

УЛОГА И ЗНАЧАЈ УСТАВНОГ СУДА У ОЧУВАЊУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА



50

1963–2013
УСТАВНИ СУД СРБИЈЕ

**РЕПУБЛИКА СРБИЈА
УСТАВНИ СУД**

**УЛОГА И ЗНАЧАЈ УСТАВНОГ СУДА
У ОЧУВАЊУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА**

Београд, 2013.

**РЕПУБЛИКА СРБИЈА
УСТАВНИ СУД**

**УЛОГА И ЗНАЧАЈ УСТАВНОГ СУДА
У ОЧУВАЊУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА**

Издавач:

УСТАВНИ СУД

Булевар краља Александра 15, Београд, Република Србија

телефон: + 381 (0) 11 285 5006

факс: + 381 (0) 11 285 5097

електронска пошта: kabinet.predsednika@ustavni.sud.rs

За издавача:

др ДРАГИША Б. СЛИЈЕПЧЕВИЋ, председник Уставног суда

Приредила:

др БОСА М. НЕНАДИЋ, судија Уставног суда

Ликовно-графичка обрада корица

ИП “Глосаријум“

ДРАГАНА БОЖИЋ

Лектура и коректура:

ДАНИЈЕЛА ЛУБАРДА

ЈАСНА ЛУКИЋ

Компјутерска обрада текста:

ИП “Глосаријум“

ВЕСНА СТАНИЋ

Унос текста:

СНЕЖАНА НЕСТОРОВИЋ

Тираж: 500

ISBN 978-86-6297-006-0

**РЕПУБЛИКА СРБИЈА
УСТАВНИ СУД**

**УЛОГА И ЗНАЧАЈ УСТАВНОГ СУДА
У ОЧУВАЊУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА
1963-2013.**

ЗБОРНИК РАДОВА

ОКРУГЛИ СТО

Београд, 2013. године

Орџанизацију Окрузлоџ сѣмола ѣомоџла је Орџанизација зе евройску безбедносѣ и сарадњу (ОЕБС).

Издавање зборника радова ѣомоџли су Немачка фондација за међународну ѣравну сарадњу (IRZ) и Пакиѣ за сѣтабилносѣ јуџоисѣточне Евройе.

Помоћ ѣојединим ауѣорима у ѣрикуѣљању ѣрађе за израду рефератѣа ѣружали су саветѣници и сарадници у Сѣручној служби Усѣавноџ суда, а ѣосебно Љиљана Лазић, Верица Јаковљевић, Наѣаша Плавшић, Снежана Лабус, Данијела Лубарда и Аниѣа Сѣојановић.

С А Д Р Ж А Ј:

<i>Уводне напомене</i>	7
<i>Реч IRZ</i>	9
Војислав Становчић Уставно судство и владавина права	11
Будимир Кошутић Границе уставног суда у остваривању владавине права	33
Ирена Пејић Начело поделе власти и уставно судство	55
Боса М. Ненадић О неким аспектима односа уставних и редовних судова.....	71
Драган Стојановић Премисе уставне контроле права и њихово остваривање у пракси Уставног суда Србије	112
Владимир Ђурић Контрола уставности међународних уговора у Републици Србији	136
Катарина Манојловић Андрић Поступак и обим испитивања уставне жалбе	161
Горан П. Илић Утицај праксе Уставног суда Србије на стандарде људских права у кривичном поступку	181
Владан Петров Забрана политичких странака и удружења.....	211

Љиљана Славнић

Решавање сукоба надлежности – традиционални
домен Уставног суда Србије -----224

Дарко Симовић

Проблем политизације и састав Уставног суда -----242

Владан Кутлешић

Услови за избор судија уставних судова
- упоредна анализа 51 устава -----259

Виолета Беширевић

Уставно судство у земљама у транзицији:
лекције из упоредног права -----268

Танасије Маринковић

Дејство одлука уставних судова-----290

Уставни суд Србије је, поводом обележавања 50 година од оснивања, 26. јуна 2013. године, у сарадњи са Правним факултетом Универзитета у Београду и Српским удружењем за уставно право организовао Округли сто на тему

УЛОГА И ЗНАЧАЈ УСТАВНОГ СУДА У ОЧУВАЊУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

У раду Округлог стола учествовале су судије Уставног суда Србије, професори правних факултета у Београду, Новом Саду и Нишу, истакнути научни и стручни радници. Овај зборник садржи 14 реферата. У оквиру опште теме Округлог стола “Улога и значај уставног суда у очувању владавине права“ посебно су обрађена питања улоге уставног судства и владавине права, остваривања надлежности Уставног суда, однос уставног и редовног судства, контроле уставности међународних уговора, поступка пред уставним судом, избора судија уставног суда, дејства одлука уставног суда и улоге уставног судства у земљама у транзицији.

Уверени смо да ће садржај овог зборника бити користан не само уставним судијама, односно онима који се теоријски баве уставним судством, већ и свима онима у чијој надлежности је остваривање заштите уставности, законитости и људских права.

Реч IRZ-а

Уставни суд Републике Србије у 2013. години слави своју 50. годишњицу. Тим поводом, 23. јуна у Београду, одржан је Округли сто на тему "Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права" у организацији Уставног суда, Српског удружења за уставно право и Правног факултета Универзитета у Београду уз подршку ОЕБС-а и Немачке фондације за међународну правну сарадњу, регистровано удружење (*Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit*, скраћено IRZ). Фондација IRZ већ годинама успешно и угодно сарађује са сва три организатора овог округлог стола. Из тог разлога има ту част да кроз пружање подршке одржавању оваквих скупова не само да пружи допринос даљој уставноправној расправи у Србији, него и да на тај начин подржи наставак сарадње између наведених партнера.

Уставни судови су окосница у изградњи и очувању правне државе (термин који је са немачке тачке гледишта за област континентално европског права пожељнији од владавине права). Дobar пример за то представља судска пракса немачког Савезног уставног суда и његов утицај на развој права у Немачкој. Конкретно, судска пракса немачког Савезног уставног суда из области основних људских права у значајној мери је оснажила људска права и заштиту од аката државних органа. Из тог разлога веома радује што је у Србији (и уз подршку IRZ) уведена и реализована индивидуална уставна жалба. Надамо се да ће она у Србији постићи сличан значај који има у Савезној Републици Немачкој. Овај циљ у исто време представља за IRZ и обавезу да настави да пружа подршку Уставном суду Републике Србије, Српском удружењу за уставно право и целокупној правној јавности у Србији из области уставног права.

На крају, захваљујемо свима онима који су омогућили и који подржавају сарадњу IRZ са Уставним судом Републике Србије. На овом месту се са српске стране морају пре свега истаћи Уставни суд Републике Србије са председником суда др Драгишом Слијепчевићем и његовим сарадницима. Са немачке стране желим пре свега да захвалим мом претходнику у IRZ-у Кристијану Хуку (*Christian Hueck*), који је пре

више година покренуо сарадњу са Уставним судом Републике Србије и тадашњом председницом др Босом Ненадић, као и сарадницима из мог тима. Посебну захвалност дугујемо Амбасади Немачке у Београду и амбасадору господину Хајнцу Вилхелму (*Heinz Wilhelm*) за укупно континуирано праћење и пружање подршке раду IRZ-а у Србији, немачком Савезном министарству правде и немачком Савезном министарству иностраних послова, који су уопште омогућили рад IRZ-а у Србији путем финансијских средстава из немачког савезног буџета и из немачког доприноса Пакту за стабилност у југоисточној Европи.

У Бону, јуна 2013. године

Адвокат др Стефан Пирнер (*Stefan Pürner*)

Руководилац одељења у IRZ-у

УСТАВНО СУДСТВО И ВЛАДАВИНА ПРАВА

1. Друштвено стање захтева велике разумне промене

Две категорије из наслова тесно су повезане, али свака има специфичне елементе теоријских и практичних особености и важних садржина. На то ћемо укратко указати и касније дати оцене повезане с њиховим карактером и функционисањем у пракси. Свесни смо да смо у нашој земљи и држави пола века имали уставно судство са превише промена, које нису дале задовољавајуће резултате, па ни опстале. Устав ће морати да се ствара, а не да се само пише. Не сме се дозволити да се на брзину ради оно од чега би се судбина народа могла отежати. Али, не смеју се ни одлагати нити правити неодрживе конструкције. “Уставно судство“ као категорија подразумева решавање уставних спорова од стране судова у циљу заштите устава, а последица је усвајање принципа уставности. Садржина значи не само постојање писаног устава него и његово одређивање као основног закона највише правне снаге, са којим се морају усагласити сви правни акти и материјалне радње, како грађана тако и свих државних органа.

Историјски гледано, између две категорије стајали су векови, али и миленијуми, док се нису обе спојиле у великим земљама. Укратко ћемо у наставку указати на важне и рационалне замисли и институције (установе) и на конституционализам (Constitution). Данас устав и владавина права или владавина закона имају миленијумску традицију. Већина данашњих цивилизованих држава последњих неколико векова учврстиле су политичке системе, економију, културу, уставност и владавину закона. Из старије прошлости могу се црпсти велика знања и искуства и морају се користити, али не површно или брзоплето, али важно је учити и од великих мислилаца, и од животних ситуација и искустава. Описаћемо ниже у делу чланка како једна Цицеронова синтагма, коју је научио од Платона, бива у латинској форми прихваћена у XIII веку од врховног судије Енглеске – и то да људи не могу бити изнад утврђених закона. У нас тек у ондашњем Уставу из 1990. стоји да је Република Србија “заснована на слободама и правима човека и

* Академик Српске академије наука и уметности и професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду, у пензији.

грађанина, на владавини права и на социјалној правди“ (члан 1). Владавина права је и у Уставу Републике Србије 2006 (члан 3). Али, ово уставно правило мало се примењује.

Може се рећи и да су уз много сукоба, унутрашњих преокрета, ратова и револуција, англосаксонске нације и државе успоставиле свој статус на разумним начелима и искуствима праксе, а водеће су међународне силе. У делу чланка указаћемо колико је векова прохујало између времена писаних устава и филозофских темеља владавине закона. Све старе цивилизације почивале су на религијама и на правним изворима. Европска цивилизација се развила на два темеља:

(1) на хришћанству (са пореклом у јудаизму, мојсијевству и претходним религијама и законима; али данас ЕУ има седам старих вредности које су и религије подржавале и седам релативно старих, али први пут су кодификоване у уставне одредбе ЕУ) и

(2) владавини права (антички филозофи су поставили темеље владавини права, али неколико векова раније дао је Мојсије својим сународницима религију и две своје књиге закона; а владавина права као стара вредност унесена је у Споразум о Уставу ЕУ). Крајем 1980-их година у Београду један од највиших представника на врху са службеног положаја излаже да је идеја “правне државе“ контрареволуционарна.

“Уставно судство“ је повезано са уставом као правним актом највише правне снаге у свакој држави, а уставни суд има не само правну, него у извесном смислу и политичку и друштвену улогу. Квалитети наведених категорија морају се проучавати и користити. Категорија уставно судство није само уставни суд, него и уставност (као и законитост повезана са законима). Она укључује извесне поступке и процесе који се одвијају и установе које подносе предлоге и оцењују уставност и резултате који се везују за судство, али и за суд, а уставност у крајњој линији за уставни суд. Ако постоји, али ако и не постоји онда неко друго тело оцењује уставност (то ради парламент, уставни савет, президијум народне скупштине, горњи дом и слична тела).

У историји нашег уставног судства после успостављања првог уставног суда 1963, том суду се препушта одлука о уставности, али подносиоци спора квалификују предмет или случај као супротан уставу, па се онда позивају на противуставност или на уставност. Кад постоји уставни суд, та установа (институција) покреће поступак, а седница чланова суда одлучује. То у начелу има легалност и легитимност, али може се десити и да нема таква својства. У конкретним случајевима тек касније је уставни суд добио овлашћење да се установи уставни спор одговарајуће врсте. У пракси разних земаља често се дешава да немају уставне судове, али кад их имају, они разматрају и одлучују о уставности или противуставности. Морамо у чланку рећи и о садашњем

уставу и какве су у њему противречности између фундаменталних начела и предлога које су партијске вође подржале.

Устави су врло старе установе, али уставни судови су релативно нови. Два чувена античка уставотворца са знатним временским размаком, Ликург и Солон, кад су сачинили уставе за своје полисе, Спарту и Атину, њихови творци су схватили да морају напустити своју земљу, оставити уставе да их не мењају, него да остану какви су написани, али и да уставотворци избегну да их нагоне да та правна акта мењају. Има и најстаријих цивилизација, које имају старе и сложене законике, не баш какви су савремени, али су у власти владара пресуђивали случајеве за какве су током два века судови преузимали оцењивање случајева који личе на каснију “уставност“.

Ноторна је чињеница да имамо више закона који нису примерени да буду део правнога система у којем би било примењено начело владавине права, али и устав сам има великих недостатака.

Наслеђе партијске државе у нас није превазиђено. Очекивања и наде полагане у “октобар 2000“, тј. у дубоке промене у правцу владавине права, демократије и тржишне привреде нису остварени, што је довело до разочарења. Није се ишло на конституционализацију и успостављање владавине права у много ширим размерама, интензивније, али и промишљеније да се ураде уставна решења, тј. норме. Додуше, оно што је велико и добро не може да буде и брзо. Али, није дошло до промене институција које су се могле и морале реформисати или променити. 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. Друштвена кретања, па и економска, политичка, образовна, културна и низ других нису добро изградили. Мислим да су текст радиле групе стручњака из две партије, па се то није могло лако хармонизовати.

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 и уставности 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 избркане склопове речи који нису 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.

Уставно судство је правна институција, “четврта власт“, али и друштвене и политичке установе требало би да међусобно сарађују. Јер, у новије време друштвени односи и ситуације то захтевају. Политичке установе успостављају, а правници формулишу уставне одредбе и извештај скуп правних норми стварају. У начелу, то претпоставља правни акт устав, а онда се подразумева и уставност, која значи да се правни, али и политички и друштвени односи уређују на основу устава. А уставност значи и да се с позивањем на устав томе подређују закони и нижи правни акти.

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 вршити улогу која им је намењена. Уместо личног односа, превеликог удела личне воље и самовоље неког носиоца власти, претпоставља и захтева установе 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).

Могу се претпостављати неки битни услови постојања уставности у смислу уставног режима. Уставност теоријски обухвата сагласност нижих правних норми са уставом као највишим правним актом. Француска револуција није успела да конституционализује своје циљеве, тј. да их претвори у делатне и трајне политичке и правне установе, са владавином права и врло разрађеним системом поделе власти.

Владавина права подразумева умно, рационално, праведно право и трајност права и обавеза, трајнији континуитет уставних решења и поштовање стечених људских права и слобода. Енглези су од средњег века живели под релативно независним судством и владавином закона, а развијањем филозофије и правних теорија и начела.

2. Цивилизацијска достигнућа и резултати правно-политичке филозофије

Право у начелу има цивилизацијску улогу. Без правила понашања не би било цивилизација. Норме су биле религијске, моралне, обичајне, па касније правне. Египћани су богу Озирису захваљивали што их је научио законима, нормама које имају диспозицију, тј. заповест, а други део је санкција, тј. казна или награда. Постоје противречности између садржине норми и понашања која воде сукобима

политичке воље и права (тј. тзв. правног рација - *ratio*). Античке филозофе је мучило да ли се наредбе политичке воље, подупрте силом, могу сматрати за право, без обзира каква је заповест, и да ли се носиоцима власти може поверити велика власт, јер неће себе ограничавати. Мали се број властодржаца држао правних норми, правила и других вредности (верских, родољубних, породичних, пријатељских и према онима који су му подређени) и поштовао је тај поредак. Али већина није, него је законе другима наметала, а прихватала је улогу тиранина, диктатора. Поменућемо оне који су били одважни, мудри и склони да се придржавају норми.

Хамурабијев кодекс је био састављен од старијих закона и нових делова, а цар га је хуманистички тумачио религијом и владавином законских норми. Кад је Хамураби преминуо распала се држава, а погажен је и *Законик*. Слично се распало царство Александра Македонског, у нас Душаново царство, а *Законик* се преписивао. Мојсије је извео Јевреје из египатског ропства и дао им религију и законе, што им је обезбедило интегритет и опстанак, све до данас. Политички капитал (тј. избављење) није користио ради личне власти, а био је прототип “пророка с мачем”, “наоружаног пророка”. Од народних вођа је добио сагласност, па излази пред народ и тражи пристанак на законе (од његових пет књига, две су посвећене законима) и у име божјег ауторитета дао народу верско учење, постигао друштвени уговор (*covenant*, тј. свечани споразум, обећање), народни пристанак, доношење закона, заклетве и прокламовање федерализма (2. Мојс.). Није отишао као вођа с народом, него га је добро упутио, позивао се на египатске обичаје, хебрејска религиозна учења која имају и правне изворе (узете од Јевреја, а од Хамурабијевиог *Законика*, узео је начело “талиона”). Мојсијеви следбеници су Европљанима пренели систем вредности и норме (десет заповести).

Платон и Аристотел су први на систематичан начин изложили теорију о владавини закона. Платон је био велики мислилац, филозоф, најпре је следио елитистичку концепцију у *Држави*.¹⁾ У *Државнику*²⁾ излаже разлоге како се у политици испољава људска природа, па критикује политичаре што су неморални и не бирају средства: “Ниједан говорник, чак ни Темистокле и Перикле, није покушавао да народ учини бољим“. Платонова разочараност у идеалне државнике и идеалну државу, а *Закони*³⁾ су га уврстили међу филозофске родоначелнике

1) Платон, *Држава*, Београд, 1957; предговор Вељка Кораћа: “Платонов идеал јединства филозофије и политике“.

2) Платон, *Државник и Седмо йисмо*, Загреб, ФПН, 1977.

3) Платон, *Закони*, Загреб, 1957; Уредништво потписало “О чему расправља Платон у ‘Законима’”; Бранко Бошњак, “Платонова филозофија и њено мјесто у повијести филозофије”.

идеје о владавини закона. У старости и са искуством, било му је лакше доћи до мудрих закона него до мудрих државника. У *Законима* 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 другог зависи и одржање и пропаст државе."⁴⁾ На другом месту: "Нужно је да људи имају законе и да према њима живе, или да се нимало не разликују од дивљих животиња... Ниједан човек се не рађа с природеном 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."⁵⁾ Зато је боље да владају закони којима се потчињавају властодршци.

Европски филозофи су узимали Аристотела за најгенијалнијег мислиоца. Запазио је проблем који је и данас актуелан: како обезбедити да закони буду добри, како осигурати да они који их доносе буду заиста способни за то. Закони могу бити и рђави, каже "олигархијски или демократски". За њега је демократија била искварени облик слободне републике (политеје), али може бити и подношљива, уколико је умерена, и ако се власт врши у општу корист, а не у корист само оних који власт држе, и добро је ако у њој владају закони, а не пука тренутна воља већине.

Аристотел увиђа да ако су закони рђави, онда се ставом о владавини закона ништа не решава. У *Политици* пише да "није добро да врховна власт уопште припада човеку, а не закону, зато што је човекова душа подложна страстима." Каже: "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⁾ Аристотел је сматрао да је нашао решење: "Произлази сасвим јасно 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⁾

Цицерон, римски грађанин, отишао је да студира у Атини, и био је међу најчувенијим римским говорницима. Тврдио је да Рим није никада био република (*res publica*) или боље рећи да није био народна

4) Платон, *Закони*, IV,7.

5) Исто, IX,13.

6) Аристотел, *Политика*, Београд, 1960; предговор написао Милош Ђурић: "Аристотелово учење о држави и њеном етичком задатку"; в. *Политика*, 1281a (III, vi, 3) и 1287a-a (III, xi, 2-4 и 6).

7) *Политика*, 1282 b (III, vi 13).

држава, а цезару Августу се противио. У проскрипцијама је искасапљен на комаде (секли му руке којима је писао и главу којом је мислио). Мртав је изложен и долазила је гомила светине да га види.⁸⁾ Цицерон је законе схватао правно-филозофски, засниване не на сили која ће обезбедити примену закона, него на рационалности и снази убеђивања. Он пише: “Најученији људи су одлучили да разматрање (правде) почну са разматрањем закона ... а ... закон [је] највиши разум, који наређује шта треба да се чини и забрањује супротно У утврђивању шта је правда, почнимо са врховним законом који има векове пре него је и један писани закон постојао или било која држава успостављена.”⁹⁾ “Шта рећи о мноштву неподношљивих, мноштву погубних писаних закона који у појединим земљама важе? Ови не заслужују да се називају законима нимало више него правила које банде разбојника... У складу са нормама природе сачињавају се људски закони који намећу казну за рђаве, али бране и заштитију добре.”¹⁰⁾ Из Цицеронове *Републике*¹¹⁾ сазнајемо предности живота у држави, која може значити - закони, али не било какви “закони”, а не заслужује сваки закон ни да се тако зове ни да му се покоравамо.¹²⁾ Није закон све што се тако назива.

Важно је знати и проучавати искуства и резултате европских држава, посебно Енглеске, САД и Француске, како су постизале резултате и увођење владавине права.

У Енглеској су 1215. племићи и свештеници натерали краља Јована Без Земље (1166–1216) да прихвати и потпише Magna charta libertatum, тј. “Велику повељу слободе“. Две деценије касније, Хенри де Бректон, правни теоретичар и судија највишег суда, 1235. је увео правно начело, које ограничава сваку личну власт, па и монархову. Начело је да ниједан човек не треба бити потчињен другом човеку, него само Богу и законима (“Non sub homine sed sub Deus et leges“). Ово начело је

8) И чувеног правника Улпијана, убила је преторијанска гарда 223. године, а он је написао 280 правних књига и највећи број правних начела која су ушла у *Дигеста* (цара Јустинијана). Сентенцијама је изразио природу римских принцепса: “Што год се принцепу свиђа, има снагу закона“ (“Quod principi placuit, legis habet vigorem“), којих је највише преузето од Улпијана.

9) Marcus Tullius, Cicero, *De Legibus*, I, vi, 18–19.

10) *De Legibus*, II, v, 13 – vi, 14–15. Цицерон је следио Платона из његових *Закона*.

11) V. Marcus Tullius Cicero, *De Republica*.

12) Види у нашим радовима: “Проблеми легитимности политичке власти“, САНУ, *Глас ССCLXVI*, књ. 26, 1992, стр. 43-117; “Чему се покоравати државној власти? Увод у разматрање о условности и двостраности политичке обавезе грађана“, *Наше шеме*, 1986, 9; “Правни позитивизам, релативизам и “вредносни неутрализам““, *Правни животи*, 1986, 10; “Модалитети легитимизације влада и режима“, *Наше шеме*, 1986, 10-11; “Легалитет и легитимитет“, *Игеје*, 1986,4; и *Macht und Legitimität*, St. Gallen/Lachen, Dike Verlag, 2003, 183 S.

дубоко урезано уздуж бетонске фасаде Правне школе Харвардског универзитета.

Врховни судија Енглеске, Џон Фортескју (Fortescue), написао је око 1470. поуке принцу Едварду IV У *похвалу законима Енглеске (Rights of Englishmen)*, у које је унео три важна правна правила: прво, "права Енглеца" стичу се рођењем, то је требало да буде мерило енглеским судовима; друго: боље је да кривац избегне казну, него да невин буде осуђен (то је постало правно начело англосаксонског права у Енглеској и САД); треће начело: принцип народног пристанка, као чинилац ограничавања владарске власти. То се у земљи мало поштовало.

Енглеска је имала веома крваву Пуританску револуцију, а другу, "Славу револуцију без крви". Борба против краља Чарлса I дуго је вођена, под Оливером Кромвелом је извојевана победа, Чарлса I су погубили 1649. Пре тога је чувени енглески песник, Џон Милтон (писац *Изгубљеног раја*), насупротив цензури објавио *Ареопагитику* која садржи историју цензуре и инквизиције, а борио се за слободу. Под Кромвеловим режимом борио се за слободу писања, али је режим постао ауторитаран. Кад је дошла рестаурација 1660. он је био изложен страдању, али као највећи песник и још ослепели, остао је жив. И Томас Хобс, који је био ментор принца Чарлса II, сина Чарлса I, био је у емиграцији, али је касније напустио династију и вратио се у Енглеску, где је у Лондону 1651. објавио *Левијатан*. Кромвел је уместо монархије успоставио у Енглеској Комонвелт (Commonwealth), а устав су 1653. успоставили под именом "Инструмент владања" (*Instrument of Government of the Commonwealth of England*, 1653). Тај први и једини енглески устав изгубио је место након смрти Оливера Кромвела. Кад је дошло до рестаурације (1660) било је доста неприхватљивих мера, па је Другом енглеском револуцијом 1688, из иностранства доведена нова династија, која је имала мало утицаја, али су имали значајне либералне снаге које су извеле низ промена и донеле више аката којима су промене утврђене. Парламент је споразумом утврдио "Декларацију права" (1689) и исте године одлуком Парламента *Закон о правима (Bill of Rights*, 1689).

Џон Лок (1632-1704) је студирао на Оксфорду, а 1660-их година написао је Устав за Каролину, а у *Две расправе о влади* (1689) дао је ставове, које су један век касније користили за Америчку револуцију (1776). Лок је политичку филозофију развио после Славне револуције у Енглеској. Она садржи више категорија и идеја - начела: природна права људи, либерална демократија, идеологија либерализма, ограничена влада, легитимација пристанком оних којима влада. Излаже теорију о владавини закона и подели власти, и да људи као разумна бића могу обезбедити мир и заједнички живот. Узајамно поштовање и разумом

схваћена и за све једнака права: на живот, тело, слободу и радом стечену својину. Позитивни (владини) закони морају доприносити тој сврси. Власт мора да буде ограничена: никакво тело, појединац, скупштина - не могу имати неограничену власт. Сматрао је да је нужно да се садржина закона ограничава, да се ни законима не може наредити све што би политичка воља хтела. Из овог је изведена теорија права човека. За Лока - где престају закони, почиње тиранија. Набраја карактеристике закона: законодавна власт је највиша власт у свакој земљи, али “није нити може да буде апсолутно арбитарна над животима и имовином других људи”; “не може за себе да присвоји власт управљања на основу импровизованих декрета, већ је *дужна да дели њравду* и да решава о правима поданика *на основу објављених важећих закона и њреко овлашћених судија*”; оваква власт “*не може да ѡренесе власт доношења закона у неке друге руке и ограничена је, јер су јој “овлаштења дали друштво и божји и природни закони... да влада на основу објављених усћановљених закона, да имају једно правило за богатог и сиромашног, за миљеника на двору и сељака за плугом*”; “*закони не треба да буду намењени ниједном другом циљу сем добру народа*”; и “они не треба да *ударају ѡорезе* на својину народа без сагласности народа“.

Џорџ Мејсон је од сто година старијег Лока преузео права и слободу и унео их у “Декларацију права“ која је ишла уз Устав Вирџиније (12. јуна 1776). Око месец дана касније Томас Џеферсон (Jefferson) износи Конгресу “Декларацију независности“ (4. јула 1776), и из Локове концепције изводи једнакост свих људи, слободу у границама закона, а природна су права људи на живот, слободу и “право на тражење среће“ (“the pursuit of happiness“).

У стварању устава САД истицали су се Франклин, Вашингтон, Едмунд Рандолф, Медисон, Хамилтон, Ли, Дикинсон и др. Кад је на конвенцији током четири месеца 1787. с тешкоћама остваривана замишљао и рађен предлог америчког Устава 1787, потписан је од 39 учесника, а 16 учесника га није потписало. Кад је почела ратификација федералних држава, схватило се да у Уставу нема никаквих уставних одредби о заштити права и слобода грађана, па је претила опасност да Устав неће бити ратификован нити Федерација створена. Утицајни уставотворци и државници обећали су народу и федералним државама кад Устав буде прихваћен биће додати амандмани. Влада је на основу Устава успостављена 4. марта 1789. Године 1791. изгласано је 10 амандмана, а названи су “Закон о правима“ (*Bill of Rights*).

Са великим напорима су усвајана решења која су уношена у Устав (као дводомост, у представнички дом државица према броју становника бира број представника, а у Сенат свака федерална држава по два члана; сувереност подржава Устав САД, итд), концепција ограничене владе и владавине закона, повезана је с “поделом власти“, тј.

различитих грана власти са наглашавањем независног судства, као услова владавине права. Монтескјеова идеја о “подели власти“ садржи идеју да “једна моћ (власт) ограничава другу“.¹³⁾ Амерички уставотворци су применили теорију о “контроли и равнотежи“ (“checks and balance“).

Једна струја у либералној теорији сматрала је да апсолутну власт није могуће контролисати и да се таква (тј. неограничена) власт не сме никоме поверити. Једна од основних идеја Џејмса Медисона јесте да се обезбеди слобода “дистрибуцијом масе моћи међу саставне делове владе“, јер “акумулација све власти, законодавне, извршне и судске у исте руке, било једнога, неколицине или мноштва, и било да је извршена путем наслеђа, самоименовања или избором, може се оправдано сматрати за саму дефиницију тираније“.¹⁴⁾ Потребно је да свака власт буде ефективно ограничена како не би могла прекорачити овлашћења која има.¹⁵⁾ 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.¹⁶⁾ Медисон је тежио да својом формулом обезбеди и створи владу која не може предузети радикалне мере.

Уставом САД је установљен Врховни суд, а Џорџ Маршал, као правник и врховни судија, на једном случају (case: *Marbury vs. Madison*, 1803) утврдио је на основу англосаксонског правног система и поставио случај као правило, и тако је Врховни суд САД постао установа која решава “уставне спорове“. Тако је то у САД и данас, мада је било и изузетака, поготову кад председник САД има право или слободу да поступа према ситуацијама и случајевима у иностранству.

У XVIII веку се у Француској говорило и писало о атинској демократији, која је била највише слављена, а нарочито код Жан-Жака Русоа (1712-1778). Његове идеје су у почетку имале утицај на Француску револуцију (1789). Он је сматрао да “општа воља“ (*volonté generale*) подразумева апсолутност народног суверенитета, неограничених закона и неограничености демократије, која може бити радикална (каква би произишла ако би се остваривале Русоове идеје какве су спроводили јакобинци у Револуцији), а може бити и тоталитарна.¹⁷⁾ У 18.

13) Шарл де Монтескје, *О духу закона*, новије издање Завода за уџбенике, Београд, 2011; превод и предговор Аљоша Мимице.

14) Медисон, *Федералист*, Но 47.

15) Медисон, *Федералист*, Но 48.

16) Медисон, *Федералист*, Но 51.

17) J. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, London, 1952.

веку Хјум (Hume) је писао да за друштвени и привредни развитак демократија није неопходна, али да је владавина права *conditio sine qua non* тих пожељних друштвених достигнућа, тј. без владавине права се то не може постићи.

У “Декларацији права човека и грађанина“ донетој у Француској 1789, у члану 16. речено је да нема устав земља у којој нису гарантована права грађана и у којој није извршена подела власти.¹⁸⁾ То је све после мењано новим декларацијама.

Укратко ћемо указати на време настајања, карактер и трајање неколико устава. Енглеска је, као што смо казали, имала први *Устав Комонвелта Енглеске* донесен од Кромвелове власти 1653, а 1660. је дерогиран. После тога краткотрајног устава, није био на снази никакав, али једни мисле да Енглеска устава нема, а данас се сматра да њен устав чини око 300 докумената (са почетком “Велике повеље слобода“, 1215), па декларација, закона, повеља, статута, одлука, итд. Но, то све функционише.

Амерички устав (из 1787, на снагу је ступио 1789, а 1791. добио десет амандмана, којих сада има 27), откад је написан има 226 година. Има више стотина предлога за амандмане, али Конгрес их не изглашава.

Француска је много друкчија од претходне две. Она је први устав, монархистички, усвојила 1791, следили су револуционарни и антиреволуционарни, има их читаво туце, а њихова својства су ригидност са строгим формулацијама. За Устав из 1946. додата је декларација из 1789.

После Првог светског рата успостављају се уставни судови. Први је увела Аустрија 1920, а Ханс Келзен је био иницијатор успостављања таквог суда. Сада уставне судове има велики број земаља.

У Србији су такође бројни покушаји и предузете уставне промене и иновације (прве ране промене помињу се као Карађорђевог устав из 1808, па Сретењски устав 1835, али се нижу промене у другој половини XIX, а још више у XX веку). Кад се рачунају промене и амандмани који мењају уставе, то изгледа као хаос. Мора се радити систематично, никако брзоплето, да би се учврстио један дугочни устав. Ради тога се морају предузети бројне промене у погледу својине и економије, уз одсуство грађанског законика који је био примењен у Србији 1844, а укинут је 1944. од стране нове власти, која је великим бројем промена мењала другим и то је стварало неизвесност и несигурност. Од Другог светског рата до почетка 1970-их могу се у Југославији констатовати четири промене идеологија и система. Мора се радити на уставу који

¹⁸⁾ “Декларација права човека и грађанина“ (1789), у *Људске слободе и права*, Београд, Савез удружења правника Југославије, 1968, стр. 30.

би могао да стабилизује и правне, економске, политичке, културно-просветне и све друге области, да се учврсте у корену, који представља устав и систем који је трајан.

Дакле, укратко, насупротив апсолутизму и арбитрарности, у савременом друштву уводи се владавина права која је изнад владавине људи и она је примена правног рација, рационалних правних норми.

Општи ставови политичке и правне теорије и филозофије о владавини права изношени су и подржавани су од највећих умова. Римски правници су изrekli више сентенци о праву као науци, вештини о доброте и праведноме (*ius est ars boni et equi*). О његовим функцијама, које се и данас узимају као важећа начела. Рецимо она *honeste vivere, alterum non leadere, suum cuique tribuere* – тј. поштено живети, штету другоме не наносити и свакоме дати оно што му припада. А прегнантно су изразили и стања и чиниоце узурпација и насиља кад се за закон проглашава све што се свиђа принцепсу. Увек је умност ваљан разлог за нека начела која су мудри људи изrekli. И та начела и данас стоје и имају утицај. Најпознатији хришћански мислиоци западне цркве пренели су библијску идеју (Мојсијеву) владавине закона и уносили су то у темеље западноевропске цивилизације. Велики су доприноси Херингтона, Лока, Монтескјеа, Хјума, Канта, америчких федералиста и низа других из XX века.

Алберт Ван Дајси је у свом *Уставном праву* (1885) изложио англосаксонску школу владавине права узимајући у обзир *common law* и либерално третиран однос појединца и државе. То је део правне традиције и политичке културе. Дајси је објашњавао ограничења британског Парламента. Роско Паунд је на судским прецедентима оснажио подвргавање суду аката, како законодавне, тако и извршне власти. Амерички Врховни суд има право да решава о одлукама председника и Конгреса (Рузвелт је 1938. укинуо право Врховног суда да пресуђује о одлукама председника које он предузима у иностранству). На Дајсијеву теоријску концепцију позивају се Англосаксонци. Дајси је владавину права дефинисао са три елемента: (1) потпуна превага или превласт редовних закона насупротив утицају арбитрарне власти, арбитрарности, прерогатива и дискреционе власти владе; (2) једнакост пред законом који примењује редовни суд; и (3) назива уставним законом, као што у страним земљама правила чине део устава, а нису извори него последица права које је утврђено и заштићено од судова. У Британији и САД опада утицај начела владавине права, кад се у те две земље уводе управни судови. Но, владавина права је ушла и у основна начела Европске уније. Такво начело је и начело устава Републике Србије од 1990. и 2006, али то начело се није примењивало ни у законима ни у стварности.

3. Политичка воља заобилази или одбацује правне разлоге

Теме о сили, оружју и принуди трајно су присутне у расправама о праву, политици и друштву. Моћ или принуда околичним путем обезбеђују помоћ на брзину донесених закона. Политичка воља, ако није ограничена, најчешће прераста у арбитрарност и самовољу, па настоји да се правом послужи ради остваривања своје воље и интереса, а под дејством страсти и осећања (тј. мржње, осветољубивости, сујете, похлепе) бира пут. “Реализам“ који је Макијавели схватио, нашао је следбенике који су се руководили инстинктом за стицање моћи и одржавање власти. Апсолутистички владари су се тако понашали: Луј XIV каже: “Држава, то сам ја“ (“L’Etat, c’est moi“), а у Француској се говорило: “Ако хоће краљ, хоће и закон“. У много чему се испољава корумпираност правног и политичког система, а драстична неусклађеност уставног и правног система помаже ширењу корумпирања.

С друге стране, прави пут се користи да се дође до правде. Законодавна власт мора бити обавезана уставом и законом, неким натправним или метаправним вредностима. Незаобилазна је страна човековог цивилизованог друштвеног живота, свакодневног живота, али разна тела (управна или судска) врло често не примене правне мере. Тај пут или оставља тражиоце правде без резултата, или се конфликтне ситуације решавају у оквиру закона, али се доношење одлуке одуговлачи и на деценије. Међутим, ако нема рационалне и ефикасне примене права, онда се изгубљеним споровима човек теши моралном аутономијом и професионалном етиком у приватном или јавном животу.

Неки старији и новији уставни релативно лако су се и брзо мењали на основу политичке воље - било властодржаца који седе у извршној власти, тј. егзекутиви, или у законодавној власти. Они први лакше, брже и више постигну већу моћ, чврсту власт, чврсту руку, нарочито личну моћ, извесне користи и привилегије, а често их не прихватају, док политичка моћ глорификује оно што по својој вољи жели и користи, јер има надређеност над управом и често уводи неке мере страховладе. Мора се рећи да политичка воља гази правни рацио и воља се у тренутку гаси и губи утицај и нестаје много тога што је неко очекивао.

Право се мора учити од значајних претходника и морају се мудри законодавци поштовати. У нас није успео покушај 1835. са либералним Срењевским уставом, али је Грађански законик 1844. успео и регулисао правне односе све до 1944. године кад је смена власти укинула све законе или се власт користила “правним правилима“ и многобројним путевима решавања проблема. Професор Михаило Константиновић је крајем 1960-их сачинио грађански законик, али је тај одбачен неким другим закоником.

Политичка воља врло често намеће законе другима, а сама се њима не подвргава (има доста изузетака међу државницима). Вечни сукоб *политичке воље* и самовоље са правним *рациом* уколико се уставни поредак не учврсти, остаје без ваљаних решења. Питање је како и чиме се могу уводити иновације, побољшања и усавршавање примене устава.

Владавина права у данашње време широко се истиче, као и демократија, али у далекој прошлости антички филозофи, Платон, Аристотел и Цицерон, након рђавих искустава са политичким идеалима и агресивним политичким великашима дали су филозофске идеје о владавини закона и права, а не о властодршцима, а поготову не о маси која одлучује, јер то заврши у облику који су значајни мислиоци назвали владавином руље (мобократијом, охлократијом, или слично). Платон је два пута путовао на основу позива својих ученика и одлазио на Сицилију да подучи шефове полиса, а он је једва оба пута спасао главу уз помоћ пријатеља. Аристотел је на брзину побегао из Атине, јер је знао да ће изгубити главу. А Цицерон и Улпијан, чувени говорници и правници, поштени мислиоци, били су убијени као што се убијају змије.

Правна зграда земаља које излазе из вековног ауторитаризма мора да се мења, "реформише", и конституционализује и институционализује. Франц Нојман је констатовао да глас већине не може зло учинити добрим, већ да зло уз подршку већине постаје велико зло.¹⁹⁾ То значи да су пристанак, учешће, масовна подршка и други слични изрази прихватања и популарности само неопходан, али не и довољан услов за легитимност једне власти и њених закона.

Политичка воља је некада драга онима који су похлепни да је спроводе и могу је реализовати, а да их нико не може ограничити, па ни устав какав друштво треба, а не да се угађа нечијој политичкој вољи. Важније је и нужно дугорочне друштвене интересе и опстанак народа и државе одржати у разумној мери и рационалним оквирима.

4. Владавина права и уставност ограничавају власт (проблеми конституционализма)

Владавина права је цивилизацијско достигнуће, а устав је инструмент и део владавине права, иако се у историји устав први институционализовао. Легитимизацијски основ власти има елеменат конституционализма, нарочито кроз људска права. За владавину права је веома важан поступак, предвиђена процедура, правоваљан фер поступак у целини и у свакој грани права према њеним специфичностима, што у англосаксонском праву зову "the due process of law". То је важно кад се

¹⁹⁾ F. Neumann, *Демократска и ауторитарна држава*, Загреб, Напријед, 1974.

одлучује о људским правима, о изборима, у парламентима приликом усвајања закона и др. Власт која је победила може врло лако да изгуби легитимност. Исто тако, мало већи број гласова друге партије или блока партија, носи победу оној струји која добије више гласача него супротна.

Основна начела Устава Републике Србије (2006) су: владавина права, непосредни избори, подела власти, однос између три гране власти “на равнотежи и међусобној контроли“, независна судска власт. Неки наши компетентни конституционалисти пишу о несагласности (и противречности) између одредби самог Устава. Навешћемо неке недостатке: у начелима која су проглашена, непосредни избори су део уставних решења, али су једно време одабрани посланици били изабрани од стране партијских вођа, али, изборни систем је критикован да свака партија може кандидовати за посланике већи број својих чланова, а кад се изборни резултати утврде онда свака партија која пређе изборни цензус, добија онолико мандата колико је процената гласова добила. Тада су вође партија могле да са списка својих кандидата узимају по својим критеријумима кога ће именовати као делегата под именом посланика, а не по редоследу на списку. Са списка се заобилазе и они који ће можда добити положај у извршној власти. По упоредним уставним критеријумима овакав начин избора је посредан, а не непосредан. То су критиковали стручњаци из ЕУ и Венецијанске комисије.

Већа је мана Устава што је сваком посланику давао право да потпише бланко оставку и преда је партији којој припада: “Народни посланик је слободан да, под условима одређеним законом, неопозиво стави свој мандат на располагање политичкој странци на чији предлог је изабран за народног посланика“ (тако каже члан 102. Устава). Ово доводи до две лоше последице, које би требало избећи. Тиме се, као и са више других конкретних мера уводи партократија. Друга је последица уставног решења у нас да посланик нема аутономију и не може доћи до изражаја лично мишљење посланика о неком важном питању, уколико то његова партија не дозвољава. Народном посланику се налаже тзв. императивни мандат, да испуњава и говори оно на шта га партијско вођство или вођа обавезе. А проблематична је у нас и министарска одговорност о којој је на српском језику 1883. године био објављен рад Бенжамена Констана (објавила Краљевско-српска државна штампарија), а кад је сачињена једна новија верзија избора Констанових радова (Београд, 2000) штета је што је тематика министарске одговорности испуштена. То је проблем морала и савести. Понашање партија је избегавање неке обавезе, али је заинтересована по сваку цену да што више власти, и посланика, придобије. Не би било потребне већине да се Устав мења, али то би било постигнуто кад би се главне партије договориле.

Међу уставним начелима је “подела власти“ (члан 4. Устава), а према нашем праву исти функционери нису смели имати истовремено функције у различитим органима извршне и законодавне власти, али су такву забрану бројни појединци кршили. Не може изговор бити што у неким земљама могу бити спојене две функције у једној личности (што нпр. у Енглеској може).

Проблем је што извршна власт, тзв. егзекутива, има највише моћи и средстава којима може да утиче, тј. испољава своју моћ над друге две гране власти. Амерички утемељивачи уставног система развили су класични облик поделе у систем односа, где свака грана има удео у контроли друге две и да се међу њима успоставља равнотежа. Али кад су се накнадно формирале партије, она која победи, та своје приврженике узима и даје им положаје у државној администрацији. У Енглеској је све то друкчије, јер је енглеска државна администрација непартијска и она увек остаје независна од партије која је победила. Амерички председнички систем има једну врсту посредних избора преко електора, па се више пута дешавало да председнички кандидат добије више гласова бирача, а изгуби изборе, јер је други противкандидат добио више електорских гласова. Кад би се говорило о већини, од оног броја гласача за председничког кандидата, може се десити да победник добије само четвртину броја гласача плус један вишак који га чини победником. Могао би добити изборе са 25% плус један. Џон Лок је тако процењивао демократске изборе, али 50% плус један. Већина мора бити повећа.

Кад буде прављен нови устав мораће се прецизно разграничити подела власти. Судство трпи утицај егзекутиве и оно је већ деценијама у нас било под утицајем извршне власти или партијско-политичких тела, па је формална независност била веома окрњена. Корупција о којој говоримо у овом контексту је велика корупција, тј. кварење система, а то је крупан чинилац који ремети и систем поделе власти. Платон и Аристотел су сматрали да на изборима она страна која победи, њени чланови добију положаје (такав је амерички систем, енглески је супротан јер је њихова администрација непартијска). Победници у грчком систему морају према свим гласачима једнако поступати, а ако то избегну то је корупција. А корупција је и кад прекрше устав, који се не може лако мењати.

Свим партократским манипулацијама минимизирана је улога изборног тела, а сами избори су нужна процедура партијама. Кад је Устав (2006) доношен референдумом, било је мало учешће грађана на референдуму. Тако је на ондашњим изборима Устав САД потврђен с малом већином на гласањима у скупштинама по државама, а прихватање Устава се показало као добро за државу и за народ. Референдум

и није демократски него више бонапартистички облик, јер с њим лако и ефикасно манипулишу они који су предложили тај облик одлучивања.

Уставна или либерална демократија није облик неограничене власти, него су права и слобода грађана, заштита права и слобода мањина, важна корекција права и власти већине. Таква демократија се врши (1) у складу са утврђеним правилима (уставним) и (2) у интересу свих, а не само оних који власт међусобно деле и врше. Ако ова два услова нису испуњена, такву владавину већине су мислиоци као Аристотел и Хегел називали мобократија или охлократија, а и новији пијаци су о таквом систему писали као о рђавом. Џеферсон је такав могући систем називао “изборним деспотизмом“, а Медисон, Токвил и Мил су такав систем власти третирали као тиранију већине, али су разматрали и осуђивали тиранију мањине.

Наше дуготрајно правно стање показивало је лоше стране, а ја сам раније указивао на више недостатака, и о томе писао већ у 1960-им годинама, а на почетку 1980-их написао сам неколико правних и политиколошких чланака/студија у нашим угледним часописима.²⁰⁾

Изградња уставно-правних начела и владавине права укључује устав са разумним и трајним решењима начела владавине права; успостављање државних установа, њиховог статуса и надлежности, поделу власти на законодавну, извршну и судску; регулисање избора; својину; економско уређење и јавне финансије; људска и мањинска права и слободе; забране које се морају регулисати. Бројна ограничења

20) Од мојих радова изостављам краће објављене критике, а навешћу неке своје чланке и једну књигу: “*Одговорности правника у свијетлу неких особености правног система*“, Пракса (Титоград), 1982, 5; стр. 133-140; “Друштвено-политички оквири уставности и законитости“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1983, 4, стр. 511-532; “Конфликти и усаглашавање интереса у федералним системима“, *Политиколошке студије*, 1983, 4, стр. 72-94; “Потребне су смелије и вишесмерне анализе функционисања политичког система“, *Општина*, 1983, 11-12, стп. 16-24; “Економска стабилизација и уставност и законитост“, *Савремена пракса*, прилог 1010 од 21. маја 1984; “Отклонити структуралне мањкавости економског и политичког система“, *Актуелна питања даљег развоја политичког система*, Београд, Универзитет, 1984, стр. 76-82; “*Права и слободе као елементи уставности и социјализма*“, *Анали Правног факултета*, 1984, 1-2, стр. 200-213; “Правна неизвесност као средство ауторитарне политичке контроле“, *Архив за правне...* 1985, 4, стр. 696-706; “Држава *версус* друштво“, *Друштвено-политичке заједнице*, Крагујевац, Универзитет, 1985, стр. 46-75; “Зашто се право не остварује? О природи правне и моралне аномije“, *Одговорности*, 1985, 1-2, стр. 39-53; књига *Федерализам/Конфедерализам*, Титоград, Универзитетска ријеч, 1986, 233 стр; “Друштвена криза и уставне промене“, *Три програм Радио Београда*, 1987, 74, стр. 33-50, и прилозима на стр. 50, 53, 55, 61-62, 64-65, 67-68, 73, 75, 77, 85-86, 105-106, 114, 115, 135; “Жудња за влашћу. О потреби југословенске перестројке... *Дуза*, 19. септ. 1987, 354, стр. 14-17. [Интервју]; “О природи права: да ли је примарнија принуда или рационалност?, *Марксистичка мисао*, 1987, 2, стр. 75-104; и овде на крају *Борба* је објавила четири моја интервјуа на тражење *Борбе*, први у четири наставка “о уставним променама“ (17, 18, 19. и 20. јун 1987), у интервјуу у три наставка “Да ли су предложене уставне промене примерене дубини кризе“ (3, 4. и 5. фебр. 1988); а *Борба* (15. дец. 1988) даје наслов мојем интервјуу да се ради о “*Невољи мини грађана*“ и “*да др Сјановић о својој штедњи да бисмо боље живели да смо могли слободније кришковаати*“; и на крају текст “Од лошег ка горем. Програмиране мане политичког система“ (*Борба*, 28, 29. и 30. нов. 1988); мој интервју “Жудња за влашћу“ у *Разговори о кризи* Весне Малишић, објавила Научна књига, 1988, стр. 107-127.

уставних одредби које су раније увођене из идеолошких или партократских одређења не дају сада не само жељена него за државу и друштво потребна и нужна дуготрајна уставна решења.

Конституционализација у политичком животу значила је и значи утврђивање односа између основних структура и установа власти, њихово бирање (конституисање) и регулисање начина како се власт врши, а гарантују се права и слобода грађана (не само на речима). Конституционализацију морамо посматрати у ширем оквиру остваривања владавине права, која је такође, из највише разлога, стављена међу основна уставна начела (члан 3. Устава РС), а она у суштинском смислу обухвата и нека друга начела као што су подела власти, коју и Устав третира као начело, независно судство, без чијег деловања и остварења независности не могу се постићи ни суштински циљеви као што су уставност и законитост, и сама владавина права. Имајући и виду нашу нимало сјајну уставну историју у погледу поштовања устава од стране носилаца власти, нарочито највиших, али и оних на нижим лествицама, морамо напоменути да у нас дугу традицију има пракса да се неке важне уставне одредбе лако заобилазе.

У таквим оквирима, владавина права подразумева релативно рационалан и уравнотежен правни систем, корпус индивидуалних права и слобода, регионално-локално организовање земље, 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 (просвете, науке, штампе, универзитета, синдиката, економије, црква, удружења), раздвајање (тзв. подела) власти (или боље система узајамних контрола и равнотежа) и независног судства. Неки проблеми српске државе проистичу и из слабости устава, основног закона о уређењу државе и друштва.

Кад су наши уставни писани после Другог светског рата прибављали су текстове устава других држава, али су се придржавали само неких којима су били привржени, а и кад су се ослобађали неких форми и норми, није то испунило ваљане уставне резоне, решења и предвиђене статусе какве су увеле друге државе, а и оне које су пажљиво побољшавале или нешто ограничавале. Некада је белгијски устав из 1831. био модел за више других држава.

Но, и кад се напишу и изгласају текстови устава, власт или властодршци могу кршити устав и без контроле и икаквих ограничења, поготово кад их нема, а слобода појединаца или малих група да властољубиво узурпирају све што могу и покушавају. **Ми живимо у једном стању аномije, у ситуацији где се ни правне ни моралне норме не поштују.** То је друштвена пошаст која разара, вређа, уводи неједнакост

међу грађанима у погледу стварне вредности права која имају и терета дужности које морају да носе. То су проблеми који имају дубље друштвене и политичке корене, који се не могу решити поправкама административних механизма (иако и то није неважно). Србија је доживљавала и преживела горку историју.

Доста разлога се мора имати у друштвеној свести, али и у индивидуалним свестима које дају идеје, предлоге, критике итд. кад се на дужи рок планира увођење уставног режима, тј. стварање и усвајање устава зависно од друштвених услова и предложених структура органа државне власти, али и других обзира и снага одбрамбених, друштвених, економских, политичких, националних, демографских, културних чинилаца и других који се морају узети у обзир. Али, неки јачи све то узимају под своју контролу. А узети у обзир међународна, историјска и професионална искуства, па и она од најстаријих искустава и учења, то може бити од помоћи онима који ће се старати да озбиљно граде државу, а не да је приватизују. Најчешће се умним правилима не може умерити или ограничити “владавина већине”.

Теорија државе је као основне елементе третираола територију, становништво и суверену власт. Повеља УН гарантује суверенитет и територијални интегритет чланица, али садржи и одредбу о самоопредељењу народа, па ове две врсте одредби јаке државе могу тумачити како им одговара, час признавати једно својство, а час рачунати са другим процесима у вези са правом на самоопредељење.

Моћне државе се према својим интересима опредељују и одлучују коју ће карактеристику неке државе подржати (њен интегритет или цепање на основу самоопредељења неке групе која има подршку неке моћне наклоњене силе). И једно и друго се може оправдавати позивањем на људска права и слободу оних који ће то приуштити себи или другоме. Одредбе тзв. међународног права моћне силе могу тумачити како им одговара.

Оно што би влада морала учинити тиче се три најважније ствари, које и уставни поредак и друштвено-политичке снаге очекују и настоје очувати: безбедност, слобода и благостање.

Србија има мали демографски прираст, бројчаност становништва ће се можда привремено одржати или порастати имигрантима, највише Србима, који су морали напустити просторе на којима су живели столећима. Али њене руралне територије остају без становништва и без коришћења потенцијала.

Неопходни су још важни елементи: одговарајућа политичка култура; развијено грађанско друштво; предузетништво; плурализам интереса: мноштво организација (партије, цркве, синдикати, универзите-

ти, штампа, и сл); област јавног и друштвеног живота. Део уставних одредаби се односи на социјалну државу.

“Оквирну конвенцију [Савета Европе] за заштиту националних мањина“ (1995), наша држава је ратификовала 2001, као услов за учлањење у Савет Европе. Велике силе победнице у Првом светском рату, себе су изузимале од режима заштите мањина, а после Другог светског рата инсистирале су само на индивидуалним правима.

Мана је Устава и што је сваком посланику давао право да потпише бланко оставку. Кад испуњава задатак посланик нема ни аутономију ни посланичку одговорност. Ако посланик није народни посланик онда је на основу Устава и питање да ли је и Скупштина народна, итд. колико је легитимна влада, па чак и кад с пуно напора јавно делује у интересу народа. Осим тога, у Србији је проблематична и мистарска одговорност.

У Народној скупштини Србије већ дуже и сада се бира 250 посланика. Многе земље иду на мањи број посланика, а теже да буду компетентни, одговорни и аутономни, па да својим знањем доприносе квалитету правних извора.

Владавина права се у пракси не може успоставити без независног судства. Пре готово десет година сам написао да за судство мора постојати посебан закон односно посебна процедура избора и утврђивања одговорности, посебно тело које ће то утврђивати. Право да кажем, у једној држави је за грађане важније постојање независног, добро уређеног, компетентног, некорумпираног судства и владавине права, него да имају демократију.

Пошто нам простор не дозвољава да опширније у овај важан део проблема улазимо, поменућемо неке врсте узрока. Претпоставке за добру државу и решавање уставности и низа проблема сажећемо навођењем у неколико тачака: (1) владавина права, (правна држава) са правима и слободама људи, и елементима социјалне државе, која је позната као “држава благостања“; (2) разуман, умерен, либералан уставни систем и одговарајући институционални аранжмани са хоризонталном и вертикалном поделом власти; (3) политичка култура толеранције и уважавања различитости, прилагођавања и дијалога; а 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, пресуђивања пре суда и затварања очију пред чињеницама; (4) развијено грађанско друштво у којем већинска група живи. Све то може да се постигне само улагањем систематских напора у том правцу током дужег временског периода уз истовремено вођење мудре политике руковођене ваљаним

начелима; (5) уместо институција имали смо 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; (6) током истог периода и са истом опасношћу понављања је и то да се политичка воља поставља насупрот институција, правила и владавине права; (7) имамо веома распрострањену аномију, тј. непоштовање ни правних ни моралних норми, због чега су правна несигурност и неизвесност веома велике; (8) 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 изведу народ из ауторитаризма и уведу га у демократију, владавину права, тржишну привреду и развијено друштво; а *Грађански законик* немамо, укинут је 1944, а важио је 100 година, уведен је 1844. Присутни су остаци свести - идеолошке, бирократске, партијске, партократске; (9) дубоки остаци нагомиланих искустава и утицаја образаца понашања за време ауторитарних власти (нарочито усађиваног неповерења свакога према свакоме); (10) каквоћа (квалитет) уставног и правног система, не у правно-техничком, већ у смислу заштићених 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; (11) 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; (12) уместо демократије може се рећи да имамо партократију о чему ћемо рећи не само као о узроку рђавог стања, већ и као о потенцијалној опасности.

Vojislav Stanovčić

Member of the Serbian Academy of Sciences and Arts

Summary

CONSTITUTIONAL JUDICIARY AND THE RULE OF LAW

Two categories are related, but each one has specific elements, contents – theoretical and pragmatic, practical. Constitutions were made in the course of centuries, while codes in millenniums much before legal philosophers (Plato, Aristotle, Cicero, de Bracton and many later) established the principles of rules of law, and not of men, until in modern age it became the rule for some countries. Wisest philosophers and theoreticians exposed their ideas about rule of law, and on the ground of ethics, humanistic, and could say just and ideas “beyond the laws”. A small number of constitutions survived longer. Some antique, in Modern Age much longer American Constitution than others, but after the French Revolution a dozen constitutions in France rejected, destroyed, reformed, and finally in the second half of 20th century was stabilized. Similarly, for two centuries many of Serbian constitutions could not be neither constitutional nor institutional. It must be done that the country on the long term stabilize the new Serbian constitution which will be established on rational theories and good constitutions compared with other countries. It also needs to abolish mistakes and contradictions among details, but making the new Constitution has to be based on excellent characteristics and potential functioning in practice. Some longer lasted constitutions could not establish the rule of law. In historical view, and among two institutional cases, until they combine results like in great countries and great theoreticians and reasonable practical persons or combined groups with the hope could sooner or later will achieve great results of valuable constitution on proper constitutional and institutional grounds.

Key words: Political Will *vs.* Law, Constitution, Justice, the Rule of Law, Judiciary, Courts, Constitutionality, Legal Philosophy, Morals, Ethics, Liberal Culture, Civil Society.

ГРАНИЦЕ УСТАВНОГ СУДА У ОСТВАРИВАЊУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

У демократској правној држави сви државни органи, укључујући и законодавни орган, дужни су да поштују устав. Пошто је уставни суд овлашћен да испитује да ли се ова уставна обавеза поштује, уставно-политички значај уставног суда је изузетан. Познати немачки професор државног права Рудолф Сменд (1882-1975) записао је да Устав СР Немачке важи у облику у коме га пројумачи немачки Савезни уставни суд.

Иако је зајажанье проф. Сменда основано, оно није без граница. Политички значај и улога уставног суда у политичком систему одређене државе зависе од постојања две важне претпоставке: (1) да буде позван да одлучује о уставности закона или групог уставног питања из његове надлежности и да (2) пођођени одлукама уставног суда поштују његове одлуке. Његова “моћ” заснована је, према томе, на ауторитету устава (из кога проистичу његова овлашћења) и снаге уверљивости његових одлука.

Питање граница уставног суда у остваривању владавине права отворило се с посебном оштрином у времену продубљене интеграције европских држава у Европску унију, а нарочито са избијањем кризе евра и потребе за предузимањем мера за његово спасавање. Савезни уставни суд Немачке утврдио је у пресудама Масрихт и Лисабон своје право да ипрати уставни идентитет Немачке и да испитује да ли су правни акти институција Европске уније донети у оквиру овлашћења која су додељена Унији (ultra vires контрола).

Пред немачким Савезним уставним судом у току је пошуйак за оцену уставности три закона којима је немачки Парламент ратификовао три европска уђовора: Уђовора о уђрађивању сшава 3. у члан 136. Уђовора о функционисању Европске

* Професор Правног факултета Универзитета у Београду, у пензији.

уније (којим је ублажена *bailout* клаузула), Уговора о усптаповљењу Европског стабилизационог механизма и Уговора о стабилности, координацији и управљању у економској и монетарној унији. Посиууак је покренуи од стране једне парламентарне групе, као и уставним жалбама које је поднело више од 35000 лица. Немачка Бундесбанка је оценила да у тим уговорима постоје одређена прекорачења овлашћења додељених Европској централној банци.

У овако замршеној уставној ситуацији, основано се поставља питање може ли Уставни суд одлучити суврошно јасној политичкој вољи исказаној двојрећинском већином у немачком Парламенту. Истина, Уставном суду је олакшан задатак ублажавањем *bailout* клаузуле у Уговору о функционисању Европске уније, на основу чега може одбити захтеве за оцену уставности наведених закона о ратификацији и да, истовремено, сачува уред верног чувара немачког Устава.

Уставни суд Србије, пред којим је покренуи постоуак за оцену уставности “бриселских“ уредби и Бриселског споразума у којој је ситуацији од немачког Савезног уставног суда. Њему није јужен појас за сававање као немачком Савезном уставном суду ублажавањем *bailout* клаузуле.

Кључне речи: Уставни суд, уставносудска контрола, владавина права, уставни идентитет, уставна жалба, *ultra vires* контрола, *bailout* контрола, Суд правде Европске уније, Европска централна банка.

Почетак судске контроле закона везује се за чувени *Bonhams Case* из 1610. године у коме је судија Едвард Коук утврдио непримењивост акта Парламента због његове неусклађености с начелом *Common Law* према коме “нико не сме бити судија у сопственој ствари“. Та идеја о судској контроли закона развијала се споро. Кромвелов “Споразум с народом“ из 1647. године, теорија федералиста о супрематичности Устава САД над обичним законима (потврђена од стране Врховног суда САД у познатом случају *Marbury v. Madison* из 1803. године), овлашћење највишег суда Аустрије, утврђено законом из 1868. године, да одлучује у споровима о надлежности између државних органа и о заштити одређених политичких права етничких заједница у Аустрији представљају важне моменте у развоју идеје о потреби установљења уставног судства. Творац ове специфичне уставносудске институције био је Ханс Келзен. Његово и Мерклово учење о ступњевитости правног поретка и

неопходности да нижи ступњеве тог поретка буду усклађени с вишим, добило је своју нормативну потврду у Уставу Аустрије из 1919. године (главни редактор тог Устава био је управо Ханс Келзен). Основна улога тим Уставом установљеног уставног суда била је у заштити уставности и законитости. Није спорно да су подстицај за установљење теорије степена и институције уставног суда, Келзен и Меркл нашли у природноправној теорији немачких филозофа из 17. односно 18. века, Пуфендорфа и Волфа (Samuel Pufendorf и Christian Wolff). Према тој теорији, владаоци су дужни да поштују у остваривању своје владавине основне законе, *leges fundamentales*.¹⁾

Установљење доктрине о владавини права везује се за учење енглеског конституционалисте из 19. века Алберта Дајсија, док је учење о правној држави настало у немачкој правној теорији и развио га је под тим називом Роберт фон Мол (Robert von Mohl). Садржина ових појмова није била идентична у 19. веку. Правна држава је била, пре свега, формални појам који је означавао везаност извршне власти за закон (немачка полицијска држава преобразила се у правну државу подвргавањем закону не само судске већ и управне власти), док је владавина права изражавала у Енглеској, пре свега, заштиту појединца од носилаца државне власти. Еволуција тих појмова довела је до тога да се данас изрази владавина права и правна држава сматрају синонимима (што се јасно види из немачке и енглеске верзије Уговора о Европској унији у којима се користе изрази *rule of law* и *Rechtsstaat* као изрази са истим значењем). Истина, у савременом раздобљу, садржина начела правне државе далеко је потпунија у уставном поретку Савезне Републике Немачке него владавина права у Енглеској. Та разлика долази до нарочитог изражаја у погледу уставносудске контроле закона. У Енглеској влада и даље догма, истина знатно ослабљена, о суверености парламента и немогућности судског стављања ван снаге одредаба закона које је донео парламент, док су овлашћења Уставног суда СРН у том погледу јасно утврђена у Уставу (Основном закону) Савезне Републике Немачке.²⁾ Модерно схватање владавине права односно правне државе претпоставља судску контролу уставности закона. Штавише, та врста судске контроле сматра се битном за успостављање демократске др-

1) Albrecht Weber, *Europäische Verfassungsvergleichung*, Verlag C. H. Beck, München, 2010, стр. 322. и сл; Х. Келзен је поднео 1929. године реферат “*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*“ на годишњем састанку немачких професора државног права. Келзенова схватања о уставном суду подвргао је оштрој критици тада најпознатији немачки професор државног права Карл Шмит. Келзен је убрзо био приморан да напусти Немачку, а Карл Шмит је 1933. године постао члан Хитлерове Националсоцијалистичке партије Немачке.

2) Armin von Bogdandy und Jürgen Bast (Hrsg), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage, Springer Lehrbuch, Heidelberg, London, New York, 2009, стр. 36. и сл; Б. П. Кошуткић, *Основи права Европске уније*, Београд, 2010, стр. 89. и сл.

жаве односно за остваривање владавине права, правне државе. Наравно, уставносудска контрола закона има одређене границе. Те границе проистичу из суштине демократије и природе устава у демократској држави као акта утемељења и јемства слободе.

I

Келзенов (аустријски) модел концентрисане уставносудске контроле прихватиле су између два светска рата само Шпанија и Чехословачка. Прави продор овај модел судске контроле закона остварио је после окончања Другог светског рата. Нарочиту заслугу за ширење овог Келзеновог модела уставносудске контроле закона има усвајање Основног закона Немачке 1949. године (тзв. Бонски устав). Иако је Бонски устав донет као привремени устав Савезне Републике Немачке, на иницијативу западних окупационих власти (Немачка је у то време била подељена на четири окупационе зоне: америчку, британску, француску и совјетску), својом садржином обезбедио је себи угледно место у упоредној уставној историји. Уносећи у Grundgesetz (Основни закон) одређена решења која је захтевала окупациона власт (пре свега, федерално уређење које је проглашено “вечним“), очеви западнонемачког Устава потрудили су се да у њега унесу одређене трајне вредности, нарочито схватање правде. Основу тог Устава чини људско достојанство као највиша вредност, на којој је утемељена целокупна државна власт. Првих 19 одредаба тог Устава гарантују основна људска права и слободе, а члан 20. тог Устава утврдио је основно државно начело: “СР Немачка је демократска и социјална држава; Сва државна власт извире из народа. Народ је остварује изборима и гласањем, преко законодавних органа, органа извршне власти и судске власти; Законодавство је везано уставом, а извршна и судска власт законом“. А у члану 28. Устава СРН утврђено је начело хомогенитета: “Сходно овом Уставу уставни поредак земаља (Länder) мора да одговара принципима републиканске, демократске и социјалне правне државе.“

Очеви немачког Устава желели су одредбама овакве садржине и њиховим остварењем у животу да учине радикалан отклон према нацистичком режиму и злу које је тај тоталитарни режим проузроковао. Сећајући се Хитлеровог закона из 1933. године, усвојеног неопходном двотрећинском већином у Парламенту који је заседао у згради опере у Берлину (пошто су нацисти запалили зграду немачког Парламента и оптужили комунисте за ту паљевину), а према коме је “поред Парламента и Влада овлашћена на доношење закона“, бонски уставотворци су изричито прописали да је законодавац везан уставом и установили уставносудски орган овлашћен да стави ван снаге неуставни закон.

Болна истина да у немачком Парламенту 1933. године (у необичним околностима и под будном пажњом Хитлерових оружаних јединица за заштиту поретка) Хитлер није имао двотрећинску већину, а да му је ту већину обезбедила католичка партија центра (пошто је претходно Хитлер направио погодбу са Ватиканом да ће Ватикан самостално одређивати немачког кардинала) подржавши његов неуставни предлог закона. Против усвајања тог закона гласала су само 82 посланика Социјалдемократске партије Немачке, а њен тадашњи председник Ото Велс је рекао да нико нема право да захтева одрицање од слобода и достојанства (Велс је морао да побегне из Немачке, прво у Белгију, а затим и у Француску, где га је сустигла смрт 1939. године).³⁾ Истовремено, установљени савезни Уставни суд (оперативан је постао 1951. године) преузео је на себе, поред апстрактне нормативне контроле, и улогу крајњег заштитника основних људских права и слобода, мада у самом тексту устава није била изричито предвиђена уставна жалба. Савезни закон о Уставном суду СРН из 1951. године уредио је материју уставне жалбе, чиме је обезбеђено ефективно правно средство за заштиту утврђених права и слобода (у текст Устава је унета уставна жалба уставном реформом из 1969. године).

Установљење и делатност немачког Уставног суда били су подстицај за прихватање уставног судства у већини европских држава (уставни суд у Италији предвиђен је Уставом из 1947. године, али је касно постао оперативан, а надлежност му је веома ограничена). У Европској унији већина држава чланица прихватила је аустријско-немачки модел уставног судства, с тим да у нордијским државама постоји дифузни систем судске контроле закона према америчком узору (judicial review). Француски систем превентивне контроле уставности закона од стране Уставног савета специфичан је (истина, након уставне реформе из 2007. године, установљена је могућност и одређене накнадне контроле уставности закона, члан 61-1 Устава).

II

Изворни текст Бонског устава доживео је бројне промене како пре уједињења Немачке, тако и након уједињења 1990. године. Најпре, текст Устава је допуњен одредбама из области одбране и нужног стања (Notstand), а затим изменама у односима савезне државе и држава чланица и нарочито уређивањем финансијског уравнотежавања између

³⁾ Вајмарски устав из 1919. године представља важну стапу у развоју европске уставности. У њему су била предвиђена, поред грађанских и политичких права, и социјална права. Оптужбе да је тај Устав кривац за долазак на власт Хитлера су бесмислене, поготово кад се зна да је Закон о овлашћењу Хитлерове владе на доношење закона усвојен 1933. године супротно одредбама Вајмарског устава.

држава чланица (финансијска и буџетска питања). Након уједињења било је неопходно изменити бројне одредбе Устава. Остало је спорно да ли је уједињење Немачке требало остварити кроз нормалне измене Устава у складу са члановима 76. до 79. Основног закона или на начин на који је то урађено, путем Уговора о уједињењу.⁴⁾ Последње уставне реформе извршене су 2009. године. Један део тих промена извршен је и због чланства Немачке у Европској унији и обавеза које из тог чланства проистичу за Немачку. Наравно, и Савезни закон о Уставном суду из 1951. године претрпео је више измена. Ипак, његове суштинске одредбе остале су неизмењене (као и одредбе Устава о савезном Уставном суду). Какав је статус савезног Уставног суда према тим решењима и које су границе тог Суда у остваривању начела владавине права?

Савезни Уставни суд Немачке је суд (за разлику од Уставног савета Француске који то није). Он је то не само по свом називу, већ и према свом положају у одељку IX Устава посвећеном правосудју. Према члану 92. Устава “судска власт је поверена судијама. Она се остварује од стране Савезног уставног суда, савезних судова предвиђених Уставом и судова земаља (Länder)“. Стога, Уставни суд је уобличен као суд у организационом, функционалном и процесном смислу. Сходно томе, и за Уставни суд важе уставна начела о судовима. Он поступа само по предлогу (тужби), одлучује према принципу судијске независности, везан је искључиво правом (уставним правом). Политички значај овог суда не сме се потценити. Пошто одлучује често о политички спорним питањима, његове одлуке имају и политички значај, са далекосежним последицама. Наравно, та чињеница не утиче на природу Уставног суда СРН, пошто тај суд одлучује према уставним, а не политичким мерилима.

Савезни Уставни суд није обичан државни орган већ уставни орган. По томе се Уставни суд разликује од других највиших савезних судова којима није признат тај статус. Квалификација Уставног суда као уставног органа проистиче из уставних одредаба о установљењу и надлежности овог суда (чланови 93. и 94. Устава), као и из чињенице да својим пресудама утиче на стварање општедруштвене политичке воље, неопходне за успостављање демократије. Из обележја савезног Уставног суда да представља уставни орган проистичу важне последице: Уставни суд није у компетенцији ниједног министра. Има сопствени буџет и може непосредно (а не преко министарства) општити са другим уставним органима (Парламентом, Владом, Председником Републике Немачке). Осим тога, савезни Уставни суд је овлашћен на доношење сопственог пословника о раду, а његове судије нису савезне

4) Hartmut Maurer, Staatsrecht I 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, стр. 140. Савезни Уставни суд потврдио је уставност извршених измена.

судије, већ судије Уставног суда у нарочитом јавноправном службеном односу (с одговарајућим правима аналогно правима лица на одређеним функцијама у другим уставним органима).

Из оваквог положаја савезног Уставног суда проистиче његов уставно-политички значај. Пошто су сви државни органи, укључујући и законодавца, обавезни да поштују и примењују Устав, а савезни Уставни суд је овлашћен да испитује да ли се придржавају ове уставне обавезе, ова околност чини Уставни суд изузетно важним уставним органом. Он одлучује коначно “шта Устав каже“. Стога је познати немачки професор државног права Р. Сменд изјавио на прослави десетогодишњице постојања овог Суда да “Основни закон (Grundgesetz) важи практично тако како га протумачи савезни Уставни суд“.⁵⁾ Наравно, политички значај овог суда зависан је од постојања две важне претпоставке: (1) да буде позван (предлогом, тужбом) да одлучује о уставности закона или другог питања из своје надлежности и да (2) пођени његовим одлукама поштују те одлуке. Његова “моћ“ заснована је, према томе, на ауторитету Устава (из ког проистичу његова овлашћења) и снаге уверљивости његових одлука. Досадашњи политички живот Савезне Републике Немачке потврђује да су испуњене обе претпоставке за постојање ауторитета и политичког значаја овог Суда. Уставно судство је дало упечатљиво обележје природи немачке државе и карактеру њеног права. Стога би се историја Савезне Републике Немачке могла успешно проучавати у огледалу праксе савезног Уставног суда. Тај суд је био позван да доноси одлуке о уставности изузетно важних правних аката Парламента и Владе СР Немачке од 1953. године до данас (изградња немачке војске и приступање НАТО-у у оквиру Аденаурове западне политике, о источној политици владе Брант – Шел, о учешћу ваздушних снага Немачке у операцијама ван територија држава чланица НАТО, о Закону о саодлучивању, о Мастрихтском и Лисабонском уговору о Европској унији - познате пресуде Мастрихт и Лисабон и друге одлуке тог Суда).⁶⁾

Поред широко утврђених могућности да се покрене поступак пред овим Судом (постоји специфичан облик *actio popularis*, што је имало за последицу извесно сужавање могућности улагања уставне жалбе кроз измене првобитног текста Савезног закона о Уставном суду), и круг његових надлежности, у поређењу са другим уставним судовима у државама чланицама Европске уније, веома је широк. Поред уставне жалбе, која је омогућила Уставном суду да утврди правило о минимуму егзистенције достојне човека који треба да буде гаранто-

5) О значају флексибилности устава: Noel Cox, *Constitutional Paradigms and the Stability of States*, Ashgate, 2012, стр. 87. и сл.

6) Н. Maurer, *op.cit.*, стр. 624. и сл; Christoph Gröpl, *Staatsrecht I 4. Auflage*, Verlag C. H. Beck, 2012, стр. 302. и сл.

ван сваком држављанину СРН, у надлежности тог Суда су и решавање органских спорова између савезних органа, федерални спорови (спорови између савезне државе и држава чланица), спорови између држава чланица, нормативна контрола у њеним различитим облицима (основна и инцидентна, апстрактна и конкретна нормативна контрола, концентрисана и дифузна, специјална и интегрисана, као и комбинације тих различитих нормативних контрола). Осим тога, у надлежност овог Суда спадају и изборни спорови, комуналне уставне жалбе, као и поступци за заштиту Устава (заштита демократског основног поретка). Ту спада, поред испитивања и одбацивања закона супротних члану 79(3) Устава, одлучивање о губитку основних права у складу са чланом 18. Устава, забрана политичких партија (члан 21. Устава), мере против судија које вређају начела Устава (члан 98(2) Устава). Најзад, савезни Уставни суд поступа и по тужбама против Председника СРН у складу са чланом 61. Устава.⁷⁾

Поред ових изворних надлежности, утврђених у првобитном тексту Бонског устава и његовим изменама извршеним пре уједињења Немачке, савезни Уставни суд је стекао још једну специфичну функцију - функцију заштите уставног идентитета Савезне Републике Немачке у процесима европских интеграција.⁸⁾ Решеност савезног Уставног суда да преузме ову функцију изазвана је, најпре, одређеним одлукама Европског суда правде које су биле у супротности с одредбама о основним правима немачког Устава. Закључење Мастрихтског уговора о Европској унији, и нарочито установљење економске и монетарне уније у оквиру ње, учврстили су уверење савезног Уставног суда у неопходност његове контроле граница европске интеграције постављених у Уставу Савезне Републике Немачке.

III

Три међународна уговора којима су биле успостављене Европска заједница за угљ и челик (1952. године), Европска економска заједница (1957) и Европска атомска заједница (1957) били су класични уговори међународног права. Како је дошло до парализе у раду органа ових заједница (посебно кад је председник Француске постао политички горостас генерал Шарл де Гол), кључну улогу у развоју ових заједница и њиховог правног поретка преузео је Суд европских заједница са седиштем у Луксембургу.⁹⁾ Својим пресудама у случајевима

7) О надлежности уставних судова у упоредном уставном праву: А. Weber, *op.cit.*, стр. 327. и сл; Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд, 2013, стр. 540. и сл.

8) Sodan / Ziekow, *Grundkurs Öffentliches Recht*, München, 2012, стр. 130. и сл.

9) D. Augenstein (edited), *'Integration through Law' Revisited, The Making of the European Polity*, The Edinburgh/Glasgow Law and Society Series, Ashgate, 2012, стр. 1. и сл.

van Gend en Loos, Costa v. Enel, Internationale Handelsgesellschaft mbh v. Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (1970, ECR 1125, ова пресуда била је повод да Савезни Уставни суд донесе своју чувену пресуду Solange I) и Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal (1978, ЕСП 629), Европски суд правде засновао је своје доктрине о непосредном дејству и предности права европских заједница над правом држава чланица у материјама пренете надлежности на европске заједнице. Последице ових доктрина, према схватањима Европског суда правде, биле су: (а) свеопштост предности (предност права европских заједница постоји према сваком извору националног права, укључујући и устав); (б) правило *lex posterior derogat legi priori* не важи у односу између права Заједнице и националних права држава чланица и (в) непримењивост националног права у случају колизије с правом Заједнице. Савезни Уставни суд СРН није одбацио у потпуности доктрине Европског суда правде, али их је реинтерпретирао. Основ предности (Vorgang) права Заједнице дат је у Уставу Немачке, с тим да правни акти Заједнице морају бити донети у оквирима додељених овлашћења Заједници од стране држава чланица. Истовремено, правни акти Заједнице не могу бити у противречности са структурним принципима Устава Немачке и одредбама о људским правима и слободама. Након релативно помирљиве пресуде у случају Solange II из 1979. године, савезни Уставни суд је у случају покренутом пред њим због тврдње предлагача да је Мастрихтски уговор, нарочито одредбе о економској и монетарној унији и еврo као јединственој монети, супротан Уставу СРН заузео чврст став. Та пресуда, названа Мастрихт пресудом, изазвала је бурне реакције како у пракси тако и у правној теорији. Нарочито је општар био проф. Ј. Н. Н. Weiler, који је нагласио да је за немачки савезни Уставни суд “Deutschland über alles“ (Немачка изнад свега). Известилац у случају Мастрихт био је судија тог Суда и један од најпознатијих немачких професора из области упоредног уставног права и европског права Паул Кирхоф.¹⁰⁾

Савезни Уставни суд је утврдио да Европска унија може вршити само додељену надлежност, а да су границе делегације надлежности дате у принципу демократије и заштити основних права утврђених у Уставу СРН. Велико ограничење отворености интеграције и флексибилности у примени принципа демократије на наднационалном нивоу лежи у гаранцијама вечности (члан 79(3) Устава), које одузимају могућност одређених промена у овој области и од немачког уставотворца, гарантујући сувереност немачке државе и њен уставни идентитет. Стога, у пресуди Мастрихт, наглашава се да су државе “господари уго-

¹⁰⁾ Потпуније о схватањима проф. Paula Kirchhof-a: “*Der Europäische Staatenverbund*“ у Von Bogdandy – Bast (Hrsg), *op.cit*, стр. 1009-1045.

вора“ и у основи међудржавни карактер (intergovernmentalist) европских интеграција.¹¹⁾ Из тих разлога, савезни Уставни суд Немачке утврдио је своје право *ultra vires* контроле ради оцене да ли се европска интеграција одвија у границама утврђеним конститутивним европским уговорима. Његово је право да оцени да ли се достигнутим обимом интеграције угрожава принцип демократије и начело социјално-правне државе (утврђени у члану 20. и 28. Устава). Опсег европских интеграција, утврђен у Уставу Немачке, могао би се проширити само усвајањем новог немачког устава на општенародном референдуму сходно члану 146. Устава (GG-a).

Сличне ставове заузели су и други уставни судови држава чланица ЕУ, као и Уставни савет Француске. На основу тих ставова, извршене су измене у уставима Немачке (унет нови члан 23. о Европској унији и 24. о колективном систему безбедности) и Француске (нови одељак о Европској унији са члановима 88-1, 88-2, 88-3 и 88-4, 88-5, 88-6 и 88-7), а у текст Лисабонског уговора унета је одредба члана 4(2) Уговора о ЕУ која гласи: “Унија уважава једнакост држава чланица пред Уговорима, као и њихове националне идентитете, независно од њиховог политичког и уставног уређења, укључујући и регионалну и локалну самоуправу. Она поштује њихове основне државне функције, посебно оне које обезбеђују очување територијалног интегритета државе, одржавање јавног реда и мира и очување националне безбедности. Посебно, национална безбедност остаје у искључивој надлежности сваке државе чланице“.

У пресуди Лисабон од 30. јуна 2009. године, савезни Уставни суд је уложио напор да одреди основне државне функције које не могу уопште или могу под врло рестриктивним условима да буду пренете на Европску унију. Другим речима, те функције представљају неодвојиви део националног и уставног идентитета немачке државе. Најпре, не може бити пренето на Европску унију одлучивање о питањима везаним за културне корене и вредности немачког народа: породични односи, питања везана за немачки језик, интеграција трансценденталног у јавни живот и однос према верским заједницама, као и питања везана за школство и образовање. Демократско самоодређење захтева да одређена политичка заједница, повезана са таквим традицијама и уверењима, остане субјект демократског легитимитета. Слична разматрања важе и за кривично право и примену кривичног права. Идентификујући ова поља (породично право, кривично право, однос према религији, држављанство и грађанство) у којима културне разлике спречавају стварање хомогене политичке заједнице као извора демократске

11) Oppermann /Classen/ Nettesheim, *Europarecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, München, 2011, стр. 149. и сл.

легитимности, Уставни суд је заузео став да су она непреносива или делимично преносива на Европску унију. Другим речима, одређена хомогеност вредности је предуслов дубље интеграције. А непостојање јединственог европског народа и јединствене европске политичке јавности представљају ограничења за одређене врсте европских интеграција.

Истовремено, примењујући немачку доктрину о суштинским елементима у области јавног права (*Wesentlichkeitstheorie*), савезни Уставни суд је утврдио да кад треба регулисати питања од важности за слободу и једнакост грађана, та питања морају бити уређена законима и покривена одлукама које доноси немачки Парламент, а не могу бити препуштена ни извршној власти ни пренета на Европску унију. Ту спада располагање и употреба војске (према немачком Уставу само Парламент може донети одлуку о употреби војске и њеном упућивању у иностранство, док је то у Француској у рукама извршне власти), буџетска сувереност и социјална политика.¹²⁾

IV

Глобална финансијска криза изазвана, пре свега, збивањима на Wall street-у и САД у целини, потресла је цео свет и уздрмала из темеља Европску унију. У првом евро-случају (“Greece-Bailout“) из 2011. године, требало је изнаћи решење за грчку кризу у ситуацији у којој Уговор о функционисању Европске уније изричито забрањује “bailout“ клаузулу. Та “no bailout“ клаузула уз критеријуме конвергенције (минимални буџетски дефицит, умерени јавни дефицит и други критеријуми конвергенције) била је неопходан услов да Немачка прихвати одредбе о економско-монетарној унији и евра као јединственој монети у уговорима из Мастрихта 1992. године. Постоји сагласност у европској политичкој мисли да је Немачка учинила ту жртву, како би исходила пристанак четири велике силе (пре свега, Француске и Енглеске) за уједињење Немачке. Прихватањем евра као јединствене европске монете, према речима харвардског професора Моравчика, Немачка је прихватила да постане европска Немачка, а инсистирањем на оштрој финансијској и буџетској дисциплини и одсуству “bailout“ клаузуле допринела да Европа постане “немачка“.¹³⁾

У својој првој европресуди од 7. септембра 2011. године, Уставни суд Немачке имао је прилику да примени своју доктрину о томе која државна овлашћења не могу бити пренета на Европску унију и да ис-

12) A. Steinbach, *The Lisbon Judgment of the German Federal Constitutional Court – New Guidance on the Limits of European Integration*, German Law Journal, Vol. 11 No. 04, стр. 367. и сл.

13) A. Moravcsik, *The Choice for Europe*, New York, 1998, стр. 387.

пита да ли усвојене мере за решавање грчке дужничке кризе превазилазе оквир додељених овлашћења Унији (*ultra vires* контрола). Савезни Уставни суд поступио је по устаљеном начину понашања. Рекавши “да, али” (“Ja, aber“) предложеним мерама, Суд је изнео низ услова који морају бити поштовани. Сходно њима, Парламент не може пренети своју буџетску одговорност другим субјектима непрецизним буџетским овлашћењима, нити може одобрити стварање међународним уговорима трајних механизма (стални фонд за заштиту евра) који повлаче одговорност за одлуке донете слободном вољом других држава, поготово ако садрже финансијске последице које је тешко израчунати. Штавише, устврдио је Суд, чак и без формалног преноса буџетске надлежности на органе Европске уније, садржински принцип демократије може бити повређен ако Парламент исцрпи своје право буџетског одлучивања на уставно неприкладан начин. Отуд, свака одлука савезне владе о помоћи, која повлачи висок износ финансијских средстава, донета у духу солидарности, а која укључује јавне издатке на међународном нивоу или на нивоу Европске уније, мора бити одобрена од Парламента.

Годину дана касније, Уставни суд СРН нашао се опет у ситуацији да одлучује о европском bailout-у.¹⁴⁾ Пред немачким Парламентом наша су се три међународна уговора: уграђивање члана 136(3) у Уговор о функционисању Европске уније, нови Уговор о установљењу Европског стабилизационог механизма (ESM Treaty) и нови Уговор о стабилности, координацији и управљању у економској и монетарној унији (Fiscal Compact). Пре него што је немачки Парламент ратификовао ове уговоре 29. јуна 2012, Уставни суд је донео пресуду 19. јуна 2012. године, у случају покренутом предлогом парламентарне групе Савез 90/Зелени, у коме се тврдило да су повређена права Парламента да буде правовремено информисан у вези са Европским стабилизационим механизмом и Фискалним споразумом. У тој пресуди, Суд је потврдио да савезна Влада није извршила своју обавезу из члана 23(2) Устава да потпуно и правовремено информира Парламент “у материји која се односи на Европску унију“.

Пошто је Парламент ратификовао ове међународне уговоре десет дана касније од доношења ове пресуде Суда о повреди обавезе правовременог информисања Парламента, поднето је више уставних жалби (потписало их је више од 35.000 лица), а група политичке странке Леви (Linke) у Парламенту СРН покренула је тзв. спор између државних ор-

¹⁴⁾ По изрицању пресуде у првом еврослучају из 2011. године, председник Уставног суда Андреас Фоскуле (Andreas Vosskuhle) изјавио је на врхунцу дебате о еври да у границама садашњег Устава СР Немачке није могућа даља интеграција. Другим речима, може постојати само привремени фонд за спасавање евра али не и трајни механизам; *Der Spiegel*, Nr.10 / 4. 3.13, стр. 24.

гана о уставности ових закона о ратификацији (*ultra vires* контрола комбинована са начелом додељених овлашћења Унији). У својим предлозима, учесници су затражили издавање привремене забране сходно којој Председник СР Немачке не сме да потпише указ о проглашењу закона о ратификацији док се не оконча главни поступак пред Судом и утврди њихова уставност или неуставност.

Предлагачи поступка пред Уставним судом указали су да сваки оспорени закон појединачно и у комбинованом дејству повређује њихова права из члана 38(1) у вези са чланом 79(3) Устава, као и чланове 20. и 21. Устава. Осим тога, предлагачи су нагласили да није поштован ни члан 23. Устава, чиме су повређена како права немачког Парламента тако и њихова права из чланова 14(1) и 20(4) Устава. Нагласили су да је прихватање девалвације забране *bailout* клаузуле из члана 125. Уговора о функционисању Европске уније, уношењем у тај Уговор новог става 3. члана 136, повреда структурних принципа Устава Немачке пошто се тиме укида неопходан услов за очување слободe Парламента да одлучује у буџетској материји. Ово представља не само фундаменталну промену монетарне политике, већ даљи степен у европској интеграцији који из темеља мења природу Европске уније. Стога, амандман на Уговор о функционисању Европске уније којим се уноси став 3. у члан 136. УФЕУ, није могуће усвојити по поједностављеној процедури сходно члану 48(6) УЕУ, већ у редовном ревизионом поступку из члана 48(2-5) Уговора о Европској унији.¹⁵⁾

Закључивање уговора о Европском стабилизационом механизму и Финансијском споразуму није било могуће без омекшавања одредбе о забрани *bailout* клаузуле из Уговора о функционисању Европске уније. То је био основни разлог што су шефови држава или влада на седници Европског савета одлучили да се крећу “с оне стране Уговора али у складу са његовим духом“ (Рејмонд Салеј је тако протумачио одлуку француског суда да у другој половини 19. века прихвати објективну одговорност за опасне ствари, иако она није била предвиђена у тексту француског Грађанског законика из 1804. године). Без те одредбе, немачка Влада није смела да прихвати установљење сталног стабилизационог фонда, пошто се савезни Уставни суд у својој првој европресуди изјаснио против те могућности, док се не измене на адекватан начин одговарајуће одредбе европских уговора. Очигледно, укидање забране *bailouta* захтева редовну ревизиону процедуру, чији исход би био крајње неизvestан и временски би дуго трајао (сама Немачка није била ни

15) Став 3. члана 136. гласи: “Државе чланице, чија је монета евро, могу установити стабилизациони механизам и активирати га кад је то неопходно у циљу очувања стабилности еврозоне као целине. Додела ма које финансијске помоћи из механизма биће подвргнута стриктном условљавању.“

сагласна с тим укидањем). Отуд, приступило се њеном омекшавању употребом поједностављеног ревизионог поступка.

Пошто су оспорили уставност Закона о ратификацији уговора о уношењу става 3. у члан 136. УФЕУ, предлагачи су указали и на неуставност решења садржаних у друга два међународна уговора. Овлашћења Европског стабилизационог механизма (ЕСМ) су неспојива са структурним принципима немачког Устава, нарочито са принципом демократије. Парламент се неуставно лишава буџетске аутономије. Према члану 3. УЕСМ, ЕСМ је овлашћен да доноси далекосежне одлуке са тешко предвидивим последицама за буџете држава чланица. Европски стабилизациони механизам постаје, на тај начин, финансијска банка без подложности банкарској суперконтроли. Истовремено, тврде предлагачи, члан 8(5) УЕСМ не ограничава одговорност држава чланица. У случају инсолвентности појединих држава чланица, обавезе прелазе на солвентне државе чланице што може довести до катастрофалних последица по Немачку. Тиме се комунитаризују губици, а одлуке остављају слободном одлучивању држава чланица. Кад се узме још у обзир да је УЕСМ закључен на неодређено време, јасно је да задира у саме основе немачке државности.

Најзад, предлагачи су указали и на неуставност Уговора о стабилности, координацији и управљању у економској и монетарној унији (УСКУ), посебно на ерозију буџетске аутономије Парламента у члановима 4. и 5. Уговора. Ратификацији тог уговора могло би се приступити тек после измена Устава Немачке, посебно чланова 109(3), 115(2) и 143д(1) Устава.

Уставни суд није прихватио предлог за издавање привремених мера. Детаљно је образложио разлоге своје одлуке о уставности УЕСМ и УСКУ. Био је крајње обазрив у образложењу уставности амандмана на члан 136. УФЕУ. Рекао је само да није уклоњена забрана из члана 125. УФЕУ, а да члан 136(3) садржи само његово прецизирање. Потпуно образложење оставио је за коначну пресуду која ће бити донета по окончању главног поступка оцене уставности три оспорена међународна уговора (односно закона о њиховој ратификацији).

Истина, одбацујући захтев за изрицање привремених мера, савезни Уставни суд је условио ратификацију Уговора о Европском стабилизационом механизму обезбеђењем да плаћање обавеза од стране Немачке из овог Уговора буде лимитирано и да се више износи плаћања не могу установити без сагласности немачког представничког тела (Bundestag-а и Bundesrat-а). Осим тога, одредбе о неповредивости докумената ЕСМ и о професионалној тајни свих лица која раде за ЕСМ не могу бити препрека за потпуно обавештавање Бундестага и Бундесрата.

Овај образац пресуђивања “да, али“ је карактеристичан за одлучивање савезног Уставног суда о Европској унији.¹⁶⁾ Он није никад спречавао европску интеграцију, али је показао изузетну осетљивост према њој. За разлику од неких других уставних судова држава чланица, Уставни суд СРН није никада затражио одлуку о претходном питању од Суда правде Европске уније у складу са чланом 267. УФЕУ. А питање о усклађености амандмана на члан 136(3) УФЕУ са конститутивним уговорима Европске уније покренуто пред највишим националним судом представља претходно питање о коме, сходно члану 267. УФЕУ, одлучује Суд правде Европске уније. То питање постављено је пред уставним судовима Немачке и Естоније и Врховним судом Ирске. Само се Врховни суд Ирске обратио Суду правде Европске уније за одлуку о претходном питању.

Посланик у Парламенту Ирске Томас Прингл (Thomas Pringle) затражио је од Врховног суда Ирске у јуну 2012. године да донесе пресуду о уставности Уговора о Европском стабилизационом механизму. Прингл је указао, у образложењу свог захтева, да овај Уговор крши Устав Ирске, Уговор о Европској унији и Уговор о функционисању Европске уније. Врховни суд Ирске је одбацио тврдњу о несагласности овог Уговора са Уставом Ирске, а питање о његовој усклађености са правом ЕУ упутио Суду правде ЕУ. Пресудом С-370/12, Суд правде ЕУ је одбацио Принглове аргументе. Истина, Суд правде је указао да постоје одређене тензије између забране bailout клаузуле из члана 125. УФЕУ и члана 136(3) УФЕУ, али да строга условљеност финансијске помоћи из ЕСМ омогућава “вођење здраве буџетске политике“ и не крши право ЕУ. Занимљиво је да је Суду правде требало само четири месеца да донесе одлуку и да је неубичајено заседао у пленуму од 27 судија.

Повреда устава је у ретким случајевима очигледна. Кад би се дозволило да о њој одлучују сви државни органи и судови, због разлике у мишљењима, дошло би до цепања права и хаоса. То се спречава повећавањем искључивог права одлучивања о уставности парламентарног, формалног закона (о уставности закона у материјалном смислу, подзаконских општих аката, могу одлучивати и други судови) уставном суду (монопол одбацивања неуставних формалних закона).¹⁷⁾ Уставни суд је везан начелом владавине права. Његов задатак је тумачење, а не стварање права. Пракса показује да су границе између тумачења и стварања права крајње еластичне. Стога, није чудно што се у уставној теорији указује да је устав оно што кажу девет старих центлмена у Врхо-

16) Сличне садржине је и одлука Уставног савета Француске број 2012-653 ДЦ од 9. августа 2012.

17) Christoph Gröpl, Staatsrecht I, Verlag C. H. Beck, 2012, стр. 300-301.

вном суду САД¹⁸⁾ или осам судија немачког Уставног суда (Савезни уставни суд Немачке чине два сената од по осам судија). А кад то чине, судије узимају у обзир не само слово и дух устава него и јасно изражену вољу законодавног тела. Два дома немачког Парламента ратификовала су три оспорена међународна уговора уверљивом већином крајем јуна 2012. године. Тешко је било поверовати да ће у септембру 2012. године савезни Уставни суд одлучити другачије. Уосталом, у државама у којима су се таква размимоилажења догађала установљено је правило да највиши суд не може прогласити неуставним, под извесним условима, закон усвојен одговарајућом већином у парламенту.¹⁹⁾ Другим речима, постоје одређене неписане границе у којима се уставни суд може кретати у остваривању владавине права.²⁰⁾ Поред текста устава и сопствених прецедената, на њега делују и одређени ванправни чиниоци. Стога, избор судија уставног суда је питање за које су политичке странке веома заинтересоване. Изабрати судију одређених уверења је циљ коме теже готово све политичке странке. У немачком политичком животу овај проблем је решен тако што је успостављен компромис између две највеће политичке странке, пошто ниједна од њих не располаже двотрећинском већином потребном за избор судија савезног Уставног суда. Последица тог компромиса је што места судија заузимају претежно лица блиска одређеним политичким партијама. Ипак, срећа је у томе што су досад политичке странке предлагале Парламенту квалитетне судије за места у Савезном уставном суду Немачке.²¹⁾ Али то није и не мора бити увек случај (ни у Немачкој ни у уставним судовима других држава).

V

Неизвесност која се надвила над опстанком еврозоне (мишљења о томе да ли је могућ опстанак Европске уније у случају пропасти еврозоне су подељена) због дужничке кризе у коју су запале одређене чла-

18) Констатујући да је Врховни суд погрешно у низу сличајева и био приморан да ревидира своје ставове, Р. Дворкин је истакао да “бисмо више жалили да је Суд свесрдно прихватио пасивизам: школе на југу би могле и даље да буду сегрегиране, на пример“, *Царство права. Да ли уставни закон почива на грешци?*, “Филип Вишњић“, Београд, 2003, стр. 408.

19) Секција 33 канадске Повеље слобода и права садржи тзв. клаузулу упркос (“notwithstanding clause“), сходно којој одредба закона може важити иако је у колизији са секцијама 2 и 7 до 15 Повеље. Слична клаузула је унета у секцију 8 израелског Основног закона: Слобода занимања.

20) Занимљиву расправу о везаности Уставног суда Немачке одредбама о основним правима у Уставу СРН и о слободи законодавца водили су Хабермас, Бекенферде и Алекси: R. Aleksy, *A Theory of Constitutional Rights*, 2004, стр. 388. и сл.

21) Н. Maurer, *op.cit.*, стр. 630. и сл.

нице Европске уније приморала је највише судове у Немачкој, Естонији и Ирској, као и Уставни савет Француске и Суд правде Европске уније (пред којима су оспорени међународни уговори закључени за превазилажење те кризе) на изузетно брзо поступање. Требало је мање од четири месеца да се размотре предлози за оцену уставности тих међународних уговора и донесу коначне или привремене пресуде. Кад се зна да поступак пред тим судовима траје много дуже, јасно је да је ту хитност изазвала оцена о потреби брзог усвајања пакета за спас евра. То је био став не само судова, него и влада држава чланица Европске уније. При том, централно питање није било да ли су ти уговори у складу са уставима држава чланица или са конститутивним уговорима Европске уније, него неопходност да се обезбеди њихова примена ради реализације предвиђеног пакета за спас евра (учињен је напор да се угради у Уговор о функционисању Европске уније какав-такав основ за усклађеност тог пакета са Уговором о Европској унији односно са Уговором о функционисању Европске уније).

Када је у питању обезбеђење уставности одређеног правног акта, а не постоји политички интерес да се неуставност утврди, поступак пред уставним судом може у потпуности изостати. Добар пример за то је избегавање да се пред Уставним судом Немачке покрене поступак за оцену уставности учешћа немачких оружаних снага у агресији НАТО на Савезну Републику Југославију 1999. године. То ангажовање немачких ваздушних снага било је супротно не само Уставу Немачке него и прецеденту савезног Уставног суда из 1994. године. Наиме, парламентарне групе Социјалдемократске партије Немачке и Либералне партије Немачке покренуле су пред Уставним судом питање о уставности одлуке о ангажовању ваздушних снага Немачке у AWACS летовима над Босном. Савезни Уставни суд је оценио ту одлуку уставном (одлука од 12. 7. 1994), пошто није у питању освајачки рат (забрањен чланом 26. Устава), већ учешће у систему узајамне колективне безбедности предвиђено у члану 24(2) Устава Немачке. Како су операције у Босни и Херцеговини биле покривене одлукама Уједињених нација, било је могуће екстензивним тумачењем укључити и НАТО, поред УН, у систем узајамне колективне безбедности. Међутим, у агресији на СРЈ није било претходног одобрења Савета безбедности УН (да је постојало то одобрење, не би било речи о агресији већ о мерама у систему узајамне колективне безбедности) и учешће Немачке у тој агресији у супротности је са основним начелима и духом Устава Немачке. Уосталом, из тих разлога Немачка није ни учествовала у агресији САД и Велике Британије на Ирак,²²⁾ у прекорачењу резолуције Савета безбедности Уједи-

22) F. Algieri, *Die Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik der EU*, Wien, 2010, стр. 148. и сл.

њених нација у либијском рату, као што заузима и другачији став од Француске и Велике Британије у злосрећном грађанском рату у Сирији (није сагласна да Европска унија наоружава опозиционе снаге у Сирији, које чине злочине против човечности као и снаге владајућег сиријског режима).²³⁾

У тој неповољној међународној ситуацији, Србија је вишеструко угрожена.²⁴⁾ Агресијом НАТО-а на СРЈ 1999. године, Косово и Метохија су стављени у посебан статусни положај. Резолуцијом Савета безбедности УН бр. 1244, усвојеном 10. јуна 1999. године, одобрено је на Косову и Метохији, као делу Србије, међународно војно и цивилно присуство и установљена је привремена управа Уједињених нација. Подршком САД, ЕУ и НАТО, једнострано је проглашена од стране албанског дела становништва на КиМ независност Косова и Метохије. У току је покушај да се легализује једнострано проглашена независност и обезбеди чланство “државе Косова“ у Уједињеним нацијама. У преговорима са привременим органима Албанаца на Косову и Метохији захтева се од Владе Србије да пристане на издвајање територије Косова и Метохије из састава Републике Србије. У току тих преговора постигнуте су одређени споразуми између владе Србије и привремених органа Албанаца на Косову и Метохији о решавању одређених питања од значаја за живот људи на том делу територије Републике Србије. Влада Србије је усвојила четири уредбе ради реализације постигнутих бриселских споразума крајем 2011. и почетком 2012. године. Посланичка група Демократске странке Србије покренула је 24. октобра 2012. године поступак за оцену уставности ових уредаба пред Уставним судом Србије и затражила доношење привремених мера до коначне одлуке Уставног суда о (не)уставности тих уредаба. Иако је прошло више месеци од поднетог предлога, Уставни суд се још није изјаснио о захтеву о привременим мерама. Штавише, најаву могућности да ће Уставни суд Србије застати са поступком оцене уставности четири уредбе (ако је најаву веродостојна) изазвала је оштре реакције. Демократска странка Србије направила је “правну анализу рада Уставног суда на оцени уставности уредби заснованих на бриселским споразумима“ и упознала јавност с том анализом.

Позиција Уставног суда Србије није једноставна. Његове одлуке имају поред правног и политичко дејство с далекосежним последицама.

23) О ставовима Британије и Немачке на крају хладног рата: Dirk Peters, *Constrained Balancing: The EU'S Security Policy*, Palgrave Studies in International Relations, 2010, стр. 73. и сл.

24) Занимљиво је да је први посредник у техничким преговорима између Владе Србије и привремених органа на Косову и Метохији био Роберт Купер, који се у својој књизи “*The Postmodern State and the World Order*“ (Demos, London, 2000) заложиио за увођење “хуманог империјализма“.

На несрећу Уставног суда Србије, није му пружена сламка спаса као Уставном суду Немачке ревизијом Уговора о функционисању Европске уније (уношењем става 3. у члан 136. УФЕУ којим је онемоћана bailout клаузула). Уредбе се, према члану 123(3) Устава Србије, доносе ради извршавања закона. Стога, користећи терминологију Суда правде Европске уније из пресуде о претходном питању у поступку покренутом од стране Врховног суда Ирске из 2012. године, постоје тензије између наведених уредаба Владе Србије и чланова 8(1), 123(3) и 182(2) Устава Србије. Уредбе су донете ради извршења споразума који немају карактер међународних уговора. Утолико је позиција Уставног суда Србије лакша и тежа од позиције у којој је био Уставни савет Француске. Наиме, Уставни савет Француске је одлучио у спору око Мастрихтског уговора, да француски Парламент не сме да приступи ратификацији међународних уговора супротних Уставу Француске. Пошто је Мастрихтски уговор био супротан Уставу Француске, прво су извршене промене Устава како би се створио потребан уставни основ, а затим је ратификован Мастрихтски уговор. А у Устав Француске је унет члан 55. према коме: “Када Уставни савет, на предлог председника Републике, Првог министра, председника једног од домова парламента или 60 посланика, утврди да међународни споразум садржи клаузулу супротну Уставу, овлашћење да се ратификује или одобри тај споразум може бити дато само након измене Устава.”

Сличну одредбу садржи и Устав Србије. У другој реченици четвртог става члана 194. Устава Србије записано је: “Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом“. Исто важи и за све споразуме које закључе надлежни органи без обзира на њихову правну природу. Не треба заборавити да је Суд правде Европске уније у случају Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске (С-106/96) поништио саопштење за штампу Комисије европских заједница (IP/96/67 од 23. јануара 1996), пошто је то саопштење произвело нелегалне правне последице.²⁵⁾ Другим речима, није важан назив акта, већ правне последице које производи.

Бриселски “Први споразум о принципима нормализације односа“ из 2013. године необичан је правни акт. Садржи 15 тачака са формулацијама које могу бити различито тумачене. Стога, тешко је одредити, са извесношћу, последице које из њега могу проистећи. Постојеће стање на Косову и Метохији није у складу ни са Уставом Србије из 1990. године, ни са Уставом Србије из 2006. године. Ипак, не може се

25) Уједињено Краљевство поднело је 1. априла 1996. године тужбу, на основу члана 173. Уговора о оснивању Европске заједнице, тражећи поништење одлуке или одлука на које се односи саопштење за штампу Комисије од 23. јануара 1996. године.

превидети чињеница да је Устав Србије из 2006. године усвојен након успостављања таквог стања на Косову и Метохији (резолуција Савета безбедности УН број 1244 из 1999. године и даље је на снази) и да је у његовој преамбули записано: “Полазећи и од тога да је Покрајина Косово и Метохија саставни део територије Србије, да има положај суштинске аутономије у оквиру суверене државе Србије и да из таквог положаја покрајине Косово и Метохија следе уставне обавезе свих државних органа да заступају и штите државне интересе Србије на Косову и Метохији у свим унутрашњим и политичким односима“. У складу са преамбулом, у члану 182(2) Устава прописано је: “Република Србија има Аутономну покрајину Војводину и Аутономну покрајину Косово и Метохија. Суштинска аутономија Аутономне покрајине Косово и Метохија уредиће се посебним законом који се доноси по поступку предвиђеном за промену Устава“.

О правној природи преамбуле устава постоје различита мишљења. Познати немачки аутор из области уставног права Хартмут Маурер указао је да различити делови преамбуле устава могу имати различиту правну природу. Нагласио је да је део преамбуле изворног текста Основног закона Савезне Републике Немачке из 1949. године, у коме је била утврђена обавеза свих државних органа да раде на поновном уједињењу Немачке, имао обавезни правни карактер (пошто је уједињење Немачке остварено 1990. године, тај део преамбуле није унет у измењену преамбулу Устава у уставној реформи из 1994. године).²⁶⁾

Обавезност преамбуле Устава Србије потврдио је уставотворац у тексту Устава. У члану 203(7) Устава Србије записано је: “Народна скупштина је дужна да акт о промени Устава стави на републички референдум ради потврђивања, ако се промена Устава односи на преамбулу Устава...“.

Највиши државни функционери изјављују да бриселски споразум о нормализацији односа није добар акт, али да се више није могло постићи у датим околностима. Истовремено, нагласили су потребу да се, у примени тог “Првог споразума о принципима нормализације односа“, изнађу решења која неће бити у супротности са Уставом Србије, интересима народа и државним интересима. Тежак задатак, поготово кад се зна да је у тачки 14. тог споразума записано: “Договорено је да ниједна страна неће блокирати, нити охрабривати друге да блокирају напредак друге стране на путу ка Европској унији“.²⁷⁾

26) Н. Maurer, *op.cit.*, стр. 129. и сл.

27) У првој реченици члана 49. Уговора о Европској унији записано је: “Свака европска држава која поштује вредности предвиђене чланом 2. и која се обавезује да их унапређује може да упути свој захтев за приступање Унији“.

Summary

THE LIMITS OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE ACHIEVEMENT OF THE RULE OF LAW

In a democratic legal state all state bodies, including the legislative body, are obliged to respect the constitution. Since the constitutional court is authorized to examine whether this constitutional obligation is respected, constitutional and political significance of the constitutional court is extraordinary. The famous German professor of state law Rudolf Smend (1882-1975) wrote that the Constitution of the Federal Republic of Germany applies in the form in which it is interpreted by the German Federal Constitutional Court.

Although the observation of professor Smend is founded, it is not without limits. The political significance and the role of the constitutional court in a certain state political system depend on the existence of two important assumptions: (1) to be called to decide on the constitutionality of laws or other constitutional issues under its jurisdiction and that (2) those affected by the decisions of the constitutional court respect its decisions. Its “power” is based, therefore, on the authority of the constitution (of which its authority derives) and on the convincing power of its decisions.

The issue of limits of the constitutional court in the achievement of the rule of law has opened with a special sharpness at the time of deepened integration of European states into the European Union, especially with the outbreak of euro crisis and the need to take measures for its recovery. The Federal Constitutional Court of Germany held in its Maastricht and Lisbon judgments its right to protect the constitutional identity of Germany and to examine whether the legal acts of the European Union institutions are adopted in the framework of the powers allocated to the Union (*ultra vires* control).

Before the German Federal Constitutional Court the procedure for assessing of the constitutionality of three laws on ratification by the German Parliament of three European agreements is in the course: the Agreement on the incorporation of paragraph 3 in article 136 of the Treaty on the functioning of the European Union (by which the bailout clause is softened), the Agreement on the establishment of the European stabilization mechanism and the Agreement on stability, coordination and governance in economic and monetary union. The procedure was initiated by a parliamentary group and by

constitutional complaints signed by more than 35.000 persons. German Bundesbank said that certain exceeding of the authority delegated to the European Central Bank exist in these agreements.

In this complicated constitutional situation, it is reasonable to question whether the Constitutional Court may decide contrary to the clear political will expressed in the two-third majority in the German Parliament. Indeed, the task of the Constitutional Court was made easier by softening of the bailout clause in the Agreement on the functioning of the European Union, as on the basis of this it may refuse requests to review the constitutionality of the mentioned laws on ratification and, at the same time, preserve its reputation of a faithful guardian of the German Constitution.

The Constitutional Court of Serbia, before which the proceedings of assessing the constitutionality of “Brussels” regulations and of the Brussels Treaty have been initiated, is in a more difficult situation than the German Federal Constitutional Court. It was not offered a life-belt as to the German Federal Constitutional Court by softening of bailout clause.

Keywords: constitutional court, constitutional control, rule of law, constitutional identity, constitutional complaint, ultra vires control, bailout clause, the Court of Justice of the European Union, the European Central Bank

НАЧЕЛО ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ И УСТАВНО СУДСТВО

Од настанка уставносудске контроле до данас развијена су различита гледишта која сагледавају улогу уставног суда у очувању суверенитета државе, а кроз призму организационе и функционалне поделе власти. У овом раду учињен је покушај да се, након скоро једног века од установљавања уставносудске контроле и пола века функционисања националног Уставног суда, сагледа његова позиција као пошеницијално “посебне” државе, која се може уклопити у класичну поделу власти. У другом делу рада, принцип поделе власти анализиран је са становишта мерила и критеријума за решавање уставних спорова, са посебним освртом на судску праксу Уставног суда Србије.

Кључне речи: подела власти, уставни суд, уставни спорови.

Увод

Настала почетком двадесетог века у Аустрији, уставносудска контрола нашла је своје извориште у захтеву да се осигура супрематија устава у правном поретку, који почива на хијерархији правних норми, као и да се сачувају основне вредности уставне демократије, оличене у људским и грађанским правима. Два века развијане уставне и политичке институције у систему парламентарне владе показале су се као недовољне за “одбрану” установљавајуће власти од установљених власти. Посматрано са Келзеновог становишта о подели власти као “начелу политичке организације”,¹⁾ функција уставне јуриспруденције била је да “заштити политичку демократију, као и да развије конзи-

* Професорка Правног факултета Универзитета у Нишу, irena@prafak.ni.ac.rs.

1) Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд: Правни факултет, 2010, стр. 370.

стентно читање устава у свим гранама и на свим нивоима власти“.²⁾ Градећи идеју о неопходности уставног морала, преовладало је гледиште да морал мора бити изнад права, те да је он заједнички именитељ за право и политику. Како је континентално право било уздржано према америчком моделу контроле уставности, уставно судство је постало ваљан оквир за успостављање посебног “чувара“ објективног правног поретка, који треба да одлучује искључиво о уставним споровима. При томе, било је неопходно обезбедити независност и аутономију уставног суда преко принципа о подели власти, који је постао не само темељно начело правне државе коју уставни суд штити, већ и мерило судске интерпретације уставних норми.³⁾

Политичке и уставне прилике у време “рађања“ првих европских уставних судова имају нека заједничка обележја са приликама почетком деведесетих година, када су се установљавали нови или постојећи уставни судови прилагођавали условима поделе власти. Са малим разликама у односу на аустријски Уставни суд, заједничко обележје у еволуцији уставних судова друге половине двадесетог века је њихово уздизање из отпора тоталитарним системима и стварање темеља правне државе. Трећа генерација уставних судова разликује се од својих претходника по томе што су настали у време глобалних конституционалних покрета, које одликује пораст рецепције међународног права и развијена сарадња међу државама.⁴⁾ У последњем таласу уставне јуриспруденције, Уставни суд Србије заузима посебно место, с обзиром на његову дугогодишњу традицију која је поникла у социјалистичкој архитектури власти. Данас је уставно судство постало камен темељац конституционализма, главни симбол владавине права и ефектан противтег политичким ауторитетима у држави.

2) D. P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham and London: Duke University Press, 1989, p. 1.

3) Упор. А. Т. von Mehren, “Constitutionalism in Germany – The First Decision of the New Constitutional Court”, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 1, No.1-2 (1952), pp. 70-94.

4) У смислу временске типологије, прва генерација уставних судова настала је одмах после Другог светског рата и пада тоталитарних система у Немачкој и Италији, друга генерација је стасала у сличним околностима у Шпанији и Португалији, док је трећа генерација уставних судова деведесетих година настала у младим уставним демократијама бивших социјалистичких земаља. (Упор. Т. Cole, “Three Constitutional Courts: a Comparison”, *The American Political Science Review* Vol. 54, No 4 (1959), p. 966; L. Solyom, “The Role of Constitutional Courts in the Transition of Democracy”, *International Sociology*, Vol. 18(1) (2003), p. 133).

1. Уставни суд у систему поделе власти

Да би се улога уставног суда објаснила у светлу начела о подели власти важно је истаћи и размотрити како нормативну, тако и политичку страну уставносудске функције. Уставни суд игра важну улогу у процесу у коме доношењу нормативних аката претходи креирање политике у држави и где се као актери појављују власт, оличена у законодавној и извршној грани, и политичке партије, које партиципирају у влади или чине њену опозицију. Главни “разлог“ правне државе, а то је поштовање устава и заштита уставности, треба да буде основни “разлог“ представницима све три гране власти да се повинују одлукама уставног суда. Мада формалан, овакав правни оквир био би идеалан за успостављање потпуно независне уставне јуриспруденције, јер уставни суд представља важан параметар како у процесу стварања, тако и у процесу реализације права.

Принцип “конституционализма“, који подразумева супериорност устава над политиком и доминацију устава над осталим правним актима, добио је своје дефинитивно остварење кроз два инструмента: 1) установљавањем равнотеже између носилаца власти, изражене кроз принцип поделе власти, и 2) установљавањем посебног и независног државног органа у лику уставног суда, који функционише као противтег свим уставним властима и обезбеђује гаранције темељним уставним начелима. Уставни суд је настао као израз грађанске теорије о “ограниченим властима“ и о разумевању устава као “фундаменталног закона“, које је најпре примењено у америчкој уставној теорији с почетка 19. века.⁵⁾ Од самог почетка, један аспект расправе о потреби уставносудске контроле био је повезан са класичном конструкцијом поделе власти, која је отварала питање: где је место овог органа у трихотомији власти? Било је тешко одбрани постојање посебног државног органа, који не припада ни једној од постојећих власти, а несумњиво располаже овлашћењима која му дају обележја посебне државне функције. Потреба заштите устава и основних уставних начела подразумевала је да се разлог уставносудске контроле морао тражити у нечему што је “старије“ и од самог устава, а то је могао бити само идеал суверености народа. Док су амерички писци бранили судску контролу уставности потребом да се одговори подели власти у којој је сувереност “пренета“ парламенту, због чега овај “омнипотентни“ орган захтева *ex constitutione* контролу, француски теоретичари су извориште тражили у чувеној Декларацији, која гарантује грађанима остваривање права ди-

5) Судија Савезног уставног суда Немачке, Е.Бенда, сматра да је иста доктрина представљала суштински разлог за доношење Основног закона Немачке. (E. Benda, “Constitutional Jurisdiction in West Germany”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 19 (1981), p. 1).

ректно, без посредовања било ког ауторитета у систему поделе власти.⁶⁾ Тако су, не само одбрана од “суверености“ парламента, већ и природна људска права (као *argumentum a fortiori*), представљала рационално објашњење за успостављање уставносудске контроле као “гардијана“ устава.

Од настанка уставног суда до данас развијена су два гледишта која сагледавају његову улогу. Једно гледиште посматра уставни суд у контексту правног поретка и одређује његову улогу са аспекта права. У том контексту уставни суд има положај органа чији је задатак да “прогласи право“, па се тако његова улога може изједначити са оном коју имају носиоци законодавне власти у држави. Има мишљења да уставни суд у правном поретку има позицију трећег дома парламента, чија је функција да потврди акте претходна два дома донете у законодавној процедури.⁷⁾ Други аспект произлази из улоге уставног суда у успостављеном систему поделе власти (*checks and balances*), с обзиром на то да је претпостављену равнотежу у односима између три гране власти могуће остварити само уколико свака од њих подлеже одређеном облику контроле. Уставни суд је независан државни орган чији је задатак не само да обезбеди контролу законодавне власти, већ и да спречи сваку злоупотребу и прекорачење овлашћења било ког од органа власти. Посматран у политичкој организацији државе, уставни суд представља добар “јавни и политички капитал“ да се избегну различити сукоби између три гране власти, нарочито зато што су представници законодавне и извршне власти подложни променама на периодичним изборима, а што не би смело да буде опасност за функционисање уставног суда или уgroжавање његове независности.⁸⁾

Настанак уставног суда отворио је проблем у тумачењу: да ли питање овог високог државног органа везати за именицу (суд) или придев (уставни), односно, шта је то што претежније или битније одређује његов карактер? Расправе о карактеру уставносудске контроле произашле су, најпре, из потребе да се објасни природа једног потпуно новог уставног органа у класичној конструкцији поделе власти. Истовре-

6) Има мишљења да се зачетак идеје о уставном судству може наћи у говору Сјејеса у другом термидору, када је он истицао потребу посебне институције као гаранта устава и права грађана. Ова институција се може сматрати претечом савременог уставног суда. (Упор. М. Goldoni, “At the Origins of Constitutional Review: Sieyès’s Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, No. 2 (2012), p. 212).

7) Упор. А. Stone, “Complex Coordinate Construction in France and Germany”, in C. N. Tate & T. Vallinder (eds.) *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, p. 225.

8) Упор. L. Epstein, J. Knight & O. Shvetsova, “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government”, *Law & Society Review*, Vol. 35, No 1 (2001), pp. 127.

мено, оне су биле инспирисане увелико развијеном судском контролом у САД која има, како у својој идеји, тако и у методу, другачије аргументе и оправдање.⁹⁾ Проблем је развијен око питања: да ли уставни суд треба искључиво да решава спорове који су “аутентично правне природе” или је допустиво да се суд меша и расправља спорове који могу имати “политичко” значење? У одређивању улоге уставног суда проблем се испољава у области тзв. политичке јуриспруденције, односно, када уставни спор испољава претежно политичку, а мање правну природу.

Потенцирајући судску страну функције и задатак заштите правног поретка, једно гледиште развија идеју о “аутентичној судској заштити”, чији је задатак да обезбеди заштиту уставности у формалном и материјалном смислу. Тако је допустиво рећи да суд спада у тзв. креаторе права, али не у групу оних који одређују шта је право (*C. Schmitt*), односно да суд одлучује о “аутентичним правним споровима” уставног карактера, као што редовни судови решавају конкретне правне спорове (*E. Kaufmann*).¹⁰⁾ Са друге стране, постоји и гледиште да нема битне разлике између законодавне и судске функције, осим у квантитативном смислу. Има мишљења да Келзеново виђење уставног судства није потпуно изоловано у односу на политичко окружење. Тешко је начинити разлику између “аутентичних” или “правих” правних спорова и оних који су политичке природе, јер су и ови други потпуно подобни да буду предмет судског испитивања, пошто право и политика не могу бити посматрани као две супротстављене стране (*U. Scheuner, H. Spanner*).¹¹⁾

Од уставног суда се очекује да решавајући питања о уставности “не сузи превише простор који се у уставној подели власти додељује парламенту”, као и да политици “остави довољно простора за обликовање друштва”, што би се могло назвати сфером уставне политике.¹²⁾ По мишљењу Ј. Лимбах, судије Савезног уставног суда Немачке, “што гушће суд исплете мрежу уставних норми, то више веже могућности деловања парламента и парализира његову политичку фантазију”.¹³⁾

9) Опширније: Н. Kelsen, “Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *The Journal of Politics*, Vol. 4 (1942), pp. 183-200.

10) Наведено према: F. Nova, “Political Innovation of the West German Federal Constitutional Court: The State of Discussion on Judicial Review”, *The American Science Political Review* Vol. 70, No.1 (1976) pp. 114-117.

11) F. Nova, *op.cit.*, pp. 114-117.

12) В. Мас, у *Уставно судство у теорији и пракси*, Зборник реферата са регионалне конференције уставних судија, Београд, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, стр. 17.

13) J. Limbach, *Savezni ustavni sud Njemačke*, München: University Press, IRZ, 2010, стр. 48.

Питање значења уставног спора и природе уставног суда везано је за теоријска размишљања о појму устава: оно које појму даје правно значење и друго које истом појму даје политичко значење. Спорови који за свој предмет имају политичку моћ могу бити названи “форум принципа“ (*R. Dworkin*) и они се у области уставног права трансформишу у “судско питање“ или питање правде. Може се рећи да фузијом или стапањем уставног права и моралне теорије постоји тежња да се избегне мешање политике у тзв. уставни легализам.¹⁴⁾

Идејни творац уставног судства, Ханс Келзен је сматрао да се уставном судству може приписати велика заслуга за очување принципа поделе власти, јер је овим путем било могуће избећи “концентрацију прекомерне силе у рукама једног органа, која би била штетна за демократију“.¹⁵⁾ Озбиљне примедбе упућене Келзеновом виђењу уставно-судске контроле, које су у најранијим фазама произлазиле из идеје да је она супротна принципу о “суверености парламента“, ишчезле су пред аргументима о “суверености народа“ у уставној држави. Међутим, идеја није била да се успостави суд “народа“, већ обрнуто, овај орган је требало да буде уклопљен у шему поделе власти, тако што ће представници свих власти учествовати у избору уставних судија. Утицај Келзеновог разумевања уставног суда био је изузетан у Европи, првенствено захваљујући раширеном веровању да је овај орган могуће уклопити у архитектуру власти са минималним поремећајима у успостављеном “реду ствари“.¹⁶⁾ Тако је током развоја судске контроле уставни суд, који је израстао на темељима једног фундаменталног начела (народна сувереност), почео да тражи своје место у другом начелу (подела власти), са којим је на почетку стајао у односу напетости.

С обзиром на то да је процес конституционализације, у најширем смислу, трајан и да он претпоставља осавремењивање уставних принципа, данас се поново отвара питање о положају уставног суда у подели власти, као и то да ли се може њему доделити статус “четвртог“? Доктрина поделе власти настала је као идеја о потреби поделе и уравнотежења две политичке власти, односно да законодавна власт мора бити одвојена од извршне власти ради остваривања “општег добра друштва“.¹⁷⁾ Традиционална доктрина о подели власти није, по принципу *numerus clausus*, одређена искључиво као троеобна (*trias*

14) M. Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2004, p. 52

15) Келзенова идеја о уставном суду родила се приликом његовог учешћа у изради устава аустријске републике (1920-34), а разрађена је у његовим теоријским радовима (H. Kelsen, 1928).

16) A. S. Sweet, “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy”, *West European Politics*, Vol. 25, No. 1 (2002), p. 78.

17) C. B. McPherson (ed.), *John Locke Second Treatise of Government*, Indianapolis and Cambridge: Hackett Publishing Company, 1980, Sect. 159.

politica принцип). О томе сведочи и то да су неки од утемељивача ове доктрине, као што је то био Ш. Монтескје (“О духу закона”), сматрали да својство власти имају само законодавство и егзекутива, док је судство у почетку посматрано као “механички техничар“, који нема право ни на какву дискрецију у одлучивању и дужан је само да спроводи закон (зато је на почетку и третирана као део извршне власти).¹⁸⁾ Отуда се и у модерно доба може говорити о потенцијалном настанку нове или нових грана власти. Ако уставно судство остварује свој ауторитет кроз власт, која се може одредити као “вероватноћа да ће одредиви број особа послушати заповест одређеног садржаја“ (М. Вебер), није неосновано разматрати уставно судство као самосталну грану.¹⁹⁾ У савременој теорији јављају се идеје да је традиционална трихотомија под знаком питања, јер су се појавиле нове уставне форме као одраз потребе за постојањем делотворне контроле и надзора у циљу заштите устава. Тако се у потенцијалној квадратури поделе власти, као својеврсни контролори, помињу уставни суд, ревизорске институције, омбудсман, па чак и народна банка.

Има мишљења да својства овог уставног органа и специфичност уставносудске контроле указују на његово својство посебне “четврте“ власти, коју треба додати класичној организацији у систему поделе. По мишљењу О. Вучић, судије Уставног суда Србије, има места размишљању да је уставни суд четврта власт, с обзиром на то да “тријалистичка подела функција власти више не може да издржи пробу времена“. Позивајући се на Б. Констана, она истиче да је уставни суд управо та усмеравајућа власт на којој стабилно почивају “државна и друштвена кола“.²⁰⁾ Са друге стране, И. Спиоровски, судија Уставног суда Македоније, сматра да уставни суд “није фактор управљања земљом“, као и да његове функције указују да он није четврта власт у систему поделе, у коме “ниједна власт не може укинути акт друге власти“.²¹⁾ Судија Уставног суда Србије, Б. Ненадић дели становиште по коме уставни суд “у организационом и функционалном погледу није део ниједне од три класичне гране власти“, па из тога разлога овај

18) Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Spirit of Laws*, (Translated by Thomas Nugent, revised by J. V. Prichard), London: G. Bell & Sons, Ltd, 1914, (Book XI), pp. 2-3.

19) Има примера да се о уставном суду не говори као о посебној грани, већ као посебној државној функцији, која је у поређењу “са класичним државним функцијама ... новијег датума“ (Р. Марковић), односно, да је ова функција “независна од легислативе и егзекутиве, али и од система редовног правосуђа“ (Д. Стојановић). (Упор. Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд: Службени гласник, 2008, стр. 522; Д. Стојановић, *Уставно право*, Ниш; Свен, 2013, стр. 451).

20) О. Вучић, у *Уставно судство у теорији и пракси*, *op.cit.*, стр. 155.

21) И. Спиоровски, у *Уставно судство у теорији и пракси*, *op.cit.*, стр. 161.

уставни орган, по њеном мишљењу, мора уживати “високи степен свеукупне аутономије (организационе, функционалне, поступовне, финансијске), али и моћ и снагу властитог самоограничења“.²²⁾

Професор Р. Марковић у коментару Устава Србије (2006) имплицитно указује на потенцијал овог уставног органа као посебне власти, када указује на пропуст новог Устава у односу на функционално одређење уставног суда. Говорећи о томе да је у структури Устава, овом органу додељено место изван дела о “уређењу власти“, Р. Марковић се пита: “Није јасно због чега је Уставни суд издвојен у следећи, шести део Устава, као да он није власт.“²³⁾ У политичкој теорији, В. Васовић закључује да то што се у овом уставном органу “комбинују и интегришу уставноправне и политичке функције“ има својих предности, јер се на тај начин “један део политичке моћи смешта у посебну браншу власти“, чиме се стварају услови за остваривање принципа поделе власти.²⁴⁾

Уставни суд је независан уставни орган који “окупира“ сопствени уставни простор, а који се, у склопу поделе власти, не може прецизно одредити “ни као судски, ни као политички“.²⁵⁾ Његова улога се може објаснити потребом за успостављањем једног правног противтега (*counter-majoritarian*) политичким гранама власти, законодавној и извршној, чиме је систем поделе власти подигнут на виши ниво. Идеја о равнотежи и балансу три гране власти настала је у једној политички неутралној и статичној конструкцији устава, која се развила у нову форму у којој политичке партије одређују динамику парламентаризма и чине везивно ткиво у организационој и функционалној подели власти.

Сматрамо да уставни суд има функцију једног, филигрантски урађеног, правног коректива, који је уграђен у “тело“ поделе власти са циљем да осигура његов уставни изражај и сачува га од излива емоција политичке већине. Уставно судство представља сталност и одражава стабилност уставних принципа наспрам променљивости у актима политичких учесника у законодавној и у извршној власти. Како другачије објаснити да је то једини орган који је до сада успевао да своје одлуке спроведе (често и “упркос“ вољи политичке власти) без принуде и да је за његово делање била довољна снага правних принципа. Уставна конструкција поделе власти прихватила је уставно судство као неопходан

22) Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова – са посебним освртом на Уставни суд Србије*, Београд: Службени гласник, 2012, стр. 54.

23) Р. Марковић, “Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, год. LIV, бр. 2, 2006, стр. 16.

24) В. Васовић, *Савремене демократије* (I), Београд: Службени гласник, 2008, стр. 641.

25) Упор. А. S. Sweet, *op. cit*, p. 80.

и важан инструмент, који се од његове појаве развијао и унапређивао, задржавајући обележја “врховног“ контролора све три гране власти. Легитимност овог органа почива на основном мотиву решавања уставних спорова: судски гледано не можеш бити у криву само зато што си, политички гледано, у мањини. Одбрана мањине представља пожељан и значајан коректив уставне демократије и начела о подели власти, те се може рећи да “није уставног суда, тиранија већине могла би да постане правило“, а неки сматрају да је то данас *communis opinio* уставних правника у земљама Источне Европе.²⁶⁾ У погледу стања уставног судства, може се констатовати да оно нема улогу подстрекача или спроводника одређене политичке идеологије, као што није имао намеру да се такмичи са парламентом, као демократски изабраним представништвом грађана.

2. Уставни суд и спорови о подели власти

Уставни суд је након пола века успешног функционисања заузео своје место у уставном механизму поделе власти. Данас су, међутим, отворена нова питања у погледу функционисања и одлучивања уставног суда: да ли постоји узрочна веза између демократије и судске креативности, односно, да ли новоустановљене демократије могу приуштити да примењују модел апсолутног “судског неутрализма“? Ово питање посебно је важно кроз оптику решавања спорова о подели власти, јер стриктна подела не постоји, већ се преко уставних надлежности одговорност носилаца власти преплиће, а путем уставносудске контроле постављају се границе у вршењу уставних овлашћења. У духу је принципа поделе власти да “се одлуке власти доносе што је могуће конкретније, односно, да буду донете од стране органа који најбоље испуњава услове за њихово доношење због своје организације, састава, функције и процедуре.“²⁷⁾

У одређивању улоге уставног суда свака крајност је недопустива. Са једне стране, мешање политике у рад суда дискредитовало би идеју уставносудске контроле, а са друге стране, од овог органа се не сме очекивати да поступа као “механички техничар“ у строго позитивистичком смислу. Уставни спорови јесу по својој природи правни спорови, али се улога уставног суда у поступку решавања спорова састоји у томе да обезбеди аутентично “читање“ устава. У свим случајевима у којима се појављује правна празнина уставни суд има овла-

²⁶⁾ W. Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-communist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2008, p. 58.

²⁷⁾ J. Limbach, “The Role of Federal Constitutional Court”, in *Fifty Years of German Basic Law - The New Departure for Germany*, American Institute for Contemporary German Studies, The Johns Hopkins University, 1999, p. 27.

шћење да тумачи устав, као и намеру уставотворца у погледу основних уставних принципа. Судија Савезног уставног суда Немачке, Г. Лајбхолц, сматрао је да постоји латентни конфликт или унутрашња тензија (*Spannungsverhaeltnis*) између политичких снага које су конзервативне и желе да задрже постојећа правна решења и оних других, које желе да делују креативно и да обликују друштво, а тај конфликт он је назвао: “нормативитет“ наспрам “егзистенцијалитета“ (“*Normativitaet*” versus “*Existentialitaet*”). Он је, такође, начинио разлику између чистих политичких спорова, за које сматра да нису подобни да буду предмет преуђивања и осталих политичких контраверзи, које могу бити предмет судске контроле уставности. У другом случају, опште правне норме могу бити примењене на спорове у којима “конфликт унутрашње тензије“ може бити правним путем решен.²⁸⁾

У вршењу своје основне функције “чувара устава“, уставни суд располаже одређеном слободом у погледу тумачења уставних норми, поштујући променљивост околности. С обзиром на то да се позитивним правом регулишу основни принципи не само правног, већ и политичког појма устава, то је од посебног значаја за један уставни систем да постоји уставно судство које обезбеђује стабилност система власти.²⁹⁾ Уставом прописане основне надлежности, поступак за њихово спровођење и односи између уставних органа спадају у домен “фундаменталног права“, које у њиховој реализацији обезбеђује уставни суд. С обзиром на ширину и апстрактност уставних норми, постављени циљеви могу бити остварени на различите начине, при чему сваки од њих може да нађе своје оправдање или разлог.

Уставном суду је додељена “дискрециона власт у погледу креативне интерпретације“ (*W. Geiger*). На то се може надовезати мишљење да треба довести у рационалну везу значење уставних норми и уставних институција са реалним политичким окружењем (*M. Drath*, судија у периоду 1955-1963).³⁰⁾ Није довољно, мада је неопходно, да буде испуњен правни захтев за функционисање уставног суда у духу Монтескијевог учења да суд само “проглашава право“ или да конкретизује правне норме формалном интерпретацијом устава. Више од тога, уставни суд је креативни интерпретатор права, који својим оригиналним акцијама делује “у духу“ устава. Устав у формалном смислу, нарочито у дужем временском раздобљу, не доживљава промене само путем уставне ревизије, већ он подразумева еволуцију у разумевању и интерпретацији правних правила. Основна уставна начела подлежу процесу модернизације, да би се њима на рационалан начин изразиле вредности које су

28) Наведено према: F. Nova, *op.cit.*, стр. 120.

29) M. Loughlin, *op.cit.* p. 44.

30) F. Nova, *op.cit.* p. 117.

уграђене у уставну и политичку културу. У том смислу, улога уставног суда је посебно значајна, па се може рећи да је савремено доба развило нову функцију овог уставног органа, која се огледа у интерпретативној еволуцији устава.

Данас, Ј. Лимбах, судија Савезног уставног суда Немачке, каже да “интелектуално поштење приморава да се призна да нема јасних критеријума који би служили као знак или као путоказ у уском пролазу између права и политике”.³¹⁾ Два поља деловања делимично се преклапају и не могу се недвосмислено одвојити један од другог. Критеријуми испитивања уставног спора су структурни уставни принципи, који имају за циљ узајаман подстрек како судској ревизији, тако и политичкој активности. Ту се првенствено мисли на принцип поделе власти и принцип уставне демократије, који морају бити присутни као коректив у свакој одлуци суда. Оно што је овде битно није само добровољно судско уздржавање, већ и сфера његове сопствене одговорности да, поштујући поделу власти, перманентно пази на равнотежу у вршењу и остваривању власти.³²⁾ Будући да уставни суд на основу устава мора водити рачуна о подели и равнотежи државне власти, он мора помно уважавати границе властитог подручја одговорности: “Јер, само тад функционира суигра и супротност политичке аутономије и судске контроле које одликују уставност устава.”³³⁾ Дакле, спорови о подели власти могу имати обележја “политичког”, али одустајање уставног суда по принципу судске уздржаности (*judicial self-restraint*) од одређених спорова “не значи умањење или слабење његових надлежности, већ одустајање од ‘бављења политиком’, тј. одустајање од ушпитања у ограничен и уставом створен простор слободног политичког уређивања”.³⁴⁾

Разлози за установљивање уставносудске контроле у Србији садржани су у захтеву да се обезбеди функционисање правне државе,

31) J. Limbach, “The Role of Federal Constitutional Court“, г. 29.

32) Има мишљења да уставни судови источноевропских земаља показују већу “снисходљивост” према парламенту у погледу спорова о подели власти, него када решавају питања која се тичу заштите људских права (W. Sadurski, *op.cit.*, р. 51). Други аутори не подржавају закључак да уставни суд једноставније остварује свој политички капитал у сфери људских права, односно, да су спорови о подели власти ризичнији и да их судови третирају опрезније (L. Epstein, J. Knight & O. Shvetsova, *op.cit.*, pp. 117-163). На примеру немачког Уставног суда, Д. Комерс показује да овај уставни орган када решава спорове о подели власти, у које спада апстрактни спор о уставности закона и компетенциони спорови, сам рационално одлаже доношење одлуке док се “не смире страсти”. Суду је у том случају савезник “време“, па тако одлагање одлуке води ка томе да контроверза губи на “хитности“ или се она “саморешава” политичким средствима, што је у доста случајева навело иницијаторе поступка да повуку своје предлоге (D. P. Kommers, *op.cit.*, р. 38).

33) J. Limbach, *Савезни уставни суд Немачке*, стр. 48.

34) Н. Ј. Papier, *Уставно судство у теорији и пракси*, стр. 35.

која почива на подели власти, са претпоставком контроле свих носи-лаца власти и њихове везаности уставом и законом. У пракси Уставног суда Србије било је спорадичних појава у правцу интерпретације тзв. природних начела у правном поретку, као и у тумачењу “базичних принципа”. Међутим, честе уставне промене у последње две деценије, турбулентна дешавања у домену организације власти и уређења државе, не допуштају да се, као у немачкој уставној јуриспруденцији, каже да је Устав Србије “виртуелно идентичан” његовој интерпретацији од стране Уставног суда.

Уставни спорови о подели власти пред Уставним судом Србије онедавно се односе на функционалне границе, које Устав поставља унутар сваке гране власти (као на пример, у случају одлуке о проглашењу неуставности акта Владе о формирању Националног савета или приликом касирања одредбе Закона о изменама и допунама Закона о Влади). Решавајући ове спорове, Уставни суд је заузео став да уставни принцип о подели власти почива на “функционалној непроменљивости”, која подразумева постојаност функционалне расподеле између уставних ауторитета. Становиште Суда изражено је у сентенци “да се принцип функционалне непроменљивости не би смео нарушавати не само правним одлукама извршне власти него ни одлукама самог законодавца, односно законима Народне скупштине”. Оглашавајући неуставном одлуку Владе, Уставни суд даље прецизира: “То значи да ни Влада не може начином и резултатом своје интерпретације било властитих функционалних овлашћења било функционалних овлашћења других државних органа, пре свега, председника Републике, да нарушава Уставом утврђену функционалну поделу или Уставом успостављене домене власти, тако што ће било себи било другом државном органу додељивати и она функционална овлашћења која се по Уставу немају или се та овлашћења не могу сматрати иманентним појединим уставним функцијама.”³⁵⁾ Мада се Суду може приговорити да Одлука није изазвала непосредан ефекат, јер је донета након општих републичких избора (парламентарних и председничких) и престанка ауторитета власти која је повредила уставно начело, ово је један од добрих примера креативне уставносудске интерпретације. Међутим, Уставни суд је убрзо након тога довео у питање сопствено становиште, а поводом оцене уставности Закона о изменама и допунама Закона о Влади. Петоро уставних судија, који су издвојили мишљење, сматрали су да је и у овом случају требало применити став о “функционалној непроменљивости”, што би значило касирање оспорене законске одредбе

³⁵⁾ Одлука Уставног суда РС о утврђивању несагласности са Уставом и законом Одлуке Владе о Националном савету за инфраструктуру Републике Србије (IУп-153/2008, 19. 6. 2012).

у целости. Суд се руководио принципом судске уздржаности, те је делимично касирао законску одредбу, чиме је њен смисао, у основи, остао идентичан ономе који јој је дао законодавац.³⁶⁾

Спорови о подели власти, међутим, не исцрпљују се само тзв. компетенционим сукобима у хоризонталној равни између различитих носилаца државне власти. Они су понекад садржани у питањима која се односе на заштиту других уставних вредности, а само индиректно задиру у сферу поделе власти и њене претпостављене циљеве у правној држави.

Ако је доктрина о подели власти утемељена на идеји да се успостави уставна одбрана од тираније као основна гаранција индивидуалних права и слобода, онда се може рећи да заштитом основних права Уставни суд може повратно да делује на демократске постулате поделе власти. Поступајући по жалбама и уставним жалбама незабраних судија, Уставни суд се нашао у двострукој позицији “чувара“ Устава: као заштитник индивидуалних права субјеката, који се жалбом обраћају суду и као заштитник правне државе, која почива на подели власти. Независност и самосталност судства, као принципи правне државе, почивају на претпоставци да функционални капацитет “треће“ власти мора бити заштићен не само према другим гранама, већ и унутар ње саме. Опасности које угрожавају судство “изнутра“ могу бити једнака претња као и сваки облик угрожавања “споља“, који потиче од политичких власти. Повредом позитивних прописа у поступку избора, као и “природног“ начела о сталности судске функције, није нарушено само индивидуално право сваког субјекта у овом процесу. На овај начин, озбиљно је нарушена конструкција поделе власти у коме независно и самостално судство почива на правилу о унутрашњој кохезији и сопственој снази да изгради темељ треће, независне гране власти.

Још једна специфичност у поступању Уставног суда Србије у споровима који би се могли убројити у поделу власти јесу одлуке Суда којима је касирао одредбе изборних закона, а све у циљу “одбране“ једног принципа либералне демократије – слободног парламентарног мандата. Рекло би се да је Уставни суд у овом случају поступао не само као креативни интерпретатор правне норме, већ је унео и зрно идеје о “живом“ уставу. Судска креативност у овом случају може се окарактерисати као одступање од формалног устава, при чему је Уставни суд перципирао представнички систем Србије кроз општа начела демократије. На Уставни суд нису утицали дневнополитички захтеви и правила игре представника политичке већине и мањине. Јачањем на-

36) Одлука Уставног суда РС о утврђивању несагласности са Уставом дела члана 13а Закона о изменама и допунама Закона о Влади (IVз-231/2012, 3. 7. 2012).

родног представништва, на темељу принципа о слободном мандату, Уставни суд се на позитиван начин “умешао“ у поделу власти, успостављајући потребну меру у односима две гране власти, законодавне и извршне, у којој ова прва непосредно извлачи свој легитимитет из народне суверености.

Коначно, ситуација у погледу ауторитета уставносудске контроле у систему поделе власти је таква да Уставни суд Србије, као одраз друштвене стварности, често поступа на један конформистички начин који, споља гледано, указује да се Суд више прилагођава, него што испољава интерпретативну иницијативу. Уставни суд је изложен неформалном притиску, јер политичка јавност обилато коментарише одлуке које нису “омиљене“ јавним функционерима и представницима политичких власти. Има мишљења, међутим, да уставни судови ни у старијим демократијама немају потпуну независност према учесницима у процесу одлучивања (према законодавној и извршној власти, као и политичким партијама), те да је то тешко остварити у системима у којима није изграђена свест о значају фундаменталних принципа у уставној демократији. Зато се не може спорити да, иако независан државни орган, Уставни суд треба да “плови“ у мору формалних принципа, водећи рачуна о политичком амбијенту у коме ће се његове одлуке остваривати. Под претпоставком априорне и потпуне политичке непристрасности чланова Суда, уз примену правних метода у интерпретацији и са пожељном судском креативношћу, одлуке Уставног суда неизбежно изазивају реакцију у политичком окружењу. Оне остављају дубок траг на поделу власти као политички принцип, који има одлике “флуидног“ и допушта креативну интерпретацију у судској контроли уставности.

Закључак

Након готово једног века функционисања уставног судства у Европи искуство сваког система је аутентично, при чему уставна теорија покушава да синтетиче заједничка обележја и укаже на значај уставне јуриспруденције у архитектури власти. Данас, када су се стишале дискусије о легитимности уставног судства, отворене су расправе о положају уставног суда у тријадичној подели власти. Доктрина поделе власти претпоставља да се политичке функције (доношење и спровођење закона) морају одвојити од судске, као строго правне функције (решавање спорова на основу устава и закона). До појаве уставног суда, претпостављало се да је судска контрола уставности неспојива са парламентарном владом, јер доктрина парламентаризма (превасходно енглеског) захтева потпуну доминацију закона парламента у правном

поретку. Данас се може рећи да је подручје уставносудске контроле заузело свој аутентичан уставни простор, који се налази на размеђи права и политике. Изворна идеја о подели власти подвргнута је преиспитивању, које указује на оправданост постајања нове или нових грана власти. Уставни суд је, као филигрански правни коректив, уграђен у структуру поделе власти и она га током низа година није одбацила. Утемељен на снази правних принципа и без могућности да делује принудом, уставни суд очигледно располаже ауторитетом, који га у веберовском смислу може одредити као “четврту“ власт (“вероватноћа да ће одредиви број особа послушати заповест одређеног садржаја”).

Спорови о подели власти садрже одређене елементе политичког, јер уставни суд треба да заштити организациону и функционалну равнотежу у систему. Стога се отварају нова “стара“ питања о томе да ли уставна јуриспруденција може бити апсолутно политички неутрална. Судска интерпретација је по свом изворном карактеру неутрална приликом оцењивања сагласности општих норми са уставом и законом. Уставни суд мора увек имати на уму да је устав начинио законодавца “централним“ уставним органом, чија аутономија деловања је далеко шира од оне којом располаже уставни суд. Политичко обележје уставног судства лежи у рефлексiji његових одлука “унутар“ и “према“ друштвеном окружењу, а не из априорног става уставног суда о неком уставном питању. У вршењу своје основне функције “чуvara устава“, уставни суд располаже одређеном слободом у погледу тумачења уставних норми, поштујући променљивост околности.

Prof. Pejić Irena, LL.D.

Professor University of Niš, Faculty of Law

Summary

THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS AND THE CONSTITUTIONAL COURT

Given the fact that constitutionalization, observed in the broadest sense, is an on-going process and that the constitutional theory premises are constantly upgraded, the issues concerning the position of the Constitutional Court in the system of separation of powers come into the spotlight again in addressing the following question: how to justify the standpoint that the Constitutional Court is an independent authority which is not an integral part of any of the three branches of government? In the contemporary constitutional theory, there are opinions that the traditional trichotomy (trias politica principle) is questionable because there are new constitutional forms reflecting the necessity for an effective control and supervision aimed at protecting the constitution and the objective legal order. It has been suggested that the nature of the Constitutional Court and the exclusivity of its constitutional review indicate its special status as “the fourth power”, which should be added to the traditional triadic organization.

The Constitutional Court is an independent constitutional authority “occupying“ its own constitutional space; within the framework of the separation of powers, this space cannot be specifically designated as either judicial or political. The role of the Constitutional Court may be justified by the need to establish a legal instrument which will serve as a counter-majoritarian balance to the political branches of government by means of which the system of separation of powers has been substantially advanced to new heights. We believe the Constitutional Court has the function of a sophisticated corrective legal mechanism, which has been built into the “body“ of the separation of powers in order to ensure the constitutional reflection of this principle and to protect it from the political impact and daily outbursts of fervent rhetoric. The constitutional jurisprudence embodies the permanence and consistency of constitutional principles as opposed to the unpredictable political practice in both the legislative and the executive branch of power.

Key words: separation of power, constitutional court, constitutional disputes

О НЕКИМ АСПЕКТИМА ОДНОСА УСТАВНИХ И РЕДОВНИХ СУДОВА

Овај рад посвећен је појединим питањима односа уставних и редовних судова, а посебно односу уставних и врховних (касационих) судова. При томе, имали смо у виду расправе које се о односима ових органа воде у савременој теорији, као и ујоредна искуства у њиховом остваривању. Питали смо се и како Уставни суд Србије у вршењу својих основних функција, заштити уставности и заштити људских слобода и права, утиче на функционисање редовних судова, те какви су међусобни односи Уставног суда и највишег суда у Републици Србији. Одговор смо илустрирали како у анализи нормативних решења, тако и у сагледавању праксе Уставног суда и његове политичке уставног надзора.

Кључне речи: *устав, уставни суд, уставна контрола (надзор), уставна жалба, људске слобода и права, судска власт, редовни суд, врховни (касациони) суд.*

Уводне напомене

Све док се основна функција уставних судова превасходно огледала у заштити супрематије устава, као највишег правног акта из којег извиру и са којим морају бити у складу све друге правне норме, питање односа између ових судова и редовних судова остајало је на неки начин по страни. Међутим, укључивање уставних судова у непосредну заштиту уставом зајамчених људских права и слобода, пре свега у поступку по уставној жалби, односно тужби (у даљем тексту: уставна жалба) изменило је у значајној мери почетну идеју уставног надзора. Другим речима, индивидуална уставна жалба за заштиту људских права и слобода “увела је уставне судове“ на терен (уставне) контроле судске власти и на суделовање у пресуђивању индивидуалних (конкретних) спорова, али је истовремено изазвала и најозбиљнија спорења о домету

* Судија Уставног суда Србије, nenadic@ustavni.sud.rs и ранија председница Суда од 2007. до 2010. године.

испитивања судских одлука у поступку уставног надзора и о односима уставних и највиших редовних судова. И у теорији је констатовано да, чак ни из нормативне и процедуралне перспективе, није тако једноставно обезбедити прецизну “деобу” овлашћења између уставног и редовног судства у поступку уставног надзора судске власти, а још мање, уравнотежен и складан однос уставног и врховног суда.¹⁾

1. Упоредноправни осврт на однос уставних и редовних судова

Готово све европске земље у којима је уставна контрола проширена и на судску власт, у већој или у мањој мери су осетиле различите врсте спорења између уставног суда и редовних судова. Оно што је видно јесте чињеница да није увек било лако доћи до решења њихових конфликта, а посебно оних који су настајали између уставних и врховних судова.²⁾ О томе управо сведочи искуство европских земаља које ћемо у кратку презентовати.

I

Савезни уставни суд Немачке функционише више од шездесет година у поретку са пет врховних (специјализованих) судова. Мада је Основним законом опредељен као орган који “врши судску власт”,³⁾ Уставни суд је успео да обезбеди своју структуралну независност - најпре у односу на извршну власт, а потом и у односу на врховне судове - те да учврсти свој положај “и то не као један од врховних судова у Немачкој, већ као уставни орган државе”.⁴⁾ Како је једна од најважнијих претпоставки новог уређења Немачке било признавање надмоћи Основног закона у односу на све остало право, то је и Уставни суд као његов чувар добио знатно шира овлашћења од било ког врховног специјализованог суда, што му је, поред осталог, омогућило да се данас с правом сматра “уставним судом за углед”. За такав положај Уставног суда од посебне важности је било и накнадно унето уставно решење по коме су повреде “специјалних уставних права” пос-

1) L. Garlicki, *Constitutional courts versus supreme courts*, International Journal of Constitutional Law, 5/2007, стр. 44-68.

2) У литератури наилазимо на запажања да су тако уставни судови од стране врховних судова задуго “посматрани као придоншице”, односно као неко ко је ушао “на њихов посед” и ко се умешао у деценијама “установљаване праксе вршења судске власти”, те да својим одлукама уставни судови “цензуришу” коначне судске одлуке.

3) У члану 92. Основног закона стоји да је судска власт поверена судијама, а врше је “Савезни уставни суд, савезни судови и земаљски судови.”

4) Које су све околности у Немачкој пружиле њеном Уставном суду историјску прилику за успех вид. Л. Гарлицки, *Ibidem* и Е. Шарчевић, *Уставно уређење Савезне Републике Њемачке*, Сарајево, 2005, стр. 71-74.

тале непосредно утуживе, тј. решење по коме су појединци могли уложити уставну жалбу Уставном суду против коначних пресуда врховних специјализованих судова.⁵⁾ За релативно кратко време уставна жалба у пракси овог суда показала се као изразито делотворно и ефикасно средство. У вршењу ове функције немачки Уставни суд развио је концепт непосредне примене устава (његових одредаба о основним правима), ширећи тај концепт у све сегменте судске власти. Мандат Уставног суда следиле су све политичке снаге и институције у земљи (D. Kommers). Укратко, кроз праксу овог суда Основни закон је добио тзв. радијацијско дејство на односе у свим гранама права, а његов приступ тумачењу уставних права имао је за последицу постепено конституционализацију целокупног правног система Немачке.

Но, како у процесу заштите основних права суделују примарно редовни судови, то је било неизбежно да се њихове функције и функција Уставног суда у одређеној мери “преклопе“ и да у њиховом вршењу дође и до неспоразума, па и конфликта, тим пре што ни у тексту Основног закона нема јасних назнака о разграничењу функција и овлашћења Уставног суда и редовних судова. Отуда је немачка правна доктрина упорно трагала за поузданим критеријумима и основима за разграничење, дајући више предлога. Практика Уставног суда прихватала је поједине од њих, међу којима се посебно истиче концепт “специфичног уставног права“ које штити Уставни суд и његовог разликовања од “обичног права“ које штите редовни судови, затим Хекова и Шуманова формула и поступање Суда у “четири корака“. И док Савезни уставни суд и даље наглашава “да не сме делати“ и да “не делује“ као “суперревизиона власт“, правна теорија је неподељена у запажању да је у пракси његов надзор далекосежан, наводећи за такву тврдњу и чињеницу да Уставни суд “тако може размотрити је ли судска процена чињеница арбитрарна“. Но, опште је познато да Уставни суд Немачке релативно ретко поништава одлуке редовних судова, што показује да касаторна улога уставне жалбе није толико прирасла за срце судијама овог суда.⁶⁾ По оцени правне теорије много је значајнија уставносудска функција “уверавања“, односно “усмеравања судске власти“, где Уставни суд доноси одлуку о начину тумачења и примене “специфичног уставног права“, а редовни судови “добровољно следе овај суд“. Непосредна примена Основног закона (његових одредаба о

5) У којим ситуацијама одлуке редовних судова могу изгубити свој легитимитет пред Савезним уставним судом, вид. Одлуку BVerf GE 18, 85, Зборник “Изабране одлуке Савезног уставног суда Немачке“, Београд, 2010, стр.76 и д.

6) У прилог овом запажању наводи се чињеница да и у годинама кад Савезни уставни суд реши више хиљада уставних жалби (у просеку је то око 5.000), само у десетак случајева “интервенише“ у односу на одлуке редовних судова.

основним правима) присутна је у одлукама свих редовних судова. Премда има последњу реч у случају оспоравања уставности једног закона, Уставни суд “нема више монопол над применом и тумачењем Устава, већ делује као координатор у том поступку“ (G. Robbers). У својим одлукама Уставни суд често подстиче и позива редовне судове да сами тумачењем усклађују законску норму са уставном, то јест апелује на редовне судове да приликом примене закона, закону дају “управо онај смисао који одговора духу или изричитом слову Основног закона”.⁷⁾ Наравно, Уставни суд је поставио доста јасне услове за такво делање (сопствено и других судова), а то је да се приликом тумачења мора “поштовати смисао и циљ закона“, и “да тумачења не може бити када је воља законодавца јасно формулисана“ или када би “опстанак норме у судијској интерпретацији био у директној супротности са законом.“⁸⁾

Ипак, и поред свега наведеног и даље трају правне дебате о границама надзора Уставног суда над редовним судством. Упркос похвалама многих уставних теоретичара, посебно оних ван граница Немачке, и одлуке тог суда доживљавају критику.⁹⁾ Наводи се да та критика понекад поприми и непознате димензије, те да се бележи растући број критика на рачун Уставног суда. Критике се понекад појаве и у одлукама врховних судова. Истина је међутим да су примери отвореног одбијања правних ставова Уставног суда изузетак,¹⁰⁾ и да немачки Уставни суд има одговарајућа овлашћења и инструменте да своја правна становишта уведе и у друге судове. Наиме, било је примера одступања и спорења која су задуго остајала нерешена и која су изазивала дуге и жустре расправе. Илустративан је пример који се односи на тумачење клаузуле о “развлашћењу“, тј. на тумачење члана 14. Основног закона. У овом случају спор је трајао годинама, а судови нису следили становиште Уставног суда, јер је Врховни суд имао сопствену правну доктрину о значењу ове клаузуле. Уставни суд је прибегавао поништавању одлука нижестепених судова “подсећајући их на обавезујући карактер његовог тумачења Основног закона“. Накнадно је Врховни суд ипак применио становиште Уставног суда, али тврдећи “да је право на накнаду, у случају развлашћења (одузимања, експро-

7) Наведено према L. Garlicki, *op.cit.*, стр. 52-54.

8) J.C. Béguin, *Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, Paris, 1982. стр. 185-191.

9) О томе вид. код Т. Маринковић, *Интерпретативне одлуке уставних судова*, Зборник “Уставни суд Србије – у сусрет новом Уставу“, Београд, 2004, стр. 258-260.

10) R. Jaeger и S. Bross, *The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courts*, Karlsruhe, 2001, стр. 23. и д.

пријације) својине, последица начела из обичајног права.¹¹⁾ Такође, помиње се и ситуација везана за ставове Савезног уставног суда о дужини притвора, које редовни судови нису увек били спремни следити.¹²⁾ Мада ређе него остали уставни судови и Савезни уставни суд Немачке се понекад нађе у ситуацијама да мора да подсећа и опомиње, да су и ставови из образложења његових одлука правно обавезујући, позивајући се при том на члан 31. Органског закона о Савезном уставном суду (у даљем тексту: Органски закон), који говори о “обавезујућем дејству одлука Уставног суда“. Тиме је, по мишљењу појединих аутора, Уставни суд сам подвео “образложење своје одлуке под “појам одлуке“ из члана 31. Органског закона“, дајући себи за право да судије које одбијају ово његово становиште оптужи “за неуставно понашање.“¹³⁾ Каже се да је на овај начин Уставни суд себи дао још једно право, а то је да изједначава своју јуриспруденцију са уставношћу.¹⁴⁾ Супротстављајући се у суштини техници интерпретативних одлука (врло драгих и овом суду), К. Schlaich указује да се често и не зна на шта се конкретно мисли када се у диспозитиву одлуке Уставног суда упућује на образложење које представља “основ одлуке“, јер образложења често укључују и мотиве одлуке, а понекад она броје десетине и десетине страница.¹⁵⁾

Сам Уставни суд констатује да је “опште правило да се правна снага и обавезујуће дејство његових одлука у складу са чланом 31. Органског закона поштују од стране свих судова, укључујући и врховне судове. Спорадично, судови одступају од јуриспруденције Уставног суда“, међутим таква одступања су “изоловани случајеви који се исправљају у поступку доношења одлука по уставним жалбама.“¹⁶⁾ Оваквом стању, како наводе R. Jaeger и S. Bross, доприноси и то што је приликом испитивања уставности закона на иницијативу редовних судова, “генерално правило да се разматрања Савезног уставног суда крећу у оквиру граница судске праксе редовних судова“, све док се не повреди “специјално уставно право“. Дакле, и ако Уставни суд испитивање уставности врши независно, и ако није везан тумачењем суда предла-

11) Н. J. Faller, *Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof*, Archiv des Offentlichen Rechts, 115, 1990, стр. 199-202.

12) Вид. одлуке BVerf GE од 22. фебруара 2005, BVR 109/05 и BVerf GE од 25. децембра 2005, 2 БВП 1964/05.

13) К. Schlaich, *Procedures et techniques de protection des droits fondamentaux-Tribunal constitutionnel federal allemand*, Revue internationale de droit compare, 2, 1981, стр. 381-382.

14) Т. Маринковић, *op.cit*, стр. 358. и д.

15) К. Schlaich, *op.cit*, стр. 382-383.

16) R. Jaeger и S. Bross, *op. cit*, стр. 23. и д.

гача или тумачењем других судова, он се по правилу доследно држи наведеног (неписаног) правила. Надаље, “као што је полазно правило уважавање судске праксе других судова од стране Савезног уставног суда у вршењу његове сопствене надлежности“, тако је и “прихватање тумачења Уставног суда и његове праксе од стране других судова у вршењу њихове надлежности пракса утемељена у складу са чланом 31. Органског закона.“¹⁷⁾ Уставносудске одлуке имају обавезујуће дејство које је изван појединачног случаја, и то у мери да принципе тумачења Основног закона (устава) садржане у тексту одлуке Уставног суда и суштину (бит) одлуке поштују судови и у свим будућим случајевима. Ако суд у својој одлуци не поштује тумачење или становиште Савезног уставног суда, изречено у образложењу одлуке овог суда, надлежном суду може да буде поднета жалба против такве судске одлуке, а након тога може да буде изјављена и уставна жалба.¹⁸⁾

Дакле, општи је закључак да се *modus vivendi* између врховних судова и Уставног суда у Немачкој *prima facie* чини мирнијим и предвидљивијим него у било којој другој земљи. Но, и поред тога, као и чињенице да се немачки Уставни суд чини једним од најмоћнијих у Европи и свету, за решавање проблема везаних за односе овог суда и других судова у реалности такође нема општеприхваћеног модела.¹⁹⁾

Одмах после отпочињања рада *Уставног суда Италије* отворило се питање међусобних односа овог суда и редовног судства. Но, с обзиром на овлашћења италијанског Уставног суда, број питања која могу бити повод за конфликте ових органа је много мањи, тим пре што уставно судство у Италији не познаје поступак појединачне уставне жалбе и што Суд на првом месту делује путем “изјашњавања о правним питањима која му шаљу судови опште надлежности“. Отуда се често каже да дневни ред италијанског Уставног суда увелико зависи од воље судова. Уз то, та се упућивања могу односити само на оне законске одредбе које би редовни суд у решавању одређеног предмета користио као основ за одлучивање. Становиште о дејству одлука Уставног суда у пракси је неподељено када су у питању “једноставне пресуде о неуставности“, јер се таквим пресудама поништава закон, односно поједина његова одредба са општеобавезним дејством. Међутим, италијански Уставни суд је дуги низ година настојао избећи пресуде о неуставности, те уместо поништавања закона Суд је прибегао доношењу

17) *Op.cit*, стр. 28. и 29.

18) *Ibidem*

19) Више о односу Савезног уставног суда и врховних судова у Немачкој вид код Н. Ј. Faller, *op. cit*, стр. 189 – 202. О овом односу из перспективе Савезног уставног суда вид R. Jaeger и S. Bross, *op. cit*, стр. 23-29.

интерпретативних пресуда.²⁰⁾ Уколико би се тумачење Уставног суда разликовало од оног из правне доктрине редовних судова, ауторитет пресуда Уставног суда често је постајао упитан.²¹⁾

Отпор редовног судства према тумачењима, односно становиштима Уставног суда у Италији је далеко распрострањенији него у Немачкој, држећи се схватања да се улога Уставног суда своди на утврђење (не)уставности закона, док је “примена и интерпретација закона“ посао редовног суда. Посебно су судије италијанског Касационог суда “осетљиве на амбицију Уставног суда“ да тумачи законе, те доследно и “с поносом истичу своју традиционалну и ексклузивну улогу заштитника јединствене судске праксе“. У литератури се наводи да су поједине (интерпретативне) одлуке Уставног суда изазивале својеврсне побуне у судским редовима, а оне су видне не само у новинским чланцима и у теоријским радовима, већ и у отвореном одбијању судова да у конкретним случајевима решавају спорове следећи ставове Уставног суда. При томе, нижи судови у Италији видно показују своју лојалност Касационог суду, тј. приврженост “ауторитету више инстанце“ од које та правна схватања потичу и они их се по правилу доследно држе. Суочен са својврсном догмом толико драгом судовима опште надлежности, да само одлуке уставног суда о поништавању закона стичу статус пресуђене и обавезујуће ствари, Уставни суд у Италији је, уз већ бројне варијанте интерпретативних одлука, развио и нов тип пресуда, тзв. “интерпретативну пресуду о поништавању“. Међутим, ни ово решење у Италији није довело до престанка спорења уставног и редовног судства, те је отуда у пракси неретко Парламент, у “циљу смиривања ситуације законом решавао спорно питање“.²²⁾

Као један од упечатљивијих спорова у италијанској литератури се наводи спор који је избио везано за тумачење одредаба кривичног законодавства о поступању кривичних судова у вођењу истраге. Касациони суд упорно је одбијао тумачење Уставног суда, да би Уставни суд након тога оспорену одредбу закона прогласио неуставном, али је потом настао нови спор о томе у којој мери одука Уставног суда може да се примењује ретроактивно. Касациони суд (а не Уставни) је потом одлучио да пресуда Уставног суда може да делује само за будуће. Ово спорење и расправа међу судовима је, како каже G. La Greca, проузроковала “метеж и озбиљне конфликте међу судовима“, који је ипак решен одлуком Уставног суда (број 49/1970), када се у суштини Уставни

20) О интерпретативним одлукама италијанског Уставног суда вид и код Т. Маринковић, *op. cit.*, 248-250.

21) О томе више G. Zagrebelsky, *La Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, стр. 156. и д.

22) *Ibidem*.

суд повукао и признао да питање ретроактивне примене његових одлука о неуставности “није предмет уставног права”,²³⁾ G. R. Meglio пише и о жестокој расправи судова око тумачења члана 303. Закона о кривичном поступку, у погледу рачунања максималног трајања прелиминарног притвора, где је Касациони суд одбио да следи тумачење Уставног суда из 1998 (које је овај суд поново изражавао у одлукама из 1999. и 2000). Касациони суд је сумњао у исправност тог тумачења, те је 2002. непосредно оспорио уставност поменутог члана 303. Закона пред Уставним судом. Уставни суд је одбацио захтев, понављајући да наведени члан Закона треба тумачити на начин како је то већ претходно определио у својим одлукама. И након тога је Касациони суд одбијао да следи то тумачење, те је 2005. Уставни суд “морао попустити” и утврдити да је члан 303. наведеног закона неуставан, као што је то тврдио Касациони суд.

С обзиром на расправе између Касационог и Уставног суда које се воде последњих година, видно је да њихов међусобни однос увелико зависи о “доброј вољи и самоограничавању обеју страна”, односно од њихове заједничке спремности на компромис и избегавање отворених сукоба.²⁴⁾ Све већи ауторитет и важност одлука Уставног суда учинили су да Касациони суд почне прихватати његова тумачења с једне стране, а с друге, Уставни суд је прихватио нове технике тумачења права, у литератури назван концепт “живог права” (*living law*). Тако, Уставни суд у принципу не врши апстрактну нормативну контролу, већ пре свега конкретну (акцесорну) контролу уставности закона, с тим да уставност одредаба закона оцењује “с обзиром на њихов садржај унутар постојеће правне стварности”, чиме у суштини Уставни суд прихвата одговорност (надлежност) Касационог суда за тумачење закона. То значи, да тумачење постојећег права припада Касационом суду.²⁵⁾ с тим да Уставни суд има задњу реч о томе “да ли је то тумачење Касационог суда унутар граница прописаних Уставом”. Надаље, међу редовним судовима у Италији се усталила и пракса (а са чиме се увелико слаже и правна доктрина) да интерпретативне одлуке о уставности за-

23) G. La Greca, *Current Situation and Planned Reforms in the Light of Italian Experience in The Supreme Court and the Constitutional Court*, Third Meeting of Presidents of Supreme Courts of Central and Eastern European Countries, Council of Europe, 1997, 9.

24) Опширније код F. Biagi, *The Constitutional Courts as the Guardians of “Substantive” Transitions: The Cases of Italy, Spain and the Czech Republic*, <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/16/281>, стр. 4-7.

25) A. Pizzarusso, *Presentation de la Cour constitutionnelle italienne*, 6 Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, 31, 1998.

кона немају општеобавезујуће дејство и да делују само “ако је становиште Уставног суда уверљиво“.²⁶⁾

Мада *Уставни савет Француске* нема непосредно овлашћење да одлучује о уставности одлука редовних судова, Савет је након 1981. развио запажену доктрину о опсежним људским правима и изградио различите облике интерпретативног тумачења закона утичући тако и на њихову примену од стране редовних судова. Ваља и овде поменути став Уставног савета, који је често истицан у литератури, да су образложења “незаобилазни ослонац и основ његових одлука“, те да он никад није до краја спречио највише инстанце судства да заузму њему супротстављена тумачења, односно правна становишта.²⁷⁾ У литератури се наводи и саопштење Стручног удружења судија издато 1993, које је ставове Уставног савета изнете о превентивној контроли идентитета окарактерисало као “јалове глосе“ и позвало судије да се на њих не обазире.²⁸⁾ Наиме, како Уставни савет нема процедуралног механизма којим би могао наметнути своја становишта Касационом суду и Државном савету, прихватљивост правних становишта Савета у суштини је зависила о “добровољном пристајању на те ставове других јурисдикција“. Задуго је отпор редовног судства у Француској долазио до изражаја поводом решавања крупних спорова, мада су сукоби у области грађанског (приватног) права, настајали независно од тога да ли се радило о великим споровима или не. За разлику од Касационог суда, управно судство Француске на челу са Државним саветом, од почетка је следило (уз незнатне изузетке), ставове Уставног савета (позивајући се на њих у својим одлукама), хармонизујући на тај начин читав правни поредак у области управног права (D. Rousseau). Чињеница је да је Уставни савет успео да добије признање својих становишта у пракси не само Државног савета, већ и Касационог суда. То се у основи приписује “интелектуалној снази судске праксе Уставног савета“, али и француској правној доктрини “која је дала концептуални оквир за такву праксу.“²⁹⁾

Тензије и спорења између уставног и редовних судова нису стране ни другим западноевропским земљама. Поменућемо само да се у *Аустрији* Врховни суд свим својим ауторитетом и угледом јавно супрот-

26) G. Rolla и T. Groppi, *Between Politics and the Law: The Development of Constitutional Review in Italy*, Constitutional Justice, East and West: Democratic, legitimacy and constitutional court in post-communist Europe in a comparative perspective (W. Sadurski), Kluwer Law International, 2002, стр. 151.

27) Т. Маринковић, *op. cit.*, стр. 256-257.

28) Д. Турпин, *Contentieux constitutionnel*, Paris, 1994, стр. 342. Наведено према Т. Маринковић, *Ibidem*.

29) О сарадњи Уставног савета и судова и подржавању његових одлука, односно становишта, вид. О. Dord, *Le Conseil constitutionnel et son environnement juridictionnel*, La documentation Francaise, N. 5246, Paris, 2007, стр. 128-137.

ставља проширењу уставне тужбе и у односу на судске одлуке (H. Steinger). Међутим, у аустријској уставној теорији се такође износе оцене “да се упркос поверењу у судство може убедљиво заступати и мишљење да сви акти судске власти, из кривичних, цивилних и управних спорова, треба да буду подвргнути контроли Уставног суда у случају тврдње о повреди основних права. Ово и због тога што судије редовних судова посматрају ствари по ужим гледиштима него што је гледиште својствено уставном судији који иступа као гарант основних права и као чувар Устава. Посебно се за акте кривичних судова истиче да много дубље “продиру на подручје језгра основних права него акти управе, те да је изузимање тих аката из уставносудске контроле извршено на штету исономије и грађана”.³⁰⁾ У *Белџији* је једно време сукоб ових органа окарактерисан и као “рат судија”; а у *Шпанији* је 2004. избио отворен сукоб међу овим институцијама, када су три бивша председника Уставног суда дала изјаву под насловом “Уставна криза”.³¹⁾

II

И у земљама са “млађим” уставним судовима у којима је уставна жалба уведена знатно касније, тензије између уставних судова и редовних судова су такође видне.

У односима *Уставног трибунала Пољске и Врховног суда*, како наводи L. Garlicki³²⁾ присутна су два озбиљна проблема.

Први се односи на саму област уставног надзора над законима, односно над правом. Према Уставу, Уставни трибунал је надлежан за надзор уставности закона и других прописа, са овлашћењем да их поништи ако нису у складу са Уставом. Његове одлуке имају дејство *erga omnes*, коначне су и општеобавезујуће - што значи да обавезују и све судове, укључив и Врховни суд. Иако наведено овлашћење Уставног суда није било спорно, отворила се расправа у погледу улоге “других судова код контроле (оцене) уставности закона”. Наиме, поставило се питање постоји ли “могућност независног одређивања и решавања питања уставности законске норме” од стране редовног су-

30) R. Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien, 1963, стр. 124. Наведено према В. Ђурић, *Уставна жалба*, Београд, 2000, стр. 45.

31) Ове судије, односно ранији председници Уставног суда Шпаније су потом од стране Врховног суда кажњени са по 500 евра. Вид. код L. Turano, *Qui Custodiet Ipsos Custodes?: The struggle for jurisdiction between the Tribunal Constitucional and the Tribunal Supremo*, *International Journal of Constitutional Law*, 4, 2006, стр. 151-162. О односу шпанског Уставног и Врховног суда вид. F. Biagi, *op.cit.*, стр. 7-8.

32) L. Garlicki, *Constitutional courts versus supreme courts*, стр. 56-60.

да.³³⁾ Поједини судови (уз делимичну подршку правне теорије) сматрају да редовни судови такође имају право на самостални, “инцидентни надзор“ уставности закона, тј. да могу да одбију да примене сваку законску одредбу која је по њиховом мишљењу неуставна. Такво одбијање примене закона, по њима није у сукобу са овлашћењима Трибунала у вршењу уставног надзора, јер оно не утиче на општу важност закона, чиме се поштује искључиво овлашћење Трибунала на поништавање неуставних закона. Осим неколико пресуда појединих већа Врховног суда (углавном Већа за радно право), у којима су судије овог суда одбили применити закон који су сматрали неуставним, сам Врховни суд се као целина није изјашњавао, односно “избегавао је заузимање коначног становишта у погледу тог питања“, а његова судска пракса у суштини прихвата само следеће: када је уставност неког закона одређена у пресуди Трибунала, “ту одлуку морају следити сви судови и судије“. За разлику од Врховног суда, Уставни трибунал је по овом питању заузео јасно становиште - “нема уставног основа за наведено деловање већа Врховног суда“.³⁴⁾ Из изнетог следи да судије Врховног суда у Пољској очигледно показују активистичко понашање, које L. Garlicki назива аномалијом која је резултат различитих чинилаца као што су: “изворна ограничења у надлежности Уставног трибунала“, “теоријска оријентација судија и стручног особља Врховног суда“, те “традиција независне примене међународних уговора од стране Врховног суда“. По његовој оцени наведено понашање није изазивало отворене сукобе Трибунала и Врховног суда, па примери независног “одбијања судови у примењивању неуставних закона“ и даље су изоловани, односно изузетни и у принципу се односе само на питања за која Трибунал још није донео одлуку.³⁵⁾

Друга област сукоба Врховног суда и Уставног трибунала везана је за овлашћења тумачења закона. Примена и тумачење закона у Пољској у начелу је било подручје Врховног суда. Међутим, као и у другим земљама поступак уставне контроле закона неопходно укључује и тумачење законских одредби од стране уставног суда. Наиме, када је Трибунал у пракси почео и са доношењем интерпретативних одлука

33) Наиме, приликом решавања судског спора сваки суд има право размотрити да ли су законске одредбе на којима се пресуда има темељити у складу са Уставом. Кад судија на основу захтева странке у поступку или по властитој оцени искаже сумњу у погледу уставности тих одредаба, он је овлашћен Уставном трибуналу упутити “правно питање“ на одговор. Кад Уставни суд донесе одлуку, судија који је упутио питање обавезан је ту одлуку применити у конкретном предмету.

34) О овом сукобу опширније код L. Garlicki, *op.cit.*, стр. 60-61.

35) L. Garlicki, *Vingt ans du Tribunal constitutionnel polonais* (Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu), Dalloz, Paris, 2007.

којима се у суштини потврђује да је одредба закона уставна, али само ако је схваћена на начин одређен у пресуди Уставног трибунала, то се, како наводи L. Garlicki, одмах “појавило питање да ли су и други судови и судије обавезни следити тумачења која је одредио Уставни трибунал“.³⁶⁾ По његовом наводу, у два наврата Врховни суд је отворено одбио да примени интерпретативне одлуке Уставног суда, напомињући да према Уставу судије обавезује само “закон“. У ствари, становиште Врховног суда је да “судови треба да примењују интерпретативне одлуке Трибунала само када су усклађене са тумачењем Врховног суда“, те да “судови нису обавезни да следе тумачења Трибунала“. Међутим, Трибунал упорно истиче да Устав допушта “интерпретативне одлуке“ и да су сви судови дужни применити његова тумачења. Зарад превазилажења спора Трибунал је усвојио “приступ“, тј. развио “доктрину постојећег права“ из које у основи следи да када се у судској пракси Врховног суда утврди јасно тумачење неке правне одредбе, Трибунал неће дати сопствено тумачење, већ ће евентуално проценити уставност постојећег судског тумачења. Но, и поред тога, у Пољској и даље постоји “плодно тло“ за конфликте међу овим судовима. У теорији се наводи да су “две главне препреке установљења сталног *modus vivendi* између Уставног суда и судова“: *прво*, уставно разграничење овлашћења ових судова, јер уставотворац није доделио Уставном трибуналу “врховно место унутар судске гране власти“, те стога и Трибунал и Врховни суд могу тврдити како су овлашћени на тумачење закона; *друго*, “Трибунал не поседује механизам којим би увео своја правна гледишта у друге судове“, јер се у Пољској уставном жалбом не може непосредно оспоравати појединачна пресуда или одлука Врховног суда (она се може поднети само против законске одредбе на којој се појединачна пресуда темељи). Стога “Трибунал надзире тај закон *per se*, а не и његов начин примене у појединачном предмету.“³⁷⁾ Странка чија је уставна жалба прихваћена мора се обратити редовном суду, са захтевом за поновно отварање предмета, “а тај суд не мора бити спреман узети у обзир све аспекте пресуде Трибунала“ (L. Garlicki).

Поменуте тензије нису стране ни у остваривању односа између **Уставног суда и Врховног суда у Руској Федерацији**. У литератури се указује да су и у овој земљи редовни судови, а пре свега Врховни суд, покушали да се изборе за своје аутономно право “на инцидентну каса-

36) О разлици између “интерпретативних одлука“ и “интерпретативних пресуда“ у пракси Уставног трибунала до Устава 1997, које су биле и повод почетног сукоба Уставног трибунала и Врховног суда опширније L. G. Brunner – L. Garlicki: *Verfassungsggerichtsbarkeit in Polen. Analysen und Entscheidungssammlung 1986-1997*, Номос, 1999, стр. 67–68.

37) *Ibidem*.

цију неуставних закона“, тј. “на одбијање примене неуставних закона“. Међутим, Уставни суд то није прихватио, и према речима W. Sadurskog “резултат конфликта била је победа Уставног суда, који се жестоко борио против давања редовним судовима овлашћења одлучивања у погледу неуставности закона“. Уставни суд је сматрао да су судови могли у таквим предметима само покренути поступке пред Уставним судом, тј. обратити се Уставном суду ради спровођења “конкретног надзора“.38) У Одлуци од 16. јуна 1998, Уставни суд је “у облику обавезујућег тумачења Устава“, подсетио судове да је само он “једино надлежно тело“ у питањима одлучивања о уставности, било *in abstracto* или у конкретним предметима. Тек када се ради о подзаконским актима редовни судови могу непосредно применити Устав, а не подзаконски акт....39) Наравно, одређене тензије се појављују и у вези са овлашћењем тумачења права, јер и Уставни суд и Врховни суд у том домену имају одређена овлашћења. Наиме, Врховни суд Руске Федерације је овлашћен да на општој седници, тј. у пленуму тумачи правне норме које примењују редовни судови и које исказује у својим обавезним објашњењима (тзв. “руководящие разъяснения“) правних норми, док Уставном суду припада тумачење Устава.40)

У Чешкој Републици остваривање односа *Уставног и редовних судова* није прошло без сукоба. Цитирајући J. Pribana Garlicki наводи да је “главни сукоб између Уставног суда и Врховног суда као највишег тела редовне судске власти избио у погледу овлашћења Уставног суда да надзире одлуке редовних судова, па стога и на његово право контроле уставности одлука Врховног суда.41) У чешкој правној теорији се надаље указује да се “питање обавезујуће снаге преседана Уставног суда претворило у већу кризу система“, јер се Врховни суд “отворено побунио против одлука Уставног суда, тврдећи да мишљења Уставног суда не обавезују Врховни суд јер се континентални правни систем не темељи на систему преседана“.42) И правна струка је у овој земљи подељена: једни који су увелико сумњали у Уставни суд и његову “нову филозофију“, подупирали су редовне судове, док су други подржавали праксу и становишта Уставног суда о обавезности његових одлука и његових становишта. Може се рећи да је чешки Уставни суд доследан у

38) W. Sadurski, *op.cit.*, стр. 20-21.

39) *Ibidem*

40) Вид. о томе Е. И. Козлова, О. Е. Кутафин, *Конституционное право России*, Москва, 2007, стр. 541. и 547.

41) L. Garlicki, *Constitutional courts versus supreme courts*, International Journal of Constitutional Law, 5/2007, стр. 61. и д.

42) Вид. о томе и код F. Biagi, *op.cit.*, стр. 10.

поништавању одлука редовних судова у којима су ови судови заузимали становишта противно одлукама Уставног суда.⁴³⁾ Иако су се на први поглед тензије између Уставног суда и редовних судова смањиле, оцењује се да је то питање још увек далеко од решења, посебно кад су у питању неспоразуми између Уставног и Врховног суда.⁴⁴⁾

Сличне тензије између Уставног суда и редовног судства испуљиле су се и у *Мађарској*. Наиме, мађарски Уставни суд задуго је био један од најактивнијих централноевропских уставних судова чије су одлуке непосредно или посредно утицале и на вршење судске власти. Иако није имао непосредно овлашћење да надзире уставност појединачних судских одлука, овај суд је изградио неколико метода уставног надзора редовних судова, не устручавајући се да решава и тзв. тешке случајеве зарад заштите људских права. При таквом стању ствари спорења са Врховним судом била су неизбежна, с тим што су се с времена на време смањивала.⁴⁵⁾ Но, последњих година, ти сукоби су поново почели да избијају, посебно у вези са појединим крупнијим споровима, уз покушаје политичке власти да модификује надлежност Уставног суда.

У *Хрватској* је такође дуго отворена расправа о односу *Уставног и Врховног суда*. У већ “хроничном неспоразуму“ око односа између ових уставних органа, “у основи су се издиференцирала два становишта, односно заузете позиције судија и практичара, те правних писаца“.⁴⁶⁾ С једне стране су “традиционалисти и ортодоксни“, међу којима има и оних који заправо још увек одбијају теорију и праксу уставног судовања као идеје непосредно примењивог уставног права⁴⁷⁾. За такве је Уставни суд “одједном постао инстанца која има неколико тисућа предмета па се мора понашати као да је дио судбене власти и кад странка не може доћи до Врховног суда“,⁴⁸⁾ док је за друге, “махом конституционалисте и реформисте“,⁴⁹⁾ уставно судовање институ-

43) Z. Kuhn, *Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies*, у Зборнику “*The Constitution in Private Relations*”, *Expanding Constitutionalism*, eds. András Sajó – Renata Uitz, Eleven International, 2005, стр. 223–225. Вид. такође W. Sadurski, *Rights Before Courts, A Study of Constitutional Courts in postcommunist states of Central and Eastern Europe*, Spinger, 2005, стр. 21-23.

44) Z. Kuhn, *Ibidem*

45) L. G. Halmai, *The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism?*, *Constitutional Justice ...*Kluwer, 2002, стр. 204–207.

46) A. Bačić, P. Bačić, *Ustavna demokracija i sudovi*, Split, 2009, стр. 70-71.

47) *Ibidem*.

48) J. Babić, *Interpretativna nadležnost Vrhovnog suda RH po novom Zakonu o sudovima*, Klub правника града Загребa, Tribina 31. 1. 2006, стр. 14. Наведено према А. Ваčić, Р. Ваčić, *Ibidem*.

49) А. Ваčić, Р. Ваčić, *Ibidem*.

ција којој је “изван сваке хијерархије поверена безувјетна заштита уставних слобода и права човјека и грађанина, тијело чије уставноправно стајалиште о повреди Уставом утврђених људских права и темељних слобода тужитеља не подлијеже ничијој даљњој контроли било које врсте.”⁵⁰⁾

Суштину спора између Уставног и Врховног суда у Хрватској, уставноправна теорија објашњава, пре свега проблемом “суперревиизије”. По речима S. Rodina тај се проблем огледа у томе што Уставни суд у поступку који се води поводом уставне тужбе “има право оцјењивати уставност аката судске власти“, односно пресуда Врховног суда донетих у крајњој инстанци, што Врховни суд сматра неприхватљивим, посебно истичући како се сматра везаним само касаторним одлукама Уставног суда. Озбиљан проблем таквог става Врховног суда лежи у томе “што, када би се доследно спроводио, никад не би могла бити донесена коначна одлука, већ би предмет попут уклетог Низоземца, вјечно путовао између Врховног и Уставног суда“. Приговор Врховног суда по његовом мишљењу је неутемељен и с уставноправног гледишта, јер “иако је обавезност правних схватања прописана тек пословником Уставног суда, она не произлази из пословника⁵¹⁾, већ изравно из Устава.... Тако Врховни суд није везан правним схватањем Уставног суда, већ Уставом Републике Хрватске (судови суде на темељу Устава и закона) на начин како га интерпретира Уставни суд“. Исто тако, Rodin указује да су “правна схватања Уставног суда у поступку уставне тужбе ограничена на проблематику уставних слобода и права“, и наглашава да “допустити редовним судовима, па и Врховном, да занемари и правна схватања Уставног суда било би не само супротно чланку 125. Устава, већ и бесмислено. и стога што би након (а можда већ и прије) поновљене одлуке Врховног суда предмет постао зрео за подношење Европском суду за људска права јер би странке могле показати да у националном правном поретку више нема изгледа за успјех у свом предмету.”⁵²⁾ Но, с друге стране по његовом мишљењу “није спорно да Уставни суд не може бити суперревиизијска институција баш у сваком предмету који решава Врховни суд Укратко, потребно је разликовати заштиту уставноправних института од заштите осталих

50) J. Crnić, *Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Zagreb 2002, стр. 293.

51) До измена Уставног закона о Уставном суду Хрватске, марта 2002, одредбом члана 52. став 3. Пословника Уставног суда било је прописано да је “орган чији је акт укинут дужан умјесто укинутог акта донијети други, при чему је везан правним стајалиштем Суда о повреди Уставом утврђених слобода и права подносиоца тужбе”.

52) S. Rodin, *op. cit.*, стр. 561-562.

права.... Примјерице, Уставни суд штити уставноправни институт права власништва, а редовни судови на челу са Врховни судом - грађанско-правни институт права власништва. Тако би Уставни суд, приликом разматрања основаности уставне тужбе, требао ту тужбу одбацити ако се у конкретном случају не ради о заштити неког уставног субјективног права“.⁵³⁾ Наведени спор делом је решен од стране Хрватског сабора уношењем дотадашњег пословничког решења у члан 77. став 2. Уставног закона о Уставном суду, по којем је при доношењу новог акта “надлежно судско или управно тијело, тијело јединице локалне и подручне (регионалне) самоуправе или правна особа с јавним овластима обавезне поштовати правна стајалишта Уставног суда изражена у одлуци којом се укида акт којим је повријеђено уставно право подносиоца уставне тужбе.“

И у *Црној Гори* видна је сва деликатност односа *Уставног и Врховног суда*. Мада нема изричитог одбијања поступања по укидајућим одлукама Уставног суда (чији број за сада није велики) од стране редовних судова, ипак Врховни суд континуирано спори овлашћење Уставног суда да касира одлуке редовних судова. Општре реакције Врховног суда, по правилу, услед након сваке одлуке Уставног суда којом се укида судска пресуда, односно налаже судовима реотварање предмета. Почетком 2012, на Општој седници судија Врховног суда, закључено је да се упутити иницијатива Министарству правде са предлогом да се промени члан 56. Закона о Уставном суду, који даје овлашћење Уставном суду да прихватајући уставну жалбу “може укинути одлуку надлежног органа“, а то значи и суда “у цјелини или дјелимично“ и “предмет вратити на поновни поступак органу који је доносио укинути акт“. За ово решење Врховни суда чак сматра да “угрожава правни поредак земље” и наглашава “да се члан 56. коси са Уставом Црне Горе и његовим чланом 124, јер је Врховни суд највиши суд у Црној Гори“. Како су у току припреме промена Устава, у стручним расправама, а посебно у медијима се често наилази на указивања из Врховног суда да овај суд “сматра да Уставни суд не може имати овлашћење суда више инстанце“, “те да се успоставом његове надлежности кроз члан 56. Закона угрожава правни предак земље“, јер је “Уставни суд изашао из надлежности коју му члан 149. Устава предвиђа”.⁵⁴⁾

53) *Op. cit.*, стр. 653.

54) Вид. изјаву председнице Врховног суда В. Меденице “Ustavni sud ne može biti iznad Vrhovnog suda“, у дневном листу “Pobjeda“, од 23. фебруара 2012. године.

2. Општи осврт на Уставни суд Србије и његов однос са редовним судовима

Пре пола века - тачније уставима из 1963, установљено је уставно судство у некадашњој СФР Југославији и њеним републикама чланицама, по узору на аустријско – немачки модел централизованог (концентрисаног) уставног надзора који врши посебан уставни орган оличен у уставном суду. Наша правна теорија, задуго се бавила правном природом (карактером) савезног и републичких уставних судова и њиховим међусобним односима, а у том оквиру спорадично су сагледаване сличности и разлике у положају и улози уставних судова и редовних судова. Мада су уставни југословенске федерације и њених држава чланица којима је уведено уставно судство, а потом и уставни акти савезне државе донети 1992. и 2003, предвиђали могућност обраћања грађана уставном суду (пре свега савезном), ради заштите индивидуалних људских права – путем предлога, односно (уставне) жалбе - та правна средства у суштини су била више уставна декорација, него реално правно средство.⁵⁵⁾ Такво стање се суштински мења 2006. године, уставним установљењем индивидуалне уставне жалбе за заштиту “људских и мањинских права и слобода” непосредно пред Уставним судом, која је по свом предмету заштите и по начину доступности веома широко постављена.⁵⁶⁾ То је пуна и далекосежна уставна жалба, која се ретко среће у упоредном уставном праву. Другим речима, са увођењем уставне жалбе у изузетно либералном и екстензивном облику, која је одмах по свом увођењу постала веома популарно правно средство, Уставни суд се непосредно приближио судској власти и дошао са њом у стални контакт и дијалог.⁵⁷⁾ Сасвим се сигурно може рећи да је то, више од било ког ранијег уставног суда на нашим просторима, постао “судом обичних људи” којем се они непосредно обраћају и “туже државне органе и организације” због повреде или ускраћивања њихових субјективних, уставом зајемчених права и слобода. Уставни суд је

55) В. Nenadić, *Nadležnost i postupci pred Ustavnim sudom Srbije*, Zbornik radova, IRZ, Beograd, 2007, стр. 5 - 12.

56) Пред Уставним судом Србије уставном жалбом могу се штитити сва људска и мањинска права и слободе (индивидуална и колективна) независно од њиховог места у тексту Устава, као и од тога да ли су изричито написана у тексту Устава, или су у уставно правни систем “унесена” међународним правилима и актима који обавезују Републику Србију. Опширније: В. Nenadić и К. Manojlović Andrić, *Sprovođenje postupka po ustavnoj žalbi i mere za njenu efikasnu primenu*, Zbornik “Ustavno sudstvo u teoriji i praksi”, Beograd, 2010, стр. 109. и д.

57) О процесу контроле уставности аката и радњи судске власти у упоредном праву вид. А. S. Sweet, *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford Univ. Press, 2000, стр. 96-126. Вид. и М. Davis, *The Law/Politics Distinction, The French Conseil Constitutionnel, And The U.S. Supreme Court*, 34. Am. J. Comp. L. 45 (1968).

за врло кратко време, под утицајем различитих околности, постао једна од најпривлачнијих државних институција за заштиту људских права у земљи.⁵⁸⁾ Ову оцену потврђује и чињеница да је Уставни суд у протеклих шест година примио више од 32.000 уставних жалби, те да је по броју решених предмета (око 18.000) постао фактички “суд дневне интервенције”. Уз то, као “жалбени суд”, Уставни суд је у периоду 2010-2012. решавао и око хиљаду спорова поводом жалби које су изјављивале неизабране судија (њих 837) и неизабрани носиоци тужилачке функције (њих 160), а на захтев Републичког јавног тужиоца “судио” је и у уставним споровима за забрану рада тајних удружења, односно удружења и политичких организација, па и “навијачких група“, и то “као суд прве и последње инстанце”. Из изнетог следи да је након Устава из 2006. знатно промењен модел српског Уставног суда.⁵⁹⁾

3. Уставни суд Србије наспрам Врховног касационог суда и других судова

У сагледавању односа Уставног суда и судова у Републици Србији, а посебно Врховног касационог суда, због обима овог рада нисмо у прилици да се осврнемо на све важније аспекте тог односа, тј. да се бавимо органским, процесним и функционалним везама ових органа, нити пак да укажемо на сва питања и дилеме које су се испољавале у њиховим међусобним односима у домену вршења уставносудског надзора, а нарочито у поступку заштите људских права. Осврнућемо се само на нека од питања која су односе ових органа чинила осетљивим и деликатним, а неретко и врло напетим.

У односима Уставног и Врховног касационог суда, односно судова, испољило се неколико озбиљнијих проблема. С обзиром на то упитно је: (1) да ли су редовни судови овлашћени на самосталну оцену уставности правних норми приликом њихове примене у конкретним судским споровима, тј. располажу ли правом на екцепцију неуставности; (2) каква је обавезност интерпретативних одлука Уставног суда; (3) може ли Уставни суд у вршењу уставног надзора у поступку по уставној жалби касирати судске одлуке; (4) да ли су ставови Уставног суда изнети у образложењу одлуке по усвојеној уставној жалби правно обавезни за суд који мора да “реотвори предмет“, односно да поново

58) Оцену о томе да је уставна жалба у правном поретку Републике Србије делотворно правно средство, Европски суд је изразио у пресуди “Винчић и други против Србије“ (представка бр. 44698/06 и др. од 1. децембра 2009).

59) В. Nenadić, *Constitutional Court of Serbia from a “Negative” to a “Positive” Legislator*, International Conference “The Position of Constitutional Courts and Their Influence on the Legal Order of the State”, Кошице, 8 April 2013.

одлучи и донесе корективну одлуку, као и за друге судове у будућим предметима; (5) да ли је расподела надлежности и овлашћења између Уставног и Врховног касационог суда (и судова) у домену заштите људских права учињена у складу са њиховим уставом утврђеним положајем и улогом.

I

Када је у питању уставна контрола правних норми судови у Републици Србији традиционално су навикнути на ту улогу Уставног суда и на општем нивоу, о томе нема спорења. Наиме, нико не спори овлашћење Уставног суда, да у поступку нормативне уставне контроле, својим одлукама ставља ван снаге (касира) неуставне законе, са ауторитетом *erga omnes* и *res judicata*. Међутим, као спорно појавило се питање могу ли редовни судови једноставно одбити примену закона или другог прописа ако сумњају у његову уставност и непосредно применити уставну норму. Наиме, полазећи од обавезе непосредне примене Устава и редовни судови (посебно Врховни) траже простор, тј. овлашћење да могу одбити примену неуставне законске одредбе у конкретном случају (спору), тако што би непосредно применили уставну норму. Указује се да они тиме не доводе у питање надлежност Уставног суда да донесе одлуку о неуставности те норме (и тако је искључи из правног поретка). У условима централизоване уставне контроле, овлашћење (право) *exceptio illegalis* се у принципу ускраћује редовним судовима (па и оним највишим) када је у питању законска норма. Но, како није допустиво да судије примењују право које није уставно, редовни судови по српском Уставу располажу правом на покретање поступка контроле уставности законске норме коју би требало да примене у решавању конкретног судског спора, ако оцене да је несагласна Уставу. Међутим, за разлику од поменутих судова западноевропских земља који “диктирају дневне редове уставних судова”, наши судови нису преузели одговорност за проналажење могућих кршења Устава од стране законодавца, тј. за њихово “слање Уставном суду на испитивање уставности”, па чак ни у ситуацијама кад су им такви закони задавали озбиљне проблеме. Судићи по томе, у нашој судској пракси “светост” закона је још увек непомућена. Отуда се у теорији бележи да је за велику већину наших судова и судија “читаво важеће право изгледало сагласно са Уставом”. Али, број касаторних одлука Уставног суда показује ипак нешто друго.⁶⁰⁾ Према подацима који су нама били до-

60) Од 2008. до краја јуна 2013. године Уставни суд је донео 50 утврђујућих одлука.

ступни, судови су до сада упутили укупно осам предлога,⁶¹⁾ од више хиљада предмета формираних у области нормативне контроле пред Уставним судом.⁶²⁾ За овакво стање постоји више разлога чија слаборација превазилази оквире овог рада. Уз поднормираност овог облика контроле,⁶³⁾ томе свакако доприноси чињеница да су наши судови у последњим деценијама у сталним реформама (започетим, а недовршеним или спроведеним али неуспешним) и да су загушени судским спорovima. У литератури се с правом указује да судови под теретом свега тога немају ни снаге, ни времена да покрећу решавање спорних уставноправних питања, односно да су онеспособљени да изврше ову обавезу, тим пре што се од судијског предлога очекује да буде подржан “примереном уставноправном аргументацијом“.

Наше је запажање да су судови уместо покретања поступка конкретне контроле уставности закона прибегавали новом тумачењу спорне законске норме, или пак непосредној примени одредаба Устава остављајући спорне одредбе закона по страни. Као резултат таквог делања судова у пракси се појављују две врсте одлука:

Прво, то су одлуке које су поједине судије редовних судова обликовале тумачењем закона полазећи од уставних одредаба о људским

61) Од 2003. до јула 2013. по предлогу судова формирано је седам предмета у поступку апстрактне нормативне контроле, и то предмети: IУ-480/2003 за оцену Закона о изменама и допунама Закона о уређењу судова, предлагач је био Други општински суд у Београду; IУ-488/2003 за оцену Закона о уређењу судова, предлагач је био Виши трговински суд; IУ-44/2009 за оцену Закона о Високом савету правосуђа, предлагач је био Општински суд у Куршумлији и окружни судови у Прокупљу, Шапцу и Лесковцу; IУ-356/2009 за оцену Уставног закона за спровођење Устава, предлагач је био Окружни суд у Прокупљу; IУ-357/2009 за оцену Закона о судијама, предлагач је био Окружни суд у Прокупљу; IУз-239/2013 за оцену Закона о помиловању, предлагач је Виши суд у Београду (кривично одељење); IУ 412/2003 за оцену Закључка Владе 05 број 02-4586/03-001 од 17. јула 2003, предлагачи Општински и Окружни суд у Приштини. Само је један предмет формиран у поступку конкретне нормативне контроле по предлогу Основног суда у Крушевцу – судска јединица Варварин и то за оцену законитости Тарифе о накнадама трошкова за рад адвоката (IУо-790/2012).

62) Врховни, односно Врховни касациони суд то није учинио ниједном, без обзира на велики број закона који су били подвргнути оцени уставности, а који су се односили на организацију и уређење судова, независност судске власти, поступке пред судовима и др.

63) Закон је овом облику контроле посветио само једну одредбу (члан 63) из које следе две ствари: *прво*, обавеза суда да застане са поступком увек када се пред њим отвори (постави) питање сагласности закона (и другог прописа и општег акта) са Уставом, а који би тај суд требао применити у решавању конкретног спора; *друго*, да је суд обавезан да покрене поступак за оцену уставности (и законитости) тог акта пред Уставним судом. Но, да ово није основни разлог због којег судови ретко користе овлашћење за покретање конкретне контроле потврђује и искуство Хрватске. Вид. Ј. Омејас, *О потребним променама у структури Хрватског уставног судовања*, Загреб, 2009, стр. 100-103.

правима, или пак од уставних принципа и начела (једнакости, забране дискриминације, пропорционалности и сл). Ове одлуке су још увек спорадичне (јер се судије редовних судова не усуђују да у већој мери тумаче законске одредбе на наведени начин), мада би њихово чешће доношење истовремено водило бржој конституционализацији укупног правног система земље, с једне стране, а са друге, широј аутономији судске власти. Уз то, у литератури је поодавно запажено да таква пракса судове далеко више окреће уставу као основном закону земље, а тиме и ка његовом чувару - уставном суду и његовој јуриспруденцији. Стога наведену праксу треба подстицати и од стране нашег Уставног суда, на начин како су то чинили угледни европски уставни судови. Не треба заборављати да обавеза судова да суде на основу Устава, као и обавеза непосредне примене уставних одредаба о људским правима, радикално мењају њихову улогу и одговорност. Судски процес више није ограничен на примену законских норми на утврђено чињенично стање у конкретним предметима. Из Устава следи да сваки судија пре доношења одлуке мора утврдити садржај релевантних извора права, “што тражи симултану примену не само законских, већ и уставних, па и супранационалних одредаба“. Мада је законска одредба и даље “најочигледнији и најкориснији основ“ за одлуку редовног суда, она је ипак постала ограничена, јер се готово у сваком предмету може појавити питање да ли су одредбе закона у складу са Уставом као вишим правом. Први корак у тражењу тог одговора мора учинити судија редовног суда.

Друго, то су одлуке у којима су судови игнорисали одредбе закона, тако што су се у пресуђењу позивали на Устав, а не на закон, тј. што су непосредно применили одговарајућу одредбу Устава и тако “избегли“ примену одредбе закона за коју су сматрали да је неуставна.⁶⁴⁾ Тиме су судови у суштини сами оценили да је законска одредба неу-

64) Пишући о томе Г. П. Илић, констатује да су веома ретки примери у којима судови “долазе у прилику да оцењују уставност одређене законске одредбе“ и наводи случај који се догодио по ступању на снагу Устава 2006, када је Други општински суд у Београду “оцењивао уставност члана 242. Закона о кривичном поступку, који је као разлог за искључење јавности са главног претреса предвиђао, поред осталог, потребу чувања тајне.... Међутим, доношењем Устава од 2006. тај разлог више није постојао... Кривични суд је имао пред собом процесну ситуацију коју законска и уставна одредба уређује на различите начине. Приликом доношења одлуке суд се позвао на члан 18. став 1. Устава који прописује да се Уставом загарантована права непосредно примењују, па је у складу са тим, непосредно применио одредбу члана 32. став 3. Устава....“ (Г. Илић, *Држава versus криминалитет и стандарди људских права*, Зборник “Криминал и државна реакција: феноменологија, могућности, перспективе“, Београд, 2011, стр. 34-35).

ставна и определили се за непосредну примену Устава, односно на екцепцију илегалности “по њима неуставне законске нормe.”⁶⁵⁾ Наравно, да се наведено понашање редовних судова нашло у процепу између уставне обавезе непосредне примене уставних норми с једне стране, а с друге, улоге Уставног суда у оцени уставности правне норме и дужности установљене законом да у случају сумње у уставност правне норме коју треба да примене, застану са поступањем и затраже од Уставног суда оцену њене уставности. Из члана 63. Закона о Уставном суду, јасно следи да редовни судови не располажу овлашћењем екцепције неуставности, те да је укинута некадашње право судова на екцепцију илегалности (*exceptio illegalis*) “других прописа, односно других општих аката.”⁶⁶⁾

Дакле, изнето показује да је у судској пракси постало упитно шта данас поменута одредба члана 63. Закона о Уставном суду значи, са становишта уставног одређења да се одредбе Устава о људским и мањинским правима и слободама непосредно примењују (члан 18),⁶⁷⁾ те да судови суде на првом месту на основу Устава (чл. 142. и 145). Другим речима, питање је када, шта и како редовни суд треба да дела у условима централизоване уставне контроле правних норми у рукама Уставног суда, кад сматра да је норма коју треба да примени у конкретном спору несагласна са Уставом. Тренутну колебљивост у вези са наведеним, односно о питању “овлашћења судова на екцепцију илегалности”, као и о питању “непосредне примене одредаба Устава” од стране судова показује и сам Уставни суд. Наиме, до маја 2012. године Уставни суд је чврсто стајао на становишту да редовни судови не располажу овлашћењем контроле уставности, јер је контрола уставности законске норме у искључивој надлежности Уставног суда, а у ситуацији кад редовни суд сумња да је законска одредба неуставна, тај суд има право, односно дужност да “спорно правно питање” изнесе пред Уставни суд,

65) Наводећи свој разговор са једним од судија редовног суда о таквој пракси пише и Д. Поповић. Вид. Б. Милосављевић, Д. Поповић, *Уставно право*, Београд, 2008, стр. 37.

66) О питањима “екцепције неуставности и незаконитости” (*exceptio illegalis*) и овлашћењима редовних судова у тим поступцима, вид. Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008, стр. 534-357; Д. Стојановић, *Стање и проблеми у остваривању накнадне контроле*, Зборник “Устав Републике Србије – пет година после (2006-2011)”, Ниш, 2011, стр. 14-17. и В. Nenadić, *Odnos Ustavnog suda i sudova*, *Pravni informator*, 1/2008, стр. 3-13.

67) Непосредна примена уставних одредаба о људским правима од стране судова свакако значи “да закон није нужан посредник између уставне норме и њене практичне примене” (М. Пајванчић), те да непосредна примена уставне одредбе није спорна у одсуству законске норме.

тј. да покрене поступак конкретне контроле, како то стоји и у члану 63. Закона о Уставном суду. Међутим, маја 2012. године једно од малих већа Уставног суда је другачије поступило, када је Решењем Уж-968/2012,⁶⁸⁾ одбацило уставну жалбу, игноришући изричиту одредбу Закона о раду,⁶⁹⁾ упутило њеног подносиоца да изјави тужбу Управном суду на основу непосредне примене члана 198. став 2. Устава. При томе, ни веће самог Уставног суда није застало са поступком одлучивања по уставној жалби, нити је Суду предложило акцесорну (инцидентну) оцену уставности евентуално спорне одредбе Закона о раду, већ је подносиоца уставне жалбе (а тиме и Управни суд) упутило на непосредну примену поменуте одредбе Устава. Међутим, Управни суд је одбио да поступи по изнетом ставу малог већа Уставног суда, па је одбацио изјављену тужбу с позивом на поменуту одредбу Закона о раду. По пријему одлуке Управног суда, подносилац је поново изјавио уставну жалбу (Уж-8468/2012), поводом које Уставни суд још није одлучивао. То ће бити прилика да Уставни суд јасно исказе своја становишта о наведеним спорним питањима.

II

Овлашћење Уставног суда у домену контроле уставности закона, као што смо већ констатовали, није се све доскоро јављало као разлог напетости између Уставног и врховних судова у Србији, јер редовни судови нису показивали посебно интересовање за доношење одлука о (не)уставности закона. Међутим, како Уставни суд, попут других европских судова, “просту алтернативу“ прогласити (не)уставност закона, не сматра више јединим начином свог одлучивања у поступку нормативне контроле закона, већ све чешће прибегава интерпретативним одлукама,⁷⁰⁾ тј. тумачењу конкретних законских норми како би оне

68) По “угледу“ на Решење Уж-968/2012 од 17. маја 2012. поступљено је у још неколико идентичних предмета, док се са одлучивањем у другим предметима застало, јер су поједина већа, односно судије захтевале да Суд приспита наведено решење имајући у виду раније одлуке Суда, односно правна становишта Уставног суда о праву редовних судова на екцепцију неуставности. Веће је ово Решење објавило у “Службеном гласнику РС“, број 58/12, а с позивом на члан 49. став 2. Закона о Уставном суду, тј. због свог “ширег значаја за остваривање уставности и законитости“.

69) У образложењу Решења стоји да је веће заузело овакав став без обзира на одредбу члана 272. став 4. Закона о раду којом је прописано: да се против коначног решења из члана 271. став 1. Закона не може покренути управни спор.

70) Одбијајући предлог, тј. одбацујући или не прихватајући иницијативу за оцену уставности одредаба закона Уставни суд је у овим одлукама, оспореним нормама закона тумачењем давао значење које норму доводи у склад са Уставом.

“преживеле“ уставносудски надзор,⁷¹⁾ чини се да то управо почиње највише да смета Врховном касационом суду (и судовима), тим пре, што ни наше позитивно право не познаје “технику интерпретативних одлука“ као вид уставносудског одлучивања. Другим речима, како се редовним судовима, пре свега врховном суду, традиционално признавало право на судско тумачење закона, то се ови судови тешко мире са новонасталом праксом, где се Уставни суд све више усмерава ка тумачењу закона, а не једноставном утврђивању њихове (не)уставности.⁷²⁾ Уз то, са процесом конституционализације бројних посебних подручја права и са обавезом непосредне примене Устава редовни судови су, као што смо већ констатовали, почели и сами тумачити законе полазећи од Устава. С обзиром на то да Уставни и Врховни касациони суд истовремено теже “новом тумачењу закона у његовој повезаности са Уставом“, то у суштини почиње бивати један од главних разлога напетости у односима ових органа, тим пре што тумачење ових судова не мора увек бити једнако.

Како интерпретативне одлуке имају за циљ да “обликују“, и то на позитиван начин, правни поредак земље (прецизирањем значења правних норми, или неутрализовањем њиховог уобичајеног смисла, или пак попуњавањем одређених правних празнина), то се поставило питање овлашћења Уставног суда за њихово доношење - не само због односа Суда према законодавцу (који је овлашћен да даје аутентично тумачење закона,⁷³⁾ односно да прецизира садржину закона које доноси), већ и према судској власти, односно према овлашћењу Врховног касационог суда да у случају потребе “даје ново тумачење закона“. Поред питања овлашћења Уставног суда за доношење интерпрета-

71) Вид. Одлуку о оцени уставности Закона о утврђивању надлежности АП Војводине (ИУз-353/2009), у чијој изреци, поред осталог, стоји да се одбија предлог за утврђивање неуставности више одредаба Закона али “под условима и ограничењима датим у образложењу одлуке“, односно “уз тумачење дато у образложењу одлуке“, као и одлуке Суда о интерпретацији одредаба Породичног закона (ИУ-13/2009 и ИУ-296/2005), Закона о пољопривредном земљишту (ИУ-82/2007 и 280/2009), Закона о приватизацији (ИУз-98/2009), Закона о Војсци Србије (ИУз-2/2008), Закона о управним споровима (ИУз-107/2011), Закона о парничном поступку (ИУз-1242/2010) и др.

72) О овим одлукама Уставног суда вид. код В. Nenadić, *Constitutional Court of Serbia from a “Negative” to a “Positive” Legislator*, стр. 13 - 17.

73) Према чл. 194. и 195. Пословника Народне скупштине (2012) Скупштина доноси аутентично тумачење закона, на предлог овлашћеног предлагача закона.

тивних одлука,⁷⁴⁾ отворило се и питање њиховог правног дејства, тј. да ли су редовни судови дужни да у решавању спорова из своје надлежности следе тумачење законске норме изнето у образложењу интерпретативне одлуке којом Суд потврђује њену уставност (оставља је на снази) или пак став Врховног касационог суда. Наиме, није спорно да се утврђујућим диспозитивима одлука Уставног суда признаје “правна снага” и дејство *erga omnes*, већ је спорно да ли се то дејство може проширити “са диспозитива на образложење одлуке” посебно оне која оставља закон нетакнутим, и да ли би се у случају потврдног одговора тиме “реметио” Уставом успостављени систем извора права⁷⁵⁾ на основу којих судови заснивају своје одлуке (чл. 142. и 145).⁷⁶⁾

Упечатљив пример за анализу односа судова (па и законодавца) поводом интерпретативних одлука представља одлука Уставног суда ГУз-98/2009 од 23. јуна 2011, донета у поступку контроле уставности члана 20ж Закона о приватизацији - одредбе о забрани извршења на имовини субјектата у реструктурирању. Суд није нашао да је та одредба Закона неуставна, већ је у образложењу одлуке изразио становиште о њеном правом значењу (по којем је на држави да предузме све мере и да обезбеди делотворно учешће њеног апарата, да се правноснажна судска пресуда изврши без обзира на статус извршних дужника). Међутим, привредни (трговински) судови нису поступали у складу са правним

74) Сам Суд је о томе, додуше другим поводом, у Одлуци ГУз-97/2012 констатовао “да право законодавног органа да исправи законску норму, како би је довео у склад са Уставом, као и право судске власти да преиспита и коригује властиту одлуку, остају недодирнути”. Нити Уставни суд може уместо “законодавца дописивати закон, нити уставно правосудје може, уместо суда, да коначно решава конкретне спорове и преузима његову надлежност”.

75) У теорији се указује да би давање образложењу одлуке статуса извора права, значило приближавање континенталног модела права моделу прецедента, уз напомену да и у земљама англосаксонског система део образложења пресуде који се зове *ratio decidendi* има правно обавезујућу снагу само за “судове хијерархијски подређене оном суду који је успоставио прецедент”. Вид. код Т. Маринковић, *op.cit.*, стр. 256.

76) О овим питањима се у теорији континентално-европске правне традиције износе различита становишта, која се у основи могу сврстати у две групе. У прву спадају поборници интерпретативних одлука уставног суда признајући им и улогу извора права, односно правну обавезност. Вид. тако код G. Drago, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, *Economica-PUAM*, 1991, стр.150; A. Pizzorusso, *Procedures et techniques des protection des droits fondamentaux - Cour constitutionnelle italienne*, *Revue internationale de droit compare*, 2, 1981, стр. 409-410; B. Crisafulli, *Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie*, *Revue du droit public*, Paris, 1, 1968, стр. 121-122. и А. Ваџић, Р. Ваџић, *op. cit.*, стр. 71. У другу групу спада онај део доктрине који оспорава интерпретативне одлуке уставних судова, или им пак негира својство извора права, као некомпатибилно континенталном правном поретку. Вид. код Schlaich, *op.cit.*, стр. 382; D. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, P.U.F, Paris, 1994, стр. 300-301. и Т. Маринковић, *op.cit.*, стр. 260-261.

схватањем Уставног суда, већ су у својим одлукама наводили да је поменути став на који се позивају странке у својим поднесцима “без значаја“, “будући да заузети став наведеног органа не може дерогирати изричиту законску одредбу члана 20ж. Закона о приватизацији“, односно да је “исти без утицаја“ јер судови не суде “на основу правних схватања“, већ на основу “Устава, закона, међународних уговора...“ позивајући се притом на одредбе члана 142. став 2. и члана 145. став 2. Устава.⁷⁷⁾ Ове судске одлуке су потом поново оспораване уставним жалбама пред Уставним судом. И уместо да “смири ситуацију“ и реши спорење међу судовима, и законодавац је поступио супротно ставу Уставног суда и изменама члана 20ж став 1. Закона (које су ступиле на снагу 25. децембра 2012), “продужио рок за окончање реструктурирања привредних друштава до 30. јуна 2014.“, и оснажио одредбе Закона сагласно којима се у новоодређеном року не може против субјекта приватизације у реструктурирању, односно над његовом имовином “одредити или спровести принудно извршење, нити било која мера поступка извршења ради намирања потраживања“. Након тога, Уставни суд је, на седници од 13. јуна 2013. одлучио да овог пута, по сопственој иницијативи, покрене поступак за оцену уставности члана 20ж Закона.⁷⁸⁾

И у поступању по уставним жалбама Уставни суд све више прибегава тумачењу појединих законских решења, односно боље рећи оцени да ли је Врховни касациони суд или други суд у конкретном случају тумачио право на уставноправно прихватљив начин. Приликом исказивања сопственог става о значењу појединих одредаба закона Уставни суд је у принципу водио рачуна о правним схватањима редовних судова (пре свега врховног), али се у неким одлукама став Уставног суда о значењу одредаба закона противио судској пракси, односно ставовима Врховног касационог суда, што је често водило спорењу ових органа. У том погледу интересантно је указати на спор изазван тумачењем чл. 385. и 395. Закона о парничном поступку. Уставни суд је у образложењу одлуке Уж-2233/2011, од 29. фебруара 2012,⁷⁹⁾ изразио став “да је дозвољена жалба на решење апелационог суда о недозвољености изузетне ревизије“⁸⁰⁾ иако је грађанско одељење Врховног

77) Види решења Привредног суда у Београду 4И бр. 5439/2011 и Ипв. (И) 753/2011 од 27. децембра 2011. године.

78) Вид. Решење Уставног суда бр. IУз-95/2013. од 13. јуна 2013. године.

79) Вид. и Одлуку у предмету Уж-863/2012. од 21. фебруара 2013. године и више десетина одлука донетих с позивањем на став Суда изражен у тој одлуци.

80) Вид. члан 395. став 1. Закона о парничном поступку (“Службени гласник РС“, 124/05 и 111/09), којим је уведена као ванредно правно средство тзв. изузетна ревизија, а о чијој допуштености је одлучивао надлежни апелациони суд.

касационог суда још 9. фебруара 2010. заузело супротно становиште.⁸¹⁾ Врховни касациони суд и након израженог става Уставног суда није био склон да мења свој став, па је и даље одбацивао као недозвољене жалбе које су изјављене против негативних решења апелационог суда, наводећи да члан 395. Закона који уређује ову ревизију не прописује могућност изјављивања жалбе против негативних решења апелационог суда. Подносиоци одбачених жалби изнова су се обраћали Уставном суду и тако у круг. Како су оба суда истрајавала на својим становиштима, овај спор је потом решио законодавац уносећи у Закон одредбе о праву жалбе на одлуке апелационог суда о недозвољености изузетне ревизије.

О поштовању интерпретативних одлука и тумачења Уставног суда од стране редовних судова нема целовите анализе, па ни посебних стручних радова. Оно што се може уочити јесте чињеница да су од стране судова доследно прихватане оне интерпретативне одлуке Уставног суда које су се у својој основи ослањале на ставове изграђене у пракси редовног судства, односно у којима је Уставни суд уважавао и праксу и становишта врховног суда, као и Европског суда у Стразбуру.⁸²⁾ И обрнуто.⁸³⁾ Сам Врховни касациони суд често указује да је интерпретативна улога највишег судског органа, односно врховног суда, од изузетног значаја за односе унутар судске гране власти, јер се редовни судови врло често суочавају са вишеструким могућим тумачењима појединих одредаба закона.⁸⁴⁾ Нису ретке ни оцене појединих

81) Грађанско одељење Врховног касационог суда је заузело становиште да “апелациони суд у седници већа даје оцену изузетне дозвољености ревизије по члану 395. ЗПП у форми образложеног решења“ чија изрека гласи: “Предлаже се Врховном касационом суду одлучивање о изјављеној ревизији у смислу члана 395. ЗПП.... Против овог решења није дозвољена жалба“, јер ЗПП не предвиђа право жалбе на решење апелационог суда којим се не прихвата одлучивање о ревизији изјављеној на основу члана 395. Закона. Супротно том ставу, Уставни суд је у образложењу решења о одбацивању уставне жалбе због неисцрпљености правних средстава, утврдио правни став да апелациони суд, приликом одлучивања о дозвољености изузетне ревизије има функцију првостепеног суда (јер његовој оцени не претходи одлучивање неког нижестепеног суда), те како је према одредби члана 385. став 1. Закона о парничном поступку жалба против решења првостепеног суда дозвољена, то је и жалба против те одлуке апелационог суда дозвољена.

82) То је био нпр. случај са интерпретативном одлуком у вези са: правом на правно средство због ћутања администрације (двостепено ћутање) пред Управним судом (ПУз-107/2011) или одређивањем дана доношења одлуке о давању у закуп пољопривредног земљишта у државној својини (ПУ-82/2007).

83) Вид. поменуту одлуку Суда у вези са чланом 395. Закона о парничном поступку.

84) Чињеница је да су и наши нижестепени судови, традиционално навикнути на ауторитет виших судова, посебно највишег суда у земљи, и да по правилу доследно следе судску праксу тог суда.

представника судске власти да је Уставни суд, доношењем интерпретативних одлука, “присвојио себи део овлашћења највишег суда у домену тумачења и уједначавања примене закона“ и да заправо овај суд на тај начин исказује намеру да “води“ и “усмерава“ рад судова уместо Врховног касационог суд.⁸⁵⁾

III

Уставом од 2006. судска власт у Републици Србији је, први пут, реално подвргнута контроли уставности. Међутим, подвођење судске власти вољом уставотворца под уставни надзор, већ на самом почетку довело је до напетости у односу Уставног суда и тадашњег Врховног суда,⁸⁶⁾ а потом и Врховног касационог суда, па и до озбиљних спорења и конфликта. То стање било је последица више разлога, али и чињенице да највиши суд у земљи није био навикнут на било какву контролу свог рада.

1. Први, озбиљнији сукоб између Уставног и Врховног суда, уз онај који је избио одмах након почетка примене члана 170. Устава (а поводом дилеме да ли предмет уставне жалбе уопште може бити одлука редовних судова),⁸⁷⁾ свакако је спор о питању може ли Уставни суд кад усвоји уставну жалбу поништити (касирати) правноснажну судску од-

85) Има и оних који тврде да је Врховни касациони суд у Уставном суду добио “ривала“, односно конкурента у вршењу своје основне и традиционалне функције - судског тумачења права.

86) Врховни суд функционисао је до 31. децембра 2009, тј. до конституисања Врховног касационог суда, који је почео са радом 1. јануара 2010. године.

87) У одговору на ово питање у стручним расправама су изношена два опречна становишта. Уставни суд (подржан и од стране уставноправне теорије) је био става да из Устава јасно следи да се “уставна жалба може изјавити против појединачних аката и радњи свих државних органа који су носиоци законодавне, извршне и судске власти“, што значи да предмет уставне жалбе могу бити и судске одлуке. У тадашњем Врховном суду (посебно грађанском одељењу), било је заступљено друго становиште, подржано и од појединих професора права (З. Томић), према којем из Устава следи да уставна жалба није дозвољена против одлука судова, истичући пре свега, да одредбе члана 145. ст. 3. и 4. Устава искључују могућност вансудске контроле судских одлука које може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку, а Уставни суд није “редовни“ суд, тј. део судске власти. Наравно, Уставни суд је од почетка засновао своју праксу на томе да Устав није изузео судске одлуке од уставног надзора, те је сваку расправу о том питању, док су на снази одредбе чл. 166. и 170. Устава, сматрао беспредметном. О поменутиим становиштима опширније: М. Пајванчић, *Уставна заштитна људских права*, Нови Сад, 2001, стр. 92; М. Лазарова Трајковска, *Улога уставног суда у заштити људских права, право на уставну жалбу*, реферат на Конференцији Уставног суда од 25. септембра 2009; В. Nenadić, *Odnos Ustavnog suda i sudova*, стр. 7. и В. Nenadić и К. Manojlović-Andrić, *op.cit.*, стр. 111. О поменутиим дилемама се Уставни суд детаљно изјаснио и у својој Одлуци IVз-97/2012.

луку. Наиме, када се на први поглед имао утисак да се полако смирује расправа око тога може ли Уставни суд да врши контролу уставности судских одлука (посебно одлука највишег суда у земљи⁸⁸), доношење прве одлуке Уставног суда којом је поништена судска пресуда, изазвало је бурне реакције судске власти, а нарочито тадашњег Врховног суда. Овај суд је, на својој Општој седници одржаној септембра 2009. закључио да је ”такво поступање Уставног суда супротно чл. 143. и 145. Устава Републике Србије, по коме судске одлуке могу да преиспитају само судови, у за то прописаном поступку, те да Уставни суд није овлашћен да поништава одлуке редовних судова“. Од тада се највиши суд не мири са чињеницом да Уставни суд може поништити судску одлуку, док су нижестепени судови у пракси са мање отпора прихватили касаторне одлуке Уставног суда. Дакле, повод за спор представљали су они случајеви у којима је Уставни суд, Келзеновим речником речено, овог пута као “негативни судија“ непосредно интервенисао у судски домен поништавајући одлуке редовних судова. Иако се већ била усталила пракса да Уставни суд само изузетно приступа поништавању судских одлука,⁸⁹) тј. само ако се негативне последице противуставних одлука редовних судова нису могле отклонити на други начин, то није било довољно да би Врховни касациони суд одступио од становишта Врховног суда.⁹⁰) Напротив, на иницијативу његовог грађанског одељења и Високог савета судства, уз подршку Министарства правде и Владе, решавање овог спора је пренето на законодавни терен. Тако је приликом прве измене Закона о Уставном суду (2011) дошло до “изузимања судских одлука од могућности поништавања.“⁹¹) Врховни касациони суд је привремено био умирен (и тим поводом

88) Од укупног броја изјављених уставних жалби, више од 90% чине жалбе којима се оспоравају акти и радње судске власти. Такође, и број усвојених уставних жалби то додатно потврђује.

89) Према подацима који су нам били на располагању, за прве две године поступања по уставним жалбама Уставни суд је поништио 21 судску одлуку. Број се у 2010. повећао на 90, што је било условљено структуром предмета и бројем решених уставних жалби. Слично је било и у 2011. години. У 2012. наложено је поновно одлучивање судова у 1.428 предмета. Ако се свему томе додају и одлуке из прве половине 2013, укупан број усвајајућих одлука у којима је Уставни суд утврдио повреду људских права од стране судске власти се приближава броју од 2.000 случајева.

90) Вид. и Саопштење Опште седнице Врховног касационог суда од 3. септембра 2012, доступно на: www.vk.sud.rs

91) Одредба члана 33. Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду (“Службени гласник РС“, бр. 99/11) гласила је: “Кад Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт, осим судске одлуке....“

издао чак и посебно саопштење - рекло би се у “знак победе“), али се у односима два суда осећала и даље напетост, овог пута више на страни Уставног суда. Спор је само на први поглед био решен - Уставни суд није више поништавао одлуке редовних судова (поштујући формално измењену одредбу члана 89. Закона), али је усвајајући уставне жалбе, у великом броју предмета, констатовао повреде уставних права и налагао надлежним судовима (па и Врховном касационом суду), поновно одлучивање.⁹²⁾ Но, недуго по ступању на снагу поменуте измене Закона, Уставни суд је 12. јула 2012. покренуо поступак за оцену њене уставности, да би већ у децембру 2012. године, оценио “да се изузимање судских одлука од могућности поништаја не темељи на каквом уставно-правно заснованом основу и разлогу“ и утврдио несагласност оспореног законског решења са Уставом.⁹³⁾ По објављивању ове одлуке, Уставни суд је наставио са праксом поништавања судских одлука.⁹⁴⁾

2. Упоредо са изнетим спорењем, између Уставног и Врховног суда водила се и расправа о *обавези судова на “реотварање постојка”*, која је била окончана правоснажном судском одлуком, а након доношења усвајајуће одлуке Уставног суда по уставној жалби. У почетку, највиши судови су то одбијали изричито или пак прећутно (не поступајући у дужем временском периоду) или су пак званично саопштавали да такво налагање Уставног суда није у складу са Уставом и законом јер у овим актима не постоји уопште правни основ за понављање поступка завршеног правоснажном судском пресудом на темељу одлуке

92) У периоду важења измењене одредбе члана 89. став 2. Закона о Уставном суду, Суд је током 2012. године у близу 1500 предмета по уставним жалбама, само усвајао уставне жалбе, утврђивао повреде права од стране судске власти и налагао судовима “поновно одлучивање“. Вид. Преглед рада Уставног суда за 2012. годину: <http://www.ustavni.sud.rs>

93) У овом поступку Уставни суд је био и тужилац и судија. Стајали смо на становишту да би било добро да Суд одржи јавну расправу у овом предмету, тим пре што је изостао одговор Скупштине на наводе Суда дате у Решењу о покретању поступка и што је Суд у овом предмету судио у сопственој ствари. То би уједно била прилика и да се у непосредном дијалогу са представницима Врховног касационог суда, законодавца и предлагача закона, а уз учешће представника правне науке, целовито и темељно расправи ово, и са њим повезана друга спорна питања у односима Уставног суда и редовног судства. Но, судија известилац и већина у Суду је одлучила другачије.

94) Спорно решење из члана 89. став 2. Закона престало је да важи 26. фебруара 2013. тј. даном објављивања Одлуке Уставног суда у “Службеном гласнику РС“, број 18/13. Прву одлуку о поништају одлуке Врховног касационог суда, након наведене одлуке, Уставни суд је донео 7. марта 2013. Тенденција поништавања већег броја судских одлука се наставила и у овој години. Само од 7. марта до 20. јуна 2013. Уставни суд је поништио 231 одлуку редовних судова, а међу њима и 15 одлука Врховног касационог суда.

Уставног суда. Чињеница је да у тада важећим процесним законима који су уређивали разлоге за понављање поступка пред редовним судовима, одлука Уставног суда донета по уставној жалби није била изричито предвиђена као разлог за понављање поступка, односно “поновно одлучивање”.⁹⁵⁾ Доношењем Закона о парничном поступку 2011. створен је изричит правни основ за реотварање судског поступка у извршавању одлуке Уставног суда, а делимичном изменом решења у Закону о кривичном поступку унет је мање споран правни основ за поновно одлучивање надлежних судова и доношење тзв. корективне одлуке.⁹⁶⁾ Тако је овај спор у највећој мери решио законодавац, осим пред Управним судом. У члану 56. Закона о управним споровима (2009) одлука Уставног суда, још увек није предвиђена као разлог за понављање поступка завршеног правноснажном одлуком Управног суда, што судије овог суда упорно понављају и због чега по њиховој оцени “нису заузеле јединствен правни став применом које одредбе Закона о управним споровима да уклоне из правног промета правноснажну пресуду којом је повређено уставом зајамчено право, а Уставни суд је уставну жалбу са тих разлога и уважио”.⁹⁷⁾

3. У последње време спорења Уставног суда и Врховног касационог суда постају све израженија поводом питања да ли *правна ста-новнишћа* (па и оцене) *Уставног суда* изражена у образложењима његових одлука донетих по уставним жалбама, *обавезују судове*. Другим речима, као спорно се отворило питање “правне обавезности”, односно “правне снаге” ставова (и оцена) Уставног суда изражених у образложењу његових одлука. Спор је, по правилу, увек на виду када се правни став Уставног суда разликује од става Врховног касационог

95) Чланом 14. Закона о кривичном поступку из 2001. године, била је предвиђена само могућност понављања поступка “када је поднесен захтев за измену правоснажне судске одлуке на основу одлука уставног суда којом је укинута или стављен ван снаге пропис на основу којег је била донета правоснажна осуђујућа пресуда”.

96) Вид. члан 428. Закона о парничном поступку и чл. 484. и 485. Закона о кривичном поступку, који су истовремено објављени у “Службеном гласнику РС”, број 72/11.

97) Вид. акт Управног суда Су II-17 21/13 (од 25. маја 2013) упућен Уставном суду, као и званична саопштења Управног суда издата поводом реотварања поступка по захтевима “за усклађивање војних пензија”. Како Управни суд у дужем периоду није одлучивао у поновном поступку, то је због притиска медија и упитаности “да ли је Управни суд изнад Уставног суда” и оцена да у суштини “Управни суд не жели да поступи по одлуци Уставног суда”, Управни суд саопштавао, позивајући се на одредбе члана 56. Закона о управним споровима, као и на Судски пословник, да ако у суду има “више предмета са истим правним и чињеничним основом не могу се донети одлуке док се судије не усагласе око једнаког поступања”. Вид. дневне листове: “Наше новине” од 20. 4. 2013, “Политика” од 19. 3. 2013, као и “Вечерње новости” од 3. 4. 2013. године.

суда израженог у судској одлуци за коју је Уставни суд нашао да повређује уставно право подносиоца уставне жалбе. Како се о овом конкретном питању ни Устав, а ни Закон о Уставном суду не изјашњавају, то је Уставни суд о томе почео (одскоро) да се изричито изјашњава у изрекама својих одлука. Наиме, деликатност у односима Уставног суда и Врховног касационог суда по овом питању могуће је сагледати кроз анализу тзв. пингпонг одлука, тј. одлука које Уставни суд доноси “по други пут”, а у суштини “о истој ствари”, јер се Врховни касациони суд (и редовни судови који га по традицији следе) приликом доношења корективне одлуке није сматрао везаним правним ставом Уставног суда. Тако је примера ради Одлуком Уж-224/2013 од 6. јуна 2013. Уставни суд поново усвојио уставну жалбу истих подносилаца, изјављену овог пута на “нову“ (корективну) одлуку Врховног касационог суда, и по други пут утврдио да је Касациони суд оспореном пресудом подносиоцима уставне жалбе повредио право на правично суђење, поништио наведену ревизијску пресуду, те наложио том суду да поново одлучи о ревизији подносилаца уставне жалбе.⁹⁸⁾ Поред наведе-

98) Уставна жалба у овом предмету изјављена је против пресуде Врховног касационог суда донете у поновљеном поступку, након што је Уставни суд Одлуком Уж-482/2008 поништио претходну ревизијску пресуду због повреде права на правично суђење и наложио Врховном касационом суду да поново одлучи о ревизији тужилаца. Овај суд је *поново одбио ревизију*, са допуњеним образложењем у односу на поништену пресуду. У том образложењу Врховни касациони суд указује на законом установљену обавезност правног схватања усвојеног на седници његовог грађанског одељења за сва већа у саставу одељења, као и на чињеницу да је Уставни суд у неким својим одлукама прихватао наведено правно схватање Врховног касационог суда. Такође, указује се на праксу Европског суда за људска права о томе да ставове из области материјалног и процесног права утврђују тзв. стручни судови, те Врховни касациони суд закључује да су *накнада штете и застарелости* институти материјалног (облигационог) права, те да зато тумачење значења одредби чл. 376. и 377. у вези са чланом 172. ЗОО може дати само Врховни касациони суд, а не Уставни суд, јер питања која се односе на застарелост потраживања накнаде штете не спадају у област људских и мањинских права и слобода. Насупрот томе, Уставни суд у образложењу новодонете одлуке указује да извршење одлуке Уставног суда не подразумева само формално доношење нове одлуке од стране Врховног касационог суда, већ и поступање и одлучивање у складу са оценама и ставовима изнетим у одлуци Уставног суда која се извршава. Такође, Суд закључује да је у конкретном случају “управо очигледно произвољним тумачењем наведених института и одредби Закона о облигационим односима, Врховни касациони суд поново повредио Уставом гарантовано право на правично суђење подносилаца уставне жалбе...”, као и да је у оспореној пресуди “неосновано позивање Касационог суда на Законом о уређењу судова предвиђену обавезност поступања по сопственим правним ставовима, посебно у ситуацији када је Уставни суд утврдио да се таквим правним ставом повређује Уставом гарантовано право на правично суђење, те да оваква Законом установљена обавеза не може бити разлог да се не поштује императивна одредба члана 171. став 1. Устава која обавезује судове да извршавају одлуке Уставног суда“.

ног, Уставни суд је, први пут у својој пракси, у диспозитиву ове одлуке учинио корак више⁹⁹⁾ и изричито наложио Врховном касационом суду да поступи “у складу са оценама Уставног суда изнећим у овој Одлуци”.¹⁰⁰⁾ Иначе, до тада, тј. у својим ранијим одлукама Суд није говорио о “обавезности” његових правних ставова (оцена), ни у диспозитиву, нити у образложењу. У образложењу одлука је нпр. било говора “о разумном очекивању” да надлежни судови поступају у складу са правним схватањима Уставног суда.¹⁰¹⁾ С позиције подносилаца уставне жалбе, овакве “пингпонг одлуке” Уставног и Врховног касационог суда¹⁰²⁾ озбиљно могу отворити питање делотворности заштите људских права на нивоу највиших институција Републике Србије. Наиме, уколико врховни суд, односно редовни суд након што му је пресуда поништена одлуком уставног суда, поново “реша” предмет на исти начин, као и раније, односно ако врховни суд не поступи сагласно правном ставу уставног суда, тада настаје *circulus vitiosus* који уколико оба суда устрају на свом ставу може трајати унедоглед.¹⁰³⁾ Ово су посебне ситуације, које бисмо могли назвати “поигравањем” са заштитом људских права, јер оне доводе подносиоце уставних жалби, како рече S. Rodin у позицију “уклетог Низоземца”. Такви случајеви, нужно траже од законодавца да реши спор између Уставног и Врховног касационог суда изричитим и јасним уређивањем питања око кога се судови разилазе тумачећи постојеће (позитивно) законско решење, с једне стране, а с друге, да у Закону о Уставном суду изричито уреди

99) Илустративна је и Одлука Уж-6668/2012 од 21. марта 2013. у којој је Уставни суд такође, по други пут оценио да је Врховни касациони суд подносиоцима уставне жалбе повредио право на правно средство из члана 36. став 2. Устава, те је усвојио нову уставну жалбу, поништио одлуку Врховног касационог суда и наложио му не само да поново “реотвори предмет” већ и “*да одлучи у меритуму* о ревизији подносилаца уставне жалбе...”

100) Скрећемо пажњу да је овде Суд наложио Врховном касационом суду да одлучи у складу са “оценама Уставног суда“(!) а не “правним ставовима“ Суда, а у образложењу Суд се није доследно позивао на члан 166. Устава по којем су одлуке Уставног суда општеобавезне, већ на члан 171. Устава о обавези извршења одлука Уставног суда. Немачки Уставни суд се, међутим, континуирано позива на члан 31. Органског закона, тврдећи да је општеобавезан не само диспозитив његове одлуке, него и правна схватања изнета у образложењу одлуке.

101) Примера ради, у већ поменутој Одлуци ПУз-97/2012 Уставни суд је, поред осталог, констатовао да је “*разумно очекивајући од надлежног суда да успостави правно стање које одговара правном схватању Уставног суда*”.

102) Иначе, у овом предмету подносиоци уставне жалбе су се први пут обратили Уставном суду још 2008. године.

103) О овим појавама у упоредном праву видети и код L. Garlicki, *op.cit.*, стр. 62-63. и S. Rodin, *Kontrola ustavnosti i dioba vlasti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, broj 2, 1996, стр. 175.

обавезност правних ставова Уставног суда (како је то учињено и у упоредној пракси појединих земаља), бар док се Врховни касациони суд и редовни судови не "привикну" на уставну контролу свога рада и општу обавезност одлука Уставног суда у целини, за све и без изузетка, мада би се у правним државама у присуству изричитих и јасних одредаба чл. 166. и 167. Устава, наведено више него подразумевало. Наравно, и док сам Уставни суд не прихвати да је дијалог са праксом редовних судовова нужан, у циљу унапређења развоја и заштите људских права, те да уставно одређење његове позиције и општеобавезности његових одлука често нису довољне гаранције да редовни судови добровољно следе његове одлуке и ставове.

IV

И коначно, нужно је указати на изворе скоро дневних спорења или боље рећи трајне напетости између Уставног суда и Врховног касационог суда, односно других судовова које се јављају у поступку по уставним жалбама, а тичу се разграничења надлежности и овлашћења ових органа. То су, пре свега, законска решења која су довела Уставни суд, а слободни смо констатовати и Врховни касациони суд, у предворје озбиљне кризе, из које ови органи, без интервенције законодавца (па можда и уставотворца), тешко могу изаћи.

С једне стране, Уставни суд је постао загушен великим бројем предмета по уставним жалбама, које су пристигле у овај суд пошто су њихови подносиоци "претходно исцрпили сва друга правна средства пред редовним судовима", или "пошто не постоји други облик правне - судске заштите" или што нема "другог правног лека за повреду одређеног права", или и зато што је повређено "право на приступ суду", или "право на правично суђење", или "право на једнаку правну заштиту", или зато што су нижестепени судови или њихова већа "неједнако поступали" и др. Укратко, Уставни суд је затрпан уставним жалбама на судске одлуке, због тога што те одлуке не могу уопште, или не могу делотворно бити оспораване пред Врховним касационим судом или другим вишим судовима због рестриктивних услова за изјављивање правних лекова (пре свега ревизије) или због непостојања адекватних (делотворних) редовних и ванредних правних средстава. С друге стране, чињеница је да је Врховни касациони суд законом "растерећен" бројних надлежности, али је такође чињеница да је тај суд истовремено неосновано "развлашћен" од вршења основних задатака (послова) које врши највиша судска инстанца у свакој правно уређеној земљи. Његов задатак је фактички преваљен на Уставни суд, чиме се знатно ремети

његов уставни положај и улога.¹⁰⁴⁾ Тако је Уставни суд увелико био ту да, што непосредно, што посредно, својим одлукама утврђује одређена правна схватања; да расправља спорна питања од значаја за функционисање судова и да на крају "уједначава судску праксу", односно обезбеђује јединствену судску примену права. Уз то, велики број поништених одлука редовних судова, па и Врховног касационог суда, од стране Уставног суда додатно води нарушавању ионако крхког и ослабљеног ауторитета судских институција у земљи. Метод поништавања одлука врховног суда, посебно кад то постане уобичајена активност уставног суда, у упоредном праву се без изузетка показао као непримерен за решавање спорова између уставног и врховних (касационих) судова.

Уз *Закон о уређењу судова*, за наведено стање два су закона "нај-заслужнија". С једне стране, то је *Закон о парничном поступку*, а са друге, сам *Закон о Уставном суду*. Одређена решења у овим законима (уз још неке процесне законе) довела су до видног поремећаја надлежности између Уставног суда и Врховног касационог суда, а тиме и до поремећаја у остваривању њиховог уставног положаја и улоге.¹⁰⁵⁾ Но, чини се да се ни један ни други суд нису озбиљније позабавили овим стањем. Тако се Врховни касациони суд много више бавио питањем обезбеђивања "свог врховништва" у односу на Уставни суд и оспоравањем његових овлашћења у вршењу уставне контроле судске власти, док су изостали његови суптински предлози за промену Закона о уређењу судова и процесних закона, којим би се његова надлежност и овлашћења потпуније и целовитије уредила, као и надлежност других судова у Републици, сагласно њиховој основној функцији. Када је у питању Уставни суд, мора се рећи да је овај суд имао могућности (и овлашћења) да ове поремећаје бар делимично отклони, кроз поступак нормативне контроле уставности појединих одредаба наведених закона. Он то није учинио из више разлога, па и због непостојања неопходног степена сагласности у самом Суду о уставности одредаба тих закона.

104) То је био и главни разлог због кога је Уставни суд Хрватске својом Одлуком У/1569/2004 укинуо одредбу Закона о парничном поступку, којом је било прописано да странке могу поднети ревизију против другостепене пресуде ако вредност предмета спора побијаног дела пресуде прелази 100.000,00 куна (око 35.000 евра).

105) Правна средства пред Врховним касационим судом морају законом бити прилагођена Уставом опредељеном положају "највишег суда у Републици". Слободни смо рећи да данас имамо један неконзистентан систем надлежности органа судске власти не само у односу на овај суд, већ и у погледу начина расподеле надлежности и овлашћења међу различитим нивоима и врстама судова.

Прво, указаћемо да је одредбама чл. 38. и 51. Закона о *парничном процесу* о утврђењу ревизијског цензуса од 100.000 евра, законодавац (правећи "крупан и неразуман дисконтинуитет" са ранијим ревизијским цензусом), Уставни суд претворио у својеврсни инстанциони суд, у који сваког месеца стижу стотине уставних жалби, које по својој суштини представљају ревизију, јер странке немају приступ Врховном касационом суду. У предмету *ИУз-2/2010* Уставни суд је био у прилици да поремећај који изазивају наведене одредбе Закона отклони, али Суд то није учинио, јер је већином гласова одлучио да су те одредбе сагласне са Уставом. За разлику од већине судија које носе такву одлуку, сматрали смо да су наведене одредбе несагласне са Уставом из више разлога.¹⁰⁶⁾ Најпре, зато што је њима дерогирана Уставом утврђена улога Врховног касационог суда. Ако је Врховни касациони суд највиши суд у Србији како то стоји у члану 143. став 4. Устава, то значи да је тај суд првенствено позван да се стара о једнакој заштити права пред судовима, као и да утврђује начелне правне ставове ради јединствене судске примене права. Подаци из прегледа рада Уставног суда упозоравају да су у 2009. години у овом суду примљене 2.843 уставне жалбе, у 2010. години 5.555, у 2011. години 6.928, а у 2012. години 10.069 уставних жалби. У првих шест месеци 2013. године примљене су 5.173 уставне жалбе. У току 2012. године за 10 пута је повећан број одлука којима је утврђена повреда права на правично суђење (1.451) у односу на 2011. годину. Посебно је карактеристично да је у 2012. години изразито повећан (за 204 пута) број одлука Суда којима је утврђена повреда права на једнаку заштиту права (1.024).¹⁰⁷⁾ Ови подаци несус-

106) У заједничком издвојеном мишљењу са судијом К. Манојловић Андрић на Одлуку *ИУ-2/2010* ("Службени гласник РС", број 53/2013), поред осталог стоји да "сматрамо да оспорене одредбе чл. 38. и 51. Закона, онемогућавају Врховни касациони суд да обезбеди јединствену примену и тумачење права на целој територији Републике Србије. Закључиле смо да Врховни касациони суд објективно не може обављати ову своју улогу у малом броју правних ствари у којима се, по правилу, не постављају питања која су од суштинског и егзистенцијалног значаја за већину грађана и привредних субјеката. Неуједначена судска пракса на територији целе државе представља ризик за уставну гаранцију права на правну сигурност, и по мишљењу В. Ракић Водинелић - јер ако Врховни касациони суд "не може ефикасно да утиче на правну сигурност" (у чијој основи по њеном мишљењу леже принципи правне једнакости и јединства правног подручја)... терет постизања правне сигурности биће пребачен искључиво на Уставни суд."

107) Из тог разлога Уставни суд је био доведен у позицију да донесе десетине, па и стотине тзв. типских одлука. У овом раду не можемо се бавити модалитетима одлука које Уставни суд доноси, али ћемо упозорити на несврсисходност и непримереност оваког начина одлучивања у институцији каква је Уставни суд, и на сву апсурдност штанцовања типских одлука овог суда, које воде неразумној статистици и стварању утиска да је Уставни суд опседнут тежњом достизања великог броја решених предмета, односно боље рећи "предмета којих се решио."

мњиво указују на то да се услед немогућности приступа Врховном касационом суду странке обраћају уставном жалбом Уставном суду, захтевајући и очекујући да овај суд осигура јединствену примену закона и равноправност грађана, а што је основна улога Врховног касационог суда, коју он очигледно није у могућности да оствари, између осталог, због ограничења права на изјављивање ревизије. Тако највиши суд није у прилици да обезбеди правну сигурност кроз једнаку заштиту права физичких и правних лица која се налазе у истој или битно сличној чињеничној и правној ситуацији у оним случајевима у којима су ниже-степенни судови донели различите одлуке и изразили противречне правне ставове, односно правна схватања. Укратко, то истовремено доводи до загушења Уставног суда уставним жалбама, које га, са једне стране, претварају у својеврстан ревизијски суд, а са друге га онемогућавају да у пуном капацитету и у разумним временским периодима остварује своје основне уставне надлежности које, по природи ствари, не може да врши ниједан други орган.¹⁰⁸⁾

Друго, Законом о Уставном суду је такође изазван поремећај у уставној надлежности Уставног и највишег суда у земљи. Ради се о законом успостављеној надлежности Уставног суда у заштити права на суђење у разумном року (члан 82. став 2), чиме је у Републици Србији овај суд постао фактички "главни" контролор над поступањем свих судова (и јавне власти уопште) у разумном року. Анализа заштите права на суђење у разумном року пред Уставним судом, прелази оквире овог рада, али због њеног значаја за сагледавање односа Уставног суда и редовних судова указаћемо само на следеће: *прво*, члан 82. став 2. Закона је упитан са становишта његове уставности, посебно ако се има

108) Навешћемо неке од најупечатљивијих предмета у којима је због различитог поступања судова, тј. неједнаке судске примене права, Уставни суд утврђивао повреду права на правну сигурност, као елемент права на правично суђење, и/или повреду права на једнаку заштиту права пред судовима. Ту су пре свих бројни, тзв. масовни предмети, као што су: "Магнохром предмети" (њих више стотина формираних по уставним жалбама због повреде права на накнаду накнаду за случај незапослености, у којима је утврђено различито поступање виших и апелационих судова - нпр. Одлука Уж-3778/2012 од 29. марта 2012); предмети војних пензионера (нпр. Одлука Уж-6017/2012 од 12. децембра 2012.); тзв. ЈАТ-ови предмети (формирани поводом уставних жалби због повреде права на накнаду стимулативног дела зараде), у којима је утврђено различито поступање истог суда (Окружног суда у Београду - нпр. Одлука Уж-322/2008 од 28. маја 2010); тзв. предмети везани за потраживања месечних инвалидских примања (у којима је утврђено различито поступање истог суда (Апелационог суда у Новом Саду - Одлука Уж-314/2012 од 13. јуна 2012). Поменућемо и више десетина "Новопазарских предмета" вођених због повреде "права на отпремнину запослених", затим предмета због неједнаког поступања судова поводом остваривања права на накнаду "за прековремени рад", "за рад ноћу", "за рад у дане државних и верских празника", "за експроприсану имовину" и др.

у виду да је надлежност Уставног суда предмет уређивања Устава,¹⁰⁹⁾ те да Устав у члану 170. не даје могућност за одступања (изузетке) од начела супсидијарности уставне жалбе (иначе суђење у разумном року је по Уставу део права на правично суђење, коме у пракси Суд пружа супсидијерну заштиту); *грубо*, по свом карактеру и природи ови спорови нису спорови о уставности, већ спорови о чињеницама, тј. о ефикасности и "дисциплини" у раду органа судске власти. То није уставни спор, нити је то питање уставног надзора, већ је то у суштини "надзор" над поступањем суда у роковима (што је типичан посао унутар судске власти и што са лакоћом може да обави сваки инстанциони суд, а у крајњем и Врховни касациони суд); *шпеће*, у решавању ових спорова Уставни суд поступа као најобичнији, ванпарнични суд, који на основу прибављених судских списа "броји, рачуна и одмерава" трајање судских поступака и оцењује (у већу од осам судија!) да ли је повређено право на суђење у разумном року; *четврто*, Уставни суд је са нерешених више од 13.000 предмета (на дан 30. јуна 2013), међу којима су далеко најбројније уставне жалбе због повреде права на суђење у разумном року доведен у неприлику¹¹⁰⁾, јер и сам крши ово право.¹¹¹⁾

Уз изнето, уочени су и бројни проблеми у заштити овог права од стране Уставног суда, а оно што посебно забрињава јесте чињеница да скоро ниједна одлука Уставног суда, у делу којим је утврђено право на накнаду штете због утврђене повреде права на суђење у разумном року, није извршена у последњих годину и нешто дана.¹¹²⁾ Залажући се за увођење посебног правног средства за заштиту права на суђење у разумном року у оквиру судске власти, сматрамо да уставна жалба која се директно изјављује Уставном суду због повреде овог права, не само да није примерена, односно "прикладна" и "да не пристаје уз основне функције Уставног суда", већ је она на видан начин почела да "деградира Уставни суд" и умањује ауторитет његових одлука. Иако је законодавац поодавно упозорен на овај проблем (који једино он може цело-

109) У нашој правној теорији неподељено је мишљење да је надлежност Уставног суда *materia constitutionis*. И сам Суд се у више одлука изричито изјашњавао да законодавац не може ни да проширује ни да сужава надлежност Уставног суда. Но, по овом конкретном питању у Суду нема неопходне сагласности.

110) Увидом у прегледе рада Уставног суда може се закључити да је у скоро сваком другом предмету по уставним жалбама тражена и заштита права на суђење у разумном року, док око 70% од свих усвојених жалби, чине ове жалбе.

111) То најбоље илуструје чињеница да Суд у јуну 2013. решава и поједине уставне жалбе које су изјављене и због повреде права на суђење у разумном року још 2010. године (па и у споровима који су по закону хитни).

112) Отуда је Суд на седници од 4. јула 2013. донео посебне Закључке у циљу обезбеђења извршења ових одлука.

вито да реши), још увек законски предлог за конституисање надлежности редовних судова у заштити овог права стоји пред њим.¹¹³⁾

4. Закључна оцена

Вишедеценијска коегзистенција уставних и редовних судова, на пољу заштите људских права није довела до јасног обрасца њихових односа, нити су у стварности разграничења њихових сфера одговорности, односно надлежности, постала јасно одређена. Наиме, откако су људска права, чији је чувар уставни суд, продрла у целокупну структуру правног система, скоро је немогуће одржати чврсту границу између функције уставних судова и функције редовних судова. Та граница је постала веома еластична. На теоријском и нормативном плану уставни судови се *prima facie* чине јачим, односно “вишим“ и “надмоћнијим“. У реалности ту надмоћ није увек лако обезбедити, јер коначна примена права у поступку заштите људских права у крајњем увек припада редовном суду, односно врховном (касационом) суду. Уставни положај уставног суда често није довољан да би “врховни суд добровољно следио његов мандат“, односно да би уставни суд у сукобу са судском влашћу могао да “изађе као победник“. Наиме, на односе уставног суда и редовних судова у свакој земљи, поред ауторитета националног устава, а тиме и његовог чувара, као и ауторитета врховног суда као највише судске инстанце, утичу и други чиниоци као што је правна традиција земље, правила политичке и уставне културе, али и спремност ових судова да кроз дијалоге избегавају међусобне спорове и да изналазе (сами или уз помоћ парламента, па и правне науке) рационалне излазе из евентуалних сукоба.

113) Током обављања функције председника Суда више пута смо у стручним расправама и радовима, као и у средствима јавног информисања (2008-2010) указивали на овај проблем и потребу измене законских решења, али се тадашње министарство правде о те предлоге оглушавало, па и приликом измена Закона о Уставном суду 2011. Напокон, Влада је Народној скупштини почетком 2013. доставила предлог да се Законом о уређењу судова утврди надлежност судова за поступање по "захтеву за заштиту права на суђење у разумном року". Међутим, предлог још није усвојен. Предлог Закона о изменама и допунама Закона о уређењу судова, доступан је на сајту Народне скупштине: www.parlament.gov.rs

Summary

ON SOME ASPECTS OF THE RELATIONSHIP OF CONSTITUTIONAL AND REGULAR COURTS

It is a general observation in the legal literature that a certain level of conflict, or less bluntly, some tension between the constitutional courts and ordinary courts are a necessary component of any constitutional system with centralized control. The existence at the same time of a separate constitutional court on the one hand and one or more supreme courts on the other side, on the same task (such as the interpretation and implementation of the constitution and the law, protection of human rights, etc.) objectively creates difficulties for both sides. Generalizing the experience of these constitutional courts and taking into account the theoretical observations, it could be noted that there are several reasons for the existence of constant tension in the relations of these bodies: from those systemic, through those objective arising from the expansion of the role of the constitution in the legal system (such as judicialization of the constitution and constitutionalization of all branches of law), then those arising from certain legal (or constitutional) solutions to those of personal nature (disinclination between the "rival" courts).

Therefore, a tension between these courts is of the systemic nature, and it is hence not considered a state that is incompatible with the constitutional judicial review and judicial system of democratic states. It is a "state of constant or endemic tension", and it is a natural thing, inherent as for the constitutional systems of Western countries, as well as for the Eastern European countries. Today, there is no country in which individual conflicts between the constitutional court and ordinary courts are avoided until the end, even in countries with indisputable authority of constitutional courts and consistent respect for their decisions. Only when these conflicts become chronic, with evident incidents, or until they grow and develop into so-called war of courts, these relations between the courts can be considered a sort of deviation, that must be overcome either by legislative intervention, or when necessary, by constitution maker. Practice shows that there are no ready forms of coexistence in relations between the constitutional courts and ordinary courts that can fully resolve all of the conflicts and tensions that arise between these bodies.

In brief, since the functions of constitutional courts and ordinary courts in modern European countries are inevitably increasingly "facing" and sometimes "intertwining", this situation necessarily leads to disputes and even conflicts between these bodies. Hence it is quite natural and "not new that from time to time points of view of constitutional courts vary from the points of view of supreme courts". In this situation, both bodies must achieve reasonable way of communication, accept their "co-existence" in the same field and find a possible *modus vivendi*. In the words of L. Garlicki "constitutional and supreme courts are traveling on the same road but not necessarily (or not always - B.N.) under the same rules and in the same direction". Hence, on this road a constant dialogue and cooperation between these institutions are necessary, and not confrontation and "shouting match between" and acting upon the model "tat for tat"; restraint, thoroughness and credibility, rather than the efficiency at any cost, and exchange of arguments (with the participation of legal science) instead of "spite" and "quarrelsome ton".

Keywords: constitution, constitutional court, constitutional control, constitutional complaint, human rights and freedoms, judicial authority, regular court, supreme (cassation) court.

ПРЕМИСЕ УСТАВНЕ КОНТРОЛЕ ПРАВА И ЊИХОВО ОСТВАРИВАЊЕ У ПРАКСИ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Најоштрије премисе уставног правосуђа своју примену преважно налазе у нормативној контроли права, најважнијој компетенцији уставних судова. Поред институционализације независног уставног суда и посебног правног квалитета устава, као формално-правних претпоставки установљаванња процедуре уставне контроле норми, материјални значај за њено функционисање имају, пре свега, поштовање политичког квалитета уставне јудикатуре, њених уставноправних граница и премиса лојалности уставу. Истицање новије праксе Уставног суда Србије, која је заснована на интерпретацији Устава од 2006. године, требало би да покаже степен остваривања најважнијих премиса уставне контроле права и потврди да је Уставни суд у потпуности остварио своју уставну мисију. Да би се овај циљ остварио, неопходно је да се, пре утврђивања коначних општих закључака о стању и проблемима нормативне контроле права, оцене најважније и најчешће критичке примедбе које су упућене актуелној уставносудској пракси. Одговарајући предлози у кључним разматрањима требало би, у мери њиховог остваривања, да допринесу даљем побољшању квалитета уставне јудикатуре, њеној суштинској делотворности и правовременом правном дејству.

Кључне речи: *премисе уставне контроле, лојалности уставу, границе уставне јудикатуре, доктрина уставног суда, стил интерпретације, време одлучивања, закључни предлози.*

1. Премисе уставног судства

Под уставним судством уопште разуме се институционализација посебног правосуђа усмереног на очување и спровођење устава. У ужем смислу, под уставним судовањем може се прихватити овлашћење јед-

* Судија Уставног суда Србије и редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ног суда или трибунала да у посебном поступку испитује уставност закона и других нормативних аката. Уставно судство је претежним делом процесно уставно право. Поред правила организационе природе, којима се уређује начелно независни правни положај уставног суда, статус његових чланова, као и унутрашње уређење ове институције, својим највећим делом уставно судство обухвата процесна правила. Та правила се односе на материјалну заштиту устава која се остварује у посебној судској процедури. Правилима процесне природе треба прикључити правила о правном дејству одлука уставног суда. Уставне норме којима се утврђују конкретне надлежности уставног суда логична су претпоставка самог уставног правосуђа и остваривања његових типичних функција.

Најопштије функције уставних судова заснивају се на неколико основних премиса које суштински одређују правни квалитет уставног правосуђа. Без обзира на све разлике између појединих модела уставног судовања, како у погледу ширине надлежности, положаја и састава суда, тако и поступка одлучивања, те дејства одлука институција са уставносудским компетенцијама, основне премисе које дају печат њиховим функцијама, нарочито поступку решавања уставних спорова, као и дејству одлука након спровођења овог поступка, морају у пуној мери да буду очуване, да би се једна институција уопште могла назвати уставним судом.

Најважније претпоставке установљавања уставносудске функције односе се како на сам устав, најзначајнији правно-политички акт државе, тако и на обликовање уставног правосуђа уопште, односно на сам уставни суд.¹⁾ С друге стране, сама примена функције нормативне контроле подуставног права захтева такође поштовање извесних премиса без којих се не би могла ваљано остваривати. У првом реду то се односи на политички квалитет уставне јудикатуре, постојање уставноправних граница нормативне контроле, које захтевају извесну судску уздржаност, као и премиса принципијелне лојалности Уставу.

1. 1. Инститиуционализација уставног судства

Прва премиса уставног правосуђа је институционализација посебног уставног органа са основном уставносудском надлежношћу. Главни циљ установљавања уставног судства може се наћи у потреби да се обезбеди заштита права највишег ранга. Та заштита устава, правна функција коју је *Ханс Келзен* својевремено називао *гаранције уставна*, један је од кључних елемената функционисања уставне и правне

1) Упор. Ch. Pestalozza, *Verfassungszessrecht*, 3. Aufl., München 1991, S. 1-2.

државе. Под овом функцијом *Келзен* је разумео гаранције регуларности правила која су непосредно подређена уставу, пре свега, гаранције уставности закона. Данас сви политички системи који се заснивају на правној државности начелно полазе од премисе о супремацији устава над законом и осталим прописима, при чему утврђују различите начине, процедуре и органе који ће обезбедити ово првенство устава. С друге стране, правна заштита устава постаје знатно обухватнија, јер су се временом компетенције уставног судства значајно прошириле. У све већем броју држава надлежности уставног правосуђа сада обухватају не само отклањање повреда устава учињених нормативним актима, законом и другим степенима подуставног права, него и утврђивање и отклањање повреда до којих је у конкретним случајевима дошло било противуставним појединачним правним одлукама било службеним радњама јавне власти.

Институционализација уставног правосуђа може бити извршена у различитим организационим формама. Функција уставног судовања може бити призната или додељена свакој редовној судској власти или највишој инстанци редовног правосуђа, посебном судско-политичком телу или једном само за то створеном трибуналу, специјалном уставном суду. Својим Уставом од 2006. године Република Србија је још једном изабрала трећи пут, тако што је поново конституционализовала уставни суд са значајно проширеном надлежношћу. Тиме је однос између уставног и редовног правосуђа, поред односа уставног суда и законодавца, постало једно од најважнијих питања правне процедуре заштите устава. Ти односи нису лишени напетости, па и повремено јачих конфликта, јер институционализација уставног судовања не значи да су законодавац и редовни судови ослобођени одговорности за поштовање, примену и гарантовање Устава.

У циљу остваривања потпуне заштите Устава, као највише рангираног права државне јединице, Уставни суд Србије, мада признат за самосталну и независну институцију, ипак не функционише без сарадње са осталим судовима. Поједине функције уставног судовања, нарочито нормативна контрола права, знатно растеређује редовне судове и њима олакшава непосредну примену уставних норми. У извесној мери, функције уставног правосуђа приморавају редовне судове да непосредно примењују уставне норме, уколико су, разуме се, подобне за непосредну примену. Овај задатак остварују само неке надлежности Уставног суда, које су ексклузивне, пре свега, нормативна контрола права, која успоставља монопол Уставног суда како у оцени уставности закона тако и испитивању уставности и законитости других нормативних аката. Друге компетенције Уставног суда јављају се као квазисудске надлежности последње инстанце. Њиховим вршењем се изграђују специ-

фични односи са редовним правосуђем, при чему последња реч ипак припада уставном правосуђу. То је нарочито случај са одлучивањем уставних судова о уставним жалбама физичких и правних лица које су изјављене против конкретних одлука судских и управних власти.

1. 2. Правни квалитет устава

Јудикатура о уставу уопште, као и институционално самостално уставно судство посебно, претпостављају да је устав највише рангирано право државне јединице, да има посебан правни квалитет. Устав је непорециво највиша правна одлука у држави, којом су постављене како основе државног и правног поретка, тако и легални оквири за функционисање слободног и демократског политичког поретка. Као скуп норми најјаче правне снаге, устав садржи како укупност структуралних правила и функционалних принципа о управљању државом, политичким институцијама и функционисању јавне власти уопште, тако и најважнија правила којима се гарантује корпус људских и грађанских права и слобода. Уставом се уређује техника конституисања, вршења и трансфера јавне власти, с једне стране, али се устав, с друге стране, потврђује и као техника слободе, обезбеђујући такво политичко стање у држави у којем је поље индивидуалне слободе принципијелно заштићено од захвата јавне власти. Због тога се устав може разумети као правни документ најјаче правне снаге који правно обликује или институционализује основне политичке односе, нарочито конституисање, функционисање и овлашћења политичке власти, али који истовремено поставља стриктне границе акцијама јавне власти у циљу очувања слободе човека која је самим уставом суштински гарантована. Правила устава нужно захтевају конкретизацију, с једне, али и остваривање и заштиту, с друге стране. Кључна институција која има задатак да уставним правилима обезбеди својство највише рангираног права, дакле, суштински квалитет устава, јесте уставни суд.

Као *lex superior*, устав непосредно обавезује. Независно од тога што је законодавац позван на његово извршење, формална својства устава, виши ранг правила која је донела уставотворна власт, укључујући њихову непосредну примену, захтевају посебни режим правне заштите. Специјална заштита устава мора да одговара његовом изузетном правном квалитету и рангу. Нарочити квалитет уставних правила, њихова чврстина, често означававана као ригидност устава, осигурана је организовањем санкције према нормативним правилима која противурече непопустљивим нормама устава. Праву које је супротно уставном праву, односно уставу, одузима се својство важећег права, у посебној правно уређеној процедури коју примењује специјална судска

власт. Посебно стање гаранција устава, посебна заштита устава коју њему пружају уставни или други судови ипак не може да иде даље од правног квалитета устава. Она се мора зауставити тамо где престају његова нормативна обележја. Не може се порећи да у сваком уставу постоје и неправне области, одредбе политичке и моралне природе, програмске одредбе, директиве и сл, које су *ab initio* изузете из компетенција уставних судова. Али, да ли и где те неправне области постоје, где се налазе њихове границе, одређују у датим околностима сами уставни судови, а не политички државни органи, као што су парламент и влада.

Заштити устава нужно претходи тумачење његових норми. Уставни суд проналази, потом штити објективно значење уставних норми, независно од воље њиховог творца. Тумачење мора бити оријентисано на утврђивање објективног језичког значења уставних норми, али узимањем у обзир њиховог вредносног циља и места у целовитом уставном систему. Субјективним интерпретационим методама припада значај једино у мери у којој потврђују објективно језичко значење. Покушаји да се значење устава открије једино утврђивањем његовог “духа”, па и онда када се овај тражи у историји уставних норми, превише су несигурни, јер се заснивају на субјективној интерпретацији. “Тачно” значење категорије “дух устава” се поуздано не може утврдити, да би достигло непосредну уставносудску заштиту. То не значи, међутим, да уставни суд мора уставним нормама обавезно да призна само њихово најуже вербално значење.

1. 3. Политички квалитет уставне јудикатуре

Једна од премиса уставног правосуђа је јасно изражени политички квалитет уставне јудикатуре. Уставни судови идентификују и изричу (уставно) право, али се и за њих, бар условно, може рећи да у исто време “воде” неку врсту (уставне) политике. Уосталом, како се у теорији с правом наводи, данашње право је политика од јуче, као што ће садашња политика већ сутра бити право.²⁾ Устав није само највише рангирано право, него је и специфична политичка одлука у којој је изражен одређени вредносни систем друштва око кога постоји основни консензус. Штавише, познато је да се свака државна заједница налази у одређеном политичком стању друштвене и индивидуалне слободе које и без писаног потврђивања може имати трајни и стабилни карактер. Због двоструке природе устава, посебно његовог главног политичког задатка - ограничење државне власти и њено подвргавање демо-

2) P. Häberle, *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise – öffentlich-rechtliches, europarechtliches und rechtsphilosophisches Seminar*, Thema: *Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik*, 1996, S. 8.

кратској контроли, ни најтачнија правила поступка ни најпрецизнији каталог надлежности не могу да спрече да одлуке уставних судова делују много више “политички“ од одлука других судова. Ма колико изгледала непожељна, ова констатација произлази најпре из предмета о којима уставни судови одлучују, дакле, природе уставних спорова које решавају, потом из специфичних процедура које примењују, најзад из далекосежних правних последица које њихове одлуке изазивају. Виши политички квалитет уставног правосуђа потврђују и његов састав, начин избора и положај његових чланова.

Уставни судови не решавају приватне спорове, већ објективне уставне спорове који су у најнепосреднијој вези са општим или јавним интересима или односима између највиших политичких државних органа и њиховим компетенцијама. Поред тога, политички квалитет уставне јудикатуре произлази из мерила која уставни судови примењују при решавању уставних спорова. Устави су у тој мери апстрактни, начелни и уопштени, пуни стварних и тобожњих празнина, понекад упадљиво “неправни“, тако да њихово разумевање често противуречи уобичајеном правничком промишљању и делању. Када текст устава није у задовољавајућој мери “јустичијалан“, судија уставног суда ће бити приморан или да одустане од његовог тумачења и примене или ће покушати да стваралачком интерпретацијом пронађе “прави“ текст устава који би, као судско-правни, био непосредно применљив. Управо због тог специфичног карактера уставних норми, понекад се може чинити да уставни суд открива право тамо где се оно не налази. Када судије уставног суда одлучују о конформности неке норме са уставном нормом, често је довољно да то чине по властитој савести, знању и способности; дакле, не толико према уставу, него према властитом разумевању устава. Снагом ауторитета институције уставног суда, њихово разумевање интерпретирајуће норме постаје “објективно“ значење уставног текста.

Политичком квалитету предмета уставног судовања, примењеним мерилима, посебној процедури и стилу интерпретације може се још додати упадљива политичка обојеност порекла ове судске институције. Од појаве првог “правог“ уставног суда, уставном правосуђу је био намењен задатак да правним путем решава уставне спорове од изузетног политичког значаја. Због тога се може разумети, али не и оправдати “политички“ начин избора судија уставног суда.

1. 4. Границе уставне јудикатуре

Мада се често означавају као “четврта власт“, уставни судови суштински јесу и остају судови. Како вођење “чисте“ политике није

њихов задатак, уставни судови не могу и не смеју да покажу иницијативу ка политичком промишљању и делању, без обзира на то што се њихово место налази у “сивој зони“, како каже Лајбхолц “на пресеку права и политике“. Ова премиса захтева да се функција нормативне контроле права увек остварује на политички неутралан начин, уз разумну примену, кад год је то могуће, мање радикалних средстава уставног суда, на пример, одлука интерпретације уместо одлуке касације, одлагање дејства касаторне одлуке, застајање са поступком и др. Ипак, вођење рачуна о политичком квалитету нормативне контроле не би смело да иде толико далеко да би могло да угрози или негира њен задатак и правни карактер.

Управо, зарад очувања њихове независности и непристрасности, искључиво други државни органи, некада и појединци, морају пред њима да покрећу поступак. Независно од ретких изузетака, за уставни суд такође важи начело *ne procedat iudex ex officio*. Упоредно посматрано, уставни суд може официјелно, *ex offio*, да покреће поступак једино ако је у питању решавање *прећходног* или *прејудуционог* *ишћања*. Тиме остаје задржано опште важеће правило да тек онда када буду испуњене неопходне процесне претпоставке, уставни судови могу да делују, покрећу, воде поступак и доносе мериторне одлуке.

На другој страни, уставни суд не ослобађају одговорности нити очигледан политички садржај уставног спора нити значајне политичке последице његове будуће одлуке, уколико доиста постоје све процесне претпоставке за његово мериторно одлучивање. Уставни суд се такође налази под уставом, тако да је дужан не само да обавља уставом додељене надлежности, него да то увек чини благовремено. Одлагањем одлучивања или закаснелом одлуком не испуњава се мисија уставног судовања.

Мерила и процедуре које уставни судови примењују у решавању уставних спорова, независно од њиховог политичког значаја и последица које ће настати њиховим разрешењем, не могу нипошто да буду политички мотивисани. Уставни суд није никакав политички државни орган, већ је то ипак суд, који поступа и одлучује руководећи се строго правним резонавањима, а не политичким аргументима и разлозима целисходности. Уставни суд не сме да буде продужена рука нити власти нити опозиције, било тако што ће игнорисати очигледно неуставна понашања законодавца и судова било тако што ће крајње тенденциозно поступати у оцењивању уставности закона и судских одлука. Уставни суд је обавезан да поштује границе уставне јудикатуре тако да се не сме ставити у ситуацију да законодавној или судској власти буде конкурентска, ривалска власт, која иступа и дела за себе, за свој рачун.

Уставни суд може да коригује одлуке било законодавне било судске власти, али их не може замењивати.

1. 5. Лојалност уставу

У уставу су обједињени држава и сви њени структурални делови, али су у њему утврђене и све фундаменталне правне позиције појединца и мањинских заједница. Сваки државни орган, у оквиру свог делокруга и своје одговорности, која има свој основ у функционалној расподели уставних овлашћења, дужан је да лојално суделује у извршењу и заштити устава, што значи да се у крајњој линији мора налазити у служби народа. Уставни суд штити устав, али је и сам њиме везан. Како је и сам дужан да поштује режим чврсте уставности, уставни суд мора да одликује строга непартијност, непопустљива неутралност свих његових чланова, ригидна независност од било које политичке институције или било ког јавног функционера или друге “јаке” личности. С друге стране, за друге државне органе, па и за самог законодавца или суд, лојалност уставу значи, *inter alia*, стриктно поштовање категоричних уставних заповести, укључујући потпуно и правовремено извршење одлука уставних судова. Уставни суд нема властити апарат за извршење својих одлука, али увек може сам да одреди начин извршења, да својом одлуком јасно утврди ко је дужан, када и како треба да спроведе њено извршење.

Уставни суд је дужан да буде лојалан уставу, само и једино уставу. Изван уставом утврђених, за уставни суд не постоје никакви наводно “објективно” виши, претпостављени, стварни или тобожњи национални интереси, вредности и циљеви због којих би се Устав прогласио “легалистичком фикцијом” нити би очигледна дискрепанца између Устава и уставне стварности могла да примора уставни суд да одустане од ове премисе. Све док уставна норма поседује квалитет највишег важећег права, док је, дакле, највише рангирано право, њено поштовање и заштита мора да буде главни и једини задатак уставног суда. Ако, пак, реалност доиста искључује могућност усклађивања закона са уставом, приморавајући уставни суд да привремено одступи, онда се Устав мора што пре променити и прилагодити драматично новој уставној стварности и њеним манифестационим правним изразима, закону, уредби владе, па и актима (споразумима) нејасне правне природе, за које се тврди да иду у сусрет тој реалности. Уосталом, ни уставни суд ни влада са њеном парламентарном већином не могу дуже време нити игнорисати нити одузети и присвојити право народа да сам одлучи о промени властите правне одлуке која ће бити основ његове нове политичко-правне егзистенције.

Да би доиста вршио функцију неутралне власти, уставни суд, свакако, не би смео не само да активно зађе у политички процес, него ни да прилази превише близу политичком одлучивању које је резервисано за парламент и владу. Због тога се може прихватити начелни став Конрада Хесеа да је задатак политике и уставног права, укључујући уставно судство, успостављање “практичне сагласности између различитих правних подручја која су доспела у напети однос“. Својом функцијом уставни суд мора да се креће унутар два крајња пола; не може да преузима политичке задатке, али не сме ни да толерише противуставно деловање не само политичких државних органа него политичких институција уопште.

Критичке примедбе учесника политичког процеса на рачун уставног суда посебно су биле изражене у оним периодима деловања уставног суда када је ова институција тражила своје место и оптимални начин деловања у уставном систему. У државама где је уставни суд успео да изгради свој ауторитет ваљаним одлукама, престало се са отвореним оспоравањем исправности његовог деловања, сталним тражењем у његовом поступању доказа политичке пристрасности. То не значи, међутим, да су престали сви приговори уставном суду нити се то разумно може очекивати. Функционисање сваке уставне институције подложно је критици, посебно ако она долази од објективне, партијски неутралне научне мисли, али је битно да ова критика није више усмерена на саму институцију, њену наводну политизованост у свему, него да се односи једино на правни квалитет интерпретације устава садржане у одлукама уставног правосуђа.

2. Остваривање премиса уставног правосуђа у пракси Уставног суда Србије

Праксу Уставног суда Србије ваља процењивати са аспекта очувања основних премиса на којима се заснива функција уставног правосуђа уопште, посебно функција нормативне контроле права. У мери у којој су ове премисе очуване, остварује се уставна улога и мисија Уставног суда. Како су институционализација Уставног суда и правни квалитет Устава углавном неспорни, остаје да се процени досадашње поступање Уставног суда са становишта испуњености осталих премиса нормативне контроле права, пре свега, са аспекта политичког квалитета уставне јудикатуре, њених граница и њене лојалности Уставу. Испитивањем остварљивости ових премиса може се закључити не само да ли Уставни суд испуњава своју мисију, него и какав је његов начелни став према властитој надлежности. Да ли Уставни суд својом интерпретацијом циља на њено проширење или је крајње рестриктивно тумачи?

Поједностављено се овај проблем може изразити и питањем: да ли је Уставни суд “гладан надлежности“, како се понекад тврди, тј. да ли прелази границе уставне јудикатуре или своју надлежност прихвата крајње опрезно и уздржљиво?

Велики број касаторних одлука Суда у току једне године, нарочито оних којима је утврђена несагласност закона и уредби са Уставом,³⁾ наводио би на закључак да Уставни суд олако приступа касацији. Овом закључку би се могло приговорити да су одлуке Уставног суда у тим уставним споровима без сумње биле уставноправно “тачне“, да у научној и стручној оцени, осим у неколико случајева, није изражена озбиљнија сумња у њихову уставноправну ваљаност, што би значило да је вероватно исправније закључивање да је квалитет законодавства на доста ниском нивоу, што приморава Уставни суд на чешће и оштрије реакције. Према томе, импресивни број касаторних одлука Уставног суда више говори о слабостима законодавства и склоности Владе ка непримереном ширењу своје уредбодавне власти, него о неогворном и проблематичном судском активизму. Штавише, у не малом броју случајева испитивања уставности закона Народна скупштина је прећутно одустајала од одбране њихове уставности, некада се и експлицитно саглашавала да је закон неуставан, додуше, углавном онда када је требало бранити закон претходног парламентарног савива.

Због трајно укорењеног страха од настајања правних празнина доношењем касаторних одлука, Уставни суд је, прихватајући манир старијих европских уставних судова, постепено почео да примењује праксу доношења интерпретативних одлука, када је од више интерпретационих могућности примењивао вербалну интерпретацију која је закон доводила у склад са Уставом. У овом случају у изреци се налазила констатација да је закон сагласан са Уставом, али под условом да се интерпретира једино на начин како је то Уставни суд утврдио у образложењу одлуке.

Како код касације не долази до аутоматског или судског “оживљавања“ ранијих норми,⁴⁾ Уставни суд је почео, након ступања на снагу измена и допуна Закона о Уставном суду, да примењује још један начин погодан за избегавање правних празнина, наиме, доношење

3) Само у 2012. години Уставни суд је утврдио несагласност 18 закона са Уставом, односно за седам уредби је констатовао да су несагласне са Уставом и законом. В. *Билтен Уставног суда Србије за 2012. годину*.

4) У Аустрији је начелно могуће да укидањем закона ступају на снагу раније законске одредбе, осим уколико Уставни суд не одлучи другачије (члан 140. став 6. Устава Аустрије). У пракси, међутим, редовно се дешава последња ситуација. С друге стране, раније уредбе уопште не могу ступити на снагу, јер се из члана 140. став 6. не може извести обрнути закључак.

решења о одлагању објављивања одлуке, најдуже за шест месеци од дана њеног доношења. У основи, прихваћен је аустријски модел одлагања дејства одлуке, али са знатно краћим роком одлагања.⁵⁾

Трећа и најспорнија процесна могућност којом је Уставни суд почео да се користи је застајање са поступком, како би доносилац општег акта у примереном року њега усагласио са Уставом, нарочито у оним ситуацијама када би “брза” касација, по оцени Суда, пре водила стању које је удаљеније од Устава, него што би разрешила очигледно напети однос подуставног према највише рангираном праву, што је случај, на пример, са оценом уставности и законитости уредби Владе које су донете у циљу извршавања тзв. Бриселских споразума.

Применом свих ових правно-техничких решења Уставни суд је јасно показао своју намеру да остане лојалан Уставу, тачније да поштује Уставом успостављену функционалну поделу овлашћења, тако да је где год је то било могуће деловао према законодавцу и Влади на мање радикалан начин. Проблем је, међутим, посебно изражен у последњем случају “застајања са поступком”, јер власт која је донела оспорени акт, тј. Влада, која тражењем “застоја” у ствари признаје да њен акт није сагласан Уставу и закону, заправо није “надлежна власт”, тако да се од ње у крајњој линији не може ни очекивати да ће бити у стању да у разумном року доведе тај акт у склад са Уставом и законом. Највише што се од ње може очекивати је да тај акт сама стави ван снаге. То значи да у случају “ненадлежне власти” није ни могуће удовољити захтеву за застајање са поступком.

2. 1. Уставносудска и доктринарна интерпретација устава

За тумачење устава уставносудска интерпретација је од посебног значаја. У питању је ауторитативна интерпретација која *ex constitutione* повлачи за собом далекосежне правне последице. Мада начелно независна, уставносудска интерпретација, ипак, захтева “подршку теорије која истражује смисао и функције устава, његових темељних начела и централних институција”.⁶⁾ У основи, тачна је констатација да је за владавину права изузетно “важан однос између (уставно)правне науке и уставног судства.”⁷⁾ Прихватљив је и преузети став да се “описивање

5) У Аустрији укидање закона или уредбе ступа на снагу даном објављивања одлуке Уставног суда, уколико Уставни суд није одредио други термин. Овај рок одлагања дејства одлуке код уредби износи највише шест месеци или 18 месеци, уколико је неопходан претходни законодавни поступак, док за законе најдуже може бити 18 месеци. Упор. чл. 139. став 5. и 140. став 5. Устава Аустрије.

6) Упор. Th. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, Wien 1999, S. 34.

7) В. Петров, *Размишљања о улози српске уставноправне науке у другој деценији 21. века*, Зборник радова, Правни факултет у Нишу/Правни факултет у Крагујевцу 2011, стр. 110.

и коментарисање уставносудске праксе данас сматра једном од суштинских улога уставноправне науке.⁸⁾ Налазећи, међутим, да је ова улога уставноправне науке “прилично запостављена“, Владимир Петров доста самоуверено тврди да је за то добрим делом заслужан и Уставни суд, јер, по његовом мишљењу, “доноси мало одлука које завређују озбиљну анализу.“⁹⁾ Међутим, ако се има у виду само чињеница да је Уставни суд донео више од 20 одлука које је пратило издвојено мишљење појединих судија, понајвише Оливере Вучић, тврдња о малом броју одлука Уставног суда достојних стручне анализе делује у најмању руку као неодмерена. Свака одлука Уставног суда коју прате издвојена мишљења, било у погледу диспозитива (одбијајућа) било у погледу њеног образложења (потврђујућа), заслужује коментар.

У сваком случају, судско тумачење устава се ослања и требало би да се ослања, кад год је то могуће, на доктринарну интерпретацију устава. Искуства других уставних судова, посебно Немачке и Аустрије, показују да уставни суд својом праксом понекад може да превазиђе или преобликује конституционалну теорију, да тако створи властиту “доктринарну“ интерпретацију устава, уставног института или уставног комплекса норми.

Добар пример је “доктрина окамењивања“ аустријског Уставног суда, најстаријег европског уставног суда, која се сматра и старим стилем интерпретације устава. Према овој доктрини, која представља “комбинацију интерпретације стриктно дословног језичког значења и објективне варијанте историјске интерпретације устава“, у случају сумње, “уставне појмове треба разумети у оном смислу који им је, према стању и систематици правног поретка, припадао у тренутку ступања на снагу уставне норме“.¹⁰⁾ Ближа анализа “теорије окамењивања“, међутим, показује да се овде не ради примарно о историјској, него о “вербалној интерпретацији са систематским аспектом“.¹¹⁾

Стриктна интерпретација дословног текста уставних норми, са историјским акцентовањем и занемаривањем телеолошких промишљања, дуго је обележавала стил уставне интерпретације у Аустрији. Сматра се да је била и својеврсни израз судског самоограничења, *judicial self-restraint*, према законодавцу. Њено теоријско образложење, ослоњено на формални карактер уставног права у смислу “устава - правила игре“, имало је границе тамо где устав више и другачије уре-

8) F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Paris 2007, p. 34. Навод: В. Петров, *op.cit.*, стр. 110.

9) В. Петров, *op.cit.*, стр. 110.

10) Th. Öhlinger, *op.cit.*, стр. 34.

11) Тако, на пример, R. Walter/H. Mayer, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrecht*, 9. Aufl., Wien 2000, S. 63.

ђује животне односе од формализованих правила политичког процеса, посебно када је реч о основним људским правима и одредбама устава којима се одређују програмски циљеви државе.

Правна критика овог “формално-редукованог” стила интерпретације била је мотивисана њеном недовољношћу, нарочито према основним правима, која нису задобила релевантност и према законодавцу. У правној теорији се стога тражило напуштање “примитивног позитивизма голих речи”,¹²⁾ окретање ка вредносно оријентисаном или материјалном тумачењу устава, у смислу првенства телеолошке интерпретације. Ову оријентацију постепено је следила јудикатура Уставног суда, пре свега, интерпретацијом значења, функција и дејства основних права и водећих уставних принципа. Са новим стилем интерпретације, Уставни суд Аустрије налазио је узор у актуелној пракси Европског суда за људска права, као и новијој јудикатури немачког Савезног уставног суда. Међутим, у овом екстензивном стилу тумачења, које је упадљиво удаљено од дословног текста уставног права, Ернст Волфганг Бекенферде види опасност “преласка од законодавне правне државе ка уставноправној јурисдикцијској држави”.¹³⁾

2. 2. *Нејоспојање доктрине Уставног суда Србије*

Уставном суду Србије се приговара да не следи нити је образовао било какву доктрину у нормативној контроли права, што би у ствари значило да није потврдио посебан квалитет највише рангираног права нити је суштински показао да доследно поштује премису лојалности Уставу. То би значило и да Суд неосновано иде много даље од уставно конформног тумачења и разумне судске уздржљивости, претерујући у респектовању законодавне и извршне власти.

У својој критици јудикатуре Уставног суда, Коста Чавошки је изнео становиште да је њена највећа слабост управо у томе што није развила посебну доктрину нормативне контроле, као што је то случај са уставним правосуђем других држава, на пример, доктрином *имплицитних овлашћења* (implied powers)¹⁴⁾ федералне власти коју је развио амерички Врховни суд. Штавише, за Уставни суд Србије се тврди да га обележава “одсуство сваког теоријског расуђивања које би довело до уобличавања одговарајућих доктрина, које би обавезивале сам уставни суд и омогућиле стварање својеврсног прецедентног права.”¹⁵⁾

12) L. Adamovich/B. Ch. Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 1987, S. 82.

13) L. Adamovich/B. Ch. Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 1987, S.82.

14) К. Чавошки, *Обраћање Уставном суду Републике Србије 23. новембра 2011. године, изложено на јавној расправи у Уставном суду*, Београд, стр. 2.

15) *Ibid.*

Критика праксе Уставног суда Србије, односно тврдња да овај суд није ни покушао да развије неку доктрину, јер нема “неке веће склоности за теоријско уобличавање одговарајуће уставне доктрине“ није само преопшта, него је добрим делом неоснована. Није задатак Уставног суда да формулише “доктрину“ у смислу постављања обрасца који ће касније следити и даље развијати у својим одлукама, односно да ће, управо полазећи од тако утврђене доктрине - обрасца, решавати конкретне уставне спорове. Коректније и тачније је да ствар буде постављена *vice versa*, тј. да на основу најопштијих ставова које је Уставни суд заузео тумачењем Устава, приликом испитивања ваљаности подуставног права, оценом уставности закона, пре свега, уставна теорија дође до закључка да се основано може говорити о својеврсној доктрини коју имплицитно прихвата и заступа Уставни суд. То значи да уставни судови никада очигледно, прегнантно и у потпуности не показују намеру да утврђују властиту доктрину, него се она може “препознати“, односно формулисати, најпре на основу тога како је конкретни уставни суд у најопштијем смислу разумео своју уставну функцију и њене границе, потом какви су резултати његове интерпретације једног уставног принципа, као и значење појединих елемената који су у њему садржани (подела власти, репрезентација, владавина права, аутономија, забрана дискриминације, сразмерност, правично суђење и др), или, што је чешћи случај, на основу интерпретације неколико систематски и логички повезаних уставних норми примењених у решавању конкретних уставних спорова.

Тако се, на пример, општеприхваћена *доктрина судског “самоограничења“* једноставно може извести из полазне претпоставке уставносудске нормативне контроле да је закон у складу са уставом, дакле, из принципа уставно конформне интерпретације закона и дужности самог уставног правосуђа да поштује уставом извршену поделу функционалних овлашћења, тј. да буде лојално уставу. С друге стране, елементи *доктрине судског активизма*, која се супротставља претходној, могу се тражити свуда тамо где уставносудска интерпретација иде много даље од дословног вербалног значења уставних норми. Са њом је очигледно у потпуној дискрепанци већ поменута *доктрина “окамењивања“*, која уставним нормама придаје искључиво оно значење које су оне имале у моменту доношења устава.

Као што уставни судови не претендују стварању доктрине, тако ни уставни сами изричито не одређују значење појмова које користе. Тако, на пример, познато учење или *доктрину о границама граница основних права* није поставио сам Бонски устав, бар не као целовити концепт, него је до њега дошла конституционална теорија, односно немачка догматика основних права, која се, додуше, у значајној мери

ослањала на јуриспруденцију Савезног уставног суда о “битној садржини” основних права и обавези законодавца да ту садржину безусловно поштује.

Ако би се претходни искази применили на праксу Уставног суда Србије, на пример, поводом његових ставова о територијалној аутономији, који су, мора се признати, готово у свему засновани на строго вербалној и формалистичкој интерпретацији уставних норми релевантних за поделу овлашћења између државе Србије и њених аутономних покрајина, онда би се можда могло тврдити да Уставни суд, како својим интерпретационим методама и интерпретационим стилем, тако и својим најзначајнијим ставовима о природи, домету и границама аутономије, територијалну аутономију разуме не као индивидуално или колективно основно право, него као строго ограничену институционалну гаранцију у којој не може бити и нема места ни трукни државности. Ако Уставни суд буде доследно следио овај интерпретациони пут у решавању наредних уставних спорова у вези са аутономијом, у смислу захтева Косте Чавошког, онда ће се можда у уставној теорији говорити да је овај Суд развио и заступао доктрину “апсолутно недржавне аутономије”.

2. 3. Слаб интерпретациони стил Уставног суда

Ако се Уставном суду Србије не може превише замерати што није развио посебну интерпретациону доктрину, ипак се може озбиљно расправљати о његовом стилу интерпретације устава. Није тешко закључити да се у нормативној контроли права Суд претежно ослања на методе објективне интерпретације, пре свега, на дословно језичко значење уставних норми, уз узимање у обзир њихове логикосистематске повезаности у целовитом уставном поретку. Слично аустријском Уставном суду, претежно се примењује вербална интерпретација са систематским аспектом, док се телеолошка и вредносна интерпретација једва у пракси може препознати. У домаћој теорији се примена ових метода објективне интерпретације устава општро критикује, јер у резултату често доводи само до бесплодног “гомилања уставних норми” (Весна Ракић-Водинелић), пуког “позитивизма голих речи”, а не до дубљег, слојевитог и вишедимензионалног утврђивања правог значења уставних норми.

Понекад се доиста може закључити да Уставни суд, због доста сиромашног образложења својих одлука, примењује површни интерпретациони стил који опомиње на стил “примитивног позитивизма”. Наравно, овоме би се могло узвратити тврдњом да се и уставна теорија веома слабо бави интерпретацијом устава, да његове норме више ко-

ментарише, него што их тумачи, да је веома често повезана са политичким промишљањима, да је претерано уопштена, понекад упадљиво ригидна, па и контрадикторна и слично, тако да је сам Уставни суд ретко био у прилици да се у својим одлукама ослони на изворне резултате доктринарне интерпретације устава. Редак изузетак су одлуке Уставног суда којима је утврђена несагласност са Уставом појединих одредби изборног законодавства. У овим одлукама Уставног суда налази се разумевање природе представничког мандата у оном објективно-правном смислу који је односу репрезентације признао већи део правне теорије, дакле, као слободан представнички мандат. Овим одлукама у којима је Уставни суд следио владајућу уставноправну доктрину, могу се прикључити његове одлуке о уставности Закона о црквама и верским заједницама и Закона о утврђивању надлежности Аутономне покрајине Војводине. Можда би се могло закључити да је једино у оним уставним споровима где је држао јавну расправу Уставни суд у већој мери тражио и налазио интерпретациони осланац у ставовима доктрине уставног права.

Слично пракси других уставних судова, ни Уставни суд Србије не образлаже избор својих интерпретационих метода.¹⁶⁾ Делимичан изузетак је његово упућивање у појединим одлукама на примену систематске интерпретације уставних норми. У сваком случају, имајући у виду стил интерпретације, независно од постојања или непостојања доктрине Уставног суда, ипак често изостају јасне детерминанте његовог разумевања устава, значења појединих уставних принципа и института, што веома отежава прогнозирање и предвиђање његових одлука. То се јасно показало приликом оцене уставности сета правосудних закона током 2009/10. године. За те одлуке Уставног суда се с правом тврдило да су “пресиромашне“ у погледу интерпретационе аргументације, да се интерпретациони стил Суда своди једино на “гомилање норми“, па су и због тога његове одлуке касније биле предмет општрих политичких, па и теоријских расправа и оспоравања.

Уколико се тврдњом о недостатку доктрине хоће заправо рећи да је интерпретација Уставног суда у садржајно-вредносном смислу сиромашна, да је претерано формалистичка, да избегава телеолошка промишљања, да се једноставно не ослања на ваљану уставноправну аргументацију или чак да је недоследна и произвољна, онда се не може спорити да су резултати интерпретације Уставног суда, његови интерпретациони ставови изражени у конкретним утврђујућим или одбијајућим одлукама, увек достојан предмет расправљања, критиковања, па и одбацивања, наравно, уколико су оспорени снажном и разумном уставноправном аргументацијом која је, идући даље од пуког вербал-

16) За Уставни суд Аустрије: R. Walter/H. Mayer, *op. cit.*, стр. 64.

ног значења “открила“ њен објективни смисао, “прави“, суштински вредносни садржај, који је Уставни суд “превидео“, односно није достигао.

Наша је оцена да се интерпретациони стил Уставног суда ипак у последње време упадљиво поправља захваљујући, чини се, процедури одлучивања о уставним жалбама, када је и у нормативној контроли, нарочито када су иницијатори или предлагачи оспоравали сагласност закона и других прописа са Европском конвенцијом о људским правима, Уставни суд све чешће почео да тражи подршку у јудикатури Европског суда за људска права.

2. 4. Лојалност Уставу или лојалност Влади?

За разлику од Уставног суда Немачке, на пример, никада се Уставном суду Србије није отворено приговарало да је продужена рука парламентарне мањине, односно опозиције. Ни покретање уставно-судске контроле није давало основа за закључивање у овом правцу. Парламентарна опозиција једва да је приступала покретању уставно-судског поступка. Тек након доношења Устава од 2006. године парламентарна опозиција је, захваљујући томе што јој је Устав признао статус овлашћеног предлагача, почела чешће да иницира механизам уставне контроле права. Фракције политичких партија у Народној скупштини нарочито су агилне у тражењу оцене уставности политичког законодавства, на пример, Закона о политичким партијама, правосудних закона, укључујући Уставни закон за спровођење Устава, Закона о избору народних посланика, Закона о локалним изборима, Закона о Влади, Закона о утврђивању надлежности Аутономне покрајине Војводине, Статута Војводине, уредби Владе којима су имплементирани тзв. Бриселски споразуми итд. Тамо где се водила жестока расправа у Народној скупштини о појединим законима и оспоравала њихова не само целисходност, него и уставност, по правилу, следило је покретање уставно-судског поступка. Занимљиво је при томе да се до сада парламентарна мањина уопште није користила механизмом превентивне контроле уставности закона.

Понекад се од званичних носилаца власти, додуше, не толико директно, наилази на тврдње да се уставно судство понаша као опозициона власт која без оправданих разлога Влади само ствара тешкоће. Ове тврдње, међутим, обавезно прати обећање да ће се одлуке Уставног суда у свему ипак поштовати. С друге стране, за представнике опозиције или политички “неутралне“ појединце Уставни суд се пречесто понаша као неодговорна власт која је “политизована“, што значи да није лојална Уставу него политици и интересима Владе. Иде се толико

далеко да се малициозно тврди да је овај Суд “услужни суд“ (Марко Павловић) или да је само “играчка у рукама Владе” (Војислав Коштуница), да наводно постоји “тиха колаборација“ Уставног суда са извршном влашћу, да у напетом односу уставног права и политике, Уставни суд очигледно увек даје предност политици и сл. При томе, сва аргументација за изречене тврдње обично се извлачи из једног конкрет-ног уставног спора који није решен у складу са оним што је од Уставног суда тражено или се одлучивању није приступило одмах по подношењу захтева. Деловање Уставног суда се не испитује и не оцењује *in totum*, него се најчешће дисквалификује на основу предубеђења и субјективног утиска поводом неког појединачног случаја. Само узети заједно, политички квалитет предмета уставног спора, ток поступка, радње суда у току поступка, однос доносиоца, тј. Владе према предмету спора, њене радње у и изван поступка, садржина и образложење, као и време доношења одлуке Суда, могу да покажу евентуалну пристрасност Уставног суда и његову лојалност према Влади.

У ствари, када се има у виду природа најважнијих уставних спорова, одлуком уставног суда, по правилу, не могу бити задовољне некада опозиција некада парламентарна већина. Ретке су одлуке Уставног суда које наилазе на искрено одобравање свих учесника политичког процеса. Ако Уставни суд закон, чију је уставност оспорила било парламентарна било ванпарламентарна опозиција, декларирше уставним, онда се њему приговара да је у служби владајуће већине. Ако, пак, закон огласи неуставним, онда парламентарна већина тврди да је Уставни суд продужена рука опозиције. Природно је, међутим, да терет политичке одговорности за касаторну одлуку Уставног суда носи парламентарна већина, јер њу одлука Уставног суда непосредно погађа, било зато што је та већина у парламенту донела неуставни закон било зато што благовремено није приступила промени закона који је донео претходни парламентарни састав. То што из ове околности парламентарна опозиција, подржавајући одлуку Уставног суда, покушава да извуче максимални политички добитак не може бити разлог да се Уставном суду приговара како “помаже“ опозицији у дискредитовању владине већине.

У осврту на ранију уставносудску праксу под Уставом од 1990. обично се приговарала неодговорна пасивност Уставног суда у вршењу контроле уставности, која је често означавана као “крајња уздржљивост и бојажљивост пред ауторитетом скупштинске већине“¹⁷⁾ или као “кооперативност“ Уставног суда са законодавном и извршном влашћу у политички осетљивим питањима, када судије Уставног суда,

¹⁷⁾ К. Чавошки, “*Бојажљивост Уставног суда Србије*“, Правни живот, бр. 5-6/1993, стр. 596.

како су поједини конституционалисти тврдили, “нису имале довољно куражи да сачувају своје достојанство“ и “углед Уставног суда“.¹⁸⁾ Изненађује да ове оцене прихвата и још више појачава Боса Ненадић, бивша председница Уставног суда, мада остаје нејасно да ли се њена критика односи на праксу Уставног суда Србије или уставног судства уопште, а ако се везује за Уставни суд Србије да ли се има у виду његово актуелно или раније поступање. Посебно забрињава тврдња да “нису изостајале ни мање или више тихе колаборације, па ни својеврсно савезништво уставног суда или појединих његових судија са носиоцима политичке власти, посебно са органима који их предлажу или одабирају, или у које по истеку мандата очекују да се врате.“¹⁹⁾ Оваквим и сличним тврдњама се заправо хоће рећи да и садашњи састав Уставног суда није лојалан Уставу, него да је лојалан извршној власти, тј. Влади. Ако се прихвати, дакле, постојање “тихе колаборације“ Уставног суда и судија појединаца са извршном влашћу, то би без сумње значило, ако је доиста тачно, да једна од најважнијих премиса уставног правосуђа, лојалност Уставу, која је *conditio sine qua non* нормативне контроле права, није уопште остварена. Проблем је, међутим, у томе, што овако озбиљне и изузетно оштре тврдње не прате никакви конкретни примери и докази који би их потврдили, тако да остају мање-више на нивоу општег, заправо субјективног утиска.

2. 5. *Timing* – време доношења мериторне одлуке

Прави проблем, бар за Уставни суд Србије, јесте време доношења одлуке којом се коначно решава уставни спор. Уставни суд се веома тешко може одбранити од приговора да је његово одлучивање преспоро. Проблем је додатно заоштрен чињеницом да је Суд преплављен уставним жалбама на чије решавање се троши највише времена и радне енергије.

Претерано дуго време чекања на одлуку Уставног суда је заправо тачка од које се најчешће полази у развијању тврдње да је деловање овог Суда политизовано, да се управо “темпираним“ временом доношења одлука, мање њиховом садржином, Уставни суд прилагођава интересима власти, чекајући да уставни спор реше политичари или да самим протеком времена буде изгубљен сваки интерес за његово

18) Д. Симовић, *Писани и живи устав за време важења Устава Републике Србије из 1990*, Зборник *Два века српске уставности*, Београд 2010, стр. 404. и даље

19) Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова*, Београд 2012, стр. 20. За садашњи састав Уставног суда Србије сигурно је да бар последња тврдња није основана, јер је изменама Закона о Уставном суду не само решен радноправни статус чланова Уставног суда по истеку њиховог мандата, него је и предвиђањем судског буџета материјална позиција судија учињена знатно стабилнијом.

решавање. Доиста, не може се игнорисати оцена да закаснелом одлуком Уставни суд не извршава своју мисију “чувара“ Устава, јер је његов задатак решавање актуелних, “живих“, а не хипотетичких или превазиђених, ранијих уставних спорова. Неспорно је да Уставни суд може да констатује несасгласност са Уставом закона који су престали да важе, али од таквих одлука, по правилу, нема значајнијих правних добитака.

Чини се да Уставни суд не врши брижљиву селекцију предмета које решава тако да у нормативној контроли суштински не постоји приоритетно или хитно одлучивање. Сваки предлог или иницијатива традиционално се третирају на једнак начин, тако да је време пријема захтева главни и могло би се рећи једини критеријум за одређивање реда првенства у решавању уставних спорова. У пракси се долази до тога да се губи доста времена у решавању “небитних“ уставних спорова, односно стандардно се поступа и детаљно се образлажу и оне одлуке које по свом значају то не заслужују, немају шири уставно-правни значај, не производе никакве правне последице или су једино процесног карактера. По инерцији се и даље, независно од нових процедуралних могућности у Закону о Уставном суду, троши енергија на преопширна формална решења којима се не прихвата иницијатива или одбија предлог за оцену уставности и законитости.

Преширока надлежност, с једне стране, и нерационално трошење времена у великом броју предмета, доношење одлука које имају само статистички значај, с друге стране, имају за последицу да се предуго чека на одлуку Уставног суда у далеко значајнијим уставним споровима за које је јавност показала велики интерес. Због тога се стиче утисак и јавља сумња да Уставни суд намерно примењује својеврсну “*доктрину одлагања*“ у решавању “крупних“ уставних спорова, да свесно избегава правовремено решавање “незгодних“ уставних спорова, односно да се руководи “политичким мотивима“, када у неким случајевима неоправдано касни са доношењем својих одлука.

3. Закључни предлози

Резултати Уставног суда Србије у нормативној контроли права можда нису импозантни, неке његове одлуке се можда с правом одбацују, неке су доиста аргументационо “слабе“, али је овај суд, заснивајући своје одлуке искључиво на властитом разумевању Устава, знању и савести својих чланова, своју уставну мисију ипак остваривао на политички неутралан начин. Без деловања Уставног суда стање у правном поретку било би још хаотичније, а ово мало поверења грађана у правну државу било би потпуно изгубљено. То не значи да нису потребне далекосежне корекције у начину и правовременом поступању

и одлучивању Уставног суда, не само у нормативној контроли права, него и у осталим његовим компетенцијама. Растерећење Суда сигурно би значило побољшање квалитета његових одлука и правовремено решавање само оних уставних спорова који доиста то заслужују. Одлуке Уставног суда не би смеле да имају само статистички и историјски значај.

Ипак, без обзира на све напоре Уставног суда да своју праксу унапреди, пет година примене Устава и остваривања уставносудске функције показују да постојећи систем нормативне контроле није довољно ефикасан, посебно у његовој временској димензији. Од три могућа облика уставне контроле права функционише само један, апстрактна нормативна контрола. Функционалност уставносудске нормативне контроле права зависи, пре свега, од начина покретања уставног спора, поступања Уставног суда, времена доношења и дејства његових одлука. Не улазећи у правне (и политичке) последице које одлуке Уставног суда изазивају и њихову могућу политизацију, покретање и вођење поступка нормативне контроле само једним делом зависи од деловања Уставног суда и његових чланова.

Није само пожељно него је и неопходно преиспитивање основних уставних решења у нормативној контроли, јер су нека од њих у пракси потпуно нефункционална, а друга су се показала претерано амбициозним. То нарочито важи за мерила, односно предмет контроле, прешироке могућности покретања поступка, укључујући поступак *ex offio*, потпуну стерилност инцидентне и превентивне контроле норми, али и за крајње конфузна одступања од *ex nunc* дејства, као и за правила о извршењу одлука Уставног суда.

Ако се од Уставног суда захтева да правовремено и квалитетно решава само “крупне“ уставне спорове у нормативној контроли права, онда га треба ослободити сувишних послова. Из *a posteriori* нормативне контроле требало би да се искључи оцена законитости, која би била пренета редовном правосуђу. Као таква, била би и даље подложна уставносудском преиспитивању, али једино у поступку одлучивања о уставним жалбама. То значи да би се накнадна контрола норми задржала само за оцену уставности међународних уговора, закона Народне скупштине и уредби Владе, односно сагласности ових аката унутрашњег права са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права. Уколико би била задржана, превентивна контрола уставности би имала за предмет једино међународне уговоре, односно законе о њиховом потврђивању, како је то у сталом предвиђено као надлежност за поједине европске уставне судове.

Код покретања апстрактне нормативне контроле ваља искључити прешироко постављену иницијативу која може бити замењена далеко рестриктивнијим, али и рационалнијим индивидуалним предлогом за контролу уставности закона. То значи да ће се од иницијатора увек тражити да покаже да има лични и непосредни правни интерес за вршење нормативне контроле, што ће бити случај само ако закон или уредба производи непосредно дејство, без доношења појединачних аката. Овлашћење појединих државних органа на покретање поступка не би требало да буде генерално. Уосталом, показало се наивним очекивање да ће државни органи бити ти који ће прилежно и одговорно тражити преиспитивање подуставног права. Активизам у овом правцу с правом се може очекивати једино од парламентарне мањине, независних институција и одговорних појединаца. С друге стране, покретање поступка *ex officio* треба задржати једино за решавање прејудиционог питања, што ће бити обично случај у поступку одлучивања о уставним жалбама.

Да би се оснажила инцидентна контрола, њу би требало гарантовати Уставом, а законом је потврдити као хитно, приоритетно поступање Уставног суда, с тим што би се судовима опште и посебне надлежности признало право да оцењују законитост подзаконских аката применом института *exceptio illegalis*. Само ако би се инцидентно питање по предлогу редовног суда решавало по хитној процедури могло би се очекивати да ће редовни судови бити озбиљни покретачи нормативне контроле права. Начелно, сваки поступак покренут предлогом временски мора да предњачи поступцима покренутим на други начин.

Дејство одлуке Уставног суда у поступку испитивања норми мора бити *materia constitutionis*, што значи да већ самим Уставом принципијелно треба прихватити *ex nunc* дејство, уз упућивање на закон који би установио изузетке од овог правила, пре свега, за инцидентни случај.

Dr Dragan Stojanović
Constitutional Court of Serbia Judge
Professor University of Niš Faculty of Law

Summary

THE PREMISES OF THE CONSTITUTIONAL CONTROL OF RIGHTS AND THEIR IMPLEMENTATION IN THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

For the existence of constitutional control of law, it is necessary to have a special legal quality of a constitution, constitutional rigidity, and institutionalization of an independent constitutional body, constitutional court, who shall exercise this legal function. The application of a subconstitutional law normative control function also requires respect of certain premises without which it could not be properly realized. In the first place, those are: political quality of constitutional judicature, constitutional limits of normative control and principled loyalty to the constitution. The subject of this paper are exactly premises of normative control of law and their implementation in the recent judicature of the Constitutional Court of Serbia.

The practice of constitutional justice in Serbia is criticized for various reasons, by presenting a more or less convincing arguments. Thus, objections on the account of the Constitutional Court are: that it failed to develop any interpretation doctrine, that its interpretation style is extremely weak, that its operation is not just extremely slow, but also politicized, rather in service of the Government and its parliamentary majority, than in order to the objective protection of the Constitution. These and similar objections on the account of the practice of the Constitutional Court regarding normative control of law and their reasoning would simply lead to the conclusion that this court does not sufficiently respect the above mentioned premises of the constitutional justice and that it is not always and completely loyal to the Constitution. This would mean that the Constitutional Court walked away from the constitutionally conforming interpretation and reasonable judicial abstinence, exaggerating in respect of legislative and executive authorities.

Based on the measurement of the level of feasibility of premises of constitutional justice in the recent practice of the Constitutional Court of Serbia, it may be accepted that the results of this court in the normative control of law are not impressive, that some of its decisions are perhaps rightfully dismissed,

or others are "weak" in arguments or delayed, but that this Court, basing its decisions solely on its own understanding of the Constitution, knowledge and conscience of its members, nevertheless, exercised its constitutional mission in a politically neutral manner. Without actions of the Constitutional Court, situation in the legal order would be even more chaotic, and this little confidence of citizens in the rule of law would be completely lost. That does not mean that far-reaching corrections regarding a manner and timely action and decision making of the Constitutional Court are not necessary, not only in the normative control of law, but also in its other competences. Disburdening of the Court would certainly mean improvement of the quality of its decisions, constitutionally correct and timely solving of only those constitutional disputes that deserve it, as no decision of the Constitutional Court should have only statistical or historical-legal significance. But, to achieve this goal, it is not only desirable, but also necessary, to reconsider constitutional and legal solutions in normative control, as some of them are completely dysfunctional in the practice, and others proved to be too ambitious, i.e. unrealistic.

Keywords: premises of constitutional control, loyalty to the constitution, the limits of constitutional jurisprudence, the doctrine of the the constitutional court, the style of interpretation, timing of decision making, the final proposal

КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Предмет овог рада је сложена правна анализа контроле уставности међународних уговора у Републици Србији. Устав Републике Србије предвидео је да су међународни уговори у хијерархији права слабије од Устава и усвојено је контролу уставности међународних уговора. Ипак, Устав није јасно регулисао предмет контроле, време њеног вршења, ни дејство одлука о неуставности уговора. Отворено питање је да ли само ратификовани уговори могу да буду предмет контроле и какав је правни статус нератификованих уговора, будући да Устав регулише да су само ратификовани уговори саставни део правног поретка. Постоји и дилема да ли се а priori контрола уставности може применити и на законе о потврђивању, као и да ли одлука Уставног суда о неуставности може да има правни ефекат у оштривању уговора и забрани његове ратификације на међународном плану. Нажалост, ове дилеме нису решене ни Законом о Уставном суду, а ни Законом о закључивању и извршавању међународних уговора.

Кључне речи: контрола уставности, међународни уговори, преходна контрола, накнадна контрола, дејство одлуке Уставног суда.

У модерној уставној држави, устав је највиши правни акт, основни закон који уређује основе државног и друштвеног уређења. Власт, односно органи власти, изводе своја овлашћења из устава који одређује и начин доношења и правну снагу свих осталих правних аката, тако да се и овлашћење за закључивање међународних уговора и њихова правна снага изводе из устава.¹⁾ То што се овлашћење за за-

* Научни сарадник Института за упоредно право, Београд.

1) L. Wildhaber, Treaty - Making Power, 1971. p. 344; код нас Д. Стојановић, Уставно право, 2003, стр. 23.

кључивање међународних уговора и њихова правна снага изводе из устава, не мора нужно да води закључку да су уговори у свему, и у сваком уставном систему подређени уставу. Могуће је да уговори одређене садржине буду исте, или чак и јаче правне снаге од устава, па чак и да садрже уставе појединих држава.²⁾ Поједини уставни одредбе о трансферу суверених права на супранационалне организације. Отуда, у теорији уставног права и пракси уставног судовања веома важна постају питања да ли су међународни уговори у унутрашњем правном поретку акти слабије правне снаге од устава, и уколико јесу, да ли могу бити подвргнути контроли уставности.

У теорији уставног права сматра се да међународни уговори могу да буду предмет контроле уставности. У основи, могућност да међународни уговори буду предмет оцене уставности зависи од схватања односа између међународног и унутрашњег права, начина њиховог уношења у унутрашњи правни поредак, а тиме и њихове правне природе, као и места које им је одређено у хијерархији општих правних аката унутрашњег правног поретка. Ова могућност је у правном поретку многих уставних система изричито предвиђена, или су уставни судови стали на становиште да имају надлежност да испитују уставност међународних уговора. Контрола уставности међународних уговора, било да је изричито предвиђена уставним одредбама, или је спонтано настала у пракси уставних судова, представља веома особен вид нормативне контроле, различит у односу на контролу уставности других општих аката. Разлике које постоје између контроле уставности међународних уговора, са једне, и осталих општих правних аката, са друге стране, последица су посебне правне природе међународних уговора и огледају се у предмету и основу те контроле, у покретању и времену одвијања уставног поступка, као и у могућем дејству одлука о неуставности. Будући да је контрола уставности међународних уговора изричито предвиђена у уставноправном поретку Републике Србије, предмет овог рада биће управо разматрање тог вида нормативне контроле. Анализу треба започети разматрањем претходног питања шта се сматра међународним уговором.

1. Појам међународног уговора

Устав Републике Србије, иако у низу својих одредби спомиње међународне уговоре, не садржи одређење њиховог појма. Конвенција о уговорном праву усвојена на Конференцији у Бечу 1969. дефинише уговор у члану 2. став 1. тачка а. као “међународни споразум закључен писмено између држава и који је регулисан међународним правом, било

2) Нпр. Дејтонски споразум.

да је садржан у једном инструменту или у два или више инструмената међусобно повезаних, без обзира на његов посебан назив“.³⁾ Према изричитој одредби Конвенције која је садржана у члану 3, чињеница да се Конвенција не примењује на споразуме закључене између држава и других субјеката међународног права или између других субјеката међународног права, као и на међународне споразуме који нису закључени писменим путем, не иде на штету правне вредности таквих споразума, примени на те споразуме свих правила изражених у Конвенцији под које ће ти споразуми потпадати у складу са међународним правом независно од Конвенције и на примену Конвенције на односе између држава који су регулисани међународним споразумима чије су чланице и остали субјекти међународног права. Међународни уговори на које се не примењују одредбе Бечке конвенције о уговорном праву регулисани су Конвенцијом о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација која је усвојена на Конференцији у Бечу 1986. и која у члану 2. дефинише уговор истоветно као и Конвенција из 1969. осим што, имајући у виду предмет који регулише, предвиђа да се уговори закључују између једне или више држава и једне или више међународних организација, или између самих међународних организација.⁴⁾ Имајући у виду изложена одређења појма међународног уговора, у научним радовима из области међународног јавног права се подвлачи неколико елемената у дефиницији који чине појам уговора, а то су споразум, форма, субјекти и уређеност међународним правом.⁵⁾ Два битна елемента се међутим уочавају као основни критеријуми, односно као услови којима уговор мора да удовољава да би се могао сматрати међународним уговором. Реч је о томе да уговор могу да закључе само субјекти међународног права и да је он регулисан међународним правом.⁶⁾

Бечка конвенција која је била ратификована Уредбом Савезног извршног већа СФРЈ која је донесена 6. маја 1970. године у правном поретку Републике Србије има онај положај који је Устав одредио свим међународним уговорима, односно јаче је правне снаге у односу на законе и друге опште акте. Законско регулисање појма међународног уговора стога мора да буде у складу са одредбама Бечке конвенције. Нови

3) Превод који је у раду коришћен према “Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“ бр. 30/1972.

4) Више о таквим уговорима у З. Радивојевић, Кодификација права уговора између држава и међународних организација или између међународних организација, 1998.

5) Р. Етински, Међународно јавно право, 2004. стр. 32.

6) З. Радивојевић, *Уговори међународних организација у савременом међународном јавном праву*, 1996. стр. 371, 380; Б. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, 2005. стр. 22.

Закон о закључивању и извршавању међународних уговора⁷⁾ усвојен 2013. одређује међународни уговор као уговор који Република Србија закључи у писаном облику са једном или више држава или са једном или више међународних организација, регулисан међународним правом, без обзира да ли је садржан у једном или више међусобно повезаних инструмената и независно од његовог назива. На основу изложене одредбе Закона, може да се утврди да је у унутрашњем правном поретку међународни уговор онај споразум који кумулативно испуни следеће критеријуме: а. да га је закључила држава као субјект међународног права; б. да је у писменом облику; в. да је, или да су, уговорни партнери субјекти међународног права; г. да је регулисан међународним правом. Закон о закључивању и извршавању међународних уговора у члану 2. став 2. изричито предвиђа да се у смислу тог закона, за међународне уговоре не сматрају протоколи, записници и други међународноправни акти које, ради извршавања међународних уговора, закључују органи овлашћени тим уговорима, а којима се не преузимају нове обавезе. У изложеној одредби Закона, важно је уочити да такве акте законодавац ипак квалификује *међународноправним актима*.⁸⁾

2. Уставне одредбе о међународним уговорима и положај међународног уговора у хијерархији унутрашњег права

Устав Републике Србије сврстава међународне уговоре у изворе унутрашњег права. Према члану 16. став 2. Устава, међународни уговори, заједно са општеприхваћеним правилима међународног права, саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују. Међународни уговори, према истој одредби Устава, морају бити у складу с Уставом. Члан 18. став 2. Устава предвиђа да се Уста-

7) “Службени гласник РС”, бр. 32/13.

8) На овом месту треба учинити једну важну напомену. Претходни Закон о закључивању и извршавању међународних уговора предвиђао је у члану 2. став 2. да се у смислу тог закона, за међународне уговоре не сматрају протоколи, записници и *групи писани акти* које, ради извршавања међународних уговора, закључују органи овлашћени тим уговорима, а којима се не преузимају нове обавезе. Из одређења члана 2. став 2. Закона о закључивању и извршавању међународних уговора, извело се гледиште према коме закључак да споразуми наведени у том члану Закона нису међународни уговори није у складу са Бечком конвенцијом – видети М. Булајић, *Међународни уговор и правни систем СФРЈ*, Југословенска ревија за међународно право, 1-3/1983, стр. 176. Можда би наведени закључак могао да се односи и на нови Закон о закључивању и извршавању међународних уговора, *a fortiori* што је у члану 2. став 2. тог Закона прописано да се у смислу тог закона, за међународне уговоре не сматрају протоколи, записници и *групи међународноправни акти* одређени том одредбом.

вом јемче и као таква, непосредно примењују људска и мањинска права зајамчена, између осталог, и потврђеним међународним уговорима.

Члан 99. Устава одређује да Народна скупштина Републике Србије потврђује међународне уговоре *кад је законом предвиђена обавеза њиховог потврђивања*. О закону којим се уређује закључивање и потврђивање међународних уговора, према члану 105. став 3. тачка 6. Устава, Народна скупштина одлучује већином гласова свих народних посланика.

У оквиру уређења надлежности Уставног суда, Устав је у члану 167. став 1. тачка 1. предвидео да Суд одлучује о сагласности закона и других општих аката не само са Уставом, већ и са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, док је тачком 2. прописао да Суд одлучује о сагласности потврђених међународних уговора с Уставом. У осмом делу Устава који је посвећен уставности и законитости садржане су и одредбе члана 194. став 4. према којима су потврђени међународни уговори део правног поретка Републике и не смеју бити у супротности са Уставом. Према ставу 5. истог члана, закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју да буду у супротности са потврђеним међународним уговорима.

Изложене уставне одредбе заправо значе да су потврђени међународни уговори на хијерархијској лествици правног поретка Републике Србије изнад закона и других општих аката, али испод Устава. Међутим, у правном поретку Републике Србије, међународни уговори нису, са становишта своје правне снаге, јединствена категорија општих аката. Наиме, изложена одредба Устава према којој се Уставом јемче и као таква непосредно примењују људска и мањинска права зајамчена међународним уговорима, заправо значи да су одредбе међународних уговора којима се гарантују људска и мањинска права у Републици Србији исте правне снаге као и одредбе Устава.

Уколико се подробније сагледају изложене одредбе Устава, утолико се може уочити да Устав Републике Србије није прецизно одредио поједине појмове у вези са међународним уговорима, нити користи уједначену терминологију, тако да у вези са међународним уговорима постоје извесне системске нејасноће. Такви пропусти, упркос јасно предвиђеној могућности контроле њихове уставности, ипак рађају извесне дилеме у погледу места међународних уговора у хијерархији унутрашњег права и у погледу предмета контроле уставности. Због тога, даље сагледавање проблематике контроле уставности међународних уговора треба наставити подробним разматрањем питања предмета контроле.

3. Предмет контроле

3. 1. *Шта су потврђени уговори?*

Недоумице у вези са међународним уговорима и предметом контроле њихове уставности најпре проистичу из недовољно јасно одређеног појма “потврђени међународни уговори“. Наиме, члан 99. Устава према коме Народна скупштина Републике Србије потврђује међународне уговоре *кад је законом предвиђена обавеза њиховог потврђивања*, системски одудара од осталих уставних решења. Изложена уставна одредба значи да нема уставне обавезе парламентарне уставноправне ратификације свих међународних уговора, односно оставља слободу законодавцу да законом који се према члану 105. став 3. тачка 6. Устава доноси већином гласова свих народних посланика, одреди које међународне уговоре потврђује законодавна власт. Уколико се на основу изложене одредбе члана 99. Устава стане на становиште да су потврђени међународни уговори само они међународни уговори које потврди Народна скупштина Републике Србије, утолико се према члану 16. Устава долази до закључка да међународни уговори који нису прошли кроз процес парламентарне уставноправне ратификације, већ су уставноправно ратификовани на другачији начин, или уопште нису ратификовани, нису саставни део унутрашњег правног поретка Републике Србије!! И обрнуто: уколико се на основу изложене одредбе члана 99. Устава стане на становиште да се под потврђеним међународним уговорима могу сматрати како међународни уговори које потврди Народна скупштина, тако и други међународни уговори који се уставноправно ратификују на другачији начин, односно уколико се сматра да уставотворац изразом “*потврђивање*“ није означио само парламентарно потврђивање међународних уговора, утолико се према члану 194. став 5. Устава долази до закључка да јачу правну снагу у односу на законе и друге опште акте у Републици Србији имају како међународни уговори које је потврдила Народна скупштина Републике Србије, тако и међународни уговори који су уставноправно ратификовани на другачији начин (нпр. уредбом Владе Републике Србије), или који чак уопште нису ни потврђени!! Изложени, велики системски пропуст Устава Републике Србије могао би се исправити на два начина: или променама Устава и предвиђањем да јачу правну снагу од закона и других општих аката имају само међународни уговори које је потврдила Народна скупштина, или законом који према члану 105. став 3. тачка 6. уређује закључивање и потврђивање међународних уговора, предвидети да Народна скупштина потврђује све међународне уговоре, што само по себи нема потпуно оправдање, али што може да омогући да *сви* међународни уговори буду сматрани саставним делом унутра-

шњег правног поретка, а чиме би се избегла недоумица у погледу места међународних уговора у хијерархији унутрашњег правног поретка.

Уместо да изложени дилему разреши, или да је бар умањи, нови Закон о закључивању и извршавању међународних уговора додатно је усложио питање шта се може сматрати “*йойврђеним*“ међународним уговорима. Наиме, Закон је у члану 14. став. 1. предвидео да Народна скупштина потврђује међународне уговоре војне, политичке и економске природе, уговоре којима се стварају финансијске обавезе за Републику Србију, уговоре који захтевају доношење нових или измену важећих закона и уговоре којима се одступа од постојећих законских решења, док је у ставу 2. прописао да међународни уговори који не спадају у уговоре из става 1. тог члана не подлежу *йосйуйку йойврђивања*!!! Закон међутим не само да није предвидео да одређени међународни уговори не подлежу парламентарном потврђивању, већ није предвидео никакво потврђивање, дакле ни оно које би било у форми подзаконског акта. Напротив, према ставу 2. тог члана Закона, о тим уговорима Влада *досйавља информацију* надлежном одбору Народне скупштине. Дакле, законодавац је из правног поретка *изузео* велики број аката за које је изричито прописао да представљају међународне уговоре за које остаје отворено питање на који начин ће се примењивати и извршавати.⁹⁾ Да ствар буде још нејаснија заслужна је одредба члана 20. Закона о закључивању и извршавању међународних уговора према којој се међународни уговори из члана 14. став 2. тог закона, дакле они који не подлежу парламентарном потврђивању, објављују у “Службеном гласнику Републике Србије – Међународни уговори“ у року од 30 дана од дана њиховог потписивања!!! Чини се да су изложена решења “зрела“ за уставносудско уклањање из правног поретка Републике Србије јер стварају својеврсни “чардак ни на небу, ни на земљи“, односно корпус правних аката чија природа, евентуално ступање на снагу и начин извршавања представљају велику непознаницу и могућност значајног изигравања основних начела и вредности уставног поретка Републике.

Питање утврђивања правог смисла уставног појма “*йойврђени међународни уговори*“ је претходно питање у контексту контроле уставности међународних уговора. Наиме, у оквиру исте матрице резоновања, може се стати на становиште да, уколико се под изразом

9) Слично је и са Уставу непознатом категоријом “посебних међународних уговора о сарадњи“ коју Закон предвиђа у члану 19. Према том члану, органи државне управе могу са надлежним органима других држава закључивати посебне међународне уговоре о сарадњи (меморандуме о сарадњи, споразуме о сарадњи и др) који очигледно не подлежу парламентарном потврђивању, јер се извештај о закљученом посебном међународном уговору, са текстом потписаног уговора доставља Влади *ради уйознавања*.

“потврђивање“ сматра само парламентарно потврђивање међународних уговора, утолико контроли уставности измичу сви они уговори за које се законом определи да не подлежу парламентарном потврђивању. Штавише, имајући у виду да из решења Закона о закључивању и извршавању међународних уговора проистиче да извршна власт одређује да ли је међународни уговор такве природе да изискује парламентарно потврђивање, јасно је да ће извршна власт својом одлуком да ли ће један уговор упутити у парламентарну процедуру потврђивања суштински утицати и на могућност контроле уставности тог уговора!! Будући да Уставни суд, по изричитим одредбама Устава, не може да решава спор између извршне и законодавне власти, нити да одлучује о уставности нечињења, следи да би одлука извршне власти да од парламентарног потврђивања изузме један уговор, односно њено нечињење, заправо могло да значи онемогућавање Уставног суда да на било који начин одлучује о уставности таквог чина!

Посебно питање које може да буде од значаја у вези са контролом уставности међународних уговора је да ли се парламентарно потврђивање уговора обавезно врши у форми закона. Судаћи према одредбама Устава, као и члана 11. Закона о закључивању и извршавању међународних уговора, Народна скупштина потврђује међународни уговор у форми закона. Међутим, поједини случајеви из недавне уставне праксе завређују посебну пажњу, управо у циљу одгонетања правне природе појединих аката означених изразом “споразум“, а за које је Уставном суду поднесен предлог оцене уставности. Реч је о тзв. Бриселском споразуму, или Првом споразуму о принципима који регулишу нормализацију односа који није потврђен у форми закона, али о коме се Народна скупштина посредно изјашњавала у форми одлуке. Народна скупштина је наимае на Другој посебној седници 26. априла 2013. усвојила Одлуку о прихватању Извештаја о досадашњем процесу политичког и техничког дијалога са привременим институцијама самоуправе у Приштини уз посредовање ЕУ, укључујући процес имплементације постигнутих договора.¹⁰⁾ Будући да је текст тог споразума био саставни део Извештаја који је Народна скупштина својом Одлуком прихватила, поставља се питање да ли је на тај начин, супротно духу и слову Устава и супротно изричитим одредбама Закона о закључивању и извршавању међународних уговора, Народна скупштина, уместо законом, један међународни уговор потврдила у форми одлуке. Изложено питање проистиче из две основне карактеристике тог споразума - споразум су 19. априла 2013. године у Бриселу парафирали представници Владе Републике Србије и Висока представница Европске уније за спољну политику и безбедност, дакле представници две стране које су субјекти

10) “Службени гласник РС“, бр. 38/13.

међународног права, а њим су предвиђена одређена решења која несумњиво захтевају доношење нових или измену важећих закона, што би подразумевало да се тај акт, ако већ има обележја међународног уговора, потврди у форми закона.

Закон којим се врши парламентарна уставноправна ратификација представља само формални закон, али, посредством тог закона, остварује се, како се то у упоредном праву јасно истиче, “улаз у поступак уставноправног испитивања међународноправних уговора”.¹¹⁾ Истоветан приступ има и Уставни суд Србије. Суд наиме предметом поступка у том смислу сматра “утврђивање неуставности одредбе члана 2. закона о потврђивању (ратификацији)”, односно оног члана закона који садржи текст уговора и то “у делу који се односи“ на одређене одредбе самог уговора.

3. 2. Предмет одлучивања

Пажљивијим сагледавањем уставних одредби о међународним уговорима и њиховом односу према Уставу, може да се уочи да Устав разликује и употребљава два појма – појам “сагласности” и појам “супротности”. Ова, како се с правом у теорији уочава, “неуједначена терминологија” и употреба “не најбоље срочених формулација” сасвим сигурно доприноси томе да се одредба о надлежности Уставног суда да одлучује о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом може сматрати “школским примером како уставна норма која је наизглед кристално јасна, може изазвати многа спорна питања у пракси”, јер остаје спорно шта је тачно предмет те контроле,¹²⁾ али и шта је предмет одлучивања у том поступку. Заиста, да ли се на основу изложених одредби Устава може закључити о чему у поступку нормативне контроле треба да одлучи Уставни суд? Да ли ће Уставни суд одлучивати о томе да ли је међународни уговор у свему сагласан са Уставом, или пак да ли евентуално постоји изричита супротност Уставу?

Да питање није пуко терминолошко разматрање потврђује једна, не баш нарочито срећна, уставноправна реминисценција. Наиме, за време важења Устава СФРЈ из 1974. прављена је начелна разлика између појма “супротности” и појма “сагласности” у питањима односа између правних аката. Тадашња теорија стајала је на становишту да се

11) R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 1994. S. 154; X. Руп, *Испитивање међународних уговора од стране Савезног уставног суда*, Друга конференција европских уставних судова, 1974, стр. 255; E. Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, *Constitutional Review in the World Today*, National Reports and Comparative Studies, 1962, S. 48, 49.

12) В. Петров, Уз дилему о претходној контроли уставности међународних уговора, *Право Републике Србије и право ЕУ- стање и перспективе*, Зборник радова св. 1. Ниш 2009. стр. 305, 306.

у појму “сагласности“ изражава извесна хијерархија у односу на “виши“ акт, заправо оличава начело супрематије, док је забрана “супротности“ била израз начела приоритета, а не супрематије које је за последицу имало да се у поступку уставносудске нормативне контроле таква супротност најпре констатује, уз условну одлуку која би доносиоцу акта омогућила да га усклади са Уставом.¹³⁾ Да ли је уставотворац, управо користећи неке, наизглед заборављене “изуме“ социјалистичке уставности, заправо желео да омогући да се контрола уставности међународних уговора одвија на нешто другачији начин у односу на остале опште акте, или, чак, да самом Уставном суду остави довољно могућности да, по потреби, прибегне таквом тумачењу и да, слично као и у доба важења Устава СФРЈ из 1974, стане на становиште да међународни уговори не смеју да буду у супротности са Уставом, али да не морају у свему да буду у сагласности са тим актом? Да ли би се одредба члана 167. Устава према којој Суд *одлучује о сагласности* потврђених међународних уговора са Уставом могла тумачити тако да Суд може да одлучи само у случају (не)сагласности схваћене као изричита супротност, али не и у случају осталих размимоилажења која би се накнадно могла исправити? Да ли и уставна употреба истоветних појмова у контексту односа између међународних уговора, са једне, и закона, са друге стране, која донекле и може имати извесно упориште, сугерише да је управо намера уставотворца била да “одшкрине“ врата другачијем поимању контроле уставности међународних уговора која би била ограничена само на случајеве флагрантне неусклађености са Уставом и то оних међународних уговора који, по својој природи и садржају, могу да буду такви, или се под употребом различитих термина крије само још једна терминолошка недоследност уставотворца?

Наиме, у случају да је међународни уговор специјалне, посебне природе (нпр. билатерални уговор), може се поставити питање да ли супериорност таквог акта у односу на закон значи и неопходност усклађивања општих аката слабије правне снаге са посебним одредбама, или режимом који су установљени уговором. Одговор, због системског карактера правног поретка, мора бити негативан. Речима Слободана Јовановића, билатерални “међународни уговор када се озакони представља индивидуални закон, јер одређује наше односе само са једном одређеном државом. Као индивидуални закон уопште, тако и озаконљени уговор не укида законе општег карактера; он само изузима наше односе с једном одређеном државом испод општих законских прописа и ставља под нарочите прописе.“¹⁴⁾ Дакле, и у случају да

13) Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Београд 1988, стр. 356-358, 780, итд.

14) С. Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрватиа и Словенаца*, Београд, 1995, стр. 316.

међународни уговор има јачу правну снагу, у одређеним случајевима када је његова општост слабијег карактера, као да мора да важи *lex superior specialis non derogat legi inferiori generali*, што би заправо значило да такав акт ужива приоритет у односу на закон. Изложено тумачење подржава и рубрум члана 194. Устава који предвиђа да закони и други општи акти *не смеју бити у супротности* са потврђеним међународним уговорима, а који гласи “Хијерархија домаћих и међународних *општих* аката”.

Уколико се у изложеном резонувању може наћи основ за дилему да ли је уставотворац брижљиво и системски планирано користио различите термине предвиђајући, са једне стране, да Уставни суд одлучује о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом, а са друге, да потврђени међународни уговори не смеју да буду у супротности са Уставом, утолико се у вези са предметом контроле уставности намеће још једно занимљиво питање. Наиме, да ли би у таквом нормативном оквиру било могуће да Уставни суд у склопу контроле уставности одлучује о томе да ли сепаратни уговорни режим који је, примера ради, установљен билатералним уговором и који је различит у односу на законско регулисање, може да утиче на Уставом зајамчену једнакост људи и да ли на тај начин може да буде неуставан? Да ли би различита садржина уговора исте врсте могла бенефицијаре да стави у неједнак положај што би био основ за утврђивање неуставности појединих уговора јер је реч о супротности Уставом зајамченој једнакој законској заштити?

Уставни суд се нашао у ситуацији да да одговор на то питање. Наиме, у једном предмету, а реч је контроли уставности Споразума између СР Југославије и Босне и Херцеговине о социјалном осигурању, Суд није прихватио иницијативе за покретање поступка за утврђивање неуставности одредбе члана 42. Споразума којима је, између осталог, било истакнуто да је оспореним одредбама повређено уставно начело о забрани дискриминације из члана 21. Устава, јер је “институционализована негативна дискриминација пензионера са мешаним стажом из Србије и Босне и Херцеговине у односу на друге пензионере са мешаним стажом“ за које, у другим споразумима сличног предмета регулисања које је Србија закључила са Хрватском и Македонијом, постоји заштитна клаузула у неумањивању укупних пензијских примања. Суд је стао на становиште “да се питање једнакости може посматрати само у оквиру оне категорије корисника на које се односи оспорени споразум, али не и као питање једнакости те категорије корисника у односу на оне кориснике који су то својство стеклипрема неком другом споразуму, из разлога што се те групе корисника налазе у различитим чиненичким и правним ситуацијама“. Образлажући тезу да се бенефици-

јари различитих споразума налазе у различитим правним ситуацијама, Суд је истакао да се корисници “налазе у истој правној ситуацији само у односу на прописе Републике Србије који се на њих примењују, али када су у питању прописи других држава уговорница, они се налазе у различитим правним ситуацијама...”. У погледу питања да ли се у случају да једна одредба споразума не садржи норму коју садржи одредба другог споразума може говорити о неједнакости, Суд је истакао да би евентуалну неједнакост “могла... створити норма која постоји..., а не и норма које нема, а која би, према иницијаторима, требала да постоји у оспореном споразуму”. Будући да “Уставни суд не ствара норму, тј. нема улогу и овлашћења тзв. позитивног законодавца”, Суд је закључио да нема основа за његово поступање.¹⁵⁾ Док се са првим делом аргументације можемо сложити, јер Суд заправо исправно закључује да се билатералним уговорима не може обезбедити једнака заштита, али уз оgradu на коју научни рад мора да укаже, а реч је о томе да различитост поступања ипак треба да има извесних граница,¹⁶⁾ дотле се резонување према коме изостанак појединих одредби, сам по себи, не може да роди неједнакост, не може прихватити сасвим без резерве.

3. 3. Формална и материјална (не)уставности

У вези са предметом контроле међународних уговора још два важна питања изискују посебно разматрање. Будући да сви међународни уговори нису по Уставу, у погледу своје правне снаге, јединствена категорија правних аката, јер члан 18. став 2. Устава предвиђа да су људска и мањинска права зајамчена потврђеним међународним уговорима зајамчена и Уставом, чиме им заправо признаје уставну снагу, поставља се питање шта би могло да буде предмет контроле

15) ПУ-279/2006 од 16. децембра 2010. Билтен Уставног суда Србије бр. 2/2010. Београд 2013. стр. 104, 105.

16) Таква различитост поступања може да има границу, примера ради, у избегавању закључивања тзв. лажних споразума, или како се они у америчкој уставноправној науци означавају *mock – marriage – a*. који би имали дејство само према једној уговорној страни и њеним држављанима, а закључени су у намери вршења законодавне функције ограниченог обима. Наиме, у америчкој уставноправној науци истакнут је став да за уставно право, као и за међународно јавно право, да би један акт био међународни уговор, треба да представља *bona fide* споразум између страна, а не лажан споразум. Према међународном праву, па стога ни према Уставу САД, не би се сматрало да је закључен уговор у случају да председник, у намери да избегне Представнички дом америчког Конгреса и федералне јединице, једнострано сачини закон о разводу, примењив само на САД, и то буде садржина “уговора” у чијем сачињавању учествује и премијер Канаде. У смислу изложеног примера, могло би се стати на становиште да закључивање једног “лажног споразума” који би имао дејство само према грађанима Србије, односно само према једном делу домаћих држављана, а који је закључен у тој намери, не би било сагласно са Уставом.

уставности таквих уговора. Чини се да тумачење тог члана води ставу да садржина уговора, који предвиђају права и слободе, не може бити предмет оцене материјалне усаглашености са Уставом, јер су таква права и слободе у рангу уставних права (нпр. могу се штитити уставном жалбом). У таквом случају закон о потврђивању могао би да буде проглашен неуставним само због формалне неуставности. Са друге стране, уколико сви међународни уговори нису по Уставу, у погледу своје правне снаге, јединствена категорија правних аката, а јесу саставни део унутрашњег правног поретка, утолико се намеће дилема да ли би предмет нормативне контроле у поступку пред Уставним судом могло да буде уставноправно питање усаглашености међународног уговора слабије правне снаге са међународним уговором јаче правне снаге? Да ли би, примера ради, Уставни суд могао да контролише сагласност једног билатералног уговора са нормама мултилатералног уговора о људским правима? Држим да би таква контрола уставноправно била могућа, а у појединим случајевима, као једини пут заштите правног поретка, и нужна. Међутим, Уставни суд, у својој досадашњој пракси, није имао такав став. Наиме, у предмету контроле Споразума између СР Југославије и Босне и Херцеговине о социјалном осигурању иницијатори су захтевали и контролу усаглашености тог Споразума са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Уставни суд је стао на становиште да “сагласно уставним одредбама... није надлежан да цени међусобну сагласност потврђених међународних уговора, конкретно сагласност оспореног споразума са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, која је ратификована Законом о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода... *јер се ради о ојшћим љравним акћима истје љравне снаге...*”¹⁷⁾

3. Поступак контроле

Посебна питања у вези са поступком контроле уставности међународних уговора су одређивање круга овлашћених предлагача за покретање поступка и разматрање тренутка у којем се врши оцена уставности.

3. 1. Овлашћени предлагачи

Уколико Устав изричито предвиђа могућност уставносудске контроле међународних уговора која се, као што је истакнуто, одвија посредством контроле закона о потврђивању уговора, треба стати на

¹⁷⁾ IY-279/2006 од 16. децембра 2010. Билтен Уставног суда Србије, бр. 2/2010, Београд 2013. стр. 105-106.

становиште да се све постојеће могућности покретања поступка за оцену уставности (закона) односе и на оцену уставности међународних уговора. Овлашћени предлагачи за покретање поступка оцене уставности одређени су чланом 168. став 1. Устава. Тај члан предвиђа да поступак оцене уставности могу да покрену државни органи, органи територијалне аутономије или локалне самоуправе, најмање 25 народних посланика, као и сам Уставни суд. Наравно, треба стати на становиште и да свако правно и физичко лице има право на иницијативу за покретање поступка за оцену уставности међународног уговора, што проистиче из става 2. тог члана Устава. Због природе међународних уговора, посебно је важно да се укаже да би такву контролу могли да иницирају и страни држављани и страна правна лица, нарочито они који послују у Републици Србији.

У вези са одређивањем овлашћених предлагача за покретање поступка оцене уставности међународних уговора треба указати на још један важан уставноправни аспект. Наиме, уколико се стане на становиште да је могућа претходна контрола уставности међународних уговора, утолико тај институт може одредити и круг овлашћених предлагача за покретање поступка оцене уставности међународног уговора. Устав према члану 169. став 1. предвиђа да на захтев најмање једне трећине народних посланика, Уставни суд оцењује уставност закона пре његовог проглашења указом. Уколико Суд утврди да је закон усклађен са Уставом, утолико ће овлашћени предлагачи наведени у члану 168. став 1. бити лишени могућности да покрену поступак оцене уставности, по проглашењу закона. Они би такве могућности били лишени, чак и уколико сматрају да је закон противуставан из разлога који нису узети у обзир приликом првобитне оцене уставности!!! То је смисао одредбе члана 169. став 4. Устава која предвиђа да поступак за оцену уставности не може бити покренут против закона чија је усклађеност са Уставом утврђена пре његовог ступања на снагу, а која се може односити и на закон о потврђивању међународног уговора. Због тога пажњу треба усмерити ка питању од када је могуће вршити контролу уставности међународних уговора.

3. 2. Време вршења контроле

Као што је истакнуто Устав предвиђа могућност претходне контроле уставности закона па се поставља питање да ли би се изложена одредба члана 169. Устава могла односити и на међународне уговоре. У домаћој правној науци заступана су различита становишта. Запажено је да је уставотворац на више места у Уставу јасно назначио да су међународни уговори и закони, према својој садржини и снази, ра-

зличити извори права и да, у том смислу, чињеница да такво разликовање није учињено само у члану који регулише претходну контролу уставности, намеће дилему да ли је реч о пропусту уставотворца, или о намери да се претходна контрола ограничи само на “обичне“ законе.¹⁸⁾ Такође, против оваквог вида контроле уставности међународних уговора могло би се истаћи да је члан 169. Устава којим је предвиђена претходна контрола уставности изузетак који се мора уско тумачити, као и да је у упоредним уставноправним системима у којима је таква контрола предвиђена то учињено изричито.¹⁹⁾ Напоследку, против претходне контроле уставности међународних уговора могло би се истаћи да је члан Устава којим је предвиђена претходна контрола уставности, нормативно и садржински, потпуни промашај који сведочи да уставотворац уопште није разумео смисао института претходне контроле тако да један поступак који је “мртворођен“ тешко да може бити оживљен проширивањем на међународне уговоре.²⁰⁾ Уколико би се усвојили изложени ставови, утолико би једини пут нормативне контроле међународних уговора била накнадна контрола, за коју поједини аутори, због карактера међународних уговора, држе да уопште није ни требала да буде предвиђена Уставом.²¹⁾

Аутори који истичу да се институт претходне контроле уставности закона може протезати и на међународне уговоре стоје на становишту да је нормативна контрола уставности закона *a priori* Уставом утврђена као универзална контрола свих закона и да нема закона који је из те контроле изузет.²²⁾ Следствено томе, закон о потврђивању међународног уговора, без било каквих уставноправних сметњи, може бити подвргнут контроли уставности *a priori*.²³⁾ Овоме се може додати да уколико Уставни суд улази у поступак нормативне контроле уговора посредством закона о потврђивању, утолико *a fortiori* постоји могућност претходне контроле закона о потврђивању међународног уговора. У прилог претходној контроли иде и схватање, засновано и на упоредним искуствима, према коме се оваквим видом

18) В. Петров, Уз дилему о претходној контроли уставности међународних уговора, Право Републике Србије и право ЕУ - стање и перспективе, Св. 1. Ниш, 2009. стр. 311.

19) Исто, н. м.

20) Исто, н. м.

21) И. Пејић, *Уставни суд и контрола уставности међународних уговора*, Правни живот бр. 14/2008, стр. 752-753, у истом смислу и В. Петров, н. д. стр. 309.

22) Б. Ненадић, *Претходна контрола уставности закона – у светлу Устава Републике Србије од 2006*, Правна ријеч, 14/2008, стр. 72.

23) Исто, стр. 81.

контроле може избећи сукоб између устава и међународног уговора, односно између унутрашњег правног поретка и обавеза државе на међународном плану.²⁴⁾ Штавише, поједини аутори стоје на становишту да претходна контрола у свему треба да замени накнадну контролу уставности међународних уговора, будући да она може да буде правно ефикасан и целисходан инструмент који може да помири оба захтева у погледу инкорпорације извора међународног права у унутрашњи правни поредак, односно да омогући контролу уставности међународних уговора сходно начелу да међународни уговори морају бити у складу са Уставом, са једне стране, и, са друге стране, да одржи у пуној мери уговорну способност државе која може да извршава презете обавезе у међународном праву и да обезбеди правило *pacta sunt servanda*.²⁵⁾

Чини се да при важећем нормативном уређењу, треба начелно стати на становиште да је могућа како накнадна, Уставом изричито предвиђена, тако и претходна контрола уставности међународних уговора која проистиче из члана 169. Устава. Тај члан се дакле може применити и на закон о потврђивању међународног уговора, што би можда више одговарало упоредним искуствима, јер само превентивна контрола уставности међународних уговора може да избегне неугодну ситуацију међународноправне ратификације неуставног уговора, односно да неуставни међународни уговор ступи на снагу у међународном праву и обавезе државу. Међутим, претходна контрола уставности, бар онако како је нормативно уређена, а уређена је веома лоше, намеће низ нових питања и изискује продубљеније сагледавање и то како у погледу времена евентуалног вршења претходне контроле, тако и у погледу дејства одлуке о (не)уставности уговора.

Устав Републике Србије у члану 169. предвиђа превентивну контролу закона за коју је ставом 1. тог члана прописано да се одвија пре њиховог проглашења указом, иако рубрум тог члана гласи “оцена уставности закона пре његовог ступања на снагу“. Студентима прве године правних факултета је јасно да ступање на снагу закона није исто што и проглашење закона указом! У том смислу, поставља се питање да ли је претходна контрола закона, па и закона о потврђивању међународног уговора, могућа само пре проглашења, а не и у периоду између проглашења и ступања на снагу? Изложено питање је изузетно важно с обзиром на то да ступање на снагу међународног уговора није истоветно тренутку ступања на снагу закона којим се врши његово

24) И. Пејић, н. д. стр. 753.

25) Исто, н. м.

потврђивање!!!! У том смислу, треба истаћи да је институт претходне контроле изузетно усложњен у материји међународних уговора, јер ту заправо треба разликовати следеће релевантне моменте: изгласавање закона о потврђивању, проглашење закона о потврђивању, ступање на снагу закона о потврђивању, ступање на снагу међународног уговора. Штавише, ступање на снагу и почетак примене међународног уговора нису изричито уређени Уставом Републике Србије. Према одредбама Устава Републике Србије, могу се заступати различити ставови у погледу времена од којег треба започети примену, или извршавање међународног уговора у праву Републике Србије.

Члан 16. Устава предвиђа да су *попврђени* међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије, што наводи на помисао да међународни уговори својство саставног дела правног поретка, а тиме и примењивост у унутрашњем правном поретку, стичу од тренутка уставноправне ратификације, јер Устав изразом *попврђивање* означава само уставноправну ратификацију. Другачије становиште може да буде засновано на одредби члана 196. став 4. Устава који предвиђа да закони и *групи описани акти* ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања, односно да могу да ступе на снагу раније само ако за то постоје нарочито оправдани разлози, утврђени приликом њиховог доношења. Имајући у виду изложене одредбе члана 196. Устава, могло би да се заступа и становиште према коме међународни уговори треба да се примењују од тренутка када на снагу ступе акти којима је извршена њихова уставноправна ратификација – најраније осмог дана од дана објављивања, или изузетно и раније, ако за то постоје нарочито оправдани разлози. Такво схватање било би засновано на доследном учењу о трансформацији међународног права у унутрашње. Треће становиште могло би да истиче да се међународни уговори у унутрашњем праву примењују од свог ступања на снагу у међународном праву, а свој основ налази у члану 18. став 3. Устава који предвиђа да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права. Имајући у виду да стандарди људских и мањинских права могу да буду садржани у међународним уговорима, јасно је да такви уговори морају да буду *важећи*. Да би се уговор држао за важећи, треба да ступи на снагу у међународном праву.

Судећи према ставу 2. члана 169. Устава према коме ће Уставни суд наставити да поступа по захтеву за претходну контролу уставности у складу са редовним поступком за оцену уставности закона, *ако закон буде проглашен* пре доношења одлуке о уставности, следи да је претхо-

дна контрола могућа само пре проглашења, а не и у периоду од проглашења до ступања на снагу. Одатле би следило да би претходна контрола закона о потврђивању међународног уговора заправо могла да се одвија само у периоду од изгласавања таквог закона, односно од парламентарног потврђивања, до проглашења закона о потврђивању. Будући да међународни уговори могу да ступе на снагу касније, што је и најчешћи случај јер држава своју коначну вољу да буде обавезана уговором на међународном плану изражава тек након завршетка своје уставне процедуре, јасно је да је, у том смислу, и свака “накнадна“ контрола уставности закона о потврђивању, а тиме и међународног уговора, заправо могла да буде “претходна“ контрола уколико би се спровела пре коначног обавезивања државе на међународном плану! И *vice versa*: уколико би држава своју коначну вољу да буде обавезана уговором на међународном плану изразила пре окончања поступка потврђивања међународног уговора, укључујући и фазу проглашења закона о потврђивању, уколико би свака контрола таквог закона у односу на међународни уговор који је ступио на снагу заправо била “накнадна“ све и уколико би се вршила пре проглашења закона о потврђивању!

На овом месту треба учинити још једну важну напомену. Према Уставу само су потврђени међународни уговори саставни део унутрашњег правног поретка, из чега би следило да је намера уставотворца била да у случају међународних уговора, нарочито оних који треба да прођу парламентарно потврђивање, држава не треба да изражава своју коначну вољу да буде обавезана на међународном плану пре него што се оконча поступак уставноправне ратификације. Међутим, да ствар буде још више усложњена, потрудио се нови Закон о закључивању и извршавању међународних уговора који у члану 8. предвиђа могућност привремене примене уговора! Према ставу 1. тог члана Закона, Влада, изузетно, по добијању сагласности надлежног одбора Народне скупштине, може овластити делегацију Републике Србије да прихвати да се међународни уговор који се потврђује у целини, или поједине његове одредбе, могу привремено примењивати до његовог ступања на снагу. Будући да такав уговор није потврђен, јасно је да не би могао да буде предмет уставносудске контроле, па чак ни претходне контроле. Слаба је утеха што закон прописује да поступак потврђивања таквог међународног уговора мора бити покренут у року од 30 дана од датума његовог потписивања, када је јасно да уговор који се привремено примењује никако не може бити контролисан са становишта његове уставности. Дакле, уместо да предвиди и јасније уреди

претходну контролу међународног уговора, правни поредак Републике Србије је прописао претходну примену уговора која у свему, док таква примена траје, лишава уговор могућности да буде контролисан са становишта уставности. Посебно је питање да ли је такво законско решење уставно, јер се у Уставу нигде не може пронаћи упориште за такво нормативно решење. Штавише, може се стати на становиште да такво решење заправо представља нарушавање Устава, јер уколико постоје међународни уговори које потврђује законодавна власт, уколико би привремена примена споразума лишила законодавну власт њене надлежности да обезбеђује важност уговора у унутрашњем правном поретку, што је уосталом и било резонување бившег Уставног суда СФРЈ у случају оцене уставности одредбе претходног Закона о закључивању и извршавању међународних уговора којом је било предвиђено да делегација која води преговоре за закључивање међународног уговора може да прихвати клаузулу да ће се тај уговор привремено примењивати пре његовог ступања на снагу, само по посебном одобрењу Савезног извршног већа.²⁶⁾

4. Дејство одлука

У југословенској правној науци, за време важења Устава СР Југославије, било је запажено да би последица одлуке о неуставности акта којим се врши уставноправна ратификацији била ништавост уговора, и то како у случају формалне неуставности, тако и у случају материјалне неуставности самог уговора.²⁷⁾ Устав Републике Србије у члану 168. став 3. прописује да закон или други општи акт који није сагласан Уставу или закону престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у службеном гласилу. Будући да се у изложеној одредби Устава прописује да Уставу несагласан *закон или други општи акт*, престаје да важи, јасно је да би одлука Уставног суда о неуставности међународног уговора имала касаторно дејство. Како год се та одредба разумела, односно да ли је схватили тако да се под појам “закон“ може подвести закон о потврђивању, или под појмом “општи акт“ поимали сâм међународни уговор, јасно је да би одлука Суда за последицу имала *престанак важења*. Имајући у виду да је и у досадашњој пракси Суд формалноправно у таквим случајевима оцењивао усклађеност закона о потврђивању који садржи текст међународног уговора са Уставом, јасно је да би се према члану 168. став 3. Устава, дејство одлуке о неуставности огледало у престанку важења закона којим је

26) Одлука Уставног суда СФРЈ IУ 13/85 - “Службени лист СФРЈ“, бр 47/89.

27) Љ. Славнић, *Од државе која одумире ка правној држави*, 1996. стр. 365.

потврђен уговор. Наравно, у тој равни посматрано, уколико је уговор ступио на снагу у међународном праву, престанак важења закона о потврђивању би се заправо односио на уговор у унутрашњем праву, јер би на међународном плану уговор и даље обавезивао државу. То је логична последица накнадне контроле уставности међународног уговора. Закон о Уставном суду, уместо да уреди питање дејства одлуке о (не)уставности међународног уговора у складу са уставним одредбама, теоријским постулатима, па донекле и упоредним искуствима, одступа од изложеног схватања предвиђајући, у најмању руку, чудно решење. Наиме, члан 58. став 2. Закона прописује да одредбе потврђеног међународног уговора за које је одлуком Уставног суда утврђено да нису у сагласности са Уставом, престају да важе *на начин предвиђен тим међународним уговором и ошћейприхваћеним правилима међународног права!* Дакле, иако у случају контроле уставности међународног уговора Уставни суд заправо формалноправно одлучује о уставности закона којим се врши потврђивање уговора, законодавац је прописао да одредбе међународног уговора престају да важе накнадно. Такво решење може да доведе до несумњиве одлуке Уставног суда о неуставности међународног уговора, а да притом није решено питање да ли се такав међународни уговор у унутрашњем праву и даље, до престанка важења уговора на међународном плану, примењује и извршава и, са друге стране, каква је судбина уговора за који је одлуком Уставног суда утврђено да није у складу са Уставом, а који још није ступио на снагу у међународном праву?! Уколико би одговор на прво питање био позитиван, а не постоји другачији начин тумачења изложених одредби Закона о Уставном суду, утолико би заправо дејство одлуке о неуставности међународног уговора било сведено само на констатацију неуставности! Наиме, Бечка конвенција о уговорном праву регулише окончање, односно престанак међународног уговора у члану 54. који предвиђа да до гашења, односно повлачења једне чланице из уговора (дакле до престанка важења уговора спрам једне уговорне стране!!) може доћи на основу уговорних одредби или у свако доба, уз престанак свих чланица. Уговорне одредбе могу да предвиде да уговор престаје протеком рока на који је закључен, наступањем резолутивног услова и отказом уговора. Бечка конвенција предвиђа у члану 59. да уговор може престати и прећутним гашењем из разлога закључења доцнијег уговора или услед суштинског кршења причињеног од друге или других уговорних страна (члан 60. Бечке конвенције). На основу изложених одредби Бечке конвенције о уговорном праву, може да се постави питање какво би дејство одлука Уставног суда о неуставности

међународног уговора уопште могла да има, уколико већ Закон прописује да уговор престаје да важи само на начин предвиђен тим уговором, или општеприхваћеним правилима међународног права, искључујући притом чак и Бечку конвенцију!²⁸⁾ Штавише, уколико би се и прихватило да је реч о пропусту законодавца који би се екстензивним тумачењем могао надоместити, јер је Бечка конвенција основни међународноправни акт који регулише питања закључивања и престанка међународних уговора, утолико би се поставило питање да ли би одлука Уставног суда морала бити правни основ за отказ уговора на међународном плану, или повлачење Србије из мултилатералног уговора и шта у случају да одредбама уговора отказ није предвиђен као начин престанка уговора.

Одредбе уговора о могућности отказа могу да буду разноврсне, јер неки уговори допуштају отказ у било ком тренутку, други предвиђају да се отказ не може дати у извесном почетном периоду важења уговора, док трећи дозвољавају само периодично отказивање уговора. Штавише, отказивање уговора може да има различито временско дејство, јер изјава о отказу може производити правна дејства моментално, или након протеча одређеног рока. За сагледавање дејства евентуалне одлуке Уставног суда о неуставности међународног уговора на отказ уговора, посебно је важно да се укаже да су мишљења оштро подељена у погледу питања да ли се може отказати уговор који не садржи одредбе о отказу.²⁹⁾ Бечка конвенција предвиђа да уговор који не садржи одредбе о престанку, односно не предвиђа могућност да се може отказати, или да се уговорна страна из њега може повући, не може бити предмет отказивања, осим ако се установи да су уговорнице имале намеру да допусте могућност отказивања, или повлачења и ако право на отказивање или повлачење може бити изведено из природе уговора.

Имајући у виду разноликост мишљења, решења и могућности које у међународном праву постоје у вези са отказивањем, односно повлачењем из уговора, јасно је да би одлука којом би Уставни суд утврдио неуставност уговора могла да има веома ограничено дејство, нарочито у случају да уговор не предвиђа могућност отказа, или предвиђа периодични отказ, а што додатно рађа проблем примене и извршавања неуставног уговора, нарочито у погледу усклађивања

28) Искључујући у језичком смислу и повлачење Републике Србије из мултилатералног уговора, јер, у смислу Бечке конвенције, уговор тада не престаје да важи, већ би Србија престала да буде страна уговорница, односно престао би да важи за њу!!

29) Видети о међународноправним аспектима отказивања уговора у М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2012, стр. 506-507.

закона са неуставним уговором и права и обавезе појединаца!! Ово питање је посебно усложњено ако се има у виду одредба члана 60. став 1. Закона о Уставном суду према којој се закони и други општи акти за које је одлуком Уставног суда утврђено да нису у сагласности с Уставом, не могу примењивати на односе који су настали пре дана објављивања одлуке Уставног суда, ако до тог дана нису правноснажно решени!!

Посебно питање у вези са дејством одлуке је да ли би Уставни суд могао својом одлуком да наложи извршној власти да откаже уговор? Према Закону о Уставном суду, Суд може да одреди начин отклањања последица које су настале услед примене општег акта који није у сагласности са Уставом. Отворено је питање да ли би се под “начином отклањања последица“ могло разумети и давање налога извршној власти да откаже уговор. Према члану 171. став 2. Устава, Уставни суд својом одлуком *уређује начин њеног извршења*, када је то потребно, што је донекле и у супротности са ставом 3. истог члана Устава према коме се извршење одлука Уставног суда *уређује законом*. Према члану 104. став 2. Закона о Уставном суду, у случају потребе, извршење одлуке и решења Уставног суда обезбедиће Влада, *на начин који је утврђен посебним решењем Уставног суда*. Имајући у виду изложене одредбе Устава и Закона о Уставном суду, треба стати на становиште да би Уставни суд ипак могао да одреди да Влада треба да откаже уговор за који је утврђено да није у складу са Уставом.

Имајући у виду да у уставноправном систему Републике Србије постоји могућност претходне контроле закона којим се врши потврђивање међународног уговора, у вези са дејством одлука Уставног суда може се поставити питање да ли би Суд могао да онемогући међународноправну ратификацију уговора чију уставност оцењује у периоду између ступања на снагу закона о потврђивању уговора и међународноправне ратификације? Судећи према изложеним одредбама Устава, Уставни суд би могао да наложи председнику Републике да пропусти издавање ратификационих инструмената, односно да онемогући међународноправну ратификацију уговора. Ипак, у случају превентивне контроле уставности међународног уговора, због неспретно сročене одредбе члана 169. став 3. Устава, таква могућност би довела до отварања новог уставноправног питања. Према тој одредби, ако Уставни суд донесе одлуку о неуставности закона пре његовог проглашења, ова одлука ће ступити на снагу даном проглашења закона. Из те одредбе следи да председник Републике *мора* да донесе указ о проглашењу закона који је у поступку превентивне контроле оцењен као неуставан, да

би одлука Уставног суда о неуставности уопште ступила на снагу.³⁰⁾ Уколико се то догоди у поступку претходне контроле уставности међународног уговора, утолико се ствара чудна правна ситуација да председник Републике указом мора да прогласи закон, да би он престао да важи и да би избегао издавање ратификационих инструмената. Са друге стране, ако се председник Републике не слаже са онемогућавањем међународноправне ратификације, односно ако се не слаже са онемогућавањем закључивања уговора и ако због тога прибегне проглашењу закона пре доношења одлуке у поступку претходне контроле уставности међународног уговора, што Устав према члану 169. став 2. оставља као могућност, онда се отвара својеврсна уставноправна трка између Уставног суда и председника Републике: или ће Уставни суд предухитрити председника и наложити му да не изврши међународноправну ратификацију позивајући се на члан 168. став 3. Устава, према коме може, до доношења коначне одлуке и под условима одређеним законом, обуставити извршење појединачног акта или радње предузете на основу закона или другог општег акта чију уставност оцењује, или ће председник Републике бити бржи и међународноправно ратификовати уговор стављајући Уставни суд, али и читаву државу у деликатну позицију.

Закључак

Устав Републике Србије предвидео је контролу уставности међународних уговора, али није прецизно, нити системски квалитетно уредио поједина питања у вези са појмом међународних уговора, њиховим статусом у унутрашњем праву, положајем у хијерархији правних аката, па и у вези са контролом њихове уставности. Све то, разуме се, додатно утиче на безмало све аспекте такве контроле, остављајући велике дилеме у погледу њеног предмета, времена када се она врши и дејства одлука. Ова системска збрка додатно је повећана помањкањем систем-

30) Творци Устава су пропустили да уоче крупан системски пропуст који су таквом одредбом створили. Према члану 113. став 1. председник Републике може да, уз писмено образложење, врати закон Народној скупштини на поновно одлучивање (суспензивни вето). Према ставу 2. истог члана, ако Народна скупштина одлучи да поново гласа о закону (и овај део одредбе је неспретно срочен јер значи да Народна скупштина најпре одлучује да ли ће уопште поново да одлучује о закону који је шеф државе вратио), закон се изгласава већином од укупног броја посланика. Уколико председник Републике из својих политичких разлога (нпр. зато што се не слаже са одлуком Уставног суда) прибегне тој уставној могућности у случају закона који је у поступку претходне контроле оцењен као неуставан, утолико се отвара могућност да Скупштина одлучује о одлуци Уставног суда. Разуме се, Скупштина неће моћи да поништи одлуку, али ће таква могућност уздрмати читав уставни систем.

ског квалитета и усклађености одредби Закона о Уставном суду и новог Закона о закључивању и извршавању међународних уговора који и сам треба да буде предмет уставносудског оцењивања. Све то, са једне стране, изискује да Уставни суд, контролу уставности међународних уговора врши интерпретативно смело, уважавајући отвореност правног поретка за рецепцију међународног права и поштовање међународних стандарда људских и мањинских права и слобода. Међутим, са друге стране, у ситуацији својеврсне тихе нормативне десуверенизације која свој институционални вид има у појединим решењима Закона о закључивању и извршавању међународних уговора, али и у појединим решењима садржаним управо у међународним уговорима и “другим споразумима“ чија је уставност сумњива, контрола уставности међународних уговора завређује посебну пажњу науке и постаје изузетно важна надлежност Уставног суда коју он, као последњи чувар Устава, треба да врши правнички доследно, без било каквог самоограничења које би почивало на критеријуму целисходности.

Vladimir Đurić

Scientific associate of the Institute of Comparative Law

Summary

CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF INTERNATIONAL AGREEMENTS IN REPUBLIC OF SERBIA

The subject of this article is a complex legal analysis of the review of the constitutionality of international treaties in the Republic of Serbia. The Constitution of the Republic of Serbia has provided that international treaties are at lower rank than the Constitution in the hierarchy of the legal order and, according to that, has established the control of the constitutionality of international treaties. However, the Constitution doesn't regulate clearly the subject of control, the time of its exercise and the effect of the decision on the unconstitutionality of a treaty. An open question is whether only ratified treaties may be subject to the review and what is the legal status of non-ratified treaties, since the Constitution stipulates that only ratified treaties are an integral part of the legal order. There is also the problem of whether a priori control of constitutionality can be applied to the laws of ratification, as well as whether the decision of the Constitutional Court on the unconstitutionality can have the effect of canceling of a treaty and prohibit its ratification at the international level. Unfortunately, those dilemmas are not resolved by the Law on the Constitutional Court, neither by the Law on the conclusion and implementation of international treaties.

Key words: constitutional review, international treaties, a priori control, a posteriori control, the effect of the decision

ПОСТУПАК И ОБИМ ИСПИТИВАЊА УСТАВНЕ ЖАЛБЕ

У овом раду су посебно анализирана следећа питања значајна за поступак по уставној жалби пред Уставним судом Србије: поднормираност поступка уређеног Законом о Уставном суду, обим испитивања уставне жалбе у фази прелиминарне поступка, процесне и материјалне прелиминарне поступке за одношење уставне жалбе, одлучивање изван граница захтева постављеног у уставној жалби, везаност разлога уставне жалбе при одлучивању, обим контроле оспорених појединачних аката у случају повреде процесних и материјалних уставних права.

Кључне речи: Уставни суд, уставна жалба, поступак по уставној жалби, прелиминарни поступак, процесне и материјалне прелиминарне поступке, границе захтева, одлучивање у меритуму, "специфично уставно право".

1. Уводне напомене

Члан 170. Устава Републике Србије

Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштити.

Устав Републике Србије из 2006. године (у даљем тексту: Устав) садржи више од 70 чланова који се односе на људска и мањинска права

* Судија Уставног суда Србије од 2007. године. Претходно је 27 година радила у правосудју, где је обављала функције судије Петог општинског суда у Београду, судије Окружног суда у Београду, судије Врховног суда Србије и судије Суда Србије и Црне Горе.

и слободе.¹⁾ Према члану 3. Устава, владавина права је основна претпоставка Устава и почива на неотуђивим људским правима. Како би људска права, не само у речи уставотворца, него и у пракси, била неотуђива, није довољно да она буду гарантована Уставом, већ је неопходно да постоји ефикасан механизам за њихову заштиту. Примарну заштиту људских права у највећој мери морају да пруже редовни судови, што произлази и из члана 22. Устава којим је утврђено да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом. Уставни суд Србије (у даљем тексту: Уставни суд) има посебну улогу у систему заштите људских права у нашој земљи. Та улога се више од 40 година огледала у посредној заштити људских права кроз апстрактну контролу уставности закона и других општих аката. Непосредна уставносудска заштита људских права и слобода пред Уставним судом уведена је путем уставне жалбе и представља једну од најважнијих промена које је донео Устав из 2006. године. Установљавајући уставну жалбу Република Србија се придружила кругу држава које су уставносудску заштиту креирале према начелу да апсолутно сви акти јавне власти подлежу оцени уставности.²⁾

Уставна жалба је утицала на то да Уставни суд педесетогодишњицу свога рада дочекује са измењеним ликом. Наиме, његова функција заштитника Устава је у протеклих пет година у значајној мери повећана, и то не само због тога што му је надлежност проширена и на непосредну уставносудску заштиту људских и мањинских права и слобода, већ и зато што одлучујући о уставним жалбама има могућност да тумачи и даље развија објективно уставно право. Уставни суд, који до скоро већина грађана није разликовала од редовних судова, данас представља државни орган препознатљиве надлежности који многим пружа наду у коначно остварење правде. Међутим, то је истовремено и суд оптерећен великим бројем уставних жалби,³⁾ које знатно успоравају његов рад у области апстрактне контроле уставности и доводе у питање његово ефикасно функционисање у извршавању других Уставом поверених надлежности.

1) Други део Устава под називом “Људска и мањинска права и слободе” има 64 члана, али се одредбе о правима и слободама налазе и у осталим деловима Устава, нарочито у Првом и Трећем делу.

2) Вид. др Боса Ненадић, Катарина Манојловић Андрић, *Сировођење постојаности и мере за њену ефикасну примену*, Уставно судство у теорији и пракси, Београд, 2010, стр. 106.

3) Од новембра 2006. до јуна 2013. године у Уставном суду је примљено скоро 32.000 уставних жалби.

2. Опште напомене о поступку по уставној жалби

Члан 175. став 3. Устава

Уређење Уставног суда и поступака пред Уставним судом и њихово дејство његових одлука, уређују се законом.

У складу са одредбом члана 175. став 3. Устава, поступак по уставној жалби уређен је Законом о Уставном суду (“Службени гласник РС“, бр. 109/07, 99/11 и 18/13 – Одлука УС).

Закон о Уставном суду (у даљем тексту: Закон) садржи само осам чланова којима је уређен поступак по уставној жалби (од чл. 82. до 89). Питања која су уређена тим одредбама Закона и начин њиховог уређивања не пружају довољан нормативни основ за вођење поступка по уставној жалби. Ову поднормираност поступка Уставни суд је у протеклом периоду надоместио на више начина. Најпре, применом општих правила поступка прописаних Законом, а нарочито одредбама чл. 29. до 36.⁴⁾ и чл. 44. до 49.⁵⁾ Затим, поједина питања поступка ближе су уређена Пословником о раду Уставног суда (“Службени гласник РС“, бр. 24/08, 27/08 и 76/11 - у даљем тексту Пословник). Тако су Пословником установљени одбори за уставне жалбе и утврђен делокруг њиховог рада (чл. 36, 37. и 73), те ближе уређен поступак испитивања процесних претпоставки за подношење уставне жалбе (члан 72). Најзад, Уставни суд је утврдио велики број правних ставова о спорним питањима поступка по уставној жалби.⁶⁾

Уставни суд је кроз своје правне ставове и судску праксу изградио широки концепт уставне жалбе као средства за заштиту људских права и слобода. За разлику од неких држава у којима се уставна жалба може поднети само због повреде основних права⁷⁾ или ограниченог броја права и слобода прокламованих уставом,⁸⁾ уставна жалба се у Репу-

4) Одредбе чл. 29. до 36. Закона односе се на учеснике у поступку.

5) Одредбе чл. 44. до 49. Закона односе се на врсте аката које Уставни суд доноси, њихову садржину и начин њиховог објављивања.

6) Између осталог, утврђени су ставови који се односе на: права и слободе који се штите уставном жалбом, предмет уставне жалбе, исцрпљивање правних средстава као услов за подношење уставне жалбе, активну легитимацију за подношење уставне жалбе, обавезну садржину уставне жалбе, накнадну допуну и уређење уставне жалбе, одлучивање о захтеву за накнаду штете итд.

7) У Немачкој се уставна жалба може поднети само због повреде основних права (чл. 1. до 19) или права изједначених са основним правима (чл. 20(4), 33, 38, 101, 103. и 104).

8) У Шпанији се уставном жалбом (amparo) штите права гарантована чл. 14. до 30. Устава, а у Македонији права и слободе које се односе на слободу убеђења, савести, мисли и јавног изражавања мишљења, право на политичко удруживање и деловање, као и на забрану дискриминације по основу пола, расе, религије, националне, друштвене или политичке припадности.

блици Србији може изјавити ради заштите свих људских и мањинских права и слобода (индивидуалних и колективних), независно од њиховог места у тексту Устава, као и од тога да ли су изричито записана у тексту Устава или су у уставноправни систем “унета“ међународним правилима и актима који обавезују Републику Србију. Предмет уставне жалбе могу бити појединачни (не и општи) акти и радње свих органа јавне власти, не само управе, него и судова, па и законодавног органа, те свих организација којима су поверена јавна овлашћења.⁹⁾ Уставни суд је заузео став да право на подношење уставне жалбе има свако физичко и правно лице¹⁰⁾, домаће или страном, уколико је титулар Уставом зајемчених људских или мањинских права и слобода. Физичко лице, као и државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских права може, на основу посебног писменог овлашћења, поднети уставну жалбу у име лица које сматра да му је повређено или ускраћено неко људско право.

Из Устава несумњиво произлази да је уставна жалба супсидијарно правно средство, што значи да се може изјавити тек када неко друго правно средство буде искоришћено, када је оно недовољно, или немогуће. Уставна жалба представља последњу могућност за заштиту повређених или ускраћених права и слобода у унутрашњем правном поретку, а истовремено и последњу степену коју правни субјекти морају прећи пре обраћања Европском суду за људска права.¹¹⁾ Међутим, Законом није прописано када је исцрпљен правни пут за заштиту права, због чега је Уставни суд донео већи број правних ставова који се односе на исцрпљивање правних средстава у појединим поступцима (управном, прекршајном, кривичном, парничном, ванпарничном и извршном). Приликом заузимања ових ставова, Суд се руководио тиме да подносилац треба да искористи редовна правна средства, али и она ванредна правна средства која су у диспозицији подносиоца и истовремено ефикасна (нпр. ревизију у парничном и ванпарничном поступку када је по закону дозвољена). У случајевима када је оценио да прописани правни лекови нису делотворни, Уставни суд је стао на ста-

9) За разлику од овако екстензивног домаћаја уставне жалбе који се у знатној мери ослања на немачки и шпански модел уставне жалбе, у Аустрији је уставна жалба установљена много рестриктивније јер њен предмет могу бити само појединачни управни акти.

10) Нпр. активна легитимација за подношење уставне жалбе призната је привредним друштвима, удружењима грађана, црквама и верским заједницама, јединицама локалне самоуправе итд.

11) Чланом 35. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода је утврђено да Суд може узети предмет у поступак тек када се исцрпе сви унутрашњи правни лекови. То значи да подносилац представке мора доказати да је пред националним правосуђем брижљиво водио поступак ради заштите свога права.

новиште да њихово коришћење не представља предуслов за подношење уставне жалбе.¹²⁾

У ситуацији када је могуће прибећи различитим правним средствима за заштиту повређених или ускраћених уставних права, Суд је сматрао да жртва кршења људских права може одлучити које ће правно средство искористити, а да се након што искористи једно правно средство, од подносиоца уставне жалбе не може захтевати да искористи и друго правно средство које му је стајало на располагању.¹³⁾

12) У Одлуци Уж-5284/2011 од 18. априла 2013. године наводи се, поред осталог, следеће: "...имајући у виду суштину Уставом зајемченог права на правно средство и зајемчене слободе окупљања, Уставни суд је оценио да Закон о окупљању грађана, у случају забране јавног скупа по основу члана 11. овог закона формално предвиђа жалбу као правно средство за заштиту слободе окупљања сазивача јавног скупа, али прописујући рок у коме је надлежни орган дужан да о забрани обавести сазивача, затим прописујући да жалба не одлаже забрану и коначно препуштајући да се жалба изјави и да се о њој одлучи у складу са правилима општег управног поступка, што суштински не обезбеђује делотворну заштиту ове слободе. С обзиром на то да је неспорно да би у конкретном случају одлука о жалби изјављена против решења донетог у петак, 30. септембра 2011. године, а везано за забрану јавног скупа пријављеног за недељу, 2. октобра 2011. године у 11.00 часова, имала *post-hoc* заштиту, Уставни суд је стао на становиште да таква заштита објективно не би могла да буде благовремена, па тиме ни делотворна, те је стога нашао да је, у конкретном случају, уставна жалба подносиоца Удружења "Парада поноса Београд" допуштена, иако подносилац пре обраћања Уставном суду није искористио Законом прописано правно средство за заштиту својих права. На основаност овакве оцене Уставног суда упућује и став Европског суда за људска права изражен у пресуди *Baczowski* и др. против Пољске према коме у случајевима који се тичу слободе окупљања, да би се неки правни лек сматрао ефикасним, он мора обавезивати надлежни орган да донесе одлуку тако да коначна одлука уследи пре датума за који је било предвиђено одређено окупљање (пресуда од 3. маја 2007. године, параграф 83), а на коју се у уставној жалби позвао и подносилац."

13) У Одлуци Уж-4100/2011 од 10. јула 2013. године наводи се, поред осталог, следеће: "Иако је подносилац могао пре обраћања Уставном суду да користи правни пут предвиђен Законом о извршењу кривичних санкција, Уставни суд налази да у конкретном случају, правила о исцрпљености правних средстава не треба тумачити строго формално. На овакву оцену Уставног суда, пре свега, утиче чињеница да се између два правна пута, подносилац одлучио за подношење притужбе Заштитнику грађана, те да је овом притужбом подносилац исходовао утврђење повреде његових гарантованих права. Такође, Уставни суд констатује да је од значаја и да се подносилац, поводом наведеног злостављања током трајања притвора, више пута обраћао директору Управе за извршење кривичних санкција, али да на његове наводе никад није одговорено, а што је код подносиоца могло створити утисак да изјављивањем притужбе директору Управе, по Закоником о кривичном поступку или Закону о извршењу кривичних санкција, неће решити суштинска питања везана за заштиту његових гарантованих права. Стога, Суд закључује да се у конкретном случају од подносиоца није могло очекивати, нити тражити, да поред изјављивања притужбе Заштитнику грађана, а пре обраћања Уставном суду, покуша да заштиту од злостављања оствари и са другим правним средствима која су му била на располагању, односно у управном поступку и управном спору предвиђеним ЗИКС."

Уставна жалба се може изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року (члан 82. став 2. Закона). Ово законско решење је само на први поглед несагласно с уставним, јер је чланом 170. Устава утврђено да се уставна жалба може изјавити и када нису предвиђена друга правна средства за заштиту повређених права. Законом није прописано било које правно средство за заштиту права на суђење у разумном року које се јемчи чланом 32. став 1. Устава, па се од подносиоца самим тим не може захтевати да исцрпи правно средство које не постоји.

Поступак по уставној жалби обухвата две фазе. Претходни поступак је обавезна фаза, док фази мериторног одлучивања Уставни суд приступа само онда када уставна жалба испуњава све претпоставке предвиђене Уставом и Законом.

3. Претходни поступак

Члан 43. став 1. Пословника

У претходном поступку пред Уставним судом: проверава се испуњеност процесних претпоставки за покрећање поступка, вођење поступка и одлучивање; прикуљају се потребни подаци, обавештења и документи; доставља се акти о покрећању поступка, односно иницијатива на одговор или мишљење.

Члан 44. Пословника

Када су предлоз, уставна жалба, захтев или други акти којим се покреће поступак пред Уставним судом, односно иницијатива, неразумљиви, нејоштини, не садрже податке неопходне за вођење поступка или имају друге недостатке који онемогућавају поступање у предмету, Суд ће од подносиоца затражити да, у року од 15 дана, отклони недостатке и ујозориће га на последице пројаштања утврђене Законом.

Ако недостатак буде отклоњен у одређеном року, сматраће се да је акти из става 1. овог члана поднет Уставном суду оног дана када је први пут поднет.

Члан 36. став 1. Закона

Уставни суд ће одбацити поднесак којим се иницира или покреће поступак пред Уставним судом:

- 1) кад утврди да Уставни суд није надлежан за одлучивање;*
- 2) ако поднесак није поднет у одређеном року;*

3) ако је поднесак анониман;

4) кад у остављеном року подносилац није отклонио недостатке који онемогућавају поступак;

5) кад утврди да је поднесак очигледно неоснован;

6) ако утврди да се поднеском злоупотребава право;

7) кад не постоје друже претпоставке за вођење поступка и одлучивање, утврђене Законом.

Члан 46. тачка 9) Закона

Уставни суд решењем одбацује уставну жалбу ако нису испуњене процесне претпоставке.

Уставни суд у фази претходног поступка, пре свега, испитује постојање процесних претпоставки за њено подношење. Ове претпоставке односе се на: надлежност за одлучивање, благовременост,¹⁴⁾ анонимност уставне жалбе, њену уредност и допуштеност предмета оспоравања,¹⁵⁾ као и исцрпљеност правног пута. Недостатак неке од наведених процесних претпоставки има за последицу доношење решења о одбацивању уставне жалбе као недопуштене.

Иако и Закон и Пословник везују претходни поступак само за испитивање процесних претпоставки за подношење уставне жалбе, неки од разлога за одбацивање уставне жалбе наведени у члану 36. став 1. Закона, као и досадашња пракса Уставног суда, без сваке сумње, указују на то да се у фази претходног поступка утврђује и да ли постоје материјалне претпоставке за покретање поступка. То су оне претпоставке које подразумевају постојање суштинске везе између садржине уставне жалбе и њеног подносиоца са једне стране и садржине оспорених аката са друге стране. Дакле, уставна жалба може бити допуштена са процесног становишта, а да ипак не буде прихватљива у

14) Према члану 84. став 1. Закона, уставна жалба се може изјавити у року од 30 дана од дана достављања појединачног акта, односно од дана предузимања радње којом се повређује или ускраћује људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом.

15) У својој досадашњој пракси Суд је сматрао да се уставном жалбом не могу оспоравати следећи акти и радње: решење којим је одбијен приговор против оптужнице, решење о одлагању извршења, решење (закључак) о прекиду и наставку поступка, одлука о искључењу из чланства политичке странке или синдиката, решење о одлагању извршења казне затвора, одлуке судова части привредне и лекарске коморе, обавештења и мишљења органа који воде поступак, решење о спровођењу истраге, одлуке о предлогу за изузеће (судија, службених лица, вештака), истражне радње, одлуке Уставног суда итд.

материјалном смислу.¹⁶⁾ Да би уставну жалбу одбацио због недостатка активне легитимације, због злоупотребе права подносиоца или као очигледно неосновану, Уставни суд се мора упустити у испитивање садржине уставне жалбе и оспорених аката. Уставна жалба, између осталог, мора да садржи назнаку људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом за које се тврди да је повређено, са ознаком одредбе Устава којом се то право, односно слобода јемчи, разлоге жалбе и наводе у чему се састоји повреда или ускраћивање (члан 85. став 1. Закона). У уставној жалби се мора навести и образложити тврдња да је актом јавне власти жалиоцу повређено или ускраћено конкретно људско или мањинско право или слобода зајемчена Уставом. Тврдња о постојању повреде “специфичног уставног права“, односно основног људског или мањинског права, мора бити аргументована и подржана одговарајућим уставноправним разлозима.¹⁷⁾ На темељу садржине уставне жалбе доведене у везу са садржином оспореног појединачног акта, Уставни суд у поступку претходне контроле врши селекцију уставних жалби на оне које садрже уставноправно релевантне разлоге и пружају ваљану основу за одлучивање у меритуму и на оне које такву основу не пружају. Уставни суд је у протеклих пет година одбацио више стотина уставних жалби због тога што нису садржале уставноправне разлоге, доносећи тзв. решења у малом меритуму, а од измена Закона 2011. године уставне жалбе се одбацују и као очигледно неосноване.

Оптерећен великим бројем уставних жалби који га онемогућава да у примереном року пружи адекватну заштиту правним субјектима којима су повређена уставна права, Уставни суд је почео да одбацује уставне жалбе због малог значаја предмета уставносудског спора и незнатног оштећења за подносиоца. За овакво поступање Суда не постоји изричити основ у члану 36. Закона, па се решење о одбацивању доноси с позивом на тачку 7) става 1. овог члана и подводи под формулацију непостојања других претпоставки за вођење поступка. Овакво поступање ослања се на праксу Европског суда за људска права која је проистекла из издвојеног мишљења у предмету *Micallef* против *Малте*,¹⁸⁾ а затим заснована на ревидираном тексту Европске конвенције о

16) Чланом 32. Уставног закона о Уставном суду Републике Хрватске (Народне новине бр. 99/99 и 29/02) је прописано да ће Уставни суд решењем одбацивати уставну жалбу и у случајевима када не постоје претпоставке за одлучивање о бити ствари.

17) Вид. Драган Стојановић, *Уставно право*, Ниш, 2013, 493.

18) У овом предмету четворо судија је предлагало да се представка прогласи неприхватљивом због незнатног оштећења људских права подносиоца, наводећи у свом издвојеном мишљењу да се спор пред домаћим правосудјем из Малте односио на “тривијалну размирицу међу суседима“, те да није заслуживао мериторно разматрање са становишта заштите људских права по Конвенцији.

људским правима (члан 35. став 3. тачка (б)). Уставни суд је по овом основу одбацивао уставне жалбе против решења којима су изречене мање новчане прекршајне казне (до 5.000 динара), којима се оспорава начин обрачуна трошкова поступка који подносиоцу нису признати у целини или којима се оспоравају пресуде донете у парничним споровима мале вредности (до 10.000 динара).¹⁹⁾

Радње у претходном поступку предузима судија известилац, односно стручна служба (члан 35а став 1. Закона). Уставни суд одбацује уставну жалбу на седници Малог већа које чине троје судија, а ако није постигнута једногласност у одлучивању Малог већа, решење о одбацивању уставне жалбе доноси Велико веће које чине председник Уставног суда и седам судија (члан 42б став 1. тачка 3) и члан 42в став 1. тачка 1) Закона).

4. Одлучивање у границама постављеног захтева

Правни став Уставног суда утврђен 30. октобра 2008. године

Уставни суд је, у погледу утврђивања повреде или ускраћивања права или слобода, “везан” захтевом из уставне жалбе и приликом одлучивања креће се у границама постављеног захтева.

Наведени правни став Уставног суда, који се незнатно другачије формулисан може наћи у свим мериторним одлукама Суда,²⁰⁾ заснован је на поимању уставне жалбе као строго формалног правног средства

¹⁹⁾ Решењем Уж-4315/2012 од 28. јануара 2013. године одбачена је уставна жалба изјављена против првостепене и другостепене пресуде којима је у парничном поступку подносиатељка обавезана да на име услуга уклањања комуналног отпада плати износ од 9.887 динара. У образложењу овог решења се наводи: “Уважавајући евентуални значај ове ствари за подносиатељку, Уставни суд указује на то да повреда уставног права мора подразумевати одређени ниво тежине и озбиљности да би била разматрана пред овим судом. Процена тог нивоа је релативна ствар и зависи од околности датог случаја, које обухватају како субјективну перцепцију подносиоца уставне жалбе, тако и објективни карактер предмета одлучивања. Субјективни осећај подносиоца о важности наводне повреде уставног права мора бити оправдан и са објективног становишта, што у овом уставносудском предмету није случај. Наиме, по оцени Уставног суда, наводи и разлози уставне жалбе су такве природе да не указују на то да је подносиатељка уставне жалбе због оспорених пресуда претрпела значајнији новчани губитак. Такође, разлози на којима подносиатељка темељи своју тврдњу о повреди права на правично суђење не покрећу неко опште питање о евентуалној повреди тог права које би могло бити од уставноправног значаја за одлучивање Уставног суда.”

²⁰⁾ У свим мериторним одлукама Уставног суда пише да у току поступка пружања уставносудске заштите, поводом испитивања основаности уставне жалбе у границама захтева истакнутог у њој, Уставни суд утврђује да ли је у поступку одлучивања о правима и обавезама подносиоца уставне жалбе повређено или ускраћено његово Уставом зајемчено право или слобода.

чија садржина је прецизно утврђена у члану 85. став 1. Закона. Суштину захтева о коме Суд одлучује представља утврђивање повреде или ускраћивања људског или мањинског права или слобода зајемчене Уставом и означене у уставној жалби. Како повреда, односно ускраћивање уставних права и слобода могу бити извршени само појединачним актима или радњама државних органа или носилаца јавних овлашћења, то саставни део захтева чини и означени појединачни акт или радња. У уставној жалби се наводе и мере или радње којима треба отклонити штетне последице утврђене повреде зајемчених права или слобода, као и начин правичног задовољења подносиоца.

Дакле, може се закључити да главни захтев подносиоца уставне жалбе о коме Уставни суд одлучује, поред утврђивања повреде или ускраћивања означеног уставног права или слобода, чине и означени појединачни акт или радња, мере за отклањање штетних последица неуставности и начин правичног задовољења подносиоца. Уредна уставна жалба би морала да садржи све ове елементе захтева. Подносиоци могу истаћи и споредне захтеве који се односе на трошкове састављања уставне жалбе, одређивање привремене мере и сл.

Међутим, не смемо изгубити из вида да уставну жалбу у име подносиоца не мора изјавити адвокат, па у највећем броју случајева подносиоци не траже стручну помоћ за састављање уставних жалби. Овакве, лаичке, уставне жалбе често немају јасно и прецизно постављени захтев, или, пак, садрже захтеве о којима Уставни суд не може одлучивати – да се врати национализована имовина, утврди право својине на непокретностима, наложи повраћај пореза, такса и доприноса, са слушају предложени сведоци, наложи редовном суду какав ће задатак дати судским вештацима и др. На основу садржине оваквих захтева и образложења која их прате, стиче се утисак да велики број грађана и других правних субјеката уставну жалбу сматра средством за отклањање неправде, а Уставни суд највишим инстанционим судом у Републици. С обзиром на овакву садржину бројних уставних жалби, у раду Уставног суда је стално присутна дилема да ли и у којој мери приликом одлучивања о уставним жалбама треба придавати значај њиховој форми. Судије које заговарају строг, формални, приступ у решавању уставних жалби свој став, пре свега, заснивају на аргументима да је уставна жалба супсидијарно и формално правно средство, те да поклањање пажње уставним жалбама које имају процесне недостатке онемогућава Уставни суд да се у правој мери бави оним уставним жалбама које су у формалном смислу правно перфектне. Судије које предност дају садржини уставне жалбе стављају у први план чињеницу да је ово

правно средство уведено у функцији заштите људских права и слобода, коју је Уставни суд дужан да пружи чак и онда када уставна жалба не задовољава све захтеве форме прописане Законом. Ова два приступа не морају бити непомирљива, уколико поштовање форме не прерасте у формализам и када се садржина уставних жалби разматра са осећајем за меру базираном на томе да је основна мисија Уставног суда да пружи заштиту повређеном или ускраћеном људском праву или слободи.²¹⁾ Могло би се рећи да се у свом досадашњем раду Уставни суд, некад са више а некад са мање успеха, трудио да пронађе овај неопходан баланс у поступању по уставним жалбама између њихове форме и садржине, али се то нужно одразило на повремено одступање од утврђеног става о одлучивању у границама постављеног захтева.

Уставни суд се до сада у највећој мери кретао у границама захтева у односу на предмет уставне жалбе – оспорени појединачни акт или радњу. Такво поступање Суда односи се и на захтев за отклањање штетних последица констатоване повреде или ускраћивања уставног права утврђивањем права на накнаду нематеријалне или материјалне штете подносиоцу.²²⁾ Према правном ставу који је Уставни суд утврдио на седници од 10. јула 2009. године, у случају да је повређено право на суђење у разумном року, накнада нематеријалне штете може бити досуђена ако је подносилац уставне жалбе такав захтев поставио, а Суд ће досудити ову накнаду ако оцени да је то неопходан и правичан вид задовољења. У појединим случајевима Суд није досуђивао тражену накнаду штете, већ је одређивао да се Одлука јавно објави у “Службеном гласнику Републике Србије”, јер је оценио да се и на тај начин може постићи сврха правичног задовољења због утврђене повреде уставног

21) Бавећи се овим проблемом у раду Уставног суда Словеније, некадашњи судија тог суда др Цирил Рибичич је у једном од својих издвојених мишљења написао следеће: “Када говорим о опасном схватању које не би смело да превагне у раду Уставног суда, мислим на следеће: уместо да у огромној гомили отворених, нерешених предмета, као иглу у пласту сена тражи важне и по својим последицама озбиљне повреде Устава и људских права и слобода, Уставни суд све више губи енергију на селекцији уставних жалби и иницијатива. Постаје важно да предмет буде “решен”, па и тако да га се Уставни суд по кратком поступку реши. Све више се пени формалистичко одбацивање, уместо откривање и решавање важних уставноправних проблема.” (Људска права и уставна демократија, ЈП “Службени гласник”, 2012, 348).

22) У Одлуци Уж-4034/2012 од 3. октобра 2012. године Уставни суд је одлучио да се правично задовољење подносиоца уставне жалбе због повреде права на суђење у разумном року и на имовину, зајемчених чланом 32. став 1. и чланом 58. Устава, оствари утврђењем права на накнаду нематеријалне штете коју је подносилац тражио, док је захтев за накнаду материјалне штете одбио као неосновап.

права или слободe подносиоца.²³⁾ Када је у питању захтев за отклањање штетних последица утврђене повреде или ускраћивања уставних права, Уставни суд се у својој досадашњој пракси, по правилу, кретао у границама постављеног захтева, одступајући од њега само онда када је оценио да се делотворни учинак уставне жалбе може постићи предузимањем неких других мера и радњи, а не оних које је подносилац тражио.

Претходно је већ наведено да суштину захтева уставне жалбе, а самим тим и одлучивања Уставног суда о њој, представља утврђивање повреде уставног права и слободe које је подносилац дужан да наведе у уставној жалби са ознаком одредбе Устава којом се то право или слобода јемчи. Подносилац мора навести разлоге због којих је поднео уставну жалбу и образложити у чему се састоји повреда или ускраћивање. У поступку по уставним жалбама основано се поставља питање да ли је и у којој мери Уставни суд везан разлозима наведеним у уставној жалби. Поређења ради, указујем на то да је чланом 41. став 1. Закона о управним споровима (“Службени гласник РС“, број 111/09) прописано да законитост оспореног управног акта суд испитује у границама захтева из тужбе, али при том није везан разлозима тужбе. Међутим, за разлику од разлога тужбе у управном спору који не могу променити захтев тужиоца да суд поништи оспорени управни акт, разлози наведени у уставној жалби у великој мери одређују и омеђавају захтев који се односи на утврђивање повреде уставног права или слободe. Ако подносилац уставне жалбе захтева да се утврди да му је право на правично суђење повређено тиме што суд није у довољној мери образложио пресуду којом је одлучивано о праву или обавези подносиоца, Уставни суд ће одлучивање ограничити на овај жалбени разлог не упуштајући се у испитивање осталих гаранција права на правично суђење из члана 32. Устава. Исто тако, када подносилац уставну жалбу поднесе из разлога повреде права на одбрану у кривичном поступку, у поступку по уставној жалби се неће разматрати евентуална повреда других права окривљеног која се јемче чланом 33. Устава. На основу

²³⁾ Уставни суд је Одлуком Уж-1918/2009 од 22. децембра 2011. године усвојио уставну жалбу четири подносиоца због повреде права на слободу окупљања и на правно средство, зајемчених одредбама члана 54. став 1. и члана 36. став 2. Устава. На основу члана 89. став 2. Закона, Суд је одлучио да се правично задовољење подносиоца због констатоване повреде права, у конкретном случају, оствари објављивањем ове одлуке у “Службеном гласнику Републике Србије“, јер је оценио да је суштина повређених права такве природе да се правично задовољење не би могло постићи траженом накнадом нематеријалне и материјалне штете, с обзиром на то да подносиоци нису били једини сазивачи јавног скупа, а посебно имајући у виду и права других лица која су била потенцијални учесници јавног скупа.

ових примера из праксе може се закључити да је Уставни суд везан захтевом из уставне жалбе, али и разлозима на којима се захтев темељи.

Везаност Уставног суда разлозима уставне жалбе је у његовој досадашњој пракси била присутна у тој мери да су разлози због којих је уставна жалба поднета и наводи којима се они поткрепљују понекад представљали корективни фактор за постављени захтев у погледу повређених уставних права и слобода. Дешавало се то у оним случајевима када су разлози и наводи садржани у уставној жалби очигледно указивали да је подносиоцу повређено неко друго уставно право, а не оно које је означено у захтеву. Пред Уставним судом је била дилема: да ли ће пружити заштиту очигледно повређеном уставном праву које није означено у уставној жалби, или ће уставну жалбу одбацити, уз ризик да заштита права буде затражена и пружена пред Европским судом за људска права. Да је у таквим предметима Суд применио став о везаности постављеним захтевом, уставне жалбе би биле одбачене јер се означена уставна права не могу довести у везу са разлозима наведеним у образложењу или ти разлози немају одговарајућу уставноправну тежину у односу на истакнуту повреду уставних права. Али, Уставни суд је у највећем броју таквих предмета, ушавши у бит уставне жалбе, изашао изван граница постављеног захтева како би у пуној мери пружио уставносудску заштиту подносиоцу.²⁴⁾ Поступајући на овакав начин, Уставни суд је имао у виду да се, у складу са одредбом члана 18. став 3. Устава, одредбе о људским и мањинским правима морају тумачити у корист унапређења вредности демократског друштва и сагласно пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење, а да је једна од тих институција – Европски суд за људска права у више пресуда изразио став да је Суд тај који одлучује на који начин ће квалификовати чињенице било ког предмета пред њим.²⁵⁾

²⁴⁾ Уставни суд је у Одлуци Уж-4262/2012 од 31. јануара 2013. године утврдио да је подносиатељки оспореним пресудама повређено право на правично суђење из члана 32. став 1. Устава, иако је уставна жалба поднета због повреде начела и права из чл. 18, 21. и 70. Устава. Суд је том приликом констатовао да се подносиатељка у уставној жалби није формално позвала на повреду права на правично суђење, али да се из садржине уставне жалбе може закључити да се у суштини она жали на повреду тог права.

У Одлуци Уж-616/2008 од 2. децембра 2010. године је, поред осталог, наведено следеће: “Иако се подносиоци уставне жалбе позивају на повреду права на имовину из члана 58. Устава, полазећи од чињеница конкретног случаја и уставноправних разлога изнетих у уставној жалби, Уставни суд је констатовао да се подносиоци жале и на примену материјалног права од стране Врховног суда Србије... Стога је Уставни суд сматрао да је, пре оцене основаности навода о повреди права на имовину, претходно потребно сагледати спроведени поступак као јединствену целину и оценити да ли је поступак био вођен на начин који је подносиоцима осигурао право на правично суђење гарантовано чланом 32. став 1. Устава.“

²⁵⁾ Види пресуде Европског суда за људска права: Akdeniz против Турске од 31. маја 2005. године (став 88), Младеновић против Србије од 22. маја 2012. године (став 35) и Илић против Србије од 26. марта 2013. године (став 43).

5. Одлучивање о основаности уставне жалбе

Члан 89. Закона

Одлуком се уставна жалба усвоја или одбија као неоснована.

Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца.

Одлуком којом се усваја уставна жалба Уставни суд ће одлучити и о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете, када је такав захтев подстављен.

Одлука Уставног суда којом је уважена уставна жалба има правно дејство од дана достављања учесницима у поступку.

Одлучивање о основаности уставне жалбе (у меритуму) представља другу фазу поступка по уставној жалби за коју је у претходном поступку утврђено да у погледу форме и садржине испуњава све претпоставке предвиђене Уставом и законом. У овој фази, у предмету поступају судија известилац, одбор за уставне жалбе и Велико веће, а у неким случајевима и Седница Суда.

Подносилац уставне жалбе је дужан да уз уставну жалбу достави препис оспореног појединачног акта и друге доказе од значаја за одлучивање (члан 85. став 2. Закона). Ови докази најчешће нису довољни за одлучивање, па судија известилац прикупља осталу процесну грађу која је по његовој оцени неопходна за доношење одлуке. Ретки су случајеви у којима се приступило одлучивању, а да претходно судија није прибавио списе предмета доносиоца оспореног појединачног акта. Од доносиоца оспореног акта се понекад захтева да ближе образложи своје поступање у предмету (најчешће да наведе разлоге за непоступање), а неопходна обавештања и подаци се могу прибавити и од других органа.

Посебну улогу у овој фази поступка има одбор за уставне жалбе. На основу члана 36. Пословника, у Уставном суду су образована три одбора за уставне жалбе (за област кривичног, грађанског и управног права). Одбори имају председника и два члана који се бирају из реда судија на време од три године. Ова радна тела Суда су установљена са циљем да се пре изношења предлога одлуке на седницу, отклоне евентуални недостаци одлуке и тако омогући лакше и брже одлучивање на седници. Одбор може затражити од судије известιοца да прибави додатне податке и обавештења од значаја за одлучивање о уставној жалби, као и да измени или допуни предложену одлуку. Кад одбор

оцени да је у предмету потпуно разјашњено уставноправно питање, даје писмено мишљење о предлогу одлуке у коме могу бити садржане сугестије и примедбе редакцијске или суштинске природе. Предлог одлуке са мишљењем одбора доставља се председнику Уставног суда ради одлучивања на седници Великог већа. Судија известилац може тражити да се предлог одлуке разматра на седници Великог већа и поред негативног мишљења одбора, а такво мишљење не спречава Суд да већином гласова усвоји одлуку.

Уставни суд одлучује о уставној жалби на седници Великог већа (члан 42б став 1. тачка 1) у вези са чланом 45. тачка 9) Закона). Суд има два Велика већа која чине председник Уставног суда и по седам судија. Ако се не постигне једногласност Великог већа, одлука се доноси на седници Уставног суда (члан 42б став 3. Закона).

У поступку по уставној жалби Уставни суд не може вршити општу правну контролу појединачних аката и радњи органа јавне власти. С обзиром на то да се уставне жалбе првенствено подносе против судских одлука последње инстанце, битна претпоставка за одлучивање о уставној жалби је да се изврши разграничење ингеренција између Уставног суда и редовних судова у погледу утврђивања повреде права.

Неспорно је да Уставни суд није орган судске власти, па не може бити суперревизиона инстанца у односу на редовне судове. Уставни суд је стога у десетинама својих одлука констатовао да не може преиспитивати судске одлуке као инстанциони суд и да се уставна жалба не може сматрати правним средством којим се испитује законитост одлука редовних судова. Уставни суд се не може упуштати у испитивање свих правних недостатака судских одлука, већ се ограничава само на утврђивање постојања повреде уставног права или слободе на које се у уставној жалби указује.

Начелно посматрано, свака погрешна (незаконита) судска одлука којом је одлучивано о правима и обавезама неког правног субјекта или о оптужбама против неког лица представља повреду уставних начела законитости и једнакости. Међутим, посматрано са становишта обима заштите уставних права и слобода која мора да буде обезбеђена уставном жалбом као специфичним правним средством, свака повреда закона која је извршена судском одлуком не представља истовремено и повреду неког уставног права или слободе.

Појединачним правним актом или радњом суда, односно другог органа јавне власти може да буде повређено неко процесно или материјално уставно право.

Садржај процесних уставних права је, по правилу, јасно одређен уставним нормама, па се у остваривању заштите ових права путем

уставне жалбе Уставни суд у својој досадашњој пракси није суочавао са већим тешкоћама. У уставним жалбама се најчешће истиче повреда разних процесних гаранција права на правично суђење из члана 32. Устава, али се тражи и утврђивање повреде права у случају лишења слободе без одлуке суда, права приликом одређивања притвора, права на ограничено трајање притвора, посебних права окривљеног у поступцима за кажњива дела, права на једнаку заштиту права и на правно средство, а која су утврђена одредбама чл. 29, 30, 31, 33. и 36. Устава. Сва наведена процесна права ближе су уређена законом. У пракси углавном није било спорно утврдити када је повреда процесних закона довела и до повреде уставних права. Уставни суд је утврђивао повреде процесних уставних права у оним случајевима када су оне очигледно утицале на садржину оспорених појединачних аката²⁶⁾ или када су те повреде несумњиво проистицале из оспорених радњи (чињења или нечињења).²⁷⁾

Далеко је теже одредити обим испитивања оспорених одлука када су у питању материјална уставна права (права на достојанство личности, психички и физички интегритет, слободу и безбедност, мишљење и изражавање, окупљање, удруживање, имовину и др). Наведена уставна права ближе су уређена материјалним законима, па до њихове повреде најчешће долази због погрешне примене материјалног

26) У Одлуци Уставног суда Уж-4078/2010 од 29. фебруара 2012. године наводи се, поред осталог, следеће: "...Уставни суд налази да и решење надлежног органа којим се забрањује одржавање пријављеног јавног скупа мора да садржи разлоге за оцену да је, сагласно члану 11. став 1. Закона о окупљању грађана, забрана скупа нужна ради спречавања ометања јавног саобраћаја, угрожавања здравља, јавног морала или безбедности људи и имовине. По оцени Уставног суда, оспорено решење Полицијске станице Стари Град није образложено на уставноправно прихватљив начин, јер се из њега не може утврдити на чему је надлежни првостепени орган засновао уверење да наведене вредности могу бити угрожене одржавањем пријављеног скупа. Уставни суд је утврдио да недостаци у образложењу првостепеног решења нису отклоњени ни у поступку по жалби... Полазећи од наведеног, а имајући у виду закључак Управног суда који се односи на чињенице утврђене од стране управних органа, Уставни суд налази да је означено уставно право подносиоцу повређено и оспореном пресудом тог суда. Ово стога што се контрола законитости аката државне управе у управном спору не исцрпљује у праву странака на подношење тужбе надлежном суду, већ се остварује кроз потпуну оцену тужбених навода у циљу елиминасања из правног поретка незаконитих аката управних органа. С обзиром на изложено, Уставни суд је утврдио да је оспореним актима подносиоцу уставне жалбе повређено право на образложену одлуку, као елемент права на правично суђење зајемченог чланом 32. став 1. Устава."

27) Одлуком Уставног суда Уж-3449/2011 од 22. марта 2012. године усвојена је уставна жалба због пропуштања суда да одлучи о жалби подносиоца изјављеној против решења којим јој је одређен притвор. У образложењу Одлуке је, поред осталог, наведено: "Како Виши суд у Нишу о изјављеној жалби против решења о одређивању притвора уопште није одлучивао, односно није преиспитао разлоге због којих је истражни судија одредио притвор подносиоца уставне жалбе, тиме је, по оцени Уставног суда, повредио право зајемчено одредбом члана 36. став 2. Устава. Имајући у виду одредбу члана 30. став 3. Устава, да одлуку о жалби на притвор суд доноси и доставља притворенику у року од 48 часова, Уставни суд оцењује да је подносиоца уставне жалбе истовремено повређено и право зајемчено овом одредбом, јер како одлуку о жалби подносиоца суд није донео, такву одлуку јој није ни уручио у Уставом утврђеном року."

права. Уставни суд је у својој досадашњој пракси наглашавао да свака повреда материјалног закона не значи и повреду уставног права. Међутим, врло је тешко одредити границе до којих Уставни суд може ући у садржај материјалноправне сфере оспореног појединачног акта, а да при томе не преузме улогу инстанционог суда. Ова дилема је утолико више присутна и због тога што се приликом испитивања примене материјалног права мора ући и у домен чињеничног стања. Објективни критеријум којим се Уставни суд руководи да би омеђио границе свога деловања јесте произвољна или арбитрерна примена материјалног права, али се поставља питање када до ње долази, јер се из досадашње праксе Суда не може јасно разазнати шта све подразумева овај критеријум.²⁸⁾ Стога ће бити наведени случајеви у којима је овај критеријум примењен у одлукама Уставног суда или када би био применљив.

Први случај, мада најређи у пракси, када Уставни суд може деловати да би заштитио уставна права подносиоца постоји онда када је о праву или обавези подносиоца одлучивано, а да уопште није примењен материјални закон. Одлука која се оспорава уставном жалбом може бити уклоњена из правног поретка и онда када је заснована на закону који више не важи, закону који је ретроактивно примењен или закону за чију примену нису дати било какви разлози који би је могли разумно оправдати. Интервенција Уставног суда је могућа и онда када редовни

28) У образложењу Одлуке Уж-205/2009 од 26. септембра 2012. године је наведено: “Код неспорног становишта судова да постоји правни основ за накнаду штете због неисплаћених зарада, а да је спорна само висина, пресуде којима се тужбени захтев подносиоца одбија у целини су, по оцени Уставног суда, контрадикторне и засноване на произвољној и арбитрерној примени процесног и материјалног права. Полазећи од свега наведеног, Уставни суд је оценио да су оспореним пресудама повређена права подносиоца уставне жалбе на правично суђење и на правичну накнаду за рад, зајемчена одредбама члана 32. став 1. и члана 60. став 4. Устава...”

У образложењу Одлуке Уж-776/2012 од 11. априла 2013. године је наведено: “...Апелациони суд у Новом Саду се уопште није позвао на поменуте одредбе Закона о раду, већ је оспорену одлуку утемељио искључиво на општим правилима о деликтној одговорности (члан 154. став 1. Закона о облигационим односима). Уставни суд констатује да се тиме искључује примена специјалних норми о правима запосленог поводом незаконитог отказа које су садржане у одредбама Закона о раду, због чега поменуту тумачење другостепеног суда сматра уставноправно неприхватљивим и налази да је у конкретном случају материјално право произвољно примењено на штету подносиоца уставне жалбе.”

У образложењу Одлуке Уж-4343/2010 од 6. јуна 2013. године је наведено: “Полазећи од наведеног, Уставни суд сматра да правно становиште надлежних судова да тужилац нема право на накнаду утврђене штете услед немогућности обављања пољопривредне производње на предметној парцели и стицања прихода, која је проузрокована постављањем далековода на наведеној парцели од стране туженог пре спровођења непотпуне експропријације и конституисања права службениости уз обавезу плаћања утврђене накнаде власнику земљишта, те да таква (превремена) радња туженог нема карактер противправности, представља очигледно произвољну, неправичну и тиме уставноправно неприхватљиву примену материјалног права.”

суд у својој одлуци без икаквог образложења одступи од дотадашње праксе у примени неке материјалноправне норме.

Нема сумње да тежиште одлучивања Уставног суда о уставној жалби мора да буде на оцени оног правног становишта које је редовни суд изнео у оспореној одлуци приликом тумачења материјалног права које задире у сферу уставних права. Интервенција Уставног суда би стога била оправдана у случају када је у одлуци која се оспорава уставном жалбом погрешно интерпретирано “специфично уставно право”²⁹⁾, односно када је закон протумачен на начин противан Уставу или када је право подносиоца ограничено противно ограничењима која предвиђа Устав. У својој досадашњој пракси Уставни суд је усвајао уставне жалбе и онда када су редовни судови, у случају конкуренције (колизије) два права (нпр. права на обавештеност и слободе изражавања или права на имовину и права на дом), посматрано са уставно-правног становишта, неосновано дали предност једном уставном праву на рачун другог.

Активност Уставног суда у поступку по уставним жалбама у осталим случајевима би морала бити подвргнута начелу самоограничења. Уставни суд, међутим, трпи критике да сувише често и сувише дубоко задире у одлуке редовних судова. Ове критике нису увек без основа, али се на њих може одговорити следећим питањем: “Да ли би због веће уздржаности Уставног суда и доследнијег поштовања начела самоограничења, на губитку били подносиоци уставних жалби чија повређена уставна права нису заштићена и Република Србија која је у члану 1. Устава дефинисана као држава заснована на владавини права?”

29) Термин “специфично уставно право” преузет је из праксе Савезног уставног суда Немачке. Тај суд у својим одлукама редовно наглашава да је у надлежности стручних судова да тумаче и примењују законско право, док специфичне повреде Устава остају предмет Савезног уставног суда. У погледу обима контроле уставних жалби, тај суд примењује Hecke-Shumann формулу, према којој су поступци примене законског права изузети из надлежности контроле Савезног уставног суда Немачке, све док није уочљива грешка у тумачењу која почива на начелно нетачном гледишту које је од значаја за једно људско право, нарочито за обим његове заштите и има посебну тежину у свом материјалном значењу за конкретан правни случај. Судска одлука прелази у категорију неуставних и када тумачење права од стране судова доводи до резултата који законодавац не би био овлашћен да пропише.

Summary

PROCEDURE AND SCOPE OF EXAMINATION OF THE CONSTITUTIONAL COMPLAINT

Constitutional complaint procedure before the Constitutional Court takes place in two phases. In the phase of the preliminary procedure, the existence of requirements for filing a constitutional complaint, not just procedural, but also substantive, is examined. The absence of procedural requirements leads to the dismissal of the constitutional complaint as inadmissible for lack of jurisdiction, untimely passing, the anonymity of the complainant, the inadmissibility of the case and failure to exhaust remedies. The constitutional complaint may be permitted from the procedural point of view, and still not be acceptable in the substantive sense. Therefore, the Constitutional Court dismisses the constitutional complaint also in cases when there are no conditions to decide on the substance of the case such as: absence of active legitimacy of complainant, the abuse of the right to file a constitutional complaint, manifestly ill-founded constitutional complaint, absence of constitutional reasons that argue the claims of a violation and insignificant damage of the complainant's rights.

The Constitutional Court, in principle, decides within the limits of requirements laid down in the constitutional complaint. When deciding, the Court is also bound by the reasons from the constitutional complaint, as they determine and limit requests laid down in the constitutional complaint. In the practice of the Court, deviations from the limits were result of efforts to protect injured or deprived constitutional rights as much as possible, therefore the priority was given to the content of the constitutional complaint in relation to its form.

In the process of deciding on the constitutional complaint, usually it is not difficult to determine when the violation of procedural laws led to the violation of the constitutional rights of the complainant. The Constitutional Court has determined such violations in cases when they obviously influenced the content of challenged individual legal acts or where such injuries undoubtedly resulted from the challenged acts (of action or omission). When it comes to violations of substantive constitutional rights, it is difficult to determine the extent to which the Constitutional Court may enter into content of the substantive sphere of the disputed individual act and that doing so does not take

over the role of instance court. Objective criteria by which the Court is guided in deciding is arbitrary application of substantive law that led to the violation of "specific constitutional rights".

Keywords: Constitutional Court, constitutional complaint, constitutional complaint procedure, preliminary procedure, procedural and substantial requirements, limits of requirements, decision on the merits, "specific constitutional right"

УТИЦАЈ ПРАКСЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ НА СТАНДАРДЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

У раду је анализиран утицај праксе Уставног суда Србије на стандарде људских права у кривичном поступку. Аутор истиче да постојање уставних јемстава у кривичном поступку означава да највиши правни акти представља извор кривичног процесног права, а уједно и обавезу законодавца да приликом разраде уставних одредаба доследно следи траг уставостворца. С обзиром на то да је Уставни суд Србије највиши гарант заштите људских и мањинских права и слобода, размотрено је на који начин се поменути заштити остварује у поступцима по уставној жалби и поступцима нормативне контроле. Поступање Уставног суда Србије је анализирано у оквиру следећих тематских целина: неовредивости најоснијих права и других средстава оштећења, право на слободу и безбедности, право на правично суђење и "тврдо језгро" људских права. Аутор истиче да значај одлука Уставног суда Србије произлази првенствено из чињенице да оне сведоче о нераскидивој вези између основних слобода и стварне политичке демократије и поштовања људских права. Оне су резултат тумачења уставних јемстава у циљу унапређења и развоја основних слобода и људских права, а уједно и израз својерсног "дијалога" са праксом Европског суда за људска права.

Кључне речи: *устав, Уставни суд Србије, кривични поступак, људска права, европска конвенција о људским правима, европски суд за људска права.*

1. Уводне напомене

Централни део и вредносно језгро сваког устава чине основне слободe и људска права, тако да је њихов уставноправни оквир по-

* Судија Уставног суда Србије, goran.ilic@ustavni.sud.rs и ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, gilic@ius.bg.ac.rs.

четни, најважнији, али, по правилу, и недовољни нормативни модел који захтева додатну законску интервенцију.¹⁾ У складу с тим, постојање уставних јемстава у кривичном поступку означава да највиши правни акт представља извор кривичног процесног права (што важи и за материјално кривично право),²⁾ а уједно и обавезу законодавца да приликом разраде уставних одредаба доследно следи траг уставотворца. Мера у којој је законско обликовање потребно зависи у крајњој линији од садржајне одређености и правно-техничке прецизности уставних решења. Већи степен њихове одређености и прецизности умањује простор за законску интервенцију или, чак, законско одступање од уставних јемстава, што доприноси супрематичности устава, односно уставом зајемчених основних људских права.³⁾ Њена правна институционализација се остварује постојањем судске контроле уставности закона или бар прихватањем редовних судова да уставне норме имају непосредно правно дејство. Сагледан у светлу кривичног права овај феномен се означава као конституционализација кривичног права, а његов *ratio* је уставна заштита основних права и слобода.⁴⁾

Када је реч о оцени уставности, у упоредном праву је надлежност поверена било редовним, било посебним уставним судовима.⁵⁾ У Сједињеним Америчким Државама такво овлашћење, познато под називом *judicial review*, припада како савезним судијама, тако и судијама федералних јединица.⁶⁾ У континенталној Европи је оцена уставности поверена по правилу посебном органу различитом од редовних судова. Утемељена на Келзеновој концепцији о судском јемству уставности, таква контрола се одликује концентрацијом, будући да је врши један суд. Његове одлуке имају велики значај за поступање редовних судова

1) Вид. Д. М. Стојановић, *Основна права човека људска права и слободе у уставима европских држава*, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу, Ниш 1989, 9-11.

2) У доктрини се постојање устава као извора кривичног права означава као један од спољашњих чинилаца који умањују значај начела законитости у кривичном праву. D. Rebut, "Le principe de la légalité des délits et des peines", *Libertés et droits fondamentaux* (sous la dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet), Dalloz, Paris 2003⁹, 512.

3) Д. М. Стојановић, 11.

4) Он није својствен само кривичном, односно казненом праву, већ је присутан и у осталим гранама права. На основу тога поједини аутори говоре о посебној грани права или бар новој дисциплини која би се звала "право уставно-судске праксе" ("le droit constitutionnel jurisprudentiel"). N. Molfessis, "La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux", *Libertés et droits fondamentaux* (sous la dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet), Dalloz, Paris 2003⁹, 70.

5) М. Јовичић, "О уставу - теоријско-компаративна студија" in М. Јовичић, *Устав и уставности*, ЈП Службени гласник, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 225, 226.

6) É. Zoller, *Le droit des États-Unis*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je?, Paris 2001, 83, 84.

који и сами све чешће долазе у прилику да истакну уставну вредност права која примењују.

Устав Републике Србије⁷⁾ (даље: Устав) садржи неколико одредаба које постављају стандарде у области кривичног процесног права. Реч је најпре о праву на слободу и безбедност (члан 27. Устава), јемствима која се односе на поступање с лицем лишеним слободе (члан 28. Устава) и допунским правима у случају лишења слободе без одлуке суда (члан 29. Устава). С обзиром на то да притвор представља највеће ограничење права на слободу и безбедност, одредбе чл. 30. и 31. Устава су посвећене овој кривичнопроцесној мери и условима за њено одређивање и продужење у кривичном поступку. Уставно уређење права на правично суђење (и посебних права окривљеног у току поступка – чл. 32. и 33. Устава) чини не само основ фер поступка, већ, чињеницом да доприноси ефикасности судског система у циљу делотворне заштите људских права и основних слобода, омогућава владавину права, а тиме и постојање правне државе. Велики значај има и члан 34. Устава који садржи неколико начелних гаранција о правној сигурности у области казненог права. На крају, веома важне су и уставне одредбе о праву на рехабилитацију и накнаду штете (члан 35. Устава), неповредивости писама (члан 40. Устава) и тајности писама и других средстава општења (члан 41. Устава).

С обзиром на то да се Уставом загарантована људска и мањинска права непосредно примењују (члан 18. став 1. Устава), нема сметњи да се редовни суд позове на уставну норму и примени је на конкретан случај. Чак и да таквих случајева има у судској пракси,⁸⁾ највиши и најважнији гарант заштите људских и мањинских права и слобода у нашој земљи јесте Уставни суд Србије (даље: УСС). Он своју надлежност у заштити људских и мањинских права и слобода остварује на два начина. Један је поступак одлучивања о уставној жалби, а други – поступак нормативне контроле.

Иако се уставна жалба сматра најефикаснијим поступком непосредне заштите основних људских права, у доктрини је указано и на одређене проблеме у вези са њеним постојањем.⁹⁾ Они би се могли свести на проблем односа уставног и редовних односно управног суда,

7) Устав Републике Србије (“Службени гласник РС“, број 98/2006).

8) Пример таквог поступања је предмет К. бр. 1339/06 о којем је одлучивано пред Другим општинским судом у Београду. Више о томе: Г. П. Илић, “Држава *versus* криминалитет и стандарди људских права“, *Криминал и државна реакција: феноменологија, могућности, перспективе* (прир. Л. Крон, Б. Кнежић), Институт за криминологију и социологију истраживања, Београд, 2011, 14, 15.

9) Д. М. Стојановић, 198, 210, 211.

као и на преоптерећеност уставног суда поднетим уставним жалбама¹⁰⁾ услед чега долази до законских измена које могу довести у питање сáму концепцију овог вида заштите основних људских права.¹¹⁾ Ни УСС није поштеђен наведених проблема у поступцима по уставним жалбама.¹²⁾ Томе делом доприноси и широко постављен основ за изјављивање уставне жалбе, јер за разлику од појединих земаља у којима се она може изјавити само ако су повређена основна људска права или права и слободе који су изричито наведени у уставу, пред УСС се путем уставне жалбе могу штитити сва људска и мањинска права и слободе, независно од њиховог места у Уставу, као и од тога да ли су изричито предвиђена Уставом или су у наш уставноправни систем унета међународним документима које је ратификовала Република Србија.¹³⁾

О значају овог вида заштите основних слобода и људских права сведочи и став Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП)¹⁴⁾ који је оценио да уставну жалбу треба, у начелу, сматрати делотворним домаћим средством у смислу значења члана 35. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹⁵⁾ (у даљем тексту: ЕКЉП). За разлику од Суда у Стразбуру, приликом одлучивања о уставној жалби важи правило *iudex ne eat ultra petita partium*, што значи да је УСС, у погледу утврђивања повреде или ускраћивања права или

10) О овом и осталим разлозима преоптерећености УСС вид. Б. М. Ненадић, *О јемсџивима независности уставних судова с посебним осврћом на Уставни суд Србије*, Едиција Устав и уставни концепти, ЈП Службени гласник 2012, 112-125.

11) С тим у вези, одредба члана 2. Предлога Закона о изменама и допунама Закона о уређењу судова од 18. јуна 2013. године представља покушај разграничења надлежности Уставног суда и редовних судова у вези с правом на суђење у разумном року. Поменута законска одредба предвиђа да се након члана 8. Закона о уређењу судова ("Службени гласник РС", бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др. закон, 78/11 – др. закон и 101/11) додају чл. 8а до 8в који бу уредили заштиту права на суђење у разумном року. То би практично значило да би о повреди наведеног права у поступцима који нису правноснажно окончани одлучивао редовни суд, док би Уставни суд задржао надлежност да одлучује о повреди права на суђење у разумном року у правноснажно окончаним поступцима.

12) О томе говоре подаци о броју уставних жалби пред УСС у периоду 2008-2011. У 2008. години је било укупно 1.927 предмета по уставним жалбама, у 2009. години – 4.356 предмета, у 2010. години – 8.672 предмета, док је у 2011. години било чак 12.533 предмета по уставним жалбама.

13) О овој, и осталим специфичностима уставне жалбе код нас вид. В. Nenadić, К. Manojlović Andrić, "Sprovođenje postupka po ustavnoj žalbi i mere za njenu efikasnu primenu", *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi Zbornik referata sa regionalne konferencije ustavnih sudija* (za izdavača: S. R. Ross, В. Nenadić), Konrad Adenauer Stiftung, Београд 2010, 106-125.

14) ЕСЉП, *Винчић и груђи проћив Србије*, 1. децембар 2009. године, § 51.

15) Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) постала је део српског правног поретка доношењем Закона о ратификацији Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода са додатним протоколима, уз неколике касније измене и допуне ("Службени лист СЦГ – Међународни уговори", бр. 9/03, 5/05 и 7/05-исправка и "Службени гласник РС – Међународни уговори", број 12/10).

слободе, везан захтевом из уставне жалбе и приликом одлучивања се креће у границама постављеног захтева.¹⁶⁾

Важан допринос успостављању стандарда основних људских права у кривичном поступку УСС даје и у поступцима нормативне контроле, односно приликом оцене сагласности закона и других општих аката са Уставом и законом (члан 167. став 1. Устава). За разлику од уставне жалбе, у овом случају се ради о посредној заштити основних људских права и слобода, јер се путем нормативне контроле примарно штите друге објективне вредности принципа уставности.¹⁷⁾

У редовима који следе биће анализирани одлуке у којима је УСС, било у поступцима по уставним жалбама, било у поступцима нормативне контроле, поставио стандарде поступања у кривичном поступку. Одлуке ће бити груписане по одређеним тематским целинама које ће бити размотрене по временском критеријуму, тј. у складу са процесним тренутком њиховог предузимања у току поступка који се води поводом кривичне ствари.

2. Неповредивост тајности писама и других средстава општења

Тајност писама и других средстава општења спада у људска права чије организовање се врши помоћу следеће схеме: *признавање*, којим власт одређује која су права допуштена у друштвеном телу, *надзирање*, које власт врши посредством регулација права, позивајући се на императиве заштите друштвеног тела, и *зависности*, у коју власт поставља права задржавајући конкретна средства и гаранције њиховог вршења.¹⁸⁾ Ово право је прокламовано у међународним документима о људским правима који га по правилу уређују у оквиру права на поштовање приватног и породичног живота, односно права на приватност, што је случај са чланом 8. ЕКЉП. Одредбом става 2. наведеног члана ЕКЉП предвиђени су разлози који могу представљати основ за ограничење права на приватност. Постојање такве могућности не значи, међутим, да држава може неограничено да подвргава лица тајном надзору, већ то мора чинити под строго одређеним условима. Законодавац је у том циљу обавезан да означи круг лица чија комуникација може бити надзирана, природу кривичних дела која пружају основ за то, временске границе у којима судија одређује трајање мере,

16) УСС, Су број I – 8/11/09, 2. април 2009. године, *in* Ставови Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби усвојени на редовним седницама од 30. октобра 2008. године и 2. априла 2009. године, доступно на: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/163-100890/stavovi-suda> (посећено 20. августа 2013. године).

17) Вид. Д. М. Стојановић, 203 и 209.

18) . Ж. Муржон, *Људска права*, ПЛАТО, Земун 1998, 66.

услове за састављање записника о пресретнутој комуникацији, мере предострожности за поступање са начињеним снимцима у циљу контроле од стране судије и одбране, и околности под којима се може или мора брисати или уништити снимљени материјал, нарочито у случају обуставе поступка или ослобођења од оптужбе.¹⁹⁾

С обзиром на то да одредбе ЕКЉП јемче минималне стандарде у заштити основних слобода и људских права, државе су власне да подигну “лествицу” заштите на виши ниво. То је управо случај са одредбом члана 41. став 2. Устава, која предвиђа да су одступања од неповредивости тајне писама и других средстава комуникације дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, у складу са законом. На трагу ове уставне норме УСС је у неколико поступака нормативне контроле заузео ставове у вези са условима за предузимање тајног надзора.

2. 1. Правни основ за одступање од неповредивости тајности писама и других средстава општења

Први случај²⁰⁾ у којем је УСС поставио одређене стандарде у овој материји односио се на постојање правног основа за одступање од јемстава садржаних у члану 41. став 1. Устава. Реч је о члану 55. став 1. Закона о телекомуникацијама²¹⁾ који је забрањивао све активности или коришћење уређаја којима се угрожава или нарушава приватност и поверљивост порука које се преносе телекомуникационим мрежама, осим када постоји сагласност корисника или ако се ове активности врше у складу са законом или судским налогом издатим у складу са законом. Подносиоци предлога за оцену уставности наведеног законског решења сматрали су да се на тај начин, без уставног основа, проширује правни основ за одступање од тајности писама и других средстава комуникација зајемчене одредбама члана 41. Устава. Наиме, за ограничење тајности писама и других средстава комуникација није увек потребна судска одлука којом би се то право ограничавало, већ је могуће, позивом на ову одредбу, посебним законом прописати неки други правни основ ограничења овог права.

Оцењујући основаност тврдњи предлагача, УСС је истакао да одредба члана 20. став 1. Устава предвиђа могућност законског ограничења Уставом зајемчених људских и мањинских права, а услов *sine qua non* јесте да то допушта Устав. У складу са тим је, а сагласно одред-

19) ЕСЉП, *Kruslin против Француске*, 24. април 1990. године, § 35.

20) УСС, ПЗ-149/2008, 28. мај 2009. године.

21) Закон о телекомуникацијама (“Службени гласник РС”, бр. 44/2003 и 36/2006).

бама члана 20. став 1. и члана 41. став 2. Устава, само суд надлежан да, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике, на одређено време и на начин предвиђен законом, одреди односно дозволи одступање од Уставом зајемчене неповредивости тајности писама и других средстава комуницирања. Будући да оспорена законска одредба прописује могућност да се активности или коришћење уређаја којима се угрожава или нарушава приватност и поверљивост порука врши и без постојања одлуке суда, ако је то прописано законом, УСС је оценио да оспорена одредба у делу који гласи: “законом или“, излази из Уставом допуштеног ограничења зајемченог права на неповредивост тајности писама и других средстава комуницирања, те да стога није у сагласности са Уставом.

2. 2. Значење појма “средства општења“

У наредном случају више није било дилеме да једино судска одлука може бити основ за одступање од неповредивости тајне писама и других средстава општења, али се отворило питање домаћаја значења појма “средства општења“.²²⁾ Повод за то је био предлог за оцену уставности одређених одредаба Закона о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној агенцији.²³⁾ На основу њих је директор Војнобезбедносне агенције, или лице које он овласти, био овлашћен да изда налог да се путем тајног електронског надзора прикупују подаци о телекомуникационом саобраћају и локацији корисника, без увида у њихов садржај. Поред тога, Војнобезбедносна агенција је била овлашћена да од телекомуникационих оператера тражи и добије информације о корисницима њихових услуга. Према мишљењу подносиоца предлога и иницијативе за оцену уставности ових законских решења, могућност да се наведене активности предузму самостално и без било какве улоге суда, није у сагласности са чланом 41. став 2. Устава, јер се тиме одступа од утврђене неповредивости тајности писама и других средстава комуницирања, које је дозвољено само на основу одлуке суда.

УСС се у анализи оспорених законских одредаба позвао на праксу ЕСЉП према којој појам “средства комуницирања“ обухвата не само непосредан садржај комуникација, већ и податке о томе ко је и са ким остварио комуникацију, или је то покушао, у које време, колико дуго је одређени разговор трајао, колико учестало (фреквентно) је комуникација кроз преписку, разговоре или упућене поруке оствари-

²²⁾ УСС, ПУз-1218/2010, 19. април 2012. године.

²³⁾ Закон о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној агенцији (“Службени гласник РС“, број 88/2009).

вана у одређеном периоду времена и са којих локација је вршена.²⁴⁾ С тим у вези, треба рећи да ЕСЉП не сматра да судска одлука представља услов *sine qua non* за прибављање листинга, података о базним станицама и других података који се не односе непосредно на садржај комуникације, већ, препуштајући државама да то питање уреде, испитује да ли је таква мера “предвиђена законом“ и “неопходна у демократском друштву“.²⁵⁾ С обзиром на то да у нашем правном систему једино одлука суда може представљати основ за одступање од јемстава садржаних у члану 41. став 1. Устава, то важи и за податке које се не односе непосредно на садржај комуникације, будући да они чине интегрални елемент заштићене тајности комуникације. У складу са тим је УСС утврдио да одредбе члана 13. став 1. у вези са чланом 12. став 1. тачка 6. и члана 16. став 2. Закона о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној агенцији нису у сагласности са Уставом.

Изложено становиште је додатно прецизирано²⁶⁾ приликом оцене уставности одређених одредаба Закона о електронским комуникацијама.²⁷⁾ Реч је о предмету у којем је УСС, у светлу члана 41. став 2. Устава и своје праксе, оцењивао уставност законских одредаба о дужности оператора да задржи податке о електронској комуникацији (тзв. задржани подаци)²⁸⁾ за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођења кривичног поступка, у складу са законом којим се уређује кривични поступак, као и за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије, у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности и рад органа унутрашњих послова. Поред тога, оператор је дужан да задржава податке тако да им се без одлагања може приступити, односно да се без одлагања могу доставити на захтев надлежног државног органа.

За УСС је било спорно што се увођење поменутих обавеза оператора врши у складу са законима којима се уређује кривични поступак, рад служби безбедности Републике Србије и органа унутрашњих послова. На тај начин је установљена обавеза оператора која посредно

24) Реч је о ставу израженом, између осталог, у следећим одлукама ЕСЉП: *Malone против Уједињеног Краљевства*, 2. август 1984. године, § 84; *Copland против Уједињеног Краљевства*, 3. април 2007. године, § 43.

25) Такво овлашћење може имати и полиција. Вид. ЕСЉП, *P. G. и J. H. против Уједињеног Краљевства*, 25. септембар 2001. године, § 13, 45-48.

26) УСС, ИУз-1245/2010, 13. јун 2013. године.

27) Закон о електронским комуникацијама (“Службени гласник РС“, број 44/10).

28) У питању су подаци који су потребни за праћење и утврђивање извора, одредишта, почетка, трајања и завршетка комуникације, врсте комуникације, идентификацију терминалне обраде података и утврђивање локалне мобилне терминалне опреме корисника. Дакле, не ради се о подацима који откривају садржај комуникације.

може довести до повреде права тајности средстава комуницирања, уколико се задржани подаци не користе у складу са одредбом члана 41. став 2. Устава, што значи без одлуке суда и без одређивања времена у коме се они користе. Према схватању УСС, из саме уставне одредбе, којом је зајемчена неповредивост тајности писама и других средстава општења, произлази да уставотворац није имао на уму само заштиту садржаја средстава комуницирања, већ се заштита овог права односи на сва обележја средстава комуницирања, што значи да су заштићени и други елементи који се односе на податке, попут оних када, са ким, одакле и колико често је нека особа остварила контакт преко електронских комуникација. На основу тога је УСС утврдио неуставност одредбе која је предвиђала да се у складу са законом, а без судске одлуке, дозволи одступање од Уставом зајемчене неповредивости тајности писама и других средстава комуницирања. Утврђена је и неуставност законске одредбе којом је оператор обавезан да задржане податке учини доступним на захтев надлежног органа, а без претходно прибављене одлуке суда, будући да се на тај начин нарушава неповредивост права на тајност комуницирања корисника електронских комуникација.

Становиште УСС изражено у наведеним одлукама утицало је и на поступање органа кривичног гоњења у предистражном поступку. Наиме, сагласно одредби члана 286. став 2. Законика о кривичном поступку²⁹⁾ (даље: ЗКП), полиција по налогу јавног тужиоца може у циљу откривања кривичних дела и проналажења учинилаца да прибави евиденцију остварене телефонске комуникације, коришћених базних станица или извршити лоцирање места са којег се обавља комуникација. И пре него што је ова одредба унета у наш кривично процесни кодекс (дакле, када је полиција “самостално” долазила до тзв. задржаних података), став Врховног суда Србије (даље: ВСС) је био да “листинг” учињених и примљених телефонских позива које воде овлашћене службе ПТТ представља регистровање телефонских бројева с којих су обављени разговори, а не прислушкивање и тонско снимање, те заснивањем пресуде на прибављеном “листингу” као доказу, није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка.³⁰⁾ У доктрини је било мишљења да би, на трагу праксе ЕСЉП, а нарочито поменуте одлуке *P. G. и J. H. йройив Ујегуьеноџ Краљевсйва*, овлашћење из члана 286. став 3. ЗКП требало рестриктивно примењивати.³¹⁾ Међутим, након одлука УСС отклоњене су дилеме да ли појам комуникације обухвата и задр-

29) Законик о кривичном поступку (“Службени гласник РС”, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013).

30) ВСС, Кж1. бр. 1274/04, 23. септембар 2004. године.

31) Вид. Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *Коментар Законика о кривичном йосйууку*, Београд 2012, стр. 613.

жане податке, тако да је судска пракса, након одређених недоумица, излаз пронашла у посебној доказној радњи рачунарско претраживање података.³²⁾

Кривично ванпретресно веће Вишег суда у Београду – Посебно одељење је заузело став да је, у складу са одредбом члана 41. Устава, једино суд, односно у конкретном случају судија за претходни поступак функционално овлашћен да захтева достављање задржаних података. Иако се задржани подаци не односе на садржај комуникације, већ се ради о њеним формалним обележјима, којима се открива врста, извор и одредиште комуникације, време њеног трајања и терминална опрема корисника комуникације, они потпадају под заштиту неповредивости тајности писама и других средстава комуницирања које су прокламоване у члану 41. Устава. Такође, подаци који се у конкретном случају наводе у предлогу тужилаштва за организовани криминал представљају податке у односу на које постоје обавезе задржавања, а у складу са одредбама чл. 128. и 129. Закона о електронским комуникацијама, и који се као такви налазе у посебним базама података телекомуникационих оператера, односно који су похрањени у терминалној опреми претплатника или корисника.³³⁾

3. Право на слободу и безбедност

Право на слободу и безбедност, предвиђено чланом 27. став 1. Устава, јемчи да нико не може да буде произвољно лишен слободе, при чему се израз слобода схвата у класичном смисли, тј. као физичка слобода појединца.³⁴⁾ Одступања од права на слободу и безбедност су могућа једино у неком од таксативно набројаних случајева који допуштају да физичко лице буде лишено слободе у складу са законом прописаним поступком (члан 27. став 1. *in fine* Устава). Иако је у члану 27. став 1. Устава превасходна пажња посвећена праву на слободу, а право на безбедност је поменуто једино у првој реченици наведене уставне одредбе, у основи је реч о једној целини која се мора тумачити као физичка слобода и физичка безбедност.³⁵⁾ У складу са тим, слобода из члана 27. став 1. Устава значи одсуство лишења слободе, док безбед-

³²⁾ Виши суд у Београду - Посебно одељење, *Кв.По1 број 601/13*, 13. августа 2013. године.

³³⁾ У том смислу вид. Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *op.cit.*, стр. 404.

³⁴⁾ У том смислу вид. праксу ЕСЉП (*Lawless против Ирске*, 1. јул 1961. године, § 14; *Engel и остали против Холандије*, 8. јун 1976. године, § 58; *Guzzardi против Италије*, 6. новембар 1980. године, § 92).

³⁵⁾ Вид. ЕСЉП, *Bozano против Француске*, 18. децембар 1986. године, § 54.

ност означава заштиту од сваког арбитражног задирања у ту слободу.³⁶⁾

Бројни су предмети у којима је УСС одлучивао о постојању повреде права на слободу и безбедност. Пре него што буду анализирани такви случајеви, завређује да буде размотрен предмет у којем се УСС осврнуо на уставност појединих разлога за одређивање притвора.

3. 1. О уставности појединих разлога за одређивање притвора

У решењу којим је одбацио иницијативе за покретање поступка за оцену уставности одредаба члана 142. став 1. тач. 3, 5. и 6. Законика о кривичном поступку³⁷⁾ од 2001. године (даље: ЗКП/2001), УСС је изнео значајне ставове у вези са уставношћу оспорених законских одредаба о разлозима за одређивање притвора.³⁸⁾

Уставност одредбе члана 142. став 1. тачка 3) ЗКП/2011 оспорена је у светлу члана 30. Устава, са тврдњом да превентивни притвор који се одређује ради осујећења претпостављених будућих криминалних активности окривљеног, излази из оквира уставноправне норме која се везује за обезбеђивање присуства окривљеног у самом поступку или отклањање деструкција којима се тај поступак омета.

Када је реч о оспоравању уставности одредаба члана 142. став 1. тач. 5. и 6. ЗКП/2011, то је учињено у односу на чл. 31. и 34. Устава. Несагласност са чланом 31. Устава би се, према наводима иницијатора, састојала у томе што посебно тешке околности кривичног дела чине биће кривичног дела, па зато не могу ни да престану, тако да укидање притвора по овом основу, није засновано на закону и зависи искључиво од арбитражности суда. Поред тога, пошто законодавац није одредио појам посебно тешких околности, као ни субјективни однос учиниоца према тим околностима, то је могуће утврђивати тек у доказном поступку, тако да одређивање притвора по овом основу у најранијој фази поступка имплицира да је окривљени одговоран за постојање тих околности. На тај начин је, према мишљењу иницијатора, укинута претпоставка невиности (члан 34. став 3. Устава), а успостављена претпоставка кривице, коју окривљени не може да обори пре правноснажног окончања поступка.

УСС је истакао да оспорене одредбе ЗКП/2001 садрже разлоге за одређивање притвора који се могу означити као разлози превентивне

36) О значају права на безбедност вид. J. - F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, L. G. D. J, Paris 2002³, стр. 180.

37) Законик о кривичном поступку ("Службени лист СРЈ", бр. 70/2001 и 68/2002 и "Службени гласник РС", бр. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09, 72/09 и 76/10).

38) УСС, ПУз-1490/2010, 13. март 2013. године.

природе, будући да су одређени као неопходни за вођење кривичног поступка. Њихов заједнички именитељ јесте превентивни карактер којим се жели остварити сврха одређене специјалне превенције (нпр. у случају спречавања окривљеног да настави са вршењем кривичних дела), или ширег превентивног деловања ради заштите јавне сигурности и безбедности грађана.

Законска обавеза о утврђивању постојања особитих околности за притворски основ из члана 142. став 1. тачка 3) ЗКП/2001 подразумева, према схватању УСС, постојање одређених изузетних (квалификованих) околности које могућност понављања кривичног дела, довршења започетог кривичног дела или извршења кривичног дела којим се прети чине конкретним, а не апстрактним, односно да се њихово извршење може разборито предвидети и очекивати. Што је поузданије утврђен висок степен вероватноће да ће лице поновити кривично дело или довршити започето, односно да ће учинити кривично дело којим прети, постоји и већа опасност да се то стварно и догоди, па самим тим и особите, а не било које околности имају свој *ratio legis* приликом одређивања притвора на основу одредбе члана 142. став 1. тачка 3) ЗКП/2001. На тај начин се, према становишту УСС, смањује и степен арбитрерности судова приликом одређивања притвора по овом основу.

Када је реч о наводима иницијатора да разлози за одређивање притвора из ове оспорене законске одредбе нису у сагласности са Уставом утврђеном сврхом притвора, као неопходног ради вођења кривичног поступка, став УСС је да се под неопходност вођења кривичног поступка не могу подвести само разлози кривичнопроцесне природе којима се обезбеђује присуство окривљеног у поступку или отклањају његове могуће опструкције поступка спречавањем доказивања. Ти разлози могу бити и превентивне природе, јер се њима штити јавна сигурност од могућег (на основу посебних околности утврђеног) криминалног деловања неког лица. Сагласно наведеном, УСС је мишљења да оспорена одредба члана 142. став 1. тачка 3. ЗКП/2001 није супротна општој сврси притвора утврђеној Уставом, односно да је у функцији вођења кривичног поступка, те да иницијатор није поткрепио тврдње да има основа за покретање поступка за оцену уставности ове законске одредбе.

УСС је истакао да су разлози за одређивање притвора, прописани у члану 142. став 1. тач. 5. и 6. ЗКП/2001, одређени кумулативно, чиме се у ствари смањује могућност арбитрерности суда приликом одређивања ове мере. Тежина кривичног дела као притворски основ јасно је и недвосмислено одређена висином затворске казне која је прописана Посебним делом Кривичног законика, тако да је овај основ конкретан и одредив. Што се пак тиче посебно тешких околности кривичног дела

које могу притвор учинити оправданим у наведеним случајевима, УСС је указао да је реч о правном стандарду чије постојање утврђује надлежни суд у сваком конкретном кривичном поступку. Том приликом се, као и код свих других основа, мора водити рачуна о општим начелима на којима се правни институт притвора заснива, а то су легитимност и рационалност циља који се притварањем одређеног лица жели постићи, а што се манифестује, пре свега, утврђивањем чињеница, односно у овом случају посебно тешких околности кривичног дела за сваки појединачни случај одређивања притвора, које морају бити конкретизоване и посебно образложене на логичан и правно прихватљив начин. Приликом одређивања околности кривичног дела које оправдавају одређивање притвора по овим основима, суд је надлежан да утврди постојање посебно тешких околности кривичног дела независно од постојања квалификаторних околности, као обележја конкретног тежег облика кривичног дела, већ на основу постојања посебно тешких околности сваког конкретног кривичног дела како у односу на последице које је то дело изазвало, начин његовог извршења или околности везане за личност оштећеног. Управо ова разлика која постоји између наведена два правна појма спречава аутоматско одређивање притвора против лица за које постоји основана сумња да је извршило кривично дело под квалификаторним околностима, јер је суд тај који цени, приликом одређивања притвора, да ли и код оваквих кривичних дела постоје конкретне, нарочите околности које су у односу на предметно кривично дело посебно тешке. Због тога и код кривичних дела која немају обележја кривичног дела са квалификаторним околностима, суд може одредити притвор ако нађе да постоје посебно тешке околности под којима је кривично дело извршено.

Поводом навода иницијатора да се оспореним одредбама члана 142. став 1. тач. 5. и 6. ЗКП/2001 нарушава уставна гаранција претпоставке невиности из члана 34. став 3. Устава, УСС је указао да притвор као процесна мера којом се обезбеђује несметано вођење кривичног поступка не може да утиче на утврђивање кривице неког лица за извршење кривичног дела, које му се ставља на терет. У прилог ового говори и чињеница да се притвор може одредити неком лицу у току кривичног поступка из законом прописаних разлога, а да се поступак заврши ослобађајућом или одбијајућом пресудом, као и чињеница да се притвор може одредити неком лицу на основу грешке суда, уз Уставом гарантовано право на рехабилитацију и накнаду штете у таквој ситуацији, на основу члана 35. став 1. Устава.

3. 2. Уставни стандарди за одређивање и продужење притвора

Суштински елемент заштите од произвољног лишења слободе представља постојање основане сумње, односно чињеница или података који су погодни да увере објективног посматрача да је одређено лице могло да учини кривично дело, што често зависи од околности конкретног случаја.³⁹⁾ Иако постојање основане сумње представља услов *sine qua non* за законитост задржавања у притвору, после одређеног времена оно више није довољно, већ је неопходно да други разлози наставе да оправдавају притвор.⁴⁰⁾ Том приликом је суд обавезан да размотри конкретне чињенице које је притворени навео и које могу довести у сумњу постојање неопходних услова за “законитост” притварања у смислу ЕКЉП.⁴¹⁾ Ово су начелни ставови које је ЕСЉП изградио у вези са условима који су потребни за одређивање и задржавање окривљеног у притвору. Њима се руководи и УСС у поступцима у којима одлучује о постојању повреде права на слободу и безбедност.

Управо је на трагу стразбуршке праксе⁴²⁾ УСС поступио у предмету *Тормаш*⁴³⁾ у којем је постављено питање повреде одредбе члана 30. став 2. Устава. Према подносиоци уставне жалбе је одређен притвор, јер није била доступна суду, тако да није ни могла бити саслушана приликом доношења решења о одређивању притвора. Међутим, након лишења слободе на основу поменутог решења о одређивању притвора, подносиоци уставне жалбе је тек након осамнаест дана изведена пред надлежни суд који јој је укинуо притвор. За УСС није било дилеме да таквим поступањем није испоштован Уставом утврђени рок од 48 сати од лишења слободе до извођења подносиоцике пред надлежни суд, ради поновног одлучивања о притвору.

У предмету *Перић*⁴⁴⁾ УСС је подсетио на своју праксу⁴⁵⁾ да, са аспекта заштите људских права, право на слободу представља једно од основних људских права зајемчених Уставом и да је притвор посебно осетљива мера његовог ограничења. У конкретном случају редовни судови нису приликом доношења одлуке о продужењу притвора дали објашњење како би подносилац уставне жалбе могао да понови кривично дело примање мита у ситуацији када је привремено удаљен са

39) ЕСЉП, *Fox, Campbell и Hartley против Уједињеног Краљевства*, 30. август 1990. године, § 32.

40) ЕСЉП, *McKay против Уједињеног Краљевства*, 3. октобар 2006. године, § 44.

41) ЕСЉП, *Nikolova против Бугарске*, 25. март 1999. године, § 61.

42) Вид. ЕСЉП, *Вречев против Србије*, 23. септембар 2008. године, § 67, 68.

43) УСС, Уж-893/2008, 22. јун 2010. године.

44) УСС, Уж-1067/2011, 8. јул 2012. године.

45) Вид. УСС, Уж-314/2007, 23. април 2009. године.

рада у установи у којој је радио. Полазећи од изнетог, УСС је оценио да судови у оспореним решењима нису навели релевантне и довољне разлоге због којих су сматрали да је задржавање подносиоца уставне жалбе у притвору било неопходно ради вођења кривичног поступка. На основу тога је УСС утврдио да је подносиоцу уставне жалбе повређено право из члана 31. Устава, да буде пуштен да се брани са слободе чим престану разлози због којих је притвор био одређен. Такође, како из утврђених чињеница несумњиво произлази да лишење слободе подносиоца уставне жалбе није спроведено из разлога предвиђених законом, како то јемчи одредба члана 27. став 1. Устава, то се изнета оцена УСС односи и на ову истакнуту повреду Уставом зајемченог права.

У пракси има и предмета у којима се у уставној жалби износи тврдња не само о повреди права из члана 27. став 1. и члана 31. став 1. Устава, већ и о повреди права на правично суђење које је предвиђено у члану 32. став 1. Устава. Пример за то је предмет *Нукезић*⁴⁶⁾ у којем је УСС постојање повреде права из члана 27. став 1. и члана 32. став 1. Устава ценио у оквиру права из члана 31. Устава. Такав приступ је био утемељен на садржини уставне жалбе, као и ставу УСС да дужина трајања притвора која неће довести до повреде права из члана 31. Устава подразумева да надлежни судови у својим одлукама наводе релевантне и довољне разлоге којима оправдавају трајање мере притвора и показују посебну хитност у вођењу поступка.

Став УСС је био да се у уставној жалби основано истиче да су судови морали узети у обзир и следеће чињенице: да је подносилац уставне жалбе држављанин само Републике Србије, да има пријављено пребивалиште у Београду где се налази центар његових животних и радних активности, да у Београду живи његова породица, да се и пре доношења наредбе о спровођењу истраге уредно одазивао на сваки позив надлежних органа и да није бежао. Поред наведеног, надлежни судови су пропустили да у оспореним решењима оцене конкретне околности које се односе на личност окривљеног, овде подносиоца уставне жалбе. Поред тога, наводи из оспорених решења (да постоји основана сумња да је подносилац уставне жалбе прибавио противправну имовинску корист трећим лицима; да иста није пронађена; да новчана средства и личне контакте може да искористи за бекство; да окривљени који се налазе у бекству могу да му пруже логистичку подршку приликом бекства и скривања), а без навођења конкретних чињеница и околности на којима се овакав закључак темељи, не могу да буду уставноправно прихватљиви, релевантни и довољни разлози за продужење притвора. Полазећи од свега наведеног, УСС је утврдио да је под-

46) УСС, Уж-3391/2013, 18. јул 2013. године.

носиоцу уставне жалбе оспореним решењима повређено право на ограничено трајање притвора зајемчено одредбом члана 31. став 1. Устава.

Завређује да буде поменут и предмет *Момчиловић*⁴⁷⁾ у којем је УСС утврдио повреду права из члана 27. став 3. Устава.⁴⁸⁾ Поред наведеног права, подносилац уставне жалбе је истакао и повреду права зајемчених одредбама члана 27. став 1, члана 30. ст. 1 и 3, члана 31. ст. 1. и 2, члана 32. став 1. и члана 33. став 6. Устава. За разлику од предмета *Нукезић*, УСС је у овом случају испитивао постојање сваке од истакнутих повреда понаособ, па је у односу на све остале повреде одбио уставну жалбу као неосновану.

Када је реч о оцени да ли је период испитивања законитости притвора од стране суда у сагласности са обавезом хитности из члана 27. став 3. Устава, УСС је, пре него што је размотрио околности конкрет-ног случаја, подсетио на неколико општих принципа:

прво, имајући у виду да је у Уставу јасно постављен рок од 48 сати за доношење и достављање одлуке о жалби на решење о одређивању притвора, то упућује да и свака следећа одлука којом се одлучује о жалби на решење о продужењу притвора мора бити донета у што краћем временском периоду, уз поштовање захтева хитности;⁴⁹⁾

друго, иако суд који одлучује о жалби, одлуку о постојању даљих разлога за притвор мора донети хитно, стандард хитности је мање захтеван када се у другостепеном поступку преиспитује одлука суда о продужењу притвора, јер одлучивање о жалби заправо представља додатно испитивање његове оправданости;⁵⁰⁾

треће, да ли је суд који одлучује о жалби хитно поступао мора се процењивати и у зависности од фазе кривичног поступка у којој је донето првостепено решење, односно на који временски период је притвор продужен. Ово из разлога што, сагласно закону, надлежни суд после подизања оптужнице по службеној дужности испитује даље постојање разлога за притвор на 30 дана, два месеца или приликом изрицања првостепене пресуде када га може продужити до упућивања оптуженог у установу за издржавање казне, а најдуже до истека казне изречене првостепеном пресудом.

47) УСС, Уж-5509/2011, 26. септембар 2012. године.

48) Наведена уставна одредба предвиђа да свако ко је лишен слободе има право жалбе суду, који је дужан да хитно одлучи о законитости лишења слободе и да нареди пуштање на слободу ако је лишење слободе било незаконито.

49) Вид. УСС, Уж-39/2007, 16. јул 2009. године; Уж-1254/2009, 8. октобар 2009. године.

50) Вид. УСС, Уж-2322/2010, 3. март 2011. године; Уж-2554/2010, 10. март 2011. године.

Примењујући наведене опште принципе на конкретан случај, УСС је утврдио да је одлука о продужењу притвора саопштена подносиоцу и његовим браниоцима 3. јуна 2011. године, док је писмени отправак првостепеног решења о продужењу притвора достављен подносиоцу тек након више од три месеца од дана доношења. Наведени период је био неприхватљиво дуг за преиспитивање законитости одлуке о притвору, јер услед пропуста првостепеног суда да одмах изради и достави писмени отправак решења о продужењу притвора, није поступљено у складу са захтевом хитности утврђеним одредбом члана 27. став 3. Устава. Због тога је УСС утврдио да је подносиоцу уставне жалбе повређено право зајемчено одредбом члана 27. став 3. Устава.

4. Право на правично суђење

Право на правично суђење представља најважније заштитно право и као такво, према мишљењу појединих аутора,⁵¹⁾ чини основни критеријум правне државе. Његов стожер је правичност у чијој основи је захтев да се једнако поступа са једнаким стварима.⁵²⁾ Правичност се везује пре свега за постојање основних гаранција доброг дељења правде које свој израз налазе у јавном претресању ствари, захтеву за независним и непристрасним судом, разумном року трајања поступка, образложењу судске одлуке и т. сл.⁵³⁾

Одредба о праву на правично суђење из члана 32. став 1. Устава замишљена је, по угледу на члан 6. став 1. ЕКЉП, као темељ на којем су саздани стандарди фер суђења у судском поступку. Због тога она обухвата како парнични, тако и кривични поступак, што је постигнуто формулацијом о правима и обавезама, на једној, и основаној сумњи и оптужби, на другој страни.⁵⁴⁾ Када је реч о кривичном поступку, право на правично суђење је признато лицу против којег је подигнута кривична оптужба. Да је кривични аспект члана 32. став 1. Устава моделиран првенствено за оптуженог, сведочи и члан 33. Устава који предвиђа његова посебна права. У досадашњој пракси УСС највећи број усвојених уставних жалби односио се на повреду права на суђење у разум-

51) S. Guinchard (*et al.*), *Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, Paris 20074, 407.

52) G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, "Quadrige" Presses Universitaires de France, Paris 2003, 354-355. Појам правичности није супротстављен праву, тј. не превазилази га у име виших начела као што је то случај са појмом *equity* у енглеском праву.

53) J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, Paris, 2009, 375.

54) О значају овог права говори и чињеница да је, у поређењу са 2011. годином, број одлука којима је УСС у 2012. години утврдио повреду права на правично суђење повећан више од десет пута.

ном року.⁵⁵⁾ Због тога ће бити указано на нешто ређе, а ништа мање значајне повреде права на правично суђење. С обзиром на то да поједини елементи права на правично суђење могу, под одређеним условима, да буду признати и оштећеном у кривичном поступку, у редовима који следе ће и о томе бити речи.

4. 1. Право на њрисџују суду

Право на приступ суду представља “тековину“ праксе Европског суда за људска права. Његов настанак се везује за случај *Golder* у којем је ЕСЉП одступио од стриктног тумачења члана 6. став 1. ЕКЉП и приближио се стварању новог права.⁵⁶⁾ У поменутој одлуци је изражен став да иако се право на правичан, јавни и брз судски поступак може применити само на поступак у току, одатле не произлази да је искључено право на покретање поступка.⁵⁷⁾

УСС је у предмету *Обрадовић*⁵⁸⁾ размотрио питање повреде права на приступ суду у светлу истека рока за изјављивање жалбе против првостепене кривичне пресуде. С обзиром на то да је у конкретном случају последњи дан рока одлуком Владе био одређен као нерадни дан, први наредни радни дан је био последњи дан у коме је бранилац подносиоца уставне жалбе могао изјавити жалбу против првостепене кривичне пресуде. Одбацивањем жалбе браниоца као неблагоприятне, процесно право је примењено очигледно погрешно и арбитрерно на штету подносиоца уставне жалбе. На основу тога је УСС утврдио да је оспореним појединачним актом подносиоцу уставне жалбе повређено право на правично суђење зајемчено одредбом члана 32. став 1. Устава, и то у погледу права на приступ суду као елемента наведеног права.

4. 2. Преџџосџавка невиносџи

Бројне су одлуке у којима је УСС изнео ставове о критеријумима за утврђивање постојања повреде претпоставке невиности зајемчене чланом 34. став 3. Устава. Том приликом се води рачуна и о пракси ЕСЉП. Она је заснована на схватању да постојање претпоставке невиности захтева да судије приликом вршења своје функције не полазе од предрасуде да је оптужени учинио кривично дело; терет доказивања пада на оптужбу и сумња користи оптуженом. Уз то, дужност је ту-

55) Од 2008. године до данас УСС је у кривичној материји усвојио 70 уставних жалби са утврђеном повредом права на суђење у разумном року.

56) Вид. Д. Поповић, *Посџанак европскоџ љрава људских љрава Есеј о судској креативносџи*, Београд 2013, 140.

57) ЕСЉП, *Golder љроџив Уједињеноџ Краљевсџтва*, 21. фебруар 1975. године, § 32.

58) УСС, Уж-3651/2012, 8. новембар 2012. године.

жиоца да пружи довољно доказа на којима ће бити заснована осуђујућа пресуда.⁵⁹⁾ Довољно је чак и да, у одсуству званичне одлуке, постоји одређено мишљење које указује да суд или одређени званичник сматра оптуженог кривим, док ће преурањено изношење таквог мишљења од стране суда неизбежно представљати кршење претпоставке невиности.⁶⁰⁾

Начелни став УСС је да кривични суд мора остати у границама основане сумње када одлучује о мерама које ће применити према окривљеном, јер би извођењем закључка о одлучној чињеници у вези са извршењем кривичног дела пре него што је о њој расправљано на главном претресу и поступак правноснажно окончан, повредио претпоставку невиности окривљеног.

У складу са тим је у предмету *Кљајевих*⁶¹⁾ УСС утврдио да је првостепени суд закључак о постојању разлога за продужење притвора извео оценом прикупљених доказа, наставши да су те чињенице утврђене, чиме је повредио претпоставку невиности подносиоца уставне жалбе. До повреде претпоставке невиности у предмету *Балабанових*⁶²⁾ дошло је због тога што је у решењу о одређивању притвора наведено “да оптужени боравком на слободи неће поновити или наставити са вршењем кривичних дела, која је *до сада чинио*“, иако је у кривичном поступку утврђено да окривљени није био до тада осуђиван. У предмету *Димових*⁶³⁾ је повреда претпоставке невиности била последица тога што је као утврђена узета чињеница да је подносилац уставне жалбе, као један од окривљених, учинио кривично дело које му је оптужницом стављено на терет, иако кривични поступак није правноснажно окончан, већ се налази у фази истраге. На крају, треба поминути предмет *Димових*⁶⁴⁾ у којем је жалбени суд повредио претпоставку невиности, пошто је у одлуци о одбијању као неосноване жалбе браниоца окривљеног, изнео став да је подносиоцу уставне жалбе саучесник “несумњиво познат“.

4. 3. Образложење судске одлуке

Ставова у вези са стандардима правичног суђења који се односе на образложење судске одлуке, УСС је изложио у предмету *Јанковић*.⁶⁵⁾

59) Вид. ЕСЉП, *Barberà, Messegue i Jabardo против Шпаније*, 6. децембар 1988. године, § 77.

60) ЕСЉП, *Маџијашевић против Србије*, 19. септембар 2006. године, § 46.

61) УСС, Уж-227/2008, 9. јул 2009. године.

62) УСС, Уж-1036/2008, 19. март 2009. године.

63) УСС, Уж-746/2008, 17. јун 2009. године.

64) УСС, Уж-1600/2000, 22. јун 2010. године.

65) УСС, Уж-1157/2008, 14. април 2011. године.

Приликом оцене уставне жалбе, УСС је подсетио на обавезу инстанционих судова да делотворно испитају доказне предлоге странака и да оцене њихов значај приликом доношења одлуке.⁶⁶⁾ Према схватању УСС првостепени суд је пропустио да изврши оцену веродостојности противречних доказа и да наведе јасне разлоге због којих је одлучну чињеницу о кривици оптуженог за предметни судар узео као доказану. Првостепени суд је био дужан да противречности између налаза вештака и очигледних околности, као и сумњу у тачност датог мишљења отклони поновним испитивањем вештака, а ако то не би било могуће, да одреди другог вештака који ће обавити ново вештачење. Због тога, по оцени УСС, Општински суд у Мионици у конкретном случају није дао јасне, довољне и уставноправно прихватљиве разлоге за своје правно становиште у погледу одлучних чињеница које су од значаја за утврђивање да ли је оптужени учинио кривично дело. На основу изложеног је УСС закључио да оспорена пресуда није образложена на начин који задовољава услове из члана 32. став 1. Устава, односно не задовољава стандарде правичног суђења, успостављене уставносудском праксом и праксом Европског суда за људска права.

4. 4. Положај оштећеног у светлу права на правично суђење

Одредба члана 6. ЕКЉП се описује као језгровито отелотворење онога што представља правично спровођење правде и, као таква, чини темељни елемент појма владавине права.⁶⁷⁾ На основу тога се и оштећеном у кривичном поступку могу под одређеним условима признати јемства која обухвата стандард правичног суђења, а садржана су у ставу 1. овог члана. Реч је о праву сваког да, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона (члан 6. став 1. ЕКЉП).⁶⁸⁾ С обзиром на то да наведена одредба представља *sedes materiae* како за парнични, тако и за кривични поступак, ЕСЉП је поставио одређене критеријуме под којима се оштећени може позивати на гаранције права на правично суђење. Основно је да захтев оштећеног има грађански карактер.

66) Вид. ЕСЉП, *Kraska protiv Švajcarske*, 19. април 1993. године, § 30.

67) С. Ovey, R. C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 2006, 158.

68) Треба запазити да, за разлику од српског превода члан 6. став 1. ЕКЉП који говори о расправи *пред* независним и непристрасним судом, образованим на основу закона, у оригиналном тексту наведене одредбе је реч о расправљању *од стране* независног и непристрасног суда, образованог на основу закона (*by an independent and impartial tribunal established by law; par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi*).

С тим проблемом се шездесетих година прошлог века сусрела Европска комисија за људска права (у даљем тексту: ЕКом.ЉП) у предмету *Isop*.⁶⁹⁾ Том приликом је заузет став да право на добар углед и право да се од суда захтева да утврди да је тај углед повређен представљају грађанска права у смислу члана 6. став 1. ЕКЉП. На трагу ове, као и каснијих одлука ЕКом.ЉП, произашао је став ЕСЉП да грађански карактер неког права подразумева да се **“оспорова“ “право“ за које се може тврдити, барем на одбрањив начин, да је признато у домаћем правном поретку. Неопходно је да оспоравање буде стварно и озбиљно и да се односи било на постојање самог права, било на његов обим или начине вршења. Најзад, исход поступка мора бити непосредно одлучујући за такво право.**⁷⁰⁾

У досадашњој пракси се УСС бавио питањем положаја оштећеног у кривичном поступку у светлу стандарда људских права зајемчених Уставом и ЕКЉП. С тим у вези, иако је редакција одредбе члана 32. став 1. Устава унеколико другачија од формулације права на правично суђење у члану 6. став 1. ЕКЉП (у којој су грађанска права и обавезе, употребом везника *или*, алтернативно постављена са кривичном оптужбом, при чему се у уставној норми говори и о основаности сумње за покретање поступка), питања која се постављају пред УСС идентична су оним са којима се среће ЕСЉП.

У предмету *Венцл*⁷¹⁾ УСС је истакао да се одредба члана 32. став 1. Устава првенствено односи на странке у парничном поступку и на окривљеног у кривичном поступку, али се у одређеним случајевима мора гарантовати и оштећеном у кривичном поступку. За разлику од стазбуршке праксе у којој грађански карактер захтева оштећеног у кривичном поступку представља основ за признавање права на правично суђење, УСС је у први план истакао могућност да у току кривичног поступка посредно буде повређено неко од права оштећеног прописаних Законом о кривичном поступку. Истина, том приликом је вођено рачуна о околностима конкретног кривичног поступка, о бићу кривичног дела, као и о чињеници да ли је оштећени у том поступку истакао имовинскоправни захтев. Како је у кривичном поступку одлучивано о оптужби за кривично дело недавање издржавања, а оштећени је у том поступку истакао имовинскоправни захтев, остварен је услов да му се обезбеди поштовање права на правично суђење. Будући да је наступила застарелост кривичног гоњења, УСС је утврдио

69) ЕКом.ЉП, *Isop против Аустрије*, Application No. 608/60, Yearbook 5, 109 и даље.

70) ЕСЉП, *Acquaviva против Француске*, 21. новембар 1995. године, § 46. Више о томе вид. Г. П. Илић, “Оштећени и стандарди људских права у кривичном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012, 137-145.

71) УСС, Уж-261/2007, 25. децембар 2008. године.

повреду права оштећеног на суђење у разумном року из члана 32. став 1. Устава.

Предмет *Вукићевих*⁷²⁾ је карактеристичан по томе што је у првостепеном кривичном поступку оптужени оглашен кривим, а оштећени упућен да у парници оствари имовинскоправни захтев. Након тога је другостепени суд одбио оптужбу услед наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења. Активна легитимација за истицање повреде права на суђење у разумном року изведена је из чињенице да је оштећени истакао имовинскоправни захтев, чиме је несумњиво изразио намеру да тражи накнаду штете проузроковане причињеном телесном повредом. До повреде члана 32. став 1. Устава је дошло услед шестогодишњег трајања поступка у коме је првостепена пресуда донета тек месец дана пре наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења, што је, према схватању УСС, последица искључиво неефикасног и неделотворног поступања првостепеног суда.

И у предметима у којима оштећени има својство овлашћеног тужиоца, приступ УСС је изворно био унеколико другачији од оног који користи ЕСЉП. То потврђује предмет *Васућ*⁷³⁾ у којем је, након одустанка јавног тужиоца од оптужбе, оштећени преузео гоњење против лекарке након чије интервенције је наступила смрт његове ћери. Активна легитимација за позивање на јемства из члана 32. став 1. Устава заснована је на својству оштећеног као супсидијарног тужиоца у кривичном поступку, при чему је наглашено да могућност да покрене парнични поступак за накнаду штете против окривљене, не доводи у питање његов интерес да се у кривичном поступку одлучи о њеној кривичној одговорности.⁷⁴⁾

Иако се у одлуци напомиње концепт позитивне обавезе државе који ЕСЉП користи пре свега за делотворну заштиту “тврдог језгра” људских права (дакле, и права на живот из члана 24. став 1. Устава), становиште УСС је утемељено управо на процесном аспекту позитивне обавезе државе да обезбеди заштиту права на живот. Сагласно томе, оштећеном је признат неспорни интерес да се у поступку расправи да ли је смрт његове ћерке наступила услед пропуста и кривице окривљене. Нарочито у том случају је у правној држави од изузетне важности доношење одлука без одлагања, како се не би угрозила делотворност судске заштите Уставом гарантованих права и слобода и

72) УСС, Уж-3504/2011, 22. децембар 2011. године.

73) УСС, Уж-2654/2009 од 24. марта 2010. године.

74) Уставни суд је указао да је парнични суд у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца везан за правноснажну осуђујућу пресуду.

како би се одржало поверење грађана у судове. На основу тога је УСС закључио да је повређено Уставом зајемчено право подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року из члана 32. став 1. Устава.

За приказ уставносудске праксе су значајни предмети *Ђорђевић*⁷⁵⁾ и *Свијановић*.⁷⁶⁾ У оба случаја УСС је утврдио повреду права на правично суђење из члана 32. став 1. и права на судску заштиту из члана 22. став 1. Устава,⁷⁷⁾ при чему је у првом предмету оштећени имао својство приватног тужиоца, док је у другом био супсидијарни тужилац.

У предмету *Ђорђевић* се радило о приватној тужби поднетој због кривичног дела увреде, при чему је до наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења дошло без одржаног иједног главног претреса. За разлику од ЕСЉП који основ за позивање приватног тужиоца на гаранције права на правично суђење изводи из признања грађанског карактера праву да се ужива добар углед,⁷⁸⁾ УСС истиче значај судске заштите права личности, конкретно угледа, части и достојанства личности, која имају ранг основних људских права гарантованих Уставом, а за приватног тужиоца имају посебну важност.⁷⁹⁾ У одлуци *Ђорђевић* је указано и на пропуштање надлежног суда да обезбеди приступање окривљених суду, на основу чега је изведен закључак да се суд није руководио *принципом исправног постојања*. Иако је ова аргументација вероватно требало да оправда повреду права на судску заштиту, она се у суштини односи на неделотворност те заштите у односу на изнету тврдњу о повреди права.⁸⁰⁾

75) УСС, Уж-372/2008, 16. октобар 2008. године.

76) УСС, Уж-768/2008, 17. јун 2009. године.

77) Одредбом члана 22. став 1. Устава утврђено је да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале. О значају ове уставне одредбе вид. М. Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009, 33-35.

78) ЕСЉП, *Golder против Уједињеног Краљевства*, 21. фебруар 1975. године, § 27.

79) Наведена формулација наводи на помисао да је кључна ствар у томе што се ради о основном људском праву које има посебан значај за приватног тужиоца. Међутим, пошто приватни тужилац није захтевао накнаду штете, што би по правилу требало да учини како би му биле признате гаранције права на правично суђење, у први план је требало истаћи да је реч о праву личности које има грађански карактер, а да је исход кривичног поступка одлучујући за то право. С тим у вези вид. ЕСЉП, *Helmrs против Шведске*, 29. октобар 1991. године, § 29.

80) Изузимајући “тврдо језгро“ људских права, питање је да ли се делотворност судске заштите у односу на неко друго право може посматрати другачије осим кроз призму права на правично суђење (члан 32. став 1. Устава), а у оквиру њега у светлу стандарда разумног трајања поступка и, можда, права на приступ суду. А да би то било могуће, праву приватног тужиоца о којем се одлучује у кривичном поступку потребно је да буде признат грађански карактер.

Став УСС у предмету *Стијановић* је био да подносилац уставне жалбе има непосредни материјалноправни интерес за окончање предметног кривичног поступка у коме би било расправљено питање кривичне одговорности окривљеног за кривично дело тешко дело против безбедности јавног саобраћаја. Постојањем законом предвиђене могућности подносиоца уставне жалбе за покретање парничног поступка за накнаду штете против окривљеног, по оцени УСС, не доводи се у питање његов интерес да се у кривичном поступку, који је у својству оштећеног као тужиоца покренуо пред надлежним судом, одлучи о кривичној одговорности окривљеног.⁸¹⁾

У предмету *Стаменковић и Милковић*⁸²⁾ у којем је утврђена повреда права из члана 32. став 1. Устава ситуација је била донекле једноставнија, па је и одлука у потпуности на трагу стразбуршке праксе. Оштећени су поднели приватне тужбе против окривљеног за кривична дела клевета и увреда, а истовремено су истакли имовинскоправне захтеве. Управо из чињенице да су јасно изразили своју намеру да траже накнаду штете проузроковане повредом части и угледа, УСС је закључио да су активно легитимисани за истицање повреде права на суђење у разумном року из члана 32. став 1. Устава. С обзиром на то да је кривични поступак окончан доношењем пресуде којом је одбијена оптужба због наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења, до чега је дошло услед недопустивог одуговлачења поступка од стране првостепеног суда, УСС је утврдио повреду права на суђење у разумном року.

5. “Тврдо језгро“ људских права

Одлука донета у предмету *Loizidou*⁸³⁾ којом је ЕСЉП истакао да ЕКЉП представља “уставни инструмент европског јавног поретка“, отворила је пут доктринарним расправама о постојању императивних правних правила (*ius cogens*).⁸⁴⁾ Реч је о скупу одредаба које се сматрају основним у европском демократском друштву и као такве се намећу државама и њиховим грађанима. Због тога се говори о неприкосновеним⁸⁵⁾ или недодиривим правима⁸⁶⁾ која чине “тврдо језгро“ људских

81) И у овом случају се могу поставити слична питања и примедбе као и у предмету *Ђорђевић*.

82) УСС, Уж-452/2009, 14. јула 2011. године, § 3, 5, 6.

83) ЕСЉП, *Loizidou против Турске*, 23. март 1995. године, § 70, 75.

84) J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 280, 281; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'home*, Presses Universitaires de France, Paris 2001³, 60, 61.

85) V. Dimitrijević (*et al.*), *Мџunarодно право људских права*, Београд 2006, 128.

86) J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 279.

права. Сагледано у светлу члана 15. став 2. ЕКЉП “тврдо језгро“ обухвата: право на живот (члан 2. ЕКЉП), забрану мучења (члан 3. ЕКЉП), забрану ропства и принудног рада (члан 4. ЕКЉП),⁸⁷⁾ кажњавање само на основу закона (члан 7. ЕКЉП) и право да се не буде двапут суђен или кажњен у истој ствари (члан 4. Протокола 7).⁸⁸⁾

У предмету *Мучибабић*⁸⁹⁾ УСС се бавио наведеним питањима. У тој одлуци је примењен концепт позитивне обавезе државе да у случају повреде неког права која спадају у ”тврдо језгро“ људских права спроведе делотворну истрагу. Поред тога, до закључка о постојању повреде права на суђење у разумном року (члан 32. став 1. Устава) дошло се преко процесних гаранција у вези са правом на живот (члан 24. став 1. Устава), дакле, путем којим се ЕСЉП права кретао у предмету *Šilih*.⁹⁰⁾

Постоји и једна битна разлика у односу на поменуту одлуку ЕСЉП, а огледа се у томе што је оштећени истакао само повреду права на суђење у разумном року (члан 32. став 1. Устава и члан 6. став 1. ЕКЉП), али не и повреду права на живот. Услед тога је искрсао проблем у вези са могућношћу примене гаранција правичног суђења, јер Устав не гарантује право да ће се кривични поступак против трећих лица водити, а гаранције права на правично суђење из члана 32. Устава могу се признати оштећеном, према устаљеној уставносудској пракси, само ако је у кривичном поступку поставио имовинскоправни захтев. Међутим, за оцену допуштености уставне жалбе у конкретном случају је од одлучујућег значаја била чињеница да је реч о поступку који се води у вези са повредом права на живот које је зајемчено чланом 24. став 1. Устава. У питању је једно од права које утемељује слободу и чије постојање подразумева позитивну обавезу државе да предузме све потребне мере како би се заштитио живот лица које је под њеном надлежношћу. Ова позитивна обавеза државе обухвата материјалноправни и процесноправни аспект.

87) Иако одредба члана 15. став 2. ЕКЉП упућује на члан 4. став 1. ЕКЉП који забрањује држање у ропству или ропском положају, Европски суд за људска права, узимајући у обзир савремене норме и кретања у тој материји, везује позитивну обавезу државе и за забрану принудног рада о којем говори члан 4. став 2. ЕКЉП (ЕСЉП, *Siliadin против Француске*, 26. јул 2005. године, § 112, 130).

88) J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 279. У оквиру категорије недерогабилних права, могуће је разликовати апсолутно и релативно недерогабилна конвенцијска права. Вид. D. Крапас, “Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 6/2010, 1215.

89) УСС, Уж-4077/2010, 14. јул 2011. године.

90) ЕСЉП, *Šilih против Словеније*, 9. април 2009. године, § 211, 216.

Посматрана са процесноправног аспекта, позитивна обавеза државе се, у случају када је неко лице лишено живота, састоји у спровођењу независне и делотворне истраге, што подразумева постојање ефикасног судског система у оквиру којег ће бити спроведен поступак који не мора нужно по свом карактеру да буде кривични. С обзиром на то да право на правично суђење из члана 32. Устава изворно спада у категорију заштитних права чији *ratio* се налази у потреби обезбеђења делотворне заштите основних људских права, оно је у конкретном случају представљало довољан основ за истраживање околности под којима је дошло до повреде права на живот. На основу тога је УСС извео закључак да је оштећени као тужилац, будући да дужина трајања кривичног поступка није испунила захтев за брзим и ефикасним поступањем у вези са расветљавањем насилне смрти његовог сина, активно легитимисан за истицање повреде права на суђење у разумном року из члана 32. став 1. Устава. Оценом околности конкретног случаја утврђено је да је оштећеном као тужиоцу повређено право на суђење у разумном року из члана 32. став 1. Устава.

“Стразбуршки“ приступ у заштити “тврдог језгра“ људских права примењен је у предмету *Јаковљевић и Миловановић*.⁹¹⁾ У овом случају су подносиоци уставне жалбе најпре истакли повреду права на суђење у разумном року из члана 32. став 1. Устава, а у допуни уставне жалбе и повреду права на живот из члана 24. став 1. Устава, због „непоступања надлежних државних органа у циљу расветљавања свих околности око убиства покојног Д. Ј. и Д. М., а нарочито откривања и гоњења учиниоца“.

УСС је чињенице конкретног случаја сагледао у светлу процесноправног аспекта права на живот, што је у начелу захтевало предузимање истражних радњи које могу довести до утврђења идентитета одговорних лица. С обзиром на то да ни након скоро осам година од смрти синова подносилаца уставне жалбе преткривични поступак није окончан, нити се поуздано зна под којим околностима су они настрадали и ко би могао бити одговоран, УСС је закључио да основна сврха овакве “истраге“, која је требало да осигура делотворно спровођење закона који штите право на живот, није обезбеђена, чиме је доведено у питање одржавање поверења јавности у владавину права и правну сигурност. На основу тога, УСС је оценио да је дошло до повреде процесноправног аспекта права на живот из члана 24. став 1. Устава. Када је реч о повреди права на суђење у разумном року, као елемента права на правично суђење из члана 32. став 1. Устава, став УСС је да захтев хитности из члана 32. став 1. Устава представља саставни део члана 24.

91) УСС, Уж-4527/2011, 31. јануар 2013. године.

став 1. Устава у процесном смислу, тако да није било неопходно да се допуштеност или основаност уставне жалбе подносилаца према праву из члана 32. став 1. Устава разматра посебно.

Велики значај за делотворну заштиту “тврдог језгра“ људских права има одлука донета у предмету Уж-4100/2011. У овом случају се радило о тврдњи подносиоца уставне жалбе да је био злостављан током трајања притвора и издржавања казне затвора. Анализирајући обавезу државе да заштити физички интегритет појединца, УСС је утврдио да је подносиоцу уставне жалбе током трајања притвора и током издржавања казне повређено право из члана 25. Устава. У оба случаја се радило о повреди како материјалног, тако и процесног аспекта наведеног уставног права.

Када је реч о повреди материјалног аспекта права из члана 25. Устава, став УСС је да, иако је подносилац уставне жалбе током трајања притвора својим понашањем “испровоцирао“ употребу принуде, активни и пасивни отпор који је том приликом пружао не може оправдати бројност и тежину нанетих повреда. Због тога је такво поступање морало узроковати физичку и психичку патњу која је неспојива са забраном злостављања гарантованом чланом 25. Устава. Сличан став је изражен и након анализе околности конкретног случаја у току издржавања казне. На основу “скупа индиција и неоспорених, довољно озбиљних, јасних и усаглашених претпоставки“ УСС је “ван разумне сумње“ закључио да је подносилац уставне жалбе задобио стварне и озбиљне телесне повреде које су морале код њега изазвати физичку и психичку патњу и бол, при чему управник установе у којој је издржавана казна није пружио “задовољавајуће и убедљиво објашњење“ за настанак таквих повреда. У оба случаја, став УСС је био да је поступање према подносиоцу уставне жалбе било нечовечно.

На другој страни, повреда процесног аспекта права из члана 25. Устава огледа се у томе што и поред више притужби подносиоца уставне жалбе, као и медицинске документације о његовим бројним повредама, током трајања притвора, од стране надлежних државних органа није покренута, нити спроведена било каква званична истрага која би утврдила истинитост навода подносиоца о злостављању. Становиште УСС је да су се ове притужбе могле оценити као уверљиве и аргументоване, посебно ако се имају у виду медицински извештаји о здравственом стању подносиоца, као и то да је у притужбама подносилац наводио имена стражара који су га наводно злостављали. Када је реч о нечовечном поступању до којег је дошло у току издржавања казне затвора, УСС је оценио да није било делотворне истраге, будући да од тренутка сазнања за повреде подносиоца, надлежни државни

органи нису хитно “предузели све разумне кораке које су имали на располагању да обезбеде доказе у вези са догађајем“, као и да званичну истрагу од самог почетка води независни надлежни органи.

6. Завршне напомене

Постојање људских права и основних слобода (у почетку схваћених као начин за ограничење државне власти, да би временом прерасла у основ, разлог и циљ легитимне власти)⁹²⁾ представља данас један од кључних чинилаца обавезе законодавца да поштује уставне стандарде у кривичној материји. Ако се у том светлу сагледа улога УСС, може се рећи да његова досадашња пракса представља *ultima ratio societas* од неуставног задирања у основне слободе и људска права. Без обзира на то да ли одлучује о уставности законских одредаба које предвиђају могућност задирања у право на приватност, стандардима лишења слободе, праву на правично суђење или делотворној заштити “тврдог језгра“ људских права, УСС поставља стандарде у кривичној процесној материји који обавезују носиоце законодавне, судске и извршне власти.

Својим одлукама у поступцима по уставним жалбама и поступцима нормативне контроле УСС врши првенствено непосредан утицај на успостављање стандарда људских права у кривичном поступку.⁹³⁾ До тога долази утврђивањем неуставности одређене законске одредбе или постојања повреде Уставом зајемченог права. На другој страни, значајан је и посредни утицај који одлуке УСС имају на поступање правосудних органа, што се дешава у случају “добровољног“ одустајања од примене одређене законске одредбе (на пример, одредбе о могућности прибављања “листинга“ остварене комуникације без одлуке суда) или прихватањем од стране редовних судова критеријума које користи УСС приликом оцене о постојању повреде одређеног права.

На крају, може се закључити да значај одлука УСС није искључиво последица њихове извршности, општеобавезности и коначности (члан 166. став 2. Устава), већ и чињенице да оне представљају потврду о нераскидивој вези између основних слобода и стварне политичке демократије и поштовања људских права. Одлуке УСС су

92) F. Palazzo, “Constitutionnalisme en droit pénal et droits fondamentaux“, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 4/2003, 710.

93) О непосредном и посредном утицају праксе ЕСЉП вид. М. Delmas-Marty, “Introduction“, *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italy)* (sous la dir. M. Delmas-Marty), coll. Thémis, Presses Universitaires de France, Paris 1995, 29-31.

результат тумачења уставних јемстава у циљу унапређења и развоја основних слобода и људских права, а уједно и израз својеврсног “дијалога“ са праксом ЕСЉП. На тај начин УСС исказује креативност којом употпуњује правна правила,⁹⁴⁾ остварујући тиме своју Уставом утврђену функцију у заштити уставности и законитости и људских и мањинских права.

94) У том смислу за ЕСЉП вид. Д. Поповић, 43-63.

Dr Goran P. Ilić
Constitutional Court of Serbia Judge
Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Summary

INFLUENCE OF PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA ON HUMAN RIGHTS STANDARDS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

The paper analyzes the influence of practice of the Constitutional Court of Serbia on human rights standards in criminal proceedings. The author emphasizes that the existence of constitutional guarantees in criminal proceedings signifies that the highest legal document represents the source of criminal procedure law, and, at the same time, an obligation for the legislator to consistently follow the footprints of the drafters of the Constitution when further developing constitutional provisions. Having in mind that the Constitutional Court of Serbia is the highest guarantor of protection of human and minority rights and freedoms, the paper considers the way in which the said protection is exercised in proceedings initiated based on a constitutional appeal and proceedings of legislative control. The actions of the Constitutional Court of Serbia have been analyzed within the following thematic areas: inviolability of secrecy of letters and other means of communication, right to liberty and security, right to a fair trial and „core“ human rights. The author highlights that the significance of decisions of the Constitutional Court of Serbia stems primarily from the fact that they testify to the existence of an unbreakable link between fundamental freedoms and real political democracy and respect for human rights. They are the result of interpretation of constitutional guarantees with the view toward enhancement and development of fundamental freedoms and human rights, as well as an expression of a unique „dialogue“ with the case law of the European Court of Human Rights.

Keywords: – Constitution. – Constitutional Court of Serbia. – Criminal proceedings. – Human rights. – European Convention on Human Rights. – European Court of Human Rights.

ЗАБРАНА ПОЛИТИЧКИХ СТРАНАКА И УДРУЖЕЊА

Надлежност да забрањује рад политичких странака или других политичких организација Уставни суд је добио Уставом Србије од 1990. Уставом Србије од 2006. Ова надлежност је проширена до крајњих граница, иако да се она односи и на неополитичка удружења, као и верске заједнице. Аутор сматра да овако широко одређена надлежност не припада Уставном суду, што је пракса у вези са забраном рада (не)политичких удружења до сада и показала. До краја 2012, мериторно одлучивши у три случаја (“Национални stroj”, “Образ”, “Српски народни покрет 1389”), Уставни суд је лутао, узалудно покушавајући да направи равнотежу, не толико између права и политике, колико између своје недовољне особљености да сироводи доказни поступак о чињеницама и великој политичка дела јавности у којем је створена погрешна слика да је овај орган ексклузивни чувар уставног поретка од удружења која оличавају крајности демократије. Стога би, кад једног дана уставна реформа буде озбиљно урешена у дневни ред, требало редефинисати надлежност Уставног суда која се односи на забрану удружења. Њу треба свести на забрану политичких странака. Забраном осталих политичких и неополитичких удружења не треба да се бави Уставни суд, што треба да буде уставна материја. Уставносудска забрана политичких странака била би његова “виртуелна” надлежност.

Кључне речи: забрана рада политичких странака и удружења, конституционализација политичких странака, забрана удружења по сили Устава, предлог за забрану удружења Републичког јавног тужилаштва, прешироко одређена надлежност Уставног суда.

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, e-mail: vpetrov@ius.bg.ac.rs

1. Увод

С Уставом Србије од 1990. отпочиње конституционализација политичких странака.¹⁾ Вративши Уставни суд у његов природни амбијент, у систем поделе власти,²⁾ Устав од 1990. предвидео је и надлежност овог органа да забрањује рад “политичке странке или друге политичке организације” (члан 125. Устава). Конституционализацију политичких странака у нормативном смислу заокружио је Устав Србије од 2006. Овај устав јемчи и признаје демократску улогу политичких странака, предвиђа њихово слободно оснивање, одређује разлоге за забрану политичких странака и забрањује да оне непосредно врше власт и потчињавају је себи (члан 5, ст. 1-4). Устав од 2006. је проширио надлежност Уставног суда, тако да Уставни суд одлучује о “забрани рада политичке странке, синдикалне организације или удружења грађана” (члан 167, став 2), али и о забрани верске заједнице (члан 44, став 3). Дакле, Уставни суд одлучује о забрани свих удружења, политичких и неполитичких, “уписаних у регистар који води државни орган, у складу са законом” (члан 55, став 2). Уставни суд не може одлучивати о забрани нерегистрованих удружења. Такође, није надлежан да одлучује о забрани тајних и паравојних удружења, јер су ова удружења забрањена по сили Устава (члан 55, став 3).³⁾

“Максималистички” приступ у дефинисању надлежности Уставног суда у вези са забраном рада удружења неуобичајено је решење, које се тешко може правдати. Прво, у упоредном праву, готово да нигде не постоји. Друго, оно је својеврсна деградација Уставног суда, који мора да одлучује о забрани политичких странака (и политичких удружења), али и о забрани неполитичких удружења. Треће, на тај начин се сврха конституционализације политичких странака доводи у питање, јер се оне, у извесном смислу, изједначавају са другим удружењима. То се тешко може помирити са чланом 5. Устава, који недвосмислено издваја политичке странке по њиховој улози у демократском обликовању политичке воље грађана. Та улога носи собом и сразмерно веће опасности које деловање политичких странака може производити по демократски поредак у односу на остала (не)политичка удружења. Четврто, прешироко дефинисање ове надлежности је норма-

1) Конституционализација политичких странака је “уставно регулисање положаја и улоге ових организација, тј. уношење у устав одредаба којима се уређује начелан положај политичких странака и признаје њихова (демократска) улога у уставном систему“. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република – теорија, норма, пракса*, Београд 2010, 234-235.

2) Вид. V. Petrov, “*Novi ustavni sud Srbije (2006-2012) – reforma ustavnog sudstva na stranputici?*”, Свеске за јавно право 9/2012, 23-24.

3) Последње две тврдње имају своје упориште у Уставу, али их је пракса Уставног суда довела у питање (вид. ниже).

тивни “подстицај” за претварање Уставног суда у хибридную институцију. Уместо да тежиште његовог рада буде на двома основним надлежностима, нормативној контроли права и заштити Уставом зајемчених људских и мањинских права, Уставни суд је принуђен да се бави и пословима који више одговарају кривичном, а не уставном суду. Не треба се залагати за такву чистоту Уставног суда, која би га лишила осталих надлежности, али је важно да оне заиста буду “остале”, тј. надлежности које се ређе врше и не одвлаче сувише пажњу од основних послова.

2. Забрана политичких странака у Републици Србији

За 23 године, 16 година важења Устава Србије од 1990. и седам Устава од 2006, Уставни суд није донео ниједну одлуку о забрани политичке странке, нити је уопште мериторно одлучивао у овим споровима. Куриозитет је, без сумње, поступак за забрану Странке демократске акције (СДА) из Новог Пазара, покренут на захтев Републичког јавног тужиоца 1991. Поступак је обустављен 18 година касније због непостојања процесних претпоставки за вођење поступка и одлучивање. У другом случају, за важења Устава од 1990, покренут је поступак за забрану Српског покрета обнове (СПО), али је обустављен 1998, јер је Републичко јавно тужилаштво одустало од предлога.⁴⁾

За важења Устава Србије од 2006, поднето је више захтева за забрану различитих политичких странака, али су сви одбачени због недостатка процесних претпоставки за вођење поступка (захтев није поднео овлашћени предлагач).⁵⁾

Сажети приказ праксе Уставног суда у поступцима забране рада политичких странака показује две ствари. Прво, уставносудска власт у овим споровима доиста се показала “ништавном”, таквом да је могла и да не буде предвиђена Уставом. Друго, могло се очекивати да ће Уставни суд у време бујања вишестраначја имати више посла у вези са забраном радикалних политичких странака и политичких удружења. Два су кључна чиниоца одиграла улогу да тако не буде. То су прилике не погодне за институционализовано умеровање демократије, с једне, и слабост Уставног суда за који би одлука о забрани политичке странке била претешко бreme, с друге стране. У тој првој фази, демократија је углавном неуређена, распуштена. Она се више остварује на улици, у протестима, него у државним институцијама. У процесу умеровања, тј.

4) Решење о обустави поступка од 4. јуна 1998. Вид. *Билтен Уставног суда Србије* 1/98, 229-230.

5) Закључак којим се одбацује захтев за забрану рада Либерално демократске партије, бр. ВПУ-1277/2010. од 4. октобра 2010. Вид. *Билтен Уставног суда Србије* 2/2010, 363-364.

институционализовања демократије, да би се она заштитила и од себе саме, уставни суд може одиграти значајну улогу. То је био случај у појединим посткомунистичким друштвима. У Србији, Уставни суд није имао ову активну улогу.

3. Забрана политичких и других удружења

До 2008, пред Уставним судом, нису покретани поступци за забрану политичких и других удружења. Од тада, Уставни суд је поступао у пет предмета и донео три одлуке (“Национални строј“, “Образ“, “Српски народни покрет 1389 и остали“). У друга два случаја, једном је исправно одбацио предлог Републичког јавног тужилаштва за забрану “екстремних подгрупа у оквиру удружења грађана и ван удружења (тзв. навијачких група), због непостојања уставних и законских претпоставки за вођење поступка“,⁶⁾ док је други пут обустављен поступак, јер је Тужилаштво одустало од предлога.⁷⁾

3. 1. Случај “Национални строј“⁸⁾

Републичко јавно тужилаштво је поднело предлог за забрану тајног удружења “Национални строј“ 14. октобра 2008. године. Према Уставу, “забрањена су тајна и паравојна удружења“ (члан 55, став 3). То је забрана удружења по сили Устава. Она подразумева да “ту нема места надлежности Уставног суда, него надлежности других државних органа кад се та забрана не поштује“.⁹⁾

Уставни суд је засновао надлежност на члану 167, став 3. Устава, који гласи: “Уставни суд одлучује о забрани рада политичке странке, синдикалне организације или удружења грађана“. Ова одредба се мора тумачити у вези са чланом 55. ст. 2-4. Устава: “Удружења се оснивају без претходног одобрења, уз упис у регистар који води државни орган, у складу са законом“; “Забрањена су тајна и паравојна удружења“; “Уставни суд може забранити само оно удружење чије је деловање усмерено на насилно рушење уставног поретка, кршење зајемчених људских или мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње“.

Дакле, члан 55, став 3. не предвиђа надлежност Уставног суда да забрањује тајна и паравојна удружења. Уставни суд може забранити

6) Закључак ВПУ-279/2009 од 17. марта 2011.

7) Решење о обустављању поступка ВПУ-250/2009 од 19. септембра 2011.

8) Вид. V. Petrov, “Nacionalni stroj pred Ustavnim sudom – izmišljena nadležnost, izmišljena i odluka“, *Hereticus* 3-4/2011, стр. 68-77.

9) Р. Марковић, *Уставно право*, Београд 2013, стр. 558.

само удружење (члан 167, став 3) које је основано у складу са законом (члан 55, став 2) из разлога предвиђених чланом 55, став 4. Устава.¹⁰⁾

Ово тумачење потврђује изворни текст Закона о Уставном суду од 2007.¹¹⁾ Према члану 81, кад Уставни суд донесе одлуку о забрани удружења, она се доставља надлежном органу ради брисања удружења из регистра. Тајно удружење није уписано у регистар, па се из њега не може брисати. Пошто је брисање из регистра једина правна санкција за удружење које је забрањено одлуком Уставног суда, јасно је да одлука којом се “забрањује“ тајно удружење не може имати никакво правно дејство.

Уместо да тако резонује и донесе закључак о одбацивању предлога, Уставни суд је донео мериторну одлуку, заснивајући своју надлежност на члану 167. Одредивши себи надлежност коју му Устав не даје, Уставни суд је донео одлуку коју важеће право, у тренутку њеног доношења, није познавало.¹²⁾

У овој одлуци се констатује да је “Национални stroj“ тајно удружење, чије је деловање забрањено Уставом.¹³⁾ Помешана су два нивоа уставне забране удружења. “Изједначена је тајна организација – удружење са, сагласно Уставу и одговарајућим законима образованом организацијом – удружењем, које се својим деловањем квалификовало за брисање из одговарајућег регистра...“.¹⁴⁾

Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду додао је члан 81а.¹⁵⁾ “Када је предлогом тражена забрана тајног или паравојног удружења, Уставни суд ће својом одлуком утврдити да је деловање таквог удружења забрањено Уставом“. Уставни суд “може одредити

10) Закон о удружењима од 2009. предвиђа још неколико основа забране удружења. То су: 1) нарушавање територијалне целокупности Републике Србије; 2) изазивање и подстицање неравноправности, мржње и нетрпелјивости засноване на било којој припадности или опредељењу, као и полу, роду, физичким, психичким или другим карактеристикама или способностима. Ови законски основи спорни су са становишта уставности и могли би се једино тумачити као прецизирање или конкретизација уставних основа.

11) Закон о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 109/2007.

12) То становиште заузела је и судија Оливера Вучић, која је дала издвојено мишљење. Тако, судија Вучић тврди да су у поступку биле изражене “две полазне мањкавости“. Прва је потекла од Републичког јавног тужилаштва које је тражило забрану тајног удружења, а друга, још несхватљивија, од Уставног суда који је присвојио надлежност коју по Уставу нема. Вид. Издвојено мишљење у предмету VПУ-171/2008, *Службени гласник РС*, бр. 50/11.

13) У ставу 1. диспозитива Одлуке стоји: “Утврђује се да је организација ‘Национални stroj’ тајно удружење, чије је деловање забрањено сагласно Уставу“.

14) Издвојено мишљење у предмету VПУ-171/2008, *Службени гласник РС*, бр. 50/11.

15) Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 99/11.

предузимање мера које су неопходне да се спречи деловање тајног или паравојног удружења“. Овај члан није у складу са Уставом, јер се њиме проширује надлежност Уставног суда иако је она *materia constitutionis*.

3. 2. Случај “Образ“¹⁶⁾

Републичко јавно тужилаштво је 25. септембра 2009. покренуло поступак за забрану рада Удружења грађана “Отачествени покрет Образ“, због деловања које је усмерено на насилно рушење уставног поретка, кршење зајемчених људских или мањинских права и изазивање расне, националне и верске мржње.

Одлука којом се забрањује рад Удружења грађана “Отачествени покрет Образ“ донета је јуна 2012.¹⁷⁾ “Образ“ је забрањен, јер је његово деловање било усмерено на кршење зајемчених људских и мањинских права и на изазивање националне и верске мржње. Уставни суд није утврдио да се ово удружење може забранити и по основу насилног рушења уставног поретка и изазивања расне мржње.

У образложењу Одлуке нема начелних ставова о најважнијим уставноправним питањима која су се поставила у овом спору. “Стиче се утисак да је Суд приступио доношењу Одлуке о забрани Удружења грађана ‘Отачествени покрет Образ’... као да се ради о *prima facie* основаном предлогу за забрану рада овог удружења који не изазива било какве правне дилеме и недоумице.“¹⁸⁾

Забрана удружења је најстрожа мера која се може предузети против удружења. Она мора бити сразмерна друштвеној опасности коју удружење својим деловањем изазива и неопходна да би се сачувао демократски поредак. “Сразмерност“ и “неопходност“ су два повезана, али различита мерила. Деловање удружења може проузроковати висок степен друштвене опасности. Ипак, не мора значити да је изрицање забране неопходно, јер се неопходност везује за немогућност да се другим мерама постигне циљ. Уставни суд је ова два мерила помешао. Утврђујући сразмерност за изрицање забране рада Удружења, користио је елементе који су релевантни за утврђивање неопходности за доношење такве одлуке. Неопходност изрицања мере забране рада удружења “Образ“ није довољно убедљиво аргументована, а сразмерност за изрицање ове мере није ни утврђена. Уставни суд то није могао учинити, јер није утврдио ни која су Уставом зајемчена људска и ма-

16) Вид. Владан Петров, “Уставни суд и забрана удружења: надлежност која му не пристаје“, *Правни живот*, том IV, 12/2012, стр. 799-812.

17) Одлука о забрани рада Удружења грађана “Отачествени покрет Образ“, *Службени гласник РС*, бр. 69/12.

18) Одбијајуће издвојено мишљење у предмету Уставног суда VIII-249/2009.

њинска права повређена. Уставни основ “кршење Уставом зајемчених људских и мањинских права“ захтева конкретизацију у виду тачног навођења уставних одредаба о људским и мањинским правима која су повређена активношћу удружења.

Судија Катарина Манојловић Андрић је, у издвојеном мишљењу, указала на неколико битних питања у вези са забраном политичких удружења.¹⁹⁾ Прво, изразила је сумњу у неопходност да Уставни суд одлучује о забрани удружења грађана, изузев политичких странака. “Значај политичких странака у демократском друштву и значај удружења грађана, од којих већина нема политички карактер, никако не може бити исти, па се поставља питање да ли Уставни суд уопште треба да се бави забраном политичког деловања удружења, која често имају мање од 100 чланова.“

Друго, кад је Устав већ одредио такву надлежност Уставном суду, неопходна је рестриктивна и крајње обазрива примена прописа о забрани удружења. Треће, Уставни суд треба да утврди начелне правне ставове о уставном ограничењу слободе удруживања.

Четврто, Уставни суд није водио рачуна ни о карактеру поступка у којем се одлучује о забрани рада удружења. То је “специфичан двостраначки поступак у коме се одлучује о ограничењу слободе удруживања, па стога правила поступка морају да пруже гаранције правичног суђења – јавност, контрадикторност, ’једнакост оружја’ и право на образложену одлуку“. Уставни суд је обезбедио јавност, док су остале гаранције правичног суђења доведене у питање. “Одлука Суда није заснована на контрадикторном начелу. У Одлуци је изостало сучељавање навода, тврдњи, ставова и доказа које су на јавној расправи изнели учесници у поступку.“

Одлука о забрани “Образа“ указује на две битне ствари у вези са надлежношћу Уставног суда да забрањује (политичка) удружења. Прво, Уставни суд се мучи са утврђивањем чињеничног стања у поступку који почива на начелу контрадикторности.²⁰⁾ Друго, уставни основ “кршење зајемчених људских или мањинских права“ тешко је примењив у пракси, јер ствара проблеме у тумачењу. Осим црногорског и српског устава, готово да нема устава у Европи који предвиђа овај основ за забрану удружења.

19) Са ставом судије Катарине Манојловић Андрић сагласила се и судија Оливера Вучић, која је потписала издвојено мишљење.

20) Вид. Љ. Славнић, “Конституционализација политике – политичке странке и Уставни суд, предлози за нови устав Србије“, *Српска политичка мисао* 1-4/2003, стр. 116.

3. 3. Случај “Српски народни покрет 1389 и остали”²¹⁾

Републичко јавно тужилаштво је, 18. октобра 2011, поднело предлог Уставном суду за забрану удружења грађана “Српски народни покрет 1389” из Београда, СНП “Наши” из Аранђеловца и “СНП Наши 1389”. Овај предлог био је неубичајен бар из два разлога. Прво, обухватао је три удружења различитог статуса. Само је прво удружење, “Српски народни покрет 1389”, било регистровано, а друга два нису. СНП “Наши” из Аранђеловца и “СНП Наши 1389” су удружења која, фактички, нису у истом положају. Уставни суд је утврдио да прво није регистровано, да постоји и делује, а друго да није регистровано, не постоји и не делује.

Друга особеност предлога Републичког јавног тужиоца огледала се у његовом неодређеном делу, у којем се тражи забрана “свих будућих удружења или група насталих од ових удружења са намером да наставе активности удружења и чије би активности говориле о континуитету са њиховим активностима и циљевима, због деловања које је усмерено на насилно рушење уставног поретка, кршење зајемчених људских или мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње”. Ова врста уставног спора мора имати за предмет конкретно удружење. Одлука Уставног суда не може се доносити *in abstracto* и примењивати на будућа удружења, која правно не постоје у моменту покретања поступка.

Овако формулисан предлог, у којем се захтева забрана “фантомског” удружења које не постоји (“СНП Наши 1389”), нерегистрованог удружења које делује (СНП “Наши” из Аранђеловца) и “свих будућих удружења или група насталих од ових удружења”, указује на једно од двога: да овлашћени предлагач није рапшчистио на које удружење се може односити предлог за забрану, тј. које удружење Уставни суд, према Уставу и Закону, може забранити или да свесно подноси предлоге за забрану удружења које Уставни суд према Уставу не може забранити.

Уставни суд је одбацио предлог за забрану “СНП Наши 1389”, због непостојања процесних претпоставки утврђених законом, и одбио предлог за забрану рада “Српског народног покрета 1389” и СНП “Наши” из Аранђеловца, због тога што нису испуњени Уставом утврђени услови за забрану њиховог рада. Изрека ове одлуке садржи два става, који не могу да стоје један поред другог. Први је резултат мериторне, а други процесне одлуке. У првом ставу стоји да се “одбија предлог за забрану рада удружења грађана ‘Српски народни покрет 1389’ из

21) Одлука Уставног суда о предлогу за забрану рада удружења грађана “Српски народни покрет 1389” и СНП “Наши”, VIIУ-482/2011, *Службени гласник РС*, бр. 6/2013.

Београда и удружења грађана СНП 'Наши' из Аранђеловца“; у другом ставу да се “одбацује предлог за забрану рада удружења грађана 'СНП Наши 1389““. “Хибридни“ предлог произвео је “хибридну“ одлуку.

Поновиле су се слабости из претходног спора о забрани “Образа“. Прво, озбиљност доказног материјала који је приложило Републичко јавно тужилаштво била је у обрнутој сразмери са тежином захтева. Друго, Уставни суд се поново испрљивао у утврђивању чињеница, иако је терет доказивања на подносиоцу предлога. Треће, изостао је озбиљнији покушај да се формулишу начелни ставови који би помогли у решавању будућих сличних спорова.

На Одлуку у овом спору поднета су два издвојена мишљења. Прво је Заједничко издвојено мишљење судија Босе Ненадић и Катарине Манојловић Андрић, које се односи како на изреку, тако и на образложење Одлуке.²²⁾ Тако се, у овом мишљењу, између осталог, тврди: 1) да је “по предлогу Републичког јавног тужиоца ... требало формирати три посебна предмета и водити три одвојена поступка, јер се ради о три удружења која се разликују по свом статусу, по својим актима итд.“; 2) да “не постоји уставни основ да Уставни суд одлучује о забрани рада удружења грађана која нису регистрована“, те да “Уставни суд може забранити само оно удружење које је уписано у регистар код надлежног државног органа“; 3) “да је у овој врсти спорова пред Уставним судом дошло до изражаја *ad hoc* одлучивање, без јасно утврђених критеријума и ставова“ и да Уставни суд “није утврдио карактер поступка за забрану рада удружења“, што је довело до тога да у предметима у којима је одлучивао о забрани удружења примењује “различите критеријуме при оцени оснивачких аката и деловања удружења“; б) посебно се указује на “видну алкавост Републичког јавног тужилаштва у припреми предлога за забрану рада удружења“.

У издвојеном мишљењу судије Оливере Вучић (са којим се сагласила судија Манојловић Андрић), није оспорена изрека, већ само образложење Одлуке.²³⁾ Кључни приговор судије Вучић односи се на потпуно различито поступање и одлучивање Уставног суда у два, чињенично и правно, истоветна случаја, “Образ“ и “Српски народни покрет 1389“. Она је указала на то да одлука Уставног суда може производити различита политичка дејства у зависности од момента у којем се доноси. “За уставно судовање временска дистанца често значи много, понекад, у смислу крајњег исхода, безмало и све... Разумевање суштине спорног у једној уставносудској ствари неретко се приметно мења након протекла извесног временског периода. Разлоге треба ви-

22) Заједничко издвојено мишљење у предмету Уставног суда VIII-482/2011.

23) Издвојено мишљење у предмету Уставног суда VIII-482/2011.

дети у дугом трајању уставних норми, у њиховој општости, начелности и тако оствареној способности да 'надкрију', обухвате неминовне измене друштвених односа у времену у коме су на снази... Пред Уставним судом Србије било је случајева када је сам предлагач одређених забрана одустајао од својих предлога, јер је време протекло у чекању одлуке Суда донело други начин гледања и обесмислило захтеве и очекивања предлагача из времена састављања предлога. У случају у вези са којим издвајам своје мишљење није било тог протекла времена који би се могао, својим трајањем и у њему оствареним променама, наметнути као разлог или узрок измене става предлагача, али ни самог Суда приликом одлучивања. Све се десило од лета до јесени и у једној години Уставни суд је... применио два различита начина разматрања спорног питања забране рада удружења, одлучивши се за два у недопустиво израженој мери неприближна приступа и тако, коначно, донео две дијаметрално различите одлуке.“

3. 4. Заједничка обележја њосиууака за забрану рада џолиџичких удружења

Досадашња пракса Уставног суда у споровима о забрани рада удружења показала је неколико обележја.

Прво, од три овлашћена предлагача, Владе, Републичког јавног тужиоца и органа надлежног за упис удружења (члан 80. Закона о Уставном суду), само је Републички јавни тужилац покретао поступке за забрану. Обележје поступања јавног тужиоца је олако покретање поступка. То се испољавало на два начина. Најпре, јавни тужилац је у случајевима “Национални строј“ и “Српски народни покрет 1389 и остали“ подносио предлог за забрану удружења која нису регистрована, очекујући да их Уставни суд забрани без уставног основа. Затим, доказни материјал који је јавни тужилац подносио био је често неуређен, непотпун, недовољно припремљен да би се изрекла најстрожа казна, забрана удружења. Овакво поступање јавног тужиоца даје за право становишту у теорији према којем овај орган не треба да буде овлашћени предлагач у поступку забране.²⁴⁾

Друго, Уставни суд је “лутао“ у досадашњој пракси, узалудно покушавајући да направи равнотежу, не толико између права и поли-

24) “Без обзира што је ... тужилаштво самостални државни орган који треба да остане изван политичке борбе, ипак је оно у мањој или већој мери под утицајем владе, тачније владајуће партије и њеног разумевања устава и демократије. Када тужилаштво покреће овакав поступак, може се сумњати да оно пре делује по налогу владе, него на основу сопствене процене степена угрожености демократског поретка. За независност тужилачке функције боље је да оно нема ову 'политичку' надлежност...“. D. Stojanović, “Ustavno-sudska zabrana političkih partija“, *Pravni život* 12/1996, 315-316.

тике, колико између своје недовољне оспособљености да спроводи доказни поступак о чињеницама и великог притиска једног дела јавности у којем је створена погрешна слика да је Уставни суд ексклузивни чувар уставног поретка од удружења која оличавају крајности демократије.

Треће, Уставни суд није учинио озбиљнији покушај да формира начелне ставове о уставноправним питањима која су се постављала у овим споровима. То је довело до неуједначеног поступања Суда у готово истоветним случајевима (“Образ“ и “Српски народни покрет 1389 и остали“).

Четврто, образложења мериторних одлука у овим споровима се значајно разликују. У релативно кратком периоду од годину и по дана (јун 2011 – новембар 2012), Уставни суд је донео одлуке чија образложења као да нису дело истих људи, тј. истог састава Уставног суда. У сва три случаја, најбоље што је Уставни суд дао нису биле одлуке, већ издвојена мишљења судија. Та мишљења прецизно су “погађала мету“, указујући на све кључне слабости поступања овлашћеног предлагача и Уставног суда. Она су добар путоказ за будуће одлучивање у споровима за забрану удружења, ако до њих поново дође.²⁵⁾

4. Закључак

За неуједначену праксу у споровима за забрану удружења кривицу не сноси само Уставни суд. Јавност је створила превелика очекивања да Уставни суд може релативно ефикасно, изрицањем забрана, стати на пут “крајностима“ недовољно учвршћене демократије. При том, од Уставног суда се тражило да реши оно што другим државним органима није успело или нису ни покушали да ураде у довољној мери. То се види из доказног материјала јавног тужилаштва који садржи многе податке о поступцима (више прекршајним него кривичним) против чланова удружења, који нису правноснажно окончани. Уместо да буде изузетна надлежност, која се ретко јавља, забрана политичких удружења постала је једна од главних и “најпопуларнијих“ надлежности Уставног суда. А то је надлежност која му, без сумње, не пристаје.

Стога би, кад једног дана уставна реформа буде озбиљно увршћена у дневни ред, требало редефинисати надлежност Уставног суда која се односи на забрану удружења. Њу треба свести на забрану политичких странака. Забраном осталих политичких и неполитичких удружења не треба да се бави Уставни суд, нити то треба да буде

²⁵⁾ “Реч је о томе да су многа издвојена мишљења написана зато да једном убудуће доведу до другачије одлуке, било до другачије одлуке истог састава Уставног суда, било до другачије одлуке неког будућег састава који у измењеним околностима буде одлучивао о истом или сличном питању.“ Ц. Рибичич, *Људска права и уставна демократија*, Београд 2012, 139.

уставна материја. Уставносудска забрана политичких странака била би “виртуелна“ надлежност. Она би се у реалном уставном животу појављивала ретко, тек кад ниједна друга институција не би могла да заштити уставни поредак од противуставне делатности политичке странке или већег броја њених чланова.

Dr Vladan Petrov
Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Summary

BANNING POLITICAL PARTIES AND ASSOCIATIONS

The competence of the Constitutional Court to ban political parties and other political associations was given by the Constitution of Serbia from 1990. The Constitution from 2006 has extended the competence to the maximum (nonpolitical associations and religious communities). The author thinks that this extended competence is not adequate for the Constitutional Court. The recent practice has showed it. Until the end of 2012, the Constitutional Court made decisions in three cases (“Nacionalni stroj“, “Obraz“, “Srpski narodni pokret 1389“). The Constitutional Court was unsuccessfully trying to find equilibrium not only between law and politics, but also between its insufficient capability to conduct the evidence procedure about facts and the big pressure of the part of the public which created the wrong picture of the Constitutional Court as an exclusive guardian of the constitutional order from the associations which express the extremes of democracy. When one day the question of constitutional reform will be seriously raised, it should be appropriate to think of the redefinition of the Constitutional Court's competence to ban associations. That competence should be reduced to political parties only. It should be a ‘virtual’ competence.

Key words: Banning political parties and associations. – Banning associations ex Constitutione. – The Public Prosecutor's proposition for banning associations. – Too widely defined competence of the Constitutional Court.

РЕШАВАЊЕ СУКОБА НАДЛЕЖНОСТИ – ТРАДИЦИОНАЛНИ ДОМЕН УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Овлашћење уставног суда да решава спорове о питањима надлежности је materia constitutiones новијег доба, јер су и уставни судови институције модерне државе. Уставни суд Србије је од успановљења (1963) надлежан да решава спорове о питањима надлежности. Упоредни преглед традиционалних облика решавања оваквих спорова пред уставним судовима у седам европских земаља, даје подлогу за вредновање његових уставних овлашћења. Осврћу на решавања спорова о питањима надлежности у некадашњој Југославији и у заједничкој држави Србије и Црне Горе, потврђује да постоји директни утицај структуре државе на уставне учеснике овог посебног института. Устав Србије од 2006. проширује ову надлежност Уставног суда и на спорове који нису јавноправни. Мада се сукоби надлежности у пракси ређко јављају, њихово комитентно решавање потврдило је значај Уставног суда у заштити начела владавине права. Закључак аутора је да ако су сукоби надлежности слабости система, њихова малобројност је његова врлина.

Кључне речи: *уставни суд, сукоб надлежности, учесници, државни орган, владавина права*

Увод

Педесет година постојања државе је тек један секунд њене историје, како су израчунали научници. Шта се догодило у току тог трена, од када је у Уставу Србије 1963. године “освануо“ Уставни суд а “Борба“ у суботу 15. фебруара 1964. године на четвртој страни објавила: “Уставни суд Србије почеће данас да ради.“ Овај прилог бави се једним сегментом одговора на постављено питање. Јубилеј од педесет година постојања ове државне институције добар је повод да се при-

* Редовна професорка Правног факултета за привреду и правосуђе, Нови Сад.

меном научних критеријума и метода осветли једна традиционална уставносудска надлежност и њен значај за остваривање начела владавине права.

Питање надлежности је претходно питање код одлучивања о неком праву или обавези. Надлежност државног органа је по својој природи *par excellence* системско питање. У најмању руку, надлежност је услов формалне ваљаности сваког правног акта (општег и појединачног). Надлежност државног органа одређује његову снагу у успостављеној организацији власти, она је директни израз његовог положаја у односу на друге државне органе хоризонтално и вертикално, она даје легитимитет одлучивању о правима и обавезама организација и грађана. “Надлежност је екран који више или мање јасно и одређено слика оно што јесте и оно што треба да буде“, како се сликовито изразио некадашњи председник Уставног суда Србије проф. др Јован Ђорђевић на Првој оснивачкој конференцији европских уставних судова одржаној 1972. год. у Дубровнику.¹⁾

Суштина ове надлежности уставног суда је у томе да он као овлашћени орган, решавајући спор о надлежности, поступа као конфликтни суд који не одлучује о самој ствари, него само о томе који је орган поводом те ствари овлашћен да је мериторно реши.²⁾ Сукоб надлежности је системски непожељан, како у случају када о истој ствари поступају различити органи - јер доводи до могућности да се исто правно питање реши на различите начине, чиме се нарушава начело правне сигурности; тако и у случају када дође до одбијања одлучивања - јер заинтересована странка не може да оствари неко своје право, чиме се доводи у питање уставом зајамчена правна заштита.

Јасни појмови значе и јасне домене, те истичемо да изрази *спор о надлежностима* и *сукоб надлежностима* у уставној пракси немају исто значење, па ни у историји овлашћења Уставног суда Србије. Мада се користе и као синоними, у правном смислу израз *спор о надлежностима*, поред општег ширег значења, по правилу се односи на случај неслагања између уставом одређених високих државних органа или структурних делова државе о питањима њихове надлежности да уређују одређену материју или правну област. Уставни суд решава такав спор утврђујући у чију надлежност спада уређивање одређене правне проблематике и тиме одлучује о обиму права и дужности уставних суб-

1) Ђорђевић, Ј. “*Прва конференција европских уставних судова и сличних институција које се баве заштитом уставности и законитости*“, Дубровник 17-20. 10. 1972. година, изд. Уставни суд Југославије, Београд 1973. (шапирографисано), књ. III, стр.72.

2) Марковић, Р. *Уставно право и политичке институције*, Београд 2008, изд. Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП “Службени гласник”, стр. 540.

јеката. У спорове о надлежности спадају и тзв. федерални спорови. У ширем значењу овај појам обухвата и сукобе надлежности. *Сукоб надлежности* је јавноправни спор који настаје између различитих државних органа који се не слажу у погледу тога ко је надлежан да одлучи о одређеном конкретном питању или праву.

1. Спорови о надлежности - упоредни осврт

Овлашћење уставног суда да решава спорове о питањима надлежности је *materia constitutiones* новијег доба. То је једна од две типичне функције које профилишу уставне судове још од њихове прве појаве 1920. године (Аустрија). Мада се у правној теорији сасвим оправдано сматра да осим контроле уставности закона, ниједна друга надлежност уставног суда па ни решавање конфликта надлежности, "не би сама по себи веродостојно оправдала стварање тог органа,"³⁾ скоро сви уставни судови у европским земљама имају као посебну уставну надлежност и одлучивање о споровима чији је предмет питање надлежности. По правилу та надлежност уставног суда се децидирано установљава уставом односно актом уставног карактера, који утврђује када у уставном смислу настаје спор о надлежности.⁴⁾ У уставима се углавном користе изрази: "решава *сукобе надлежности*", "решава *спорове (конфликте) о надлежности*", "одлучује о *јавноправним споровима*".

О питањима надлежности уставни суд може одлучивати у оквиру више надлежности: вршећи нормативну контролу - апстрактну и конкретну; у виду тумачења устава; као решавање одређене врсте јавноправних спорова. У уставној пракси европских земаља различити начини решавања тих спорова по правилу се појављују уз институционални облик решавања класичних сукоба надлежности између уставом одређених државних органа (што је централна тема овог рада) која може бити и субсидијарна. И када се исказује као посебна уставна надлежност, уставни судови могу имати више облика те надлежности (Руска Федерација,⁵⁾ СР Немачка⁶⁾), неки два облика (Аустрија⁷⁾), Шпа-

3) Пизорусо /Pizzorusso/, А. *Коментар Устава*, Болоња – Рим 1983; Коментар уз члан 134. Устава Републике Италије од 1947, стр. 87.

4) Упоредна анализа обухвата уставне акте, уставне законе или органске законе: о уставном суду Немачке, Аустрије, Италије и Шпаније, а од земаља тзв. транзиционе уставности позитивно правна решења Русије, Пољске и Хрватске.

5) Члан 125. тачка 3. Устава Руске Федерације од 1993. године, са допунама члана 65. указима Председника РФ од 1996. и 2002.

6) Члан 93, I, тач. 3. и 4. Основног закона СР Немачке од 1949. и члан 93, I, тачка 1. Основног закона у вези са чланом 13. тачка 5. Уставног закона.

7) Чл. 138. и 140. Устава Аустрије

нија⁸⁾, Италија⁹⁾), а неки само један, у виду спорова о надлежности између централних уставних органа државе“ (Пољска¹⁰⁾) или класичних хоризонталних сукоба надлежности (Хрватска¹¹⁾).

Основни елементи надлежности уставног суда за решавање спорова о питањима надлежности по којима се препознају решења у правним системима европских земаља су: 1) предмет спора; 2) учесници спора (који зависе од структуре државе); и 3) начин решавања спора о надлежности (поступак, одлука и њено дејство).

Полазећи од предмета спора, уз језичке варијације израза који се користе, постоје три врсте могућих спорова о питањима надлежности: а) јавноправни спорови између одређених структурних делова државе по правилу са сложеним државним уређењем (федерација, регионална држава) или њихових највиших органа, када се расправља у чијем је домену надлежност за уређивање одређеног питања; б) спорови о питању у чијој је надлежности извршавање у одређеној правној области; и в) класични сукоби надлежности између одређених државних органа три гране државне власти.

Обухват ових питања у уставима је различит. Основни облик надлежности уставног суда децидирано се утврђује уставом, а додатни облик у посебном закону (нпр. у Шпанији и Русији). Уставним актом се уређује најважније питање - између којих субјеката настаје спор о надлежности и тиме главно процесно питање ко су учесници спора о надлежности, ређе је листа овлашћених предлагача шира, само изузетно поступку могу приступити и други органи који имају законско право подношења предлога (СР Немачка). Скоро сви предвиђају да и заинтересовано лице може покренути спор о надлежности (осим у Русији). Неки устави утврђују и шта може бити предмет таквог спора, па и нека процедурална питања.

Законима највишег хијерархијског ранга (уставним или органским) који се доносе по тежој процедури од обичних закона по правилу се уређује посебан поступак за ову надлежност уставног суда. И неки судски пословници садрже процесна правила за решавање спорова о надлежности (нпр. у Италији). Рокови у којима се може пред уставним судом тражити покретање спора о надлежности су различити: четири недеље (Аустрија), тридесет дана (Хрватска), шездесет дана поводом призива (Италија), шест месеци (Немачка), итд. Рокови се одређују од

8) Члан 161. тачка 1, ц Шпанског устава од 1978, и члан 2. Органског закона који обухвата решавање класичних *сукоба надлежности* између уставних органа државе.

9) Члан 134. тачка 2. Устава Италије од 1947. и чл. 39-42. Уставног закона у вези *призива* пред Уставним судом ради утврђивања надлежности.

10) Члан 189. Устава Републике Пољске од 1997. године

11) Члан 129. алинеа 6. Устава Републике Хрватске од 2001. године (пречишћен текст)

момента сазнања “о нападнутој одлуци“, “инкриминисаној мери“, и сл. по правилу у зависности од тога да ли је предметно питање правоснажно решено или није, да ли је спорни акт објављен, и др. Начин одлучивања уставног суда (у већу или пленарно) зависи од облика надлежности. Примењују се општа и посебна правила поступка која зависе од тога у оквиру које од уставносудских надлежности се решава компетициони сукоб.

Две су врсте сукоба надлежности: негативни и позитивни, са извесним диференцираним процедуралним правилима по том основу (нпр. у Немачкој, Аустрији, Шпанији). У зависности од положаја субјеката односно органа између којих настаје сукоб надлежности такође се разликују две врсте спорова: хоризонтални сукоби надлежности који настају између субјеката истог хијерархијског нивоа (нпр. између највиших органа законодавне, извршне или судске власти); и вертикални сукоби надлежности који могу настати између субјеката различитог хијерархијског нивоа (нпр. између федерације и федералне јединице, између општине и региона, државе и области). Постоји директни утицај државног уређења земље на уставно уређивање ове надлежности уставног суда, односно могући субјекти и садржај спора о надлежности одређују се у зависности од њене унутрашње структуре: да ли се ради о федералној, регионалној или унитарној држави; да ли постоје аутономне јединице и како је структурно постављена локална самоуправа. И систем власти (успостављен на принципу јединства или поделе власти) утиче на формулисање ове уставносудске надлежности. Неки елементи уставносудског поступка решени су на специфичан начин.¹²⁾ Дејство одлуке, пресуде или решења уставног суда првенствено зависи од два елемента: од облика уставносудске надлежности; и од тога у којој је фази поступак пред органима у сукобу.

2. Решавање сукоба надлежности у СФРЈ и у заједничкој држави Србије и Црне Горе (1963-1992-2006)

Надлежности Уставног суда Србије, од његовог оснивања у некадашњој Југославији до данас, условљене су државним статусом Републике Србије. Облик државног уређења пресудно је утицао на ову надлежност Уставног суда Србије, који је у веома дугом периоду, све до престанка постојања било какве заједничке државе (2006), деловао у

12) Нпр. *призив Уставном суду Италије* ради утврђивања надлежности у коме је обавезни учесник област; у поступку пред *Уставним судом Аустрије*, који је нормативно разрађен детаљно и са нијансираним процедуралним решењима, поједини елементи поступка посебно су уређени када се ради о управним питањима; *Уставни суд Руске Федерације* решава спорове о питањима надлежности и у оквиру конкретне нормативне контроле, итд.

оквирима система паралелизма савезног и републичког (извесно време и покрајинског) уставног судства, дуго штитећи уставност и законитост у оквирима социјалистичког система јединства власти, са релативно честим променама устава (сваких десет година). Стога су, у зависности од критеријума, могуће различите периодизације деловања Уставног суда Србије па и у вршењу ове надлежности на коју су се те промене директно рефлектовале условљавајући спољашње и унутрашње прерасподеле надлежности.

Устав СФРЈ од 1963. године поверава уставним судовима решавање спорова о питањима надлежности. Постојала су два облика ове надлежности Уставног суда Југославије.¹³⁾ Прво, решавање *спорова о њравима и дужностима* између тада бројних субјеката југословенског федерализма (федерација, република, аутономна покрајина и друге друштвено-политичке заједнице), ако за њихово решавање није била предвиђена надлежност другог суда; овај облик субсидијерне уставно-судске надлежности је требало да буде коректив уставне расподеле надлежности. Други облик је било решавање класичних *сукоба надлежности* између државних органа, с тим што је решавање сукоба надлежности између судова спадало у надлежност највиших судских инстанци у федерацији и у републикама.¹⁴⁾ Иако то није формално истицано, били су обухваћени позитивни и негативни, вертикални и хоризонтални сукоби надлежности. Међутим, ако је у случају позитивног сукоба надлежности дошло до правоснажне судске одлуке, пракса уставних судова је била да се не узме у поступак решавање сукоба надлежности, а ако би уставни суд ипак решавао тај сукоб, одлука је имала само деклараторни карактер, тј. била је без утицаја на правоснажне судске одлуке, чиме се штитило начело правне сигурности.

И према *Уставу СФРЈ из 1974. године* Уставни суд Југославије је имао два облика ове надлежности и решавао је *спорове о надлежностима* између структурних делова државе и класичне *сукобе надлежностима*.¹⁵⁾ У тадашњој регулативи није било прецизирано да ли су обухваћени и позитивни и негативни сукоби надлежности, а у правној теорији су о томе постојала два гледишта: једно, да Уставни суд Југославије може решавати само тзв. негативне сукобе надлежности, и друго, које је било преовлађујуће, да он одлучује и у случају када два државна органа "присвајају" одређену надлежност.

13) Члан 241. став 1. тач. 4) и 5) Устава СФРЈ донетог 7. априла 1963. године.

14) Члан 239. тачка 5) Устава СФРЈ од 1963.

15) Члан 375. тачке 5) и 6) Устава СФРЈ донетог 27. фебруара 1974. и члан 369. тачка 6) тог Устава.

У пракси је број предмета у којима је решавано о сукобима надлежности био занемарљив. На пример у периоду од три деценије Уставни суд Југославије је утврдио постојање сукоба надлежности у уставном смислу само у четири случаја.¹⁶⁾

Међутим, нормативна решења и занемарљиво мала пракса (на савезном и републичком нивоу) у решавању сукоба надлежности нису ни заслуга ни кривица уставних судова. Њихова улога у вршењу ове надлежности је била маргинални део једног сложеног система пуног унутрашњих противуречности, у коме је примена начела уставности и законитости имала за циљ заштиту специфичног вида самоуправног федерализма, система јединства власти и социјалистичке уставности и законитости. Значај уставних судова као арбитра у решавању сукоба надлежности, поред скромних статистичких података о броју предмета, добро илуструје равнодушност реферата - који се не баве тим питањима - на једином заједничком Саветовању свих уставних судова у Југославији одржаном 1986. године.¹⁷⁾

Након распада СФРЈ, заједничка држава две бивше југословенске републике Србије и Црне Горе, имала је две етапе, које већ припадају тзв. транзиционој уставности. У првој етапи, заједнички уставни суд је решавао само сукобе надлежности, а у другој само спорове о надлежности.

Устав Савезне Републике Југославије (1992)¹⁸⁾ је прокламовао као основна начела поделу власти и владавину права, а уставносудску заштиту је вертикално поделио између органа савезне државе и две државе чланице. Савезни уставни суд је задржао само један облик надлежности: одлучивао је "*о сукобу надлежности*" између савезних органа и органа република чланица, као и органа република чланица¹⁹⁾, на предлог једног или оба органа у сукобу, као и лица које због прихватања односно одбијања надлежности није могло да оствари нека своја права. Мада не и употребом тих појмова, Закон о Савезном уставном суду²⁰⁾ је утврђивао да сукоби надлежности могу бити позитивни и не-

16) У предметима У бр. 327/65; У бр. 169/66; У бр. 599/67; и У бр. 554/68. решени су негативни сукоби надлежности између: Врховног суда Југославије и Савезног секретаријата за финансије; Врховног суда Југославије и Секретаријата за савезни буџет и финансије; Врховног привредног суда и Арбитраже за решавање спорних питања о социјалном осигурању из СР Хрватске; и између Службе друштвеног књиговодства и привредних судова.

17) Зборник *Улога и место уставног судства у друштвено-политичком систему*, Београд 1986, изд. Уставни суд Југославије. Саветовање одржано у Београду 21. и 22. фебруара 1986.

18) "*Службени лист СРЈ*" бр. 1/92, од 27. априла 1992. године.

19) Члан 124. тачка 7) Устава СР Југославије из 1992.

20) Закон о Савезном уставном суду, "*Службени лист СРЈ*", бр. 36/92; члан 42. став 2.

гитивни. Доследно дотадашњим уставним решењима, Савезни суд је решавао сукобе надлежности између судова две републике чланице, као и између војних судова и других судова.²¹⁾

И даље су се у *пракси* случајеви сукоба надлежности веома ретко јављали па је то овлашћење Савезни уставни суд веома ретко и спорадично користио. Тако од 1992. до 1996. године није решен ниједан предмет сукоба надлежности.²²⁾ Ипак било је одлука које су чак и кроз одбијање решавања (као нпр. у вези са уписом у регистар политичких странака), утицале на разрешавање заоштрених политичких спорова; или је одлука овог Суда разрешавала конфликт настао због супротстављених материјалних интереса, као на пример поводом одузимања робе од стране царинских органа, уз компромисну оцену да је "сваки од тих органа одлучивао у оквиру своје надлежности".²³⁾

У другој етапи *Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора*²⁴⁾ (2003) установљава нов орган уставносудске заштите са уставносудским и управним овлашћењима. Суд Србије и Црне Горе је на начин традиционалан за уставне судове, био овлашћен да решава *спорове о надлежностима*. Полазећи од предмета спора, решаване су три врсте спорова: прво, спор о питању да ли нека правна област или питање спада у надлежност институција Србије и Црне Горе из Уставне повеље²⁵⁾; друго, спор о питањима надлежности између институција СЦГ и институција држава чланица, или између две државе чланице међусобно чије су надлежности утврђене у републичким уставима и законима²⁶⁾; треће, спор о томе да ли уређивање неког питања спада у надлежност Државне заједнице или државе чланице.²⁷⁾ Решавање ове треће врсте спорова је представљало коректив расподеле надлежности између конститутивних делова државе које оличавају њихове уставне институције, а за случај настанка оваквог спора утврђен је ужи круг овлашћених предлагача (Савез министара или владе државе чланице). Законом о Суду Србије и Црне Горе²⁸⁾ био је уређен посебан Поступак за решавање спора о надлежности.

21) Члан 108. тачка 4) Устава СРЈ из 1992.

22) Н. Вујановић, "Одлуке уставних судова о сукобу надлежности између одређених органа", часопис *Правни живот*, бр. 12/1996, стр. 324.

23) Одлука СУС у предмету Сн бр. 3/97 од 19. 11. 1997, *Службени лист СРЈ*, бр. 59/97; и Одлука у предмету Сн бр. 13/93 од 22. 9. 1993. год. "Одлуке и решења СУС -1992. и 1993", стр. 107.

24) "Службени лист СЦГ" бр. 1/2003. од 4. фебруара 2003.

25) Члан 46. алинеа 1. Уставне повеље и члан 68. став 1. Закона о Суду Србије и Црне Горе.

26) Члан 46. алинеа 2. УП и члан 68. став 1. Закона о СУС

27) Члан 46. алинеа 2. Уставне повеље и члан 68. став 3. Закона о СУС. Члан 46. ал. 1. и 2. Уставне повеље

28) "Службени лист СЦГ", бр. 26/2003. од 19. јуна 2003.

Недостатак постојећег нормативног оквира је био у томе што уставним актом није било прецизно уређено који су субјекти могући учесници ових спорова, а поступак и начин одлучивања били су уређени тако да се није јасно видело ко се, и са чијим то актима и надлежностима, треба да усклађује, нити у ком облику рада Суд одлучује. Суд Србије и Црне Горе је дао своје тумачење Уставне повеле у Ставовима о начину примене непрецизне и протвечне регулативе, опредељујући учеснике ових спорова и свој начин рада.²⁹⁾ Међутим, он није имао прилике да у пракси примени те Ставови и тиме потврди опредељење за правни начин решавања спорова о питањима надлежности.³⁰⁾

Историјски и упоредно посматрано, намеће се закључак да је ова врста институционализоване уставносудске надлежности, у принципу у пракси ретко заступљена.³¹⁾ Са становишта захтева савременог уставног права да уставне институције и институти буду делотворни, могло би се закључити да ова уставносудска надлежност, као део укупног ангажмана на заштити тадашње уставности и законитости, није била искоришћена од потенцијалних предлагача, осим изузетно, па није ни могла одиграти значајнију улогу у ефикасној заштити уставноправног поретка и стабилизовању асиметричне двочлане федерације Србије и Црне Горе.

3. Улога Уставног Суда Србије у решавању сукоба надлежности (1963-2013)

У оквиру система установљеног Уставом Југославије из 1963. године, који је готово на идентичан начин конципирао надлежност републичких уставних судова, *Устав СР Србије из 1963.*³²⁾ је утврђивао два облика надлежности Уставног суда Србије: 1) да "*решава спорове* о правима и дужностима између Републике и других друштвенополитичких заједница на њеној територији, као и спорове између двеју или више друштвенополитичких заједница на територији Србије, ако за решавање таквих спорова законом није предвиђена надлежност другог суда"; и 2) да "*решава о сукобу надлежности* између судова и републичких органа, као и између судова и других државних органа на територији

29) Ставови, Записник са Посебне седнице Суда Србије и Црне Горе одржане 21. априла 2005. године (документација).

30) Славнић, Љ. "Суд Србије и Црне Горе – последњи облик заједничке уставносудске функције (2003-2006)", *Архив за правне и друштвене науке 1906-2006*, бр. 1-2/2006, Београд 2006, стр. 967-1002.

31) Фира А, *Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља*, том III, Нови Сад 1999, стр. 124-125 . и 431.

32) Устав СР Србије, "Службени гласник СРС", бр. 14/1963; престао је да важи 1974. године.

Србије".³³⁾ Промене у структури федерализма директно су утицале на уставно дефинисање ове надлежности Уставног суда Србије.

Решавање сукоба надлежности је обухватало делатност државних органа која се простирала на територији републике, без обзира да ли је био у питању републички, локални или савезни орган. Закон о Уставном суду Србије³⁴⁾ је уредио посебне поступке за субсидијерну надлежност решавања спорова између друштвено-политичких заједница као и за решавање сукоба надлежности, који су могли бити позитивни и негативни. Предлагачи су могли бити уставни учесници у том поступку, као и републички јавни тужилац, а код сукоба надлежности и заинтересовано лице.

У оквиру уставноправног поретка установљеног Уставом СФРЈ из 1974. године, *Устав СР Србије из 1974.*³⁵⁾ је скоро на идентичан начин као до тада утврдио да Уставни суд Србије: 1) *решава спорове* о правима и дужностима између друштвенополитичких заједница, ако за решавање таквих спорова законом није предвиђена надлежност другог суда; и 2) *решава о сукобу надлежности* између судова и других органа у Републици. Закон о поступку пред Уставним судом³⁶⁾ је уредио посебне поступке за обе надлежности. У периоду важења Устава из 1974. са амандманским изменама (до 1990. године) сам Уставни суд је донео више аката којима је уређивао питања поступка (пословник, одлуке) од којих је Одлука из 1989. године детаљније уредила овлашћене предлагаче у овим надлежностима, постојање позитивног и негативног сукоба надлежности и дејство одлуке.³⁷⁾

У вези са праксом у овој надлежности индикативан је реферат проф. др Најдана Пашића, тадашњег председника Уставног суда Србије, за свечану седницу Уставног суда 11. новембра 1983. године поводом "Две деценије уставног судства у Србији", који се уопште није задржао на овој врсти надлежности.³⁸⁾

33) Члан 229. тач. 4. и 5. Устава СРС из 1963. Врховни суд Србије је решавао сукобе надлежности између судова на територији Републике; члан 226. тачка 5. Устава СРС из 1963.

34) Чл. 42-46. Закона о Уставном суду Србије, "Службени гласник СРС", бр. 54/1963.

35) "Службени гласник СРС", бр. 8/1974; члан 401. тач. 4. и 5. Устава СРС из 1974. Врховни суд Србије је решавао сукобе надлежности између судова у Републици. Члан 422. тачка 5. Устава СРС из 1974.

36) "Службени гласник СРС", бр. 51/1975, чл. 19-21.

37) Чл. 34-42. Одлуке о поступку пред Уставним судом, "Службени гласник СРС", бр. 31/1989.

38) Овај реферат је објављен у часопису *Уставности и законитости*, бр. 3-4/1983, Београд 1983, стр. 5-16.

У току 16 година важења *Устава Републике Србије од 1990.* године,³⁹⁾ који је уобличио Србију готово као сасвим самосталну државу, првог устава Србије са обележјима тзв. транзиционе уставности, Србија је три пута мењала државни статус (што је непознато у уставној пракси других европских држава), па су и његова конкретна решења била саставни део уставноправног поретка некадашње СФРЈ, СРЈ и најзад државне заједнице СЦГ, како је напред изложено.

У оквирима традиције једног релативно развијеног система уставносудске заштите, Устав Србије од 1990. је задржао као надлежност републичког Уставног суда одлучивање "о сукобу надлежности између судова и других органа"⁴⁰⁾. Уставом није било утврђено ко су тачно ти други органи, али правнолoгички сукоб надлежности је могао настати између судова свих нивоа и врста и других државних органа различитог хијерархијског нивоа, који су били и обавезни учесници поступка пред Уставним судом.

Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука⁴¹⁾ био је уређен посебан поступак за одлучивање о сукобу надлежности, а захтев су могли поднети: један или оба органа у сукобу, лице поводом чијег права је настао сукоб надлежности, или републички јавни тужилац. Били су могући позитивни и негативни сукоби надлежности што је произлазило из законских одредби да захтев за одлучивање Уставног суда по правилу "садржи назив органа који прихватају или одбијају надлежност". Уставни суд је могао одредити да се до доношења одлуке прекине поступак пред судом или другим органом између којих је настао сукоб надлежности. Уставни суд је одлуком одлучивао о сукобу надлежности, што значи да је након утврђивања да у конкретном случају постоји сукоб надлежности, утврђивао и који је од органа у сукобу надлежан за тај случај, или ако утврди да у одређеном случају није ни настао сукоб надлежности, доносио је закључак о одбацивању захтева.

У пракси Уставног суда Србије се показало да су, поред судова, "други органи" са којима настаје сукоб надлежности по правилу били органи државне управе. Иначе, предмети решавања сукоба надлежности ретко су се појављивали пред Уставним судом, а од тих који се и појаве Уставни суд је тек понекад нашао да је и формално настао сукоб надлежности. Било је одлука којима су разрешавани веома компликовани спорови. У позадини неких од тих спорова тињали су супротстављени политички и материјални интереси често високих државних органа учесника у поступку пред Уставним судом, а њихово решавање

39) "Службени гласник РС", бр. 1/1990. од 28. септембра 1990.

40) Члан 125. тачка 4. Устава РС из 1990.

41) "Службени гласник РС", бр. 36/92, чл. 26-29.

потврђивало је истрајност Уставног суда у заштити уставноправног поретка Србије, па и у неповољним спољним околностима и за државу и за Суд.

Иако Уставни суд у оваквим предметима не одлучује у меритуму, показало се да сукоби надлежности могу бити изузетног системског значаја. На пример, Одлуком Уставног суда из 2004. године решен је позитиван сукоб надлежности, када су у погледу истог садржаја решавања и управни орган тј. Центар за велике пореске обвезнике Министарства финансија и Трговински суд у Београду прихватили надлежност. Предмет спора је била утврђена обавеза плаћања једнократног пореза на тзв. екстрапрофит Предузећа мобилне телекомуникације “Србија“ и БК-ПТТ као јемца обавеза “Астра банке“. Уставни суд је по изведеном доказном поступку утврдио да се ради о пореско-правном односу и актима јавноправног карактера и да је за извршење и обезбеђење извршења пореско-управног акта надлежан орган управе, конкретно Пореска управа у саставу Министарства финансија. По оцени Уставног суда, “за поступак наплате једнократног пореза на екстра доходак и екстра имовину стечену искоришћавањем посебних погодности и за обезбеђење извршења наплате овог пореза, надлежна је Пореска управа, а не Трговински суд у Београду“.⁴²⁾ Правни значај ове Одлуке био је и у израженом ставу Уставног суда да он “о насталом сукобу одлучује независно од тога у којој фази се налази поступак пред државним органом односно судом“.⁴³⁾

Постоји континуирано позитиван став наше правне теорије према овим уставносудским компетенцијама, иако скоро да о томе нема целовитих литерарних извора.⁴⁴⁾ Сматрало се да и сама институционализација механизма за решавање конфликта надлежности делује превентивно; она даје могућност уставном суду да утиче на “јустицијализацију” политике.⁴⁵⁾ Истицао се системски значај ове надлежности нарочито у земљама које су опредељене за успостављање принципа правне државе, а њен допринос се нарочито видео у разрешавању односа између уставних институција, без обзира на разлог спора односно без обзира на то да ли спор о питању надлежности настаје због нејасне

42) Одлука Уставног суда у предмету ПУ-бр. 270/04 од 15. јула 2004. године, “Службени гласник РС“, бр. 82/2004.

43) Славнић, Љ. “Решавање спорова о надлежности – традиционална уставносудска надлежност“, *Правни живот* бр. 12/2005, Том IV, стр. 1185.

44) Ни Саветовање које је одржано приликом обележавања 40 година постојања Уставног суда Србије у Београду 23. 12. 2003. године није искоришћено као прилика да се ова надлежност ближе осветли (осим посредно, кроз залагање за начело поделе власти).

45) Фира, А. *Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља*, Том III, Нови Сад, 1999. год. стр. 124.

норме о томе ко је надлежан да одлучи у одређеној ствари или је у позадини тог спора одређени сукоб политичких интереса.

*Устав Републике Србије из 2006.*⁴⁶⁾ је четврти устав Србије који обезбеђује егзистенцију Уставног суда у републичкој организацији власти, чиме се потврђује вредносни став да он представља ефикасно институционално решење за постизање једног важног циља – успостављање начела владавине права. У претходним уставима Србије није било битних промена у основној концепцији ове надлежности Уставног суда Србије. Међутим Устав Србије од 2006. године доноси неке битне промене, проширујући његове надлежности по врстама и обиму. Тако у одредбама о надлежности Уставног суда Устав утврђује еnumerативном методом чак *четири врсте сукоба надлежности*: 1) сукоб надлежности између судова и других државних органа, 2) сукоб надлежности између републичких органа и покрајинских органа или органа јединица локалне самоуправе, 3) сукоб надлежности између покрајинских органа и органа јединица локалне самоуправе, и 4) сукоб надлежности између органа различитих аутономних покрајина или различитих јединица локалне самоуправе. С обзиром на то да се у јавноправне спорове могу уврстити сукоби надлежности у којима је бар један учесник државни орган, произлази да јавноправни карактер немају сукоби надлежности у којима су једини учесници органи аутономних покрајина и органи јединица локалне самоуправе који не спадају у државне органе (члан 168. став 2. тач. 3. и 4). Има мишљења да неки од тих спорова уопште нису уставни спорови, али да се више него до сада истиче његова функција конфликтног суда.⁴⁷⁾

Устав од 2006. године је у односу на претходни Устав проширио ову врсту надлежности тако што је проширио број субјеката између којих може настати сукоб надлежности. Према учесницима поступка, Уставни суд је надлежан за решавање две врсте спорова о питању надлежности: 1) да у функцији заштите начела поделе власти одлучује о сукобима надлежности између државних органа носилаца законодавне, извршне и судске власти (хоризонтални); и 2) да решава сукобе надлежности између различитих нивоа и облика територијалног организовања у Републици (вертикални).

Полазећи од карактера спора, Устав и Закон о Уставном суду⁴⁸⁾ утврђују да су у овој надлежности учесници у поступку пред Уставним судом: државни и други органи који прихватају, односно одбијају надлежност, као и свако ко због прихватања, односно одбијања

46) “Службени гласник РС”, бр. 98/2006. године; члан 168. став 2, тач. 1-4. Устава РС.

47) Марковић, Р. *Предговор Устав Републике Србије – критички поглед*, Београд 2006, изд. ИПД Јустинијан ДОО, стр. 49.

48) “Службени гласник РС”, бр. 109/2007. и 99/2011.

надлежности није могао да оствари своје право, опредељујући тако да постоје тзв. позитивни и негативни сукоби надлежности. У случају када органи одбијају надлежност, захтев за решавање сукоба надлежности подноси се у једном релативно кратком року од 15 дана од дана правноснажности, односно коначности одлуке другог органа који се огласио ненадлежним.

Уређујући посебан Поступак за решавање сукоба надлежности Закон утврђује да Захтев за решавање сукоба надлежности из члана 167. став 2. тач. 1. до 4. Устава, подноси један или оба органа који су у сукобу, као и лице поводом чијег је права настао сукоб надлежности. Захтев за решавање сукоба надлежности садржи назив органа који прихватају или одбијају надлежност и разлоге на основу којих то чине, а поступак се сматра покренутим оног дана кад је захтев предат Уставном суду. Рок за одговор органа који су у сукобу надлежности је осам дана од дана достављања. Уставни суд може одредити да се до окончања овог поступка прекине поступак пред органима између којих је настао сукоб надлежности. Поред ових посебних правила уставносудског поступка која важе само за ову надлежност, у поступку решавања сукоба надлежности примењују се и сва она процедурална правила која имају значење основних начела уставносудског поступка.⁴⁹⁾

Уставни суд у овој надлежности одлучује у форми решења које има правно дејство од дана достављања органима који су у сукобу надлежности, односно лицу поводом чијег је права настао сукоб надлежности. Тим решењем Уставни суд поништава и акте које је донео ненадлежни орган.

Уопште узевши, у земљама у транзицији, овлашћење уставног суда да решава спорове о питањима надлежности добија на значају као правни пут решавања спорова између државних органа организованих на принципу поделе власти, што доприноси њиховој стабилизацији на путу изградње новог друштвеног поретка. Када је донет Устав Србије 2006. године, иако свесни да ова надлежност није код нас много коришћена, веровали смо да се она може показати као користан коректив нејасних уставних и законских одредби у вези са расподелом надлежности (хоризонталној и вертикалној), као и да Уставни суд своју улогу конфликтног суда може искористити у прилог начелу владавине

⁴⁹⁾ Та основна начела су: начело уставности и законитости, начело колективног одлучивања, службена употреба језика и писма, начело јавности рада, начело бесплатности, начело сходне примене других процесних закона и начело писмености и усмености. Славнић, Љ. “Начела уставносудског поступка“, *VOX JURIS*, бр. 3-4/2009, Београд 2009, стр. 74-89; и “Модификација начела уставносудског поступка изменама Закона о Уставном суду“, Зборник са научног скупа одржаног у Новом Саду 29-31. марта 2012. године *Савремене тенденције развоја правних система држава у региону*, Нови Сад, 2012, стр. 11-28.

права према којем је власт у поступању везана својим уставним и законским овлашћењима и правима и слободама грађана.⁵⁰⁾ Наиме, “једино одлука Уставног суда, као непристрасног и ауторитативног државног органа, може имати објективни карактер“.⁵¹⁾

Да ли је пракса потврдила ову надлежност и какав је њен значај у односу на основне уставне функције Уставног суда? И уз евидентан пораст броја захтева, стандардни статистички подаци о раду Уставног суда у овој надлежности⁵²⁾ нису импресивни, нарочито ако се упореде са укупним бројем предмета у раду, а пре свега у надлежности нормативне контроле или уставним жалбама. У периоду од шест година (2007-2012) број предмета у раду у овој надлежности се кретао од 7 до 372. Најмање предмета је решено 2009. (4) а највише 2010. (314). Решавани су позитивни и негативни сукоби надлежности који су били преовлађујући.

Према учесницима спора, поступак решавања сукоба надлежности се водио (нпр. у 2008. години): између судова опште надлежности и Пореске управе; између општинске управе и суда по захтеву за враћање задружне имовине; између градске, односно општинске изборне комисије и Републичке изборне комисије за одлучивање о приговорима бирача у локалним изборима (за одборнике Скупштине града Зајечара, Скупштине града Ниша и Скупштине општине Владичин Хан), а Уставни суд је донетим решењима утврдио надлежност одговарајуће градске, односно општинске изборне комисије. Правну сложеност ових предмета илуструје и спор између Трговинског суда у Београду и На’родне банке Србије у поступку извршења решења Народне банке Србије о ликвидацији и одузимању дозволе за рад Кредитно-експортне банке а. д. Београд, као и "Астра банци" а. д. Београд, и одређивању привремене мере обезбеђења. Уставни суд је донео решења којима је утврдио да Трговински суд у Београду није надлежан за одлагање спровођења извршења решења гувернера Народне банке Србије, односно за одређивање привремене мере обезбеђења налагањем одређених обавеза Народној банци Србије према банкама у поступку ликвидације.

Од неколико стотина захтева за решавање сукоба надлежности између прекршајних судова и органа управе током 2010. године највећи број захтева доставиле су подручне царинарнице Министарства финансија за решавање сукоба надлежности са прекршајним судовима поводом царинског прекршаја. Један број ових спорова Уставни суд је

⁵⁰⁾ Славнић, Љ. *Уставно право*, Нови Сад, 2007, стр. 343.

⁵¹⁾ Ненадић, Б. “Организација и надлежност Уставног суда“, *Правни информатор* Београд, март 2007, бр. 3/2007, стр. 15.

⁵²⁾ Извор: годишњи прегледи рада Уставног суда у периоду 2007-2012, објављени на Сајту Уставног суда Републике Србије

решио тако што је стао на становиште да је Управа царина надлежна за вођење првостепеног царинског прекршајног поступка за прекршај прописан Царинским законом и другим прописима којима јој је то дато у надлежност. Ипак, у највећем броју предмета (241) је утврђена надлежност прекршајног суда.

У току 2011. године, највећи број предмета (од 92) се односио на решавање негативног сукоба надлежности и то: између прекршајних судова с једне стране и органа државне управе (Министарства финансија, Министарства унутрашњих послова – саобраћајне полиције) с друге стране. У сукобу надлежности између Жалбене комисије судова с једне стране и Високог савета судства у поступцима по приговору на решења вршилаца функције председника основних судова, вишег и Управног суда, с друге стране, Уставни суд је донео 7 решења о утврђивању надлежности Високог савета судства.

Праксу у 2012. години сматрамо посебно илустративном за упоређивање са другим судским надлежностима јер је у раду Уставног суда било укупно 21.343 предмета, а “ШУ” предмета који се односе на решавање сукоба надлежности (члан 167. став 2. тач. 1. до 4. Устава) укупно је било 136. Посматрано према учесницима, у највећем броју предмета Уставни суд је одлучивао о сукобу надлежности између прекршајног суда и других државних органа. Према карактеру, највећи број предмета односио се на захтеве за решавање негативног сукоба надлежности у примени Царинског закона, који су настали између прекршајних судова и органа управе – Министарства финансија (Управе царина, односно подручних јединица).

5. Закључак

1. Традиционални домен Уставног суда Републике Србије да решава сукобе надлежности у непосредној је повезаности са структуром државе и принципом организације власти, од којих зависе уставни учесници поступка.

2. У оквирима упоредно познатих уставних решења, пред Уставним судом се решавају спорови о томе ко треба да реши неко питање. Прикривени конфликти интереса, политичких и економских, решавају се правним путем без могућности призива на одлуку Уставног суда. У периоду од пола века, најважнија тековина је уважавање и коришћење Уставног суда Републике Србије за компетентно решавање оваквих системски непожељних спорова.

3. Ако су сукоби надлежности израз слабости система, њихова малобројност је његова врлина. Зато је ова надлежност много значајнија него што изгледа према броју предмета, а резултати Уставног

суда у заштити начела уставности и законитости решавањем сукоба надлежности, уз све слабости и ограничења, су поуздана потврда да је он остваривао намењену улогу.

Ето важног института правне државе којим можемо бити релативно задовољни.

Ljiljana Slavnić

PhD, professor at the Faculty of Law for Economics and Justice,
Novi Sad

Summary

RESOLVING CONFLICTS OF JURISDICTION - TRADITIONAL DOMAIN OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

The authority of the Constitutional Court to resolve disputes on issues of jurisdiction is *materia constitutiones* of recent times, as the constitutional courts are institutions of a modern state. The Constitutional Court of Serbia, ever since it was established has jurisdiction to resolve disputes on jurisdiction issues. Comparative review of the traditional forms of dispute resolution on matters before the constitutional courts in seven European countries, provides the basis for evaluation of its constitutional powers. Review of dispute resolution on jurisdiction issues in the former Yugoslavia and in the common state of Serbia and Montenegro, confirms that there is a direct impact of the structure of the state on the constitutional participants in this particular process. The Constitution of Serbia since 2006. extends this jurisdiction of Constitutional Court even to disputes that are not part of the public law. Although conflicts of jurisdiction in practice rarely occur, their competent resolution confirmed the importance of the Constitutional Court in protecting the rule of law. The author concluded that if the conflicts of jurisdiction are the weakness of the system, their small number is its virtue.

Key words: constitutional court, conflicts of jurisdiction, participants, public authority, rule of law

ПРОБЛЕМ ПОЛИТИЗАЦИЈЕ И САСТАВ УСТАВНОГ СУДА

Имајући у виду значај уставног судске функције, избору судија уставног суда се посвећује посебна пажња. Међутим, управо због тога што контролише рад свих државних органа постоји ипак избора судија уставног суда је често високоолигизован. Поставља се питање у којој мери је могуће уставним нормама обезбедити да судије уставног суда буду правници доказане и неспорне стручности, али и беспрекорне моралности. Досадашње компаративно, али и искуство Србије указује на то да постоји избора судија уставног суда неминовно оставља одређени степен арбитрарности главним политичким актерима. Ипак, постоје и одређена институционална јемства која могу да обезбеде да кандидати за судије уставног суда буду деолигизовани. У том смислу, у што већој мери треба прецизирати и објективизовати стандард "искључити правник", као услов који кандидат мора да испуњава да би био изабран за судију. Осим тога, треба обезбедити што транспарентнији постоји избора судија уставног суда у коме би се, након конкурса, са свим кандидатима обавили јавни разговори. На тај начин, уколико би се неодговорно присвојило избору судија уставног суда то би несумњиво било санкционисано на наредним изборима за представничке институције.

Кључне речи: Уставни суд, Устав Србије, политизација, уредни конституционализам, владавина права.

1. Увод

У којој мери ће уставни суд остваривати своју улогу заштитника устава и јемца уставом установљене равнотеже власти превасходно зависи од његовог састава. Наиме, људи уливају живот правним институцијама и начин на који ће оне заживети у пракси првенствено зависи од њиховог персоналног састава. Управо из тог разлога поступак

* Ванредни професор Криминалистичко-полицијске академије у Београду.

избора и састав уставног суда је, по правилу, материја која се уставом уређује. Разуме се, постоје и изузеци од овог правила, али решење које препушта законодавцу да ближе уреди поступак избора судија уставног суда, несумњиво слаби положај овог органа и лабави институционална јемства његове самосталности.

Будући да уставни суд контролише рад свих државних органа избор његових судија представља не само политички осетљиво, већ и институционално деликатно питање, јер истовремено треба ускладити неколико, донекле противречних захтева. *Прво*, неопходно је обезбедити самосталност и независност уставног суда од државних органа који учествују у његовом формирању. *Друго*, у што већој мери је потребно сачувати његову функцију неутралне власти, јер “Уставни суд, свакако, не би смео не само да уђе у политички процес, него ни да прилази превише близу процесу политичког одлучивања који је резервисан за парламент и владу”¹⁾. *Треће*, начин избора судија треба да обезбеди одговарајући легитимитет уставном суду, јер је његова функција да контролише представничко тело које, будући изабрано од стране грађана, располаже непосредним политичким легитимитетом.²⁾ *Четврто*, потребно је установити такав изборни поступак који ће јамчити да за судије уставног суда буду бирана лица одговарајућих професионалних и личних квалитета. *Пето*, састав уставног суда треба да одражава плуралистичку структуру државе и друштва, водећи рачуна о етничким, језичким, регионалним и другим специфичностима.³⁾

Усклађивање ових захтева подухват је раван трагању за квадратуром круга. То настојање постаје још сложеније у транзиционим друштвима у којима уставносудска функција нема изграђену традицију и у којој представничке институције још нису довољно сазреле, тако да уставни суд треба да буде неопходан коректив њиховим недемократским тежњама.

2. Уставни суд србије од 1990. до 2006. године

Имајући у виду да је Устав Србије из 1990. године изазивао противречне ставове може се запазити да су уставна решења којима се уређује Уставни суд изазивала најмање спорења у теорији.⁴⁾ Општи утисак

1) О. Вучић, Д. Стојановић, “Уставно судство на пресеку права и политике“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, стр. 102.

2) О односу уставног суда и парламента видети: С. Орловић, *Владавина уставна или уставног судства*, Нови Сад, 2013, стр. 35-46.

3) К. Трнка, “Нужност ревизије уставних рјешења о избору судија уставних судова у БиХ“, Е. Шарчевић (ур), *Ко бира судије уставног суда?*, Сарајево, 2012, стр. 144.

4) Видети: Д. Симић, *Полупредседнички систем*, Београд, 2008, стр. 293-309.

је био да је овим уставом учињен значајан квалитативан помак у конституционализовању органа уставносудске функције.⁵⁾ Организационој и функционалној самосталности овог органа доприносила су уставна решења која су предвидела да је функција судије Уставног суда стална, да судије Уставног суда уживају имунитет као и народни посланици, и да о њиховом имунитету одлучује сам Уставни суд (члан 126). При томе, екстензивно је постављено начело инкомпатибилитета у вези са обављањем функције судије Уставног суда, јер судија Уставног суда није могао вршити другу јавну функцију или професионалну делатност. Такво уставно решење водило је ка знатном “осиромашењу” састава Уставног суда, јер у овај орган нису могли улазити професори правних факултета.⁶⁾ Наиме, “уставна обавеза одрицања од професуре ради прихватања угледне, али сложене и одговорне функције, у условима рађања политичког плурализма, одбијала је истакнуте правнике из реда универзитетских професора“⁷⁾.

Када је реч о поступку избора судија Уставног суда, као и у дотадашњој југословенској уставноправној пракси, нису прецизирани услови за избор судија. За минули период тако нешто је било сасвим логична последица положаја Уставног суда у недемократском систему јединства власти, али настојање да се изврши раскид са социјалистичком уставношћу наметала је и потребу прописивања посебних услова за судије уставног суда, будући да овај орган добија нову мисију у систему власти - мисију уравнотежења различитих грана власти.

Такође, могла се чути примедба да установљена уставна решења нису сагласна са принципом поделе власти, јер су у поступак избора судија биле укључене само легислатива и егзекутива, и то тако што је председник Републике предлагао кандидате за судије Уставног суда, а Народна скупштина их је бирала. Наиме, како се истиче у теорији, принципу поделе власти “више одговара решење да свака власт сама изабере одређени број судија.“⁸⁾ Несумњиво је да се поменута опаска не може оквалификовати нетачном, но, имајући у виду да уставносудска функција нема само правну, већ да има и изразиту политичку димензију, разумљиво је то што је упоредноправно учесталије решење на

5) Видети: А. Фира, “Уставни суд у Уставу Републике Србије“, *Архив за правне и друштвене науке*, 2-3/1991, стр. 318; Љ. Славнић, “Јемства уставности у новом уставном уређењу Републике Србије“, *Архив за правне и друштвене науке*, 2-3/1991, стр. 326; Д. Стојановић, *Устав и политичко законодавство Републике Србије*, Ниш, 1991, стр. 118.

6) В. Петров, “Зашто судија уставног суда (не)мора бити истакнути правник?“, Шарчевић (ур), *Ко бира судије уставног суда?*, стр. 232.

7) *Ibid.*

8) Д. Стојановић, *Устав и политичко законодавство Републике Србије*, стр. 119.

основу кога су у поступак избора судија уставног суда укључене само две гране власти политичког карактера, легислатива и егzekутива.

Без обзира на то што је уставотворац установио институционалне претпоставке за његову делотворност, Уставни суд није остваривао своју мисију отеловљења начела уставности и законитости. Разумљиво је да се, након једног ауторитарног периода у коме је уставносудска функција требало да послужи само као параван који ће номинално да сведочи о оданости начелу уставности и законитости, није могло очекивати да ће Уставни суд самоуверено преузети улогу последње, непремостиве и непробојне бране Устава.

Истовремено, будући да стручна афирмисаност и морална непоткупљивост нису била мерила о којима се превише бринуло када се вршио избор судија Уставног суда, његов персонални састав, чак и номинално, није био довољан јемац остваривања Уставом прокламоване функције овог државног органа. О суноврату Уставног суда може да посведочи и чињеница да је функцију председника Уставног суда у једном значајнијем временском интервалу вршио Ратко Бутулија (1996-2001), иначе економиста по струци. Кооперативност Уставног суда је посебно долазила до изражаја у оним предметима који су се односили на политички веома осетљива питања (Уставни закон о изменама и допунама Уставног закона за спровођење Устава РС, Закон о избору народних посланика, Закон о избору председника Републике, Закон о ванредном стању).⁹⁾

Посебно је упадљива континуирана суздржаност Уставног суда у области изборног законодавства које је неретко “било инструмент изборне манипулације”.¹⁰⁾ Уставни суд је био веома рестриктиван и када је реч о изборним споровима. У периоду од 1990. до 2004. године Уставни суд Србије се само у два случаја огласио надлежним за решавање изборног спора.¹¹⁾ Уставни суд је избегавао да заснива своју надлежност у изборним споровима првенствено због превасходно политичког карактера тих спорова.¹²⁾

Уколико би у најкраћем требало сумирати функционисање уставносудске функције у Србији од 1990. до 2006. године, могло би се рећи да је избор судија Уставног суда, али и његов потоњи рад био увелико политизован.

9) Видети: С. Чишлић, Љ. Славнић (пр), *Уставни суд Србије – четрдесет година постојања, 1963-2003. година*, Београд, 2003, стр. 28.

10) М. Пајванчић, *Србија између устава и уставности*, Београд, 2005, стр. 36.

11) Видети: Б. Ненадић, “Изборни спорови у надлежности Уставног суда Србије”, у: М. Петровић (пр), *Уставно питање у Србији*, Ниш, 2004, стр. 279.

12) *Ibid*, стр. 267.

3. Избор и састав Уставног суда према Уставу Србије из 2006. године

С обзиром на то да Уставни суд није остваривао своју мисију и да је све време био маргинализован, постојало је готово неподељено мишљење да уставносудска функција треба да претрпи корените промене. Заиста, најзначајније новине у Уставу из 2006. године тицале су се управо организације и рада Уставног суда.¹³⁾

Број судија Уставног суда је битно промењен. Уместо дотадашњег решења које је предвиђало девет судија, Уставни суд се састоји од 15 чланова. Ова промена у организацији је логична последица проширене надлежности Уставног суда, при чему ће конституционализовање уставне жалбе додатно оптерећивати овај орган и представљати најпретежнији део његове активности. Међутим, Уставни суд са повећаним бројем судија може бити делотворнији само ако се његов рад, осим у пленуму, организује и по већима. Ипак, препреку његовом ефикаснијем раду представља уставно решење које предвиђа да Уставни суд одлуке доноси већином гласова свих судија Уставног суда (члан 175, став 1).¹⁴⁾ Ова јасна и недвосмислена одредба Устава је грубо повређена Законом о изменама и допунама Закона о Уставном суду из 2011. године којим се предвиђају Велико веће, кога чини председник Уставног суда и седморо судија, и Мало веће, које се састоји од троје судија (члан 42). Имајући у виду да ће најпретежнији део његове надлежности припасти овим новоустановљеним формацијама рада, примат је, дакле, дат ефикасности Уставног суда, која се обезбеђује на неуставан начин.

Предвиђен је и нов начин избора судија Уставног суда. Уместо решења које је значајно критиковано у теорији и које је давало превелику моћ шефу државе, прихваћено је решење на основу кога свака од три гране државне власти учествује у поступку избора судија. На тај начин се успоставља својеврсни систем тежа и противтежа, тако да Уставни суд, своју егзистенцију не дугује ниједном посебном органу, што му пружа много већа јемства да ће у свом раду бити самосталан и независан. У том смислу, предвиђено је да пет судија Уставног суда бира председник Републике између десет кандидата које предложи Народна скупштина, пет бира Народна скупштина између десет кандидата које предложи председник Републике, а преосталих пет судија Уставног суда именује општа седница Врховног касационог суда између

13) Видети: Р. Марковић, "Уставни суд у Уставу Републике Србије из 2006. године", *Анали Правног факултета у Београду*, 2-2007, стр. 19-46.

14) Видети: О. Вучић, "Нови устав Републике Србије и Уставни суд", *Правна ријеч*, 10/2007, Бања Лука, стр. 137.

десет кандидата које на заједничкој седници предложи Високи савет судства и Државно веће тужилаца (члан 172).

Стиче се утисак да је на овом пољу значајно ослабљена позиција председника Републике, јер је по уставном решењу из 1990. године председник Републике предлагао кандидате за председника и све судије Уставног суда чији је избор био у надлежности Народне скупштине. Ипак, с обзиром на то да је функција судија Уставног суда била стална, могло се очекивати да ће бити председника који неће бити у прилици да за време трајања свог мандата искористе ово своје право. Уједно, председник Републике је при вршењу овог права увек морао да води рачуна о расположењу парламентарне већине чиме је његова слобода, при предлагању кандидата за судије Уставног суда, била знатно сужена.

Без обзира на то што се у први мах може учинити да је Уставом из 2006. године предвиђено решење које на адекватнији начин удовољава захтевима начела поделе власти и њему се могу упутити речи критике: “Овде одмах ваља запазити и да се председник Републике јавља као орган који има највећи утицај на избор судија Уставног суда, или бар већи од остала два органа власти. Он о том избору, за разлику од остала два органа, као да ‘претеже’. Наиме, иако не одлучује о избору десет судија у целисти, он има прилику да утиче на избор више од једне трећине судија, у мери већој од оне која се јавља на страни представничког тела. Тај утицај је већи ако је председник Републике припадник исте политичке опције која има већину у парламенту, и која, из тог разлога, пресудно утиче на избор кандидата за судије Уставног суда и то у два маха, једном код предлагања, други пут код именовања.”¹⁵⁾ Дакле, овако установљено решење у великој мери зависи од ванинституционалних, политичких фактора, јер се значај позиције шефа државе мења у зависности од његовог односа са парламентарном већином. Уколико је председник Републике лидер парламентарне већине јасно је да једна политичка опција одређује 2/3 судија Уставног суда, чиме се нарушава установљени систем тежа и противтежа, што је и основна слабост оваквог институционалног модела.

Да би једно лице било изабрано за судију Уставног суда, неопходно је да испуњава три услова, од којих су два прецизна, а један неодређен и подложен различитом тумачењу. Тако, кандидат за судију Уставног суда, поред тога што се захтева да има најмање 40 година живота и 15 година искуства у правној струци, треба да буде и истакнути правник. Имајући у виду да је уставотворац као услов за кандидовање предвидео дужину професионалног искуства, чини се да је било

15) О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република*, Београд, 2010, стр. 111.

непотребно кумулативно предвидети и одговарајућу старосну доб, посебно што се она на неки начин и подразумева уз испуњење претходног услова. Када је реч о захтеву да кандидовано лице буде “истакнути правник“, може се рећи да овај стандард подразумева да се ради о “правнику који се издваја по професионалним достигнућима од осталих правника.“¹⁶⁾ Устав не захтева постојање одређених личних својстава од кандидата за судије уставног суда (на пример “највиши морални квалитети“, “морални интегритет“, “беспрекорна репутација“ и “поштење“), јер се, како се истиче, “она сама по себи подразумевају за носиоце ове важне функције.“¹⁷⁾

У прилог остваривања њихове независности, уставотворац је предвидео да судија Уставног суда “не може вршити другу јавну или професионалну функцију нити посао, изузев професуре на правном факултету у Републици Србији“. Устав из 2006. године је учинио значајан квалитативан помак на овом пољу, јер претходни устав није предвиђао никакве изузетке од инкомпатибилности уставносудске функције са било којом јавном или професионалном делатношћу.

Од недопуштених утицаја егзекутиве на његов рад судију Уставног суда штити имунитет који је истоветан оном којим располажу парламентарци. Судија Уставног суда не може бити члан политичке странке. Ово решење, разуме се, требало би да спречи политизовање како самог избора судија Уставног суда, тако и њиховог потоњег рада. Међутим, овакво решење не спречава да номинована лица за судије Уставног суда буду припадници политичких странака. Њихова једина обавеза би била да након свог избора за судију напусте чланство у политичкој странци. У том смислу, постојеће уставно решење не пружа довољна јемства да избор судија Уставног суда неће бити политизован.

Не може остати занемарено да су многа питања од значаја за избор судија Уставног суда остала неуређена, што оставља широк простор за арбитрарност у поступању органа који учествују у његовом формирању. Међу правно неуређена питања могу се убројати: “ко и како покреће поступак избора и именовања судија; како се оглашавају (обзнањују) упражњена судијска места; како тече поступак утврђивања листе кандидата; како се утврђује који кандидати испуњавају услове да буду на листи, односно да буду изабрани за судију; како се врши “одмеравање снаге кандидата” и утврђује њихова оспособљеност за вршење ове изузетне и посебне функције; може ли се листа “вратити подносиоцу”, тј. предлагачу, и ако може када и под којим условима; у ком

16) Р. Марковић, *Уставно право – приручник за полагање правосудног испитија*, Београд, 2009, стр. 178.

17) Б. Ненадић, “Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године“, *Предговор Закону о Уставном суду*, Београд, 2008, стр. 24.

року се пре истека мандата судији Уставног суда мора извршити избор, односно именовање новог судије и кад тај судија ступа на дужност... и друго“.¹⁸⁾ Ове правне празнине, уз непостојање адекватне уставне праксе, омогућавају инструментализовање поступка избора судија Уставног суда, што се, по правилу, и дешава у транзиционим друштвима.

4. Уставни суд Србије у светлости упоредног конституционализма

Уколико се осврнемо на ставове изражене у савременој теорији може се запазити да доминира мишљење да је идеалтипско решење оно у коме све три гране државне власти учествују у избору судија.¹⁹⁾ Ипак, и овај модел формирања уставног суда има своје опонентне. Пре свега се истиче да такво институционално решење рађа опасност да ће сваки од органа бирати “своје судије“ које ће, након тога, у свом раду морати да покажу лојалност телу које их је бирало.²⁰⁾ Међутим, у овом контексту, институционално решење у Србији има ту предност, јер је уставотворац изукрштао органе у поступку избора судија и то тако да један орган номинује кандидате, а да их други бира. Према томе, судије за свој избор не дугују захвалност искључиво једном органу, јер је у њиховом избору истовремено учествовало више органа.

Недвосмислено се истиче да највећи ризик од политизације у процесу конституисања суда постоји уколико је искључиво парламент надлежан за избор свих судија.²¹⁾ Међутим, упоредноправна пракса указује на то да овакво институционално решење није препрека за установљавање узорног уставног суда. Поучни примери могу бити Мађарска и Пољска. Иако се судије Уставног суда Пољске бирају од стране обичне парламентарне већине, ова држава је, дакле, без икаквог система тежа и противтежа, постојбина “најреспектабилнијег посткомунистичког уставног суда“.²²⁾ Ипак, додаје се да такав развој догађаја може бити последица и пуке случајности и среће.²³⁾ Не може се оспорити да је створена добра уставна пракса која подразумева да претежнији број судија Уставног суда чине угледни професори правних факултета.

18) Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова*, Београд, 2012, стр. 139.

19) Видети: R. Podolnjak, “Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi“, *Zbornik PFZ*, 3-2007, Zagreb, стр. 557.

20) W. Sadurski, *Rights Before Courts – A Study of Constitutional Courts in Post-communist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2005, p. 17.

21) D. Horowitz, “Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers“, *Journal of Democracy*, Vol. 17, No. 4, 2006, p. 131.

22) Z. Kuhn, J. Kysela, “Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries“, *European Constitutional Law Review*, 2-2006, p. 187.

23) *Ibid.*

Тако, од 15 чланова Уставног суда Пољске из 2005. године, 11 њих су универзитетски професори права.²⁴⁾

Када је реч о организацији Уставног суда Србије поставља се питање да ли је заиста било неопходно значајније повећање броја судија са девет на 15. У теорији је изнета стрепња да то може бити превелик и оптерећујући број судија.²⁵⁾ Компаративно посматрано, том институционалном променом, Уставни суд Србије се сврстава међу најбројније уставне судове. Већи број судија имају Русија (19), Украјина (18) и Немачка (16). Исти број судија имају уставни судови Италије, Чешке и Пољске.

Могло би се закључити да број судија Уставног суда мање зависи од бројности популације једне државе, а далеко више од ширине надлежности овог органа. У том смислу, ово битније повећање броја судија Уставног суда Србије се може сматрати оправданим. Јер, већи број судија би требало да допринесе ефикаснијем раду, његовој већој компетентности, али и обезбеђивању “уравнотеженог састава суда по више основа.”²⁶⁾ Ипак, мишљења смо да ова промена у организацији Уставног суда Србије има и своје негативне стране. Када је број судија уставног суда мањи, органи који их кандидују и бирају морају бити далеко опрезнији, јер ће њихове грешке бити упадљивије. Већи број судија омогућава да поред врхунских правника високих моралних квалитета за судије буду изабрана и лица која то својим дотадашњим професионалним животом нису заслужила. У том контексту изречено, чини се да је претходно институционално решење, које је предвиђало девет судија, било адекватније друштвено-политичком амбијенту Србије. Наиме, мањи број судија сведочи о томе да је реч о ексклузивном органу у чијем саставу треба да буде правнички крем једног друштва. Судије, на тај начин, постају препознатљивије у јавности, а то је несумњиво јако битно када тек треба изграђивати ауторитет уставног суда. Осим тога, што је уставни суд малобројнији, то је и већи значај његових судија које се у таквим околностима морају одговорније и савесније понашати.

У теорији доминира став да није добро решење да се судије бирају на неодређени мандатни период, односно до испуњења услова за старосну пензију.²⁷⁾ Изражено је мишљење да такво институционално решење не гарантује на задовољавајући начин “перманентну адекватност Уставног суда променама културолошких услова у земљи” (G.

24) *Ibid.*

25) О. Вучић, “Нови устав Републике Србије и Уставни суд“, стр. 137.

26) Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова*, стр. 86.

27) Мањи број држава предвиђа сталност судија уставног суда: Аустрија, Белгија, Турска, Јерменија, Босна и Херцеговина.

Zagrebel'sky).²⁸⁾ Чешће и потпуније освежавање судијског састава отклања опасност да Уставни суд постане “стерилни чувар мртвог слова устава.”²⁹⁾ У том смислу, укидање доживотног мандата судија Уставног суда се може сматрати унапређењем институционалног оквира уставносудске функције. Ипак, на овом пољу се упућује и једна од најзначајнијих примедби нормативном оквиру Уставног суда Србије која се односи на могућност реизбора судија. Наиме, сматра се да могућност реизбора значајно утиче на независност судија, јер постоји бојазан да ће они својом кооперативношћу настојати да обезбеде поновни избор. Ова стрепња је посебно оправдана код судија млађе старосне доби, којима након окончања изборног мандата предстоји још дуг временски период до старосне пензије. Међутим, постоји и наличје читаве приче, будући да поједини теоретичари сасвим оправдано упозоравају да забрана реизбора није довољно јемство да ће судије бити независне у обављању своје функције. Наиме, како је то истакао професор Гарлицки (*Lech Garlicki*), у случају непостојања реизбора, судије могу настојати да се, у току вршења своје функције, повежу са носиоцима политичке власти да би обезбедиле ухлебљење након истека свог мандата.³⁰⁾ Може се претпоставити да су у још незахвалнијој позицији судије које немају могућност да поново буду бирани за обављање уставносудске функције, јер ће морати да брину о својој егзистенцији и новом радном ангажовању након истека свог мандата. Ове проблеме неће имати само професори правних факултета, јер ће они са најмање потешкоћа моћи да наставе своју ранију професионалну каријеру.

Када је реч о условима за избор судија Уставног суда може се рећи да они значајније не одударају од институционалних решења која претежу у упоредном конституционализму.³¹⁾ Посматрајући посткомунистичку уставност може се уочити да услови за избор судија уставног суда, по правилу, садрже и доста неодређене и тешко проверљиве квалификације кандидата. У том смислу, неке од њих су “истакнути правник“, “уважени познавалац права“ или “правни стручњак“.³²⁾ Како се може запазити егзактни и објективизовани услови се, по правилу, комбинују са једним неодређеним стандардом који би требало да обезбеди да се уставни суд састоји од лица која имају “непоресив врхунски

28) V. Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale University Press, 2009, p. 100.

29) V. Žnidaršič, *Borba za ustavnost i demokraciju u Italiji*, Београд, 1979, стр. 230.

30) W. Sadurski, *Rights Before Courts – A Study of Constitutional Courts in Post-communist States of Central and Eastern Europe*, p. 15.

31) Више о томе: О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република*, стр. 97-102.

32) О. Вучић, “Нови устав Републике Србије и Уставни суд“, стр. 139.

правнички и морални углед“ (З. Томић).³³⁾ Међутим, ту је простор на коме право губи моћ и на коме долази до изражаја савесност и поштење кључних политичких актера, јер од њиховог избора судија зависи и на који начин ће функционисати уставни суд. Дакле, веома слична институционална решења могу да резултирају дијаметрално супротним ефектима. Према томе, још једном се може апострофирати да је за постојање независног и самосталног уставног суда неопходна политичка култура која подразумева свест о томе да је овај орган последњи заштитник демократског поретка и људских права и да је његово постојање у интересу свих.

Ако занемаримо већ афирмисане уставне судове са респектабилном традицијом, од младих демократских система похвале је вредан мађарски Уставни суд о коме се у теорији говори као о вероватно најактивнијем уставном суду, не само у централноевропским земљама, већ уопште на свету.³⁴⁾ Таквом, похвале вредном, развоју уставносудске функције у Мађарској допринело је институционално решење које захтева квалификовану, двотрећинску већину за избор судија Уставног суда, што је подразумевало изналажење компромиса између главних парламентарних странака и одабир најбољих кандидата без спорних места у професионалним биографијама.

5. Конституисање Уставног суда Србије сагласно Уставу од 2006. године

Осим паузе у свом раду од фебруара 2001. до јуна 2002. године, Уставни суд Србије није функционисао ни у периоду од октобра 2006. до самог краја 2007. године када је изабрано првих десет судија сагласно уставним решењима из 2006. године. До коначног конституисања Уставног суда дошло је тек априла 2010. године, када је изабрано преосталих пет судија од стране опште седнице Врховног касационог суда. Дакле, безмало две и по године Уставни суд је функционисао у окрњеном саставу, али то очигледно никога није претерано забрињавало. Могло би се рећи да је то била сасвим јасна порука владајуће већине да Уставни суд, као уосталом и друга контролна тела, представља само нужно зло које се невољно конституише.

Логичан епилог таквог политичког амбијента, али и непостојање развијене уставне праксе која би допуњавала недостатке правног оквира изборног поступка у коме је остављено широко поље арбитражности органима који номинују кандидате, је и потпуна исполитизова-

33) Наведено према: Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова*, стр. 137.

34) Видети: W. Sadurski, “Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy“, *European University Institute Working Paper*, 11-2001, p. 3.

ваност избора судија Уставног суда. Листу од десет кандидата Народна скупштина је саставила тако што је свака посланичка група предложила унапред договорени број кандидата.³⁵⁾ У овом предлагању кандидата за судије није учествовала политичка странка председника Републике, тако да се могло претпоставити да су десет кандидата које је предложио шеф државе заправо предлог те политичке странке. Да је реч о расподели изборног плена могло се закључити и на основу чињенице да се читав поступак одвијао иза затворених врата политичких елита, далеко од очију јавности, и да овлашћени предлагачи нису понудили образложења због којих би се могло закључити на основу којих то професионалних квалитета номиновани кандидати заслужују да буду оквалификовани као истакнути правници. У овом контексту је умесно присетити се опаске једног српског парламентарца који је поводом стручних квалитета кандидата “саркастично приметио да је “истакнути правник” онај правник који је истакнут на листу кандидата за судију Уставног суда”³⁶⁾. Могло би се претпоставити да би избор пет судија од стране Врховног касационог суда требало да буде најмање споран и без ушпица политике. Међутим, испоставило се да је тај део Уставног суда, који је при томе изабран без икаквог увида јавности, “стручно најспорнији, а политички најподобнији ... пошто су се приликом њиховог избора, поред страначких, ушлеле и рођачке везе”³⁷⁾.

Природа и обим овога рада не допуштају да се исцрпније упознамо са персоналним саставом Уставног суда, али се уопштено може рећи, да су за избор судија Уставног суда од личних и професионалних квалитета кандидата пресуднији били неки други фактори. О томе сведоче и речи доскорашње председнице Уставног суда Босе Ненадић: “Досадашња пракса избора, односно именовања (не само у парламенту) показује да се за поједине предложене кандидате, сем формалних услова..., тешко могло рећи да се радило о истакнутом правнику, односно лицу које је, пре свега, правничкој јавности, познато по стручности и знању. Било је и случајева да управо отпадно они кандидати са листе који су не само у стручној, односно правничкој, већ и општој јавности препознатљиви као правни стручњаци и за које се основано, на основу објективних мерила могло устврдити да спадају у врхунске правнике, односно да уживају углед признатог правног стручњака у земљи.”³⁸⁾

35) Видети: Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова*, стр. 102-103.

36) Видети: Р. Марковић, “Уставни суд у Уставу Републике Србије из 2006. године”, стр. 26.

37) К. Чавошки, “Уставни закон као спроведбени закон”, у: Р. Кузмановић (ур), *Споменица академику Гаши Мијановићу*, Бања Лука, 2011, стр. 85.

38) Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова*, стр. 150.

6. Закључак

Нормативно посматрано испуњен је највећи број институционалних претпоставки за постојање независног и делотворног Уставног суда у Републици Србији. Ипак, Уставни суд није остварио своју мисију непоколебљивог заштитника уставности. Досадашње искуство указује да је исполитизован и сам избор судија Уставног суда, а такође и његов потоњи рад. Поставља се питање на који начин је могуће кориговати постојеће недостатке институционалних гаранција независности уставносудске функције.

Несумњиво, први услов који би требало испунити је обезбеђивање транспарентног поступка избора судија уставног суда. У САД, примера ради, избор судија Врховног суда је главни медијски и политички догађај.³⁹⁾ Управо због тога што је бирачко тело све време упознато са током изборног поступка надлежни органи, пре свега шеф државе који номинује кандидате, су принуђени да воде рачуна о личним и професионалним карактеристикама будућих судија. За разлику од САД, избор судија уставних судова у Европи нема ранг главног медијског догађаја. У таквим околностима, где се избор судија одвија далеко од очију јавности, политичка култура игра пресудну улогу. Наиме, веома је битно да органи који учествују у изборном процесу имају свест о томе да за судије буду бирани непоткупљиви, морално беспрекорни људи доказаних професионалних квалитета, а не послушници, без моралног интегритета.

Да би се обезбедио што транспарентнији поступак избора неопходно је предвидети јавни конкурс за поуну упражњених места у уставном суду. При томе, требало би што екстензивније поставити могућност кандидовања за судије уставног суда, па чак омогућити и самокандидовање. Постојање јавних разговора са кандидатима такође је један од начина обезбеђивања транспарентности поступка, јер овлашћени предлагачи неће моћи да, изван видокруга јавности, провуку своје подобне кандидате. На тај начин, органи који номинују кандидате за судије мораће да имају ваљано оправдање зато што су се определили баш за одређена лица, а не за неке друге кандидате. Поред свега тога, требало би предвидети тајност гласања у поступку избора судија уставног суда, јер би такво институционално решење допринело да парламентарци гласају по својој савести, а не по налозима свог партијског руководства.

Један од битних недостатака нормативног оквира Србије је тај што овлашћени органи предлагања и избора судија уставног суда нису санкционисани уколико манипулишу изборним процесом и одлажу сам

³⁹⁾ Kuhn, Kysela, "Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries", p. 183.

избор судија. Дакле, неопходно је детаљно уредити поступак избора судија да се не би десило, као што је то био случај у два наврата, да Уставни суд Србије не функционише зато што нема довољан број судија. Обавезујући рокови за попуну упражњених места судија Уставног суда онемогућавају блокирање рада овог органа. У том смислу, уставни суд се штити “и тако што ће му се омогућити што брже конституисање, употпуњавање, а тиме и рад уопште.”⁴⁰⁾ Да би се предупредило опструирање поступка избора судија уставног суда, требало би предвидети решење, које би подразумевало распуштање парламента у случају да он није у стању да у одређеном року изабере судије уставног суда. На могућу примедбу да је такво решење радикално и непримено, могло би се одговорити да би претња распуштањем парламента била довољна опомена парламентарцима да буду конструктивни и делотворни при избору судија уставног суда. Уосталом, ако је могуће распустити парламент у случају да он није у стању да изабере владу у одређеном временском року, сасвим је оправдано да се због његовог нефункционисања при избору судија уставног суда поступи на истоветан начин, јер уставни суд је у савременој демократској уставној држави подједнаке важности као и влада.

Уставно решење које предвиђа учешће све три гране државне власти у избору судија уставног суда не би требало мењати, јер се тако ипак умањују могућности за политизацију изборног процеса. Већој независности Уставног суда би свакако допринела уставна промена која би предвидела квалификовану, двотрећинску већину за номинавање и избор судија од стране парламента. На тај начин, парламентарне политичке странке би биле принуђене да трагају за квалитетним кандидатима који би били прихватљиви и за позиционе и опозиционе странке. Такав амбијент свакако није погодан за избор судија било које идеолошке крајности,⁴¹⁾ што је уосталом и једна од најзначајнијих врлина оваквог институционалног решења. Неминовност проналажења компромиса између главних политичких ривала свакако доприноси развијању политичке културе у још увек младим и нестабилним демократским системима. Напослетку, како се истиче, избор судија уставног суда није ништа мање битан од самих уставних промена, тако да се са пуним оправдањем за избор судија може тражити она већина која се тражи и за промену устава једне државе, а то је у случају Србије двотрећинска већина.⁴²⁾

40) О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *Уставни судови бивших јуџословенских република*, стр. 107.

41) J. Ferejohn, P. Pasquino, “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, *Texas Law Review*, Vol. 82, No. 7, 2004, p. 1702.

42) R. Podolnjak, “Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi”, стр. 560-561.

Уместо могућности реизбора, требало би предвидети дужи, једномандатни избор судија. У теорији је запажено да су светли примери управо они уставни судови који се састоје од судија које имају високе правничке квалификације и који су именовани на дуг мандатни период, без могућности реизбора.⁴³⁾ Несумњиво, могућност реизбора ствара додатне ризике од политизовања рада уставног суда, јер ће судије настојати да пожељним владањем обезбеде нови мандат. Примерена дужина мандата у случају непостојања могућности реизбора би могла бити 12 година, као што је то случај у Немачкој.

Имајући у виду значај састава уставног суда неопходно је уставом прецизирати и објективизовати стандард “истакнути правник”, да би се у што већој мери избегла арбитрарност и политизовање поступка избора судија уставног суда. У том смислу, као неки од елемената појма “истакнути правник”, могло би се навести: положен правосудни испит (алтернативно, докторат правних наука), објављени радови или правна мишљења у референтним правним часописима, радно искуство које је употпуњено објављеним експертизама о отвореним правним питањима и које представљају допринос правној теорији и пракси, општепризната специјалност из бар једне правне области, доказана правним експертизама, успешном и признатом судском праксом.⁴⁴⁾

Уставна решења о избору судија уставног суда би требало да обезбеде равномерну представљеност више правничких професија.⁴⁵⁾ Отворено је питање у којој мери би поред правника из реда судија, тужилаштва, државне управе требало да буде професора права. Доминира мишљење да број судија уставног суда из академске заједнице треба да буде до половине његовог састава.⁴⁶⁾

Напослетку, да би се у што већој мери предупредио уплив политике у састав уставног суда, неопходно је конституционализовати решење које би предвиђало да кандидати за судије уставног суда не смеју бити чланови политичких странака или носиоци политичких функција одређен број година (на пример минимум пет).⁴⁷⁾

Како се на основу овог закључног осврта може закључити, извесно је да поступак избора судија уставног суда никада не може бити уређен потпуно објективизованим правним правилима. Одређен степен арбитрарности и политизације изборног поступка је неминовност

43) D. Horowitz, “Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers”, p. 130.

44) Видети: Е. Шарчевић, “Предговор“, у: Е. Шарчевић (ур), *Ко бира судије уставног суда?*, стр. 9

45) В. Петров, “Зашто судија уставног суда (не)мора бити истакнути правник?“, стр. 246.

46) Ц. Рибичић, *Људска права и уставна демократија*, Београд, 2012, стр. 127.

47) Е. Шарчевић, “Предговор“, стр. 8.

имајући у виду органе који учествују у поступку избора судија уставног суда. У том смислу, “циљ није деполитизација изборних процедура, али је деполитизација кандидата за судије уставних судова неопходна претпоставка за избор стручних и неутралних судија.“⁴⁸⁾

48) *Ibid.*

Darko Simović

Associate professor of the Criminal Police Academy in Belgrade

Summary

THE POLITICIZATION AND COMPOSITION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Regarding the importance of functions of the Constitutional court, special attention is paid to selection process for constitutional judges. However, since this court exercises control over all state administration authorities, selection process for constitutional judges is often heavily politicized. So, is it possible to provide that constitutional judges are lawyers of proven and unquestionable competence, but also of high moral integrity? Comparative experience so far, but also the experience of Serbia, implies that selection process for constitutional judges is unavoidably subjected to arbitrary decision of main political actors. But yet, there are some institutional guarantees that could provide depoliticization of candidates for constitutional judges. In that sense, it is necessary to clearly define and objectify the "distinguished lawyer" standard as a condition that must be met by candidates for constitutional judges. In addition, the entire selection process for constitutional judges should be as transparent as possible and include public interviewing of each candidate after the competition. Therefore, any irresponsible approach to the selection process for constitutional judges will be undoubtedly sanctioned at the next election.

Keywords: Constitutional Court, Constitution of Serbia, Politicization, Comparative Constitutionalism, Rule of law.

УСЛОВИ ЗА ИЗБОР СУДИЈА УСТАВНИХ СУДОВА - упоредна анализа 51 устава -

I

Међу бројним важним питањима у вези са Уставним судом као државним органом већ на први поглед пажњу привлачи чињеница да од свих у Уставу набројаних државних органа за само три од њих су прописани услови и то упадљиво високозахтевни услови у погледу квалитета његових чланова - Уставни суд Србије, Врховни савет судства, Државно веће тужилаца (чл. 153. ст. 4, чл. 164, ст. 4, чл. 172, ст. 5 Устава Србије).

Ако би било нетачно из ових чињеница извући закључак да су због тога ова три уставна органа важнија од осталих, онда свакако није нетачно и преурањено да је уставотворац очигледно желео истаћи да су за ове органе стручност, радно искуство и минималне године живота важније него за друге државне органе, од којих за неке такви услови уопште не постоје (нпр. Влада), или су прописани законима (нпр. редовни судови и други органи).

Ово питање постаје занимљивије када се већ на првом кораку анализе открије да иако Уставни суд у уставном систему Србије постоји читавих 50 година, ни у једном од претходних устава Србије, односно Југославије - од 1963, 1974. и 1990, односно 1992. године Уставом нису били прописани услови за избор судија тих судова. У читавом том периоду тек ће 1992. године Устав Црне Горе прописати услове за судије уставног суда Црне Горе, као што ће тек на основу Повеље државне заједнице из 2003. године бити прописани услови за избор судија Суда државне заједнице. Чини се да има довољно оправданих разлога да питање избора судија уставних судова размотримо упоредном анализом при чему ћемо се ограничити само на услове које садрже државни органи баш са таквим називом и таквом улогом тј. нећемо анализирати ни уставе ни државне органе који у различитим облицима имају неки вид контроле уставности и законитости јер бисмо тиме изгубили упоредивост и корисност закључака. Дакле, ако се искључи пет држава које немају институционализовани облик контроле уставности - Уједи-

* Професор Мегатренд Универзитета у Београду.

њено Краљевство, Либериа, Либија - ранији устав, Лесото и Холандија¹⁾ - у 179 других држава у свету постоји један од четири основна облика нормативне контроле: Уставни суд (европски и мешовити подоблик), Врховни суд (европски, амерички и мешовити облик), Уставни савет (француски и европски подоблик), облик тзв. *new commonwealth* и остали.²⁾ Међу тим облицима Уставни суд се налази у 51 држави при чему се у свима њима ради о органу тог типа иако се у два случаја зове Уставни трибунал (устав Андоре и Шпаније) а у једном Уставни савет (устав Екваторијалне Гвинеје).

II

На почетку ове анализе утврђујемо да од 51 устава који предвиђа уставни суд, у 13 устава нису прописани услови за избор чланова тих судова: Немачка, Мађарска, Луксембург, Литванија, Бенин, Екваторијална Гвинеја, Габон, Јемен, Сирија, Мадагаскар, Суринам и Јужна Кореја. То наравно не значи да услови за избор ових судова уопште не постоје већ само да нису прописани уставом, а у стварности су најчешће прописани посебним законима, а у њима садржани услови нису ништа блажи од оних који су прописани у уставима других држава. Тако на пример у случају судија немачког уставног суда одговарајућим законом је прописано да судије уставног суда морају испуњавати услове за избор судија редовних судова, услове за избор у Бундестаг, и имати најмање 40 година живота, у Литванији је законом прописано да судија мора бити држављанин, неспорног угледа, правног образовања и са десет година правног искуства или професорског стажа, у Луксембургу је састав суда такав да га чине и они који су већ судије - председник Врховног суда, председник Административног суда итд. а сличан је случај и у Јужној Кореји.³⁾

Из наведених чињеница већ на први поглед се закључује да је у већини држава (38) теже променити услове за избор судија него у онима где је то учињено законом и да то може бити разлог за њихово присуство или одсуство у уставу али то очигледно могу бити и други разлози о чему сведочи и пример Србије која је за 50 година постојања

1) На основу уставне реформе из 2008, CRA уведен је Врховни суд и први замеци англосаксонског облика индивидуалне контроле уставности.

2) Типологија је наведена према прегледној типологији др Арне Мавчића у тексту *Comparative constitutional analysis – Constitutional courts*, www.concourts.net. Занимљиво је да је угледна тзв. Венецијанска комисија усвојила студију под називом *The composition of constitutional courts* која је непрегледна и несистематична тј. обухвата све моделе нормативне контроле у избору од само 40 држава, *Venice Commission, Cdl-std (1997) 020*.

3) Уставни текстови који су овде цитирани могу се пронаћи на одговарајућим веб страницама, а посебно *Constitution finder* или *IACL data base*.

свог Уставног суда 43 године била без прописаних услова за њихов избор.

III

При преласку на разматрање прописаних услова који се налазе у 38 устава које смо анализирали констатујемо да постоје и два устава, односно две државе које су својеврсна мешавина ова два система, тј. за већи део свог састава су прописали услове а за мањи део нису - случај у Централноафричкој Републици - 2/9 и Мали - 3/9. На самом почетку ћемо поновити већ изнет закључак да се чини неспорним да постојање прописаних услова за избор судија у тексту Устава сигурно доприноси подизању улоге и значаја које Уставни суд има у тој држави и да се тиме ти услови чине трајнијим односно теже променљивим. Поред тога ти услови својом садржином предодређују природу уставног суда као државног органа.

Анализирањем садржаја 38 устава који садрже услов за избор судија установљавамо да се три услова јављају у већем броју устава него други и то су: образовање у свих 38, радно искуство у 26 устава и минималне године живота у 11 устава. Међутим, поред ова три типична и најчешће навођена услова у свим наведеним уставима пронаћи ћемо и још 17 других разноврсних услова који су навођени по један или у групи од више њих тако да поред типична три број судова досеже до пет (Азербејџан), шест (Чешка, Словачка, Украјина) и чак седам (Тајланд).

Већ смо истакли да је образовање прописано у свим уставима које смо анализирали, при чему је у 32 устава одређено да је то само правничко образовање а у осталих шест је алтернативно предвиђено да то образовање може бити и из неке друге области - политичке науке у Узбекистану, Тајланду и Монголији, јавни службеник - Италија, Турска, Тајланд, и професор универзитета - Турска. Треба напоменути да се у 28 од наведена 32 устава услов правничког образовања изричито - вербално утврђује, а да се у осталим случајевима неспорно закључује да се о том образовању ради тако што је прописано да се избор врши из реда судија, тужилаца, адвоката, професора права и сл. (Италија, Малта, Молдавија, Пољска, Словенија, Ангола, Монголија и Португалија). Занимљиво је да је у седам устава уз одређење правничког образовања употребљен и придев који је повисио степен очекиваног квалитета тог образовања, нпр. специјалиста (Белорусија), угледни (Хрватска), изузетни квалитет (Македонија, Албанија), истакнути (Србија, Црна Гора), поштовани (Пољска), висока компетенција и верзираност (Лихтенштајн).

Радно искуство представља други најчешће помињани услов и њега прописује 26 устава при чему се распон потребног искуства креће од пет до 30 година: пет година (Русија, Азербејџан, Грузија), десет година (Чешка, Украјина, Киргистан, Таџикистан), 12 година (Малта), 15 година (Албанија, Бугарска, Молдавија, Црна Гора, Србија, Словачка, Шпанија, Мали, Того, Чиле), 18 година (Румунија), 20 година (Италија, Турска) и 30 година (Тајланд). У два од наведених устава (Аустрија и Чиле) утврђено је да мора постојати искуство али не бројком већ придевом (велико, значајно, квалитетно) а у друга два устава – Андоре и Монголије - само да је искуство потребно.

Лако је закључити да велики број устава захтева дугогодишње стручно искуство највише између десет и 20 година, што свакако с једне стране отежава могућност избора али с друге стране сигурно побољшава квалитет рада суда.

Трећи чест услов при избору судија уставних судова односи се на минималну старосну доб кандидата у тренутку избора. По себи се разуме да овај услов може бити сувишан уколико се прописује заједно са радним искуством, јер радно искуство само по себи због дужине трајања формалног образовања веома помера старосну границу, близу педесетим годинама.

Најнижу минималну старосну границу прописује устав Русије - 25 година, затим у Турској и Тајланду је 45 година, у Азербејџану, Грузији и Таџикистану 30 година, у Киргистану 35 година, а 40 година у Чешкој, Србији, Словачкој и Монголији.

У посебну групу издвајамо оне уставе који су, поред наведених, уобичајених и најчешћих, прописали бар још један услов и то срећемо у 21 уставу.

Као такве ретке и необичне услове наводимо: право гласа (БиХ, Чешка, Словачка, Азербејџан), држављанство (Чешка, Словачка, Лихтенштајн, Украјина, Азербејџан, Грузија, Монголија, Тајланд), моралне особине (БиХ, Бугарска, Бурунди, Литванија), обавезан број странаца (БиХ, Лихтенштајн), редовна или ванредна професура (Италија, Турска), пребивалиште (Словачка, Малта), обавезан број жена (Централноафричка Република, Мали), познавање језика (Украјина), објективност и независност (Бурунди), часна служба држави (Мали), обавезна територијална представљеност покрајина (Таџикистан, Србија), кандидат из реда судија највиших судова (Тајланд, Малта, Луксембург, Италија, Бугарска), забрана чланства у партијама или неким посебним државним институцијама – изборне, одиторске, антикорупцијске и сл. комисије (Тајланд).

Треба одмах указати, иако се на први поглед ради о посебним условима које не предвиђају други услови, ипак се у суштини не ради о

новим условима, јер је највећи број њих инхерентно и обавезно присутан за све јавне функције у свакој држави и у ту групу спадају право гласа што је исто што и пословна способност, држављанство, пребивалиште, познавање језика итд, односно, то су општи услови за све државне функције па тако и за уставни суд. Ти и такви услови се понекад наводе, понекад не, и то је ствар правне технике. Но у погледу осталих, коментар ћемо дати касније.

IV

Изложена анализа омогућава да се закључи да су услови који су прописани у Уставу Србије за избор судија Уставног суда Србије у границама компаративних решења. Дакле, врста стручне спреме, стручно искуство и минималне године живота као услови које прописује Устав Србије срећу се у највећем броју устава које смо анализирали. Међутим, треба приметити да је Устав Србије уз врсту стручне спреме која се захтева употребио и придев којим је желео да посебно истакне квалитет захтеваности стручне спреме тако да се он разликује од просечно и разумно очекиваног квалитета за сваког правника. То је учинио тако што је рекао да се ради о истакнутом правнику. Иако постојање оваквих придева-квалитатива није много ретко, навели смо их у осам других устава, ипак то решење треба критиковати, јер није прецизирано једним другим актом шта је то истакнути правник и како се таквим постаје. С тим у вези је занимљива пракса у САД где номиновани кандидати за Врховни суд пролазе процедуру процене и оцене American Bar Association и то пре него што се о њима изјасни Сенат, тако што ће те кандидате оценити као задовољавајуће стручне или као нестручне. Занимљивост и значај овог решења је у томе што је процена квалитета кандидата поверена неспорно угледној и квалификованој институцији. Супротно томе, на основу наведених решења у Србији оцену о томе да ли је неко истакнут као правник даје једном предлагач, други пут онај који бира, а од три предлагача и три изборника два су за то некомпетентни – Народна скупштина и председник Републике, а само је Врховни савет односно општа седница Врховног касационог суда за то квалификована.

Минималне године старости очигледно нису шире прихваћене условом за избор судија Уставног суда (само у 11 устава), а очигледно је сувишан у свим оним уставима који истовремено прописују и радно искуство, какав је случај и са Уставом Србије. Када се са тога становишта упореде наведени уставни од 121 устава који предвиђају минимални старосни услов само један устав није прописао и радно искуство па се због тога може сматрати оправданим - Устав Монголије, тј. у том

случају је очигледно да се спречава да млађи и мање искусни кандидати заузму ту одговорну дужност. У свим осталим случајевима простим сабирањем минималних година потребних за стручну спрему и прописаног радног искуства најчешће се прелази минимална прописана старост кандидата што дакле дефинитивно тај услов чини сувишним. Вероватно се ту налазе разлози због чега само 11 устава уопште предвиђа старосну границу као услов.

Прелазећи на шири план закључивања очигледно је да се у 4/5 анализираних устава прописивањем стручног образовања понегде и уз придеве који указују на његов висок степен заједно са радним искуством очигледно показала интенција највећег броја уставотвораца да уставни суд као државни орган буде стручни, а не политички по свом саставу и начину рада. Другачије речено, рад и одлуке таквог органа морају се заснивати на стручним аргументима, а не на вредностима и циљевима моралног, идеолошког, партијског, религијског или неког другог карактера. У томе, а *contra*rio видимо и разлог зашто и код других државних органа који су политичког карактера - Парламент, Влада и сл. - таквих услова нема⁴⁾. Овако нормативно награђену стручност у уставним судовима потврђују и подаци о тренутном саставу неких уставних судова, па тако у Уставном суду Италије од 15 чланова седам су професори, шест судије високих судова, а два адвокати, у Уставном суду Немачке од 16 судија, десет су професори а шест судије других високих судова, док су у Војном суду САД од девет судија пет професори права. Међутим, уз ове податке, сада ћемо само поменути а касније ћемо коментарисати и то да су у италијанском уставном суду чак њих десет од укупно 15 пре места судије имали дуже јавне функције, у Немачкој осам од 16 а у САД четири од девет.

Пре самог краја још ћемо скренути пажњу на три посебна и ретка услова за избор судија која, упркос томе, заслужују посебан коментар.

Први од њих је услов да се обезбеди одређена територијална представљеност у саставу уставног суда. Овакав услов предвиђају уставни Србије и Таџикистана, тако што захтевају да најмање један, односно три, када је у питању Србија, од судија буде са територије покрајине. Разуме се да овај услов посебно коментаришемо јер га садржи наш устав али и због тога што је он типична карактеристика федералних државних конструкција и није типична за стручне већ за политичке органе, дакле, среће се нпр. у структури уставног суда САД али не као формално прописан. Постојање овог услова у Уставу Србије, свакако указује да обе покрајине, посебно Косово и Метохија

4) Antoanina Peri "Judicial independence vs. judicial accountability Comparative law review, 3/2011 p. 8-10.

имају не само посебан већ и већи значај него што је то уобичајено, остављајући по страни отворено питање шта у садашњем статусу Косова значи да је неки судија са територије Косова и Метохије.

Други, редак али значајан услов односи се на прописан минималан број жена у саставу уставног суда и срећемо га у уставу Малија – 2/9 и 3/9 у уставу Централноафричке Републике. Као и код претходног поменутог ради се о важном услову за обезбеђење одговарајуће социјалне структуре, али која није примерена стручним органима. Занимљиво је да у Уставном суду Србије и без тако прописаног услова има пет жена од 15 судија, што је процентуално више него у другим органима, у Уставном суду Немачке пет од 16 а у Шведској и САД осам од 16, односно четири од девет. Изненађење је да у актуелном саставу уставних судова Италије и Шпаније има само по једна жена међу 15 односно 11 судија.

Трећи случај занимљивог и ретког услова који се одражава на састав уставног суда је да се комбинује део састава са наведеним прописаним условима (већи део а да се за остатак, мањи део, не прописују никакви посебни услови). На особен начин о значају проширивања критеријума, па и слободе предлагача о томе говори и чињеница да у пракси велики број судија уставних судова које смо навели у Италији, Немачкој, САД итд, поред високих захтева стручности и искуства поседује и значајно искуство у обављању јавних послова различите врсте.⁵⁾

На крају се мора посебно истаћи да се савремена пракса тзв. уставно-судског активизма у склопу филозофије „thin rule of law“ која се последње деценије широко развила међу европским судовима нарочито под утицајем немачког уставног суда а вероватно достигла свој врхунац у тренутној системској блокади због сукоба мађарског уставног суда са Владом и парламентом, доводи нас пред питање нормативне концепције уставног суда и профила суда. Наиме, запажа се лакоћа и слобода којом се уставни судови у Европи данас, нарочито у Немачкој и Мађарској, али и у неким случајевима у Србији (случај реизбора судија, случај Топчидер и сл) одвајају од утврђивања међусобног правног односа аката и језичких значења тих аката и прелазе у сферу стварања права. Таква пракса с обзиром на то да је спонтана и далекосежна оправдано изазива бројна питања и забринутост јер је и судократија, како је писао Вудро Вилсон, чак и кад у судовима седе професори најугледнијих универзитета по својој суштини ипак само

5) О потреби уважавања политике у изборима и раду судија а не само права говоре бројни савремени аутори тако нпр. Н. Kritzer “Law ishemere continuation of politics by different means“, DePall “Law Review“, 2007, p. 423. P. Haberle “Role and impact of constitutional courts in a comparative perspective“, p. 68. итд.

олигархија и то без политичког легитимитета заснованог на непосредним изборима. Сукоб норми и праксе у овој области је толико важан и толико велики да не може још дуго трајати, а да се не оконча или променом избора и састава уставних судова или престанком овакве њихове праксе.

Vladan Kutlešić

Professor of the Megatrend University in Belgrade

Summary

REQUIREMENTS FOR THE ELECTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGES - comparative analysis of 51 constitutions

The analysis of requirements for the election of the judges for the constitutional courts was applied on 51 constitutions. The analysis proved that 38 courts have determined the requirements, while 13 have not. This does not mean that the requirements are entirely absent, because they are by default present in correspondent regulations. In all constitutions that do have determined the requirements, the education in the area of Law is required, while in majority of cases the additional professional experience is required as well, with the length of 10 to 20 years. In minor numbers of constitutions there is the third cumulative requirement, such as minimal age. In majority of analyzed constitutions there are specified requirements, determined only by that particular constitution, while among them the most common ones are general requirements for holding any position (citizenship, residence, etc.). Due to this, they are not stated in all the cases and for all positions. The Constitution of the Republic of Serbia, in relation to the comparative practice, belongs to the average, since all the three requirements determined by its Constitution are present in the analyzed comparative practice. By general means, determined requirements for the election of the constitutional court judges express the normative-expert conception of the jurisdiction and the work of constitutional courts. In that regard, they deny the legitimacy of the contemporary European practice, also known as court activism, because it turns the court into the creator of Law and not into the controller of the harmonization of the legal acts.

Key words: Constitutional court, judges, election requirements.

УСТАВНО СУДСТВО У ЗЕМЉАМА У ТРАНЗИЦИЈИ: ЛЕКЦИЈЕ ИЗ УПОРЕДНОГ ПРАВА

*Полазећи од различитих искустава земаља у транзицији, у овом раду ауторка анализира улоге, надлежности и допринос уставног судства консолидацији демократије након пада ауторитарног режима. Раг почиње кратким освртом на положај и могуће улоге уставних судова у периоду демократизације. Следи размајрање теоријских гледишта о природи контроле уставности у условима крхке демократије, конкретних примера надлежности којима је уставно судство допринело трансформацији друштвеног и правног поретка у земљама изв. нове демократије, и на крају, неопходних услова који су потребни да би уставни судови могли да остваре активни коаутори транзиционих промена. Ауторка истиче да је у периоду преласка из ауторитарног у демократски режим основни задатак уставног судства легитимисање нове државне власти путем гарантовања **владавине права**, за разлику од арбитрарне владавине људи (John Adams) која је карактерисала претходни, недемократски режим. У раду се посебно наглашава да успех у остваривању овог задатка не зависи само од основне претпоставке за његово вршење – материјалне и формалне независности уставног судства – већ и од спремноности самих уставних судова да у процесу политичке и правне трансформације транзиционог друштва преузму улогу незаобилазног ауторитета.*

Кључне речи: Уставни суд, владавина права, транзиција, демократска консолидација, контрола уставности.

1. Судска контрола уставности: уводне напомене

Већ више од два века дуга традиција судске контроле уставности показује да се ефикасна демократска владавина тешко може замислити без (уставног) судства и судија способних да разлику између (писаног) устава и уставне стварности сведу на минимум, осим тамо где специ-

* Редовна професорка Правног факултета Универзитета Унион у Београду.

фична традиција парламентарне супремације, као што је то случај у Великој Британији и Холандији, указује да се успешно одвијање демократских процеса може постићи и без ослањања на (уставно) судство.

Ипак, оно што је очигледно не значи да није спорно. Још од када је у историјском случају *Марбури против Мегисона* (*Marbury v. Madison*) Врховни суд САД закључио да је део судског мандата решавање уставних спорова, не престаје дебата о томе како помирити судску контролу уставности са демократијом и како успоставити идеалне домете те контроле.¹⁾

Проблематична карактеристика судске контроле уставности није само питање демократске легитимације, односно овлашћење (уставних) судова да ставе ван снаге акте које су усвојили демократски изабрани представници грађана, већ и отржењујућа чињеница о честом стварању ”савеза” између (уставних) судова и политичке већине у решавању најспорнијих политичких питања, односно о манипулацијама којим се владајућа већина користи да би уз помоћ ”пријатеља-судија” повећала свој утицај.

Проблеми о којима је реч присутни су, у већој или мањој мери, у свим јурисдикцијама у којима функционише контрола уставности. На пример, одлука Врховног суда САД у предмету *Citizens United*²⁾ најсвежији је пример ”противвећинске тешкоће” (*counter-majoritarian difficulty*) о којој је писао Бикел (*Alexander M. Bickel*) разматрајући проблем демократске легитимације уставне контроле³⁾, док потези политичке већине у Мађарској, усмерени на моделирање надлежности Уставног суда сходно партијским интересима, најбоље показују да рад уставних судова цвета и вене под утицајем најорганизованијих и најутицајнијих делова друштва.⁴⁾

Парадокси судске контроле уставности о којима је реч нарочито долазе до изражаја у савременим демократијама у којима је у току реконцептуализација начела поделе власти, што подразумева даље слабење модела парламентарне супремације и стварање ширег прос-

1) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

2) *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). У овом предмету Врховни суд САД прогласио је неуставним *Bipartisan Campaign Reform Act* (2002) у делу у којем је забрањивао независне политичке кампање корпорација, удружења или радничких синдиката. Забрана је уживала подршку Демократске и Републиканске партије, као и независних кандидата, због чега је одлука Суда предмет оштрих критика.

3) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962).

4) За критичко читање новог мађарског Основног закона вид. нпр. Gábor Attila Tóth, ed., *Constitution for a Disunited Nation: On Hungary's 2011 Fundamental Law*, (Budapest: CEU Press, 2012).

тора уставном судству унутар политичке утакмице, у којем оно делује као значајни вето играч.

О томе да су уставни судови актери у политичкој утакмици више нема сумње у уставној теорији. Разлог томе је политичка природа самог задатка који им је поверен - тумачења устава - због којег и постоји проблем компатибилности контроле уставности са демократијом.⁵⁾ Чињеница да је уставно судство овлашћено да стави ван снаге законе које су припремале и усвојиле политичке институције (влада и парламент), потврђује да одлуке уставних судова имају политичке конеквенце и да је право које ти судови стварају политичко право.⁶⁾ У прилог овом ставу говори не само накнадна већ и претходна контрола уставности, али и друге надлежности уставних судова, као што су надлежности у процесу *impeachment* председника, решавање сукоба надлежности у питањима хоризонталне и вертикалне поделе власти, забрана политичких партија или одлучивање о изборним споровима. Ово не значи да контрола уставности нема и типичну судску димензију, већ само прихватање чињенице да уставни судови нису аполитички органи, што је била дугогодишња мантра самих уставних судија, како у земљама ауторитарних режима (тамо где су ти судови постојали), тако и у земљама традиционалне демократије.

Иако политичке димензије судске контроле уставности отварају многа општа питања о стандардном моделу политичке демократије, ипак, однос између права и политике посебно долази до изражаја у демократијама у настајању, где правила политичке игре нису учвршћена и где су уставни судови изложени не само бескомпромисној борби политичких партија, корупцији и политичким манипулацијама, већ и наивној подршци коју јавност даје владавини већине (*majority rule*).

Основни задатак уставних судова у периоду преласка из ауторитарног у демократски режим је легитимисање нове државне власти гарантовањем владавине права, што подразумева спречавање ауторитарних и диктаторских тенденција које су обележавале претходни, недемократски режим. Успех у остваривању овог задатка не зависи само од испуњења основне претпоставке за његово вршење - материјалне и формалне независности уставног судства – већ и од спремности

5) Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, (Paris: Armand Colin, 1997), p. 60. Цитиран на енглеском језику у Wojciech Sadurski, *Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy*, http://washu.wsoldev.com/harris/conferences/constitutional-conf/Constitutional_Courts_Legitimacy.pdf p.16.

6) Вид. нпр. Alec Stone Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and Europe*, (2007) 5 *International Journal of Constitutional Law* 69, p. 72; види Nuno Garoupa and Tom Ginsburg, *Building Reputation in Constitutional Courts: Party and Politics*, http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1800260, p. 4.

самих уставних судова да преузму улогу незаобилазног ауторитета у политичкој и уставној трансформацији транзиционог друштва. У борби за ту позицију, уставно судство није без ривала, од којих су највећи политичке институције, пре свега парламент, али и редовно судство, најчешће сам врховни суд.

Полазећи од различитих искустава земаља у транзицији, у овом раду даје се приказ улога, надлежности и доприноса уставних судова консолидацији демократије након пада ауторитарног режима. У ту сврху, прво се разматрају теоријска гледишта о природи судске контроле уставности у условима крхке демократије, затим конкретни примери надлежности којима је уставно судство допринело трансформацији друштвеног и правног поретка у земљама тзв. нове демократије, и на крају неопходни услови коју су потребни да би уставни судови могли да постану активни коаутори транзиционих промена. Пре тога, следи кратак осврт на положај и могуће улоге уставних судова у периоду демократизације.

2. Положај и улоге уставног судства у транзицији и демократској консолидацији

У правно-политичком смислу транзиција подразумева интервал у преласку између једног политичког режима у други, у којем правила политичке игре нису дефинисана.⁷⁾ Демократска транзиција имплицира еволуцију правног система који се ослобађа од ауторитарних стега ради успостављања демократије.⁸⁾

Најпрепознатљивији сигнал ове промене су демократски избори и доношење новог устава, чиме се, по прихваћеном схватању, транзиција формално завршава, а онда следи период демократске консолидације, који се назива и суштинском транзицијом.⁹⁾ За разлику од прве фазе, фаза демократске консолидације је дуга и спора, а њен главни циљ је оживљавање демократских форми гарантованих у уставном тексту, односно спровођење суштинске демократије кроз реформе државних институција, регуларност избора, јачање цивилног друштва и стварног прихватања демократских правила игре од стране целог друштва.¹⁰⁾ Ова фаза је најтежа зато што захтева материјализацију демо-

7) Guillermo O'Donnell, Philippe C. Schmitter, Laurence Whitehead, *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1986), p. 6.

8) Транзиција не подразумева само прелазак из ауторитарног у демократски режим, већ и обрнут смер, с тим што тај други смер није предмет дискусије овог рада.

9) Thomas Carothers, *The End of the Transition Paradigm*, (2002) *Journal of Democracy*, vol. 13, no.1, p. 7.

10) *Ibid.*

кратских принципа гарантованих уставом. Како многе земље у њој поклекну, може се тврдити да се већина земаља, које у данашње време пролазе кроз транзицију, налази у сивој политичкој зони: нити су диктаторски режими, нити напредују ка демократији.¹¹⁾

Да разлика између транзиције и демократске консолидације није само теоретска најбоље показује пример Италије. Након усвајања Устава 1948. године, основна права гарантована тим уставом нису уживала фактичку заштиту све до 1956. године, зато што је тадашња политичка већина вешто опструирала примену Устава, остављајући на снази многе законе из периода фашистичког режима, који су у многоме били у супротности са уставним гаранцијама грађанских, политичких, верских и социјалних права. Устав почиње да се примењује тек 1956. године, када Уставни суд доноси своју прву одлуку. У Италији тек тада започиње период демократске консолидације.¹²⁾

Треба истаћи да уставни судови најчешће не служе као окидачи саме транзиције, односно, да они не учествују у првој фази транзиције која се завршава усвајањем демократског устава. Изузетака ипак има. У раскиду са системом апартхејда и у доношењу новог Устава Јужноафричке Републике, Уставни суд те земље имао је важну улогу, јер се за ступање на снагу новог уставног документа тражила потврда Уставног суда да су одредбе предложеног уставног текста у сагласности са принципима договореним у преговорима између старе и нове власти.¹³⁾ Иако није уставни суд, улога Врховног суда Украјине у отпочињању "Наранџасте револуције" такође је пример судског окидача у иницирању демократских промена.

Ако је прва фаза транзиције могућа без њиховог учешћа, период демократске консолидације незамислив је без уставних судова. Том Гинсберг (*Tom Ginsburg*), један од водећих светских аутора у области судске контроле уставности, истиче да у процесу демократске консолидације уставни судови могу преузети различите улоге. Прво, они могу бити агенти прошлости који оспоравају и успоравају демократске процесе настојећи да очувају политику одлазећег ауторитарног режима. Друго, они могу бити агенти будућности, који активно учествују у трансформацији политичког поретка и охрабрују демократску консолидацију. Треће, уставни судови у поступку демократске консолидације могу преузети улогу пасивног посматрача, односно бити маргинални

11) *Ibid*, pp. 9-11.

12) Francesco Biagi, *The Constitutional Courts as the Guardians of "Substantive" Transitions: The Cases of Italy, Spain and the Czech Republic*, <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/16/281.pdf>, pp. 2-3.

13) Вид. *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, Одлука Уставног суда Јужноафричке Републике 1996 (4) SALR 744 (CC).

играчи који нити подстичу нити оспоравају демократску консолидацију.¹⁴⁾

Још од завршетка Другог светског рата уочљиво је да демократске консолидације нема без делотворне контроле уставности. То се најбоље види на примерима уставних судова европских земаља, који су углавном и конституисани након преласка из диктаторских у демократске режиме. Прву генерацију успешних уставних судова чине италијански и немачки уставни суд, другу шпански и португалски, а трећу уставни судови у неким бившим комунистичким земљама Централне и Источне Европе, пре свега у Чешкој, Мађарској, Пољској и Словенији.¹⁵⁾ Ван европског простора, уставно судство у Колумбији, Јужноафричкој Републици и Костарики дало је снажан печат демократским променама у тим државама.¹⁶⁾ Насупрот овим успешним, постоји и неславан пример чилеанског Уставног суда, који је у периоду демократске трансформације остао пасиван, као што је то био и у периоду диктатуре.¹⁷⁾ Једна једина пресуда у којој се овај суд изјаснио против ауторитарног режима, била је одлука да Пиноче (*Augusto Pinochet*) мора да одржи изборе, на којима је на крају и изгубио власт.¹⁸⁾

Транзицијски миље, који подразумева опасну комбинацију захтева за континуитетом и захтева за променама, може бити нарочито изазован за рад уставних судова, од којих се често тражи да решавају крупне политичке спорове на основу правних правила. О томе сведоче бројне надлежности које су им поверене, укључујући накнадну и претходну контролу уставности, одлучивање о изборним споровима, о смени председника државе, забрани политичких партија, итд. У условима оштре политичке борбе и сам опстанак уставног судства може бити доведен у питање, нарочито тамо где се оно својим одлукама супротставило владајућој већини. Поред тога, испоставило се да, у периоду транзиције, законодавни и извршни органи нису једини ривали уставних судова, већ да су то и врховни судови који се могу осећати инфериорно у односу на моћ коју носи контрола уставности и одлучивање по уставним жалбама, или могу заступати интересе старог,

14) За више вид. Tom Ginsburg, *Courts and New Democracies: Recent Works*, (2012) 37 *Law & Social Inquiry* 720, pp. 720-742.

15) За више вид. Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts*, у: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld & András Sajó, eds., (Oxford: Oxford University Press, 2012) pp. 816-829.

16) *Ibid.* Вид. и Tom Ginsburg, *op.cit.*

17) За више вид. Lisa Hilbink, *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship* (Cambridge, Cambridge University Press, 2007).

18) *Ibid.*, p. 139. f. 90.

одлазећег режима. На пример, у Италији је сукоб између Уставног суда и Врховног суда дуго тињао, зато што је Врховни суд давао подршку конзервативној влади и њеним настојањима да сачува неке законе донете пре ступања на снагу Устава из 1948.¹⁹⁾ Захваљујући својој активистичкој јуриспруденцији, Уставни суд Чешке ужива велики углед у јавности, али не и међу судијама, представницима власти и академским радницима. Редовно судство у Чешкој дуго је негирало да одлуке Уставног суда имају обавезујући карактер.²⁰⁾ Сукобе између уставног и врховног суда у периодима транзиције налазимо и у другим деловима света, на пример, у Индонезији и Јужној Кореји.²¹⁾

3. Уставни судови као коаутори транзиционих промена

3. 1. Теоријска зледишћа

Консолидација демократије након пада ауторитарног режима у многоме зависи од дијалога који се успоставља између политичких органа, нарочито парламента, и уставних судова, тј. процеса који је Алек Стон Свит (*Alec Stone Sweet*) назвао ”јудикализацијом политике” (*judicialization of politics*).²²⁾

Слика политичких институција на почетку демократске консолидације прилично је суморна. Политичке институције су слабе, деморализоване и оптерећене ауторитарном прошлошћу. Парламент, извршни и административни органи, као и редовно судство, по правилу уживају слаб углед у очима јавности, која их оптужује за велики степен корупције, приватизацију власти и слабу ефикасност.²³⁾ Неки аутори због тога сматрају да специфични услови транзиције могу да оправдају активну улогу уставних судова у спровођењу транзицијских промена, односно робусну и ригорозну контролу уставности: по њиховом мишљењу, овај вид “политизације” права прихватљивији је од политизације, па и злоупотребе права, којој су склони извршни и законодавни

19) Biagi, *op.cit.*, стр. 5-6.

20) *Ibid.*, p. 10.

21) Ginsburg, *op. cit.*, p. 22.

22) Вид. нпр. Alec Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, (1999) *Comparative Political Studies*, vol. 31, pp. 147-184. Види Martin Shapiro & Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, & Judicialization*, (Oxford: Oxford University Press, 2002).

23) За више вид. нпр. Wojciech Sadurski, *Twenty Years After the Transition: Constitutional Review in Central and Eastern Europe*, (2009) Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 09/69, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1437843, pp. 1- 38.

органи власти.²⁴⁾ На пример, бивши председник Врховног суда Израела, Ахарон Барак (*Aharon Barak*), тврди да је судски минимализам прихватљив у земљама тзв. старе демократије, где су уставни принципи одавно учвршћени, па су тиме и корекције које долазе од стране уставног судства ограниченог домета.²⁵⁾ Насупрот томе, у земљама тзв. демократије у настајању, судски активизам је много прихватљивији, тврди Барак, управо због стања у коме се налазе политички органи, пре свега парламент.²⁶⁾ Другим речима, што је демократија рањивија то су ванредна политичка средстава, као што је контрола уставности, пожељнија ради одбране демократије од својих непријатеља, али и од саме себе.

На истој линији је и америчка професорка Ким Лејн Шепле (*Kim Lane Scheppelle*), која истиче да у периоду демократске консолидације уставни судови треба да заштите демократију тако што ће они деловати као глас грађана и тиме омогућити да гласови јавности допру до других органа власти. На примеру мађарског Уставног суда, који је у првој деценији демократске консолидације у овој земљи не само често стављао ван снаге законе усвојене у парламенту, него је и одређивао парламенту у ком правцу треба да се креће државна политика, Шепле показује да у условима крхке демократије тзв. судократија има више демократских обележја него што то има њен парламент.²⁷⁾

Полазећи такође од специфичног контекста у Мађарској, која је све донедавно живела са уставом усвојеним од стране ауторитарног режима, Арато (*Andrew Arato*) наводи да је активистички наступ уставних судова и снажна контрола уставности неминовна у условима слабог демократског легитимитета самог уставног документа.²⁸⁾

Други аутори, попут Стивена Холмса (*Stephen Holmes*), скептични су према оваквим идејама. С једне стране, Стивен Холмс прихвата да су политичари у бившим ауторитарним државама, укључујући и бивше комунистичке земље у Централној и Источној Европи, аматери

24) Вид. нпр. Ruti Teitel, *Transitional Jurisprudence*, (1997) 106 *Yale Law Journal* 2009, p. 2019; Aharon Barak, *Foreword: A Judge on the Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, (2002) 116 *Harvard Law Review* 16, p. 63; Kim Lane Scheppelle, *Democracy by Judiciary (Or Why Courts Can Sometimes Be More Democratic than Parliaments)*, у: *Rethinking the Rule of Law in Post-Communist Europe*, Adam Czarnota, Martin Krygier and Wojciech Sadurski, eds., (Budapest: CEU Press, 2005), p. 25.

25) Barak, *op.cit.*, p. 6.

26) *Ibid.*

27) Scheppelle, *op.cit.* pp. 23-60.

28) Andrew Arato, *Constitution and Continuity in the Eastern European Transitions: The Hungarian Case (part two)*, у: *Constitutionalism & Politics*, Irena Grudzińska Gross, ed., (Bratislava: Slovak Committee of the European Cultural Foundation, 1994), p. 274.

и опортунисти који су, након промена, својим понашањем довели до стварања атмосфере антипарламентаризма у овом европском региону.²⁹⁾ С друге стране, Холмс упозорава да би превелика легитимизација уставних судова знатно ослабила положај парламента у очима јавности и помогла у дискредитовању идеје репрезентативне демократије, која тек треба да се учврсти у тим земљама.³⁰⁾

Са своје стране, Војчек Садурски (*Wojciech Sadurski*) истиче да специфични услови транзиције не могу оправдати стандардне приговоре робусној контроли уставности. Уставни судови посткомунистичких земаља, тврди Садурски, углавном нису сматрали да је њихов положај другачији него положај уставног судства у земљама традиционалне демократије. Онда када су прибегавали судском активизму, додаје он, уставни судови су то углавном радили да би оснажили позицију законодавних органа.³¹⁾

Било да се прихвати једно или друго мишљење, ако се има у виду да је оснивање уставних судова симбол транзиционих промена (њихово постајање у ауторитарним режимима је изузетак а не правило), склона сам да се сложим са онима који тврде да је циљ њиховог стварања било онемогућавање политичким лидерима и носиоцима политичких функција да у консолидовању демократије погазе принципе основног политичког баланса.³²⁾ У том смислу, од уставног судства често се захтева да омогући нормално функционисање политичких процеса, легитимише захтеве којима се успоставља транзициона правда, заштити основна права и слободе од самовоље власти, обавља законодавну функцију тамо где парламент то неће или је пропустио да то уради, ако је потребно - прилагоди текст старог устава новим потребама - или омогући материјализацију одредба новог устава којима се трансформише друштво. Према томе, за процес консолидације демократије од пресудне важности су надлежности уставног судства којима се учвршћује нови демократски поредак, и то како процедурална, тако и суштинска тј. вредносна димензија тог поретка.

У односу на питање надлежности, Мартин Шапиро (*Martin Shapiro*), родоначелник тезе о политичком праву (*political jurisprudence*) које настаје као резултат контроле уставности,³³⁾ тврди да је главни

29) Stephen Holmes, *Back to the Drawing Board*, (1993) *East European Constitutional Review*, vol. 2, no.1, p. 23.

30) *Ibid.*

31) Wojciech Sadurski, *Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?*, (2009) 42 *Israel Law Review* 500, p. 513.

32) Samuel Issacharoff, *Constitutional Courts and Democratic Hedging*, (2011) 99 *Georgetown Law Journals* 961, p. 1012.

33) Вид. Martin Shapiro, *Law and Politics on the Supreme Court*, (New York: Free Press, 1964).

задатак контроле уставности, омогућавање нормалног одвијања политичких процеса. Полазећи од овог става, примарна улога (уставних) судова је одлучивање о сукобу надлежности између различитих органа власти. Са аспекта интереса политичке елите, поверавање класичних политичких спорова на решавање (уставним) судовима чини се прихватљивом опцијом, јер се, с једне стране, тиме избегава одуговлачење у одлучивању, а с друге стране, задобија партнер у доношењу супстинских политичких одлука. Контролом уставности, тврди Шапиро, смањују се ризици у политичким трансакцијама, па тако (уставни) судови постају ослонац политичкој елити. Тиме што њихове одлуке имају обавезујуће дејство у вези са сукобом надлежности између законодавних и извршних органа, или између федералне власти и органа власти федералних јединица у федерално устројеним државама, (уставни) судови стичу легитимацију и политички капитал. Шапиро показује да су у САД и Канади, у којима је судска контрола уставности ефикасни механизам владавине права, судови стекли легитимитет и политички кредибилитет управо решавајући предмете који су се тицали федералних односа (*division of powers*), а затим односа између различитих органа власти (*separation of powers*). У овим земљама, тек легитимитет задобијен у решавању политичких спорова, омогућио је и успешну контролу уставности у решавању предмета који су се тицали основних права и слобода, истиче Шапиро.³⁴⁾

У дискусији која следи, показаћу, међутим, да у периоду демократске консолидације ова Шапирова теорија не важи увек, односно да уставни судови нису увек склони да своју консолидацијску функцију артикулишу кроз улогу арбитра у решавању политичких контроверзи. Напротив, у многим земљама нове демократије, судски активизам присутнији је у споровима о кршењу права и слобода, али и у одлучивању о захтевима за спровођењем транзиционе правде, где консолидацијска улога уставних судова долази до пуног изражаја.

3. 2. Консолидација демократије контролом уставности: практични примери

Шапирова теорија о пожељном судском активизму у решавању политичких контроверзи, изгледа да не ради у бившим комунистичким земљама Централне и Источне Европе. Садурски показује да је одлучивање о споровима у вези са повредама људских права примарна мисија уставних судова тих земаља, а не и одлучивање о политичким спо-

³⁴⁾ Martin Shapiro, *The Success of Judicial Review, in: Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Sally J. Kenney, William M. Reisinger, & John C. Reitz, eds., (London: Macmillan, 1999), pp. 193-219.

ровима.³⁵⁾ Иако постоје неке значајне одлуке, као, на пример, одлуке Уставног трибунала Пољске из 2009. о сукобу надлежности у домену спољних послова између владе и председника,³⁶⁾ или саветодавно мишљење Уставног суда Румуније из 2007. у вези са покушајем *imprimenda* председника³⁷⁾, број спорова који се односи на спорове у вези са применом принципа поделе власти, у овом европском региону занемарљиво је мали.

Насупрот томе, уставни судови земаља Централне и Источне Европе далеко су спремнији да изврше ригорозну контролу уставности када је у питању одлучивање о повредама основних права и слобода. Ласло Шојом (*Laszlo Sóyom*), некадашњи дугогодишњи председник Уставног суда Мађарске, својевремено је истакао: “Увек наглашавамо то да смо активисти у одређеним доменима, на пример у домену основних права, где се Суд не устручава да одлучује о тзв. тешким случајевима. За разлику од тога, уздржани смо и прибегавамо самоограничењу кад су у питању проблеми који се односе на политичку структуру”.³⁸⁾

Међутим, шпански Уставни трибунал, познат по својој хиперактивности, заузео је позицију блиску Шапировој теорији, и није се либио да решава спорове о питањима територијалне организације државе, односно спорове у вези са поделом власти на вертикалном нивоу. Попуњавајући правне празнине у шпанском Уставу усвојеном 1978. године, Уставни трибунал Шпаније створио је респектабилну јуриспруденцију о аутономним регијама, које су створене као реакција на Франков (*Francisco Franco*) централистички систем и биле услов за суштински прелазак из ауторитарног система у демократију.³⁹⁾

Ни у другим деловима света ситуација није црно-бела. Поједини уставни судови у Латинској Америци, као што је Уставни суд Костарике или Савезни уставни суд Бразила, усмерили су своју активност управо на решавање спорова о надлежности, док су много мање акти-

35) Wojciech Sadurski, *Constitutional Courts in Transition Processes: Legitimacy and Democratization*, (2011) Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 11/53, <http://ssrn.com/abstract=1919363>, p. 11.

36) Вид. одлуку Уставног трибунала Пољске, бр. Крт 2/08 од 20. маја 2009.

37) Савстодавно мишљење Уставног суда Румуније бр. 1, од 5. априла. 2007. у вези предлога за смену Председника Румуније Трајана Басеску-а.

38) Вид. Andras Mink, *Interview with Laszlo Sóyom, President of the Hungarian Constitutional Court*, (1997) *East European Constitutional Review*, vol. 6, no.1, p. 72.

39) Вид. нпр. одлуке Уставног трибунала Шпаније, бр. S.T.C. 247, од 12. јануара 2007 и S.T.C. 31, од 28. јуна 2010.

вни у домену заштите људских права. У Колумбији, ситуација је, међутим, обрнута.⁴⁰⁾

Судски активизам у области заштите уставом гарантованих права и слобода и судску уздржаност у решавању политичких контроверзи у условима демократске консолидације није тешко објаснити, поготово кад је реч о уставном судству посткомунистичких земаља. У европским земљама ова надлежност уставних судова посебно је легитимисана њиховим дијалогом са Европским судом за људска права и Судом правде Европске уније. Подизање гласа у споровима који се воде по уставним жалбама захтева минимално стратегијско калкулисање од стране уставних судова, јер је, с једне стране, одлучивање у корист заштите људских права обезбеђено ауторитетом европског права о људским правима, а с друге стране, пожељно је и са аспекта политичког циља придруживања транзиционих држава европским интеграцијама, па је вероватноћа напада на уставно судство од стране владајуће већине – минимална.

Интересантна је чињеница да у већини транзиционих земаља, поготово у онима које припадају континенталном правном систему, много буке не изазива ни накнадна контрола уставности. Поступање уставних судова приликом накнадне контроле уставности, међутим, може да изазове два проблема: први настаје кад уставни суд, на основу јасне уставне норме поништи акт политичких институција, а други кад то исто уради, али на основу уставне одредбе која није прецизна и која оставља могућност различитог тумачења. У првом случају, уколико уставни судови имају снаге да се супротставе политичарима, неизбежна фрустрација политичких институција, са аспекта владавине права, није забрињавајућа. У другом случају ствари стоје другачије, јер политичка већина може да тврди да је уставни суд погрешно тумачио уставну норму, да се судије нису руководиле правом него личним преференцама, и да су због тога политичари а не судије истински поштоваоци уставног текста.⁴¹⁾ Иако је накнадна контрола уставности теоријски најконтроверзнија, а у пракси најчешће доводи до сукоба на линији уставно судство – владајућа већина, у земљама у транзицији она је најмање оспоравана (чак и од стране самих уставних судија), јер њена легитимација потиче из самог устава.

С друге стране, да је у условима демократије у настајању упуштање у решавање политичких контроверзи ипак ризично по опстанак

40) Ginsburg, *op. cit.*, p. 24. За више о раду Уставног суда Костарике вид. нпр. Siri Gloppen et. al., *Courts and Power in Latin America and Africa*, поглавље: *Explaining the Rise of Accountability Functions of Costa Rica's Constitutional Court* (New York: Palgrave Macmillan, 2010), pp. 63-82.

41) За више вид. Cass R. Sunstein, *Questioning Constitutional Justice*, (1997) *East European Constitutional Review*, vol. 6, no.1, pp. 61-63.

уставних судова говоре примери који долазе са Тајланда, из Руске Федерације, Украјине и Словачке Републике.

У периоду од 1997. до 2006. Уставни суд Тајланда преузео је активну улогу у решавању крупних политичких проблема везаних за изборе, корупцију и економску регулативу. Испоставило се да је преузимање улоге политичког медијатора било ризично по опстанак самог суда, јер се Суд нашао у позицији осцилирања између главних политичких партија на Тајланду, што је довело и до његовог расформирања 2006. године.⁴²⁾

Слична судбина задесила је и Уставни суд Руске Федерације: након што је у периоду од 1991. до 1993. донео неколико значајних одлука којима је поништио декрете Врховног Совјета, а касније и председника државе, Борис Јељцин (*Борис Ељцин*) суспендовао је рад Уставног суда. Има мишљења да је томе умногоме допринео тадашњи и садашњи председник Уставног суда Валериј Зоркин (*Валериј Зоркин*) који се, због свог активног настојања да арбитра у ондашњем сукобу између законодавних и извршних органа, нашао у центру уставне кризе.⁴³⁾ Међутим, од када је 1995. почео поново да ради, овај суд ради у условима суперпредседничког система, у којима ипак вешто користи политичке прилике како би проширио свој утицај. С тим у вези, треба истаћи његове одлуке о имплицитним овлашћењима председника, о законодавној надлежности региона, и о праву органа локалне самоуправе да пред Уставним судом иницира поступак контроле уставности.⁴⁴⁾

Драстичан пример ризичне позиције у којој се уставно судство може наћи због решавања политичких контроверзи у условима крхке демократије долази и из Украјине. У време сукоба унутар извршне гране власти, Уставни суд се суочио са захтевом да се изјасни о одлуци председника Јушченка (*Виктор Јушченко*) да распусти парламент и тако ослаби позицију тадашње премијерке Јулије Тимошенко (*Юлія Тимошенко*). Услед јаког политичког притиска, председник Суда подноси оставку, неколико судија на конференцији за новинаре жали се на неиздржив политички притисак, тројица судија бивају разрешена након извештаја служби безбедности о наводној корупцији, док четворица одлазе на боловање, чиме рад Суда бива у потпуности паралисан. Након што је преузео дужност, нови председник Суда дао је дугачак

42) Ginsburg, *op.cit.*, p. 20.

43) За више вид. Robert Sharlet, *Chief Justice as Judicial Politician*, (1993) East European Constitutional Review, vol. 2. no. 2, pp. 32-37.

44) *Ibid.* стр. 34. За више вид. Alexei Trochev, *Judging Russia: The Role of the Constitutional Court in Russian Politics, 1990-2006* (New York: Cambridge University Press, 2008).

интервју представницима медија, покушавајући да увери јавност да Суд није искоришћен у политичке сврхе.⁴⁵⁾

Најзад, иако није био формално спречен да ради, током 1990-их, у време политичких сукоба унутар извршне власти у Словачкој, односно између председника Ковача (*Michal Kováč*) и премијера Мечијера (*Vladimir Mečiar*), словачки Уставни суд озбиљно је оспораван од стране тадашње владе, с обзиром на то да је у периоду од 1994. до 1998. чак 16 пута одлучивао против Мечијерове Владе.⁴⁶⁾

Питање је, међутим, да ли је стављање акцента на решавање спорова о повредама основних права, потпуно безопасна опција по само уставно судство, нарочито ако се има у виду његова друштвена легитимација, тј. положај уставног суда у очима јавности. Наиме, понекад доношење одлука у овим споровима, нарочито када су у питању права око којих је друштво подељено или око којих постоји јасан противвећински став, може бити контроверзно и контрапродуктивно по само уставно судство.⁴⁷⁾ Такве су одлуке о абортусу, еутаназији, правима сексуалних мањина, смртној казни, и др. У тим случајевима показало се да уставно судство нагиње више либералним него конзервативним одлукама, за разлику од јавности која робује традиционалним и патријархалним вредностима. На пример, у прилог неуставности смртне казне изјаснили су се мађарски, јужноафрички, албански, украјински и литвански уставни судови.⁴⁸⁾ Уставни суд у Колумбији први је уставни суд који је легализовао активну еутаназију.⁴⁹⁾ У бројним државама уставни судови су у периоду демократске консолидације заштитили слободу медија, право на приватност, учинили смисленим право на приговор савести, као и право на удруживање. Ипак, уставни судови нису увек бивали промотери либералних вредности, о чему сведоче не баш славне одлуке Уставног суда Пољске о абортусу и привилегији Католичке цркве у образовању, мађарског Уставног суда о повраћају имовине црквама у природи на штету забране дискриминације, као и углавном пасивни став уставних судова Централне и Источне Европе у односу на проблеме у остваривању мањинских права.⁵⁰⁾

45) За више вид. Renata Uitz, *Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What Makes a Question Too Political?*, (2007) *Juridica International*, no. XIII, p. 48.

46) Sadurski, (2011), *op.cit.* pp. 22-23.

47) *Ibid*, p. 12.

48) Вид. одлуку Уставног суда Мађарске бр. 23/1990 од 31. октобра 1990, одлуку украјинског Уставног суда од 30. децембра 1999, одлуку Уставног суда Јужноафричке Републике у предмету *S v Makwanyane and Another*, CCT 3/94 од 6. јуна 1995, одлуку Уставног суда Албаније бр. 65, од 10. децембра 1999. и одлуку Уставног суда Литваније бр. 2/98 од 9. децембра 1998.

49) Види одлуку Уставног суда Колумбије бр. C-239/97, од 20. маја 1997.

50) Sadurski, (2011), *op. cit.* p. 13.

Треба додати да се у одређеним случајевима Шапирова теорија о селекцији надлежности којом уставни судови задобијају политичку и друштвену легитимацију може показати недовољно прецизном, зато што одлучивање, на пример, о социјалним и економским правима, може да замагли разликовање између класичних политичких спорова и одлучивања о кршењу индивидуалних права, имајући у виду да социјална и економска права често представљају додатно средство политичке борбе. О томе најбоље говори добро позната одлука мађарског Уставног суда којом је тај суд ставио ван снаге реформски пакет закона у области социјалне политике (тзв. Бокрошев пакет), чиме је изазвао потресе у тадашњој мађарској влади.⁵¹⁾ На другом делу света, у Латинској Америци, у улози средства за политички обрачун, поред социјално-економских, нашла су се и колективна права староседелаца, па се од уставних судова тих земаља често тражи да питање дистрибутивне правде реше у дискурсу права и слобода.⁵²⁾

Најзад, допринос уставних судова консолидацији демократије не огледа се само у споровима којима се владајућа политика подводи под право, нити у оним у којима се појединци штите од арбитрарне државне власти, већ и у споровима који се односе на сукоб старог и новог режима. Решавање спорова везаних за спровођење транзиционе правде посебна је врста политичких спорова у којима се од уставних судова захтева да легитимишу захтеве историјске правде. То не значи, међутим, да је контрола уставности механизма којима се активира транзициона правда довела до једнаких резултата. Одлуке чешког и пољског уставног суда довеле су до револуционарне диференцијације између ауторитарног и демократског режима, али су ови судови заузели донекле различите ставове у вези са познатом тензијом која се у овим споровима јавља између принципа владавине права и концепта историјске правде. Најпознатија одлука чешког Уставног суда јесте одлука о лустрацији, у којој је Суд заузео недвосмислени став:

”Свака држава, или тачније оне које су биле приморане да у периоду од преко четрдесет година трпе кршење основних права и слобода од стране тоталитаристичког режима, има право да устоличи демократско вођство и да примењује такве правне мере које ће отклонити ризик од субверзије или од евентуалног повратка на тоталитаризам, или које ће бар ограничити такве ризике.”⁵³⁾

51) Вид. одлуку бр. 43/1995 (VI.30) AB hat, од 30. јуна 1995.

52) Ginsburg, *op. cit.*, p. 31.

53) “Одлука у предмету лустрација”, Уставни суд Чехословачке, Pl. US 1/92 (Sb) (1992). Цитирани извод доступан је на енглеском језику у Norman Dorsen *et al.*, (eds.), *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, sec. ed. St. Paul, MN, West, 2010, p. 1420.

Иако је у својој пракси развио снажну доктрину о правном континуитету између старог и новог режима, у својој одлуци о тзв. ”стаљинистичким злочинима”, почињеним у периоду између 1944. и 1956. године, пољски Уставни трибунал нашао је да забрана ретроактивности има лимитирано дејство, упозоривши истовремено да свако одступање од принципа *lex retro non agit* ради задовољавања правде захтева веома прецизну дефиницију злочина који се с тим у вези разматрају.⁵⁴⁾

Илустрације ради, треба истаћи да мађарски Уставни суд није, међутим, сматрао да је потребно правити компромис између концепта транзиционе правде и принципа правне сигурности, односно владавине права, па је Закон о лустрацији прогласио неуставним управо због кршења принципа о владавини права.⁵⁵⁾ То не значи да лустрације није било у Мађарској, већ то да се до ње дошло другим путем, у кривично-правном дискурсу, у складу са одредбама о злочинима против човечности који не застаревају.⁵⁶⁾

Према томе, искуства транзиционих земаља показују да се, за разлику од судова у земљама традиционалне демократије, уставни судови у периоду демократске консолидације не опредељују увек да политичку и друштвену легитимацију стичу решавањем класичних политичких спорова. У условима политичких тензија и неизвесне политичке утакмице, уставни судови се окрећу надлежностима које су за њихов опстанак стратегијски мање опасне, било зато што уживају подршку међународних судских институција (спорови по уставним жалбама) или што у одређеним споровима уживају неподељену подршку јавности и нове политичке већине (спорови о транзиционој правди), наравно под условом да је реч о земљама у којима је дошло до јасног раскида са прошлим режимом.

3. 3. Услови за консолидацију демократије ефикасном контролом уставности

Да би уставно судство постало активни учесник у транзиционим променама, његова формална независност први је, али не и једини услов који треба да буде испуњен. Потребно је, наиме, да у његов сас-

54) Вид. одлуку бр. S 6/91 од 25. септембра 1991. За коментар вид. Jiří Přebáň, *Constitutional Symbolism and Political (Dis)continuity: Legal Rationality and Its Interrogative Function in Postcommunist Transformations*, у: Czarnota, Krygier and Sadurski, *op. cit.*, pp. 295-322.

55) Вид. одлуку бр. 60/1994, од 22. децембра 1994.

56) За коментар вид. Gábor Halmai & Kim Lane Scheppele, *Living Well Is the Best Revenge: The Hungarian Approach to Judging the Past*, у: *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, James A. McAdams, ed., (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1997), pp. 155-84.

тав улазе судије које *хоће да делују* и које имају *професионалне каријерне* да развију трансформативну праксу. Како се бројне студије о положају и улози уставног судства у времену транзиције баве преваходно питањем институционалне независности уставних судова, дискусија у овом раду ће пажњу читаоца усмерити на само понашање судија (*judicial behavior*) у транзицијском интермеџу⁵⁷⁾, односно на институционалну (не)стабилност и професионалну идеологију у којима леже корени судских ставова заузетих у појединачним судским одлукама.

Спремност судија да интервенишу у политичким споровима везаним за стабилизовање демократске власти првенствено зависи од самог механизма бирања и именовања судија, али и од мере до које је идеологија о судској ”аполитичности” институционализована у датом правном поретку.

Студије о судском понашању указују да одлуке уставних судова зависе од оних који именују или бирају судије.⁵⁸⁾ Они који судско понашање објашњавају држањем судија према онима који их именују или бирају (*attitudinalists*) полазе од тога да ови потоњи номинују судије који деле њихову идеологију или окружење да би обезбедили услове за ”пријатељско” гласање чак и кад судије гласају сходно својим искреним убеђењима, док припадници школе рационалног избора (*rational choice scholars*) тврде да они који су овлашћени да номинују судије утичу на стратегијске калкулације судија у доношењу одлука.⁵⁹⁾ Сходно укореењем схватању, судије у демократском систему, али и у диктатурама, почињу да показују знаке нелојалности према политичкој већини онда када она почне да губи власт, зато што у условима институционалне несигурности они више страхују од долазеће већине него од политичке већине на заласку њене владавине.⁶⁰⁾ Да би се та институционална несигурност елиминисала у највећој могућој мери, потребно је да у политичкој утакмици судска контрола уставности служи као механизам осигурања у случају изборног пораза. Наиме, Том Гинсберг тврди да ће се рационални уставотворац определити да у уставни документ угради механизме који обезбеђују снажну и ригорозну контролу уставности јер ће му она служити као инструмент обезбеђења у случају изборног пораза (*insurance thesis*).⁶¹⁾ Другачије речено, састав уставног

57) За више вид. нпр. Боса М. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова, с посебним освртом на Уставни суд Србије* (Београд: Службени гласник, 2012).

58) *Ibid.*

59) Gloppen *et. al.*, *op. cit.*, p. 195. f.3.

60) Helmke Gretchen, *Courts Under Constraints. Judges, Generals and Presidents in Argentina* (New York: Cambridge University Press, 2005), p. 20, 126.

61) За објашњење ове тезе вид. Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (New York: Cambridge University Press, 2003).

суда би требао да гарантује да ће се строгој контроли уставности подвргнути не само акти владајуће већине, већ и акти њених противника у случају да они дођу на власт.

Испоставило се, међутим, да су политичари у земљама демократије у настајању много мање стратегијски опредељени, а много више заинтересовани да консолидују што више власти у својим рукама онда док то могу.⁶²⁾ Зато је бирање и именовање ”пријатељских судија”, с којима краткорочни интереси политичке већине неће бити доведени у питање, честа појава у земљама тзв. нове демократије. Ипак, политичке институције нису једини кривци за лојалан став уставног судства у односу на политичку већину. У транзиционим земљама у којима се уставне судије бирају и на предлог редовног судства, већина судија која долази из редова редовног судства задржава старе навике и традиционални ”пријатељски” однос према влади и парламентарној већини, па је и то препрека судском активизму у решавању политичких спорова.

Последица оваквог приступа у номиновању уставних судија је стратегијско понашање судија који су спремни да интервенишу против владајуће већине углавном онда када процене да је постојећи режим у одлазећој фази. Пракса аргентинског Уставног суда, чије су судије исказале спремност да доносе одлуке против владајуће већине тек онда када се испостави да је то одлазећа политичка снага, најбоље говори о томе.⁶³⁾

Ипак, идеологија ”аполитичности”, односно догма о стриктном раздвајању политике и права, много је већа сметња спремности судија да узму активно учешће у дефинисању правила политичке игре (која су у ствари *јавна* правила), него што је то утицај политичких снага које учествују у именовању и бирању судија. Упоредне студије показују да уставно судство базирано на идеологији аполитичности производи судије конформисте које нису спремне да активно устану у одбрану индивидуалних права и слобода, као ни у одбрану других уставних вредности.⁶⁴⁾ У Италији је, на пример, све до 60-их година прошлога века догма о судској неутралности и аполитичности спречавала судије да буду активни у одбрани уставних принципа.⁶⁵⁾ Једно време сличне ставове делиле су и шпанске уставне судије, а бивши председник шпанског Уставног трибунала, Франциско Томас и Валиенте (*Francisco Tomás y Valiente*) својевремено је то објашњавао овако: ”Систем је желео судије конформисте и добио их је. Произвео је судије којима је било више

62) Sadurski, (2011), *op.cit.* p. 12.

63) Gloppen *et. al.*, *op. cit.*, p. 61.

64) Вид. нпр. Hilbink, *op. cit.*, pp. 229-239.

65) *Ibid.* p. 233.

стало да пружи слику аполитичности него ефикасне независности...”⁶⁶⁾ Истраживања појединих чилеанских аутора показују да су се уставне судије дуго држале мантре о аполитичком уставном суду, тј. потреби да се држе даље од политике, да би одбраниле своје конзервативне ставове, ослањајући се на позитивистички и формалистички приступ у решавању спорова.⁶⁷⁾ До реформе уставног судства у овој земљи долази са знатним закашњењем, у периоду када је консолидација демократских процеса била на самом крају, и када реформа система избора уставних судија омогућава продор нових кадрова, неоптерећених претходним навикама.⁶⁸⁾

Чилеански пример доводи и до закључка да судски активизам у обликовању транзицијских промена умногоме зависи и од професионалних капацитета уставних судија да се ауторитарним тенденцијама, присутним у демократијама у настајању, супротставе на суштинским, а не на формалним основама. На пример, одлучивање о повредама уставом гарантованих права и слобода захтева примену метода пропорционалности, односно напуштање позитивистичког и формалистичког приступа у одлучивању. У правној теорији дуго је владало мишљење да је судски активизам типичан за земље обичајног права, али не и за земље континенталног правног система, чије су судије склоне да у тумачењу правних норми прибегну позитивизму и строгом правном формализму.⁶⁹⁾ Онда су се појавили уставни судови у Мађарској, Чешкој, Колумбији и Костарики, и показали да хиперактивне судије, способне да развију правне доктрине, постоје и у земљама континенталног правног система. То сведочи да правна традиција не мора увек да буде одлучујућа препрека судском активизму, већ да активан допринос уставног судства демократској консолидацији зависи и од индивидуалних професионалних капацитета судија.

Залагање за судски активизам у консолидацији демократије, евидентно у овом раду, не негира чињеницу да ипак треба одговорити на суштинско питање - зашто су судије, у идентификовању и балансирању демократских вредности, боље од политичара. То је, међутим, питање за неку нову расправу.

66) *Ibid.*

67) *Ibid.* pp. 223-250.

68) За више вид. Couso Javier and Lisa Hilbink, *From Quietism to Incipient Activism: The Ideological and Institutional Roots of Rights Adjudication in Chile*, у: *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke and Julio Rios-Figueroa, eds., (New York: Cambridge University Press, 2011), pp. 99-127.

69) За критику и промену овог става вид. нпр. Javier A. Couso, Alexandra Huneus and Rachel Sieder, eds., *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America* (New York: Cambridge University Press, 2010).

4. Закључак

Најкраће речено, транзиција представља период између напуштања старог, ауторитарног режима и стицања у демократију. У том интермедијуму, у ком наступа демократска консолидација, нови режим настоји да се од старог режима разликује напуштањем ауторитарних тенденција и успостављањем механизма којима се гарантује владавина права, што се, пре свега, постиже оснивањем уставних судова. Само уставно судство ретко је окидач транзиционих промена, оно не подстиче мобилизацију демократских снага и не утиче на институционалну структуру новог режима. У том погледу, улога Уставног суда Јужноафричке Републике у доношењу демократског устава, представља значајан изузетак. Ипак, иако не стоји на челу процеса демократизације, уставно судство је симбол њене успешности: бројни примери, истакнути у овом раду, показују да између успешне демократске консолидације и судске контроле уставности постоји несумњива веза, као што постоји и веза између неефикасног и спорог пута ка демократији и пасивног уставног судства, углавном лојалног политичким снагама који чине владајућу већину.

У периоду транзиције, од уставног суда често се очекује да омогући нормално функционисање политичких процеса, легитимише захтеве којима се успоставља транзициона правда, обавља законодавну функцију тамо где парламент неће или је пропустио то да уради, одбрани демократију од њених унутрашњих непријатеља, прилагоди текст старог устава новим потребама или да омогући материјализацију одредба новог устава којима се трансформише друштво. У принципу, ради се о надлежностима којима се политика подводи под право (*judicialization of politics*), од којих највише зависи способност уставног судства да утиче на обликовање транзиционих промена. За обављање ових функција, односно за улогу успешног коаутора транзицијских промена, формална независност уставних судова није довољна, већ је неопходно постојање судија вољних да одлучују о одговорности политичких институција и професионално способних да развију праксу која може да доведе до друштвених промена. Утицајне праксе европских уставних судова, најпре немачког и италијанског, потом португалског и шпанског, као и пракса уставних судова Мађарске, Чешке, Пољске и Словеније, најбоље говоре у прилог томе.

Summary

CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN TRANSITION: LESSONS FROM COMPARATIVE LAW

Through comparative perspectives, this chapter traces the roles and competences of constitutional judiciary in transitional societies. Starting from the premise that the political dimension of constitutional review raises many general issues about the conventional model of political democracy, the author emphasizes that the relationship between democracy and law comes into particularly sharp focus in emerging democracies, where the rules of the political game are in flux and where the constitutional courts are exposed not only to uncompromising party struggle, corruption and political manipulation, but also to naïve public support for unrestricted majoritarian democracy. Despite such circumstances, some constitutional courts have not hesitated to become policy makers and successful co-authors of transitional changes, while others, whose judges valued more their positions than policy outcomes, stayed passive and played a marginal role in democratic consolidation. The constitutional courts in post-war Germany and Italy, in Spain, Hungary, Czech Republic, South African Republic and Colombia are some examples of the most successful constitutional judiciary in transitional intervals, while the Chilean Constitutional Court is an example of a passive judiciary which, after the collapse of the authoritarian regime, neither supported nor hindered democratic consolidation.

The main task of the constitutional courts in emerging democracies is legitimizing the new government by entrenching the rule of law culture. Within this mandate, constitutional judiciary is often to secure the normal functioning of political processes, uphold transitional justice, perform a legislative function in cases where the parliament is unwilling or failed to do so, defend democracy from its internal enemies, protect fundamental rights from governmental encroachments, adjust the old constitution to new demands and expectations or materialize the constitutional values embodied in the new constitution. A success in performing these functions does not depend only from the formal judicial autonomy and the independence of the constitutional courts. What is equally required are judges willing to hold political power to account and skilled to develop transformative constitutional jurisprudence. The lessons from comparative law show that an efficient and successful dem-

ocratic consolidation goes hand in hand with an effective constitutional review, while cases of ineffective transition can usually be identified with a passive constitutional judiciary, composed from conformist judges unwilling to engage in *judicialization of politics*, mostly due to absence of "insurance thesis" in the appointment process and proclivity to deferential and antipolitics ideology developed in the period of the authoritarian regime.

Key words: constitutional court, rule of law, transition, democratic consolidation, constitutional review

ДЕЈСТВО ОДЛУКА УСТАВНИХ СУДОВА

Устави се доносе да би се створио систем превентивних и контролних механизма на свим нивоима јавне власти, како би се искључила арбитражност у њеном вршењу, поготово у погледу остваривања уставом зајемчених слобода и права грађана. Успостављање уставног суда, задуженог да “чува устав”, показало се незаобилазним решењем у обезбеђивању уставности (делотворности устава). Међутим, да би заиста остваривао своју уставну улогу и био “чувар устава”, уставни суд не може да буде ни саветодавни орган, ни орган који само констатира повреде устава и закона, то мора бити орган који доноси одлуке са снагом коначности, обавезности и извршности, а његове одлуке се морају доследно спроводити. У овом раду се анализира јавна природа одлука уставних судова, с обзиром на теоријску и практична питања која се остварају у вези са њиховим дејством, али се овом проблему приступа и шире, водећи рачуна о реалним претпоставкама за њихову делотворност.

Кључне речи: одлуке уставних судова; коначност; обавезност; извршност; делотворност.

1. Увод

Опште је место у правној и политичкој науци да се устави доносе да би се створио систем превентивних и контролних механизма – *checks and balances* – на свим нивоима јавне власти, како би се искључила арбитражност у њеном вршењу, поготово у погледу остваривања уставом зајемчених слобода и права грађана. Успостављање уставног суда, задуженог да “чува устав”, показало се незаобилазним решењем у обезбеђивању уставности (делотворности устава).¹⁾ То потврђује и

* Доцент Правног факултета Универзитета у Београду, tanasje.marinkovic@ius.bg.ac.rs и генерални секретар Српског удружења за уставно право.

1) Juliane Kokott and Martin Kaspar, “Ensuring Constitutional Efficacy”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. Michel Rosenfeld, Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford 2012, 796.

чињеница да се централизована контрола уставности, односно уставни суд, јавља, пре свега, у државама које су прошле кроз ауторитарно и тоталитарно искуство, у којима су класична уставна ограничења политичке власти била неделотворна;²⁾ док се државе са релативно дугом демократском традицијом опредељују или за децентрализовану контролу уставности (САД, нордијске земље), или готово уопште не познају формалне механизме контроле законодавне власти (Велика Британија, Холандија).³⁾

Међутим, да би заиста остваривао своју уставну улогу и био “чувар устава“, уставни суд не може да буде ни саветодавни орган, нити орган који само констатује повреде устава и закона. То мора бити орган који одлучује, а његови акти морају да имају исту вредност као и они које оцени као противуставне и незаконите. Другим речима, одлуке уставног суда “замењују закон“, и у том смислу су коначне, извршне и обавезне,⁴⁾ а поједини аутори, да би изразили ту изванредну снагу пресуђене ствари одлука уставног суда, придају им и епитет “суверене“. ⁵⁾ Већ из ових теоријских квалификација природе одлука уставног суда може се закључити сва сложеност и дејства његових одлука и саме установе уставног суда.⁶⁾ Наиме, ако су његове одлуке, које имају карактер пресуђене ствари, суверене и замењују закон, јасно је да уставни суд не припада ни судској ни законодавној власти, односно да се и једна и друга власт преламају у њему у једнакој сразмери,⁷⁾ као што је јасно и то да се та сложена правна природа уставно-судске функције одражава на његову легитимност, односно на степен разумевања и прихватања његових одлука међу другим државним органима, и у друштву уопште. У суштини, одлуке уставних судова нису увек опште и коначне, управо због поменуте двојне природе саме функције, и утицаја међународног права, а и извршност наилази на значајне изазове у мери у којој је за спровођење одлука уставних судова

2) Након појаве уставног суда у међуратном периоду, у Чехословачкој (1920), Аустрији (1920) и Шпанији (1931), други талас ширења ове установе су обележиле Италија (1948) и Савезна Република Немачка (1949), поред његовог поновног увођења у Аустрији (1945), док се у трећем таласу уставни трибунал уводи у Португалу (Устав од 1976, измењен 1982) и оживљава у Шпанији (1978), и посебно у земљама централне и источне Европе, након пада Берлинског зида. Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, Presses universitaires de France, Paris 1996, 4.

3) J. Kokott, M. Kaspar, 797-798.

4) Jovan Đorđević, *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1978, 782.

5) Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris 1986, 223.

6) “Природа и правно дејство одлука Уставног суда са своје стране показују на особеност ове уставне институције“. J. Đorđević, 785.

7) Vida Čok, *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1972, 39.

ва неопходна сагласност других државних органа и подршка јавног мњења.

С обзиром на ова отворена теоријска и практична питања у овом раду се анализира правна природа одлука уставних судова, полазећи од одговарајућих уставних и законских решења у упоредном праву и код нас (2), али се проблему дејства, на шта се најчешће своди правна природа уставносудских одлука, приступа и шире, водећи рачуна о реалним претпоставкама за њихово остварење, односно за њихову деловорност (3).

2. Правна природа одлука уставних судова

Правна природа одлука уставних судова је, пре свега, одређена њиховим специфичним начином утицаја на правни поредак. Њихова својства у том погледу су: коначност, обавезност и извршност. Ови аспекти дејства одлука уставних судова генерално се јемче уставима, но значење тих правила често није одређено ни уставима, ни законима, упркос њиховој међусобној повезаности и условљености.⁸⁾ Осим тога, законима некада долази и до модификовања овог дејства с обзиром на природу уставног спора, и врсте одлука које се у њима доносе. У наставку се наведена својства одлука уставних судова сагледавају с обзиром на поступак нормативне контроле уставности (законитости), као најкарактеристичнији, и поступак по уставним жалбама, као најчешћи вид рада уставних судова.

2. 1. Коначност одлука уставних судова

2. 1. 1. Опште је прихваћено да је коначност одлука уставних судова потврда њихове институционалне снаге, и да је претпоставка владавине права.⁹⁾ Она подразумева да се поводом исте ствари не може поново водити спор пред уставним судом, као и да његове одлуке не подлежу дејству правних лекова.¹⁰⁾ Другим речима, уставни суд мери-торно одлучује о ствари за коју је надлежан у првом и последњем степену, те за разлику од редовног суда, за који по правилу важи начело о двостепености суђења, за уставни суд важи начело о једноступености суђења.¹¹⁾

8) Колико су ова обележја међусобно испреплетена види се и по томе што их Ј. Ђорђевић, 782, појашњава (сва три) у једној реченици: “Свако на кога се те одлуке односе дужан је да их извршава без колебања и призива”.

9) Wojciech Sadurski, *Rights Before Courts – A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, Dordrecht 2005, 80.

10) V. Čok, 41.

11) Ратко Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 569.

Правило *ne bis in idem* односи се, пре свега, на касаторне одлуке уставних судова. Уставна одредба према којој “закон или други општи акт који није сагласан Уставу или закону престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у службеном гласилу“ (члан 168. став 3. Устава Републике Србије) јасно указује на то да за касирану норму нема призива. Међутим, за одлуке у којима се констатује да је одређена норма уставна (законита), правило *ne bis in idem* подразумева да се из истих разлога та норма не може више побијати, док би се из других разлога спор о тој норми могао поново водити.¹²⁾ Ово одступање од поменутог правила нарочито важи за поступак по уставној жалби. То што је суд једном одлуком констатовао да странка није повређена у свом уставом гарантованом праву није препрека за друго лице да подигне нову уставну жалбу, чак и ако су разлози подношења жалбе потпуно исти.¹³⁾ Ипак, одлука о усклађености са уставом (законом) јесте својеврсна потврда о уставности (*brevet de constitutionnalité*) дате норме, те је сви учесници у поступку морају узети у обзир у случају потоњег вођења конкретног спора о уставности.¹⁴⁾ Но, овај аспект правила о коначности одлука уставних судова се дотиче и питања граница њихове обавезности, па ће у одговарајућем одељку рада бити сагледан и из тог угла (вид. *infra* 2. 2. 2).

2. 1. 2. На овом месту, међутим, мора бити наглашено и то да се правило о “коначној речи“ уставних судова, о непостојању више инстанце која би могла да преиспитује њихове одлуке, односи на установљене власти, а никако и на највишу уставотворну (ревизиону) власт. Наиме, у стварању права нема коначне речи, па се тако увек може посегнути за променом устава како би се “преиначила“ одлука уставног суда,¹⁵⁾ што се у пракси и дешава.¹⁶⁾ Један део уставноправне теорије управо у тој могућности интервенције ревизионе власти и евентуалне корекције одлука уставних судова види основ њихове легитимности,¹⁷⁾ као и подстицај за активнију улогу уставних судова.¹⁸⁾ При-

12) V. Čok, 41.

13) I. Krbek, *Ustavno sudovanje*, Zagreb 1960, 88; V. Čok, 41.

14) Paolo Passaglia, “La réception des décisions des juridictions constitutionnelles par les pouvoirs constitués”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXVII, 2012, 619.

15) Оливера Вучић, Владан Петров и Дарко Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република – теорија, норма, пракса, Досије*, Београд 2010, 167.

16) P. Passaglia, 617.

17) О теорији Луја Фаворуа (*Louis Favoreu*) о уставном судији као својеврсном скретничару нормативних путева, којом се оправдава уставносудска функција, вид. Танасије Маринковић, “Интерпретативне одлуке уставних судова – уставни судија од негативног законодавца ка позитивном законодавцу”, *Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу*, Београд 2004, 243-261.

18) W. Sadurski, 81.

мер за такву појаву налази се и у нашој уставности, попут увођења “императивног партијског мандата“ у Устав Републике Србије од 2006 (члан 102. став 2), што је био израз незадовољства и директни одговор тадашњих парламентарних странака на уставносудско ограничење њихове власти над изабраним народним представницима.¹⁹⁾ Произлази да је степен “коначности“ одлука уставних судова условљен сложеношћу поступка за промену самог устава – што је поступак за промену устава лакши, то су одлуке уставних судова “мање коначне“, и обратно.²⁰⁾ У том смислу, уставни који садрже забрану промене одређених својих норми, као што су недодирљивост републиканског облика владавине у Уставу Италије (чл. 139) или клаузула о вечности (*Ewigkeitsklausel*) у Основном закону Немачке (члан 79. став 3), дају уставном суду коначну реч и у односу на (ревизиону) уставотворну власт, када је у питању тврдо језгро устава.²¹⁾ Овај закључак важи утолико пре што су управо уставни судови Италије и Немачке заузели ставове да су надлежни да испитују промене устава и да прогласе те промене неважећим у случају њиховог сукоба са датим надуставним начелима.²²⁾

Насупрот оваквим решењима о надуставности (*supraconstitutionalité*), поједини уставни допуштају установљеним властима, пре свега парламенту, да преиспита одлуке уставног суда, што је значајан вид нарушавања њиховог својства коначности. Примери за то се могу наћи у Уставу Португала (члан 279), “Малом уставу“ Пољске од 1992 (члан 33. став 2), и Уставу Румуније (члан 145. став 1). Тако су пољски посланици били успешни чак једанаест пута у превазилажењу одлука Уставног трибунала, све док 1997. *materia constitutionis* није била обједињена у једном документу и та могућност није укинута, а у Румунији се то није десило ниједном, али не због непостојања политичке воље, већ због недостатка потребног броја гласова у Парламенту (двотрећинске већине у оба парламентарна дома).²³⁾

19) Одлука IY-197/2002, “Службени гласник РС”, бр. 57/03, и Одлука IY-66/2002, IY-201/2003 и IY-249/2003, “Службени гласник РС”, бр. 100/03. Више о томе вид. Боса Ненадић, О парламентарном мандату – пример Републике Србије, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008; Tanasije Marinković, “Fighting Political Corruption in the Serbian Constitutional System“, *Corruzione contro Costituzione - Persorsi Costituzionali*, Cedam, 2012, 123-141.

20) W. Sadurski, 80.

21) P. Passaglia, 617.

22) Одлука Уставног суда Италије бр. 1146 од 1988. и Уставног суда Немачке 3 BVerfGE 225 од 1953. Наведено према: P. Passaglia, 616 и Donald Komers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham and London 1997, 48.

23) W. Sadurski, 79-80.

2. 1. 3. Ипак, најзначајнији вид ограничења коначности одлука уставних судова у Европи јесте онај који је последица дејства система заштите људских права који се развио под окриљем Европског суда, успостављеног Европском конвенцијом за заштиту људских права. Упркос неспорним формалним обележјима овог права која га сврставају у домен међународног права, његова суштинска својства, од којих су нека преторска творевина самог Европског суда, приближавају га концепту савремене уставносудске заштите људских права.²⁴⁾ Оваква еволуција европског система за заштиту људских права објашњава се, *inter alia*, могућношћу изјављивања појединачних представки Европском суду,²⁵⁾ и то управо против аката највиших судских органа на националном нивоу (укључујући ту и одлуке уставних судова, донете најчешће у поступку по уставним жалбама). С обзиром на обавезе које проистичу по државе чланице овог система, у случају утврђивања повреде Европске конвенције, “ауторитет националних уставних судова је ослабљен: њихова коначна реч (ако не и монопол) у тумачењу људских права више се не може претпоставити“.²⁶⁾ Пример за то је и дијалог између Европског суда и Уставног суда Србије у погледу делотворности уставне жалбе, односно константни напор Уставног суда Србије да испуни захтеве Европског суда како би уставна жалба задржала својство делотворног правног средства.²⁷⁾

2. 2. *Обавезност одлука уставних судова*

2. 2. 1. Питање обавезности се односи, пре свега, на круг субјеката које одлука уставних судова обавезује. Општеобавезност одлука уставних судова, као једно од обележја централизоване контроле уставности, подразумева да оне, попут закона, делују према свима (*erga omnes*), за разлику од одлука у децентрализованом систему контроле уставности, и уопште одлука редовних судова, које делују искључиво између странака у спору (*inter partes*). “У првом систему, одлуке уста-

24) Више о томе вид. Танасије Маринковић, “Правна природа европског права људских права“, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ, Прилози пројекту 2012* (прир. Радмила Васић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.

25) Louis Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris 2002, 355.

26) Helen Keller and Alec Stone Sweet, “Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems“, *A Europe of Rights* (eds. Helen Keller and Alec Stone Sweet), Oxford University Press, Oxford 2008, 688.

27) Више о томе вид. Cyril Ribičič, Bosa Nenadić and Tanasije Marinković, “Multilevel System of Human Rights Protection in Europe – A View from the Central and Eastern Europe“, *Key Development in Constitutionalism and Constitutional Law – On the Occasion of the 30th Anniversary of the IACL* (eds. Lidija R. Basta Fleiner, Tanasije Marinković), Eleven International Publishing, Utrecht 2014.

вног суда нису норме, али су попут норми општеобавезне (не делују само према учесницима поступка) и стварају као норме права и обавезе... У другом систему, само се одбија примена закона у конкретном случају, што значи... да уопште и није реч о касирању (стављању ван снаге), него о непримењивању (*non-application*) неуставног закона“.²⁸⁾ Према томе, док апсолутно дејство доводи до ишчезавања спорног закона из правног система, релативно дејство има за последицу његово непримењивање у конкретном случају.²⁹⁾ Пример прописивања *erga omnes* дејства уставносудских одлука налазимо у Уставу Републике Србије који уређује да је “свако [је] дужан да поштује и извршава одлуку Уставног суда“ (члан 171. став 1).

Иако је општеобавезност одлука уставних судова карактеристично обележје система централизоване контроле уставности, мора се приметити да овакво дејство није присутно у свим поступцима пред уставним судовима. Штавише, оно не важи у поступцима по уставној жалби (када је предмет тог поступка испитивање појединачног акта или радње), што је, иначе, постао доминантан облик спора пред уставним судовима.³⁰⁾ Разлог за ово разликовање је тај што се општеобавезност одлука уставних судова јавља у споровима о уставности (законитости) правних прописа, као објективним споровима, док су спорови по уставним жалбама субјективни спорови, па је и дејство одлука којима се окончавају ти поступци *inter partes*. Наиме, док је у првом случају реч о појави која је ширег, могло би се рећи чак веома широког значаја, у другом случају одлука уставног суда се заиста тиче само странака у спору.³¹⁾ Но, и у “појединачним споровима“, када одлуке уставног суда имају карактер “пресуда“, ти акти могу бити

28) Р. Марковић, 568.

29) Ипак, разлика се ублажава у пракси у мери у којој су у децентрализованом систему нижи судови обавезни да се држе онога што су виши судови одлучили (*stare decisis*), односно да следе њихове преседане Louis Favoreu *et al.*, Droit constitutionnel, Dalloz, Paris 2005, 245.

30) Наиме вођење конкретног и субјективног спора о уставности је постало толико доминантно да “већина италијанских, немачких и шпанских случајева настаје из стварних правних спорова, те се контрола уставности у њима јавља као апелационо уставно судовање. У таквим условима, уставносудска функција не изазива примарно последице по законодавца, већ по редовно спровођење правде, и у пракси проширује дејство конституционализма (пре свега заштитом основних права) на поља изван јавног права, попут кривичног, управног и приватног права“. Andras Sajó, *Limiting Government – An Introduction to Constitutionalism*, CEU Press, Budapest – New York 1999, 243.

31) V. Čok, 74.

шири од пресуда редовних судова,³²⁾ што већ задире у питање правне снаге образложења одлука уставних судова.³³⁾

2. 2. 2. У централизованом систему контроле уставности све чешће се поставља и питање који део одлуке уставног суда има обавезно дејство, да ли је то само диспозитив одлуке или ту снагу има и образложење одлуке. Савезни уставни суд Немачке је још 1951. године заузео становиште да обавезујућу снагу има не само диспозитив одлуке, већ и “суштински” разлог на којем је она заснована. Међутим, шта треба сматрати “суштинским разлогом” није, како примећује Доналд Комерс, јасно: “Он не обухвата све аргументе употребљене у прилог датом резултату, мада се чини да укључује оне основне стандарде испитивања с обзиром на које је закон потврђен или поништен, јер они обавезују редовне судове у њиховом тумачењу закона”.³⁴⁾ Свега четири године по свом успостављању и Уставни савет Француске је истакао да се “снага одлука на које се односи та одредба [члан 62. став 3. Устава, *in fine*, прим. Т. М] не везује [се] само за њихов диспозитив, већ и за мотиве који су њихова нужна подршка и чак чине њихову основу”.³⁵⁾ У Шпанији се обавезна снага одлука Уставног трибунала такође односи како на њену изреку, тако и на образложење. То проистиче из Закона о судској власти који предвиђа да је “Устав врховна норма правног система која обавезује све судије и трибунале, који су дужни да тумаче и примењују законе и уредбе у складу са уставним препорукама и начелима, сходно тумачењу које они добијају у одлукама Уставног трибунала у било којој врсти поступака”.³⁶⁾ У Италији, пак, образложења никада нису имала обавезујућу снагу, чак и када је реч о интерпретативним одлукама, у погледу којих образложење на којем почивају обавезује само судију који је покренуо претходно питање о уставности.³⁷⁾

У Србији је доминантно мишљење да општеобавезно дејство има само диспозитив одлуке Уставног суда. Ипак, Р. Марковић примећује да ставови из образложења диспозитива, иако важе само за случај који је основ конкретне одлуке, “имају сопствену 'тежину' у успостављању

32) J. Đorđević, 785.

33) Индикативно је у том погледу да Закон о Уставном суду, иако начелно прописује да се одлуке по уставној жалби не објављују у “Службеном гласнику Републике Србије” (чл. 49. ст. 1), допушта да се у “Службеном гласнику Републике Србије” може [се] објавити одлука по уставној жалби, као и решења од ширег значаја за заштиту уставности законитости (чл. 49. ст. 2), чиме имплицира да одлука по уставној жалби може имати дејство *erga omnes*.

34) D. Kommers, 54.

35) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Presses Universitaires de France, Paris 2006, 551.

36) P. Passaglia, 621.

37) *Ibid*, 620.

уставности и законитости коју им даје ауторитет Уставног суда и снага њихове убедљивости“.³⁸⁾ Ово становиште, које у основи признаје аргументативну снагу образложења одлука уставних судова (*persuasive authority* у односу на *binding authority*) било је присутно и у нашој старијој литератури. Тако, расправљајући о несхватању правог карактера одлука уставног суда и проблему “идентичних случајева“, Ј. Ђорђевић истиче да “одлука Суда о неуставности или незаконитости једног прописа или општег акта... делује опште нормативно на све исте акте. Сви су они 'укинати' или 'поништени', и када нису сви конкретно, јер би се при супротном ставу јавили о истој ситуацији противречни односи – укинута неуставност и неукинута неуставност“.³⁹⁾

2. 2. 3. Коначно, питање обавезности одлука уставних судова се поставља и с обзиром на моменат отпочињања деловања одлуке уставног суда. У систему априорне (превентивне) контроле ово питање није спорно, јер касаторна одлука спречава ступање оспорене норме на снагу. Међутим, у систему апостериорне (репресивне) контроле питање је да ли одлуке делују ретроактивно (*ex tunc*), од тренутка објављивања одлуке (*ex nunc*) или проспективно (*pro futuro*). Теорија се нарочито колеба између везивања почетка дејства одлуке уставног суда за време доношења касаторне одлуке и проширивања таквог дејства унатраг, управо због последица по правни поредак једног и другог решења. Присталице дејства одлуке *ex nunc* истичу разлоге правне сигурности и очувања ауторитета закона, док се дејство одлуке *ex tunc* брани начелом правичности и потребом за строгом законитошћу.⁴⁰⁾

Иако је у упоредном уставном праву најраспрострањеније решење према којем одлуке уставних судова делују *ex nunc*, од тренутка њиховог доношења, односно објављивања,⁴¹⁾ у пракси се све чешће иде за временским (ретроактивним и проспективним) прилагођавањем њиховог дејства (*modulation des effets*) како би се одговорило специфичним потребама конкретног случаја. Тако се ретроактивна корекција испољава у виду ретроактивности од одређеног датума, тренутног општег дејства, тренутног дејства ограниченог на поступке у току, и процедуралне ретроактивности; а прилагођавање дејства *pro futuro* се јавља у облику наступајућег укидања и одложеног укидања.

Ретроактивност од одређеног датума (*rétroactivité à une date donné*) се примењује када до нормативне неусклађености долази услед промене норме која је основ контроле. Таква ретроактивност не произ-

38) Р. Марковић, 568.

39) Ј. Ђорђевић, 785.

40) В. Џок, 63-64; Р. Марковић, 570-571.

41) Les décisions des cours constitutionnelle et des instances équivalentes et leur exécution, Rapport adopté par la Commission européenne pour la démocratie par le droit, lors de sa 46^e session plénière, Venise, 9-10 mars 2001, 13.

води дејство од тренутка ступања на снагу нормe која је предмет контроле, као што је то иначе случај са потпуном ретроактивношћу, већ од тренутка ступања на снагу нормe која је основ контроле, јер тада настаје стање неусклађености.⁴²⁾ Тренутно опште дејство (*effet immédiat général*) одлуке уставног суда је оно које погађа све правне ситуације које су у току. Ретроактивност се овде огледа у томе што правне ситуације настале пре уставносудске интервенције, а које још увек трају, подлежу дејству те интервенције, у чему се и састоји њено “тренутно” дејство.⁴³⁾ То тренутно дејство може и да се ограничи, тако да се примени само на поступке у току (*effet immédiat limité aux procès en cours*). Дакле, уместо тренутног општег дејства, ретроактивне последице уставносудске интервенције би се одразиле искључиво на нерешене поступке у којима је првобитно требало применити касирану (под)законску норму.⁴⁴⁾ Тренутно дејство се може још више ограничити и свести само на поступак који је проузроковао инцидентну контролу уставности, што се назива процедуралном ретроактивношћу (*rétroactivité procédurale*).⁴⁵⁾

Прилагођавање дејства уставносудске одлуке *pro futuro*, његовим везивањем за одређени тренутак у будућности, се такође јавља као алтернатива простом укидању (*abrogation simple*) одговарајуће (под)законске нормe. Код наступајућег укидања (*abrogation survenue*) дејство одлуке се везује за одређени, извесни догађај у будућности чијим наступањем долази до нормативне неусклађености. Дакле, у тренутку испитивања уставности (законитости) норма која је предмет контроле је нормативно усклађена, али ће престати то да буде наступањем датог догађаја, што за последицу има њено укидање. Код одложеног укидања (*abrogation différée*) за спорну норму се већ у тренутку одлучивања утврђује да је неуставна (незаконита), али се њено укидање одлаже за датум који уставни суд одреди до којег би надлежни орган (по правилу, законодавац) требало да исправи то стање. Разлози за овакво решење се налазе у избегавању правних празнина, које би настале простим укидањем неусклађене нормe, а које би имале своје негативне друштвене последице.⁴⁶⁾

У правном поретку Србије “закон или други општи акт који није сагласан Уставу или закону престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у службеном гласилу“ (члан 168. став 3. Устава), што значи да одлуке Уставног суда делују *ex nunc*. Ипак, ово уставно

42) Xavier Magnon, “La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel“, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXVII, 2012, 561.

43) *Ibid.*

44) *Ibid.*, 562.

45) *Ibid.*

46) *Ibid.*

решење је начелно, јер је сâм устав поверио законодавцу да уреди “правно дејство одлука Уставног суда“ (члан 175. став 3), а Законом о Уставном суду је дошло до значајног модулирања овог дејства. Закон је, наиме, предвидео тренутно опште дејство одлуке, чиме је увео одређене елементе ретроактивности: “Закони и други општи акти за које је одлуком Уставног суда утврђено да нису у сагласности с Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, не могу се примењивати на односе који су настали пре дана објављивања одлуке Уставног суда, ако до тог дана нису правноснажно решени“ (члан 60. став 1. Закона о Уставном суду). Такође, “извршење правноснажних појединачних аката донетих на основу прописа који се више не могу примењивати, не може се ни дозволити ни спровести, а ако је извршење започето - обуставиће се“ (члан 60. став 3. Закона о Уставном суду). Касирана норма, према томе, не може се примењивати на правне односе који су настали пре касације, другим речима, за време док је важила, а од овог општег повратног дејства изузети су једино правни односи који су правноснажно решени и извршени.⁴⁷⁾ Но, и они могу бити преиспитани у року од шест месеци од дана објављивања одлуке, ако од достављања појединачног акта до покретања поступка није протекло више од две године (члан 61. став 2. Закона о Уставном суду). Наиме, “свако коме је повређено право коначним или правноснажним појединачним актом, донетим на основу закона или другог општег акта, за који је одлуком Уставног суда утврђено да није у сагласности с Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, има право да тражи од надлежног органа измену тог појединачног акта, у складу са правилима поступка у коме је појединачни акт донет“ (члан 61. став 1. Закона о Уставном суду).

Произлази да констатација о примату *ex tunc* дејства одлука Уставног суда није сасвим тачна, јер законодавац ово дејство релативно често замењује дејством *ex tunc*. Међутим, када се цени премоћ једног или другог правила не треба пренебрегнути “да се поступак за измену појединачног акта донетог на основу касираног закона, односно другог општег акта, не спроводи по службеној дужности, већ на захтев овлашћених лица, уз горе наведена временска ограничења за подношење захтева. Ако се има у виду и та чињеница, онда се може лакше претпоставити да у пракси многе могућности коришћења дејства одлука уставног суда *ex tunc* остају неискоришћене, што значи да

47) Како примећује Ch. Eisenmann, 231, “на основу начела о неретроактивности укидања, укинути закон или уредба би требало да наставе да се примењују, чак и након доношења пресуде Високог уставног суда, односно, прецизније, након њеног објављивања, на чињенице које су се претходно десиле, за време док су још увек били на снази“.

фактички, врло брзо, тј. по истеку прописаних шест месеци, остаје "чисто" дејство *ex nunc*".⁴⁸⁾

Поред увођења ретроактивног дејства, Закон о Уставном суду је предвидео, на изванредан начин, и могућност проспективног дејства уставносудске одлуке (одложеног укидања). Тако, "Уставни суд може посебним решењем одложити објављивање своје одлуке у 'Службеном гласнику Републике Србије', али најдуже за шест месеци од дана њеног доношења" (члан 58. став 4). У том случају, "Уставни суд одлуку којом је утврђено да општи акт није у сагласности са Уставом, законом, општеприхваћеним правилима међународног права или потврђеним међународним уговором, доставља доносиоцу општег акта заједно са решењем о одлагању објављивања" (члан 58. став 5).

2. 3. Извршност одлука Уставног суда

2. 3. 1. Извршност одлука уставних судова је непосредна последица њихове обавезности и коначности, али подразумева и нешто више од тога - да су оне "подобне за принудно извршење када изостане добровољно".⁴⁹⁾ У том смислу постављају се питања: ко су примарни адресати одлука уставних судова, затим ко треба принудно да их изврши ако се то не учини добровољно, и у чему се та обавеза извршења састоји.⁵⁰⁾

Када је реч о адресатима одлука уставних судова, видели смо, расправљајући о њиховој обавезности, да Устав Републике Србије прописује да је "свако [је] дужан да поштује и извршава одлуку Уставног суда" (члан 171. став 1). Устав Републике Француске садржи, у том погледу, нешто конкретнију норму према којој се одлуке Уставног савета "намећу јавним властима, и свим управним и судским органима" (члан 62. став 3). Отуда је Закон о Уставном суду, узимајући у обзир палету уставносудских спорова до којих може доћи у Србији и њихових учесника, прецизирао да су "државни и други органи, организације којима су поверена јавна овлашћења, политичке странке, синдикалне организације, удружења грађана или верске заједнице дужни [су] да, у оквиру својих права и дужности, извршавају одлуке и решења Уставног суда" (члан 104. став 1), док је немачко законодавство овластило Савезни уставни суд да у својој одлуци (значи од случаја до случаја)

48) V. Џок, 66. Размишљања В. Чок се истина односе на дејство одлука југословенских уставних судова, али су тадашња законодавна решења одговарала, *mutatis mutandis*, нормама важећег права у Србији.

49) Р. Марковић, 196.

50) V. Џок, 42.

одреди ко ће одлуку извршити, при чему може у поједином случају одредити и саму врсту и начин извршења.⁵¹⁾

Када је реч о принудном извршењу одлука уставног суда, уколико поменути субјекти не поступе по њима добровољно, заједничко је свим системима контроле уставности да уставни судови не располажу својим репресивним апаратом, што подразумева неопходност да се поштовање њихових одлука повери другим органима, нарочито онима који припадају извршној власти.⁵²⁾ У складу са тим општим искуством, и у Србији је предвиђено да “у случају потребе, извршење одлука и решења Уставног суда обезбе[ђује] Влада, на начин који је утврђен посебним решењем Уставног суда“ (Закон о Уставном суду, члан 104. став 2).

Питање начина извршења одлука уставног суда је нешто сложеније, и као и питање адресата зависи од врсте спора, али и врсте одлуке коју је суд донео. Најпре, оно се поставља у вези са касаторним одлукама, и оним које садрже одређене услове (интерпретативним одлукама). Када је реч о касаторним одлукама, одговор се на први поглед чини једноставним - њихово “извршење се састоји у објављивању пресуде. Тим објављивањем се изражава њен карактер *actus-a contrarius*-а: укинути закон или уредба су уведени у позитивноправни поредак њиховим објављивањем; укидајућа пресуда их из њега уклања, као што би их укинуо орган који их је донео. Надлежни орган, према томе, не мора да укида ни закон ни уредбу, као последицу пресуде; он само треба да објави укидање“.⁵³⁾

На трагу овог теоријског става и Устав Србије предвиђа да “закон или други општи акт који није сагласан Уставу или закону престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у службеном гласилу“ (члан 168. став 3). Другим речима, објављена одлука Уставног суда, сама по себи, значи забрану за све који примењују право да се позивају на односни закон (односно поједине његове одредбе). “Нису потребни никакви процесни услови за наступање извршности одлуке Уставног суда. Она је извршна самим својим постојањем (*per se*).“⁵⁴⁾

2. 3. 2. Колико год да је овај вид извршења неспоран, поставља се питање и да ли је довољан, односно да ли се извршење одлука уставних судова своди на просто уклањање неуставне (незаконите) норме из датог правног поретка, или оно може да изискује и попуњавање новонастале правне празнине и/или уклањање других општих норми насталих на темељу оне која је касирана. Наиме, извршење одлука уставних

51) I. Krbek, 89.

52) P. Passaglia, 622.

53) Ch. Eisenmann, 224.

54) P. Марковић, 568-569.

судова, у ширем смислу, свакако подразумева и додатно ангажовање законодавне власти на попуњавању правне празнине, уколико природа саме касације то налаже. Зато Ш. Ајзенман указује на решење аустријског система контроле уставности према којем Уставни суд (Аустрије) може да одреди рок, не дужи од шест месеци, до којег касирана норма наставља да производи дејство, и објашњава ово одложено укидање чињеницом да је законодавство сложен поступак, који захтева време током којег могу настати штетне друштвене последице због празнине коју касација ствара у правном поретку (вид. *supra*, 2. 2). Аустријски уставни суд је врло рано почео да прибегава таквим одлукама редовно подсећајући надлежне органе да то чини управо да би им дао могућност да ускладе дати пропис са Уставом пре него што укидање ступи на снагу.⁵⁵⁾ Техници одложеног укидања прибегавају и други уставни судови у Европи (италијански, шпански и француски), а Савезни уставни суд Немачке, конкретно, је из члана 20. става 3. Основног закона (“Законодавна власт је везана уставним поретком, а извршна и судска власт су везане законом и правом“) извео истинску обавезу по законодавца да спроведе реформу (*Nachbesserungspflicht*), уколико из његове одлуке којом се констатује неуставност произлази потреба за тиме.⁵⁶⁾ Право Републике Србије, видели смо, такође познаје овај аспект извршења одлука Уставног суда (*supra*, 2. 2. 3).

Када је, пак, реч о дејству одлуке уставних судова на опште норме настале на темељу норме која је касирана решења су различита и зависе од природе тих норми и акта у којем су садржане. Тако, у аустријском уставном праву уредбе са законском снагом не престају да важе укидањем закона на основу којег су донете, док извршне уредбе, које прецизирају и разрађују законске одредбе, следе правну судбину датог закона, јер без њега немају смисла.⁵⁷⁾ У Србији, дејство одлуке Уставног суда на опште акте донете за извршење закона и других општих аката који су касирани подразумева да се они неће примењивати од дана објављивања одлуке Уставног суда “ако из одлуке произлази да су ти општи акти несагласни Уставу, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или закону“ (члан 60. став 2. Закона о Уставном суду). Дакле, и опште норме које нису биле предмет уставносудске контроле могу посредно бити погођене касацијом, што такође изискује од надлежних органа предузимање одговарајућих нормативних мера.

Произлази да се извршење касаторних одлука уставних судова не састоји само у нечињењу (уздржавању управе и судства од приме-

55) Ch. Eisenmann, 227-228.

56) P. Passaglia, 619, 621.

57) Ch. Eisenmann, 229-230.

њивања касираних норми), већ обавеза извршења може да има и позитивни карактер, пре свега по законодавца, утолико пре што судови морају да застану са поступцима док се не спроведе потребна законодавна реформа.⁵⁸⁾ Тај позитивни облик извршења је још израженији када је реч о интерпретативним одлукама, којима се оспорена норма одржава на снази под условом њене примене у складу са тумачењем које је дао уставни суд. Како то тумачење може да иде од дописивања норми, преко прецизирања њиховог значења, до неутралисања њиховог уобичајеног смисла, од законодавца, извршне власти, судова и свих других субјеката који се могу наћи у ситуацији да извршавају одлуку уставног суда се очекује њихово пажљиво читање, не само диспозитива одлуке, већ и њеног образложења.⁵⁹⁾

2. 3. 3. Одлуке уставног суда донете у поступку по уставним жалбама показују одређене особености када је реч о извршности, баш као што је то случај и са коначношћу и обавезношћу њиховог дејства. Та специфичност се огледа у односу који уставни суд посредством њих успоставља са другим државним органима, пре свега са судовима, али и са законодавном и извршном влашћу. Захваљујући тим споровима, који по броју доминирају над свим осталим уставноправним споровима, и одлукама донетим у њима, уставни суд је успео да наметне своју јуриспруденцију редовном судству, и да се истакне као највиша (национална) судска инстанца у домену заштите уставом зајемчених права и слобода.⁶⁰⁾

Правно-формално уставни суд постиже тај утицај на правни поредак својом одлуком којом ставља ван снаге акт јавне власти којим је повређено уставом загарантовано право жалиоца. Конкретно, Уставни суд Србије “може поништити појединачни акт, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца“ (Закон о Уставном суду, члан 89. став 1). Произлази да је дејство утврђујуће одлуке Уставног суда према актима редовних судов против којих је изјављена уставна жалба, увек и једино касаторно, а не мериторно. “Задатак Уставног суда, када поступа по уставној жалби, није да се бави ‘грешкама у утврђивању чињеница и примени права које би учинили редовни судови’, нити да се бави општом контролом рада ових судова, нити је он суд четвртог степена суђења, већ је Уставни суд

58) P. Passaglia, 623.

59) О правном дејству интерпретативних одлука вид. Т. Маринковић (2004).

60) L. Favoreu *et al.* (2005), 217, 235-236.

само ту да се упита да ли је оспореним судским актом или радњом повређено неко основно право ујемчено Уставом“.⁶¹⁾

Његова касаторна одлука, дакле, “не преиначује правне акте чију је неуставност утврдио нити их замењује сопственим одлукама“,⁶²⁾ што значи да она може мериторно утицати на заштиту људских права једино снагом свог образложења, као што је то случај и са интерпретативним одлукама. Паралела између ове две врсте одлука се овде, међутим, не завршава, јер позиционирање уставног суда као највишег суда у домену заштите уставом гарантованих права и слобода се нигде није остварило без иницијалног отпора редовног судства, а посебно врховног (касационог) суда. Разматрајући тензије између Уставног трибунала и редовног судства у Шпанији, Пасаља (*Passaglia*) примећује да су “судије чије одлуке увек може поништити орган који се налази ван судијске хијерархије [су] природно обазривије када је реч о својим надлежностима, а нарочито у односу на повреде које наноси екстерни орган“, и да “чим им се укаже прилика, [они] настоје да истакну своју власт, опирајући се сваком наметању“.⁶³⁾ Ова напетост између Уставног суда и Врховног суда (који је функционисао до 31. децембра 2009) постојала је и у Србији, и то, такође, као последица “чињенице да Врховни суд, као највиши суд у земљи, није био навикнут на било какву контролу свога рада на националном нивоу“.⁶⁴⁾ Ипак, одлуке Уставног суда се у принципу поштују и онда када се њима поништавају пресуде редовних судова и налаже поновно поступање у тим предметима,⁶⁵⁾ мада има и примера одступања од те праксе.⁶⁶⁾

3. Делотворност одлука Уставних судова

3. 1. Докле дејство одлука уставних судова припада сфери нормативне анализе, испитивање њихове делотворности захтева примену политиколошког приступа.⁶⁷⁾ Оно, наиме, изискује проверу оствари-

61) Боса М. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова – са посебним освртом на Уставни суд Србије*, Службени гласник, Београд 2012, 71.

62) Дарко Симовић, “Уставна жалба – теоријскоправни оквир“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 220.

63) P. Passaglia, 634.

64) Б. Ненадић (2012), 67.

65) *Ibid*, 68.

66) О тренутном односу између Уставног суда Србије и редовних судова, а посебно Врховног касационог суда, видети више Б. Ненадић, О неким аспектима односа уставних и редовних судова, *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права*, Београд, 2013,

67) О разлици између нормативне (правне) и каузалне (политиколошке) науке вид. Hans Kelzen, *Čista teorija prava*, Gutenbergova galaksija, Beograd 2000, 77-81

вања одлука у пракси, и сагледавање разлога за евентуално одступање онога што јесте (*sein*) од онога што треба да буде (*sollen*). У том контексту, не треба заборавити да се “тек извршењем одлука уставног суда може [се] рећи да је испуњена сврха постојања и деловања уставног суда. Без тога, одлуке уставних судова би значиле само регистровање, констатовање неуставне (незаконите) ситуације“.⁶⁸⁾

Вођење рачуна о поменутој дистинкцији (треба-јесте) је посебно важно с обзиром на високо хијерархијско место које одлуке уставних судова формално заузимају у правном поретку, и истовремено непрестано оспоравање уставних судова са становишта њихове (демократске) легитимности.⁶⁹⁾ Иако је истина да проматрање и довођење у питање уставносудске функције никада није било тако озбиљно у Европи, а поготово не у централној и источној Европи, као у САД,⁷⁰⁾ не можемо да не подсетимо, *exempli causa*, на увреде које је француска левица упућивала Уставном савету, пошто је 1982. касирао одређене аспекте Закона о национализацији (“Уместо да кажу шта је право, судије постављају цену“ и “Ви правно грешите јер сте у политичкој мањини“),⁷¹⁾ или, пак, на критике којима је, у нашој јавности, био изложен Уставни суд Србије након што је ставио ван снаге члан 88. став 1. тачку 1) Закона о избору народних посланика, попут става да је “трговина мандатима [је] у основи последица одлуке [Уставног суда, *џрим. Т.М*] да власништво над мандатима припада посланицима, а не партијама“.⁷²⁾

Ови примери јасно указују на то да се уставни суд лако може наћи на ветрометини, изложен (не)оправданим оспоравањима, притисцима

68) V. Čok, 43.

69) Оно што непогрешиво стоји у тим критикама уставних судова јесте да је у питању установа елитистичког карактера, с дискутабилним демократским легитимитетом (поготово ако се има у виду да се у пракси они често претварају од негативног у позитивног законодавца) и неретко антивећински настројена (*anti-majoritarian*). Једну од најоштријих осуда на рачун уставног судства налазимо код лорда Девлина (*Devlin*) који упозорава да је поверавање законодавне функције судству (*judicial law-making*) не само скретање са процеса демократије, већ и загарантован пут у тоталитарну државу. Lord Devlin, “Judges and Lawmakers“, *Modern Law Review*, 39 (1976), 16. Наведено према: Mauro Cappelletti, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle“, *Revue internationale du droit comparé*, 2/1981, 638.

70) “Установа је директно била увезена у посткомунистичке системе са Запада, али идеолошка и теоријска контроверза која окружује ту установу је изостала“. W. Sadurski, XI-XII.

71) Више о оспоравању Уставног савета Француске вид. Танасије Маринковић, *Устав као конвенција – еволуција Пеће француске републике*, необјављена докторска дисертација брањена на Правном факултету Универзитета у Београду 2009, 294.

72) Jovan Ćirić, “Političke partije kao generator korupcije“, *Izbori u domaćem i stranom pravu* (priir. Oliver Nikolić, Vladimir Đurić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, 62.

и осудама, државних органа и друштвених субјеката, од које се може сачувати једино снагом свога ауторитета, јер, као што смо видели, “уставни суд нема своју полицију“. Отуда, иако потреба да се принудно спроведу одлуке уставног суда није честа, “кад до тога дође, питање је обично врло деликатно“.73) Реакција Ендруа Џексона (*Andrew Jackson*), председника САД, поводом једне спорне одлуке Врховног суда је у том погледу индикативна: “Џон Маршал [председник Врховног суда, *џрим. Т.М*] је донео своју одлуку, нека је он сада и изврши“.74) Наиме, ако до те ситуације дође очигледно је да се поставља питање, с једне стране односа између уставног суда као доносиоца одлуке и органа, који је такву одлуку требало да изврши, а са друге стране, и шире, ауторитета суда и ефикасности целог система контроле уставности и законитости.75) Према томе, поштовање и извршење одлука уставних судова је како правно, тако и друштвено питање: “Ауторитет али и улога суда зависиће од спремности не само органа већ и друштвене заједнице да прихвате и спроведу одлуке Уставног суда. На овом питању се проверава однос суда и заједнице и уопште морално-политичка страна како уставности и законитости тако и судских одлука“.76)

3. 2. Неколике су претпоставке делотворности одлука уставних судова: неке од њих су институционалног карактера, друге су уско везане за однос уставних судија према својој функцији, и начин доношења и образложења својих одлука, док су треће израз одговарајуће правне и политичке културе. Но за све ове претпоставке је заједничко да су дубоко испреплетене, и да у доброј мери једна проистиче из друге.

Најпре, нема делотворне судске контроле уставности без истинске поделе власти, и нарочито јемстава независности судства.77) Из ових претпоставки проистичу самосталност уставног суда и функционална независност његових судија, што подразумева одговарајуће надлежности уставног суда и услове за покретање поступка пред њим. Уколико се јавни и приватни актери не обраћају уставном суду, или немају могућности за то, он неће имати довољно предмета (*caseload*) да изгради своју јуриспруденцију и изврши утицај на друштво.78) Такође, важан аспект независности уставних судија јесте њихова лична независност која налаже одговарајући начин стицања и престанка судијске

73) I. Krbeč, 89.

74) P. Passaglia, 622.

75) V. Čok, 43.

76) J. Đorđević, 787.

77) J. Kokott and M. Kaspar, 806.

78) Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. Michel Rosenfeld, Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford 2012, 825.

функције, и посебна јемства у току обављања функције као што су сталност и непокретност судијске функције, судијски имунитет и одговарајући материјални положај.⁷⁹⁾

Ове институционалне претпоставке треба да створе услове да за уставне судије буду именовани одлични правници, који су истовремено политички рафиниране личности са изграђеним осећајем одговорности.⁸⁰⁾ Наиме, на углед уставног суда утичу како прошлост самог органа, тако и прошлост његових чланова. “Суд чија јуриспруденција се показала неодговарајућом може да се суочи са губитком или умањењем своје способности да утиче на остале институционалне актере“, баш као што и “одређене радње и изјаве чланова суда могу нанети штету његовој независности и његовом угледу“.⁸¹⁾

Са одговарајућим знањем и моралним ауторитетом судије уставног суда ће бити у стању да изграде свој систем начела и да га се држе. “Оног тренутка када предмети дођу пред њих, судије их морају решавати и давати *одбрањиве разлоге* у прилог својим одлукама. Ако то чине, један од исхода уставног суђења ће бити стварање уставносудске праксе, или *јуриспруденције*, што је потврда о томе како су судије тумачиле устав“.⁸²⁾ А ње, наравно, нема без минимално развијене концепције преседана.⁸³⁾

Успешност те уставносудске праксе зависи од садржине поруке и начина на који је судија упућује. Најпре, одлука уставног суда мора да се суочи са друштвом у којем ће се применити, што значи да иако правни разлози морају да имају примат у односу на све остале, да би одлука била поштована она не сме да иде предалеко од навика својих дестинатера: “Уставносудска функција мора да се обавља водећи рачуна о дејству које одлуке производе, како међу органима власти, тако и у јавном мњењу и свакодневном животу. Другим речима, уставни судија мора да зна да развије јуриспруденцијалну политику која ће бити у складу са мисијом коју му устав поверава и истовремено бити подобна да је политички систем и друштво, такви какви су, прихвате без претераних тешкоћа.“⁸⁴⁾ Поред одговарајућег балансирања између опште и апстрактне уставне норме, и конкретне друштвене климе, та порука мора бити и јасно формулисана, што је објективно условљено

79) О појму функционалне и персоналне независности судија вид. Танасије Маринковић, “Јемства судијске независности у уставима Кнежевине и Краљевине Србије“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, 134-162.

80) J. Kokott and M. Kaspar, 806.

81) P. Passaglia, 624, 625.

82) A. Stone Sweet, 825.

83) Alec Stone Sweet and Helen Keller, “Reception of the ECHR in National Legal Orders“, *A Europe of Rights* (eds. H. Keller and A. Stone Sweet), 8.

84) P. Passaglia, 627.

сложеношћу конкретног уставноправног питања и сагласношћу међу судијама о њему (и у том контексту (не)постојањем института издвојеног мишљења).⁸⁵⁾

Коначно, делотворност уставног судства подразумева да његове одлуке прихватају, како грађани, тако и друге гране власти, што зависи од начина на који уставне судије обављају своју функцију, али и од правне културе дате земље.⁸⁶⁾ Из одговарајућег квалитета одлука уставних судова (ставова и тумачења садржаних у њима) проистиче и њихово усвајање од оних на које се оне односе, и позивање на њих у будућим сличним споровима.⁸⁷⁾ Ово је изузетно важан правнокултуролошки аспект, јер у систему централизоване контроле уставности, у којој се уставни судови традиционално не сматрају делом судства, они морају да нађу начина да се наметну и тој грани власти. Будући да немају других полуга моћи, попут мача или вреће новца (*no influence over either the sword or the purse*), како је то приметио још Џ. Хамилтон (*John Hamilton*),⁸⁸⁾ основни политички капитал уставних судова се налази у њиховој институционалној легитимности. А она почива на томе како се одлуке доносе – ако је сам начин њиховог доношења исправан, биће и резултати, макар у највећем броју случајева. На тај начин легитимност пружа уставном суду политички капитал да одлучују у складу са диктатама правних начела, уместо са захтевима оних који су их на ту функцију довели.⁸⁹⁾ Произлази, у складу са речима Ханса Георга Рупа (*Hans Georg Rupp*), бившег судије Савезног уставног суда Немачке, да је “једини званичник који може да изврши одлуке суда [је] његов морални ауторитет, савест заинтересованих и поштовање које народ има за право“.⁹⁰⁾

Закључак

Устави начелно, и готово без изузетка, прокламују коначност, општост и извршност одлука уставних судова, као “неотуђива“ обележја уставносудске функције, подразумевајући под њима да је свако

85) *Ibid.*, 628-629.

86) Dieter Grimm, 'Constitutional Adjudication and Democracy' in Mads Adens (ed), *Judicial Review in International Perspective* (2000), 109. Наведено према: J. Kokott and M. Kaspar, 806.

87) A. Stone Sweet, 825.

88) Alexander Hamilton, “The Federalist No. 78”, *The Federalist Papers by Alexander Hamilton, James Madison and John Jay* (ed. Garry Wills), Bantam Books, New York 1982, 393-394.

89) James L. Gibson, “Judicial Institutions”, *The Oxford Handbook of Political Institutions* (eds. R. A. W. Rhodes, S. A. Binder, & B. A. Rockman), Oxford 2008, 525-526.

90) P. Passaglia, 622.

на кога се оне односе дужан да их извршава без колебања и призива. Овим нормативним прокламацијама придружује се и уставноправна доктрина која наглашава да установа уставног судства не би имала смисла када његове одлуке не би одликовала поменута својства. Међутим, ближа анализа дејстава одлука уставних судова, с обзиром на њихову законску разраду, међународноправне обавезе и њихово остваривање (у пракси), баца сенку на “апсолутност“ и традиционално схватање сваког од ових обележја. Посебно се уочава потреба за постојањем ширих институционалних и културолошких претпоставки да би одлуке заиста производиле оно дејство које им правни поредак номинално признаје.

Тако, иако је коначност одлука уставних судова израз њихове институционалне снаге, подразумевајући под њом да против одлуке уставног суда нема призива, европски систем заштите људских права знатно је ослабио њихов ауторитет. Наиме, њихова коначна реч у тумачењу људских права више се не може претпоставити. С друге стране, и једним делом управо због утицаја Европског суда за људска права и његове праксе, појам обавезности одлука уставног суда доживљава преображај и то у правцу прихватања становишта да не обавезују само изреке одлука уставног суда, већ и њихово образложење. То свакако повећава утицај судија уставног суда на правни поредак, али и њихову одговорност. Ширење обавезности одлуке уставног суда и на њено образложење, пак, са своје стране указује на то колико је питање њеног извршења постало сложено. Ово посебно због тога што извршење не значи само непримењивање касаторне одлуке уставног суда, већ и одговарајуће позитивно поступање по њој, у циљу попуњавања новонасталих правних празнина и спровођења ставова које је уставни суд изнео (у интерпретативној одлуци), у будућим конкретним случајевима.

Међутим, проблем извршења се не своди на обим обавезности одлука уставних судова или на временске аспекте њихове обавезности (дејство *ex tunc*, *ex nunc* или *pro futuro*), већ и на спремност адресата тих одлука да се њима повинују. Према томе, дејство одлука уставних судова укључује у себе и питање њихове делотворности, које ставља на пробу њихова уставом и законом одређена својства. На том испиту се види да дејство одлука уставног суда (као уопште и самог устава) зависи од испуњености ширих правно-политичких претпоставки, које се крећу од постојања одговарајућих институционалних механизма, преко начина на који уставне судије доживљавају и обављају своју функцију, све до оних које су културолошког карактера.

Dr Tanasije Marinković
Assistant Professor
Faculty of Law University of Belgrade

Summary

EFFECTS OF CONSTITUTIONAL COURTS' RULINGS

A constitution is designed to create a system of prevention and control mechanisms throughout all levels of exercise of public authority, and thereby remove the arbitrary discretion in it, particularly, when it concerns the application of the constitutionally guaranteed human rights and freedoms. Establishing a constitutional court as “guardian of the constitution” proved to be an unavoidable mechanism to ensure the efficacy of the constitution. However, in order to exercise its mission, entrusted by the constitution, and to be its “guardian”, the constitutional court cannot be an advisory body or a body which merely registers the infringements of the constitution or the statutes; it has to have an authority to render final, binding and enforceable rulings which are applied duly and effectively. This paper addresses the issue of legal nature of constitutional courts' rulings, in the light of their effects, but it also takes wider approach, by examining other legal and socio-political preconditions for their effectiveness.

Key words: - Constitutional Courts' Rulings; - Finality; - Binding Force; - Enforceability; - Effectiveness.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

342.565.2(497.11)"1963/2013"(082)

342.565.2(082)

340.131(082)

ОКРУГЛИ сто Улога и значај Уставног суда у
очувању владавине права (2013 ; Београд)
Зборник радова / Округли сто Улога и
значај Уставног суда у очувању владавине
права 1963-2013., Београд, 2013. године ;
[организатор] Република Србија, Уставни суд ;
[приредила Боса Ненадић]. - Београд : Уставни
суд, 2013 (Београд : Глосаријум). - 311 стр.
; 24 цм

Тираж 500. - Напомене и библиографске
референце уз текст. - Summaries.

ISBN 978-86-6297-006-0

1. Уставни суд Србије (Београд)

а) Уставни суд Србије (Београд) -

1963-2013 - Зборници б) Уставно судство -

Зборници ц) Владавина права - Зборници

COBISS.SR-ID 201352204