о Савезном уставном суду („Службени лист СРЈ”, бр. 36/92) и Закона о Уставном суду Републике Црне Горе („Службени лист Републике Црне Горе”, бр. 21/93) изазвало је одређену сумњу у погледу примене начела *res iudicata* у контроли уставности, односно законитости нормативних аката, па и схватање да је у трећој Југославији, односно државној заједници Србија и Црна Гора у уставно судство уведено начело *res iudicata* у смислу прецедента. Наиме, тим законима као основ за одбацивање предлога, односно иницијативе за оцењивање уставности и законитости нормативног акта сматра се и раније „одлучивање о истој ствари”. Закон о Суду Србије и Црне Горе („Службени лист Србије и Црне Горе”, бр. 26/03), преузимајући, у ствари, одредбу члана 29. става 1. тач. 4. Закона о Савезном уставном суду, такође, утврђује да ће Суд одбацити предлог или иницијативу за оцењивање уставности, односно законитости општег правног акта ако „утврди да је већ одлучивао о истој ствари” (члан 44. став 1. тач. 3). Дакле, *res iudicata* се јавља као један од основа одбацивања предлога, односно иницијативе.

У вези с одредбом члана 29. став 1. тач. 4. Закона о Савезном уставном суду, академик А. Фира истиче да се тиме у „уставно судство у Југославији по први пут уводи начело *res iudicata*”, које по њему, нема оправдања у најтипичнијој надлежности уставног суда – контроли уставности и законитости општих аката.¹⁰ А на другом месту, овај аутор каже да „иако код

7 *Општа теорија права и државе*, цит. изд., стр. 334.

8 Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, друго допуњено издање, „Савремена администрација”, Београд 1976, стр. 789.

Упор. Р. Лукић, *Уставности и законитости*, Београд, 1996, стр. 96.

9 *Уставно право и политичке институције*, „Службени гласник”, Београд 1995, стр. 676).

10 А. Фира, *Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља, том I, Уставно право СРЈ*, Нови Сад, 1993, стр. 222.

уставних судова у СРЈ не постоји правило *res iudicata*, има доста знакова да се оно у пракси поштује”.¹¹

Ако се, у вези са Законом о Савезном уставном суду, може говорити о увођењу начела *res iudicata* у уставно судство у нас, онда ваља рећи да то није „по први пут” учињено тим законом, већ, истина прилично незграпно и загонетно, Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука (члан 47). Одредба члана 20. став 1. тачка 4. Закона о Уставном суду Републике Црне Горе, која уређује исто питање, истоветна је с одредбом члана 29. став 1. тачка 4. Закона о Савезном уставном суду, који је донесен пре Закона о Уставном суду Републике Црне Горе.

Проф. др Александар Фира говори о начелу *res iudicata* уопштено, дакле, не улазећи у различита значења тог начела. У овом напису, пак, прави се разлика између ужег и ширег значења начела *res iudicata*. Затим се, на основу тог разликовања, изводи закључак о примени тог начела у контроли уставности, односно законитости нормативних аката у једном и његовој непримерености и неприхватљивости у другом случају.

У свом ужем значењу начело *res iudicata*, чини се, неспорно је и у контроли уставности и законитости нормативних аката. Касаторна одлука уставног суда спречава преиспитивање одлуке о неуставности, односно незаконитости нормативног акта (*ne bis in idem*). Уосталом, касаторном одлуком уставног суда оспорени нормативни акт престаје да важи, дакле, елиминише се из правног система, односно правног поретка.

Међутим, *res iudicata* у свом другом, ширем поимању означава прецедент, то јест обавезу истог пресуђивања у доцнијим својеврсним, односно сличним случајевима. И управо у вези с тим значењем *res iudicata*, поставља се питање основаности и примерености пресуђене ствари у контроли уставности, односно законитости нормативних аката, па тиме и оправданости законских решења о одбацивању предлога, односно, иницијативе по основу *res iudicata*.

Одредбама наведених закона, утврђено је да се предлог, односно иницијатива за оцењивање уставности, односно законитости нормативног акта одбацује ако суд „утврди да је већ одлучивао о истој ствари.” Отуда се поставља питање о томе, прво, шта је то иста ствар и, друго, да ли врста одлуке коју је уставни суд донео одлучивањем о уставности, односно законитости нормативног акта различито тангира начело *res iudicata* у његовом ужем значењу.

Израз „иста ствар” означава исту, конкретну, тачно одређену, индивидуално дату, а не неку другу ствар. Али, „иста ствар” означава и ствар једнаку, идентичну по значењу, истоветну по садржају с другом ствари. Стога овде „иста ствар” обележава тачно одређени нормативни акт, то јест акт који је био предмет уставног спора, али уједно и нормативни акт чија се

11 А. Фира, „Устав – тумачење и тумачи”, *Архив за правне и друшћивене науке* (Београд, 1-3/96, стр. 666)

уставност, односно законитост оспорава, а има идентичан садржај као и акт о коме је суд већ одлучивао. Зависно од тог двоструког значења „исте ствари”, односно „истог нормативног акта” разликује се и поступање уставног суда.

Ако је уставни суд већ одлучивао о уставности, односно законитости нормативног акта и донео касаторну одлуку, а предлогом или иницијативом се захтева преиспитивање те одлуке, односно поновно испитивање уставности и законитости баш тог, конкретног нормативног акта, онда нема сумње да ће суд такав захтев одбацити. Касаторна одлука је, свакако, *res iudicata* у ужем смислу тог појма, и о тој пресуђеној ствари суд више не може одлучивати. Другим речима, овде је *res iudicata* основ за одбацивање поднеска за испитивање уставности, односно законитости акта о коме је суд већ одлучивао. То је, *mutatis mutandis*, исто као када суд одбацује тужбу када утврди да већ „постоји правноснажна судска одлука донесена у управном спору о истој ствари” (члан 28. став 1. тачка 6. Закона о управним споровима). И у једном и у другом случају реч је о *res iudicata*, то јест о пресуђеној ствари о којој се не може поново пресуђивати (*ne bis in idem*). Правноснажна одлука донесена у управном спору у истој ствари претпоставља идентитет предмета спора (исти управни акт) и идентитет странака,¹² а у спору о уставности, односно законитости идентитет предмета (исти нормативни акт). Наиме, с обзиром на правну природу објективног спора ирелевантан је идентитет подносиоца предлога, односно иницијативе за оцењивање уставности, односно законитости нормативног акта.

Ако је, пак, уставни суд одлучивао о уставности, односно законитости одређеног нормативног акта и донео касаторну одлуку, а предлогом, односно иницијативом се захтева оцењивање уставности, односно законитости нормативног акта истоветне садржине, тј. тзв. идентичних норми, онда ствар није тако неспорна као у првом случају. Пре свега, није тако једноставно, поготово у претходном поступку, утврдити да је реч о „истој ствари”, односно нормативном акту који има исту садржину као и општи акт о коме је суд одлучивао. Ако уставни суд утврди да је, заиста, реч о општем акту који садржи идентичне норме, односно одредбе истоветне с одредбама касираног нормативног акта, онда би логична одлука уставног суда могла бити само касаторна. Међутим, закон „одлучивање о истој ствари” утврђује као основ за одбацивање предлога, односно иницијативе. То би, практично, значило одбацивање предлога за оцењивање уставности, односно законитости и, самим тим, задржавање у правном систему, односно поретку неуставног или незаконитог нормативног акта. А *res iudicata*, следећи смисао тог начела, и у контроли уставности, односно законитости означава исто одлучивање у истоврсним случајевима, дакле, истоврсну одлуку уставног суда, а не одбацивање предлога или иницијативе.

12 Вид. В. Бачић и З. Томић, *Коментар Закона о управним споровима*, „Службени лист СРЈ”, Београд 1997, стр. 184–185; Д. Милков, *Управно право*, III, Нови Сад, 1998, стр. 101.

Одлука о одбацивању предлога, односно иницијативе у овом случају заиста би „дубила на глави”, задржавала би у правном поретку неуставне, односно незаконите нормативне акте и, самим тим, урушавала тај поредак и владавину права, па и дигнитет уставног суда и његових одлука. Та и таква одлука уставног суда била би правни, па и здраворазумски апсурд, као што би таква интерпретација законског израза о одбацивању предлога, односно иницијативе зато што је суд већ „одлучивао у истој ствари” представљала потпуни промашај у тумачењу општих правних норми. Вишезначност, непрецизност и непримереност формулације израза „одлучивање у истој ствари”, односно неоснованост „одлучивања у истој ствари” као основу за одбацивање предлога, односно иницијативе за оцењивање уставности, односно законитости нормативних аката потврђује и следећи случај. Ако је уставни суд у оцењивању уставности, односно законитости одређеног нормативног акта донео одбијајућу одлуку, онда ће одбацивати предлог за оцењивање уставности, односно законитости идентичног случаја, јер је већ „одлучивао о истој ствари”. Али, одлука о одбацивању предлога, односно иницијативе заснива се на непостојању процесних претпоставки за вођење поступка и одлучивање. То овде, свакако, није случај. У овом случају постоје те процесне претпоставке. Отуда се у овом случају не ради о одбацивању предлога, односно иницијативе, већ о одбијајућој одлуци уставног суда, односно о утврђивању да оспорене идентичне норме нису несагласне са уставом, односно законом.

Укратко, „одлучивање о истој ствари” не може увек бити основ за одбацивање предлога, односно иницијативе за оцењивање уставности и законитости нормативних аката. У исто време, „одлучивање у истој ствари” може бити или основ за уједначавање уставносудске праксе или – што је, иако непрецизно и правно недоследно обликовано, у наведеним законима бар виртуелно дато – начело *res iudicata* у смислу обавезности одлука уставног суда у потоњим одлучивањима о уставности, односно законитости истоврсних нормативних случајева.

7. Закон о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука („Службени гласник Републике Србије”, број 31/91) садржи одредбу према којој је основ за одбацивање предлога, односно иницијативе за оцењивање уставности, односно законитости нормативног акта раније „одлучивање о истој ствари”. Истина, за разлику од Закона о Суду Србије и Црне Горе и Закона о Уставном суду Републике Црне Горе, одредба члана 19. Закона о Уставном суду и правном дејству његових одлука, посвећена процесним претпоставкама за вођење поступка и одлучивање, не говори о „одлучивању о истој ствари” као основу за одбацивање предлога, односно иницијативе. Тај основ за одбацивање предлога, односно иницијативе садржан је у одредбама члана 47. тог закона који говори о томе о којим стварима Уставни суд одлучује решењем.

Одредбом члана 47. став 6. Закона о уставном суду и правном дејству његових одлука утврђено је да Уставни суд „одбацује захтев за оцењивање

уставности и законитости општег акта о коме је већ одлучивао, а из нових навода, разлога и поднетих доказа не произлази да има основа за поновно одлучивање”. За утврђивање правог значења те одредбе ваља имати у виду и одредбу члана 34. став 2. истог закона, према којој Уставни суд може одлучити да не одржи јавну расправу „ако је о истој ствари већ одлучивао, а нису дати нови разлози за другачије одлучивање у тој ствари.” Очигледно је, дакле, да и Закон о Уставном суду и правном дејству његових одлука „одлучивање о истој ствари” утврђује као основ за одбацивање предлога, односно иницијативе за оцењивање уставности, односно законитости нормативних аката. Разлике у формулацијама и месту тих одредаба у систематички три наведена закона, не мењају саму суштину поруке о „одлучивању о истој ствари” као основу за одбацивање предлога, односно иницијативе.

Као што је речено Уставни суд Србије одбациће захтев за оцењивање уставности, односно законитости општег правног акта „о коме је већ одлучивао, а из нових навода, разлога и поднетих доказа не произлази да има основа за поновно одлучивање”, односно не мора одржати јавну расправу „ако је о истој ствари већ одлучивао, а нису дати нови разлози за другачије одлучивање у тој ствари”. У вези са смислом ових законских порука, ваља пре свега, рећи да су одредбе члана 47. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука увелико нејасне, непрецизне, вишезначне, па и конфузне.

Закон говори о „општем акту о коме је” Суд „већ одлучивао” и „истој ствари” о којој је Суд „већ одлучивао”. И општи акт о коме је Суд већ одлучивао и иста ствар о којој је Суд већ одлучивао имају, као што је показано, исто значење. Стога се, посебно имајући у виду потребу јасноће и једнозначности у изражавању као услову правилног разумевања текста општих норми, с разлогом може поставити питање да ли ови искази заиста у том закону увек имају исто значење.

Ако Уставни суд одбацује предлог, односно иницијативу због тога што је реч о „општем акту о коме је већ одлучивао, а из нових навода, разлога и поднетих доказа не произлази да има основа за поновно одлучивање” онда се, с тим у вези, постављају превасходно два следећа питања. Прво, може ли Уставни суд поново да одлучује увек када нови наводи, разлози и докази на то упућују? Друго, да ли наводи, разлози и докази, односно њихово непостојање спадају у процесне претпоставке?

Одлука Уставног суда о неуставности, односно незаконитости нормативног акта је општеобавезна, коначна и извршна, дакле, *res iudicata* у свом ужем значењу. На основу те одлуке касирани нормативни акт елиминира се из правног поретка. Отуда се касаторна одлука Уставног суда не може преиспитивати, што ће рећи да не може бити никаквих „нових навода, разлога и поднетих доказа” који би могли довести до „поновног одлучивања” о уставности, односно законитости нормативног акта који је елиминисан из правног поретка.

Нема сумње да језичко значење одредбе члана 47. тачка 5. Закона о Уставном суду и правном дејству његових одлука није и њено једино,

поготово право значење. Њено право значење не може се утврдити само језичким тумачењем, а ни њено језичко значење не може се изнаћи тумачењем те одредбе ван контекста целине Закона о Уставном суду и правном дејству његових одлука.

Право значење те одредбе омогућује преиспитивање само оних одлука Уставног суда за које постоје не само разлози за поновно одлучивање него и основ за преиспитивање. Уставни суд, свакако, може преиспитати и укинути одређену меру обуставе извршења појединачног акта, односно радње, ако у току поступка оцени да су, услед измењених околности, престали разлози обуставе извршења појединачног акта, односно радње (члан 42. Закона о Уставном суду и правном дејству његових одлука). Али, Уставни суд не може преиспитивати касаторну одлуку, односно одлуку о неуставности, односно незаконитости одређеног нормативног акта. Другим речима, нема основа за преиспитивање касаторне одлуке Уставног суда, чак и када би постојали разлози за поновно одлучивање.

Одредбе члана 47. тач. 5. и 6. Закона о Уставном суду и правном дејству његових одлука, иако нису примерене утврђивању основа за преиспитивање одређених одлука Уставног суда, и посвећене су решењу као облику акта Суда, односно одређују ствари о којима Суд одлучује решењем, ипак омогућују, као што је речено, поновно одлучивање о општем акту о којем је Суд већ одлучивао, односно дозвољавају преиспитивање одлуке Уставног суда. Све то, разуме се, ако за поновно одлучивање, односно преиспитивање постоје ваљани разлози. Уз оно што је, с тим у вези, већ речено желимо се осврнути и на питање поновног одлучивања, односно преиспитивања одбијајуће одлуке Уставног суда.

У том контексту ваља, пре свега, рећи то да наведене одредбе не само што нису најсрећније правно обликоване, него не показују јасно у чему је стварна разлика између правних порука тачке 5. и тачке 6. члана 47. тог закона. Истина, одредба тачке 5. тог члана говори о одбацивању захтева за преиспитивање одлуке, односно решења Уставног суда, а одредба тачке 6. истог члана о одбацивању захтева за оцењивање уставности, односно законитости општег акта о коме је Уставни суд већ одлучивао. Чини се да ту нема никакве суштинске разлике. Преиспитивање одлуке Уставног суда представља, у ствари, поновно испитивање, односно одлучивање о уставности, односно законитости општег акта на који се одлука Суда непосредно односи. У исто време, оцењивање уставности и законитости општег акта о коме је суд већ одлучивао непосредно тангира одлуку коју је Уставни суд у одређеном спору донео, дакле, преиспитивање саме одлуке.

Одбијајућа одлука Уставног суда, то јест одлука којом Уставни суд одбија предлог за утврђивање неуставности, односно незаконитости одређеног нормативног акта значи да оспорени акт, по схватању Суда, није неуставан, односно незаконит. Самим тим односни акт остаје саставни део правног поретка. Али, то никако не значи да тај акт не може поново бити предмет уставног спора, односно оцењивања уставности и законитости.

На пример, Уставни суд утврди да једна конкретна уредба није неуставна, односно незаконита. Променом закона, с којим та уредба мора бити у складу, готово редовно долази до несагласности односне уредбе са законом. Раније донета одбијајућа одлука не чини више ту уредбу сагласном са законом. Отуда је логично поновно одлучивање о законитости те уредбе, а не одбацивање предлога, односно иницијативе за оцењивање њене законитости.

Према томе, одбијајућа одлука Уставног суда није *res iudicata* у смислу немогућности поновног вођења поступка и одлучивања о уставности, односно законитости општег акта који та одлука непосредно тангира. У исто време, одбијајућа одлука Уставног суда не би могла, чини се, бити *res iudicata* у смислу прецедента, односно обавезности у потоњим одлучивањима у истоврсним случајевима. Сасвим друкчије место, наравно, та одлука заузима у уједначавању уставносудске праксе.

8. На крају, укратко, *res iudicata* у контроли уставности, односно законитости нормативних аката је неоспорна када је реч о касаторној одлуци уставног суда којом се конкретни нормативни акт елиминише из правног поретка. Али, пресуђена ствар не може бити основ и ваљан разлог за потоња одлучивања о „истој ствари”, тј. претходна одлука уставног суда не ствара прецедент. Контрола уставности, односно законитости није усмерена на нужну индивидуализацију и конкретизацију опште норме у појединачним случајевима. Испитивање уставности и законитости је оцењивање усклађености општих правних норми, односно отклањање противречности између нормативних аката, односно норми различите правне снаге. У спору о уставности и законитости нормативних аката и горња премиса (*praemissa maior*) и доња премиса (*praemissa minor*) јесу опште правне норме. Отуда је начело *res iudicata*, у смислу прецедента, непримерено контроли уставности и законитости нормативних аката.

У исто време, ваља рећи да је, чини се, готово очигледно то да одредбе Закона о Суду Србије и Црне Горе, Закона о Уставном суду и правном дејству његових одлука и Закона о Уставном суду Републике Црне Горе које се тичу материје о којој је било речи у овом напису, нису примерене правном уређивању те материје.

ЈАВНОСТ РАДА УСТАВНОГ СУДА

Јавност је важно начело правног поступка. Оно је, уствари, обележје поступка доношења извесних правних или извршења извесних материјалних аката и састоји се у могућности, у принципу, за сваког ко жели да присуствује доношењу тих аката. Грађанима се путем јавности даје могућност да се ближе упознају с радом државних органа и да на основу тога ефикасније утичу на њихов рад, а истовремено им се омогућава да се на најбржи и најпрецизнији начин упознају како поједини правни акти гласе.

Устав Републике Србије не утврђује принцип јавности (у расправљању) у раду Уставног суда, али на основу опште одредбе члана 10. Устава која утврђује да је рад државних органа доступан јавности и да се јавност у раду државних органа може ограничити или искључити у случајевима који се законом одређују, као и на основу одредбе члана 131. Устава према којој се поступак пред Уставним судом уређује законом – Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука уређено је и питање „јавности рада” Уставног суда.¹

Начело јавности прожима цело поступак пред Уставним судом и разрађено је Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука (члан 8. и чл. 34. до 40. Закона), сагласно уставном начелу да је рад државних органа доступан јавности.

Јавност у раду Уставног суда обезбеђује се: јавним расправљањем у поступку пред Уставним судом; објављивањем одлука; обавештавањем јавности о раду; и на други начин који одреди Уставни суд.²

1 Јавност у раду Уставног суда не треба везивати за одредбу члана 97. Устава и не треба је мешати са јавношћу у судском поступку. Наиме, члан 97. налази се у поглављу Устава које се односи на судове и јавна тужилаштва, а не на Уставни суд. Та одредба није начелног карактера као одредба члана 10. Устава која важи за рад свих државних органа, па према томе и за Уставни суд, већ је у питању одредба која се односи на начин остваривања судске власти и јавно расправљање пред судом. Јавност у судском поступку значи да извођењу процесних радњи, уколико то дозвољавају просторне могућности могу присуствовати пунолетна лица која не учествују у поступку (тзв. општа јавност). Устав Републике Србије одређује изричито као принцип вршења судске власти да је расправљање пред судом јавно и одређује разлоге због којих се законом могу одредити случајеви у којима се „у расправи може искључити јавност” (члан 97. Устава).

2 Јавност у раду Уставног суда може се изузетно ограничити или искључити само у интересу безбедности или одбране земље, или када то захтева други друштвени интерес утврђен законом о чему одлучује Уставни суд (члан 8. став 3. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука).

Осим ових облика остваривања јавности рада Уставног суда који обезбеђују општу јавну друштвену контролу и увид у рад Суда, Закон одредбом члана 12. утврђује и аспект јавности за учеснике у поступку и друга заинтересована лица у виду њиховог права на увид у списе предмета.

Начином регулативе из члана 8. уводећи институт „јавности рада” Закон је већ знатно проширио уставни захтев да рад Уставног суда као државног органа само мора бити доступан јавности.

*
* *
*

Јавно расправљање у поступку пред Уставним судом је само један од начина на који се обезбеђује јавност рада Уставног суда (члан 8. став 2. Закона и чл. 44. до 49. Пословника о раду Уставног суда Републике Србије). Јавно расправљање врши се на јавној расправи у поступку пред Уставним судом.

Увођење таквог проширеног права и обавезе, а без ближег изричитог одређивања садржине појма „јавно расправљање” неизбежно се јављају дилеме по питању шта се сматра „расправљање”, а затим, који услови треба да буду испуњени да би се „расправљање” сматрало јавним.

Појам „расправљање” Закон везује за јавну расправу, па је нужно закључити да је само тај домен рада суда онај у којем се остварује обавеза јавног расправљања из члана 8. Закона.

За разлику од јавног расправљања, одлучивање Уставног суда се по члану 6. Закона врши на седници Суда и оно (одлучивање) није предвиђено као фаза у којој се обезбеђује јавност ни чланом 8. Закона ни утврђивањем ни у једној другој одредби Закона да су седнице као форма у којој суд одлучује јавне.

Како ни Устав ни закон не обавезују Уставни суд да одлучује на „јавној” или „нејавној” седници, а будући да према члану 8. Закона суд може одредити и било који други начин обезбеђивања „јавности” свога рада, то Суд, било фактичким поступањем било уређивањем у свом Пословнику чини доступним јавности и ту фазу свог рада.

У том погледу Суд по сопственом нахођењу чини доступним средствима јавног информисања своје одлучивање о уставно-правним питањима која су на дневном реду седнице, али исто тако пуноправно, јер на то није обавезан, не чини доступним да његовом одлучивању присуствују учесници у поступку или друга заинтересована лица. При томе у овим случајевима „одлучивање” обухвата и претрес правне ствари и гласање.

Такав уступак проширења јавности рада Суда и на фазу одлучивања Суда условљен је природом судског поступка у одређеним предметима у којима Суд одлучује без спровођења „јавне расправе” решавајући уставно правни спор као „правно питање”.

При свему томе, наравно, не могу се пренебрегнути неке особености (карактеристике) уставног спора. Наиме, док је за редовне судове који решава-

ју судске спорове карактеристичан спор између странака, за уставни спор битан је нормативни акт који се оспорава и његов однос према нормама Устава или закона. Одлучујући о заштити уставности и законитости, Уставни суд не одлучује у интересу странака, већ у општем интересу. Учесници у поступку пред Уставним судом нису странке у поступку и њихово присуствовање на седници Суда не односи се на јавност рада Уставног суда. Предмет уставног спора је питање уставности нормативног акта. Уставни спор не тежи да удовољи захтеву једног или другог учесника у спору, већ да према начелу материјалне истине утврди оно што одговара објективном праву. Уставни спор је, према томе, објективан спор у коме се за разлику од субјективног спора решава питање објективног права, при чему није од пресудне важности да се одбије или прихвати захтев предлагача или иницијатора, већ да се реши питање уставности, односно законитости. Због тога Уставни суд који решава уставни спор није везан разлозима које наводи предлагач, односно иницијатор, већ тежи решењу које доприноси најпотпунијој заштити уставности. Циљ уставног спора је, дакле, да се утврди да ли је један акт уставан, односно законит, а не да ли је он то с обзиром на разлоге који су изнети у предлогу или иницијативи. То је основни разлог што приликом вођења уставног спора, Уставни суд, најчешће по службеној дужности, предузима радње и мере које ће по његовом убеђењу допринети расветљавању питања уставности, односно законитости, независно од тога да ли се на те мере или радње позива неки од учесника у поступку. Супериорност Устава над осталим актима правног поретка јесте, уствари, уклањање из правног поретка свих аката који нису с њим у сагласности на захтев овлашћених предлагача, односно иницијатора. То је исход и одлука уставног спора.

Има мишљења, међутим, да се „јавно расправљање” у поступку пред Уставним судом не може свести само на радње које допушта расправљање на јавној расправи него да оно треба да значи и доступност „јавности” оног „расправљања” које чини сам Суд при доношењу одлуке у конкретној ствари, а пре гласања, или укључујући и само гласање.

Неспорно је да Уставни суд може успоставити и такво правило свог рада на исти или сличан начин, како у пракси већ чини доступним „јавности” своје одлучивање у наведеним случајевима иако на то није обавезан.

При свему, мало је основа за закључак да Уставом утврђена обавеза доступности рада државних органа јавности и Законом утврђени облици остваривања јавности рада Уставног суда значе или захтевају да тај колегијални орган (као и било који други државни орган) чини доступним јавности садржину процеса доношења одлуке презентирањем става и мишљења сваког члана органа, с обзиром да је правно релевантна само одлука органа и само орган као целина и у том својству има права и обавезе пред јавношћу. Јавност рада Уставног суда не подразумева присуство странака, јер се поступак не изводи њиховим саслушавањем и сл. већ увидом у акте и њиховим тумачењем, с тим да о томе јавност буде упозната, што се обезбеђује присуством јавних гласила седницама Суда и извештавањем са тих седница, одржавањем конференција за штампу и састанака са представницима јавних гласила.

Са становишта наведених начела о јавности рада потпуно је ирелевантна садржина „расправе” унутар самог органа, пре него што се приступи гласању као обавезној фази одлучивања.

Јавна расправа представља неопходан облик јавног расправљања у уставно-судском поступку и један је од начина на који се обезбеђује јавност рада Уставног суда. Циљ јавне расправе је разјашњавање спорних уставно-правних питања од значаја за заштиту уставности и законитости и одлучивање Уставног суда.

С обзиром на основни циљ јавне расправе, али и досадашња искуства са одржаних расправа, Уставни суд Републике Србије је у пракси афирмирао она законска решења која дају већу слободу Суду у погледу процене околности спора о уставности и законитости за одржавање јавне расправе, у случајевима када она по закону није обавезна, јер свако формализовање, односно круто нормирање тих разлога и околности не доприноси разјашњењу спорних уставно-правних питања од значаја за заштиту уставности и законитости и одлучивање Уставног суда.

У вези са јавном расправом отварају се нека начелна питања која смамтрам актуелним јер произлазе, по мом мишљењу, из недовољне или нејасне законске регулативе.

Јавна расправа је једна од фаза у поступку пред Уставним судом који је уређен у зависности од тога о којој врсти надлежности Уставног суда се ради.

Наиме, према Уставу Републике Србије (члан 125.) Уставни суд има четири врсте надлежности, па су Законом утврђене четири врсте поступака који се воде у остваривању тих надлежности: (а) поступак за оцењивање уставности и законитости општих аката – тач. 1, 2, 3 и 5. став 1; (б) поступак одлучивања о сукобу надлежности – тачка 4. став 1; (в) поступак одлучивања о забрани рада политичке странке или друге политичке организације – тачка 6. став 1; (г) поступак одлучивања о изборним споровима који нису у надлежности других државних органа – тачка 7. став 1. члана 125. Устава.

У зависности од тога о којој надлежности се ради према члану 34. Закона јавна расправа је: обавезна; одржава се по правилу, са могућношћу изузетака; или уопште није предвиђена као фаза у поступку (нпр. код одлучивања о сукобу надлежности).

Обавезно одржавање јавне расправе Закон налаже само у остваривању две врсте надлежности, односно у два случаја: када Уставни суд одлучује о захтевима за забрану рада политичких странака или других политичких организација и код одлучивања о изборним споровима који нису у надлежности судова или других државних органа (члан 34. став 1. Закона).

У одредбама о поступку одлучивања о забрани рада политичке странке, Закон о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука уређује посебно само три питања, као специфичност тог поступка.

Прво, утврђује круг субјеката који могу покренути поступак (тзв. овлашћени предлагачи); друго, утврђује обавезни садржај предлога и треће, установљава обавезу одржавања јавне расправе у том поступку.

Уставни суд одлучује о забрани рада политичке странке или друге политичке организације само на основу предлога овлашћеног предлагача.

Поступак за одлучивање о забрани рада политичке странке могу покренути: Влада, Републички јавни тужилац или орган надлежан за упис у регистар политичких странака.

У свим осталим елементима поступка пред Уставним судом, важе и примењују се одредбе Закона које се односе на нормативну контролу, осим одредби о претходном поступку, којег у поступку одлучивања у посебним надлежностима и нема.

За разлику од поступка за оцењивање уставности и законитости општих правних аката, Уставни суд у поступку одлучивања о забрани рада политичке странке има друкчија овлашћења и процесне могућности. Тако суд не може по својој иницијативи покренути поступак; не може одредити привремену меру и не може одредити рок за отклањање уочене неуставности и незаконитости.

У овом посебном поступку, улога учесника у поступку предлагача и политичке странке о чијој се забрани рада одлучује – је наглашена и неопходна јер се пред Уставним судом изводи контрадикторни доказни поступак. Закон није предвидео могућност да Уставни суд, ако за то нађе основа, настави поступак одлучивања о забрани рада политичке странке када овлашћени предлагач одустане као што је то случај у поступку оцењивања уставности и законитости општих правних аката (члан 24. став 2. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука).

Поступак одлучивања у изборним споровима за које је утврђено да нису у надлежности судова или других органа уређен је, такође, Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука (чл. 31. до 33. Закона).

У овом поступку, сагласно члану 33. Закона, Уставни суд одлучује о две ствари: да ли је учињена неправилност у изборном поступку или у делу тог поступка, што мора бити доказано, и да ли је та неправилност имала битан утицај на изборни резултат, што зависи од слободне оцене Уставног суда.

Поступак одлучивања Уставног суда у ова два случаја је специфичан и атипичан. Наиме, у предлогу односно захтеву којим се покреће поступак пред Уставним судом наводе се „разлози и докази” због којих се тражи забрана рада политичке странке, односно због којих се тражи одлучивање о изборном спору (члан 30. став 2. и члан 31. став 2. и члан 33. Закона). То значи да се у поступку пред Уставним судом на јавној расправи изводе и оцењују докази, што, иначе, ни једном другом одредбом Закона или Пословника није разрађено.

На јавну расправу, према одредби члана 35. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, позивају се сви учесници у поступку ради излагања става и давања потребних обавештења, а ако је то од интереса за оцену уставности и законитости, на јавну расправу Уставни суд може позвати представнике органа и организација који су одговорни за извршавање односног општег акта, као и статута или другог општег акта политичке странке или друге политичке организације. На јавну расправу позивају се, кад

је то потребно, представници органа и организација, научни и јавни радници, као и друга лица, ради давања мишљења и обавештења.

Начело усмености на јавној расправи остварује се на тај начин што се учесницима у поступку, подносиоцу захтева за оцењивање уставности (законитости) општег акта и доносиоцу акта даје могућност да на јавној расправи изнесу своја становишта и да расправљају о становиштима противне стране. Подносиоцу захтева за оцену уставности односно законитости општег акта тиме се даје могућност да пред судом брани своја правна схватања и да о томе расправља с противном страном, доносиоцем тог акта, чиме се, у уставно-судском спору обезбеђује и начело контрадикторности.

Поставља се питање: на који начин и по којим процедуралним правилима се на јавној расправи пред Уставним судом изводе и оцењују докази у прилог и против забране рада политичке странке; односно по којим процедуралним правилима се доказује неправилност у изборном поступку на јавној расправи која се одржава поводом захтева за одлучивање у изборном спору (чл. 30, 31, 32. и 33. у вези члана 34. став 1. Закона).³

При садашњем стању уређености ових питања, сматрам да је природа поступка који се у ова два случаја води најближа управном спору, те би, стога дошла у обзир сходна примена одговарајућих правила из Закона о управним споровима, односно примена само оних одредаба тог Закона које одговарају природи уставно-судског спора и то на начин који одговара том спору.

Међутим, с обзиром на природу уставно-судског спора који се води како поводом захтева за одлучивање о забрани рада политичке странке тако и поводом захтева за одлучивање о изборном спору који је великим делом и политичке природе, сматрам да су тај поступак па и јавна расправа као једна од фаза недовољно разрађени и да траже одговарајућу допуну законских одредби.

Посебно је питање улоге судија Уставног суда на јавној расправи без обзира шта је предмет јавне расправе.

Према члану 40. став 3. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука „у току јавне расправе судије Уставног суда без изношења свог мишљења могу постављати питања и тражити разјашњења од учесника у поступку и других позваних лица о ствари која је предмет јавне расправе”

Како учешће судија у јавној расправи не уређује више ни једна законска одредба, сматрам да је улога судије Уставног суда на овакав начин пасивно

3 Поступак пред Уставним судом, сагласно одредби члана 131. став 1. Устава Републике Србије, уређен је Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука („Службени гласник РС”, број 32/91). Пословником о раду Уставног суда ближе су уређена, у складу са наведеним Законом, поједина питања поступка и начин рада Уставног суда.

Уколико неко питање није уређено Законом и Пословником сходно се примењују одредбе одговарајућих процесних закона.

О питањима поступка која нису уређена Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука или одредбама процесних закона, Уставни суд ће одлучити у сваком конкретном случају (члан 3. Закона).

одређена. То потврђује и досадашња пракса на одржаним јавним расправама. Није логично ни сврсисходно, да се у току јавне расправе о спорним уставно-правним питањима учешће судија своди само на постављање питања.

Сматрам да улога судије Уставног суда у јавној расправи мора бити активнија у расправљању покренутих уставно-правних питања (наравно без изрицања коначне оцене и изјашњавања) него што је то сада могуће према одредбама члана 40. Закона о поступку пред Уставним судом. Стога и ове законске одредбе треба прецизирати и допунити у смислу омогућавања активније улоге судија Уставног суда на јавној расправи, тим пре јер је циљ јавне расправе да омогући разјашњавање сложених уставно-правних питања и питања о којима не постоји став Уставног суда.

Уставни суд, по правилу, одржава јавну расправу када је поступак покренут предлогом овлашћеног предлагача, а предмет контроле су закон, статут аутономне покрајине и статут политичке странке (став 2. члана 34. Закона), осим у три таксативно наведена случаја: ако је у току поступка ствар довољно разјашњена, па Суд оцени да и на основу прибављених доказа може одлучити и без одржавања јавне расправе; ако је о истој ствари већ одлучивано, а нису дати нови разлози за другачије одлучивање у тој ствари и ако постоје услови за обуставу поступка. Ситуација када је поступак покренут решењем Уставног суда, поводом иницијативе, обухваћена је ставом 3. члана 34. Закона, јер „Уставни суд може одржати јавну расправу и у другим случајевима када оцени да је одржавање јавне расправе потребно...”.

*
* *
*

Јавна расправа, са становишта јавности у раду Уставног суда, није једино средство, једини начин којим се обезбеђује јавност у раду Уставног суда Републике Србије.

Јавност у раду Уставног суда обезбеђује се и **објављивањем одлука** Уставног суда. Према члану 49. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, – одлуке Уставног суда објављују се у „Службеном гласнику Републике Србије”, као и у службеном гласилу у коме је објављен статут аутономне покрајине, други пропис и општи акт, односно на начин на који је објављен општи акт предузећа или друге организације о коме је Уставни суд одлучивао. У „Службеном гласнику Републике Србије” објављују се, кад Суд одлучи, и решења која су од ширег значаја за заштиту уставности и законитости.

Поред значаја које објављивање одлука Уставног суда има за заштиту уставности и законитости, као и у погледу обавештавања свих заинтересованих лица о исходу уставно-судског спора, посебан значај има објављивање одлука на правно дејство одлука Уставног суда. Устав Републике Србије у члану 130. утврђује да „кад Уставни суд утврди да закон, статут аутономне

покрајине, други пропис или општи акт није у сагласности с Уставом, тај закон, статут аутономне покрајине, други пропис или општи акт престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда”.

Међутим, иако се у уставном спору на основу одлуке Уставног суда из правног поретка уклања општи акт који није у сагласности с Уставом и законом, Уставни суд у таквом спору на посредан начин штити и појединачна субјективна права грађана и других субјеката права, јер су опште правне норме основ за одлучивање о правима, обавезама и правним интересима тих субјеката, па је утолико већи значај објављивања одлука Уставног суда.

*
* *
*

На који начин се остварује јавност у раду Уставног суда предвиђено је и Пословником о раду Уставног суда („Службени гласник РС”, број 9/95). Према одредбама чл. 44. до 49. Пословника, јавност у раду Уставног суда обезбеђује се присуством представника штампе, радија и телевизије на седницама и јавним расправама, одржавањем конференција за штампу и састанцима са представницима штампе, радија и телевизије на којима се јавност обавештава о раду Уставног суда, као и о питањима која су од интереса за јавност.

Питање начина **обавештавања јавности** о раду Уставног суда је нормативно, чини се, најмање уређено, иако је по ефектима то веома значајан облик обезбеђивања јавности о раду Уставног суда.

Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука (члан 8. став 2) и Пословником о раду Уставног суда, није одређено који је то **други начин** који одређује Уставни суд, којим се обезбеђује јавност у раду Уставног суда. То значи, по мом мишљењу, да Уставни суд у сваком конкретном случају процењује све околности које су од значаја за остваривање јавности у раду Уставног суда и зависно од тога опредељује за најприкладнији начин обавештавања јавности о свом раду.

ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА И ЊИХОВОГ ИЗВРШЕЊА

1. Однос устава, закона и уставног суда

Устав, закони и уставни судови су у строгој и наглашеној међузависности. Ако би један од њих недостајао тешко би се могао замислити конзистентан систем контроле и заштите уставности и законитости и успостављање правне државе, владавине права и општег правног и друштвеног реда. Устав и закони су архитектура правног поретка и система, а уставни судови су чувари њихове суштине. Уставно судство се јавља као државна функција чији је основни задатак да по судском поступку рјешава о основним уставним питањима, односно да као посебни државни орган штити устав као највиши и најзначајнији акт правног реда и врши контролу уставности и законитости. У систему плуралистичке демократије штитити устав значи штитити свеукупна друштвена и правна добра, права и слобода човјека и грађанина, учвршћивати и даље развијати владавину права и принцип правне државе.¹

По својој намјени и карактеру устав мора да садржи између осталог, као најбитније, модел организације и функционисања власти и да утврди и гарантује листу права и слобода човјека и грађанина. Устав као највиши закон „*lex superior*” мора да буде реалан – да одговара стварном стању и да пројектује остварив модел државног уређења и квалитетне демократије. Ако је устав реалан и остварив онда је и жив. Одавно је познато још од Цеферсона и Хамилтона до Џона Маршала, да није довољно прокламовати да је устав „*lex superior*” у једном правном поретку, нити прокламовати принцип уставности као основни принцип, већ је потребно много више.² Нужно је да је устав реалан, да се створе услови да устав живи, да се његове одредбе примјењују, а не да су празне и застарјеле и истрошене. Устав и уставност морају доживјети своју примјену, а управо ради те примјене и заштиту.³ Међутим, иако знамо снагу и вриједност устава они

1 Харолд Ласки: Слобода у модерној држави, Радничка штампа, Београд, 1985. године, стр. 181–205.

2 Миодраг Јовичић: Закон и законитост, Живот правних прописа, Београд, 1977. године, стр. 55.

3 Хамилтон-Медисон-Џеј: Федералистички списи, Београд, 1981, стр. 131; Вилсон Вудро: Влада Сједињених Америчких Држава, Београд, 1929. године, стр. 28–29.

се у свијету, па и код нас, систематски крше и нарушавају и то врло често управо од оних који су се заклели на устав, на уставност и законитост, на поштовање права и слобода (парламент и влада).

Зато и због тога демократска и правна држава мора да преко институција осујети (онемогући) нарушавање и кршење устава, тј. мора организовати сигурну заштиту и контролу. Уствари мора се контролисати и заштити уставност и законитост.⁴

Уставност прије свега значи да у свакој држави мора постојати устав, а затим да сви општи акти нижег нивоа, од устава, морају бити у сагласности са уставом. У тај општи оквир уставности улази и незаобилазни принцип по коме постоји обавеза за све и свакога да се придржава устава. Ни једна радња (чињење) или нерадња (нечињење) не смије бити у супротности са уставом. То другим ријечима значи да је свака, па и највиша, власт ограничена правом и мора се понашати у складу с њим. Устав и закони морају бити највиши ауторитет.⁵

Нарушавање принципа уставности и законитости доводи до поремећаја, не само у правном систему, већ и у цјелокупном друштвено-политичком систему. Нарушава се формално-правно принцип по коме су уставне одредбе нормама ограничиле, не само појединце – грађане, већ и власт, односно све државне органе и носиоце државних функција. У конкретним односима долази до неповјерења у власт, у устав и законе што све изазива моралну кризу и хаотичне односе у привредном и политичком систему.

Због тешких последица које настају нарушавањем уставности и законитости, као што смо већ истакли, превладало је мишљење и у теорији и у пракси, да се морају увести механизми контроле и заштите уставности и законитости. Али, о томе који су то механизми и ко има право да покрене и користи те механизме нема јединственог мишљења.

Устав као *lex superior* и као основни закон тешко се може директно примјењивати, уствари изузетно и за нека питања. На основу њега се доносе други проводиви прописи, па он у основи постаје извор законодавне дјелатности – мноштва закона које доноси највише законодавно тијело – скупштина (парламент). Сви ти закони морају бити у складу са уставом, тј. они су омеђени уставом по принципу строге хијерархије. И поред тога добро знаног и привхаћеног принципа, ипак, законодавац често доноси закон чије су одредбе дјелимично или у цјелини супротне уставу. Анализом законодавне праксе дошло се до закључака да врло често законодавац није имао намјеру уграђивати неуставне одредбе, али разне околности на то утичу пошто закони не произлазе готови из устава, као ни други правни акти из закона.⁶

4 Hans Kelzen: La garantie juridictionnelle de la constitution, стр. 201 – према Павлу Николићу: Уставно право, Београд, 1993. године, стр. 294.

5 Павле Николић: Уставно право, Београд, 1993. године, стр. 286., Ратко Марковић: Уставно право и политичке институције, Београд, 1995. године, стр. 607.

6 Павле Николић: Уставно право, Београд, 1993. године, стр. 295., Јован Ђорђевић, Уставно право, Београд, 1980. године, стр. 342; Рајко Кузмановић: Уставно право, Бања Лука, 2002. године, стр. 498

Пошто су најозбиљније повреде устава управо у законима поставило се питање како вршити контролу и ко да врши ту контролу. Једни су сматрали да то мора да уради сам законодавац путем „самоконтроле закона”. Други су, опет, сматрали да та контрола не може бити унутрашња, од стране парламента (законодавца), већ она мора бити вањска или барем мјешовита.⁷

Тако је дошло током деветнаестог и двадесетог вијека до успостављања и примјене неколико модела заштите уставности и законитости, и то:

1) Вансудски систем заштите и контроле који се издиференцирао врло рано, и представљао у почетку основну, али данас већ рјеђе кориштену, форму заштите и контроле уставности и законитости. Овај систем обухвата два облика, и то: парламентарну контролу и заштиту, и друго, политичко-ванпарламентарну контролу и заштиту.

2) Судски систем заштите и контроле уставности и законитости је савременији систем и све више се примјењује. Овај систем се дијели на двије групе и то: систем судске контроле коју проводе редовни судови, и систем контроле коју проводе уставни судови.

Да би се у државну организацију (систем) увело уставно судство (односно уставни суд) морају бити испуњена најмање три услова: прво, да у правном систему постоји хијерархија аката (правних норми), друго, да постоје политичко демократски фактори који утичу на квалитет и ниво уставом утврђених људских права, и треће да је устав дјело суверене воље и да је као највиши правни акт писан и чврст.

2. Надлежности суда и доношење одлука

Мјесто и улога уставног суда, његов положај и углед зависи, прије свега, од тога које су, какве су и колике су његове надлежности и када, како и у којој фази суд треба да дјелује. Готово да ни једна држава није дала уставном суду потпуно истовјетне надлежности иако, на другој страни, скоро све државе дефинишу улогу и задатке уставног суда да он врши контролу и заштиту уставности и законитости. У том смислу садржај и обим надлежности уставних судова могу се сврстати у неколико група:

Прва група су судови чије су надлежности углавном државно-правне (претежно правног и уставног – келзенског – карактера). Оне се односе на одлучивање о сагласности закона других прописа и општих аката са уставом, затим одлучивање о сагласности прописа и општих аката са законом, те рјешавање сукоба надлежности између законодавне, извршне и судске власти као и рјешавање сукоба надлежности, између органа републике, града и општине. У ову групу спадају уставни судови у државама гдје се уставном суду не желе дати шире надлежности, а што може да значи да су то државе гдје је владавина права сведена на контролу правне норме и да постоји извјесно зазирање политичке власти од суда ове врсте.

⁷ Гашо Мијановић: Контрола уставности закона, Српско Сарајево, 2000. године, стр. 85.

Такве надлежности има Уставни суд Републике Српске, па великим дијелом и Уставни суд Србије (са малим одступањем).⁸

Друга група су судови чије су надлежности знатно шире и обухватају правну и политичку сферу државе. Они имају поред оне класичне надлежности (одлучивање о сагласности закона, других прописа и општих аката са уставом и сагласности прописа и општих аката са законом) и ширу лепезу правно-политичких надлежности као што су одлучивање о изборним споровима који нису у надлежности редовних судова и других државних органа; одлучивање о сагласности програма и статута политичких организација са законом (при чему може и забранити рад политичке организације); одлучује о одговорности предсједника Републике.⁹

Трећа група су судови који имају у надлежности правну, политичку и грађанску димензију контроле и заштите уставности и законитости. То су системи који обухватају приоритетно заштиту индивидуалних права и слобода грађана (прије свега кориштење уставне жалбе коју може поднијети сваки грађанин ако су повријеђена његова права од стране државних органа), као и кориштење тзв. *amparo sistema* који се такође претежно односи на индивидуална права и слободу и остваривање хуманитарног права.¹⁰ У ову групу спадају већи број држава нпр. Хрватска (уставна жалба), Мексико и Бразил (*amparo*) и др.

Четврта група су судови који обухватају све елементе (надлежности) из претходне три групе, и то су: правне и политичке надлежности, заштита индивидуалних права и слобода, као и надлежности редовних судова (судског спора). Таквих је врло мало судова у свијету.¹¹ Поред Уставног суда САД ту је и Уставни суд Босне и Херцеговине. Он има надлежности: одлучује о сагласности (уставности) устава ентитета (као неке врсте федералних јединица) са Уставом Босне и Херцеговине, сагласности закона са уставом, сагласности других прописа и општих аката са законом, затим рјешавање спорова политичке нарави (конститутивност, витални интереси, одговорност чланова Предсједништва), рјешавање по жалбама грађана као неке врсте уставне жалбе,¹² и на концу суд има „апелациону јурисдикцију по питањима која произађу из пресуде било кога другог суда у Босни и Херцеговини”.¹³

8 Члан 115. тачка 1–5 Устава Републике Српске из 1992. године; члан 125. тачка 1–6 Устава Републике Србије, Београд, 1990.

9 Члан 125. тачка 7. Устава Републике Србије из 1990. године; Члан 125. алинеја 5. Устава Републике Хрватске из 1991. године.

10 Димитрије Кулић: Уставно судство у свету, Београд, 1972. године, стр. 279.

11 У ову категорију уставних судова сврставају се: Врховни суд Сједињених Америчких Држава, Уставни суд Аустралије, Уставни суд Либерје и Уставни суд Босне и Херцеговине.

12 Одлуком Савјета за имплементацију Мировног споразума за Босну и Херцеговину преостаће са радом Вијеће (Дом) за људска права Босне и Херцеговине са 31.12.2003. године, а његове надлежности преузима Уставни суд Босне и Херцеговине. Већ је Уставни суд Босне и Херцеговине преузео више хиљада предмета (око 6.000) и почеће са радом 1. јануара 2004. године.

13 Члан VI, тачка 3-6 Устава Босне и Херцеговине из 1995. године.

Све четири групације судова, у остваривању својих надлежности које су основне, одлучујуће или нормативне, користе систем накнадне контроле – *a posteriori*, тј. оцјењује се уставност или законитост аката након њиховог доношења и примјене у пракси. Одлуке ступају на снагу (стављају се у функцију), односно изазивају правно дејство и последице по принципу (систем) *ex tunc*.

Постоје код неких судова и специфичне (посебне) надлежности које се могу означити као усмјеравајуће. Такве надлежности има Уставни суд Републике Српске. Оне се огледају у праву и обавези Уставног суда да „прати појаве од интереса за остваривање уставности и законитости, обавештава највише уставне органе Републике о стању и проблемима у тој области и даје им мишљење и предлоге за доношење закона и предузимање других мера ради обезбеђења уставности и законитости и заштите слободе и права грађана, организација и заједница”.¹⁴ Оваква врста контроле и заштите је у основи превентивна и заиста може имати ефекта у системима гдје се врши накнадна контрола уставности закона и законитости других аката. Њоме се указује законодавцу и уставотворцу које би се слабости, недостаци или празнине устава и закона могли отклонити и избјећи још у фази њиховог доношења. Сада је права прилика у Србији да Уставни суд дјелује у фази израде новог устава.¹⁵ Неки конституционалисти, а поготово политичари, постављају питање да ли треба и смије ли Уставни суд, да се мијеша у рад законодавца и уставотворца. Мислим да у овом облику (усмјеравања и превентиве) треба и смије, јер како ће суд радити у пуном увјерењу да штити правне вриједности, ако у уставу буду велике празнине, неадекватни институти и норме, ако устав није потпун и очекиван.

Треба разликовати превентивну (усмјеравајућу) контролу и заштиту од претходне. Претходна контрола је модел (начин) рада суда према коме он врши мериторну контролу (оцјену) уставности и законитости аката у вријеме његовог доношења или од њиховог доношења у парламенту, па до проглашења (најчешће вријеме *vacatio legis*). Дакле, врши се оцјена уставности аката прије његова ступања на снагу (прије промулгације). Такав је случај рада Уставног савјета Француске који врши претходну контролу аката.¹⁶ Међутим, превентивно усмјеравајућа контрола је само савјетодавна и не обавезује уставотворца и законодавца да поступи по препоруци, ставу или мишљењу. Уставни суд ће у овим случајевима вршити стварну контролу уставности и законитости касније по ступању на снагу аката.

14 Члан 15. Устава Републике Српске допуњен тачком 1. Амандмана XLII; Рајко Кузмано-вић: Уставно право, Бања Лука, 2002. године, стр 506.

15 Управо у овом тренутку када се припрема нови устав Србије треба искористити ову улогу Суда (да дјелује превентивно и усмјеравајуће) и отклонити неке видљиве недостатке, али и појачати уставну улогу и позицију Суда. Треба проширити надлежности Суда на одговорност шефа државе – предсједника Републике, уставну жалбу и др.

16 Гашо Мијановић: Контрола уставности закона, Српско Сарајево, 2000. године, стр. 134.

Било како да се врши контрола и заштита Уставни суд је у служби устава, он је његов чувар и заштитник. Уставни суд је под уставом,¹⁷ али он условно говорећи може у неким приликама да цијени ваљаност одредаба устава, тј. уставност устава (нпр. сагласност устава федералних јединица са савезним уставом). Тим поводом може се отворити чисто теоријско питање: Може ли устав бити неуставан? Наравно да се устав у формалном смислу тешко може прогласити неуставним. Међутим, због његове материјалне (садржајне) стране може се отворити питање сврхе његове примјене. Постоје уставни који су у материјалном смислу на врло ниском нивоу. То су такви уставни који су формални, непотпуни, када су њихове одредбе фиктивне, декоративне, када оне штите неки архаични – минули поредак, или када су збир жеља, па чак заблуда и илузија. Или, када је устав донесен од некомпетентног органа и мимо прописаног поступка. Или, када се врши ревизија непоштујући ревизиони поступак који је најчешће прописао сам устав. Такви уставни су „неуставни” – немају својства устава. Ако се и не би такав устав прогласио неуставним (јер је то формално тешко учинити), ипак је он сам себе умањило и претворио у обичан пропис (закон) или чак, како то неки правни писци симболично кажу у обичан лист папира. Још ако такав устав народ не прихвата као свој он постаје нелегитиман.

Уставни суд, неће и не може из формалних разлога прогласити устав неуставним, али може успорити или заћутати док се устав не промјени или доносити тзв. профутуро одлуке за које су мјера тип друштва и правни поредак.¹⁸

3. Правно дејство (посљедице) одлука Уставног суда

Уставни суд, у свакој држави гдје он постоји, по тачно утврђеном поступку рјешава одређене спорове, тј. повреде устава и закона. Уставни суд рјешава спорове који настају због нарушавања правног поретка и система (устава, закона и утврђених односа) и неовисно од постојања, односно непостојања конкретног судског спора. То су тзв. апстрактни спорови о уставности и законитости чије одлуке по правилу дјелују *erga omnes*.

Безвредно је и безначајно доносити одлуке суда ако се оне не извршавају, тј. ако оне немају адекватно правно дејство. Зато је једно од основних питања контроле уставности, питање дејства одлука које суд доноси. Појављује се питање дејства одлука са становишта посљедица које производе у односу на предмет спора, односно са становишта на који се начин спор завршава; дејство одлука са становишта временског елемента (дејство *ex tunc* и дејство *ex tunc*); питање дејства са становишта учесника у уставном спору (дејство *erga omnes* или *inter partes*); дејство одлука са становишта

17 Чарлс Хјуз предсједник Врховног суда САД је 1931. године рекао: „Да, ми се налазимо под уставом, али Устав је оно што ми кажемо”.

18 Такве одлуке доносио је неколико пута Врховни суд (у функцији уставног суда) САД-како нпр. 1803, 1864. и 1931. године.

обима (да ли одлука дјелује у односу на цјелину прописа или аката или само у односу на његове дијелове) као и попуњавања правних празнина које настају стављањем ван снаге прописа и општих аката.¹⁹

Најчешће се поставља питање дејства одлуке које доноси уставни суд са становишта ефикасности његовог дјеловања у отклањању неуставности и незаконитости. Иако постоји доста варијанти у схватању о карактеру одлука уставног суда, ипак битна карактеристика је неспорна, да уставни суд тумачи устав, његов смисао и дух када одлучује о конкретном односу. Он не примјењује општу норму на појединачан случај, већ отклања неуставност и противзаконитост општих норми у правном поретку.²⁰ Зато је одлука уставног суда у исто вријеме и тумачење опште норме и рјешење уставног спора. Зато је и утврђен принцип да су одлуке уставног суда општеобавезне и извршне.

Обавезност одлука уставног суда је општа, па су његове одлуке обавезне за све државне органе, организације, заједнице и грађане. Одлуке суда обавезују и физичка и правна лица која нису учествовала у поступку. Ова обавезност односи се, међутим, искључиво на диспозитив одлуке, а не и на ставове суда које је заузео у образложењу иако ти ставови, због своје убједљивости, могу постати општеприхваћени у пракси.²¹ Обавезност одлуке уставног суда треба разумјети тако да се по њима мора поступати, да се не може ништа учинити супротно њеним захтјевима.

4. Извршење одлуке суда

Уставотворац је утврђујући норме о уставном суду предвидио да одлуке суда морају бити строго обавезне и извршне, јер иначе ако тога не би било читав систем заштите и контроле уставности и законитости био би без смисла. Извршавање судских одлука је једна од најзначајнијих функција права која чини, у основи, једниство са функцијом одлучивања. Извршавање одлука је акт претварање права у реални циљ, његово остваривање у друштвеним односима који су њиме уређени. Одлуке се морају извршавати тачно и благовремено, без оклијевања и одлагања. Управо о томе морају водити рачуна сви они који раде непосредно или посредно на извршавању одлука уставних судова.

Одлуке се извршавају у процесу примјењивања закона, других прописа и општих аката. Међутим, конкретне одлуке извршавају субјекти на које се односе, а у случају потребе влада обезбјеђује извршавање одлука. Тек извршењем одлуке суда долази до уклањања из правног система неуставног и незаконитог акта.

19 Ратко Марковић: Уставно право и политичке институције, Београд, 1995. године, стр. 649–650.

20 Рајко Кузмановић и Миодраг Симовић: Уставни суд Републике Српске, Бања Лука, 1999. године, стр. 58.

21 Билтен Уставног суда Републике Српске, број 8/2002. године (Пригодни говор на сједници Суда, стр. 323–333).

Извршење одлука није лак посао, а поготово ако се те одлуке морају принудно извршавати. Компликације настану онда када се одлуке односе на оне који су уставом задужени за извршење (а то је влада), па они то и не проводе. Има примјера да чак влада писмено нареди субјектима да не извршавају одлуку суда.²² Међутим, надамо се да више неће бити таквих примјера, јер је најновијим Кривичним законом Републике Српске неизвршење одлука уставног суда квалификовано као кривично дјело.²³

Интересантан је компаративни приказ уставних одредби којима се обавезује влада на обезбјеђење извршења одлука уставног суда.

У државама гдје је достигнут висок ниво правне културе, поштовања устава и закона, гдје функционише (живи) правна држава ту у уставу и не постоји одредба о томе да влада на било који начин обезбјеђује извршење одлука. У тим државама је незамисливо да неко и помишља да не изврши одлуку уставног суда.²⁴

У државама у којима се појављују, ту и тамо, поједини случајеви опструкције извршења и гдје треба да влада интервенише на извршењу ту је у уставу одредба формулисана у кондиционалну (условно), па гласи „у случају потребе”, ако устреба извршење одлуке уставног суда обезбјеђује влада.²⁵

У државама гдје је знатније присутно неизвршавање одлука уставног суда ту су уставне одредбе о обезбјеђују извршења одлука императивне па гласе: „извршење одлука уставног суда обезбјеђује влада”.²⁶ Нажалост Република Српска, па и Република Србија спадају у ред оних држава (државотворних ентитета) гдје је извршење одлука суда често спорно.

Међутим, постоје неке одлуке (одлуке и рјешења) уставних судова које су због специфичности предмета спора тешко извршиве и на основу њих се тешко може захтјевати измјена правних прописа. Неке од таквих одлука гдје је специфично њихово извршење су:

1) Извршење одлука суда којима се утврђује несагласност закона са уставом или другог прописа и опшег акта са законом, различито је скоро за сваки случај. У једном случају се јавља ситуација да се одредбе о несагласности закона са уставом не могу примјењивати на односе који су настали прије дана објављивања одлуке ако до тога дана нису правоснажно рјешени. У другом случају када су у питању акти за извршење закона и других прописа који су на основу одлуке суда престали да важе неће се примјењивати од дана објављивања одлуке суда јер нису били у сагласности

22 Влада Републике Српске је у јуну 1999. године писмено обавијестила пословне банке да не извршавају одлуку Уставног суда и пресуде редовних судова које се односе на девизну штедњу и друга новчана потраживања грађана.

23 Члан 371 Кривичног закона Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске”, број 49/03.

24 У ову категорију држава спада Француска, Њемачка, па и Сједињене Америчке Државе.

25 У ову категорију држава спада Република Србија, Македонија, раније и Савезна Република Југославија (сад СЦГ).

26 Република Српска је типичан примјер гдје Влада императивно обезбјеђује извршење одлуке Суда.

са законом. У *шрећем случају* извршавање правоснажних појединачних аката донијетих на основу прописа који се више не могу примјенивати, не може се дозволити нити спровести, а ако је извршење започето – обуставиће се. Постоји још низ случајева чије се одлуке различито извршавају.

2) Извршавање одлука суда које се односе на рјешавање сукоба надлежности је специфично, јер одлука суда дјелује искључиво на органе који су у сукобу – који се споре ко је надлежан за конкретан случај. Овакав сукоб надлежности и нема карактер спора у правом смислу ријечи, а још мање уставног спора. Оваква одлука се сматра извршеном када одређени орган правоснажно ријеша предмет спора.

3) Посебности у извршавању одлука суда јављају се и када уставни суд утврди да се измјеном појединачног акта не могу отклонити посљедице настале услед примјене општег акта који је на основу одлука суда престао да важи. Или, када одлука уставног суда којом се одбија приједлог за утврђивање неуставности и незаконитости. Или, код одлука уставног суда донесених у форми рјешења итд.

Дуга је листа питања везаних за извршење одлука суда, зато у закључку овога рада наглашавамо још једанпут: одлуке уставног суда су општеобавезне и извршне. Оне се морају извршавати без обзира на бројне потешкоће, нејасноће и посебности. Одлуке морају проводити сви субјекти на које се оне односе, а влада, на захтјев уставног суда, обезбјеђује извршење одлука.

Одлуке уставног суда учвршћују правни ред, општу (уставну) вољу, правду и право за све.

ИЗВРШЕЊЕ ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА

Извршење судске одлуке је завршна фаза у поступку заштите права. Ако судска одлука остане неизвршна, право ће бити неостварено и кад му суд пружи заштиту. То важи и за одлуку Уставног суда.

Међутим, за одлуку Уставног суда важе посебна правила извршења.¹ Та правила су деликатнија², јер се и Уставни суд разликује од других судова, будући да суди не само на основу закона и других прописа, него и њима самима.

Одлуке Уставног суда делују у две равни: у равни прописа и у равни појединачних аката. Оне су, у обе равни, општеобавезне и извршне, јер то предвиђа члан 129. став 2. Устава. Али, општеобавезност и извршност тих одлука имају различит изглед у свакој од тих равни.

ДЕЈСТВО ОДЛУКА У РАВНИ ПРОПИСА

У равни прописа, дејство одлука Уставног суда уређено је чланом 51. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука. Кад Уставни суд утврди да закон, односно други пропис није у сагласности са уставом, неуставне одредбе престају да важе даном објављивања одлуке у „Службеном гласнику РС”. У тој равни, одлуке Уставног суда делују према свима (*erga omnes*) и то само за будуће (*ex nunc*), као и сваки закон.³

Одлука Уставног суда, даном објављивања, ампутира неуставне одредбе закона, односно другог прописа, па они остају извор права само у делу који није касиран. На тај начин се остварује смисао и сврха уставноправне заштите, али и извршава одлука Уставног суда у њеном нормативном изгледу.

Ту озбиљнијих проблема нема.

1 О тим правилима – Иво Крбек: Уставно судовање, Загреб 1960. година; Вида Чок: Врсте и дејства одлука уставних судова, Београд 1972. година; Брана Ивановић: Проблем уставности према Уставу СФРЈ из 1974. године, Правни живот 5–7/91; Пермуш Ложе: Извршење одлука уставних судова, Зборник са саветовања „Улога и место уставног судства у друштвено-политичком систему”, Београд 1986. године; Милица Ранковић: Извршење одлука уставних судова, Правни живот 12/96; Љиљана Славнић: Извршење одлука Уставног суда, Про инфо бр. 6/2002.

2 Иво Крабек: Уставно судовање, Загреб 1960. година, стр. 89.

3 Милица Ранковић: Извршавање одлука уставних судова, Правни живот, бр. 12/96, стр. 369.

ДЕЈСТВО ОДЛУКЕ У РАВНИ ПОЈЕДИНАЧНИХ АКТА

Проблеми извршења постоје у равни дејства одлука Уставног суда према појединачним актима заснованим на неуставном пропису.

У тој равни, одлука Уставног суда, према члану 53. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука такође, делује од дана њеног објављивања. Дакле за будуће, али, у погледу отклањања последица примене неуставног прописа, њена дејства, под одређеним условима, сежу и у прошлост.

Према члану 57. поменутог закона, свако коме је повређено право коначним или правноснажним појединачним актом донетим на основу неуставног прописа, има право да тражи од надлежног органа измену тог појединачног акта. Предлог за измену може се поднети у року од шест месеци од дана објављивања одлуке Уставног суда, под условом да од достављана појединачног акта до покретања или иницирања поступка пред Уставним судом није прошло више од две године. У овој равни, одлука Уставног суда не делује према свима (*erga omnes*) већ само према онима којима је појединачним актом, донетим на основу неуставног прописа, повређено право. Та одлука, временски, делује двојачко: *ex nunc* – тако да неуставни пропис не може „производити” нове појединачне акте; *ex tunc* – тако да у одређеном року и под одређеним условом, може довести до измене већ донетог појединачног акта.⁴ Проблеми настају само при отклањању последица примене неуставних прописа. Дакле, само кад одлука Уставног суда делује *ex tunc*.

На срећу, ти случајеви нису ни чести ни масовни. Ипак, узнемиравају.

Узнемиравајући је био и случај отклањања последица одузимања посланичких мандата после доношења одлуке Уставног суда Србије IY-197/02 од 27.03.2003. године.

Како је, у отклањању последица примене неуставног прописа, могла бити извршена ова одлука Уставног суда?

На три начина: први је – примарни, други је – резервни, трећи је – резервдулан.⁵

Примарни начин

Примарни начин је извршење одлуке од стране органа који је донео појединачни акт. Према члану 61. став 1. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, државни органи су дужни да извршавају одлуке Уставног суда у „оквиру својих права и дужности”. У наведеном примеру, то су били оквири права и дужности Народне скупштине

4 Ibid.

5 Ставови Уставног суда Србије о правном дејству одлуке у предмету IY-197/2002. – право на измену појединачног акта, од 26. јуна 2003.; Интервју председника Уставног суда Србије Слободана Вучетића листу *Данас*, 4–5. 10. 2003. године; Зоран Ивошевић: Враћање посланичких мандата у извршењу одлуке Уставног суда, *Данас*, 24.11.2003. године.

Републике Србије, јер је тај орган својим појединачним актом, на основу члана 88. став 3. Закона о избору народних посланика, констатовао престанак мандата седморици народних посланика.

Народна скупштина, је стога, и требало да новим појединачним актом измени ранији и констатује да мандат народног посланика имају они којима је одузет, а не они којима је потом поверен. Пошто то није учинила, изазвала је потребу за примену резервног начина извршења.

Резервни начин

Тај начин предвиђају одредбе члана 129. став 3. Устава Србије и члана 61. став 2. Закон о поступку пред Уставним судом и дејству његових одлука. Оне садрже исто правило: „У случају потребе, извршење одлуке Уставног суда обезбеђује (обезбедиће) Влада”. Потреба да извршење одлуке Уставног суда обезбеди Влада постоји увек кад се орган који треба да је спроведе нађе у опструкцији према тој дужности. У поменутом случају, у опструкцији се нашла Народна скупштина.

Влада самостално оцењује да ли таква потреба постоји у сваком конкретном случају. Али, ако нађе да не постоји, Уставни суд том оценом није везан па може приступити резидуалном начину извршења своје одлуке.⁶ Према члану 61. став 3. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, Влада може извршити одлуку Уставног суда „непосредно или преко надлежног органа државне управе”. Овај пропис није потпун, јер му недостаје исказ о средству извршења, али то не може бити разлог да Влада не учини оно што може.

Може ли Влада извршити одлуку Уставног суда баш како је буквално предвиђено – непосредно или преко надлежног органа државне управе?

Може, али само ако се извршење односи на измену појединачног акта органа извршне власти. Пошто је Народна скупштина орган законодавне власти, Влада, у конкретном случају, није могла ни непосредно ни преко надлежног органа извршити одлуку Уставног суда изменом појединачног акта о одузимању мандата.

А шта је Влада могла?

Могла је што приличи њеној уставној улози.

Влади је чланом 9. став 3. Устава Србије, поверена извршна власт. Зато је чланом 90. тачка 1. Устава и одређено да она извршава законе, друге прописе и опште акте. У тој уставној улози, Влада може тражити и од Народне скупштине да закон, односно други пропис примењује без неуставних одредаба, а то значи и да појединачне акте, које је на основу тих одредаба донела, измени, односно стави ван снаге, у смислу члана 57. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука.

6 Не би смо се могли сложити са ставом Љиљане Славнић (израженим у чланку Извршавање одлука Уставног суда, Про инфо, 6/2002), према коме „случај потреба за извршавањем неке одлуке Уставног суда – утврђује Влада РС, а не Уставни суд”.

Али, упућивање формалног захтева у том правцу, није довољно. Влада мора бити и медијатор,⁷ како би посредовањем, предлозима и другим добрим услугама, активно учествовала у изналажењу начина, модуса и средстава извршења одлуке Уставног суда. У томе поред правних, мора користити и политички метод, при чему посебну одговорност има председник Владе, пошто он, по члану 7. Закона о Влади, остварује сарадњу са другим републичким органима.

Како се моћ Владе мери јединицом политичке снаге, њен утицај у медијацији може бити значајан. Наравно, уколико постоји политичка воља да се одређена одлука спроведе.

Нажалост, у поменутом случају, такве воље није било, па Влада није учинила ни оно што је могла. Зато је и омогућила примену резидуалног начина извршења одлуке Уставног суда.

Резидуалан начин

Кад ни резервни начин извршења одлуке Уставног суда не буде успешан, преостаје да Уставни суд сам спроведе своју одлуку. Он тада, овлашћењем пуне јурисдикције, доноси појединачни акт који је требало да донесе орган примарног извршења. У поменутом случају, тај орган је – Народна скупштина, а тај појединачни акт – одлука о престанку мандата по тоњим и враћању мандата ранијим народним посланицима.

Откуд Уставном суду овлашћења пуне јурисдикције?

Оно се заснива на члану 58. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука. Према овој одредби, ако се утврди да се изменом појединачног аката не могу отклонити последице настале услед примене неуставног прописа, Уставни суд може одредити да се оне отклоне повраћајем у пређашње стање, накнадом штете, или на други начин.

Пређашње стање је стање какво је било пре примене неуставног прописа.

Накнадом штете се отклањају имовинске и неимовинске последице настале применом неуставног прописа.

Други начин тиче се отклањања последица у погледу здравственог, пензијског и инвалидског осигурања, као и статуса уопште.

Одлука о повраћају у пређашње стање има конститутивни карактер и делује од дана објављивања, што је предвиђено чланом 53. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука. Отуда би, у наведеном случају, остали на снази сви општи и појединачни акти у чијем су доношењу учествовали народни посланици којима су поверени одлузети мандати.

7 Медијацију Владе као начин резервног извршења одлука Уставног суда први је уочио Брана Ивановић: Проблеми уставности према Уставу СФРЈ из 1974. године, Правни живот 5–7/91, стр. 598.

Због оваквог карактера реституционе одлуке, остаје да се, на самом крају, упитамо – има ли смисла да Уставни суд, после распуштања Народне скупштине донесе одлуку о враћању мандата?

Нема, јер је распуштањем Народне скупштине престао да постоји орган у коме су одузети посланички мандати могли бити остварени.

Имало би, међутим, смисла, одлучивати о евентуалним захтевима за накнаду штете, односно отклањање других последица примене неуставних одредаба Закона о избору народних посланика.

ПОРУКА

Ово неће користити Народној скупштини и Влади, које смо имали.
Али, хоће Народној скупштини и Влади, које ћемо имати.

ИНТЕРПРЕТАТИВНЕ ОДЛУКЕ УСТАВНИХ СУДОВА

Легитимност и природа уставносудске функције

На почетку двадесет првог века слава уставног судства, као основног гаранта владавине права, чини се непомућена. Две стотине година после свог устоличења у САД, у децентрализованом облику, и више од осам деценија од своје појаве у Европи, у варијанти централизоване контроле, уставно судство је постало незаобилазна компонента сваког либералнодемократског поретка. Оно је мерило распознавања модерне демократске државе, нарочито значајно за друштва у транзицији које уставним судством потврђују своју доследну опредељеност за поштовање уставности и законитости, али и један од кључних фактора њеног одржавања. Уставним судством се, наиме, усавршава сложени мозаик система поделе власти и то не само оне хоризонталне и вертикалне, већ и између политичког и цивилног дела друштва.

Савремене тенденције у развоју односа између легислативе и егзекутиве, као и неконтролисана експанзија нормативне делатности државне власти додатно потврђују претходно изнете закључке. У парламентарним, односно полупредседничким системима парламент и влада (а понекад с њима и председник) стапају се, у уско политичком, страначком смислу, у јединствен, монолитни блок. Суочена с таквом надмоћношћу владајуће групе, опозиција делотворну заштиту својих интереса реално може да очекује само од једног независног уставног суда. Истовремено, његово присуство је потребно и влади, у смислу здраве противтеже, не би ли се очувала суштина парламентаризма¹. Осим тога, уставно судство делује и као брана цивилног друштва од потенцијалног угрожавања све осније државе благостања, омогућавајући грађанима да се контрола власти обавља не само периодично, у моменту гласања, већ и између два изборна процеса, континуирано и разборито². У датој ситуацији уставно судство се јавља као заштитник идеје народне суверености, спречавајући њено отуђење од стране привремено владајуће већине (*government of the day*).

Но и поред општег консензуса о неопходности уставног судства, теоретичари демократије остају трајно сумничави према тој институцији,

1 Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, PUF, Paris 1996, стр. 14.

2 Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris 1999, стр. 209.

руководећи се, пре свега, опасностима које она носи са собом. Оно што непогрешиво стоји јесте да је у питању установа елитистичког карактера, с дискутабилним демократским легитимитетом (поготово имајући у виду далекосежну улогу, Келзеновом речју, негативног законодавца, која јој је поверена) и неретко антивећински настројена (*anti-majoritarian*). Једну од најоштријих осуда на рачун уставног судства налазимо код лорда Девлина (*Lord Devlin*) који упозорава да је поверавање законодавне функције судству (*judicial law-making*) не само скретање с процеса демократије, већ и загарантован пут у тоталитарну државу³. Не одлазећи тако далеко у закључцима, несумњиво се можемо сложити с онима који страхују да би уставно судство могло да се претвори у своју супротност, да од средства постане циљ, односно да прети да демократију дегенерише у судократију (*gouvernement des juges*). Најсликовитији пример таквог исхода налазимо у САД, тридесетих година XX века, у виду жучне и дуготрајне борбе за социјално законодавство (*New Deal*) америчког Конгреса, предвођеног Председником Рузвелтом, против изразито лесеферовски оријентисаног Врховног суда САД. У Француској је, с друге стране, дубоко укореењена подозривост према судократији приморала конституционалну доктрину да фингира логику одлучивања Уставног савета, све у циљу оправдавања увођења уставносудске контроле и у тој земљи, у другој половини XX века. Отуд теорија интерпретације (*théorie de l'interprétation*), која полази од тога да се судско тумачење устава састоји у изналажењу изворне воље аутора текста, и теорија импутације (*théorie de l'imputation*), која претпоставља да је воља која је изражена у судској одлуци у суштини воља сувереног народа⁴.

Суочена с оваквим нападима на уставно судство, који су некад подразумевали и позив за укидање те институције и пренос њених овлашћења на друге државне органе⁵, уставноправна теорија је свој одговор усмерила у два правца. С једне стране, она ће преиспитати значење уобичајених појмова као што су демократија, народна сувереност и општа воља настојећи да докаже да одлуке уставних судова не представљају претњу сувереној народној власти, већ да су њој подређене и да, у суштини, служе њеној одбрани. Такавом приступу нарочито је био склон француски конституционалиста Жорж Ведел (*Georges Vedel*). Да би оправдао контролу уставности, Ведел ће понудити нешто другачије схватање чувеног члана 6. Декларације права човека и грађанина⁶, који је за француски – картезијански дух дуго

3 Лорд Девлин, „Judges and Lawmakers”, *Modern Law Review*, 39 (1976), p. 16. Наведено према Mauro Cappelletti, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, *Revue internationale du droit comparé*, 1981 (2), p. 638.

4 Више о томе видети: Michel Troper, *Le juge constitutionnel et la volonté générale* u: Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris 2001.

5 У том погледу, о обнови Констанове идеје о *rouvoig neutre*, видети: Карл Шмит, *Чувар устава* у Слободан Самаршић (ур.), *Норма и одлука: Карл Шмит и његови критичари*, Филип Вишњић, Београд 2001.

6 Овај члан почиње прокламацијом да је закон израз опште воље и да сви грађани имају право да учествују лично, или преко својих представника, у његовом доношењу.

представљао непремостиву препреку увођењу уставног судства, тако да оно гласи: Закон је израз опште воље, али само у оној мери у којој је у складу с уставом⁷. Међутим, Ведел се ту не зауставља и иде корак даље оживљавањем предреволуционарне теорије (*lit de justice*) о праву суверена тј. монарха да обори вето парламента, институције Старог режима законодавно-судског карактера, и да на тај начин манифестује своју суверену власт. Аналогно томе, у савременим условима, уставно судство не представља претњу демократији и то због тога што препреке које устав, односно судско тумачење устава, поставља закону, увек могу бити превазиђене од стране сувереног народа или његових представника уколико они прибегну најзвишенијем облику свог изражавања: уставној ревизији⁸.

Осим истицања значаја уставотворне власти и њене надређености уставносудским одлукама, уставноправна теорија ће настојати и да ближе одреди правну природу судске контроле уставности ублажавајући тиме политичке приговоре на рачун правно-стваралачке улоге уставних судова. Тако, рецимо, Келзен (*Kelsen*) не бежи од чињенице да се чином поништавања закона од стране суда законодавна власт дели између два органа, односно да се тиме задире у надлежности законодавца⁹. Он, наиме, полази од става да поништити закон значи, у ствари, поставити општу норму, с обзиром да поништавање закона има исти степен општости као и његово стварање чиме се оно, у крајњој инстанци, своди на стварање с негативним предзнаком (*confection avec un signe négatif*)¹⁰. Па ипак, Келзен не пропушта да укаже на суштинске разлике, између стварања и поништавања закона, које се крију иза њихове привидне сличности. Док је законодавац везан уставом само у погледу свог поступка, а изузетно, општим начелима, и када је реч о самој садржини закона, активност негативног законодавца, уставног судије, је у потпуности подређена уставу¹¹. На том плану управо и долази до изражаја, закључује Келзен, сличност уставног судства с редовним судством: уставносудска функција се изражава, пре свега, у примени права и, само у мањој мери, у стварању права, што њој даје истински судијски карактер¹². Луј Фавору (*Louis Favoreu*), један од најбољих познавалаца уставног судства у Француској, ће још у већој мери оспорити уставносудској делатности правно-стваралачки карактер. Развијајући теорију о скретничару (*théorie de l'aiguilleur*) Фавору заступа тезу да се суд никада не изјашњава о садржини закона већ искључиво о неопходној процедури. Уколико суд и ставља законе ван снаге, он тиме само указује парламенту на одговарајућу процедуру коју треба применити: уместо уобичајеног законодавног

7 Georges Vedel, *Schengen et Maastricht*, Revue française du Droit administratif, 1992 (2), стр. 179.

8 *Op. cit.*, стр. 180.

9 Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, Revue du droit public, Paris 1928, стр. 225.

10 *Op. cit.*, стр. 224.

11 *Op. cit.*, стр. 226.

12 *Ibidem*.

поступка, он упућује на промену устава¹³. Зато Фавору у уставном судству и види неку врсту железничког скретничара који возове упућује на један или други колосек. На крају, поменимо и Александра Хамилтона¹⁴ (*Alexander Hamilton*), најдоследнијег присталицу изједначавања уставносудске делатности с класичном функцијом пресуђивања. Хамилтон, наиме, не види никакву разлику између уставног судије и редовног судије подсећајући да је тумачење закона, а устав је за судију основни закон, одлика и специфичност судијског посла¹⁵. Према томе задатак је судије да утврди значење устава исто као и било ког другог акта законодавне власти. Зато уколико дође до непомирљивих противречности између два прописа, предност мора бити дата оном који има већу обавезност односно, Хамилтоновим речима, устав мора имати првенство у односу на закон, воља народа у односу на вољу његових представника¹⁶. Уставни судија, дакле, тумачи и примењује право руководећи се, пре свега, једном врстом интерпретативних правила (*lex superior*), баш као што и остале судије отклањају супротности у праву прибегавајући чешће или ређе другим правилима тумачења (*lex specialis, lex posterior...*).

Претходно изнете ставове доктрине, упркос њиховој уверљивости, врло често демантује уставноправна реалност. Иако смо закључили да „демократска” легитимност уставног судовања почива на праву суверене, уставотворне власти да у сваком моменту интервенише и реши спор између уставног суда и законодавца, уставни судови појединих земаља (нпр. Немачке, Аустрије, Италије, Индије) инсистирају на томе да не само да постоје одређена надуставна начела, већ и да су они надлежни да испитују промену устава и да прогласе уставне законе неважећим у случају њиховог сукоба са тим истим надуставним начелима¹⁷. Други вид одступања уставног судовања од његовог теоријског модела представља пракса (карактеристична за Француску, Италију и Немачку) доношења интерпретативних одлука којима се уставно судство удаљава од уобичајено схваћене судијске власти, дајући себи за право да, по потреби, дописује законе. Тако уставни судија губи статус негативног законодавца и претвара се у право (позитивног) законодавца.

Управо том питању – интерпретативним одлукама – је и посвећен овај рад. У наставку текста биће више речи о врстама интерпретативних одлука, правно-политичким разлозима њиховог доношења, као и њиховој правној снази имајући у виду искуство уставног судства у Француској, Италији и Немачкој.

13 Louis Favoreu, *Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations*, Revue du droit public, Paris 1982; наведено према: Michel Troper, *op. cit.*, стр. 187.

14 Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, Bantam Books, New York, London, Toronto, Sidney, Auckland 1982.

15 *The Federalist Papers*, No. 78, стр. 395.

16 *Ibidem*.

17 Michel Troper, La notion de principes supra-constitutionnels, u: Michel Troper, *op. cit.*, стр. 195.

Интерпретативне одлуке у систему уставносудских одлука

Типологија одлука Уставног савета Француске врло је развијена. Ово тело, коме је поверена функција контроле уставности, надзире поштовање Уставом утврђене поделе нормативних овлашћења између Владе и Парламента. Својим одлукама о надлежности/ненадлежности (*décisions de qualification ou de déqualification*) Уставни савет се изјашњава, сходно члану 37. Устава, о томе да ли одређено питање спада у уредбодавну или законодавну материју¹⁸. Када је реч о поступку контроле уставности закона Уставни савет доноси или одлуку о неуставности (*décision d'annulation*) или одлуку којом се не прихвата предлог за утврђивањем неуставности (*décision de rejet simple*). Одлукама о неуставности закон се може поништити како у целини (*annulation totale*), што се ређе дешава, тако и делимично (*annulation partielle*), али само уколико су неуставне одредбе одстрањиве (*séparables*) од остатка текста¹⁹. У том смислу однос неуставне законске одредбе и остатка текста може бити такав да је она одстрањива, да је она неодвојива од одређених одредаба које се из тог разлога такође поништавају, иако су иначе у складу с Уставом, или пак да је неодстрањива од остатка закона, што неизбежно води претварању делимичног поништавања у потпуно поништавање²⁰. Одлуке о неприхватању предлога за утврђивање неуставности могу се јавити у два облика: као одлуке којима се одбацује предлог (*décisions d'irrecevabilité*) или као одлуке којима се одбија предлог – одлуке о уставности (*décisions de conformité*)²¹.

Врло рано Уставни савет је одступио од ове просте алтернативе – проглашавања уставности, односно неуставности – спонтано уводећи одлуке о уставности под одређеним условима (*déclaration de constitutionnalité sous réserves*). „Признавајући да би се оспоравани закон могао прогласити неуставним, Савет га ипак проглашава у складу с Уставом под условом да се поштује тумачење које он износи у тексту одлуке и на које понекад опомиње у диспозитиву одлуке”²². У питању су, дакле, интерпретативне одлуке, које у јуриспруденцији Уставног савета срећемо већ од 1959. када је уставност одређених пословничких одредаба условио поштовањем свога тумачења, што ће од 1962. чинити и у погледу контроле расподеле надлежности, предвиђене чланом 37. Устава²³. Дискретнија примена ове технике на закон не појављује се 1968, да би свој нови замајак добила одлуком од 1981. (*loi „Sécurité-liberté*) и нарочито 1984. (*Statut des entreprises de presse*) када је Уставни савет своје стриктне услове тумачења (*strictes réserves d'interprétation*) унео

18 Louis Favoreu, *La décision de constitutionnalité*, Revue internationale de droit comparé, 1986 (2), стр. 619.

19 *Op. cit.*, стр. 620.

20 *Op. cit.*, стр. 620–621.

21 *Op. cit.*, стр. 621.

22 Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Paris 2001, стр. 155–156.

23 Dominique Turpin, *Contentieux constitutionnel*, PUF, Paris, стр. 342.

у сам диспозитив одлуке прецизирајући у образложењу „да би свако друго тумачење било у супротности с Уставом”²⁴. С обзиром на врсту тумачења на које упућују, интерпретативне одлуке могу бити неутрализујуће, конструктивне и упућујуће. Неутрализујуће интерпретативне одлуке (*décisions neutralisantes*) лишавају спорне законске одредбе правног дејства или искључују међу могућим тумачењима закона она која би га довела у супротност с Уставом²⁵. Насупрот овом типу одлуке Уставни савет може да допише закону одређене одредбе не би ли га усагласио с Уставом или да једној законској одредби да другачији смисао од онога што је изричито написано²⁶. Тада говоримо о конструктивним интерпретативним одлукама (*décisions constructives*). Напокон, упућујућим одлукама (*décisions directives*) дефинишу се и прецизирају, за потребе органа надлежних да спроводе законе, модалитети примене закона којима се он усаглашава с Уставом²⁷.

Италијански Уставни суд познат је по томе што показује још већи степен креативности од свог француског колеге. Наиме, два основна облика мериторног одлучивања – одбијање предлога за утврђивање неуставности и проглашавање неуставности, односно поништавање закона – једина предвиђена одговарајућим нормативним актима, временом су се развила у неколико различитих подтипова²⁸. Тако, од пресуде о одбијању предлога настаће интерпретативна пресуда о уставности (*arrêt interprétatif de rejet*), док се пресуда о поништавању закона јавља, ако изузмемо њен изворни смисао, у варијанти: пресуде о делимичном поништавању (*arrêt d’anulation partielle*) и интерпретативне пресуде о поништавању (*arrêt interprétatif d’anulation*)²⁹. Дакле, као што можемо да закључимо, интерпретативне одлуке у Италији имају или форму интерпретативних пресуда о уставности или форму интерпретативних пресуда о поништавању.

У јуриспруденцији Суда прво су се јавиле интерпретативне пресуде о уставности. Њима се, као и у пракси француског Уставног савета, одбијао предлог за утврђивање неуставности, али само у мери у којој се оспораваним одредбама даје одређено значење. Према томе, тумачење тих одредаба се претвара, од обичног образложења, у конститутивни део пресуде и условљава је, јер да је друго тумачење исправније и сама одлука Уставног суда би вероватно била другачија³⁰. Суд налази да би било штетно да се један закон прогласи неуставним само зато што је покретач поступка, било да је реч о апстрактној или акцесорној контроли, погрешно протумачио законску одредбу приписујући јој искључиво оно значење које је доводи у колизију с Уставом. Зато Суд излаже своје тумачење спорне одредбе, супротстављајући га

24 *Op. cit.*, стр. 342–343.

25 Dominique Rousseau, *op. cit.*, стр. 156.

26 *Op. cit.*, стр. 156–157.

27 *Op. cit.*, стр. 157.

28 Vezio Crisafulli, *Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie*, Revue du droit public, Paris 1968 (1), стр. 118.

29 *Ibidem*.

30 *Op. cit.*, стр. 119.

схватању предлагача, и проглашава, у диспозитиву пресуде, да је предлог за оцену неуставности неоснован „у смислу и у границама садржаним у образложењу пресуде”³¹. Овај покушај Суда да наметне своје тумачење закона наилази на отпор редовних судија и то нарочито Касационог суда који ће, оспоравајући *erga omnes* дејство пресуда којима се одбија предлог за утврђивање неуставности, у контексту акцесорне контроле, наставити да суде супротно ставовима Уставног суда³². Тако ће, у намери Уставног суда да очува свој углед, настати нови тип интерпретативне одлуке – интерпретативна пресуда о поништавању, која као и све друге одлуке о неуставности има карактер пресуђене ствари и делује *erga omnes*. Овим пресудама се спорна законска одредба проглашава неуставном, али само у мери у којој се њој приписује оно значење које тај суд сматра неуставним, и Уставни суд такво своје гледиште, што представља новину, износи у диспозитиву пресуде, а не више у образложењу³³. Међутим, оно што остаје заједничко овим пресудама и интерпретативним пресудама о уставности, како примећује Кризафули, јесте да ниједна од њих две не елиминише закон из правног живота³⁴. Осим тога, и у једном и у другом случају, уставни судија „манипулише” законским текстом како би из његових одредаба формулисао она правила која су у складу с уставним начелима, односно издвојио она друга правила која заслужују, услед своје неуставности, да буду уклоњена из правног поретка³⁵. Зато се ове интерпретативне пресуде, како о уставности и тако и о неуставности, зову једним именом манипулативне пресуде. Италијанска уставносудска пракса познаје неколико типова таквих, манипулативних пресуда (*arrêts manipulatifs*). Пре свега, постоје пресуде које подсећају на неутрализујуће одлуке Уставног савета Француске и које имају за циљ да разграниче два различита тумачења исте одредбе и да елиминишу оно које није у складу с Уставом³⁶. Други тип су „адитивне” пресуде (*arrêts manipulatifs additifs*) којима се проглашава неуставним не правило које је изричито, законском нормом формулисано, већ оно које је имплицитно садржано и до којег долазимо тумачењем *a contrario*³⁷. Супститутивне пресуде (*arrêts manipulatifs substitutifs*) пак проглашавају неуставним она правила која директно проистичу из спорне законске одредбе и чак упућују на тумачење које треба заузети да би закон био усклађен с Уставом³⁸. Делегирајуће пресуде (*arrêts de délégation*) дугују свој назив аналогiji са законима о хабилитацији с обзиром да се тим пресудама Влади и Парламенту сугеришу критеријуми и начела будућег законодавства што они

31 *Ibidem*.

32 Alessandro Pizzorusso, *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux – Cour constitutionnelle italienne*, *Revue internationale de droit comparé*, 1981 (2), стр. 409.

33 Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, *op. cit.*, стр. 77.

34 Vezio Crisafulli, *op. cit.*, стр. 124.

35 Alessandro Pizzorusso, *op. cit.*, стр. 410.

36 *Op. cit.*, стр. 411.

37 *Op. cit.*, стр. 412.

38 *Op. cit.*, стр. 413.

озбиљно узимају у разматрање³⁹. Осим напред наведених манипулативних пресуда, Уставни суд Италије је од недавно обогатио своју јуриспруденцију за још два нова типа ових пресуда. У питању су пресуде (*arrêts additifs de principe*) којима он попуњава законске празнине и тиме законодавца опомиње на уставне претпоставке, а судству омогућава да нормално функционише у ишчекивању новог законског решења, као и пресуде (*arrêts interprétatifs de rejet de principe*) којима Суд само поставља начела препуштајући нижестепеним судовима да у оквирима његових екстензивних формулација изнађе правило које одговара решавању конкретног случаја⁴⁰.

Савезни уставни суд Немачке такође располаже, у поступку контроле уставности закона, богатом типологијом одлука која је, пре свега, резултат управо његовог преторског рада. Поред одлука о тоталном или парцијалном поништавању закона и интерпретативних одлука које срећемо и у пракси других уставних судова, специфичност немачког уставног суда огледа се у одлукама о неуставности без поништавања (*déclaration d'inconstitutionnalité sans annulation subséquente*) и у одлукама о одложеном поништавању (*annulation différée*). Техника простог проглашавања неуставности је првобитно настала као плод креативне, с правом се може рећи и противзаконите, активности Суда, да би тек каснијом реформом Закона о Уставном суду ова пракса била и озваничена. Уставни суд прибегава овом типу одлуке онда када закон неоправдано фаворизује једну групу грађана, не признајући иста права и другим категоријама становништва, по правилу, малобројнијим. Тада Савезни уставни суд интервенише, унапређујући статус угрожене друштвене групе њеним помињањем у самом диспозитиву одлуке⁴¹. Како се може видети, ова техника се употребљава онда када је повређено начело једнакости или неко друго основно људско право у блиској вези с начелом једнакости⁴². Доношење овакве одлуке има за последицу да оспорени закон остаје на снази, али не и у погледу конкретног случаја који је, било сазивањем од стране судије а quo у поступку акцесорне контроле уставности било у поступку по уставној жалби, дао повод уставном спору⁴³. Зато се и каже да се закон проглашава неуставним, мислећи на *inter partes* однос, али да се и не поништава, што значи да наставља да делује *erga omnes*. Тиме Суд исправља повреду начела једнакости, избегава стварање правне празнине пропуштањем да неуставни закон поништи и изриче обавезу законодавцу да исправи неуставно стање⁴⁴. Када је реч о техници одложеног поништавања, сам поступак Суда као и последице његових одлука у неколико су другачији. Савезни уставни суд не само да не поништава закон, већ га и не оглашава неуставним, али његову будућу приме-

39 *Op. cit.*, стр. 414.

40 Louis Favoreu, *op. cit.*, стр. 78–79.

41 Klaus Schlaich, *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux- Tribunal constitutionnel fédéral allemand*, *Revue internationale de droit comparé*, 1981 (2), стр. 371.

42 Louis Favoreu, *op. cit.*, стр. 62.

43 Klaus Schlaich, *op. cit.*, стр. 373.

44 *Op. cit.*, стр. 372–373.

ну доводи у питање јасно стављајући до знања законодавцу да спорни закон сматра само привремено уставним, из разлога садржаним у образложењу одлуке, и уз то заповеда законодавцу, прецизирајући некада и рокове, да усклади законодавство с Уставом⁴⁵. Према томе, одлукама о одложеном поништавању се избегава проглашавање закона неуставним, иако он то у целини или делимично, већ јесте, или се држи у неизвесности питање тренутне неуставности закона или пак Суд скреће пажњу на вероватну будућу неуставност закона⁴⁶.

Интерпретативне одлуке, у пракси Уставног суда Немачке још од 1955, спадају у ред најчешће доношених одлука тога суда. Према подацима од 1981. на 160 одлука о парцијалном или тоталном поништавању закона односно о простом проглашавању закона за неуставне долазило је 100 интерпретативних одлука⁴⁷. Тако широка примена ове технике само је још један пример напора Уставног суда да очува јединство државноправног поретка, али и његовог доследног поштовања претпоставке усклађености закона с Уставом⁴⁸. Полазећи од чињенице да се једна законска одредба увек може тумачити на више начина, Суд ће апеловати на цео судијски сталеж да приликом примене закона њему да управо онај смисао који одговара духу или изричитом слову Устава⁴⁹. Таквим својим ставом и у условима апесорне контроле уставности, Савезни уставни суд подстиче редовне судије да сами, без његовог сазивања, екстензивним тумачењем ускладе законску норму с уставном, учествујући у свеопштем, и готово невидљивом, исправљању закона и остварењу владавине права. Но и поред овако, на изглед, отвореног позива на слободно тумачење закона, Уставни суд је, у суштини, поставио јасне услове под којима је примена интерпретативних одлука допуштена, како за њега самог, тако и за остале судове. Она подразумева, пре свега, поштовање смисла и циља закона, што ће рећи да прибегавање техници интерпретативних одлука није могуће онда када је воља законодавца и сувише јасно формулисана или када би опстанак норме, у његовој судијској интерпретацији, био у директној супротности са самим законом⁵⁰.

Правно-политички корени интерпретативних одлука

Вишедеценијска учестала пракса доношења интерпретативних одлука на тако распрострањеном географском подручју (поред три напред наведене земље примена ових одлука среће се и у Аустрији и Швајцарској) намеће потребу за објашњењем правно-политичких узрока развоја уставносудске

45 Louis Favoreu, *op. cit.*, стр. 62.

46 Klaus Schlaich, *op. cit.*, стр. 375.

47 *Op. cit.*, стр. 376.

48 Jean-Claud Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, Paris 1982, стр. 185.

49 *Op. cit.*, стр. 185.

50 *Op. cit.*, стр. 191.

јуриспруденције у том правцу. Интересовање је утолико веће ако знамо да је сама форма одлучивања плод искључиво преторског рада поменутих уставних судија, дакле да ниједан устав нити пратећи законски акти њих не предвиђају, те да је још спорнија њихова садржина обзиром да се она више састоји у *ius dare* неголи у *ius dire*.

У том погледу мотиви могу бити различити и несумњиво су условљени општим својствима датог правног система и друштвено-историјским околностима у којима се остварује судска контрола уставности. Примера ради, у Француској велики број интерпретативних одлука доноси се поводом члана 37. става 1. Устава који прописује да сва она питања која нису изричито, Уставом поверена законодавцу (реч је о члану 34. Устава) спадају у домен уредбодавне власти. На основу става 2. члана 37. Уставни савет је позван да цени да ли извршна власт поштује ограничења постављена Уставом или пак задира у таксативно набројане надлежности Парламента. Суочен, поред ових уставних окова наметнутих законодавцу, с општом тенденцијом јачања управне, министарске власти и ширења њој подређених независних управних агенција (*autorités administratives indépendantes*) Уставни савет своју улогу препознаје у враћању значаја и угледа легислативи у циљу заштите правне државе угрожене разводњавањем нормативне функције у корист хијерархијски нижих органа и институција⁵¹. На том задатку Уставни савет ће се служити нарочито техником интерпретативних одлука постављајући, уместо да прогласи неуставност спорних одредаба, конкретне услове уредбодавној власти: наметањем одређених принципа или процедура, неутрализујући или минимизирајући значај улоге поверне управним органима, увођењем додатних рокова итд⁵². Одговарајући на све присутнију, речима Жерара Тимсита, „дезинтеграцију система”, Уставни савет приморава управу да се повинује закону, обогаћеном уставносудским интерпретацијама, уместо да својим слободним и широким тумачењима заобилази и изиграва вољу законодавца⁵³. Узимајући те околности у обзир изводи се закључак, можда исхитрен, да се интерпретативним одлукама никако не узурпира законодавна функција, већ да је у суштини Влада та која је оштећена јер јој се онемогућава да коришћењем парламентарне машине пренесе на, њој подређену, управу овлашћења која би била изузета од контроле Уставног савета⁵⁴.

У Немачкој и Италији, с друге стране, наилазимо на нешто другачије околности којима се оправдава учестала употреба интерпретативних одлука. Вишегодишњи тоталитарни пореци који су претходили успостављању послератне либералнодемократске уставности наметнули су уставном судији обавезу прочишћавања правног система и уклањања оних елемената

51 Alexandre Viala, *Les réserves d'interprétation: un outil de „resserrement” de la contrainte de constitutionnalité*, Revue du droit public, Paris 1997 (4), стр. 1051.

52 *Op. cit.* стр. 1052.

53 *Op. cit.* стр. 1054.

54 *Op. cit.* стр. 1053.

старог режима који су били у супротности с духом новог времена. Интерпретативне одлуке су се, у том погледу, показале као згодан механизам: спорна одредба се уклања из правног живота, али се тиме, с обзиром да закон остаје на снази, не ствара правна празнина, што би представљало посебан проблем имајући у виду количину наслеђеног ауторитарног законодавства. Ако томе додамо и друге могуће околности, као што је, примера ради, ендемична инертност италијанског парламента⁵⁵, услед одсуства политичког компромиса, али и конкретних институционалних решења (егалитарног бикамерализма, дугогодишњег пропорционалног изборног система итд), која га онемогућава да благовремено испрати уставносудске одлуке о поништавању закона, онда лакше схватамо потребу уставног судије да у хитним случајевима „одмени” законодавца.

Међутим, независно од ових конкретних правних и историјских околности, постоје и неки други, дубљи разлози, од ширег значаја, везани за суштину уставносудске функције, који објашњавају појаву технике интерпретативних одлука. Уопштавајући искуство уставног судства у Француској, Немачкој и Италији долази се до јединственог закључка о посвећености уставног судије очувању правне сигурности и борби против правних празнина. С друге стране уставни суд, као институција новијег датума, континуирано настоји, свестан деликатности свога односа према законодавцу, да обавља поверену му функцију на што политички мудрији начин, али и да нађе своје место у правосудном систему земље развијајући чвршће везе с другим судијама, како опште надлежности, тако и специјализованим. И у једном и у другом случају, интерпретативне одлуке се јављају као идеално решење омогућавајући уставном судији не само да попуњава правне празнине и исправља нормативне брљотине⁵⁶, већ и да успостави однос поверења према законодавцу и да развије поштовање у очима редовног судије.

Без обзира да ли је реч о апстрактној или акцесорној контроли уставности, да ли се закон поништава или укида, уставни судија се редовно хвата у коштац с једним од најкомплекснијих правних проблема – гаранцијом правне сигурности⁵⁷. Од њега се, дакле, очекује да разграничи она дејства закона која остају на снази од оних које је потребно одстранити, водећи, уз све то, рачуна о свим околностима случаја и потреби очувања правне извесности⁵⁸. Обузето тим перманентним страхом од правних празнина, *horror vacui*, уставно судство ће прибећи новој, суптилнијој техници одлучивања – интерпретативним одлукама – избегавајући тако беспотребно урушавање правног поретка и штитећи, истовремено, стабилност већ успостављених правних односа. Несумњиво је да се у Немачкој и Италији, у условима

55 Thierry Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions „interprétatives” en France et en Italie*, Economica, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, стр. 79.

56 Jean-Claud Béguin, *op. cit.*, стр. 207.

57 Thierry Di Manno, *op. cit.*, стр. 74.

58 *Ibidem*.

контроле а *posteriori* и, начелно, *ex tunc* дејства уставносудских одлука, питање очувања правне сигурности поставља на далеко озбиљнији и непосреднији начин. Иако мање оптерећен овим проблемима и француски Уставни савет суочен с недовољном прецизношћу правне норме, чиме се неизбежно остављају отворена врата органима за спровођење закона да својим слободним, *ad hoc* тумачењем допуњују законодавца, покушава да интерпретативним одлукама уједначи правну праксу и омогући што већи степен правне сигурности⁵⁹. Тако се уставни судија, уопште, ставља у улогу ко-законодавца, али не зато да би парирао народним представницима већ да би им помогао, штитећи њихов законодавни рад од различитих и међусобно супротстављених тумачења судских и управних органа⁶⁰.

Осим што интерпретативним одлукама чини правни поредак стабилнијим, предвидљивијим уставни судија истовремено развија и гипкији однос према законодавној власти ублажавајући поједностављену представу о уставном судству као заштитнику мањине и противнику парламентарне већине. Он избегава распламсавање конфликта, који већина и мањина иначе воде путем судске контроле уставности, непристајањем да се повинује једној од две првобитно предвиђене могућности: једноставном поништавању закона или одбијању предлога за утврђивање неуставности. Зато уставни суд, иако на први поглед одаје утисак строгог поштовања законодавчеве воље, ставља на прво место устав условљавајући опстанак закона тумачењем које баш он даје⁶¹. Према томе, интерпретативне одлуке се намећу уставном судији као компромисно решење путем којег он мирно обавља своју судску функцију, али и успоставља дијалог са законодавном влашћу уместо прости конфронтације⁶². Поред тога, овом техником уставни судија обезбеђује себи место у оквиру правосудног система земље опирајући се изолацији на коју га устав, по правилу, осуђује. То посебно важи за француски Уставни савет, који услед априорне контроле уставности, не остварује никакав контакт с редовним судством. Проблем је у мањој мери присутан у Италији и Немачкој где се контрола уставности најчешће и покреће поводом конкретног спора, на иницијативу редовног судства тј. судије *a quo*. Међутим, оно што је заједничко и за једну и за другу групу земаља јесте да интерпретативним одлукама уставни судија сузбија иницијално неповерење нижих судских инстанци, забринутих, у првом моменту, да би његовим прекомерним поништавањем закона била доведена у питање правна сигурност грађана. Истовремено таквом активношћу, иако не претендује на првенство у оквиру правосудног система, уставни судија намеће редовним судовима поштовање своје јуриспруденције и учвршћује свој углед⁶³. На крају, интерпретативним одлукама се остварује и унификација правног

59 Alexandre Viala, *op. cit.*, стр. 1059.

60 *Op. cit.*, стр. 1060.

61 Dominique Rousseau, *op. cit.*, стр. 158.

62 Thierry Di Manno, *op. cit.*, стр. 104.

63 *Op. cit.* стр. 114.

поретка на челу с уставом. Та техника омогућава уставном судији да укључи редовне судије у процес конституционализације права успостављајући, сликовито говорећи, мост између редовне и уставне законитости⁶⁴.

Правно дејство интерпретативних одлука

Интерпретативне одлуке, јасно проистиче из досдашње анализе, имају за циљ да обликују, и то на позитиван начин, правни поредак једне земље: дописивањем правних норми, прецизирањем њиховог значења или неутрализовањем њиховог уобичајеног смисла. Другим речима, уставни судија настоји да перпетуира супрематију устава и резултате своје контроле, и после окончања самог уставног спора, постављајући услове судству и управи у погледу примене потврђеног закона⁶⁵. Он спасава (иначе сасвим споран) закон од поништавања, само зато што га претходно прилагођава уставу и зато што очекује да ће његов резон следити и они који су позвани да спроведу закон у дело. Отуд, природно се поставља питање правних дејстава интерпретативних одлука. Да ли оне *de iure* или *de facto* остављају трага у правном поретку? Од одговора на ово питање зависи и да ли интерпретативне одлуке имају смисла, односно да ли су оне можда тек израз заблуде уставног судије да се на правни живот може утицати и позитивним путем, а не само негативно.

Несумњиво, питање побуђује велику пажњу и то због тога што позитивно право ниједне од земаља, које су биле предмет нашег интересовања, не познаје технику интерпретативних одлука, као вид уставносудског одлучивања. Да незгода буде већа, преторским увођењем тих одлука, уставни судија не само да узурпира право законодавца да прецизира форму уставносудског пресуђивања, већ и ремети уставом успостављени систем извора права. Новина, разуме се, није у томе што се одлукама уставних судова, у поступку контроле уставности, признаје дејство *erga omnes*, јер то нико и не спори. Оно што представља оригиналност технике интерпретативних одлука јесте то што се својство пресуђене ствари, па самим тим и дејство *erga omnes*, проширује са диспозитива на образложење одлуке⁶⁶. А како су дејства, које одлуке производе на уставност закона, по својој природи нормативна онда када се њима поништава норма или ствара интерпретативна норма важећег права⁶⁷, долазимо до закључка да тумачења садржана у

64 *Op. cit.* стр. 125.

65 Alexandre Viala, *op. cit.*, стр. 1065.

66 Тако, примера ради, Уставни суд Немачке у диспозитиву одлуке примењује следећу формулу: „Законска одредба (...) је, узимајући у обзир тумачење садржано у образложењу, у складу с Уставом” (наведено према: Jean-Claud Béguin, *op. cit.*, стр. 190). Француски Уставни савет зна, поред ове праксе, и за једну још радикалнију, а то је да у самом диспозитиву одлуке да своје тумачење: „Под условом поштовања напред изнетог тумачења, остале одредбе закона се не сматрају у супротности с Уставом” (наведено према: Dominique Rousseau, *op. cit.*, стр. 162).

67 Alessandro Pizzorusso, *Les effets des décisions du juge constitutionnel*, Annuaire International de Justice Constitutionnelle X, Paris – Aix en Provence 1994, стр. 13.

образложењу пресуде постају извор права. Ово би значило приближавање континенталних правних система англосаксонском моделу у којем прецедент, тј. онај део образложења пресуде који се зове *ratio decidendi*, има правно обавезујућу снагу, али само за судове хијерархијски подређене оном који је успоставио прецедент.

Дакле, прецизније формулисано, питање је у томе да ли образложења уставносудских одлука у Француској, Италији и Немачкој представљају извор права. Одговор би, пре свега, требало тражити у уставима поменутих земаља, али како се они о томе не изјашњавају, или то чине попут француског устава на прилично неодређен и у доктрини опречно тумачен начин⁶⁸, допуштени си и други путеви анализе. Тако, можемо се интересовати за став управних и судских органа надлежних да спроводе одлуке уставних судова полазећи од претпоставке да интерпретативне одлуке, и то нарочито њихов *ratio decidendi*, стичу обавезујућу снагу моментом њихове примене од стране судија, државних службеника или појединаца⁶⁹. Међутим, ако кренемо том логиком *common law*-а, у обавези смо да се осврнемо не само на јуриспруденцију редовних судова, већ и да размотримо ставове правне доктрине која у англосаксонском систему игра значајну улогу својим настојањем да хармонизује образложења судских одлука, „да их „објасни” и рационализује преформулишући их у циљу откривања „правог” правног правила”⁷⁰. Зато ћемо се, с намером да утврдимо да ли интерпретативне одлуке, ако не *de iure*, а оно *via facti*, производе правна дејства, у наставку текста, посветити питању односа редовних судова у Француској, Италији и Немачкој према образложењу одлука уставних судова. Уз то, указаћемо и на погледе које доктрина, у овим западноевропским земљама, има када је реч о правним дејствима интерпретативних одлука.

Став Уставног савета Француске, врло често истицан, да су образложења „незаобилазни ослонац и основ” његових одлука, никада није спречавао највише инстанце редовног и управног судства да заузму њему супротстављена тумачења⁷¹. Тај отпор редовног судства нарочито долази до изражаја приликом великих уставноправних спорова. Тако је у лето 1993. Стручно удружење судија, после одлуке Уставног савета о превентивној контроли идентитета, издало саопштење у којем је окарактерисало условљавајућа тумачења, уперена против уопштених и дискреционих контрола, као „јалове глосе” (*glose oiseuse*), позвавши судије да се на њих не базирају⁷². Ипак, није ретка ни појава да Касациони суд или Државни савет изврше преокрете у својој јуриспруденцији ослањајући се на ставове

68 Члан 62, став 2. Устава Француске гласи: „Против одлука Уставног савета није могућа жалба. Оне су обавезне за јавне власти, као и за све управне и правосудне органе”.

69 Alessandro Pizzorusso, *op. cit.*, стр. 15.

70 John-Anthony Jolowicz, *La jurisprudence en droit anglais: aperçu sur la règle du précédent*, Archives de philosophie du droit (30), 1985, стр. 113.

71 Olivier Cayla et Olivier Beaud, *Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel*, Revue du droit public, 1987 (3), стр. 699.

72 Dominique Turpin, *op. cit.*, стр. 301.

Уставног савета⁷³. Влада такође показује низак степен конзистентности, када је у питању поштовање тумачења Уставног савета. Пошто је у првом тренутку подстицала управног судију да се повинује схватањима Уставног савета, она је у међувремену променила свој став сугеришући тужилаштву да се не држи уставноправне јуриспруденције⁷⁴. Насупрот свим овим примерима, управно судство, на челу с Државним саветом, скрупулозно спроводи, уз мање изузетак, ставове Уставног савета редовно га цитирајући и хармонизујући на тај начин читав правни поредак⁷⁵.

У Италији је отпор редовног судства, према тумачењима Уставног суда, још распрострањенији, базирајући се на укорењеном схватању да се задатак уставног судије своди на једноставно проглашавање (не)уставности закона, док би примена и интерпретација закона били посао редовног судије. Проблем се у Италији додатно компликује услед чињенице да се контрола уставности покреће, најчешће, на захтев судије који решава конкретни случај, па остаје нејасно да ли образложење интерпретативних пресуда којима се уставност спорног закона потврђује производи дејство *erga omnes* или само, ако уопште, *inter partes*. У сваком случају, интерпретативне пресуде ће изазвати „побуну” у судским редовима и то нарочито међу судијама Касационог суда поносних на своју традиционалну и ексклузивну улогу заштитника јединствене судске праксе⁷⁶. Судије ће своју „побуну” манифестовати новинским чланцима, лобирањем, позивањем на теоријске радове, али и одбијањем да, у конкретним случајевима, решавају следећи јуриспруденцију Уставног суда. Суочен с позитивноправном догмом, толико драгој судовима опште надлежности, по којој само пресуде о поништавању стичу статус пресуђене ствари, док се питање које је узроковало пресуду о уставности, што ће рећи и интерпретативну пресуду, може увек поново упутити уставном судији на разматрање⁷⁷, Уставни суд ће развити нови тип манипулативних пресуда. После поновљених захтева да се изјасни о предлозима за оцену неуставности, које је већ одбијао, уз образложење судије *a quo* да су ранија тумачења спорне законске одредбе у супротности са важећим правом, Уставни судија установљава интерпретативну пресуду о поништавању⁷⁸. Тиме он излази у сусрет предлагачу, но само на први поглед, јер се том пресудом спорна одредба доиста поништава, али тек у оној мери у којој редовни судија примењује тумачење супротно од оног које је заузео Уставни суд. Међутим, ни ово решење неће значити крај спорења с редовним судством и врло често долази до интервенција било Владе било Парламента који својим мерама, у циљу смиривања ситуације, кодификују тумачења Уставног суда⁷⁹.

73 Olivier Cayla et Olivier Beaud, *op. cit.*, стр. 699.

74 Dominique Turpin, *op. cit.*, стр. 301.

75 Dominique Rousseau, *op. cit.*, стр. 170–171.

76 Vezio Crisaffulli, *op. cit.*, стр. 121.

77 Louis Favoreu, *op. cit.*, стр. 77.

78 Alessandro Pizzorusso, *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux – Cour constitutionnelle italienne, op. cit.*, стр. 409.

79 *Op. cit.*, стр. 413.

Савезни уставни суд Немачке такође се налази у ситуацији да мора да подсећа, иако ређе неголи његов француски или италијански колега, да су образложења његових одлука правно обавезујућа. Том приликом он се редовно позива на Органски закон о Уставном суду (члан 31) који говори о обавезујућем дејству одлука Уставног суда⁸⁰. Овај суд, према томе, даје себи за право да своје образложење подведе под појам одлуке, па чак и да непоћудне судије оптужи, не за незаконито, већ за неуставно понашање⁸¹. Тако он практично изједначава своју јуриспруденцију с уставношћу љубоморно чувајући улогу заштитника Устава.

Правна наука је такође заузела свој став по питању правног дејства интерпретативних одлука. Међутим, то доктринално гледиште је далеко од уједињеног. Понекад следећи праксу, а неретко и под утицајем чисто теоријских поставки, доктрина варира од једног до другог схватања, час признајући, час негирајући образложењима интерпретативних одлука својство извора права. Зато ћемо се у наставку текста, укратко, осврнути на аргументе првих, који интерпретативним одлукама приписују снагу прецедента, а затим и на ставове других, који им то оспоравају.

Француски конституционалиста Гијом Драго (*Guillaume Drago*) свој став о обавезности интерпретативних одлука заснива на тези о уској повезаности правног тумачења и очувања строге хијерархије правних аката. Наиме, да би један закон могао да се уклопи у хијерархијски поредак правних норми, да би био усклађен са уставом, неопходно је да Уставни савет подвргне тај закон своје тумачењу⁸². У том поступку он износи она значења оспорене правне норме која је доводе у везу с уставом, што примену свих осталих могућих тумачења чини неуставним⁸³. Отуд, условљавајуће тумачење које уставни судија износи у интерпретативним одлукама и не представља, у правом смислу, образложење пресуде. То тумачење има више нормативни карактер, јер је само уз његово поштовање могућа, у уставноправном смислу, исправна примена закона⁸⁴. Зато Драго закључује да тумачење закона од стране Уставног савета има исти императивни карактер, као и сам закон⁸⁵.

Сличан став заступа и Франсоа Лишер (*François Luchaire*), мада његово резонување почива на нешто другачијим премисама. Лишер полази од самог текста француског устава који у члану 62, ставу 2. даје одлукама Уставног савета снагу пресуђене ствари, обавезујући како управне тако и правосудне органе да се потчине његовој јуриспруденцији. То, по Лишиеровом схватању, чини од Уставног савета право судско тело⁸⁶. Он зато закључује да дилему о домаћају правила *res iudicata*, о подвођењу или не подвођењу образложења

80 Klaus Schlaich, *op. cit.*, стр. 381.

81 *Ibidem*.

82 Guillaume Drago, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, стр. 150.

83 *Op. cit.*, стр. 151.

84 *Op. cit.*, стр. 159.

85 *Ibidem*.

86 François Luchaire, *Article 62, alinéa 2*, у: Gérard Cognac (ur.), *La constitution de la République française*, Economica 1980, стр. 763.

одлуке под његово дејство, треба разрешити поштујући став Уставног савета, по том питању, јер су његове одлуке обавезујуће „за јавне власти и судство у сваком свом погледу, па према томе и онда када имају за циљ да одреде обим своје примене”⁸⁷.

Кризафули своје мишљење о неминовности ограничења слободе тумачења редовних судија заснива на специфичностима и логици акцесорне контроле уставности. С обзиром да је судија који решава спор дужан да застане с поступком и да се обрати Уставном суду, сваки пут када се питање уставности одређене законске норме постави, било би апсурдно претпоставити, инсистира Кризафули, да би главни спор могао да се реши применом оспорене одредбе, без узимања у обзир тумачења које проистиче из диспозитива одлуке којом се предлог за оцену уставности одбија⁸⁸.

Алесандро Пицорусо (*Alessandro Pizzorusso*) прави разлику, у оквиру централизованог система контроле уставности, између конкретне и апстрактне контроле. У земљама конкретне контроле, одлука уставног судије нема снагу *res iudicata* и прецедента само када је реч о спору који је дао повод контроли уставности, већ производи *erga omnes* дејство⁸⁹. Те правне последице, наставља Пицорусо, се у одређеним земљама не признају само одлукама којима се закон проглашава неуставним, већ и оним одлукама којима се предлог одбија, што је нарочито важно у случају интерпретативних одлука⁹⁰. Када је пак реч о апстрактној контроли уставности, тада, закључује италијански конституционалиста, *ratio decidendi* одлука може имати карактер прецедента, али само уколико важеће право дате земље познаје прецедент као извор права⁹¹.

Када је реч о оном делу доктрине који оспорава образложењима интерпретативних одлука својство извора права, у француској теорији нарочито се истиче Доминик Турпен (*Dominique Turpin*). Он сматра да применом технике интерпретативних одлука Уставни савет наступа *ultra petita*, претераним изношењем образложења у прилог свог става, чиме се, у крајњој инстанци, претвара у законодавно тело⁹². Турпен у одлукама Уставног савета види нешто више од простих аката који имају снагу *res iudicata*, али их ипак не сврстава у нормативне акте, с обзиром да не потичу ни од легислативе ни од егзекутиве. Будући да је њихов творац судска власт он поистовећује интерпретативне одлуке с пресудама нормативног карактера (*arrêts de règlement*) предвиђеним чланом 5. Француског грађанског законика који забрањује судијама да се изјашњавају на уопштен, прописујући начин о питањима која се пред њих износе⁹³.

87 *Op. cit.*, стр. 764.

88 Crisafulli, *op. cit.*, стр. 122.

89 Alessandro Pizzorusso, *Les effets des décisions du juge constitutionnel*, *op. cit.*, стр. 12.

90 *Op. cit.*, стр. 13.

91 *Op. cit.*, стр. 15.

92 Dominique Turpin, *op. cit.*, стр. 300.

93 *Op. cit.*, стр. 301.

Међу немачким теоретичарима, Клаус Шлајх (*Klaus Schlaich*) се супротставља техници интерпретативних одлука износећи аргументе далеко практичније природе. Он истиче, пре свега, да се и после вишедеценијског искуства не зна на шта се конкретно мисли када се у диспозитиву одлуке упућује на образложење које представља „основ одлуке”⁹⁴. У неким случајевима Суд упућује на све мотиве одлуке, који могу да броје на десетине и десетине страница. Посебан проблем, упозорава Шлајх, интерпретативне одлуке представљају за законодавца који је, пошто не може да им противречи, осуђен или на пасивност или на покретање гломазног поступка за промену устава⁹⁵.

Закључак

Интерпретативне одлуке представљају технику судијског одлучивања којом се озбиљно доводе у питање досадашње теоријске поставке о легитимности и природи судске контроле уставности. Дописивањем и преиначавањем законских норми уставни судија напушта чисто правни терен и упушта се, *nolens volens*, у политичку арену у којој важе друга правила игре. Првобитно позван да као правник провери усклађеност ниже норме с вишом, он се претвара у политичара опредељеног, превасходно, критеријумом целисходности. У таквим условима није више јасно да ли он има мандат за ту врсту посла. У чему се састоји његов демократски легитимитет да би могао да одлучује у име других? Осим тога, оно што још више забрињава, из угла демократије, јесте начин на који је ова техника ушла у правни живот. Судија је самоиницијативно, преторским путем, одлучио да прошири своју власт, усуђујући се чак да све остале који оспоравају технику интерпретативних одлука оптужи за кршење устава. Више услед те његове узурпације, неголи из саме технике, рађа се сумњичавост да се његове амбиције ту не заустављају и да би он могао тражити још. Судократија, зато, све више и више делује као озбиљна претња. Међутим, узурпација, и то баш када је чини уставни суд, има још једну димензију. Она прећутно позива остале државне органе да и они тумаче устав на свој начин и да, по потреби увећају свој домен. Када је допуштено једном уставном суду, резоноваће се, зар је мање долично влади или парламенту.

Поред овог политичког аргумента, пракси интерпретативних одлука могу се упутити и одређене критике правне природе. *Horror vacui*, племенита опсесија уставних судија да до краја попуне све правне празнине и осујете редовне судске и управне органе у „погрешном” тумачењу закона, узалудна је. Правни реализам нас упозорава, речима бискупа Ходлија, да је уистину практично законодавац онај ко има апсолутну власт тумачења закона, а не оно лице које их је прво написало или изрекло⁹⁶. То значи да ће

94 Klaus Schlaich, *op. cit.*, стр. 382.

95 *Op. cit.*, стр. 383.

96 Наведено према: Коста Чавошки, *Увод у право*, Драганић, Београд 1996, стр. 29.

редовне судије, чак и под присилом поштовања интерпретативних одлука, имати слободу тумачења ставова уставног суда, којом располажу и иначе када одређују смисао закона. Другим речима, ова техника може само да ублажи, и то релативно, степен правне несигурности, а никако и да је елиминише.

На крају, морамо се упитати каква је уставноправна природа технике интерпретативних одлука, као извора права. Показало се у пракси *contra constitutionem* да се одређене судске и управне инстанце сматрају везане тумачењима уставног суда. Постепено се, дакле, развија свест о обавезности једног неписаног правила понашања – да образложења одлука уставних судова представљају извор права законског ранга. Зато се поставља питање природе тог неписаног правила понашања: да ли је, Дајсијевом терминологијом, реч о уставним правним правилима, макар она била и неписана (*law of the constitution*), или су у питању уставне конвенције (*constitutional conventions*). Оно што праксу интерпретативних одлука, као извора правила понашања, нужно сврстава у категорију уставних конвенција јесте чињеница да ниједан од уставних судова, које смо овде анализирали, нити било која друга државна институција нису позвани да контролишу поштовање спровођења уставносудског тумачења. Њему није обезбеђена правна заштита⁹⁷. Зато интерпретативне пресуде и не представљају извор права, у правом смислу те речи. Њихова снага се налази у моралном ауторитету (*persuasive authority*), с обзиром да признатог правног статуса (*decisive authority*) и нема.

97 О немогућности Уставног савета Француске да спроведе своје тумачење видети: Olivier Cayla et Olivier Beaud, *Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

ОРГАНИЗАЦИЈА УСТАВНОГ СУДА

ОРГАНИЗАЦИЈА УСТАВНОГ СУДА СА СТАНОВИШТА ВРШЕЊА ЊЕГОВИХ ФУНКЦИЈА (Могућа скица будуће организације)

1. Неколико основних напомена о форми и садржини уопште, а посебно у праву

Свака институција или друштвена организација, у свом основном категоријалном смислу, јесте специфична структура људи и делатности организације одговарајућих средстава, ради остваривања неког циља (функције). Циљ, односно функција друштвених организација свакако јесте друштвено користан (потребан) посао или делатност који дата друштвена заједница сматра да треба у одређеном времену обављати у ширем интересу, а то не могу да врше, из било којег разлога, појединци. Из овог нужно следи да општа функција или циљ, по својој природи и садржини, повезује, одређује и структурише персоналну (људску) страну организације и потребна средства сваке врсте – правна, економска, финансијска, културна и сл. Дакле, ефикасно и плодносно функционисање поједине институције претпоставља и захтева, што је могуће више, усклађену организацију и начин рада са предметом рада, садржајем саме делатности. То значи, пре свега, усклађивање форме која одговара на питање „како” (институција ради), а исказује се посредством организације и начина рада, са садржином и предметом делатности, којој је, обично, прописима опредељено друштвено значење и усмерење и одговара на питање „шта” (институција ради).

Овде, сматрамо, треба истаћи да се форма и њен појам, а посебно у области права, не може замислити, а ни одредити, ако се не мисли на други корелат – садржину рада правне институције. Наиме, садржај рада правне институције управо је посредован и оспољен у и помоћу организације и начина њеног рада и то онда доводи до специфичне правне семантике – значења и структуре. За правну институцију и остваривање њене друштвене улоге, која је опредељена правним актима, могло би се рећи, без опасности да ће се погрешити, да не би постојала или не би имала садржину без адекватне организације и форме рада или барем, тада не би била правна институција. Наиме, у знатној мери, форма (облик) рада је и садржина делатности правне институције. У том погледу, могла би се уочити три елемента правне делатности: предмет (предметност), метод (начин правног

рада) и циљ (значање правног рада). Унутар ових трију елемената, правне чињенице и на основу њих израсле правне институције, могу бити у следећим односима:

1. временском односу – процесност
2. просторном односу – територијалност
3. узрочно-последичном односу – функционалност и овлашћење и
4. односу аналогije, било по сличности или по разликама – асоцијативност.

Садржај сваког од наведених елемената и односа уређен је посебним материјалним и процесним прописима, па је јединство форме и садржаја основна претпоставка мисаоног, планског и плодотворног рада у правним институцијама, с обзиром да ови елементи захтевају и намећу и потребну форму.

Форма у праву, иако је начелно слободна, има изузетан значај и њена обавезност је готово правило када су у питању јавно право и рад државних органа. Форма треба да осигура једну истински важну и хуману потребу и циљ у праву, и то: (а) да обезбеди сигурност (шта је учињено и са којим последицама); (б) да обезбеди правилност поступка и одлучивања (најбоље, најефикасније и најекономичније извођење радњи, уз заштиту интереса правних субјеката и (в) да се правни акти, било општи или појединачни, не мењају сувише брзо, немотивисано и са мањкавостима (чиме се постиже стабилизација правног поретка, а тиме и друштва).¹

Свако раздвајање облика и садржине и давање превеликог значаја форми у делатности државних органа с једне стране или недовођење садржаја делатности правне институције у правилан однос са потребном формом може да произведе троструке негативне последице: (а) теоријске, које значе да се форма организације правне институције посматра независно од садржаја њеног рада, и онда се само она, и то искључиво као структура, проучава; (б) методске, које значе наглашавање поступка и начина рада а занемаривање друштвеног циља институције и (в) практичне последице које доводе до шаблонског и рутинског поступка, без потребних специфичности и уважавања промењених околности.

2. Циљ прилога

Полазећи од, у претходној тачки начелно скицираног односа садржине и форме у праву, у овом прилогу покушаћемо да укратко укажемо на могућу организацију и начин рада Уставног суда, као државног органа

1 У неким областима друштвеног рада и људске делатности форма није ништа спољно и готово је немогуће одвојити предмет од облика којима се посредује – нпр. сликарство и књижевност. Облик уметничког акта је једно од његових битних својстава и тај облик, такав какав јесте, одређени садржај или акт управо чине уметнички. Наводимо како је Хорације у делу „О песничкој вештини” одредио, само у два стиха, однос и нераскидиву везу садржаја (предмета) и форме (облика): „Ко је изабрао предмет према својој снази тог неће напустити речитост и сјајан ред.”

уставно-судске заштите, у вршењу његових функција. При томе настојаћемо да наша указивања иду ка томе да предложени облик организације и начина рада Уставног суда учини што ближим ефикасном остваривању Уставом утврђених функција овог органа, као и природи сваке од њих. То значи да ће дати предлози покушати да пруже прилог остваривању начела адекватније функције и организације овог органа уставно – судске заштите.

3. Оквир уставно-судске заштите

Према члану 9. став 5. Устава Републике Србије, Уставном суду припада заштита уставности, као и заштита законитости, у складу са Уставом. Организација и начин рада Уставног суда, величином, обликом и методом треба да омогући остваривање ове уставне функције. Из овако формулисане функције Уставног суда произлази да је Устав, а у ширем смислу правни систем, истовремено предмет и циљ, садржај и средство рада Уставног суда. Наиме, уставни односно правни систем се као циљ штити, а посебно његова конзистентност и целовитост, али се, истовремено, посредством њега, у оквиру њега и у односу на њега, отклањају и усклађују правни акти ниже и више правне снаге.

4. Циљеви организације Уставног суда

Уставни суд, према садашњем стању уређености, остварује своју функцију из члана 125. Устава на седници свих судија (пленарна седница).

По нашем мишљењу, требало би размотрити могућност да се, са становишта природе и значаја појединих функција Уставног суда и обима рада, изгради и другачија организација одлучивања Уставног суда и начин његовог рада у процесу доношења одлука. Циљеви нове организације одлучивања били би посебно:

1. поспешивање целовитости и потпуности уставно-судске заштите
2. опредељивање облика одлучивања Уставног суда сагласно природи, друштвеном или правном значају одређене правне ствари и садржини уставно – судске заштите
3. подизање ефикасности и благовремености рада Уставног суда
4. јачање квалитета одлучивања, а тиме и квалитета укупне уставно-судске заштите
5. довођење у ближу везу доношења одлука (процеса одлучивања) и праћења извршавања тих одлука и
6. отклањање могућег „загушења у раду” Уставног суда, нарочито када новим уставним решењима буду успостављене нове надлежности (нпр. уставна жалба).

5. Могући предлог организације рада Уставног суда

Уставни суд би, у остваривању наведених циљева, по нашем мишљењу, могао да одлучује, на пленарној седници и у већима састављеним од три судије.

У овако предложеној организацији одлучивања Уставног суда, одмах се поставља питање разграничења надлежности између пленарне седнице и седнице судских већа, односно питање о томе о којим би предметима уставно-судске заштите одлучивао Уставни суд на пленарној седници, а о којима судска већа.

У овом питању, могућа су, по нашем схватању, три теоријска прилаза:

1. да се предмети који се тичу оцене уставности закона и уставности и законитости прописа републичких органа и других прописа и општих аката (општа, апстрактна оцена уставности и законитости) резервише за седницу Уставног суда у пленуму, док би се предмети уставно-судске заштите који имају карактер појединачног конкретног односа и тичу се већ раније насталог спора о уставности и законитости међу познатим правним субјектима: нпр. сукоб надлежности, изборни спор, уставна жалба и др., резервисали за судско веће.

Међутим, овај прилаз би могао да трпи критику, с обзиром да се не уважава довољно посебан друштвени и правни значај појединих предмета уставно-судске заштите, а нарочито могући утицај на сферу деликатних и политички осетљивих односа најзначајнијих државних органа, нпр. Народне скупштине и председника Републике у случају када се одлучује о одговорности председника Републике за повреду Устава или сфере политичког представљања у случају одлучивања о забрани политичке странке или друге политичке организације.

2. да се предмети који се тичу оцене уставности предвиде за одлучивање на седници Уставног суда у пленуму а предмети који се тичу оцене законитости за судска већа.

Међутим, овакво одређивање надлежности за одлучивање не би довољно водило рачуна о јединствености и истовремености уставно-судске заштите. Наиме, у пракси је свакако могућа а често и захтевана истовремена оцена уставности и законитости истог општег правног акта. С тог становишта, овај начин поделе надлежности и између пленума и судског већа угрозио би целовитост и јединственост уставно-судске заштите, а њено раздвајање изазвало би, поред осталог, и нецелисходно повећање обима рада, непотребан утрошак времена и сувишно оптерећење Суда.

3. да се, полазећи истовремено од природе уставно-судске заштите, друштвеног и правног значаја конкретне правне ствари о којој Уставни суд одлучује, могућности да се у одређеној правној области или врсти предмета заузму трајнији правни ставови као и од утврђене и развијене судске праксе, определи адекватна, уравнотежена и, пре свега, са становишта квалитета и ефикасности уставно-судске заштите, целисходна подела надлежности за одлучивање Уставног суда у пленуму и на седницама судског већа.

У том смислу, по нашем схватању, разграничење надлежности за одлучивање на пленарној седници и на седници судског већа могло би да буде следеће:

Уставни суд би на пленарној седници одлучивао:

– о сагласности закона, статута аутономних покрајина, града Београда, града и општина и прописа Владе Републике Србије с Уставом и законом. Ова надлежност полази, пре свега, од природе аката о којима се ради: закони, основни правни акти облика територијалне аутономије, односно територијалних јединица локалне самоуправе и правни акти највишег органа извршне власти – Владе;

– о забрани рада политичке странке или друге политичке организације. Ова надлежност, полази, пре свега, од друштвене деликатности и значаја одлучивања о забрани ових организација као и њихове улоге у процесу политичког представљања грађана;

– о сагласности статута политичке странке или друге политичке организације с Уставом и законом, и

– о одговорности председника Републике за повреду Устава. Ова надлежност полази од посебног друштвеног и политичког значаја одлучивања о одговорности председника Републике за односе највиших Уставом утврђених државних органа: Народне скупштине и председника Републике као и за Уставом прописану улогу грађана у поступку опозива председника Републике.

Уставни суд би на седници судских већа одлучивао:

– о сукобу надлежности између судова и других органа. Ова надлежност полази, пре свега, од чињенице да се ради о предметима појединачног карактера, а истовремено о предметима у којима је широко заступљена и примењивана судска пракса и правни ставови судских органа;

– о изборним споровима. У овом случају ради се несумњиво о правним стварима у којима постоје или је могуће изградити трајније правне ставове и судску праксу;

– о уставној жалби. Такође, и у овом случају се ради о правним ствари у којима постоји или је могуће изградити и примењивати обимну судску праксу и правне ставове надлежних органа;

– о сагласности прописа и општих аката других републичких органа, осим прописа Владе, с Уставом и законом. У овом случају ради се о подзаконским актима министарстава, посебних организација, агенција и сл. Ова надлежност полази, пре свега, од карактера органа о којима се ради (органи који примењују законе и друге прописе и опште акте) и природе и правног значаја аката (подзаконски акти) о чијој сагласности се одлучује и

– о сагласности свих осталих прописа и општих аката са законом и другим републичким прописом.

6. Унутрашња структура Уставног суда

Имајући у виду изложено разграничење надлежности између пленарне седнице Уставног суда и судских већа, унутрашња организација Уставног суда у процесу одлучивања могла би, по нашем мишљењу, бити следећа:

– Уставни суд би имао 10 судија, које би се бирале на начин прописан Уставом, док би председника Суда бирао сам састав Уставног суда већином

гласова укупног броја судија. Сваки судија Уставног суда могао би да даје предлог за избор председника Уставног суда. Поступак избора председника Суда био би двокружан; наиме, уколико кандидат за председника не добије потребну већину гласова, у новом гласању био би довољан већи број гласова;

– судији Уставног суда мандат би трајао осам до десет година, а председник Суда бирао би се на три године;

– у Уставном суду постојала би три судска већа у саставу од три судије, при чему председник Суда не би улазио у састав судског већа. Годишњи распоред судија по већима, као и председнике већа, одређивао би Уставни суд. Правила о одлучивању Уставног суда на пленарној седници примењивала би се и на поступак одлучивања и у судским већима, и

– Уставни суд би одлучивао на седницама, и пленарној и седници судских већа, ако је присутно најмање две трећине судија, а одлука би се доносила већином утврђеном у Уставу. Сада је то, према члану 129. став 1. Устава, већином гласова судија. У случају једнаког броја гласова одлучивао би глас председника Суда. Међутим, могуће би било увести место потпредседника или заменика председника Суда, као што је то утврђено код уставних судова појединих земаља (Аустрија, Пољска, Чешка, Русија и др.) и тиме би се избегла могућност да у процесу одлучивања дође до једнаког броја гласова. Поред тога, у уставним судовима у којима постоји потпредседник или заменик председника Суда извршено је пажљиво прецизирање овлашћења и послова, при чему је општа карактеристика да се потпредседник или заменик председника Суда, у већој мери, посвећује питањима организације Суда и односима са службом Суда.

7. Повећање обима посла и начин рада Уставног суда

Организација и начин рада Уставног суда мораће, такође, да одговори на будуће очекивано повећање броја захтева за поступање и одлучивање Уставног суда. С тим у вези јавља се извесна бојазан од могућег „загушења”, односно преоптерећења Уставног суда, што би могло довести у питање ажурност одлучивања. Наиме, у новим уставним решењима очекује се, пре свега, проширивање надлежности Уставног суда одлучивањем у области одговорности за вршење највиших јавних функција, увођењем уставне жалбе коју ће моћи, пошто се исцрпе редовна средства судске заштите, поднети сваки грађанин који сматра да му је појединачним актом или радњом, као и нечињењем судских, управних и других државних органа или органа и организација које врше јавна овлашћења повређена слобода или право које се остварује непосредно на основу Устава, као и евентуалним проширивањем субјеката овлашћених за покретање поступака пред Уставним судом.

По нашем мишљењу, ово питање било би могуће решавати, поред осталих мера, и на следећи начин:

– прецизно постављеним и уређеним процесним претпоставкама за поступање и одлучивање Уставног суда;

– другачијом организацијом процедуре одлучивања и унутрашњим структурисањем Уставног суда, сагласно природи, друштвеном и правном значају односа о којима се одлучује, као и правном значају и нивоу прописа и других општих аката чија се уставност и законитост проверава (напред изложени предлози о пленарној седници и седници судских већа);

– када је у питању уставна жалба, постоји објективна могућност знатног броја предмета у вези и поводом појединачних аката или радњи државних и других органа којима се може повредити слобода или право грађана које се остварује непосредно на основу Устава. Такође, постоји схватање да се Уставни суд, у овом питању, појављује као трећи степен у односу на судске и управне акте државних органа, што је теоријски и системски спорно.

Како би се питање ажурног решавања уставних жалби решило, а, истовремено, ангажовање Уставног суда свело на заиста нужну интервенцију против неуставних појединачних аката или радњи државних органа и избегао утисак о новом трећем, и то спољном, степену контроле, по нашем мишљењу, ваљало би размотрити три могућности: (а) да се одлучивање о уставним жалбама повери једном специјализованом судском већу које би, на основу праћења стања у овој области, утврђене судске праксе и изграђених правних ставова, брзо и ефикасно решавало предмете; (б) да се овласти поједино судско веће пред којима се нађе предмет уставне жалбе да у претходном поступку, ако утврди да је очигледно повређена слобода или право грађанина појединачним актом или радњом државног органа, укаже на то државном органу који је појединачни акт донео, односно радњу предузео, како би у одређеном времену, пре одлучивања Уставног суда, могао да предузме мере поништења или измене тог акта, односно престало вршење спорне радње и (в) да се евентуалено судија појединац, као судија извештач, овласти за поступање у смислу тачке (г), јер се не ради о одлучивању, већ о претходној процесној радњи.

8. Вршење појединих стручних послова

У питањима обављања стручних послова за потребе рада Уставног суда (стручна служба) сматрамо да је на два поља потребно снажно побољшање. То су области праћења појава од значаја за остваривање уставности и законитости и праћења извршавања одлука и решења Уставног суда.

Питања остваривања уставности и законитости која су од утицаја на рад Уставног суда су такве природе и значаја да је нужно јачање аналитичког рада у вези са њим. Наиме, Уставни суд се не бави применом прописа и других аката у ужем смислу и одлучујући у појединим предметима он не може целовито и квалитетно да спозна опште проблеме уставности и законитости. Без аналитичког сагледавања питања уставности и законитости као и њиховог стања у појединим правним областима, а посебно начина и квалитета уређивања, са становишта консистентности и уставно-правне заснованости, Уставни суд не може остваривати своју Уставом конципирану

улогу и начело потпуне и јединствене уставно-судске заштите. Обављање ових послова у оквиру постојеће организације вршења стручних послова обраде предмета неће, по нашем мишљењу, дати довољно квалитетне и потребне резултате.

С друге стране, без сазнања о стварном практичном дејству одлука Уставног суда на појединачне акте и радње донете на основу прописа и општих аката за које је Уставни суд утврдио да су несагласни с Уставном и законом и о обиму и ширини отклањања последица таквих акта, Уставни суд неће имати сазнање да ли и како, на том нивоу уставно-судске заштите, остварује своју улогу. То, разуме се, претпоставља праћење рада државних органа и других доносиоца прописа и општих аката у вези са одлукама Уставног суда, што, само по себи, захтева посебну организацију и метод рада Службе Суда.

OCTAJIE TEME

ОРГАНИЗАЦИЈА ВЛАСТИ ПО УСТАВНОЈ ПОВЕЉИ ДРЖАВНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ СРБИЈА И ЦРНА ГОРА

Особена творевина, какву представља државна заједница Србија и Црна Гора, има специфичну организацију власти, која одговара конфедералној природи заједнице. Да би се приказала целина организације власти, потребно је засебно размотрити уставотворну (1), законодавну (2), извршну(3) и судску власт (4), како их уређује уставни поредак државне заједнице. На основу тих разматрања покушали бисмо да изведемо закључак о карактеру организације власти државне заједнице (5).

1. Уставотворна власт

Државна заједница нема оригинерне власти, него своја овлашћења изводи из државне власти двеју својих чланица. Због тога се у уставотворној власти државне заједнице најпре уочава учешће органа држава-чланица (1.1.), док је с друге стране учешће грађана државне заједнице (1.2.) у уставотворном поступку унеколико проблематично.

1.1. Учесће органа држава-чланица

По чл. 61. Уставне повеље државне заједнице три државна органа су надлежна да донесу устав. По ревизионој клаузули, коју познаје чл. 62. Уст. пов. исто важи за уставну промену. Органи надлежни за уставотворну радњу су Скупштина Србије и Црне Горе, Народна скупштина Србије и Скупштина Црне Горе.

Три управо поменута органа састављају један комплексан субјект, којем је поверена уставотворна власт. Та три органа могу вршити уставотворну власт једино уколико сваки од њих усвоји истоветан текст уставног акта државне заједнице. Уставна повеља не садржи никакво решење за случај постојања разлика у текстовима изгласаним од стране трију органа. Ово донекле изгледа логично, зато што је реч о органима власти различитих држава. Због тога питање усаглашавања мишљења међ овима није уставноправно, него је управо једно политичко питање, па је његово решење препуштено политичким преговорима.

Уставотворни поступак није подробно уређен Уставном повељом. У представничким телима држава-чланица је за изгласавање предлога

уставне промене на нивоу државне заједнице довољна релативна већина гласова посланика. Није, међутим, искључено да државе-чланице у поступку усклађивања својих устава с Уставном повељом унесу у том погледу извесне прецизније одредбе у своје уставне поретке.¹

У Скупштини Србије и Црне Горе уставна промена се усваја као свака друга одлука тога тела. Не постоји никаква процесна препона, нити нарочит поступак. Исто важи и за покретање иницијативе за промену Уставне повеље.

1.2. Учесће грађана држава-чланица

У присуству овако комплексног уставотворног субјекта могло би се поставити питање да ли грађани државне заједнице, у томе својству, уопште учествују у уставотворном поступку.

Овакво питање се јавља отуд што по чл. 20. ст. 3. Уст. пов. посланике Скупштине Србије и Црне Горе бирају представничка тела двеју држава-чланица заједнице, а не грађани непосредно. Ово се доводи у везу с тзв. питањем о легитимности, на које ћемо наићи нешто ниже.

2. Законодавна власт

Законодавна власт је у државној заједници поверена Скупштини Србије и Црне Горе (2.1.). Надлежност тога тела је двојака (2.2. и 2.3.). При разматрању састава Скупштине појављује се, међутим, један нарочит проблем (2.4.).

2.1. Скупштина Србије и Црне Горе

Скупштина Србије и Црне Горе представља једнодомно законодавно тело, састављено од 126 посланика, од којих је 91 из Србије, а 35 из Црне Горе.²

Право законодавне иницијативе припада извршној власти државне заједнице, али исто тако и сваком посланику Скупштине Србије и Црне Горе и представничким телима држава-чланица.³

Законодавни поступак је међутим, у много чему особен. По чл. 23. Уст. пов. Скупштина Србије и Црне Горе усваја одлуку „већином гласова од укупног броја посланика”. Ова уставна одредба истовремено захтева да „за одлуку гласа и већина од укупног броја посланика из сваке државе-чланице”. То практично значи да је за пуноважну одлуку Скупштине Србије и Црне Горе неопходна подршка 46 посланика из Србије и 18 посланика из Црне Горе.

На овоме месту се може поставити питање да ли се при оваквом уређењу ради о једном или можда о два гласања? Технички је реч свакако о

1 Чл. 65. Уст. пов. од 4. 2. 2003. налаже државама-чланицама усклађивање устава с одредбама Уставне повеље, остављајући за то рок од свега шест месеци од усвајања Уставне повеље и не прецизирајући ни на какав начин садржину таквог усклађивања.

2 В. чл. 20. ст. 1. Уст. пов.

3 Чл. 25. Уст. пов.

једном, док би се садржински и политички пре рекло да се ради о два гла-сања. Јасно је да се оваквом формулацијом норме хтела постићи равноте-жа међу државама-чланицама заједнице. Две чланице су једнаке и евенту-ална изразитија већина која би се међу српским посланицима могла јавити у скупштини не може довести у опасност интерес онога члана заједнице, који има мање посланика. За сваку одлуку захтева се дакле истовремено и једна српска и једна црногорска већина у скупштини.

Посланици Скупштине Србије и Црне Горе имају четворогодишњи мандат, уживају кривичнопроцесне имунитете и бирају скупштинско ча-сништво у лику председника и потпредседника Скупштине, који не могу бити из исте државе-чланице.⁴

2.2. Искључива надлежностī државне заједнице

Скупштина Србије и Црне Горе је надлежна да у девет области доне-се закон без садејства органа држава-чланица. Тих девет области су следе-ће: 1.) институције основане у складу с Уставном повељом и њихово функ-ционисање, 2.) примена међународног права и конвенција које утврђују обавезе о сарадњи Србије и Црне Горе с међународним судовима, 3.) вој-на питања и одбрана, 4.) питања која се односе на стандардизацију, интелектуалну својину, мере и драгоцене метале и статистику, 5.) политика усе-љавања, давања азила, визни систем и интегрисано управљање погранич-ним пословима, у складу са стандардима Европске Уније, 6.) ратификова-ње међународних уговора и споразума Србије и Црне Горе, 7.) спречавање и уклањање препрека слободном кретању људи, робе, услуга и капитала у оквиру Србије и Црне Горе, 8.) избор председника Србије и Црне Горе и Савета министара и 9.) застава, химна и грб Србије и Црне Горе.⁵

Искључива надлежност Скупштине Србије и Црне Горе, као што се из набрајања може закључити, није сувише великог обима. Уколико се упореди с надлежношћу савезне власти раније Савезне Републике Југо-славије, разлика је сасвим очигледна. У надлежности државне заједнице нису више рецимо, трговинско право, банкарска, кредитна и монетарна питања, или здравље, што се све налазило међу надлежностима раније са-везне државе.⁶

Посебно питање представља буџет, али код овога улазимо у друго по-ље надлежности Скупштине Србије и Црне Горе.

2.3. Надлежностī у функционалном садејсћиву

Известан број надлежности Скупштина Србије и Црне Горе има у функционалном садејству с представничким телима држава-чланица.

4 В. чл. 20. ст. 5, чл. 24. и чл. 21. Уст. пов.

5 Чл. 19. Уст. пов.

6 Уп. чл. 77. и 78. Устава СРЈ од 1992. г.

Надлежности ове врсте Скупштина Србије и Црне Горе не може вршити сама, него је за доношење акта из те области неопходно садејство представничких тела држава-чланица заједнице.

Сагласност представничких органа држава-чланица захтева се за проглашење и укидање ратног стања. Та сагласност не може бити дата накнадно, него по слову Уставне повеље мора претходити акту Скупштине Србије и Црне Горе.

Претходна сагласност надлежних органа држава-чланица захтева се и за усвајање акта Скупштине Србије и Црне Горе о чланству Србије и Црне Горе, као субјекта међународног права, у међународним организацијама и о правима и обавезама које проистичу из тог чланства.

За утврђивање граница Србије и Црне Горе Уставна повеља захтева „претходну сагласност скупштине државе-чланице на чијој територији је та граница”. Ово је истовремено једини случај у којем је, за доношење пуноважног акта Скупштине Србије и Црне Горе, довољна сагласност само једне државе-чланице.

Најзад, Скупштина Србије и Црне Горе је овлашћена да донесе акт о „годишњим приходима и расходима неопходним за финансирање надлежности поверених Србији и Црној Гори, на предлог надлежних органа држава-чланица и Савета министара”.⁷

Годишњи приходи и расходи државне заједнице, поменути у одредби чл. 19. Уст. пов. у суштини не представљају буџет у уобичајеном смислу речи. Термин буџет остао је непознат нашој Уставној повељи. Државна заједница нема дакле буџета, нити њен представнички орган располаже буџетским правом. На овакво уставно уређење оборила се сва сила критике финансијских стручњака у нашој јавности. Мора се приметити да је у погледу буџетског права мала балканска конфедерација заостала за својим узором, какав у много чему представља Европска Унија, чији парламент располаже буџетским правом.⁸

Државна заједница Србије и Црне Горе не може, дакле, имати изворне приходе. У том погледу се мора приметити да чињенице понекад надилазе правно уређење. Државна заједница ипак не може избећи убирање прихода у појединим ситуацијама. Пример за ово би могле бити конзуларне таксе, које наплаћују дипломатско-конзуларна представништва. Овакве ситуације, као што показује пример управо поменут, превазилазе се практичним договором двеју држава-чланица у лику њихових финансијских органа.

С друге стране, мора се рећи и то да рачун прихода и расхода који помиње Уставна повеља у функционалном смислу ипак донекле представља буџет и у много чему се управља по правилима буџетскога права.

7 За све примерке надлежности у функционалном садејству в. чл. 19. Уст. пов.

8 За ЕУ в. нпр. J. Shaw, *The Law of the European Union*, Houndmills – New York 2000, p. 280-286 ; M. Clapié, *Institutions européennes*, Paris 2003, p. 221-222.

2.4. Проблем легитимности

Питање о начину избора посланика у Скупштину Србије и Црне Горе било је у време доношења Уставне повеље много расправљано. У тзв. београдски споразум од 14. марта 2002. који је дао подлогу Уставној повељи, унета је једна реченица, која каже да законе о избору посланика у Скупштину Србије и Црне Горе доносе државе-чланице у складу с начелима утврђеним Уставном повељом.

Доцнији преговори у оквиру уставне комисије донели су једну врсту компромиса. По чл. 20. ст. 2. и 4. Уст. пов. посланици се у Скупштину Србије и Црне Горе бирају на непосредним изборима, али ово тек по протеку две године од усвајања Уставне повеље. У том почетном раздобљу посланици се бирају посредно, што значи да их из својих редова бирају Скупштина Црне Горе и Народна скупштина Србије. Штавише, ст. 3. чл. 20. Уст. пов. изреком вели да ће у случају одржавања парламентарних избора у држави-чланице у време док важи режим посредног избора посланика, састав делегације државе-чланице бити „усаглашен сразмерно резултатима избора”. Упркос рогобатном изражавању намера уставотворца је овде јасна. Новоизабрана скупштина државе-чланице ће не само у прве две године, него практично све док се не буду одржали непосредни избори за Скупштину Србије и Црне Горе, бити овлашћена да промени посланике у скупштини државне заједнице.

Присталице чвршћег повезивања двеју држава-чланица државне заједнице много су држале до непосредних избора посланика у Скупштину државне заједнице. Уз остало, путем избора посланика од стране грађана државне заједнице, ови би непосредно учествовали у образовању органа којем је поверена како законодавна, тако једним делом и уставотворна власт. Грађанин државне заједнице би начелно постао уставотворни субјект.

Сва су ова разматрања исправна, али се ипак мора приметити да се основни проблем налази у чињеницама, а не у правним нормама. Државна заједница се састоји од само две државе-чланице. И при непосредном избору посланика у Скупштину Србије и Црне Горе поставиће се питање да ли тај орган, после одржаних парламентарних избора у једној држави-чланици, може бити и даље сматран легитимним? Овај ће се проблем појавити сваки пут кад се у представничком телу државе-чланице, услед избора, скупштинска већина промени тако да више не одговара већини која на нивоу заједнице представља ту државу-чланицу.

Може се свакако казати да је овде реч о једном превасходно политичком питању, али се томе питању не може никако одрећи изванредан уставни значај. Подсетимо се да је слична ситуација постојала и у СР Југославији. По расцепу у владајућој странци у Црној Гори и промени власти у тој републици, црногорска политичка већина је бојкотовала савезне изборе и савезне органе власти. Црногорска влада је изјављивала да су савезни органи власти нелегитимни, зато што нису уживали подршку владајуће политичке већине у Црној Гори.

Ситуација такве врсте у режиму Уставне повеље, која је на снази, могла би бити још гора, јер државна заједница нема буџетског права. Влада која се у држави-чланици ослања на политичку већину може уставно допуштеним начином укочити органе државне заједнице.

Природно, може се казати како ће легитимност Скупштине Србије и Црне Горе, кад једном буде непосредно изабрана, почивати на легитимно израженој вољи грађана државне заједнице. Биће ипак тешко да се избегне приговор да је накнадним изборима у држави-чланици легитимност Скупштине Србије и Црне Горе на изванредан начин доведена под знак питања. Ако ништа друго, легитимно ће изгледати предлог да се још једном консултује народна воља уколико је реч о образовању органа државне заједнице.

На овоме месту долазимо до одлучујућих питања, која би се овако могла уобличити. Јесу ли органи државне власти у државама-чланицама толико моћни да управо њима припада ефективна власт и са становишта чистоте државне заједнице?

Уз ово долази и недоумица о особинама нашег уставног система. Морамо се, наиме, запитати да ли на нивоу државне заједнице постоји парламентарни систем, или је то можда систем консоцијативне демократије?

Пре него што се упустимо у разматрање тих суштинских питања обратоно ипак пажњу на извршну и судску власт у оквиру државне заједнице.

3. Извршна власт

Извршна власт је у државној заједници начелно поверена Савету министара (3.1.), али Председник Србије и Црне Горе има посебан уставни положај (3.2.).

3.1. Савет министара као колеџијална влада

Савету министара је по Уставној повељи поверена извршна власт у државној заједници.⁹ Савет министара чине Председник Србије и Црне Горе и пет министара, које Скупштина Србије и Црне Горе изабере на председников предлог.¹⁰ При овоме се, на основу слова Уставне повеље у Савету министара мора постићи равнотежа двеју држава-чланица. Уставна повеља наиме, налаже да два министра морају бити из исте државне-чланице из које је и председник, а преостала три министра из оне друге државне-чланице.

Савет министара одлучује већином гласова. У случају једнаке поделе гласова одлучује глас председника, али се и тад захтева да је „за одлуку гласао бар један министар из друге државе чланице”.¹¹ При оваквом уређењу

9 В. чл. 33. Уст. пов.

10 Чл. 35. Уст. пов.

11 Чл. 36. Уст. пов.

министри из једне државе-чланице не могу никако наметнути своју вољу министрима који долазе из друге државе-чланице. Другим речима, у Савету министара се мора постићи компромис, иначе неће бити никакве одлуке.

Ресори министара су спољни послови, одбрана, међународни економски односи, унутрашњи економски односи и људска и мањинска права.¹²

Уставна повеља вели да Савет министара као целина одговара Скупштини Србије и Црне Горе за свој рад. У другој одредби је, међутим, министарска одговорност индивидуализована.¹³ Добија се утисак да је уставотворац пре свега желео колективну одговорност владе, али је министарску одговорност ипак учинио и појединачном. Наш уставни текст свакако није надахнут теоријским духом. Напротив, он у много чему представља један практичан компромис политичких сила, што се на овој примеру лепо види.

Од начела колегијалне владе одступа и уређење положаја Председника Србије и Црне Горе, који је у исти мах и председник владе. Његов положај ваља посебно размотрити.

3.2. Уставни положај Председника Србије и Црне Горе

Председник Србије и Црне Горе представља државну заједницу, председава Саветом министара, предлаже Скупштини избор министара, проглашава законе, расписује изборе за Скупштину Србије и Црне Горе, додељује одликовања, доноси указе о постављању дипломатских представника и прима акредитивна писма страних дипломатских представника. Осим тога је члан Врховног савета одбране.¹⁴

У односу на класичне атрибуције шефа државе Председник Србије и Црне Горе нема право вета, ни помиловања, као ни право распуштања представничког тела.

Председника Србије и Црне Горе бира Скупштина Србије и Црне Горе, на основу заједничког предлога председника и потпредседника Скупштине.¹⁵ Председник има четворогодишњи мандат и одговара пред Скупштином Србије и Црне Горе за свој рад.¹⁶

На уређење механизма председничке одговорности утицао је, по свему судећи, важећи црногорски устав.¹⁷ Начелно, председник може бити разрешен дужности од стране органа који га је изабрао, али само уколико судски орган утврди да је председник повредио устав. По црногорској уставу о повреди одлучује Уставни суд, а по Уставној повељи такву одлуку доноси Суд Србије и Црне Горе, који је једини судски орган државне заједнице.

12 В. чл. 40-45. Уст. пов.

13 Чл. 37. и 39. Уст. пов.

14 Чл. 26. Уст. пов.

15 Чл. 27. Уст. пов.

16 Чл. 28, 29 и 30. Уст. пов.

17 Уп. чл. 31. Уст. пов. и чл. 87. Устава Републике Црне Горе од 1992. г.

Председник нема никакав ресор, а Уставна повеља му оставља мало надлежности које може да врши сам, без Савета министара. Не постоји никаква одредба о министарском према потпису на председничком акту, па уз невелику самосталну надлежност председникову ово појачава утисак о колегијалном начелу уређења извршне власти државне заједнице.

Председник, дакле, начелно одлучује у Савету министара. Утисак о колегијалној влади нарочито појачавају већ поменуте одредбе чланова 36. и 37. Уставне повеље: Савет министара одлучује већином гласова и одговара Скупштини Србије и Црне Горе за свој рад.

Наша Уставна повеља не познаје ипак недвосмислену одредбу о колегијалној влади, какву рецимо, срећемо у швајцарском уставу, где се изреком вели да „Савезни савет одлучује као колегијум”.¹⁸ Већ смо приметили, међутим, како се Уставна повеља не одликује теоријском јасноћом. Одредбе наше повеље стоје превасходно уз раме оним које се поводе за идејом колегијалне владе, али на појединим местима се од тога ипак одступа. Једно од најизразитијих таквих места представља положај Председника Србије и Црне Горе. Председник је на челу једног колегијалног органа, какав представља Савет министара. Истовремено, председник је изабран у личном својству од стране Скупштине; он предлаже избор министара, а може одговарати и за кршење Уставне повеље.

4. Судска власт

Уставна повеља, како смо већ приметили, познаје само један судски орган. То је Суд Србије и Црне Горе. Састав суда је, по уставној одредби, такав да га чини једнак број судија из сваке од двеју држава-чланица државне заједнице. Ово је законом подробније уређено. Суд Србије и Црне Горе имаће осам судија; по четири из сваке државе-чланице.¹⁹

Закон о Суду Србије и Црне Горе од 18. јуна 2003. уредио је многа питања, попут оних о избору судија, врстама седница и начину поступања Суда, као и о седишту ове једине судске установе државне заједнице. Седиште Суда Србије и Црне Горе је у Подгорици, али у тренутку док ово пишемо Суд још није почео рад, зато што Скупштина Србије и Црне Горе није изабрала судије.

На овоме месту нас, међутим, посебно занима надлежност Суда Србије и Црне Горе. У основи та надлежност почива на одредби чл. 46. Уставне повеље. Ако се та одредба рашчлани, долази се до закључка да се у уређењу надлежности суда проналазе чиниоци који упућују на то да се ради пре свега о управно-судској и уставно-судској установи.

Суд најпре, решава спорове о „између институција Србије и Црне Горе о питањима њихове надлежности из Уставне повеље”. Уз ово би се могла

18 Чл. 177. ст. 1. швајцарског устава од 2000. г. О колегијалној влади у швајцарском систему в. W. Haller – A. Kötz, *Allgemeines Staatsrecht*, Basel-Genf-München 1999, p. 259–260.

19 В. чл. 47. Уст. пов. и Закон о Суду Србије и Црне Горе, Сл. лист СЦГ 26/03.

поставити и одредба по којој Суд одлучује о жалби грађанина онда кад му је угрожено право зајемчено Уставном повељом, „уколико није предвиђен други поступак правне заштите”. То у основи представља добро познату уставну жалбу, какву срећемо у страним правима. Осим тога, Суд одлучује о законитости коначних управних аката институција Србије и Црне Горе.

Иако ово последње представља типичну управно-судску функцију, такво поступање Суда је у додиру с напред поменутом уставном жалбом. Уставна жалба се најчешће подноси против коначног акта извршне власти, а код нас је у поретку државне заједнице предвиђена као изузетак, кад нема другог средства заштите пред судом државе-чланице заједнице.

Суд исто тако одлучује о споровима између државне заједнице и државе-чланице, или о оним између држава-чланица.

Најзад, у неколико језгровито формулисаних одредаба препознаје се, рекло би се, класична уставно-судска надлежност. Тако, Суд Србије и Црне Горе одлучује о усклађености устава држава-чланица с Уставном повељом, затим о усклађености закона државне заједнице с Уставном повељом, али и о усклађености закона држава-чланица са законом државне заједнице.

Тешко је у овоме тренутку, док Суд још није почео с радом, било шта одређеније рећи о поступању тог органа. Може се тврдити да одредбе Уставне повеље постављају солидну основу за размах његове уставно-судске функције. Ово тим пре што је једна уставна одредба предвидела проширење Суда *ad hoc*, онда кад одлучује о усклађености закона државе-чланице са законом државне заједнице, као и онда кад се оцењује уставност закона или устава државе-чланице са становишта поретка државне заједнице. Тад се Суд Србије и Црне Горе проширује судијама уставних судова држава-чланица, које равноправно учествују у доношењу одлуке.²⁰

5. Закључак

Кад се поглед управи целини одредаба о организацији власти по Уставној повељи Србије и Црне Горе, основно питање које се поставља јесте оно о типу организације власти, којем наш систем припада.

Многе одредбе о организацији власти упућују на претпоставку да би реч могла бити о једном примеру оног што се у теорији зове консоцијативном демократијом, будући да у нашем уставном систему сасвим извесно није реч о председничком, ни парламентарном, па ни о скупштинском систему организације власти. Размотримо зато за тренутак ту, како изгледа, једину преосталу могућност.

После неколико деценија развитка учења о консоцијативној демократији, протагонист тога мишљења, Аренд Лијпхарт, је у другој половини деведесетих година прошлога века направио једну врсту биланса теорије.²¹

20 Чл. 49. Уст. пов.

21 В. А. Лијпхарт, „*Changement et continuité dans la théorie consociative*”, *Revue Internationale de Politique Comparée* 4/1997 p. 679–697.

Лијпхарт налази да су два основна чиниоца консоцијативног система демократије велика коалиција и висок степен децентрализације. Два допунска чиниоца су, по њему, пропорционални систем и право вета мањине.

Ако се у светлости оваквих закључака посматра Уставна повеља Србије и Црне Горе, приметићемо да су сва четири Лијпхартова чиниоца код нас присутна. Велика коалиција је неизбежна, зато што у њеној основи стоји уставна норма о начину образовања Савета министара. Децентрализација је код нас толико напредовала да су две државе-чланице управо државе, које су образовале једну заједницу, преневши на ову нека овлашћења државне власти, која изворно остаје код држава-чланица. Пропорционални систем је нашао своје место у образовању законодавног тела, док је код извршног и судског органа у примени паритетни систем. Овим се отишло корак даље од пропорционалног учешћа различитих група у власти, о чему говори теорија. Паритетним системом су државе-чланице у ствари изједначене у вршењу власти. Коначно, начин поступања и одлучивања и законодавног и извршног, па и судског органа, а код овог последњег нарочито уколико је заштита уставности у питању, управо је такав да спречава већинско одлучивање. Тај поступак је у потпуности одбачен и предност је дата споразумевању, односно у коначном исходу, ако би ово изостало, међусобном вету чланица, па тиме и вету мањине. Због свега тога би се могло казати да је Уставна повеља Србије и Црне Горе створила један пример система консоцијативне демократије.

СУГЕСТИЈЕ ЗА РАЗРЕШЕЊЕ СЛОЖЕНЕ УСТАВНЕ СИТУАЦИЈЕ

1. Устав и транзиција

Велике (епохалне и револуционарне) и у вези са њима уставне промене, догађају се у оквирима великих друштвених промена које морају системски да се институционалишу (дизајнирају) и примене у животу. Пети октобар 2000. године је епохална промена, без обзира што још увек не даје очекиване резултате.

Србија је од свог настанка одувек била уставотворна држава, то би морала да буде и данас када смо у транзицији, управо као уставна основа транзиционих промена. Штета је да је ДОС пропустио прилику да новоизабрана Скупштина после 5. октобра 2000. буде уставотворна. Како ни до данас није донет нови Устав, имамо врло сложену уставну ситуацију.

Расправе о Уставу и сам Устав би обезбедили не само уставне основе за нови правни систем, већ и за правце започетих реформи.

1.1. Устав и политика

Не улазећу у сву сложеност проблема односа политике и Устава, слободно можемо рећи да политика ствара Устав или да му бар претходи. Повратно дејство Устава на политику, међутим, веома је сложено. У демократским земљама Устав доноси или мењају политичке странке чијим програмима је народ (бирачко тело) дао поверење. Устав се најчешће доноси на плембиситарној основи, односно путем консензуса, што му даје и надстраначки и трајни карактер. Ипак у сложенем односу изворишта и нуклеуса демократије која је у народу и политике која посредује интересе народа у власти, могу да се јаве бројни и сложени проблеми. Зато се Устав не може поистоветити са интересима политичких странака. Он је и шири и трајнији од власти политичких странака, па је као такав и основа за њихово деловање. У том смислу однос политике и Устава може бити складан али и конфликтан, оптерећен бројним проблемима. То се односи и на нашу Уставну ситуацију.

Велики проблем је правна и политичка сигурност. Не може свака политичка странка која дође на власт да доноси „свој Устав”, „своје законе” и да управља земљом на „свој начин”. Устав је органичење власти свих и свако-

га у интересу народа и грађана, па и власти политичких странака. Као такав он је основа и за контролу власти, њене ефикасности и основа за спречавање и разрешавање кризних ситуација у управљању државом и друштвом.

Због тога што смо имали комунистички и (нео)комунистички Устав, за који знамо на којим идејама је заснован, ко га је донео и како се примењивао, а немамо нови Устав, они који доносе законе, они који их примењују и Уставни суд су у изузетно деликатној ситуацији. Таква политичко-правна ситуација ствара изузетне животне тешкоће. Основна дилема је шта је наша уставност данас, да ли се морамо држати старог Устава или се он може „креативно” тумачити према новим околностима или нови закони, који се у таквој ситуацији доносе, у себи садрже и нове уставне одредбе, или се нови Устав налази у главама структуре на власти а да ми то не знамо, тј. он је дневно актуелна политика? Право и политика су поново дошли у сукоб. У вези са тим треба се подсетити, како то на једном месту рече академик Александар Фира, да је „покушај да се Устав одвоји од политике једна од највећих заблуда присталица „чисте теорије права”. Али је не мање погрешно и дубоко супротно свођење Устава на оруђе државне политике.”

У таквој ситуацији имамо и озбиљних тешкоћа са изборима, а они су кључни индикатор ефикасног функционисања демократије. Да имамо Устав ефикасније би функционисала подела власти. Да имамо Устав, имали бисмо на Уставу засновану независну и ауторитативну функцију судства у које се може имати пуно поверење, па не би било потребе ни за специјалним Судом у Хагу. Да имамо Устав вероватно би и проблеми односа са развијеним светом, Косовом, као и односи са Црном Гором, суседним земљама и др. могли боље да се решавају.

II. Шта би Устав морао да садржи

Устав треба да буде основа за здрав и просперитетан развој, што је квалитет и резултат демократије, али и за одговарајући модел друштва које се на њему ствара. Када су у питању идеје и концепт на коме треба да се заснива нови Устав или да се врше Уставне промене, мора се знати, односно мора се имати визија о томе у који систем улазимо, на којим се основним вредностима он заснива и сл.

Сигурно је да улазимо у капитализам. Капитал однос је полазиште али постоји и добар и лош капитализам. Капитализам првобитне акумулације је лош капитализам, који ствара неприхватљиво социјално раслојавање на богате и сиромашне, па га неки називају „људождерским”. Савремени демократски капитализам са развијеним тржиштем и социјалном државом, који је на главном току цивилизације и изражава прихватљиве социјалне разлике је основа за стварање друштва благостања. То је добар капитализам, мада није идеалан и сам има својих развојних проблема. Први је за нас лош али је питање деловања његовог спонтанитета и немогућности да се

контролише наше судбинско питање. Треба oceniti koliko se nalazimo u prvobitnoj akumulaciji čiji je prvi talas (bogañeña i osiromasheña) ostvaren za vreme Miloševiñeвог режима, други можда када је тадашња опозиција преузела власт у градовима, а трећи можда за време владавине ДОС-а. С друге стране савремени капитализам друштва благостања је за нас нереалан за остваривање. Остаје нам модел капитализма у настајању у процесу транзиције са нашим специфичностима (историјским, традиционалним и др.). У том процесу који је сложен, комплексан, пун ризика, најмање се може погрешити ако се држимо основних вредности утемељених кроз уставотворство демократских земаља.

Народу мора да буде боље!

Да би био демократски, а демократија није апстрактни појам, Устав мора бити основа за систем у коме се све боље живи¹. У том систему народу, грађанима, мора бити боље. На томе су засновани уставни западних демократија а посебно амерички. По њему, народ има право, природно, људско, да боље живи. Он то право сам остварује, али је и држава дужна да својим функцијама (у тржишном и јавном сектору) својом ефикасношћу и резултатима то обезбеди. У демократској држави грађани поверавају власт држави и плаћају државу да би живели боље а не горе, поверавају јој власт не да би боље живели они на власти. Ако је народу боље, сме бити боље и онима на власти. Онима на власти не би смело да буде боље него народу чак и када је народу добро или боље. Најгора је ситуација да онима на власти буде јако добро и све боље а да народу буде јако лоше и све горе. Ако је тако, онда се ради о тоталитарној држави. Због тога у земљама развијене демократије ниједна власт не може да се одржи ако народу није боље, ако привреда (тржишни сектор) и јавне службе не функционишу све ефикасније и ако непрестано не расту обим, квалитет и стандард јавних услуга. На краatak рок народ и бирачко тело могу да имају разумевања и толеранцију за (пролазне) тешкоће владе (власти) али ако то мало дуже траје, у складу са Уставом и законима, та власт мора да се промени. Власт мора да се промени ако нема резултате. Анализа може да покаже да резултата нема или зато што је власт недорасла, не уме да води јавне послове, који су врло сложени, или зато што се руководи приватним, а не јавним интересом и користи власт за лукративне циљеве. Велики је проблем, нарочито за земље које немају већу демократску традицију, као што је наша, како спречити да на власт дођу недорасли или/и они који је приватизују. Проблем је и када се то деси да се одмах открију и спрече негативне последице односно власт у целини или појединци промене.

1 Појам бољег живота је сложен. Довољно је да се наведе да се могу боље задовољити материјалне потребе у тржишном сектору, јавне потребе и доколица, што је од одлучујућег значаја за раст стандарда и квалитета живљења.

Држава је врло сложен систем од судбинског значаја за њене грађане. Управљање државом је сложен и одговоран посао јер негативне последице и неуспех падају на читав народ. Уосталом ми смо се у то јако добро уверили на историјским грешкама у управљању државом. Зато државу могу да воде само они који су дорасли том задатку. То нису само они који знају и умеју, већ и они за које је доказано да им је јавни интерес (интерес грађана, народа) испред личног. Ово због тога што је „плен власти” коју добијају политичке странке највећи плен, па ако је жудња за влашћу превелика зато што су мотиви за влашћу лукративни, може доћи до стављања личних изнад и испред јавних интереса. Три су услова за то. Да народ плаћа (што веће) порезе, да они који су на власти имају монопол на зарађивање пара, да се врши пореска дискриминација, да је држава за то пропустљива те да се бављење политиком и државом изроди у највећи (најпрофитабилнији) бизнис. Последице могу бити, монополски, експесно високи профити и експесно ниске зараде. Ако систем тако делује нема тржишта, конкуренције, правог бизниса или је он на маргинама, друштво назадује а социјалне разлике и раслојавања постају неприхватљиви. Проблем може настати и у борби интересних група за учешће у „плени власти”, што може да компликује и безбедносну ситуацију у земљи. Устав би морао да буде брана, да спречи да недорасли и погрешно (лукративно) мотивисани не дођу на власт, односно да ако дођу буду одмах замењени и да предвиди таква решења да свако ко није дорастао или није исправно мотивисан зна шта га чека и да се уопште не прихвата власти. Устав и закони морају да обезбеде да се власт не квари и да мора да има резултате.

Како спречити првобитну акумулацију капитала?

Под претпоставком да се може решавати проблем нереалне и погрешно мотивисане жудње за влашћу и власт (на изборима) контролише према резултатима, да би се остварила прихватљива кохезија и конфликтност интереса, у савременом капитализму, па и у транзицији, мора се адекватно решавати проблем односа између приноса од рада и приноса од капитала или материјални статус запослених и послодаваца и у том смислу материјални однос између послодаваца и запослених.

Економски гледано, модерни Устав је Устав који штити тржишну привреду и утемељује социјалну државу. Он треба да спречи негативне последице првобитне акумулације капитала која је и за капиталистичке земље била погубна и највећи узрок њихових криза. Ради се о процесу раслојавања друштва у коме се у економији земље позиционирају они који имају све већи капитал (олигархије, тајкуни) и они који су све сиромашнији. То је могло да се деси у систему који је омогућио или толеришао стварање експесно великих профита на рачун експесно ниских зарада. Није случајно да је Кафка капиталисте у првобитној акумулацији капитала називао

барунима, могулима, разбојницима. Период првобитне акумулације био је најтежи проблем капитализма који је решен одбраном демократије, тржишта и увођењем социјалне државе која брине о свакоме и утврђује меру и границе социјалних разлика, мотивишући свакога да се укључи у привређивање и развој друштва, али и да свако учествује у друштвеном благостању. Капитал може да се стиче (зарађује) радом и креативношћу на поштећи начин али и не мора. Стабилно и прогресивно друштво обезбеђује услове да не буде непоштених екстремно високих профита и екстремно ниских зарада. И предузетници и запослени стварају друштвени производ и имају право на фер учешће у његовој прерасподели. То подразумева стварање услова за стимулисање улагања капитала али и за пуну запосленост, за нормалне (не екстремне) профите и нормалне зараде. Заштита запослених се у демократским земљама постиже Уставом, законима, политиком, али и колективним уговорима, порезима, антимонополским законодавством, решавањем конфликтности сукоба интереса, интересним удруживањем радника у синдикате, послодаваца у удружења послодаваца, државном контролом и другим механизмима. Тиме се на једној страни решавају проблеми пуне запослености а на другој би се обезбедили механизми обуздавања екстрапрофитера који су у првобитној акумулацији капитала на рачун ниских зарада, склони нелојалној конкуренцији и безобзирној акумулацији капитала. Зато се и профити (приноси од капитала) морају контролисати и свести на прихватљиву меру али не испод интереса и мотива за улагања.

Код нас ће бити врло тешко наћи праву меру односа између профита и зарада. Поучени историјским искуством морали би што пре да имамо решења у систему за нормалне профите, нормалне зараде и нормалне јавне расходе и приходе, као основу и тржишне привреде, демократије и социјалне државе. Све се то усклађује у сложеном политичком процесу који претходи уставној и законодавној регулативи.

Систем треба да обезбеди подизање извршних људи

Устав не треба да идеализира ни народ, односно грађане јер и они као и власт могу да буду кварљиви. На то је посебно указао Макијавели истичући да је све људско пролазно и подложно кварењу. Владавина народа може се преобразити у разуздану владавину. Мада нико не може да суди народу, нарочито у негативном смислу, треба указати да он може имати и позитивне и негативне особине па и да чини историјске грешке, мање или више због недостатка демократије, интелектуалне храбрости, етике и сл., што омогућује да буде поведен или заведен режимима за који се после утврди да су били ненародни. Устав и закони и власт морају много тога да учине да се развијају врлине у народу и да у њему све више појединаца схвати да може да живи боље само ако више и боље ради, ако боље управља државом, ако је социјалан, ако о другоме размишља као о себи и својој породици, ако нема дискриминације по било ком основу итд. Систем

(вредности) треба да обезбеди подизање извршних људи и њихов утицај у власти и на власт. Другачије би за друштво било контрапродуктивно.

О подели власти и улози парламенџа

Власт мора бити подељена да би била самостална, одговорна, демократска, ефикасна. О томе воде рачуна сви модерни устави. Ми то у стварности до сада никада нисмо имали, мада формално ту поделу имамо и у Милошевићевом Уставу. Без обзира на Устав и законе, увек смо имали доминацију једне личности (где је био Милошевић – у политичкој странци, Федерацији или Републици, ту је била и власт).

Нема демократске власти без поделе власти. А нема поделе власти ако на пример извршна власт, под утицајем (врха) политичке странке, контролише законодавну власт (скупштину) и судство, или ако врхови политичких странака контролишу и извршну и законодавну власт. Судије морају бити потпуно самосталне, изабране по посебном поступку, на дужи период. Њих не сме да именује управни орган (министарство) који је чак испод извршне функције. Парламент може да буде врстан законодавац само ако је самостална и „кровна” институција, не изнад других, како је то било и формално у комунизму (демократски централизам). То мора бити орган који врши законодавну функцију независно, ослањајући се не само на политичку странку (да не буде трансмисија политичких странака) већ на све стручне, научне, невладине, интересне и друге организације и наравно на најширу јавност непосредно.

Политичке странке које добију власт у складу са Уставом, законима и на изборима, не могу се лишити утицаја на власт и државу преко парламента, али бар један део, један дом парламента, треба да буде биран тако да у њега уђу нестраначке личности, да би се колико толико обезбедио и ванстраначки утицај на власт, јер су путеви власти и утицај власти политичких странака пуни ризика.

Између народа и власти (политичке странке плус држава) за демократију је неопходно и самостално, аналитичко истраживачко новинарство које само као такво може бити „седма” сила као битан фактор развоја демократије.

Коначно, морамо се постарати да се Устав и закони спроводе и да се чврсто стане на пут безакоњу. Милошевићев Устав није био толико лош по садржини, форми, композицији, структури, колико је био лош по томе што је могао лако да се гурне у страну и да се непримењује, те и да се у складу са њим као таквим конституише ауторитарна власт.

ЉУДСКЕ СЛОБОДЕ И ПРАВА У НОВОМ УСТАВУ СРБИЈЕ

За почетак свакако не желим да пропустим прилику па да господину председнику, судијама Уставног суда и сарадницима не честитам 40 година деловања Суда. Тај редак јубилеј чини моје задовољство, а верујем и свих учесника, због суделовања у овом скупу још већим.

Морам додати, сасвим искрено, да изузетно ценим напор који је довео до организације овог саветовања. Утолико пре што сам колико до јуче био формални учесник једног тима, једне комисије која је имала државни задатак да припреми нацрт новог Устава Републике Србије.

Као члан Уставне комисије и председник њене Поткомисије за људска права и основне слободе био сам директно у прилици да се уверим да нас на путу уставне ревизије очекују изузетно озбиљни проблеми. Треба бити свестан чињенице да је у објективним историјским, политичким и економским околностима у којима се Србија налази промена Устава изузетно сложен и тежак задатак.

Имајући у виду наведену чињеницу ниједан допринос, било чији није сувишан. Само се по себи разуме да је допринос који у овом послу може, имајући у виду квалитете и компетенције којима располаже, дати Уставни суд, дословно драгоцен.

По логици моје већ поменуте улоге, у нажалост неуспешном пројекту уставне ревизије, ја ћу и овом приликом покушати нешто да кажем о људским правима и уставним променама.

Само по себи се разуме да је реч о теми која је, када се говори о уставним променама, једноставно незаобилазна. Сасвим је извесно да и у квалитативном и у квантитативном смислу материја људских права и основних слобода нужно представља капиталан део Устава ма које земље која претендује на то да има савремено, демократско уређење.

Имајући у виду ову чињеницу мора се констатовати да, бар на први поглед, охрабрујуће делује то што је у нашој политичкој сфери потпуно евидентан изузетно висок ниво сагласности, односно неспорна и сасвим јасна представа о значају људских права.

У овом смислу су веома илустративна искуства која сам имао предавајући Поткомисијом Уставне комисије за људска права. Подсећам на то да је за рад Уставне комисије била карактеристична једна крајње некон-

структивна атмосфера. Доминација странаčkih, партикуларних интереса у односу на опште, одсуство спремности за компромис, нетолерантност, готово политички антагонизам. Све то имало је за последицу атмосферу неповерења и улагања великих напора на ирационалан начин. Крајња последица била је потпуни неуспех и престанак рада Уставне комисије.

Међутим, интересантно је и карактеристично да све то што је доминирало радом Поткомисије за територијалну организацију и Поткомисије за основна питања државног уређења није доминирало радом Поткомисије за људска права. Напротив. Иако је и састав Поткомисије за људска права *mutatis mutandis* био истоветан са саставом Уставне комисије, дакле вишестранаčki и хетероген, ипак је ова поткомисија успела да апсолвира лавовски део свог посла у атмосфери потпуног консензуса.

Ово потврђује нашу почетну тезу, потврђује постојање стабилне, тешко оспориве представе о значају људских права.

Можемо можда понудити још један вероватно и бољи пример. Тако је на пример одмах после пада Милошевића у некадашњем Савезном парламенту некадашње Савезне Републике Југославије усвојен Закон о правима националних мањина. По општој оцени ради се о најпрогресивнијем закону од свих које су у овој области доносиле транзиционе земље. Оно што је међутим посебно интересантно, то је чињеница да је у време усвајања закона у Парламенту био не мали број посланика представника странака бившег режима, а да је закон усвојен без иједног гласа против, једногласно.

Дакле, по свему судећи и у погледу обима и у погледу значаја корпус људских права афирмисао се као нешто што је знатно више од скупа субјективних овлашћења појединаца или колективитета. Једноставно, људска права постају и буквално параметар демократије, односно права мера демократске суштине ма ког политичког система. Независно од иницијалних идеолошких позиција представници различитих странака нису спремни да доводе у питање нешто што је доживело такав степен афирмације, нешто што, више него очигледно, има наднационалну потврду.

Ма колико може бити под знаком питања да ли овакав однос појединих релевантних политичких субјеката јесте искрен или није, ипак ова ситуација охрабрује. Она извесно упућује на закључак да у погледу оријентације да се новим Уставом људска права уреде на начин који би био у складу са добрим демократским стандардима, неће бити проблема. Сасвим је реално, на нивоу декларативног, тачније речено нормативног, очекивати врло висок степен сагласности. Очекујем дакле да ће однос према начину уређивања људских права у новом Уставу бити мање више исти као онај који је постојао у време креирања тзв. „мале повеље” на некадашњем савезном нивоу. Управо зато и на жалост мислим да ће та сагласност и остати на декларативном нивоу, а да ће је реални политички односи и пракса у много чему релативизовати.

Требало је да прођу три године после пада Милошевића да би неке илузије нестале. Све је јасније да вишепартијски систем сам по себи без институција које функционишу и у одсуству владавине закона сасвим

сигурно није добар миље за остваривање и заштиту људских права. Рушење недемократског режима није истовремено и демонтажа недемократског система. Напротив постоји велики раскорак између ова два демократска циља, и остваривање овог другог свакако је и далеко важнији и несразмерно тежи задатак.

Судбина прве постмилошевићеве владе, ДОС-ове владе то илуструје на сасвим добар начин. Салдо владе која је у трансформацију друштва кренула на таласу ентузијазма какав се дуго, дуго времена код нас не памти, у тренутку расписивања ванредних избора, показивао је много више започетог него успешно урађеног.

Успостављање демократског друштва, дакле друштва у коме људска права и слободе нису само успостављена уставним нормама него се у пуној мери остварују и уживају заштиту у реалним друштвеним односима, није само ствар жеља. Волунтаризам и овде као уосталом било где тешко може да да добре резултате. Биће упутно зато ослонити се на туђа добра искуства и афирмисане стандарде.

Полазећи од тога, а имајући у виду да је пре мене доста тога већ речено, желим да се само у најкраћим цртама осврнем на бар две ставке.

Прва се односи на начин нормирања људских права у тексту новог Устава. Наиме, нужно је имати у виду да је квалитет норме којом се установљава неко право заправо, почетни, први услов за несметано остваривање тог права, као и за елиминисање могућих сумњи или дилема чијим се постојањем доводи у питање постојање права.

Због тога понављам да у упоредном праву већ постоје афирмисани неки стандарди који нуде квалитетна решења приликом креирања уставних норми којим се уређују уставна права.

Лично верујем, иако респектујем и другачија мишљења, да се основни закон Савезне Републике Немачке издваја као један од оних који нуди најквалитетнија решења.

Сходно реченом мислим да се приликом нормирања решења којим ће се људска права третирати у новом Уставу мора полазити од следећег принципа:

- Људска права уживају непосредну уставну заштиту
- Одредбе о људским правима морају бити јасне и недвосмислене, дакле норме морају бити артикулисане тако да је грађанима у сваком тренутку јасно која им права припадају, а да је истовремено искључена могућност да се рестриктивним тумачењем врши злоупотреба и људска права ограничавају
- Посебна пажња мора бити посвећана уставним одредбама којима се ствара могућност за ограничење људских права.

Уважавајући могућност постојања реалних околности у којима је такво ограничење оправдано и допуштено ипак је нужно третирати га увек као изузетно. Због тога мора бити неспорно да само Устав може садржати основ за ограничење одређених права и да поред тога те одредбе

морају бити тако артикулисане да искључују такву могућност да се екстезивним тумачењем врши злоупотреба.

Мислим, дакле, да је потребно уложити напор да се у односу на важећи устав уставне формулације људских права учине јаснијим и недвосмисленијим. Правни пут ка том циљу је сигурно напор да се та решења ускладе са међународним стандардима о људским правима. Овде треба пре свега имати на уму Европску конвенцију о људским правима и слободама, сигурно и Међународни пакт о грађанским и политичким правима.

С тим у вези сматрам да је добро што је све више оних који на овај или онај начин учествују у поступку ревизије Устава, а који сматрају да је упутно напустити традиционално повезивање права и слобода са испуњавањем дужности. Наиме, круто инсистирање на том традиционалном решењу у својој основи има један анахрон концепт који је у крајњој консеквенци заснован на идеји да је држава та која грађанину поклања, односно даје људска права. Сходно томе она их може дати мање или више па може и да их ускрати. Стојим на становишту да у нашим уставним решењима, треба да доминира новија и прихватљивија концепција у чијој основи је неутуђиво људско достојанство. У том контексту људска права се сматрају као средство за остваривање људског достојанства од стране сваког појединца, као нешто неспорно и неутуђиво. Ништа ту држава не поклања и не даје, она једино има обавезу да људска права штити.

Ово нас доводи до још једног питања или дилеме која би у новом Уставу морала бити разрешена на консеквентан начин.

Ради се о томе да су наши уставни традиционално остављали могућност да се услови за остваривање поједних људских права и слобода утврђују законом. Управо такво решење је садржано у члану 12. важећег Устава Србије. Мислим да је мање више неспорно да остављање овакве могућности заправо значи отварање врата за законодавца односно за власт да више или мање, али у сваком случају сузи одређено људско право које је начелно уставом зајамчено.

Овакво решење једноставно не кореспондира са идејом о непосредној примењивости уставних одредби о људским правима, идејом за коју смо већ рекли да треба да буде идеја водиља у креирању новог Устава.

Мислим да је консеквентан начин да се ово питање разреши елиминасањем постојећег критикованог решења.

Могуће је заправо и потребно задржати решење исто или слично оном које постоји у другом ставу поменутог члана 12. Устава Републике Србије. Мислим дакле, да Устав треба да предвиди да се законом може прописати начин остваривања поједних слобода и права онда када је то неопходно за њихово остваривање због саме природе тих права и слобода.

И када већ говоримо о могућим ограничењима људских права онда вероватно не би било сувишно да нови Устав садржи и одредбу какву на пример има већ поменути основни закон Савезне Републике Немачке. Реч је о томе да се предвиди решење по коме се права и слободе могу

ограничити наравно само законом, али и то уз услов да за законско ограничење постоји изричита уставна дозвола као и то да такав закон мора бити у општој примени.

Наравно посебно, а изузетно важно питање је и питање људских права и слобода зајамчених међународним уговорима, а посебно опште прихваћеним правилима међународног права.

Ова људска права и слободе неспорно морају имати третман права зајамчених уставом и за њих такође принципијелно мора важити претпоставка непосредне примене. Верујем да добар путоказ у овом случају представља решење за које су се определили аутори тзв. „мале повеље”, односно Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама државне заједнице Србија и Црна Гора. Наиме, ова повеља не само што је људским правима зајамчила третман и примену о којој смо говорили него је отишла и корак даље. Тако је чланом 8. поменуте повеље изричито забрањено ограничавање људских и мањинских права, поред осталог и оних зајамчених опште прихваћеним правилима међународног права и међународним уговорима, под изговором да она нису зајамчена Повељом или да су зајамчена у мањем обиму. Залажем се да једно овакво решење нађе место и у новом Уставу Републике Србије. Кад то кажем потврђујем и свој начелан став да сва људска права и слободе зајамчена Повељом, иако то може изгледати сувишно, буду зајамчена и новим Уставом Републике Србије. Мислим да такав став нужно произлази из реалне политичке констелације и да је разлоге за такво опредељење сувишно елаборирати. Уосталом, са вишком гаранција људских права не може бити проблема, у обрнутом случају то је свакако могуће.

Као што је већ речено, осим квалитетних нормативних гаранција људских права, за њихово реално остваривање, најмање је важно постојање одговарајућег ефикасног система заштите.

Ова констатација, најкраће, не доводећи у питање обавезу свих државних органа да штите људска права, нужно подразумева бар две ствари. Кад то кажем мислим на Уставни суд и на правосудни систем. Наравно, на Уставни суд са одговарајућом позицијом у укупном систему и са потребним инструментаријем. И такође, наравно, ефикасан и независан правосудни систем.

Када говоримо о Уставном суду, независно од успона и падова присутних у респектабилном периоду активности дугом 40 година, мислим да се једна оцена намеће. Мислим, дакле, при том посебно имајући у виду активности Уставног суда из непосредне прошлости, да се овај суд потврдио као реални и још више као потенцијални заштитиник људских слобода и права.

Позиције Уставног суда треба додатно ојачавати. Од мноштва ствари које је, са мање или више ефеката, у том правцу могуће учинити издвојићу бар две.

На првом месту је питање средстава за рад Суда, питање буџетске позиције Уставног суда. Нисам неки посебни стручњак за буџетска питања,

али ми изгледа неспорно да при креирању уставних и законских решења убудуће треба максимално водити рачуна да се искључи или бар на минимум сведе могућност да ограничавањем или условљавањем дистрибуције финансијских средстава, ма ко, посебно извршна власт утиче на рад Уставног суда.

Друга ствар о којој треба нешто рећи је уставна жалба. Овај потенцијално моћан инструмент заштите људских права постојао је од раније на Савезном нивоу. Тако су грађани Савезне Републике Југославије имали право да се обраћају Савезном уставном суду због повреде, односно угрожавања људских права или слобода у ситуацијама када није постојао други вид правне заштите.

И Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора следила је ову добру традицију. Тако је у надлежности Суда Србије и Црне Горе, сходно члану 46. Уставне повеље државне заједнице поред осталог и то да одлучује о жалбама грађана када им институција Србије и Црне Горе угрози права или слободу гарантоване Повељом, уколико није предвиђен други поступак правне заштите.

Наравно, да са становишта заштите људских права грађана Србије, овакво решење није довољно. Ауторитет Уставне повеље државне заједнице и Суда Србије и Црне Горе, у реалним политичким околностима, у великој мери је релативизиран. Такође, чак и да то оставимо по страни, чињеница је да је надлежност Суда Србије и Црне Горе Повељом резервисана само за контролу поступака институција државне заједнице, а не и других државних органа. Имајући наведено у виду, решење се просто намеће.

Новим Уставом Републике Србије, потребно је, у оквиру надлежности Уставног суда Србије, поред осталог предвидети и то да Суд одлучује о уставним жалбама грађана.

Наравно, у вези са уставном жалбом отворена је једна дилема. Да ли уставну жалбу треба третирати на мање-више конвенционални начин или практично као правни лек који омогућава још један инстанциони степен? Заправо, да ли грађанима треба дати могућност да се обраћају Уставном суду само у ситуацијама када није предвиђен други поступак правне заштите људских права, или у свим ситуацијама повреде или угрожавања уставом загарантованих људских права, пошто исцрпу друге могућности заштите.

Мени лично, прво решење делује као нешто што је много ближе реалности. Ипак, мислим да дефинитиван одговор треба да стигне од људи из уставно-судске праксе.

Поред уставног судства и редовно судство представља важну полуку заштите људских права и слобода. Само се по себи разуме да оно мора да буде ефикасно и независно. Кад то кажем, на први поглед делује тривијално. Ипак није тривијално, јер наше судство није ни независно, ни ефикасно.

За обезбеђење потребне независне позиције биће нужно учинити много тога. Једна од најважнијих ствари је свакако та да се услови за стицање судијске позиције, као и напредовање у каријери, учине зависним искључиво

од стручних, односно професионалних момената, а да се еманципују од политичког утицаја. Ово сасвим сигурно поред осталог подрумева потребу уставног дефинисања позиције Високог савета правосуђа, као органа са кључном улогом у процесу успостављања независног судства. Додају још само то да и код редовног судства треба учинити све што је могуће да се обезбеде уставна и законска решења која дају онај степен буџетске аутономије који би био у кореалацији са независном позицијом правосуђа.

Наравно да је и ефикасност услов чије остваривање у многоме зависи од независности. Ипак, сасвим сигурно, не само од ње. Постоји још безброј момената који су претпоставке, од индивидуалних квалитета носилаца правосудних функција, преко техничких и логистичких услова, до детерминанти глобалног карактера као што су нпр. друштвени менталитет, окружење и слично.

Генерално немамо ефикасно судство. Специјално, када је у питању заштита људских права постоји и специфичан додатни проблем. Реч је о томе да наши судови, мада не само они већ и други органи власти, крајње нерасто непосредно примењују уставне одредбе о људским правима. Стим у вези усудићу се, уз ризик да то делује банално, да наведем један пример из сопствене адвокатске праксе. Почетком 1997. године у име мог клијента Проф. Зорана Лучића познатог члана Управног одбора СеSID-а поднео сам једну тужбу за накнаду штете против државе Србије. Радило се о томе да је он као посматрач демонстрација које су тада избиле због покушаја режима да покраде изборну победу коалиције „Заједно”, брутално претучен од стране полиције. Тужбени захтев се осим на претрпљеном болу и страху, заснивао и на повреди права зајамчених уставом, права у чијој основи је и људско достојанство. И дан данас поступак се налази у првом степену. Рекао бих да овај пример добро илуструје, не само спремност суда да директно примењује уставне одредбе, него и генерално незадовољавајући однос према заштити људских права.

Кад оштећени, који је позната личност, уз стручну помоћ адвоката за кога бар кажу да пристојно обавља свој посао, ни за седам – осам година не може да добије сатисфакцију због угрожавања уставом зајамчених права, шта то заправо значи? Како у том светлу изгледају шансе неког анонимног, просечног грађанина, уз то на пример, без стручне помоћи.

Било би, разуме се, добро када би пример који сам навео био изоловани експес, на жалост није тако. Зато ће бити неопходно урадити много и на нормативном, и на фактичком плану.

На самом крају желим да кажем још неколико речи о утицају неких глобалних фактора на стање и остваривање људских права код нас.

Говорили смо о нормама којима се људска права јемче и о институцијама чија је функција да та права штите. Разуме се да је деловање тих институција последица односно израз тумачења норми. Зато је врло занимљиво питање да ли су наше институције односно људи којима су функције поверене, свесни потребе, односно нужности, уважавања одређених детерминанти

које диктира наше окружење. Крајње поједностављано желим да кажем да се наши судски и други органи у ситуацији када тумаче Устав или друге одредбе релевантне за људска права и слободе морају при томе руководити важећим међународним стандардима и гаранцијама људских права.

Још прагматичније, наши органи у тумачењу одредби о људским правима би морали да воде рачуна о пракси међународних институција у чијој надлежности је заштита људских права. Сасвим конкретно био би недопустив игнорантски однос у односу на ставове и праксу који се изражавају кроз одлуке Европског суда за људска права. Можда у овом тренутку сви и нису сасвим свесни те чињенице, али је од тренутка када је наша земља стекла статус члана Савета Европе тај суд, независно од компликација које су последица процедуралних и сличних препрека, у склопу система заштите људских права и слобода, постао и те како релевантна институција и за нас.

И на самом крају желим да подвучем једну, иначе, ноторну ствар. Борба за људска права није апстракција. Борба за људска права и слободе сведена на то да се та права упишу у Устав, Повељу или било који други нормативни документ сама за себе је бесмислена. Људска права и слободе морају постојати у реалности. Зато је тежиште залагања за њихово остваривање више у реалној, политичкој него нормативној, правној сфери. Данас код нас немамо ситуацију коју у том погледу можемо оценити као погодну. У тренутку док ми водимо овај разговор о људским правима због нечије политичке одговорности над нама се надвија једна прилично злослутна претња. Првог јануара наредне године требало би да ступе на снагу одредбе Закона о уређењу судова којима се установљавају битно другачији односи у надлежности редовних судова и на основу којих као битни фактори правосудног система почињу да делују управни и апелациони судови. Међутим, сви знамо да нису обезбеђене ни елементарне претпоставке за то да ти судови стварно почну да функционишу. Влада и Скупштина пропустили су прилику да предложи односно усвоје измене Закона којима би се примена ових одредби одложила за нека боља времена. Сада је Скупштина распуштена и те могућности више нема. Опасност да од 1. јануара наредне године за значајан сегмент правосудне материје постану надлежни непостојећи судови сасвим је реална. Тако нешто заправо значи распад правосудног система. Шта пак то значи са становишта заштите људских права сувишно је и коментарисати. Спречавање овакве ситуације био би значајан корак у заштити људских права. Реалан корак. А као што сам већ рекао такви кораци су и најзначајнији и најпотребнији.

ОРГАНИЗОВАЊЕ И ОСТВАРИВАЊЕ ВЕРСКЕ НАСТАВЕ У ШКОЛАМА КОЈЕ ОРГАНИЗУЈЕ И ФИНАНСИРА ДРЖАВА (ЧИЈИ ЈЕ ОСНИВАЧ ДРЖАВА)

Уставни суд је на седници од 4. новембра 2003. године донео одлуку којом су одбијени предлози за утврђивање неуставности и незаконитости Уредбе о организовању и остваривању верске наставе и наставе алтернативног предмета у основној и средњој школи („Службени гласник РС”, број 46/01) и предлози за утврђивање неуставности појединих одредби Закона о основној и средњој школи („Службени гласник РС”, бр. 22/02 и 23/02). Моје мишљење код одлучивања о овом питању било је различито од одлуке Суда, па сам сматрао да са аргументацијом коју ћу изложити треба упознати јавност.

Између држава и црква постојало је стално жариште полемике око потребе увођења веронауке у јавне школе. Претходила јој је полемика између протестантске и католичке противреформације, да би се касније полемика продубила на односе држава, нарочито одређене политичке странке и цркве. Због тога се веронаука и није формирала као подручје науке или васпитања, него чешће као поље борбе и доминације. Црква је настојала да придобије што више људи за своју вероисповест, а веронаука је подобно средство за остваривање такве идеје и стварање монопола над јавном школом (са чиме се државе често не слажу).

У већини држава у Европи веронауке у школама нема. Уместо веронауке у виду катехизиса постоји конфесионална настава религије.

У Словенији је забрањена веронаука у јавним школама, у САД и Француској начело одвојености државе и цркве је доследно спроведено. Словеначко искуство поштовања уставног начела одвојености цркве од државе је врло поучно, јер се није омогућило кршење устава и поред притисака, нарочито Свете столице која је у Међудржавном споразуму констатовала постојање отворених питања из области образовања и религије које ће међудржавни органи разрешити. Увођењем деветогодишње школе омогућено је седмом, осмом и деветом разреду да кроз изборну наставу ученици задовоље потребу за знањем из религије и етике, а по програму који су направили стручњаци потребних профила стручности.

Позив Љубљанског бискупа Родеа мандатару Дрновшеку за избор „кооперативног” министра просвете схваћен је, по писању штампе, као позив влади да не поштује устав Словеначке државе.

Први став члана 7. Устава Републике Словеније гласи: „Држава и верске заједнице су раздвојене”.

Члан 41. Устава Републике Србије гласи:

„Јамчи се слобода вероисповести, која обухвата слободу веровања, исповедања вере и вршења верских обреда.

Верске заједнице су одвојене од државе и слободне су у вршењу верских послова и верских обреда.

Верска заједница може оснивати верске школе и добротворне организације.

Држава може материјално помагати верске заједнице.”

Видљива је идентичност уставно-правног решења у уставима Србије и Словеније о раздвојености државе и верских заједница. Исто тако, видљиво је и различито понашање и тумачење Устава од стране инситуција Словеније и Србије, тј. Словенија није прихватила увођење веронауке у школе чији је оснивач држава, јер је сматрала да то није у складу с важећим Уставом Словеније.

Сигурно је да цитиране одредбе устава Србије и Словеније нису свима по вољи али их не можемо занемарити и не можемо се правити као да их нема.

Одредба члана 41. нашег Устав је јасна, да црква нема овлашћења у вези са веронауком у јавној школи, као и да их не може ни имати.

Цркви није забрањено да веронауку изводи ван јавне школе или у јавној школи ван редовне наставе.

Државно школство је у надлежности државе и сматрам да за овакву тврдњу не треба шире образложење.

Што се тиче људских права мора се указати на однос цркве и партије у протеклом периоду који се односе на заштиту људских права. Познато је да је црква оштро осуђивала људска права изражена у Декларацији о правима човека и грађанина из 1789. године, нарочито право на слободу мисли, вероисповести, савести, изражавање и др. (све до Другог Ватиканског концила).

Може се рећи да су црква и СКЈ, код нас, формално признавале људска права али су их најчешће кршиле у вези са школама на следећи начин:

– партија је седамдесетих година тражила од школе увођење марксистичког погледа на свет, чиме је вршена индоктринација, а родитељи спречавани да васпитавају децу сходно моралним или религиозним потребама уз немогућност отварања приватних школа, што је била међународна обавеза државе;

– црква је последњих деценија радикално променила став према људским правима и постала загрижени поборник остваривања људских права.

Нужно је указати на неке одредбе Резолуције Европског парламента из 1984. године која није правно обавезујућа али препоручује, поред осталог, да држава изједначи јавне и приватне школе односно финансира и приватне школе (Parlamento Europeo 1984. стр. 488–489).

Одлуке Европске комисије и Европског савета за људска права указују на друкчије тумачење I Протокола Европске конвенције о очувању људских права и основних слобода, који гласи: „...при вршењу својих функција које су у вези са васпитањем и образовањем, држава мора да поштује право родитеља да обезбеди васпитање и подучавање које је у складу са њиховим религиозним и филозофским уверењима”. Тумачећи цитирану одредбу Европски суд и Европска комисија за људска права јасно су одлучили да држава не мора субвенционирати трошкове образовања било које врсте или нивоа у складу са посебном културом, религиозним или конфесионалним традицијама (Meredith 1992; 26; Digest 1985; 826–828). Наглашавам да постоји обиље одлука Суда и ставова Комисије са сличном садржином.

Члан 29. ст. 3. Устава Републике Србије предвиђа, поред осталог, следеће:

„Родитељи имају право и дужност да се старају о подизању и васпитању своје деце”. Поменути члан Устава не говори изричито да родитељ има право да изабере школу у складу са својим уверењем. То не значи да се верско образовање мора стећи у школи. Оно се може обезбедити и у породици. Цитирани уставни члан сматрам да се може тумачити као негативно право, односно да нико деци не сме наметати верско васпитање супротно уверењу родитеља или деце. Јасно је да јавне школе морају под истим условима бити доступне сваком детету без обзира на вероисповест, а на тај начин се спречава индоктринација и омогућава родитељима да врше васпитну улогу и преношење религиозних и других уверења.

Треба имати у виду да одредбе о одвојености цркве од државе не значе одбацивање цркве од државе, тј. из јавног живота, већ да држава ниједној верској заједници не пружа привилегије, односно друге дискриминише, односно да су верске заједнице самосталне.

Члан 49. ст. 2. Устава Републике Србије гласи:

„Грађанин није дужан да се изјашњава о својој националној припадности.”

Конвенција о правима детета у члану 14. одређује да државе потписнице треба да поштују право детета на слободу мисли, савести и вероисповести.

Члан 18. Декларације о правима човека и грађанина уређује да „свако има право на слободу мисли, савести и вероисповести”. Остаје питање исправљања: Због чега су деца посебно издвојена у утврђивању њихових права ако су иста права призната људима? Вероватно је одговор на ово питање дат у члану 5. тач. 5. Декларације о отклањању свих облика нетрпељивости и дискриминација на основу вере или уверења и према коме: „свако дете има право на приступ васпитања које је у вези са вером или уверењем, у складу са жељама његових родитеља, односно законских старатеља, и не сме бити присиљено на наставу о вери или уверењу супротно жељама његових родитеља односно законских старатеља, при чему је корист родитеља водеће начело”.

У преамбули поменуте декларације стоји да „држава поштује права и дужности родитеља...”, тј. штити децу од индокринације као негације дететовог права, нпр. на дететову слободу вероисповести. Овим путем настало се заштитити дете од државне индокринације, као што је код нас био случај са марксистичким образовањем.

Поборници идеје за увођење веронауке у јавне школе позивали су се највише на потребу остваривања права родитеља у складу са сопственим религиозним и филозофским уверењима, што је држава дужна да омогући. Сматрам да према међународним документима посвећеним људским правима, држава нема такву обавезу.

Из кругова блиских религиозним установама објашњава се потреба за наставом религије у јавној школи као остваривање права детета на целокупно васпитање, као услов за целовит развој појединца, као и формирање његовог идентитета, а тиме за добробит целог народа и друштва. Овакво становиште изазива многе полемике, уколико би настава религије била услов целокупног васпитања, то би могло да значи и увредљива претпоставка да је само религиозан човек, целовит човек, а нерелигиозан је непотпун, односно неко коме нешто битно недостаје Исто тако, оваква интерпретација значила би моралну дисквалификацију и кршење људских права јер би деца која не похађају наставу религије била дискриминисана.

Морамо имати у виду да данас у свету има више од 100.000 религија, а у нашој земљи више десетина регистрованих верских заједница, па је неприхватљиво и противуствано било-какво привилегисање једних на рачун других. Требало би у школама омогућити изучавање продубљеног приказа најзначајнијих светских религија, без идеолошке селекције. О томе коначно реч треба да дају стручњаци који се баве том проблематиком.

Нормативно је омогућено да наставу могу изводити лица са завршеном вишом стручном спремом без педагошког искуства и претходног припремања за рад са децом. Истичем да описне оцене не препоручује чак ни Болоњска декларација коју сада многи цитирају и на њу се позивају. У том документу препоручује се оцењивање путем бодовања (а не описно као што је код нас уређено).

Планови и програми извођења наставе „веронауке” за основне школе нису донети благовремено, тј. објављени, а планови и програми за средње школе објављени су два месеца по отпочињању наставе у школској години. То значи да је лицима која изводе наставу (без педагошког искуства и без планова и програма) омогућено да по сопственом нахођењу изводе наставу.

Доношење планова и програма, од стране два министра, тј. министра просвете и министра вера, а на предлог верских заједница (Српска православна црква, Исламска заједница, Католичка црква, Словачка евангелистичка црква, Јеврејска заједница, Реформаторска хришћанска црква и Евангелистичка хришћанска црква) омогућено је Законом о основној и средњој школи.

Издавањем седам верских институција значи неједнакост религиозних установа а треба имати у виду да ако неко ужива посебна права, предности или погодности, онда то значи да узима део уживања неке друге, оне које те привилегије нема и зато не може у њима да ужива (Структура сераја, Љубљана, 1985., стр. 207–228). У Уставу Републике Србије постоји више одредби којима се јемчи једнакост, а у члану 13. Устава прецизније је уређено:

„Грађани су једнаки у правима и дужностима и имају једнаку заштиту пред државним и другим органима без обзира на расу, пол, рођење, језик, националну припадност, вероисповест, политичко или друго уверење, образовање, социјално порекло, имовно стање или које лично својство”.

С обзиром на то да су у нашем Уставу записане одредбе о раздвајању државе и верских заједница у вези са уређивањем настале религије у јавним школама, Србија се може упоредити само са државама са сличним уставним уређењем ове материје, као што су САД, Француска, Словенија и друге. Државе које су ово питање друкчије уредиле, без обзира да ли се налазе у нашем окружењу или су европске државе са дугом правном традицијом, не могу бити наш узор за наше одређење у конкретном случају.

Ако поставимо питање зашто верске заједнице не узимају у обзир независност и аутономност државе у области школства, по мени то се може објаснити тиме што су оне после дуготрајног противљења и осуђивања прихватиле одвајање од државе, али школство не сматрају подручјем које држава може самостално, тј. аутономно да уређује.

Одредбе члана 41. став 2. Устава Републике Србије о одвојености државе од цркве треба поимати имајући у виду решења у упоредном уставном праву, односно одредбе устава поменутих земаља, Француске и САД, тј. земаља које су прве промовисале права човека и грађанина, и при том забраниле веронауку у јавној школи, па сматрам да би супротно понашање на неки начин негирало демократске традиције.

Забрана извођења наставе веронауке, бар ја тако тумачим одредбу члана 41. нашег Устава, није израз ни незадовољства ни мржње према цркви и религији, нити наставак потискивање религије из јавног живота. Овај став представља израз доследног остваривања уставног начела о развојности државе од верских заједница.

КАКО ДО НОВОГ УСТАВА СРБИЈЕ

I

Октобарско-децембарска изборна „револуција” у Србији 2000-те године означила је и предпочетак уставотворног процеса у нашој држави. Сменом режима личне власти створени су легитимацијски темељи за аргументовано идејно промишљање о потреби доношења новог устава. Вредносни искорак је постигнут и чином реалне могућности да Устав, који је од стране стручне и научне јавности био оспораван дуго година, сада може практично и делотворно бити замењен новим. Без обзира на чињеницу да до тога није дошло, и поред постојања веома повољних постизборних околности, неминовно се уочава да је након 2000-те године стваран амбијент који погодује уставотворном процесу.

Политички стабилна двотрећинска већина у Народној скупштини Републике Србије је била у прилици да реагује одлучном уставотворном намером обogaћеном пуним легитимитетом. Посленици уставног права, макар најискуснији међу њима, су веома отворено и на време ставили јавности до знања значај и потребу уставног дисконтинуитета, као израза оштрог раскида са недемократском прошлошћу, а уз јасан став грађанског тела који је потврђен на изборима. До очекиваних уставотворних поступака легитимне и легалне власти Републике Србије током 2001. и 2002. године није дошло. Овом приликом је врло тешко потпуно прецизно открити праве узроке недостатка свести о потреби доношења новог устава, тако да нам остаје да приметимо да су политичка размимоилажења двотрећинску већину владајуће коалиције свела на натполовичну парламентарну премоћ, чиме је дестабилизован и претходно истакнут уставотворни ауторитет представничког тела, који је он поседовао непосредно (у првој години) након одржаних избора.

Међутим, ступањем на снагу Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора 4. фебруара 2003. године отклоњен је макар један отежавајући фактор за приступање процедури доношења новог устава Србије, тако да је Народна скупштина донела и Закон о начину и поступку промене Устава Републике Србије. Контрверзе легитимности и легалности овог закона су ипак делимично ублажене чињеницом да се он почео примењивати конституисањем Уставне комисије, која је по својој структури обухватила представнике свих посланичких група у парламенту (осим Српске радикалне странке). Назначени подаци илуструју могућност која је постојала да

уставотворство уђе у нову фазу, која заузима и централни део овог процеса, а то је постизање договора о нормирању политички важних проблема у друштвеној заједници. Да је овај договор постигнут на квалитетан начин, онда је и нови устав било могуће усвојити у Народној скупштини већином која превазилази ону која је прописана Законом о начину и поступку промене Устава Републике Србије. Но, како тог договора није било, развојна нит уставотворног процеса је блокирана иступањем преосталих представника опозиције из Уставне комисије, распуштањем Народне скупштине и расписивањем ванредних парламентарних избора за 28. децембар 2003. године.

Скраћени ретроспективни приказ хронолошког низа догађаја, аката и радњи, који су обележили стање уставног поретка у претходном периоду, има за основни циљ да државну власт подсети на потребу даљег развоја уставотворног процеса. Најновије уставотворство у Србији не треба доживљавати као „несрећан случај”, без обзира на очигледно неуспео покушај доскорашњег сазива Народне скупштине да се наметне као власт која твори устав. Грешке које су почињене у прописивању процесних правила за доношење новог устава требало би да буду схваћене респектовањем напред представљених основних постулата без којих се не може квалитетно реализовати тако значајан пројекат као што је доношење новог устава.

II

Постојање изграђене опште друштвене свести о потреби промене важећег Устава доношењем новог се неминовно мора рефлектовати и на предизборну програмску концепцију оних актера изборног процеса који претендују да задобију поверење бирачког тела. На мањкавости, недостатке и проблеме који прате Устав Републике Србије од самог његовог доношења и током његове примене, објективна и влашћу неоптерећена (макар њеним привилегијама) стручна и научна јавност су довољно јасно упозоравале. У нашим круговима је створено, на валидним аргументима засновано, убеђење о потреби да се донесе нови устав како би се развој друштвене заједнице неометано одвијао. Недемократска идеја о непромењивости устава која је доминантно присутна у ревизионим нормама важећег српског constitution-а није прихватљива – она не може бити препрека даљем демократском уставном развоју државе.

Намера уставне промене би требало да буде јасно назначена пре избора, како би се правремено и ваљано обезбедила демократска легитимност за доношење новог устава. Морална коректност захтева да грађанско тело има на основу чега да својим вотумом искаже и вредносни став према политичком питању прихватљивости уставне промене, као и према неким од најважнијих проблема уставне материје, који се морају препознати у понућеним партијским програмима. Такви општепредставнички избори онда имају истовремено и карактер прикривеног референдума, јер се бирачи, опредељивањем између различитих партијских листа и њихових програма, опредељују и према различитим уставним програмима и решењима.

III

Испуњењем претходно постављеног захтева, представничко тело располаже и овлашћењем да отпочне званични конфликт са важећим Уставом. Сходно томе, Народна скупштина ће бити у прилици да приоритетно, путем засебне уставне декларације, обнародује почетак коришћења права на уставотворство, које је легитимисано изборима. У овом случају уставна декларација је акт презентације воље представничког тела да приступи доношењу новог устава, на начин који ће игнорисати крутост постојећег устава, али који ће истовремено уважити достигнути ниво демократских стандарда прихваћених у цивилизованим и културним друштвима. Уставном декларацијом би се Народна скупштина трансформисала у Уставотворну скупштину, указало би се на аргументе који оправдавају доношење новог устава и истакао његов основни циљ. Складно срочен текст ове декларације може бити истовремено и текст преамбуле пројектованог устава или бар његова суштина.

Дакле, циљ уставне декларације, која би била усвојена двотрећинском (или макар тропетинском) већином је означавање дисконтинуитета са Уставом Републике Србије из 1990. године (и то, првенствено, са одредбама његових чланова 132, 133. и 134.) и истовремено уставно-политичко представљање улоге коју је Народна скупштина, постајући моментом усвајања уставне декларације и Уставотворном скупштином, себи обезбедила, сагласно изборној верификацији која јој је претходила.

На овај начин, посланички сазив садржан у Народној скупштини истовремено постаје и сазив Уставотворне скупштине, тако да је посланички мандат двоструко обогаћен. При овоме, указујем на чињеницу да и по важећем Уставу из 1990. године, Народна скупштина одлучује о промени Устава (чл. 73. ст. 1. тач. 1), али, наравно, по процедури која је тим Уставом и предвиђена. У одсуству те процедуре, неопходно је и посебно истицање уставотворне улоге садржане у функцији сваког појединачног народног, односно, условно га назовимо „уставотворног” посланика. Наиме, доношењем уставне декларације и самопроглашењем за Уставотворну скупштину, Народна скупштина уставну промену неће чинити на основу норме из чл. 73. ст. 1. тач. 1. Устава, већ ће ово овлашћење директно црпети из воље бирачког тела, које јој је и дало мандат да донесе нови устав сходно демократским правилима која ће сама усвојити, како би се практично оделотворио нови устав; а не сходно правилима постојећег Устава. Фактичко паралелно функционисање две скупштине има и своје практично и логично оправдање: државна власт ће неометано функционисати у свим сегментима, с тим што ће реализовати и мандат уставотворне власти.

Уставотворни процес се може окончати на два начина: доношењем новог устава или не – што би значило да остаје на снази Устав из 1990. године. Уколико нови устав не буде био донет, што је могућност коју не треба а *priori* одбацити, престала би са радом и Уставотворна скупштина, а политички је коректно да Народна скупштина која не успе да „обори”

важећи Устав и донесе нови, буде распуштена. У другом случају, уколико би се нови устав донео, Уставотворна скупштина би тиме окончала свој мандат, а избори за нови парламент, сходно нормама новог устава и уставног закона за његово спровођење, би били одржани у предвиђеном року (рецимо, 60 дана), тако да би Народна скупштина окончала свој мандат доношењем новог устава, с обзиром да је она своју надлежност остваривала и била је бирана на основу старог Устава. Овакво решење је теоријски утемељеније, али се, из практичних разлога, може прихватити и став да Народна скупштина постоји до избора нове скупштине, при чему је очекивано да у том предизборном периоду, ради континуитета институција, остане у активној функцији само председник Народне скупштине.

Начин рада и одлучивања Уставотворне скупштине мора бити регулисан правним правилима која ће она сама прописати доношењем посебног пословника, пошто на њу Пословник Народне скупштине неће бити примењив, нити ће је обавезивати. Пословник Уставотворне скупштине је битан правни акт који у периоду уставотворног процеса заправо представља уставни акт, с обзиром да садржи норме о прописивању процедуре којом се долази до обликовања устава и његовог коначног усвајања. Тиме пословник Уставотворне скупштине, регулишући њен рад, постаје „устав за устав”. Формирање посланичких клубова (група) Уставотворне скупштине, начин предлагања уставних решења, вођење расправе о њима, начин израде уставног акта, гласање о актима итд. – све су то питања која, као саставни део садржине овог пословника бивају посебно интересантна са становишта већине која ће бити прописана у поступку одлучивања о њима. Уколико би се и допустило да у свим фазама процедуре не буде захтевана тежа квалификована већина, приликом коначног одлучивања о уставу, уколико се претендује да то буде демократски прихватљив акт уставне државе, тешко да би се могло опростити да, приликом доношења уставне декларације и коначног усвајања самог устава, то не буде учињено двотрећинском или макар тропетинском већином од укупног броја „уставотворних посланика”.

IV

Уставотворство демократске државе је плуралистички процес који неминовно мора уважавати различитости које постоје у отвореном друштву. У демократском друштву, уставотворни процес је прилика да се откривањем и поштовањем богатства друштвених, политичких, економских, социјалних, културних, верских и других разлика, креирају врховна правна правила и тиме стабилизује заједница. Схваћен као процес договарања, али и постизања договора, уставотворни процес треба да омогући уставу атрибут консензуса. Да би се оснажио нормативном вредношћу, устав мора бити огледало друштвене стварности, а стварност друштва у Србији, као немолилној заједници, инсистира на постизању темељитог договора у ток

стварања новог устава. Спремност главних чинилаца власти Уставотворне скупштине да граде демократску уставност, препознаће се приликом доношења правила пословника, али и током усаглашавања материјалне садржине устава.

Осим политичких партија и посланичких група, за шири друштвени консензус биће неопходно уважити и интересе различитих група у друштву Србије: социјалних (синдикати...); економско-привредних (послодавци, привредне коморе...); територијалних (покрајине, локална самоуправа...); верских (верске заједнице и цркве); националних (српски народ и националне мањине); интелектуалних (САНУ, универзитети...); културних (установе културе и појединци...). Управо захваљујући способности уставотвораца да усагласе мноштво интереса различитих друштвених група, устав и јесте акт компромиса. У противном, како рече Ласал, „где писани устав не одговара стварном, ту се долази до сукоба, конфликта, коме се не може помоћи и при чему безусловно, ма и кроз неко време, писани устав, лист артије правом уставу, стварним у земљи одношајима силе – мора подлећи”.

САОПШТЕЊА

НЕКА СПОРНА ПИТАЊА ПОСТУПКА ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ

Захваљујем се на привилегији да учествујем на овом саветовању и надам се да је нећу злоупотребити, иако је увек у таквим околностима и пут у пакао поплочен добрим намерама.

Будући да сам добар део свог радног века провео у уставном судству, све заједно нешто више од 16 година, одлучио сам да поново поставим извештај број спорних питања, која сам скромно назвао „Спорна питања поступка пред уставним судом”. Али, при томе сам мислио на савремено схватање поступка, на схватање поступка према коме поступак није збир правила о радњама, о облицима тих радњи, о форми поднесака и остало, него у ствари систем односа који се успоставља да би се постигао одређен циљ.

Први од тих проблема, који је постављан када је конституционализиран први Уставни суд, а то је, како је колега Самарџић лепо подсетио, било на основу Устава Аустрије из 1920. године, који је био изузетно актуелан и по мени остао актуелан до дана данашњег, је питање да ли се уопште уставни суд може звати судом или је у питању један специфичан орган који има својства суда, али који се разликује од класичне судске власти, пре свега и са становишта питања да ли је уставно-судски поступак подобан да утврђује материјалну истину, која је иначе у уставном суду са најбогатијом праксом, у Немачкој, одавно дошло до изражаја. Наиме, има ли гаранција у уставно-судском поступку, глобално говорећи, да се применом контрадикторног начела, утврђивања доказа итд., утврђује материјална истина. Не ради ли се онда о стварању паралелних судова са мрежом тзв. редовних судова, односно судова опште надлежности.

Чини ми се да једног дефинитивног одговора на то питање нема. Једног одговора који би важио за сва времена, и за све прилике, и због тога сам се определио за то, да се проценом стварних односа снага у југословенском, односно у српском друштву, мора наћи решење које би било најбитније за вршење функције коју сам вероватно недовољно одговорно назвао суђењем праву. Наиме, Уставни суд у својој суштини примењује право, – али које право? Он се и разликује од свих осталих јер заправо он, али и грађани, у највећем броју случајева непосредно примењују уставно право, односно Устав, а на темељу тога, суди се праву у целини, укључив и закону. И онда се одмах поставља и сасвим практично питање – може ли да постоји Закон о Уставном суду?

Не радимо ли ми немогућу ствар, не постављамо ли ми Уставни суд тиме у ситуацију да сам о себи суди. Остаје, разуме се, с тим у вези, друго питање – да ли је добио решење за које се опредељивала Србија током 40 година, и то, по мени, доста успешно, да се законом утврди поступак пред Уставним судом? То је вероватно мање зло од Закона о Уставном суду уопште, али ми се чини да би не само због елегантне јуриспруденције, него из начелних, политичких и правних разлога, било уствари најцелисходније донети посебан уставни закон о уставном суду. Тај уставни закон о Уставном суду не би подлегао оцењивању уставности самог Уставног суда, а био би у стању да на прави начин реши питања која ће бити много више него што смо у стању у овом тренутку да сагледамо.

Још само три моја неслагања, иако сам радио и у условима у којима сам и сам примењивао ствари са којима се не слажем. Кад сам први пут био у ситуацији да посматрам рад једног уставног суда, то је био баш најстарији уставни суд, Уставни суд Аустрије, изненадила су ме три елемента.

Први, то јесте партијски независна институција тада била, али замислите независну институцију чији чланови имају неко друго занимање, па им је рад у Уставном суду други посао, да не кажем „тезга”.

Друго је покретање поступка *ex officio*. За 16 година колико сам провео у Уставном суду, то је разуме се и самокритика, не знам ситуацију у којој је покренут поступак *ex officio*, да није одлука одговарала том ставу да треба покренути поступак. Прејудицира се, хоћеш – нећеш. Остварује се стара бојазан: „Кадија те тужи, кадија ти суди”. Треба најозбиљније размислити о томе да ли покретање поступка *ex officio* помаже или одмаже принципу независности Уставног суда.

И трећа, и последња ствар, са највећим задовољством поздрављам овде практично од свих до сада саслушаних говорника, – упозорење на потребу да се чувамо тражења чистих модела. Нема чистих модела, ни у хоризонталној, ни у вертикалној организацији власти. Обичавао сам, то знају моји студенти, да кажем да чисти модели постоје само у књигама и у професорским главама. У ствари, увек се ради о претежним особинама. Због тога ни подела власти није никада потпуна сепарација власти, нити је јединство власти заиста потпуна концентрација власти. Физички је немогуће да буде другачија.¹

1 Напомена: Из здравствених разлога академик Александар Фира био је спречен да о најављеним питањима приложи свој реферат.

СИСТЕМИ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ

Судска контрола уставности и законитости је институт који постоји у многим данашњим правним системима. Међутим, приликом уставних промена се увек изнова поставља питање теоријског оправдања овог института, као што се разматрају и конкретни модели који се могу применити. За сада нисмо имали прилике да такве расправе чујемо и видимо, и са правом се можемо прибојавати да ће у новом Уставу одредбе о контроли уставности бити писане по инерцији и без пуно удубљивања. Овако важно питање се не сме оставити по страни (спада у проблеме који нису политички „горући“) јер је од кључног значаја за функционисање правног система. Улога правника је да скрену пажњу „неправне“ јавности на таква питања.

Из тих разлога потребно је још једном видети који системи судске контроле уставности и законитости постоје у свету. Свакако да се метод контроле разликује од државе до државе али, начелно, може да се каже да постоје два основна система: децентрализовани (дифузни) и централизовани (концентрисани)¹. Иако се између ова два система не може апсолутно прецизно повући линија раздвајања, из теоријских разлога се они и њихове последице често упоређују. Упркос одређеним преклапањима између ова два система, подела је извршена на основу, можда, најважнијег критеријума: на основу тога који судски органи имају надлежност да контролишу уставност општих аката. У дифузном систему, сви судови могу то да чине. Насупрот томе, у централизованом систему само један суд има ову надлежност.

ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ДИФУЗНОГ СИСТЕМА

Као што је већ речено, дифузни систем омогућава свим судовима и судијама једне земље да делују као уставни судови и судије уставног суда. Ово право, дакле, није резервисано за уставни или врховни суд. Овако постављена судска контрола уставности је последица доследно спроведеног принципа супремације устава²: *lex superior derogat legi inferiori*. На судству је да не примени неуставан закон у конкретном случају.

1 Такође се називају амерички и аустријски систем.

2 A. R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, стр. 127.

Овај систем је типичан за *common law* земље. Узрок томе је доктрина *stare decisis* која обезбеђује да различити судови немају другачије одлуке по питању уставности једног истог закона³. Према начелу *stare decisis* судове обавезују њихове раније одлуке и одлуке виших судова донете у оквиру исте надлежности⁴. Увођење дифузног система судске контроле уставности у земље континенталног права би изазвало недостатак правне сигурности. Иако има земаља континенталне правне традиције које су примениле овај систем са мање или више међусобних разлика⁵, он много више одговара правним системима англосаксонске правне традиције.

Осим децентрализације, најважније карактеристике дифузног система су⁶:

Ништавост неуставних аката и декларативност судских одлука

Ово правило значи да је неуставан акт у оваквом систему ништаван и не може произвести никакав ефекат. Не постоји потреба за другим актом државе који би поништио његова дејства. Ништавост неуставних аката је такође последица стриктно схваћеног принципа супремације устава јер су у том случају сви акти који нису у сагласности са уставом правно неважећи. Начелно, сваки државни орган или грађанин би могао да испитује да ли је поједини акт уставан и да га не поштује уколико он то није. Због правне сигурности је право да испитују да ли је акт уставан поверено искључиво судовима. Међутим, одлука суда у том случају има само декларативан ефекат. Сматра се да неуставна норма није никад била важећа. У складу са тим одлука суда у овој ствари има ретроактивно дејство, тј. *ex tunc* ефекат. Акт је ништаван *ab initio*, од свог проглашења.

Надлежност судова да иницирају оцену уставности

У конкретном случају судија мора да примени устав. Према томе, судија има дужност да оцењује да ли су закони у складу са уставом, иако странке у конкретном поступку не постављају то питање. Насупрот овом правилу, у већини земаља централизованог система орган који оцењује уставност не може сам покренути поступак.

Везаност за конкретан случај и inter partes ефекат одлуке

Надлежност судова да оцењују уставност и законитост је везана за конкретне случајеве који се појаве пред њима. Иако сви судови могу да оцењују уставност општих аката они то чине само ако је то питање релевантно за одлучивање у конкретном предмету. Систем функционише тек ако се пита-

3 Види F. RubioLlorente, *Constitutional Jurisdiction as Law-Making, Law in the Making*, приредио Alessandro Pizzorusso, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1988, стр. 159–161.

4 Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989, стр. 138–142.

5 На пример, Мексико, Аргентина, Бразил, а постојао је и у одређеном смислу у Швајцарској, Португалији, Грчкој и у Италији (од 1948. до 1956.), М. Cappelletti, исто, стр. 134, А. R. Brewer-Carias, исто, стр. 128–131.

6 See A. R. Brewer-Carias, *supra*, стр. 131–135.

ње појави пред судом поводом решавања неке друге ствари. Пошто је одлучивање о уставности везано за конкретан случај, одлука има ефекат који је ограничен на странке у том процесу. Ако је закон проглашен неуставним то само значи да он није применљив у том поједином случају, а не да он не може бити примењен у неком другом поступку. Ово правило је праћено *stare decisis* начелом које обезбеђује неопходну меру правне сигурности, нарочито ако одлука о уставности доноси највиши суд у држави.

Дакле, у децентрализованим системима, према начелу супремације устава, општи акти који нису у сагласности са уставом су ништави. Сви судови имају право и дужност да примењују устав, па сваки акт који га крши могу да прогласе неуставним и не примене у конкретном случају. То могу учинити по сопственој иницијативи, али одлука је везана само за конкретан случај приликом чијег решавања је било потребно применити акт који је неуставан. Одлука само декларише да је акт неуставан јер се сматра да није могао производити правне ефекте за странке у том појединачном случају.

Наравно, ово је само основна логика децентрализованог система која, примењена у конкретном уставном систему, може бити модификована на разне начине.

ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ЦЕНТРАЛИЗОВАНОГ СИСТЕМА

Основно обележје централизованог система је да постоји само један суд у чијој је надлежности контрола уставности. Тај суд је или Врховни суд или суд специјализован за такву врсту надлежности (Уставни суд, Савет).

Овај систем је први пут био примењен 1920. године у Аустрији. Од тада се примењује у многим земљама континенталне правне традиције. Само неколико *common law* држава је имало овакав систем⁷.

Као и код дифузног система, основни принцип на коме се заснива концентрисани систем је супремација устава. Међутим, за разлику од децентрализованог система, право на контролу уставности није дато свим судовима, него само једном суду. То је основна разлика на којој се заснива већина осталих разлика између ова два система.

Капелети сматра да постоје три главна разлога због којих су земље континенталног правног система усвојиле централизовану варијанту судске контроле уставности⁸:

Први је континентална концепција поделе власти. У земљама са таквим правним системом, подела власти се схвата строжије, у смислу супремације правила донетих од стране законодавног тела. Судови морају прихватити и применити такве норме. Поништавање закона се сматра политичким, легислативним актом. Према томе, мора га учинити законодавна грана власти. Начелно је прихваћено да нека врста контроле уставности мора постојати, али ово овлашћење се никад не даје обичним судовима, управо због ове концепције.

7 На пример Гана, Папуа Нова Гвинеја и Уганда, А. R. Brewer-Carias, исто, стр. 186–188.

8 Mauro Cappelletti, исто, стр. 137–146.

Други разлог је одсуство начела *stare decisis*. У дифузној систему овај принцип обезбеђује усклађеност одлука о уставности општих аката. Због тога увођење децентрализованог система није уродило плодом у Вајмарској Немачкој и послератној Италији. У Норвешкој, Данској и Шведској овај проблем није од значаја „само зато што је децентрализована судска контрола уставности релативно неважна, а судије користе ово овлашћење веома обазриво и умерено”⁹.

Трећи разлог је неприкладност редовних судова у земљама континенталног права. Највиши судови у овим земљама немају на располагању одговарајуће процедуре и већ су преоптерећени предметима из своје редовне надлежности. Осим тога, према Капелетију¹⁰, проблем постоји и стога што су континенталне судије, како он каже, „каријеристи” који знају само да примењују право.

Због свих ових разлога, већина земаља континенталног права је прихватила централизован модел судске контроле законодавца. Као и дифузни систем, и централизовани има неке опште карактеристике осим чињенице да само један орган одлучује о уставности и законитости¹¹:

Контрола уставности мора бити успостављена и регулисана уставом

Овај принцип потиче из континенталног схватања поделе власти. Само устав може да овласти орган који није законодаван да поништава законе. Управо због не-законодавног карактера судова, овај систем не може да се успостави, на пример, одлуком врховног суда.

Понишљивост неуставних одлука и конститутивни ефекти одлука

Ово је гаранција уставности и правне сигурности. Акти које доноси законодавац се сматрају пуноважним и имају правно дејство све док их орган који је уставом овлашћен не поништи. Стога, када уставни суд одлучује о уставности, таква одлука има конститутивно дејство. У највећем броју случајева, она има *ex tunc*, односно дејство *pro-futuro*. Због тога у овом систему постоји разлика између апсолутне и релативне ништавости. У случају релативне ништавости одлука има *ex tunc* дејство, док у случају апсолутне ништавости, одлука има дејство *ex tunc*.

Покретање поступка за оцену уставности

У већини земаља континенталног права, уставни суд не може сам покренути поступак за оцену уставности. Дакле, примењује се правило *peto iudex sine actore*. Међутим, када је поступак већ покренут, уставни суд може да разматра и питања која нису покренута (није ограничен иницијативом).

9 Mauro Cappelletti, исто, стр. 141.

10 Mauro Cappelletti, исто, стр. 143.

11 Види А. R. Brewer-Carias, исто, стр. 185–194.

Постоје два начина покретања поступка пред уставним судом: директни и инцидентални. У првом случају, који је уобичајенији у централизованим системима, питање покреће или државни орган или се то чини кроз *actio popularis*. У другом случају, поступак покреће редовни суд зато што се у процесу који се води пред тим судом појавило питање уставности одређеног акта. И у овом другом случају, карактер одлучивања уставног суда остаје апстрактан. Суд одлучује не узимајући у обзир чињенице конкретног случаја који је узрок испитивања уставности.

Законодавни карактер одлука и дејство *erga omnes*

Када уставни суд одлучује, он испитује само логичку компатибилност закона са уставом, тако да одлуке имају квази-легислативни ефекат. Суд има улогу законодавног органа, али само у негативном смислу, зато што може да поништава законе, а не може да их доноси. Одлуке се доносе на овај начин без обзира на то да ли је поступак покренут директним или инциденталним методом. Ово покреће многа контроверзна питања као што је, на пример, проблем легитимитета судске контроле законодавства¹².

Основна последица таквог карактера одлука уставног суда је да оне имају *erga omnes* дејство. Одлуком се неуставан закон поништава и то морају поштовати не само странке у поступку већ и државни органи и грађани.

Дакле, у централизованим системима акти који нису у сагласности са уставом могу бити поништени и то од стране органа који је уставом овлашћен да то чини. Поступак најчешће не може покренути сам уставни суд. Међутим, када је поступак једном покренут, уставност се не разматра у светлу конкретног случаја који се води пред редовним судом и у коме је постављено питање уставности, већ се то чини на апстрактан начин. Због тога одлуке уставног суда имају дејство *erga omnes*, а због оваквог дејства начело правне сигурности налаже да оне производе ефекте *ex nunc*.

Подела свих система у две групе може бити само теоријска. Велики број земаља комбинује ова два система и заправо је „мешовити” систем тај који преовлађује у данашњем свету. О томе треба водити рачуна приликом доношења устава и она решења која можда и нису била карактеристична за наш систем треба усвојити уколико би допринела ефикаснијој контроли уставности.

12 Види Eivind Smith, *The Legitimacy of Judicial Review of Legislation – a Comparative Approach, Constitutional Justice Under Old Constitutions*, приредио Eivind Smith, Kluwer Law International, Hag, 1995, стр. 363–402.

УСТАВНИ СУД РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Издавач:

УСТАВНИ СУД РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Немањина 26, Београд

Телефон: +381 (0) 11 361 6371, +381 (0) 11 361 6372

Факс: +381 (0) 11 681 675

Е пошта: predsednik@ustavni.sud.sr.gov.yu

За издавача:

СЛОБОДАН ВУЧЕТИЋ, председник Уставног суда

Приредила:

Др БОСА НЕНАДИЋ, судија Уставног суда

Уредници:

Др БОСА НЕНАДИЋ, судија Уставног суда
Др СРЋАН ЂОРЂЕВИЋ, судија Уставног суда

Ликовно-графички уредник:

НИКОЛА БОГДАНОВИЋ

Коректура:

НАТАША ПЛАВШИЋ

Компјутерска обрада текста:

ФОТО-СЛОГ „Службеног гласника”

Унос текста:

ЗОРИЦА ЂОРЂЕВИЋ

ЗОРКА БРКИЋ

ДАНИЈЕЛА ДИСИЋ

ДИАНА ДЕНДА

ISBN 86-84925-01-7

Тираж: 300

Штампа: Јавно предузеће „Службени гласник”, Штампарија „Гласник”, Лазаревачки друм 15,
Београд

