

Република Србија
УСТАВНИ СУД

The Republic of Serbia
THE CONSTITUTIONAL COURT

ПОЛОЖАЈ И ПЕРСПЕКТИВА
УСТАВНОГ СУДСТВА

THE POSITION AND PERSPECTIVE
OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Издавачи:

Уставни суд Републике Србије
Јавно предузеће „Службени гласник“

Publishers:

The Constitutional Court of the Republic
of Serbia
Public enterprise „Official Gazette“

За издавача:

Весна Илић Прелић, председница
Уставног суда Републике Србије
Проф. др Радош Љушић, в. д.
директора ЈП „Службени гласник“

For the publisher:

Vesna Ilić Prelić, President of the
Constitutional Court of the Republic of
Serbia
Prof. Dr. Radoš Ljušić, acting director of
PE „Official Gazette“

Уредник:

Др Драгиша Б. Слијепчевић, судија
Уставног суда Републике Србије

Editor in chief:

Dr. Dragiša B. Slijepčević, Judge of the
Constitutional Court of the Republic of
Serbia

Приредили:

Проф. др Агнеш Картаг Одри, судија
Уставног суда Републике Србије
Радован Безбрадица, секретар Уставног
суда Републике Србије
Бранислава Бабић, виши саветник
Данијела Лубарда, виши саветник

Editorial board:

Prof. Dr. Agneš Kartag Odri, Judge of the
Constitutional Court of the Republic of
Serbia
Radovan Bezbradica, Secretary of the
Constitutional Court of the Republic of
Serbia
Branislava Babić, Senior Adviser
Danijela Lubarda, Senior Adviser

ПОЛОЖАЈ И ПЕРСПЕКТИВА УСТАВНОГ СУДСТВА

Београд, 2014.

I

ПРЕДГОВОР



Јубиларна поштанска марка издата поводом обележавања 50 година Уставног суда Републике Србије



Судије Уставног суда Републике Србије, октобар 2013. године

ПРЕДГОВОР

Полувековна традиција постојања Уставни суд Републике Србије сврстава у ред најстаријих европских уставних судова. Његова мисија „чуvara Устава“ отпочела је, сада већ давне 1963. године, контролом уставности и законитости општих правних аката у Републици Србији, а од доношења Устава Републике Србије 2006. године проширена је и на индивидуалну заштиту људских и мањинских права и слобода. Пола века уставног судства представља не само значајан јубилеј за Уставни суд, већ и потврду трајног опредељења Републике Србије да уставносудском контролом власти, а посебно проширивањем надлежности Уставног суда, обезбеди делотворно остваривање начела владавине права, као једног од врхунских принципа сваког демократског друштва.

Уставни суд је 50 година свог постојања у 2013. години обележио низом манифестација. Најзначајнија међу њима била је Међународна конференција на тему „ПОЛОЖАЈ И ПЕРСПЕКТИВЕ УСТАВНОГ СУДСТВА“, која је од 16. до 18. октобра 2013. године одржана у Београду, у Дому Народне скупштине, уз подршку Немачке фондације за међународну правну сарадњу (IRZ), Венецијанске комисије, Пакта за стабилност југоисточне Европе и Организације за европску безбедност и сарадњу (ОЕБС).

У уводном делу Конференције, поред тадашњег председника Уставног суда др Драгише Б. Слијепчевића, учесницима су се обратили председник Републике Србије Томислав Николић, шеф Делегације Европске Уније у Републици Србији амбасадор Michael Davenport, председник Венецијанске комисије Gianni Buquicchio, потпредседница Уставног суда Аустрије Brigitte Bierlein, амбасадор ОЕБС-а у Републици Србији Peter Burkhard и представник IRZ-а, руководиоца Одељења за БиХ, Македонију, Црну Гору и Србију Stefan Pürner. У раду Конференције, поред председника, судија и запослених у Уставном суду, учествовале су бројне делегације уставних судова са којима Уставни суд Републике Србије има дугогодишњу успешну билатерану сарадњу, као и бивши председници и судије Уставног суда Републике Србије. Својим присуством, као гости Конференције, значају скупа допринели су и представници дипломатског кора, државних органа и организација, међународних организација и правних факултета у Републици Србији.

Зборник радова са Међународне конференције „Положај и перспективе уставног судства“ који је пред вама садржи радове и излагања учесника овог скупа. Искуства представљена на Конференцији резултирала су заједничком оценом да се уставни судови данас

сусрећу са истоветним или битно сличним изазовима што намеће потребу даље развијања међусобног уставносудског дијалога који би водио изградњи заједничке европске уставноправне свести, уз своје уважавање различитости и особености националних уставних судова. Стога Зборник има за циљ не само да остане трајна успомена на обележавање 50 година уставног судства у Србији, већ и да свима којима уставно право „лежи на срцу“ употпуни сазнања о изазовима са којима се сусреће савремено уставно судство.

ПРЕДСЕДНИК УСТАВНОГ СУДА
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ
Весна Илић Прелић

II

**ПОЛА ВЕКА УСТАВНОГ
СУДСТВА СРБИЈЕ**



Отварање Конференције
Председник Уставног суда Републике Србије др Драгиша Б. Слијепчевић
и радно председништво – др Brigitte Bierlein, Gianni Vuqicchio, проф. др
Марија Драшкић, Michael Davenport, Peter Burkhard, др Stefan Pürner



Председник Републике Србије Томислав Николић

Др Драгиша Б. Слијепчевић*
Председник Уставног суда Републике Србије

Поштоване даме и господо,

У име Уставног суда Србије желим вам добродошлицу на Међународну конференцију „Положај и перспектива уставног судства“ организовану поводом педесетогодишњице од оснивања Уставног суда Републике Србије.

Част ми је и задовољство да тим поводом поздравим председника Републике Србије господина Томислава Николића, вршиоца функције Врховног касационог суда и председника Високог савета судства господина Драгомира Милојевића, председника Венецијанске комисије Ђанија Букикија, председнике и судије уставних судова из Аустрије, Босне и Херцеговине, Федерације Босне и Херцеговине, Републике Српске, Бугарске, Црне Горе, Чешке, Хрватске, Јерменије, Литваније, Македоније, Мађарске, Румуније, Руске Федерације, Словачке, Словеније и Украјине, као и некадашње председнике и судије Уставног суда Републике Србије.

Поздрављам и шефа Делегације Европске уније у Србији господина Мајкла Девенпорта, амбасадора ОЕБС-а у Србији господина Петера Буркхарда, чланове дипломатског кора, представнике IRZ фондације, међународних организација, представнике државних органа Републике Србије, декане правних факултета и представнике медија.

А сада ми дозволите да вам у својству председника Суда у кратким цртама представим историју, место и улогу Уставног суда Србије у правном поретку Републике Србије за протеклих пола века његовог постојања.

Идеја установљења Уставног суда у Југославији била је присутна још приликом израде Устава Федеративне Народне Републике Југославије од 1946. године. Ипак, она је у потпуности реализована тек са доношењем Устава од 1963. године и на савезном и на републичком нивоу. Тиме је у политички систем Федеративне Републике Југославије и њених република уведен Уставни суд као нова демократска институција. Заштита уставности и законитости поверена је Савезном уставном суду и републичким уставним судовима у складу са Уставом, као међусобно независним институцијама. Тако је и на нивоу Федерације и на нивоу република успостављен систем уставно-судске контроле.

* Председник Уставног суда Републике Србије од 2011. до 2014. године.

Уставном суду Југославије поверена је заштита савезне, а уставним судовима република републичке уставности.

Уставни суд Србије основан је 26. јуна 1963. године Одлуком Народне скупштине о избору председника и судија, донетом на темељу одредбе члана 171. став 1. тачка 8. Устава Социјалистичке Републике Србије од 1963. године. Тиме се Уставни суд Србије, као и Уставни суд Југославије и остали уставни судови њених република, сврстао у ред најстаријих уставних судова на свету, одмах иза Аустрије, Немачке и Италије. Уставом од 1963. године била је одређена и надлежност Уставног суда Србије, као и правна дејства његових одлука. Уставном суду је стављено у надлежност да одлучује о уставности и законитости закона и других општих аката, заштити права самоуправљања и других основних права и слобода грађана Уставом прописаних, да решава сукобе надлежности између судова и других државних органа, да решава спорове о правима и дужностима друштвено-политичких заједница и да прати појаве од интереса за остваривање уставности и законитости. Међутим, упркос тако установљеној надлежности почетак рада Уставног суда Србије обележен је симболичним покушајем заштите уставности и законитости. Она се исцрпљивала у доношењу одлука о уставности и законитости самоуправних општих аката, јер све до 1974. године Суд није ценио уставности ни једног од донетих закона. Ипак, због тога се не могу умањити, а још мање обезвредити постигнути резултати Суда у том периоду. Они су остварени у миљеу тадашњих друштвено-политичких односа утемељених у јединству власти и ауторитативној владавини једне партије. Штавише, и за уставно судство Републике Србије установљено Уставом од 1963. године с правом се може рећи да је почивало на идеји непосредне апстрактне контроле уставности и законитости и да је представљало израз модерних европских тенденција тог времена. То не значи и да је Уставни суд стајао на бранику владавине права мимо и изван сагласја са правно-политичким опредељењима тадашње државе. Међутим, и у тим условима његове активности су оставиле видљив траг у вршењу контроле уставности и законитости. Оне су се, поред оцене уставности општих аката, реализовале и кроз уставно овлашћење Суда да Скупштини укаже на несагласност појединих закона са Уставом. Тим поводом испољена иницијатива Суда неретко је и верификована одлуком Скупштине да измени закон на чију неуставност је указивано. Све то недвосмислено говори да деловање и рад Уставног суда тог времена није представљало само пионирске покушаје оправдања његовог места и улоге у очувању владавине права. Напротив, она се исказивала у суштинском доприносу установљења и остварења темељених начела владавине права. На тај начин, Уставни суд Србије следио је пример пре њега основаних уставних судова Аустрије, Немачке и Италије, и

пролазио кроз све промене европског модела уставног судства. Оне су једним делом биле опредељене претходно извршеним променама устава, али и непосредним настојањем Уставног суда да својим одлукама потврди Уставом прокламовани циљ успостављања и јачања владавине права. Таква настојања Уставног суда и практично су реализована у периоду од 1974. до 1990. године доношењем 31 одлуке о несагласности закона са Уставом.

Улога Уставног суда Србије битно је измењена Уставом од 1990. године. Доношењем тог Устава, Србија је отворила ново поглавље уставности напуштањем дотадашњег система социјалистичке уставности и прихватањем традиционалних европских уставних вредности. Уставом је прокламовано начело поделе власти и уведен парламентарни систем. Положај и функција Уставног суда опредељени су у складу са европским стандардима уставног судства. Уставом је одређено да Уставни суд представља самосталан и независан орган који штити уставност и законитост у складу са Уставом. Уставом је утврђена надлежност и састав Суда и гарантована сталност судијске функције. Такође, Уставом је било одређено и да су одлуке Уставног суда општеобавезујуће и извршне.

Међутим, упркос таквом одређењу положаја и надлежности Уставног суда, његовим деловањем у пракси нису остварени и очекивани резултати. Нова улога Уставног суда најављена је тек по извршеној промени власти 2000. године. У промењеном демократском амбијенту Уставни суд се истински окренуо заштити основних начела владавине права и темељних људских права и слобода. Ипак, то је био само наговештај његовог новог деловања. Оно је спречено вољом тадашње власти која је Уставни суд оставила без кворума за рад. Тако је Суд без своје кривице лишен могућности остварења Уставом му поверене функције. Блокада рада Уставног суда отклоњена је тек после 15 месеци избором недостајућих судија. У новом саставу, Уставни суд је изнова започео мисију очувања владавине права. Овакво деловање Уставног суда резултирало је оценом неуставности најважнијих закона и владиних уредби које су задирале у искључиви резерват законодавне надлежности. У том периоду, Уставни суд је посегао и за изрицањем привремене мере у циљу спречавања штетних последица примене закона из области правосуђа. Осим тога, рад Уставног суда из овог времена обележен је и самоиницијативним покретањем поступка оцене уставности Закона о локалним изборима и Закона о локалној самоуправи. Овакви поступци Суда били су јавно подржани и од тадашњих носилаца власти, али само декларативним изјавама у средствима јавног информисања. Сукоб између Уставом прокламованог и стварно жељеног положаја Уставног суда од стране тадашњих политичких странака на власти резултирао је новом блокадом његовог рада. Она се

исказала опструкцијом поступка избора недостајућих судија и председника Суда од стране Народне скупштине. Због тога је рад Суда био изнова блокиран у периоду од 14 месеци. Вољом политичких чинилаца, Уставни суд је поново лишен могућности обављања своје уставне функције. То је био резултат нечињења управо оних политичких снага које су се вршећи власт у јавним институцијама најгласније залагале за владавину права и јачање институција система. У којој мери је таквим понашањем дерогирана уставно-судска функција није потребно посебно образлагати. На жалост, све то је било пропраћено упадљивим ћутањем средстава јавног информисања. Њихова активност и критика рада Уставног суда оживела је тек са успостављањем функције Уставног суда избором судија садашњег састава извршеним у децембру 2007. године. Стога пада у очи да је тадашњим „самозваним“ легалистима и појединим медијама Уставни суд представљао декоративну институцију прихватљиву само у времену када је онемогућен да врши уставну функцију, или када то чини на начин како они опредељују и доживљавају улогу Уставног суда у остваривању њихових политичких циљева. Несумњиво је да такво понашање има за директну последицу урушавање институције Уставног суда, што се чини и мимо свих демократских принципа недопуштених критика донетих одлука Уставног суда.

Уставни суд је чувар Устава и гарант владавине права у Републици Србији. Хитност његовог деловања је пожељна, али се она не сме поистоветити са захтевима да Уставни суд својим одлукама удовољава политичким захтевима било позиције било опозиције. То не значи да Уставни суд тиме жели да оправда застоје појединих поступака оцене уставности и законитости, а још мање да избегне вршење Уставом му поверене функције. Напротив, дубоко свестан и улоге коју има и правних последица које носе његове одлуке, Уставни суд настоји да своју функцију врши искључиво у служби владавине права и делотворне заштите људских права и слобода. У контексту таквог става Уставног суда, и овом приликом морам указати да Уставом утврђена обавеза доношења закона о суштинској аутономији Покрајине Косово и Метохија још увек није реализована, иако је од доношења Устава од 2006. године до данас протекло готово пуних седам година.

Рад Уставног суда у периоду након доношења Устава од 2006. године обележен је вршењем основне надлежности – нормативне контроле уставности и законитости и одлучивањем о уставним жалбама. Установљењем надлежности Уставног суда да одлучује о уставним жалбама, Република Србија се и стварно прикључила европском тренду успостављања непосредне уставне заштите људских права и слобода. На тај начин, Уставни суд се ставио у службу заштите права грађана и свих других недржавних субјеката од последица неуставности и незаконитости одлука донетих од стране јавних органа. То правно средство

доступно је сваком када је држава, репрезентована кроз ма који орган, повредила основна права грађана и других недржавних субјеката. Пред Уставним судом у овом саставу до данас је било у раду 35.211 предмета по уставним жалбама, а решено је укупно 20.621, од чега само у овој години 5.401 предмет. Те бројке говоре не само о оптерећености Суда, већ и о степену угрожавања Уставом зајемчених људских права и слобода. Суд је у границама својих могућности настојао да поднете уставне жалбе узме у разматрање у примереном – разумном року. На жалост, тај циљ објективно није могуће остварити у односу на све подносиоце уставних жалби. Стога је Уставни суд био принуђен да установи правила хитног поступања, свестан да се тиме нарушава принцип решавања предмета по редоследу пријема. Поступајући на тај начин, Уставни суд је само у прошлој години усвојио 1.044 уставне жалбе због повреде права на правично суђење учињено неједнаким поступањем редовних судова. У којој су мери те одлуке Суда допринеле успостављању правне сигурности и владавине права није потребно посебно образлагати. Успостављању владавине права Уставни суд је допринео и доношењем више од 50 одлука о неуставности бројних одредаба системских закона. Примера ради, то су Закон о порезима на имовину, Закон о Војно-безбедносној агенцији и Војно обавештајној агенцији, Закон о заштити података о личности, Закон о информисању, Закон о утврђивању надлежности АП Војводине, Закон о електронским комуникацијама, Закон о планирању и изградњи, Закон о заштити права и слобода националних мањина и други. Осим тога, касирано је и 15 уредби Владе Републике Србије, којима се задирало у законодавну надлежност. Уз све то, Уставни суд је у оквиру своје надлежности решио и све предмете за забрану рада удружења грађана. Активност Суда у садашњем саставу обележена је и покретањем поступка оцене уставности по сопственој иницијативи као и издавањем привремених мера забране извршења појединачних аката до коначне одлуке о уставности и законитости на основу којих су ти акти донети. Решено је и 808 жалби неизабраних судија и носилаца јавнотужилачких функција. Предузете су и мере за извршење одлука Уставног суда, што је резултирало враћањем више од 150 одборничких мандата. Одлуке Уставног суда су уважене и од стране редовних судова и то тако што су редовни судови у складу са налогом Уставног суда изменили своје одлуке.

И на крају, али не и по значају, треба истаћи да су се тек по изменама Закона о Уставном суду које су ступиле на снагу 4. јануара 2012. године стекли објективни услови за рад Суда по већима, као и за суштинску независност Суда прописивањем његове буџетске самосталности. Увођењем великих и малих већа у знатној мери убрзано је решавање спорних предмета. За очекивати је да ће те измене тек у наредном периоду дати пун ефекат на плану ажурности Суда. Ово

тим пре што је Уставни суд управо у овој години јубилеја коначно добио репрезентативну зграду и адекватан смештајни простор. Тиме је омогућено кадровско јачање стручне службе и створене реалне претпоставке за побољшање квалитета судских одлука и убрзање поступка. Све то, као и на делу потврђено опредељење Владе Републике Србије да поштује законом прописану буџетску самосталност Уставног суда, уверава нас да је Уставни суд Србије коначно превазишао све препреке које су га у прошлости објективно спречавале да као самосталан и независан државни орган оствари пун допринос на успостављању владавине права и заштите људских права и слобода у складу с Уставом и међународно признатим правним стандардима. Тој мисији Уставни суд је искрено посвећен без обзира на чињеницу да ли и у којој мери важећи Устав обезбеђује остваривање свих очекивања актуелних учесника политичког и друштвеног обликовања процеса демократизације нашег друштва. Остварење тих настојања Уставног суда опредељено је и његовом спремношћу да, уважавајући искуства и судску праксу Европског суда за људска права и праксу других уставних судова у региону и у Европи, да свој допринос успостављању владавине права и унапређења демократских процеса у Републици Србији. Стога, овом приликом, желим да се захвалим свима на нашој конференцији присутним уставним судовима на већ пруженој помоћи на том плану путем билатералне сарадње. Уверен сам да ће наши међусобни односи и убудуће представљати плодотворну сарадњу која ће резултирати делотворном заштитом људских права и слобода, јачањем демократских процеса и тријумфа силе права над правом силе.

Стога очекујем да ће и данас презентовани реферати и дискусије на тему „Положај и перспектива уставног судства“ представљати немерљив допринос унапређењу уставно-судске заштите и изналажењу правог одговора на све изазове са којима се европско уставно судство данас суочава.

Томислав Николић
Председник Републике Србије

Часне судије,
Поштовани пријатељи,
Даме и господо,
Ваше екселенције,

Данас славимо 50 година постојања Уставног суда Републике Србије, а мени је припала част да вам се обратим поводом тог јубилеја.

Када је установљен у Југославији, Уставом СФРЈ и уставима република 1963. године, уставни суд је постојао у свега неколико држава, као што су Аустрија, Немачка, Италија, Турска. Једна социјалистичка држава одлучила је да успостави институцију незамисливу у систему који не почива на подели власти. Увођење уставног судства правдано је потребом даљег развоја такозваног самоуправног социјализма, а на Западу се писало да је и тиме Југославија хтела да покаже своју „тежњу за политичком и идеолошком аутономијом у односу на СССР“ (М. Капелети).

Као представник извршне власти, а до пре годину и по дана страначки ангажовани политичар, све што бих о Уставном суду рекао могло би да буде протумачено као моја намера да утичем на њега или да му се мешам у рад. Моја жеља је управо супротна томе. У интересу је Србије да Уставни суд буде, како је и предвиђено, самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе.

Током читавог периода мог досадашњег политичког деловања, сада и рада на месту шефа државе, јасно сам изражавао своју приврженост поштовању начела поделе власти и немешања у рад судства. Данас, на педесету годишњицу оснивања Уставног суда, прилика је да поновим да остајем доследан том опредељењу.

Речено је једном приликом да „устав не даје права, већ да их само признаје“. Поменути цитат може да се разуме као опомена. Опомена да постојање устава само по себи не подразумева и постојање слободног и демократски уређеног друштва и државе. Може да се схвати као опомена свима нама, а у првом реду државним органима и њиховим челницима, да устав мора да се поштује како би грађани несметано, равноправно и потпуно остваривали своја права и слободе.

Усудио бих се да кажем и следеће. Ако Народна скупштина, задужена за доношење закона и других прописа, представља вољу и свест

народа, онда Уставни суд, задужен за контролу њихове уставности и законитости представља савест народа; савест која ће нас опоменути увек када занемаримо Устав као скуп основних принципа на којима почива свака цивилизована и уређена друштвена заједница.

Када говоримо о Уставном суду, говоримо заправо о независности, стручности и правди. То су три стуба на којима он почива.

О томе шта независност судова и судија подразумева у теорији могу да вам говоре други, позванији и стручнији од мене. Ја бих вам поменуо нешто друго, нешто што на први поглед може да делује као да није повезано са независношћу Уставног суда.

Наиме, ова власт је омогућила да Уставни суд коначно добије просторије какве заслужује и да не борави више у истој згради у којој се налазе извршни органи власти ове земље. Знам да то некоме може да делује као симболична, мање важна ствар, али није тако. Указивање дужног поштовања Уставном суду његовим уздицањем и одвајањем од других државних органа, па и на овакав начин, управо представља симбол наше тежње да му обезбедимо потребну независност, а све то имајући у виду опомену о којој сам вам говорио. Још један пример, далеко мање симболичан, а који је и сам председник Уставног суда и пре неки дан и данас истакао, актуелна власт је на делу потврдила и буџетску самосталност Уставног суда.

Помињање стручности судија Уставног суда делује сувишно. Реч је о нечему што се само по себи подразумева. Ипак, важно је увек истицати да углед који Уставни суд ужива није само последица његове институционалне независности, већ и посвећеног и стручног рада његових чланова. Важно је и то што је Уставни суд данас, за разлику од неких ранијих времена, у свом пуном саставу и да легално и легитимно одлучује о питањима за која је надлежан.

Најзад, Уставни суд, као и сви други судови треба да представља оличење правде. Правду не помињем последњу зато што је мање битна. Напротив, помињем је на крају како бих јој посебно дао на значају. Не само што штити уставност и законитост у корист свих грађана, Уставни суд по уставној жалби штити и појединачна Уставом зајамчена права и слободе грађана. Дакле, Уставни суд представља последњу шансу грађанима да у својој држави досегну правду. Уставни суд самим тим служи као коректив, као заштитна мрежа, свим другим државним органима. Давањем права грађанима да изјаве уставну жалбу, држава је себи дала још једну шансу да поступи правно и праведно, а грађанима омогућила да брже, једноставније и јефтиније у својој земљи, а не пред Европским судом за људска права, заштите своја права и интересе.

Између председника Републике и Уставног суда постоји некаква сличност. Председник Републике по Уставу изражава државно јединство Републике Србије, а Уставни суд одржава и одражава јединство

правног поретка Републике Србије. Уставни суд је тај који се стара да правни систем буде доследан, кохерентан и да пред њим сви буду једнаки.

Оба органа не уклапају се сасвим у класичну поделу на три функције државне власти и они у строгом смислу не припадају ни законодавној ни извршној ни судској власти. Како истиче професор Ратко Марковић, „то је учињено како би ти државни органи успешније вршили своју основну функцију усклађивања и контроле уставног поретка“.

Устав изричито захтева надстраначки карактер оба органа. Судија Уставног суда не може вршити другу јавну функцију, професионалну делатност нити посао, изузев професуре на правном факултету у Републици Србији, а још строжа неспојивост прописана је за председника Републике, јер „председник Републике не може обављати другу јавну функцију или професионалну делатност“. Председник Републике јесте политички орган – јер га бирају грађани на изборима и дају му јак демократски легитимитет – за разлику од Уставног суда који то није, али оба органа не смеју бити под било каквим утицајем било које политичке странке.

Надстраначки карактер два органа омогућава им да буду, није претерано рећи ни за председника Републике, чувари Устава. Само што Уставни суд бди над уставношћу и законитошћу, а председник Републике и над политичком целисходношћу закона.

Председник, најнепосреднији представник грађана као носилаца суверености, и Уставни суд, по Уставу отеловљење „правничке аристократије“, без сумње су, у остваривању својих мисија тешње упућени један на другог од осталих највиших државних органа. То не значи да председник Републике треба да утиче на Уставни суд нити да Уставни суд треба да, при одлучивању, „стрепи“ од председника Републике, али сарадња између ових органа је нужна и корисна, под условом да се поштују основни принципи поделе власти. Председник Републике може да замоли или запита Уставни суд, да иницира или подстакне, али не може да нареди, наложи, услови или на било који други начин утиче на рад Уставног суда. Тога је овај председник Републике итекако свестан.

Марсилије од Падове је у 14. веку записао да закони постоје да би се спречила самовоља господара и судија. Верујем да нема скупа о судовима у Србији на коме се не помиње Душанов законик и његова одредба: „све судије да суде по законнику, право, како пише у законнику, а да не суде по страху од царства ми“.

У претходном периоду пробано је да се судије и тужиоци смењују и постављају мимо достигнутих српских и међународних стандарда и да се на њих утиче да не суде ни по законнику, ни право, него само у страху од царства им. Уставни суд тада је једини смогао храбрости да стане на пут урушавању судске власти и покушају да се она потчини извршним

органима, а можда и неким политичким партијама или појединцима и њиховим потребама. Одбрана државе и права и достојанства судске и тужилачке професије, у којој је, у наведеном случају, испредњачио Уставни суд, сигуран сам, остаће запамћена и у деценијама и вековима који долазе.

Уставни суд мора да буде бескомпромисан када је у питању заштита људских и мањинских права. Нека тако и Уставни суд да свој допринос очувању угледа који Република Србија има у иностранству. Ниво заштите људских права и примена уставних и законских одредби о поштовању права и слобода националних мањина превазилазе, у многим аспектима, међународне конвенције. Уставни суд треба да остане бранилац тих достигнућа и ослонац грађанима, али и да укаже на недостатке у систему да, својим коначним, извршним и општеобавезујућим одлукама одреди даљи развој у области заштите људских права.

Очекујем да судије Уставног суда, садашње и будуће, остану отпорне на притиске – којих, на жалост, има – и да одлуке доносе по праву и у складу са својом савешћу, јер поштеном човеку за правичну одлуку довољна је само савест као мерило. На њихово поштење и достојанство рачуна читава Србија. Уставни суд не сме заборавити да чувар Устава мора одлучивати по мери Устава, а не политике и пролазних политичара. И пола века традиције на то га обавезује.

Уставни морал налаже председнику Републике, као непосредном представнику свих грађана Републике Србије, да Уставни суд подржи на том задатку. Ступајући на дужност председника Републике положио сам заклетву да ћу све своје снаге посветити поштовању Устава и закона ове државе. Тај завет, не само симболично, и не само данас, чиним и сад пред вама, овом свечаном приликом, указујући дужно поштовање, почаст и подршку у раду Уставном суду, првом међу нама којима је заштита Устава најважнија дужност.

Честитам вам овај значајан јубилеј и желим вам успех у даљем раду.

III

**ЗВАНИЦЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ О
УСТАВНОМ СУДУ СРБИЈЕ**



Званице и учесници Конференције



Званице Конференције – Gianni Buquicchio, Michael Davenport, Peter Burkhard и др Stefan Pürner

Gianni Buquicchio

Председник Венецијанске комисије

Господине председниче Републике Србије,
Господине председниче Уставног суда Србије,
Уважени председници и судије врховних и уставних судова,
Екселенције,
Даме и господо,

Велико ми је задовољство што сам данас овде са вама. Увек је добро доћи у Београд, срести се са пријатељима, тим више када се ради о важном јубилеју.

Уставно судство има дугу традицију у вашој земљи, а од 1963. године, Уставни суд Србије је део те историје. Уставни суд Србије се може осврнути на тешка времена у прошлости, али се може и поносити једним бројем храбрих одлука, које су се понекад тицале осетљивих тема. Драго ми је што вас могу обавестити да Венецијанска комисија чува копију базе података одлука југословенских уставних судова, чиме смо и ми, такође, један од чувара историје вашег Суда.

Уставно судство у Југославији увек је било отворено према европским земљама. Већ 1972. године, Уставни суд Југославије био је један од чланица-оснивача Конференције европских уставних судова, заједно са уставним судом Аустрије, Немачке и Италије. Данас је Уставни суд Србије члан ове престижне конференције, као и Светске конференције уставних судова. Нарочито из разлога што се појединци могу директно жалити Уставном суду Србије, може се рећи да је ваш суд донео важне одлуке које су утицале на обликовање ваше земље и које су побољшале независност судства у Србији.

Данас ваш Суд слави своју педесетогодишњицу, али је и десет година од када је Србија постала чланица Савета Европе, а истовремено и Венецијанске комисије. У току тих десет година, успели смо да постигнемо плодну сарадњу са Србијом уопште, а нарочито са вашим Уставним судом. Венецијанској комисији је било драго да помогне Суду дајући мишљење о нацрту амандмана на Закон о Уставном суду, чији је циљ био да се повећа његов капацитет у обради великог броја уставних жалби.

Господине председниче, уставни се разликују од земље до земље, али су сви утемељени на истим начелима, као што су подела власти, равнотежа, независно судство и заштита људских права. Правни аргументи који се темеље на овим начелима лако се примењују и у другим

земљама. Оно што Венецијанска комисија настоји да омогући од свог оснивања јесте судски дијалог. Ми омогућавамо унакрсну фертилизацију уставних судова путем семинара, конференција, али и путем билтена уставносудске праксе, базе података CODICES и нашег Венецијанског форума. Драго ми је што ваш Суд активно доприноси раду ових средстава, омогућавајући судијама уставних судова да буду надahnути аргументима својих колега. Тиме помажете стварању истинског европског уставносудског наслеђа.

Даме и господо, понекад уставни судови морају да донесу одлуке које нису по вољи других делова државне власти, а имао сам прилике да видим, у другим земљама, случајеве када су уставни судови кажњавани због својих одлука. Уверавам вас да Венецијанска комисија стоји уз уставне судове, на разне начине их подржавајући. Када је то потребно, ми ћемо устати у одбрану судова који су дошли под притисак од стране других делова државне власти. То смо, нажалост, били приморани да учинимо недавно за ваше колеге у Мађарској, Молдавији и Румунији, на различите начине – путем мишљења и саопштења за јавност.

Господине председниче, тема коју сте одабрали за ову конференцију показује да Уставни суд Србије, иако је доспео у фазу зрелости, динамично гледа у будућност. Време је да се подвуче црта и сагледа постигнуто, али и да се погледа у будућност, ка новим хоризонтима у европском контексту. Чланство у Европској унији циљ је ваше земље и он ће донети нове изазове и за Уставни суд. Ни најмање не сумњам да ће Уставни суд Србије прихватити изазов и остати главно оруђе за унапређење супрематије Устава, а тиме и демократије, заштите људских права и владавине права.

Michael Davenport

Шеф Делегације Европске уније у Србији

Поштовани господине председниче Републике Србије,
Поштовани председниче Уставног суда господине Слијепчевићу,
Господине председниче Букикио,
Екселенције,
Даме и господо,

Хвала вам на позиву да се обратим у име Европске уније овом уваженом скупу на прослави једног овако важног јубилеја.

Педесет година од установљења Уставног суда, 1963. године, је свакако важан датум у историји српског правосуђа. Уставни суд је основан као независно тело са мисијом да штити уставност и законитост, као и људска и мањинска права и слободе у складу са врховним правним актом – Уставом. Прво бих желео да поздравим одлуку о пресељењу Суда у нове, адекватне просторије које на прави начин одражавају позицију и значај ове институције. Јак Уставни суд, добро избалансираног састава и јасно дефинисане надлежности представља добар инструмент заштите принципа владавине права и гарант поштовања људских права, како су то оценили и експерти Венецијанске комисије у једном од својих извештаја. Надам се да ће Уставни суд врло брзо ојачати своје капацитете како би могао да још успешније решава велики број предмета који су пред њим. О вашој мисији и раду, успесима и изазовима ће свакако више говорити председник Суда, уважене судије и друге високе званице. Ја бих желео да се кратко осврнем на важну улогу Суда у заштити принципа владавине права, поделе власти и независности судства кроз уставноправну контролу закона и других аката, којима се обезбеђује заштита људских права гарантованих Уставом. Владавина права је од велике важности за Европску унију. Она је заправо стуб модерног, демократског, плуралистичког друштва и уставних демократија. Та демократија којој сви ми тежимо није и не може бити сведена на прости одраз народне воље. У држави која поштује принципе Савета Европе одлуке се увек морају доносити у складу са законом. Управо је систем у коме се закони поштују и примењују и у коме нико није и не може бити изнад закона тај који гарантује једнакост свих пред законом. У Уставу су јасно дефинисани основни принципи владавине права и поделе власти, као и равнотеже и међусобне контроле све три гране власти. Јасно је речено да је судска власт независна. Дакле, судство, па и уставно судство, је то које мора да обезбеди да се закони који су

донети заиста и примењују. Независан, фер и ефикасан судски процес гарантује да се закони неће злоупотребити или ретроактивно изменити. Уставни суд кроз свој рад и своје одлуке има једну посебну и важну контролну улогу у свим областима живота. У свом раду је донео много важних одлука. Поменућу неке од њих: у јулу је донета прва одлука о повреди права на неповредивост физичког и психичког интегритета, затим, донете су одлуке о повреди права на слободу окупљања и права на судску заштиту, о потреби поштовања принципа законитости и обавезне судске контроле код приступања подацима о комуникацији између грађана, о повреди права на ограничење и лишавање слободе у кривичном поступку, о забрани деловања усмереног на кршење зајамчених људских и мањинских права и изазивање националне и верске мржње. Уставни суд је такође утврдио да један број законских норми у важним законима није био усклађен са Уставом – закони о адвокатури, о јавном тужилаштву, о порезима на имовину, о Војно-безбедносној агенцији и Војно-обавештајној агенцији, о заштити података о личности, о висини стопе затезне камате, о стечају, штрајку, о ратном осигурању, о порезу на доходак грађана, о обавезном осигурању у саобраћају, итд. И неки акти владе нису добили позитивну оцену законитости и уставности. Ови закони и акти регулишу све области живота и ово јасно указује на веома важну улогу коју има Уставни суд као корективни механизам. Поштовање устава и закона има кључну улогу и у процесу придруживања Европској унији. Управо је то разлог што се, у представљању правних тековина Уније прошлог месеца у Бриселу, почело са поглављем 23, које говори управо о правосуђу и основним људским правима. Постоје многи међународни инструменти, посебно они Савета Европе, који дефинишу стандарде у вези са независношћу судске власти, као и основне механизме неопходне да се они достигну. Независно правосуђе мора бити заиста слободно од било каквог утицаја других грана власти и оно мора да ради непристрасно, квалитетно и ефикасно. Како је то више пута речено у извештајима Венецијанске комисије, Савета Европе и у редовним извештајима Европске комисије о напретку Србије, последњи је објављен управо јуче, 16. октобра, извесно је да ће на европском путу Србије бити потребно успешно спровести многе реформе. Између осталог, биће потребно променити уставни и законски оквир за избор судија у складу са примедбама Венецијанске комисије. Тиме би се приближили стандардима Европске уније о независности судства, што би осигурало најбољу заштиту права свих грађана. Уставни суд ће у томе свакако имати веома важну улогу и нашу пуну подршку.

Честитам вам још једном овај важан јубилеј и желим пуно успеха у даљем раду.

Dr Brigitte Bierlein

Потпредседница Уставног суда Аустрије

Представница Европске конференције уставних судова

Поштовани господине председнице Републике Србије,
Поштовани господине председнице Уставног суда,
Ваше екселенције,
Драге колеге,
Даме и господо,

Захваљујем се Уставном суду Србије, а посебно председнику Суда на позиву да учествујем у овој важној конференцији. Велика ми је част и задовољство што сам данас овде у име Уставног суда Аустрије, али у исто време и у име Европске конференције уставних судова, којом тренутно председава аустријски Уставни суд.

Оно што нас све уједињује је приврженост идеји уставности: идеји да сви видови државне власти морају бити засновани на уставу и деловати у складу са уставом, као и да је независан уставни суд чувар устава и гарант уставности.

Развој уставносудске контроле у Европи за последицу има све већи значај и све бржи развој сарадње између уставних судова кроз размену праксе, мишљења и одлука. У прилог овоме говори и све чешће организовање уставних судова у регионалне и језичке конференције и удружења.

У том смислу, Конференција европских уставних судова има изузетно важан задатак. Током вишедеценијског постојања, од мале, ексклузивне групе уставних судова, ова Конференција еволуирала је до форума паневропских димензија. Политичке промене у 1989. и деведесетим годинама, довеле су до стварања уставносудских институција у скоро свим новоформираним демократијама, што је у великој мери допринело развоју демократије и владавине права.

Један од резултата тог позитивног уставног развоја је да сада у 40 земаља Европе постоје уставни судови или институције сличних уставносудских надлежности. Они представљају важан гарант демократије и владавине права. Ова својеврсна обавеза намеће, како за председника тако и за судије уставних судова, висок ниво одговорности и често може довести до тензија са другим државним институцијама, попут парламента или владе.

Конференција европских уставних судова као један од својих основних задатака види поспешивање размене мишљења о суштинским питањима јавног права међу чланицама Конференције, а велики нагласак је стављен на заштиту људских права.

Поред тога, Конференција мора бринути и залагати се за очување и јачање независности уставних судова – њених чланова, као битног елемента гаранције пуне демократије и владавине права. Солидарност између европских уставних судова, посебно у ситуацијама када независност њихових чланова може бити угрожена од стране политичких актера и других државних институција, од највећег је значаја.

У току последње две деценије, улога уставних судова се променила. Због тога је тема данашњег скупа од посебног значаја.

Наредни конгрес Конференције европских уставних судова, који ће бити одржан у Бечу у мају наредне године, имаће веома сличну тему: Оквири и перспектива сарадње уставних судова Европе. Част ми је поштовани господине председниче да Вас, као и представнике Вашег суда, али и све присутне председнике уставних судова, позовем на конференцију која ће бити одржана у Бечу 2014. године!

Данас пак имам част да Вама господине председниче, као и вашим колегиницама и колегама, од срца честитам овај посебни, педесети, јубилеј. Као што смо чули, Уставни суд Србије један је од најстаријих уставних судова на свету. У то име, желим Вам много успеха у обаљању Ваше одговорне дужности у служби демократије и владавине права, а у интересу даљег развоја уставности у европском контексту!

Peter Burkhard

Амбасадор ОЕБС у Србији

Уважени председниче Републике Србије,
Уважени председниче Уставног суда Србије,
Уважени председници других уставних судова,
Уважени председниче Високог савета судства Србије,
Уважени председниче Венецијанске комисије,
Екселенције,
Даме и господо,
Драги гости,

У име мисије ОЕБС-а у Србији, честитам вам 50. годишњицу Уставног суда. Уставни суд је самостално и независно државно тело, чија је улога заштита уставности и легалности, као и људских и мањинских права и слобода. Овај основни оквир у коме делује ваш Суд садржан је у члану 166. српског Устава. У том члану су пописане основне вредности које ми данас славимо. То су, као прво, владавина права, уставност и легалност, а као друго, подржавање људских и мањинских права и слобода. Исте те вредности су садржане и у оснивачком документу наше организације. У Хелсиншкој декларацији из 1975. године, државне-учеснице ОЕБС-а се обавезују да подржавају делотворно коришћење грађанских, политичких и других права и слобода, као део неотуђивог људског достојанства, од суштинске важности за слободан и потпун развој човекове личности.

Уставни суд омогућава Србији да испуни своје основне обавезе према ОЕБС-у. Ваше одлуке су се дотакле многих суштинских аспеката мандата наше мисије. Одлуке Суда су заштитиле Уставом дефинисани статус посланика у скупштини, доводећи до укидања сумњиве праксе подношења бланко оставки. Суд је заштитио слободу медија када је оценио да измене и допуне Закона о информисању прописују превисоке казне. Суд је стао у заштиту Уставом загарантованог права грађана на приватност када је оценио да се то право може ограничити једино претходно донетом одлуком суда. Уставни суд је донео одлуку у вези са независношћу судства. Неколико речи о томе: стварање независног судства и обезбеђивање услова у којима судије могу независно вршити свој посао, остаје један од највећих изазова за Србију. Од темељног је значаја допринос Уставног суда подржавању начела независности и његовом тумачењу у пракси. Нема сумње да тај посао није лак с обзиром на то да сâм Устав поставља услове који компромитују

независност судства и судија. Као што је већ речено, тиме се треба хитно позабавити.

Да се вратимо Уставном суду. Улога Уставног суда је да буде упуриште функционалне демократске државе. Уставни суд црпи своју снагу из створене базе добро утемељених одлука којима штити грађанска и људска права ваших суграђана. Репутацију Суда морате градити својом независношћу, чврсто је бранећи и доносећи здраве и правовремене одлуке о многим случајевима који се пред вас износе. Члан 166. у Уставу помиње вредности за које се залажете. Он вас такође усмерава како да тај задатак обавите. Српски Устав се изјашњава да је Уставни суд самостално и независно државно тело. То чини да би обезбедио да судије Суда суде строго у складу са законом, ослобођени политичких и свих других непотребних утицаја. У ова времена, која носе значајне реформе, као и сталне промене како би се одржао правни оквир, посао који обављате постаје све захтевнији, али је он од животног значаја. Ваша независност и интегритет представљају кључ за напредак Србије.

Желим вам пуно успеха у даљем раду, у наредних 50 година, и након тога.

Др Stefan Pürner

Представник IRZ

Руководилац одељења за БиХ, Македонију, Црну Гору и Србију

Поштовани председнице Републике Србије Николићу,
Поштовани председнице Уставног суда Слијепчевићу,
Поштовани председници, суткиње и судије разних уставних
судова,

Екселенције,

Поштоване колеге и колегинице,

Заиста ми је част и задовољство да могу да вас поздравим у име Немачке фондације за међународну правну сарадњу (IRZ), која већ годинама има добру сарадњу са Уставним судом Србије, између осталог и приликом увођења уставне жалбе у правни систем Србије.

IRZ честита Уставном суду на јубилеју од пола века. Задњи сам овде који држи поздравну реч, тако да је било много тога реченог о улози уставног суда у правној држави уопште и о улози и улогама српског Уставног суда, те мени остаје да се срдечно захвалим свим суорганизаторима ове конференције, немачком Министарству вањских послова, које финансира наш рад, дакле и нашу сарадњу са Уставним судом Републике Србије из немачког доприноса Пакта за стабилност Југоисточне Европе, као и свим суткињама и судијама и сарадницима Уставног суда и посебно председнику Слијепчевићу за добру и угодну партнерску сарадњу и да пожелим овој Конференцији успеха, добре дискусије, богату размену искустава и Уставном суду успешан наставак рада.

IV

**ТЕМАТСКИ РЕФЕРАТИ
УЧЕСНИКА КОНФЕРЕНЦИЈЕ**



Радни део Конференције



Председник Уставног суда Руске Федерације др В. Д. Зорькин

ПОЛОЖАЈ И ПЕРСПЕКТИВА УСТАВНОГ СУДСТВА

Историјски гледано, Уставни суд Аустрије, основан републичким уставом од 1. октобра 1920. године, био је први засебан уставни суд на свету, специјализован за уставна питања.¹ Његово најважније достигнуће – моћ да се оцени уставност закона и могућност опозива у случају неуставности, била је сконцентрисана и припадала искључиво једном сасвим институционално независном суду, специјализованом за уставна питања.

На ову уставну новину суштински утицај је извршио истакнути аустријски правник и теоретичар права Ханс Келзен (*Hans Kelsen*). У то време, Келзенов концепт није добио већу подршку. Тек након Другог светског рата је аустријски модел уставног судства постао пример за углед прихваћен у међународним оквирима. У почетку су само уставни Италије и Савезне Републике Немачке садржали одредбе о оснивању уставних судова, а у томе су их потом следили и уставни Турске, Шпаније, Португалије и Француске. У тадашњој Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији постојала је нека врста „социјалистичког уставног судства“ од шездесетих година прошлог века, као и у Пољској и Мађарској осамдесетих година, иако је она била заснована на начелима страним природи Келзеновог концепта. Међутим, ова врста специфичног уставног судства била је квалификована да еволуира у „право“ уставно судство, као што је то био случај у државама које су наследили бившу Југославију.²

Након политичких промена у Централној, Источној и Југоисточној Европи 1989. и 1990. године, пада гвоздене завесе и распада

1) Истовремено, односно неколико месеци раније, основан је уставни суд у Чехословачкој. Међутим, он никада није добио стваран значај. У кнежевини Лихтенштајн основан је 1921. године Уставни суд под називом „*Staatgerichtshof*“.

2) *László Sólyom*, „Mythen und Wirklichkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit – am Beispiel ihrer Entwicklung in Mittel-, Ost, und Südosteuropa“ у *Verfassungsgerichtsbarkeit 2011*, уређено у *Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich* (Vienna: Verlag, Österreich 2012), стр. 18.

Совјетског Савеза, настао је велики број уставних судова у новооснованим европским демократијама. Последишно томе, у свету се брзо проширила идеја о уставном судству.

Уставни судови који су настали после пада гвоздене завесе и распада Совјетског Савеза, суочили су се са изузетно важним задатком да тумаче своје нове уставе. Најзахтевнији изазов пред уставним судом у време транзиције од диктатуре или ауторитарног режима до демократске владавине права био је како путем устава управљати променом политичког система као таквог. Нарочито проблематичне области појавиле су се у решавању питања кривичног права, реституције и обештећења у погледу имовинских права, као и у тумачењу уставом загарантованих основних права и могућности њиховог ограничавања.

У то време је одређивање положаја уставних судова у структури државних органа предвиђених уставом било од пресудног значаја, што је и кулминирало у крунском питању о томе која установа треба да има коначну реч у погледу уставних питања. Као што то показује политички развој у последње две деценије у већини транзиционих земаља, највећи број уставних судова у њима успешно се изборио за прилично високо место.

Новоустановљени уставни судови учинили су огромне и храбре кораке: са ограниченим надлежностима и у одсуству релевантних уставних одредаба, пољски Уставни суд развио је, поред осталог, а без правне основе, надлежност да оцењује законске норме. Несагласно Закону о Уставном суду, Уставни суд Мађарске одбио је да разматра нацрт закона јер то није сматрао задатком уставног суда. Готово сви тада основани судови обликовали су своје поступке на веома креативан начин.³

Од неизмерне важности је било што су, мотивисани потребом за разменом информација и мишљења, европски уставни судови почели да делују организовано. У том контексту, пре свега се морају поменути Конференција европских уставних судова и Европска комисија за демократију путем закона (Венецијанска комисија). Огромна вредност ове конференције је очигледна. Венецијанска комисија – основана 1990. године, убрзо након пада Берлинског зида – сматрала је својим примарним задатком да обезбеди технички правни савет у времену револуционарне политичке транзиције у којој су уставне реформе биле приоритетне. Од тада је Венецијанска комисија израсла у високо цењено саветодавно тело на пољу уставног права. Поред осталог, Комисија игра водећу улогу у пружању помоћи државама да разраде своје уставе у складу са европским стандардима.

Дакле, како ће се уставно судство даље развијати?

3) Ibid. стр. 22-3.

Једна ствар се са сигурношћу може очекивати: размена искустава, мишљења и идеја, као и сарадња између појединачних уставних судова, све више ће добијати на значају. Разлог томе је што ће се уставни судови у Европи све више суочавати са појавом интернационализације. Постоји потреба за хармонизацијом европеизације националних уставних права, с једне стране, и конституционализацијом европског права, с друге. Национално право и међународно право више не постоје једно наспрам другог, већ су све више међусобно повезани. На судску праксу уставних судова све више утиче заједничко деловање правних норми различитог порекла.

Улога уставних судова није више ограничена само на тумачење националног уставног права у изолацији. Утицај европског права на уставно право, као и узајамни утицаји европског права и националних права, у последњих неколико година значајно су порасли. Ово се односи пре свега на поље основних права, где Европска конвенција о људским правима игра изузетно важну улогу, али и на друге аспекте уставног права на које утичу међународне конвенције, нарочито оне закључене у оквирима Савета Европе. У том контексту треба споменути Европску повељу о социјалним правима, Европску конвенцију о спречавању мучења или нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања, као и Конвенцију о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине. Поред тога, уставни судови држава-чланица суочени су са додатним правним слојем права Европске уније, који се одликује јаким динамичким утицајем и обавезном применом.

У таквим приликама, уставни судови врше улогу посредника чији значај непрекидно расте, што за крајњи резултат има јачање начела владавине права, не само на националном, већ и на европском нивоу.

Одлуке уставних судова у значајној мери утичу и на судске одлуке на европском нивоу. Национална решења, нарочито у области основних права, могу бити узор за европска решења. Кад год се национална решења уваже у европским одлукама, то касније пружа информације за доношење одлука националних судова у другим државама, из чега произилази међудејство уставних судова, где европски судови имају улогу посредника и катализатора.

Поред тога, од почетка деведесетих година прошлог века, приметно је јачао и међусобни утицај уставних судова. Уставни судови сарађују на билатералном и мултилатералном нивоу и све више усмеравају пажњу на пресуде других уставних судова, како би пронашли решења за националне проблеме до којих се већ негде дошло.

Постоје знакови растуће узајамне пријемчивости између Европског суда за људска права и Суда правде Европске уније. Главни фактор који доприноси овом процесу је развој међународног правног оквира.

Европски суд за људска права и Суд правде Европске уније редовно се позивају на одлуке које је донео онај други суд, при чему Европски суд за људска права своје тумачење права гарантованих Конвенцијом заснива на Повељи о основним правима, док се Суд правде Европске уније позива на одлуке Европског суда за људска права да би одредио суштину општих правних начела, а у последње време и за тумачење основних права садржаних у Повељи.

Апстракт

Уставни суд Аустрије, основан 1920. године, био је први институционално независан суд, специјализован за уставна питања. После Другог светског рата, настало је више уставних судова заснованих на аустријском моделу. После политичких промена у Европи 1989. и 1990. године, у новим демократским државама појавио се велики број уставних судова. Они су убрзо отпочели међусобну комуникацију на билатералном нивоу и у оквиру Конференције европских уставних судова и Венецијанске комисије, а касније се организовали у регионалне или језичке групе. Што се тиче даљег развоја уставног судства, размена искуства као и сарадња међу уставним судовима све више ће добијати на значају. Данас су узајамни утицаји између европског права и националног права знатно већи: европске конвенције утичу на национално уставно право. Одлуке уставног суда не само да непосредно утичу на одлуке других уставних судова, већ и на судске пресуде на европском нивоу које ће послужити као извор информација за одлуке које ће затим доносити национални судови у другим државама. Многи уставни судови додатно су суочени са утицајем права Европске уније. Ове изузетно значајне тенденције и перспективе биће разматране на Конгресу Конференција европских уставних судова који ће се одржати у Бечу, маја 2014.

УСТАВНО СУДСТВО ЗЕМАЉА НОВЕ ДЕМОКРАТИЈЕ: ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ

1. Уставно судство земаља нове демократије као неопходан елемент европског правног поретка

Значајно је да су до слома социјалистичког блока специјализовани судски органи за контролу уставности били основани само у трима земљама Источне Европе, и то управо у онима чија је територија некада потпуно или делимично улазила у састав Аустроугарске. При томе, први уставни суд у Источној Европи се појавио још 1920. године у Чехословачкој, тамо где је рођен истакнути аустријски правник, оснивач установе за уставно судство, Ханс Келзен (Hans Kelsen). Чехословачка Република се сматра другом (после Аустрије) земљом света која је формирала специјализовани судски орган за контролу уставности. Услед низа разлога, Уставни суд Чехословачке је престао са радом још пре Другог светског рата. Крајем 60-тих година прошлог века, у уставним актима земље је фиксирано стварање Уставног суда ЧССР и уставних судова Чешке Републике и Словачке Републике. Међутим, у пракси, наведени судови нису били формирани све до „плишане револуције“, 1989. године.

Још једна земља Источне Европе, са искуством уставног правосуђа, била је Југославија. И, мада су овде органи уставног правосуђа формирани више од четрдесет година касније од чехословачких (1963–1964), ипак су, захваљујући особеностима југословенског модела социјализма, прилично успешно функционисали у социјалистичком периоду развоја земље.

У Пољској су предлози за стварање уставног правосуђа први пут званично изнети у току неуспеле уставне реформе 1926. године (истина, тада нису претворени у праксу). Тек 1985. године, у земљи је основан Уставни трибунал, чији је рад у то време веома зависио од Сејма, пошто у оквиру совјетског модела државног уређења није постојала подела власти.

У том низу засебно стоји Естонија, где је 1920–1940. године функције контроле уставности обављао највиши судски орган земље – Државни

суд. Истина, он је више био намењен решавању спорова међу субјектима власти, него остваривању уставног судства у ширем смислу речи. Треба рећи да су предлоге за стварање Државног суда као органа за контролу уставности тридесетих година дали и парламентарци Летоније и Литваније. Међутим, те идеје у датом периоду нису наишле на подршку.

У другим земљама Источне Европе (а тим пре – постсовјетског простора) није било никаквог искуства у контроли уставности све до прокламовања курса ка демократизацији крајем осамдесетих – почетком деведесетих година прошлог века. Ипак, пример Југославије и Пољске, које су успеле у условима ауторитаризма да створе и очувају установе контроле уставности које су ефикасно функционисале, несумњиво, био је од великог значаја за припрему данашње демократске трансформације постсоцијалистичких држава.

Током демократских промена, створени су специјални органи уставног правосуђа и у Албанији, Јерменији, Азербејџану, Хрватској, Чешкој, Грузији, Мађарској, Киргистану, Летонији, Црној Гори, Пољској, Румунији, Русији, Србији, Словачкој, Словенији, Македонији, Украјини.

У земљама бившег социјалистичког блока контрола уставности је постала важан део њихових правних система. Волео бих да кажем – неодвојиви део, али, нажалост, засад то није могуће рећи. Као што је познато, 2010. године је током револуције у Киргизији распуштен Уставни суд, а са доношењем новог Устава, он је потпуно укинут. То су чињенице које треба узети у обзир, говорећи о изазовима, са којима се суочава уставно судство земаља нове демократије, и о перспективама развоја у тој сфери.

Заједнички проблеми који су стајали пред органима за контролу уставности постсоцијалистичких држава покренули су 1997. године стварање такве саветодавне институције као што је Конференција уставних судова земаља *младе* демократије, која је од 2011. године преименована у Конференцију органа за контролу уставности земаља *нове* демократије (зато ћу надаље у излагању користити управо овај термин). Како проистиче из заједничког званичног саопштења земаља-оснивача Конференције, основни задатак дискусија које ће водити њени учесници био је разматрање особености прелазног периода у формирању ефикасног система за контролу уставности путем сталне размене искустава и консултативне сарадње. На актуелне теме успостављања и развијања контроле уставности одржан је низ заједничких седница.

Анализа материјала са ових конференција омогућава да се закључи да, уз одређени степен јединства у приступима схватању задатака уставног судског поступка, истовремено постоје суштинске разлике у конкретној садржини права на уставну жалбу, у третману овлашћења уставних судова у погледу решавања ових или оних питања (а пре свега

питања као што су: заштита бирачких права, провера аката локалне самоуправе, последице одлука Уставног суда по ревизију предмета, које су размотрили судови опште надлежности и др.). О томе сведоче и материјали Свеевропске конференције одржане 4. јула 2013. године у Јеревану (Јерменија), на којој је разматрана тема „Судска контрола закона и других правних аката од стране независних судских органа – искуства разних земаља у сфери увођења ефикасног система уставне контроле...“, као и материјали Међународне научно-практичне конференције у Кијеву (Украјина) – „Заштита људских права од стране органа уставне јурисдикције: могућности и проблеми“, одржане септембра 2011. године уз учешће представника органа уставне јурисдикције готово двадесет европских земаља.

Један од најважнијих резултата демократских промена у земљама бившег социјалистическог блока био је околност да су у већини тих земаља створени механизми уставног судства, засновани на тзв. „аустријском“ („Келзеновом“) моделу. Овај модел претпоставља постојање специјалних органа уставног судства и право грађанина да поднесе индивидуалну уставну жалбу. Кретање управо у том правцу сведочи о тежњи постсоцијалистичких држава да усвоје оне узоре западног уставног судства који најпотпуније одговарају захтевима савременог конституционализма као теорије и праксе ограничавања државне самовоље, са циљем да се обезбеди индивидуална слобода.

Управо из овог угла (тј. у контексту захтева савременог конституционализма) треба, по мени, говорити пред овим аудиторијумом о неким заједничким законитостима и особеностима у успостављању и развоју уставних судова у земљама нове демократије, о нашим заједничким тешкоћама, о достигнућима и неуспесима и, најзад, о доприносима уставног правосуђа нових демократија теорији и пракси европског конституционализма.

Што се тиче *заједничких њравних њроблема*, који се постављају пред органе за контролу уставности у државама укљученим у групу земаља нове демократије, они су у значајној мери условљени неким објективним тешкоћама прелазног периода, као што су:

- неизбалансираност система расподеле власти, коју неретко прати јасно изражен конфликт између законодавне и извршне гране власти, а у низу случајева – и у судској;
- „рупе“ у законодавству, које је бременито кршењем уставних права и слобода;
- неразвијеност парламентаризма, која се најупадљивије манифестује у занемаривању гледишта парламентарне мањине и интереса групација становништва које стоје иза ње, а такође проблем односа између правног и фактичког легитимитета представничких органа;

- недовољна сагласност националног законодавства са општепризнатим принципима и нормама међународног права (пре свега – у области људских права);
- недовољна изграђеност правне основе уставног судства (пре свега – непостојање или неефикасност правних механизма који гарантују извршење одлука УС);
- неизграђеност националних уставноправних доктрина.

У овој ситуацији, сви органи за контролу уставности нових демократија у мањој или већој мери морају бити арбитри у не баш једнос-тавним споровима између законодавне и извршне власти, залагати се у својим одлукама за независност судске власти, узимати на себе главни терет израде уставноправне доктрине, а што је најважније – улагати веома велике напоре у усавршавање националног законодавства у правцу његове хармонизације са заједничким европским правним простором у сфери заштите права и слобода човека и грађанина.

Ипак, то што су проблеми заједнички не би требало да доводи до заблуде. Што више времена пролази од момента слома државног социјализма, тим је слабији утицај комунистичке прошлости који повезује те земље и све је приметнија *улоја фактора геологичкој карактера*, који предодређују битне културно-цивилизацијске разлике међу њима, а које се, између осталог, манифестују и у сфери уставне контроле.

Геополитичка анализа претпоставља разматрање фактора, као што су: географски положај разних земаља, површина коју заузимају, природни ресурси, структура производних снага, социјална структура друштва, животни стандард становништва, демографска ситуација, националне и верске традиције итд. Не упуштајући се у анализу такве врсте, рећи ћу само да од ових фактора зависе важне *разлике у природи уставној акци*, усвојеној у једној или другој земљи. Мислим пре свега на то у којој мери је нови устав неке земље био и остао резултат друштвеног консензуса, а у којој мери је он био и јесте инструмент трансформације друштвених односа по моделу који је предложио најутицајнији део владајуће елите. А то, са своје стране, предодређује особености уставноправног развоја разних држава, које обједињује појам „нових демократија“, а између осталог – и особености у функционисању органа уставне контроле.

Очигледно је да, тамо где је Устав усвојен у ситуацији израженог раскола у друштву, на органе за контролу уставности пада додатни терет очувања правне и политичке стабилности, обезбеђења интегритета земље и безбедности државе. На пример, у Русији је до усвајања Устава дошло услед политичке кризе, која је по напетости била близу малом грађанском рату и која је у себи носила сасвим реалну претњу слома државности. Током првих десет година важења Устава, највећу опасност по земљу представљали су управо друштвено-политички

раскол и међунационални конфликти, који су пратили распад државе. Јер, док је све друге, макар и врло озбиљне претње и изазове (као што су: пораст сиромаштва и оштро изражена социјална неједнакост, спајање власти и својине као резултат бесправне приватизације, корупција, слабљење технолошке инфраструктуре, заоштравање еколошких проблема, итд.) могуће преживети и савладати, дотле је распад државе нешто неповратно. Међутим, либерални принцип – „не постоји човек ради државе него држава ради човека“ – претпоставља да се држава не само сачува, него и да представља институцију која је у стању да ефикасно штити права својих грађана.

Управо од ових резона је полазио Уставни суд Русије, доносио одлуке судбоносне за земљу по такозваном „случају КПСС“, када је у нимало једноставној политичкој ситуацији нађен правни компромис између позиција супротстављених страна. Друга одлука, подједнако важна по својим последицама, условљена тражењем правног компромиса, била је одлука у предмету провере нормативно-правних аката, везаних за обнову уставне законитости на територији Чеченске Републике.

У оба случаја, Суд је био приморан да тражи нимало једноставан баланс између идеалног правног принципа и настале стварности тј. да тежи таквом *ојштималном* решењу, које би представљало максимално могуће остварење *идеалног* принципа у датим *реалним* конкретним историјским условима.

Хтео бих да подвучем да решење овог проблема, заједничког за све правне системе, има у земљама нове демократије своју специфичност, повезану са конкретним историјским особеностима њиховог развоја у условима тешкоћа транзиционог периода који је у току. Ми, као судије уставних судова које раде у тим условима, схватамо да идеал записан у уставима, а који је релативно недавно унет, и који у себи носи печат протеста против владајућег претходног историјског периода, за наше земље (за разлику од многих земаља са давнашњом историјом конституционализма) – није истински тешко стечен и кристалисан током векова и зато, нажалост, не одражава друштвену слику која се реално формирала. Покушај да се правимо да друштвени односи већ одговарају том идеалу само ће повећати постојећи фактички раскорак између оног што треба да буде и оног што постоји, и прети да друштво одвуче на пучину правног хаоса. Задатак уставног судије је да постепено савладава тај раскорак, непоколебљиво изналазећи оптимална решења, и самим тим обезбеђујући онакво приближавање „реалног“ „идеалном“ какво је могуће у данашњим условима. На том путу уставно судство мора да провуче брод који се зове „Устав“ између Сциле правног идеализма и Харибде политичког конформизма, а и једна и друга су подједнако опасне по живот уставног уређења, заснованог на принципима правне и социјалне државе.

2. Проблем разграничења надлежности са врховним судовима

Савремени период у развоју органа за контролу уставности на целокупном светском простору прате сукоби надлежности и тражење нових облика интеракције са традиционалним „уговорницама“, с једне стране, и нови облици рада – с друге. Ако у држави постоји неколико подсистема („грана“) судске власти, неизбежна су преклапања њихове сфере рада, до којих долази с времена на време. Ипак, данас се проблем погоршава тиме што се надлежност судова, утврђена првобитно при њиховом стварању, проширује природним путем (између осталог, захваљујући судијском активизму и доживљавању судова као твораца права).

У бившим земљама социјалистичког блока, услед заједничких особина развоја структуре државних институција, између осталог – судског система, традиционално је постојала важна улога врховних судова опште надлежности у одржавању чврсте вертикале судског система. Ова појава се оваплоћивала, поред осталог, кроз издавање руководећих тумачења од стране пленума или других највиших органа врховних судова, која су де факто, а често и де јуре била обавезна за извршавање за све судове ниже инстанце. Умногome је ова појава остала на снази и данас, без обзира на радикалне промене у правним системима у целини, а такође и у структури и принципима функционисања судских система. Хијерархија судских система је изражена у томе што судови ниже инстанце строго поштују смернице суда више инстанце и практично им је немогуће да од њих одступе, чак и ако суд ниже инстанце има другачију оцену околности случаја, дозвољену у оквиру законитог.

Други проблем који проузрокује та тенденција јесте да таква судска пракса, која се фактички створила, често мења смисао и дух законске норме и првобитну замисао законодавца. У таквим случајевима се може говорити о промени првобитне садржине правне норме, а понекад и о појави принципијелно другачије норме. Проблем се, ипак, састоји у следећем: док је у погледу законске норме предвиђен механизам за контролу уставности и одговарајућа процедура, дотле у погледу руководећих тумачења врховних судова, која често уводе у суштини нову правну регулативу, нису предвиђене никакве контролне процедуре.

И ту је већ задатак уставних судова – да обезбеде реализацију првобитне замисли законодавца у њеном уставноправном контексту. Зато је могуће да таква де факто формирана пракса примене права (а у суштини – измењена правна регулатива), под одређеним условима, постане предмет анализе Уставног суда Русије, иако национално законодавство не предвиђа могућност провере уставности аката других највиших судова, који дају тумачења садржине и начина примене правних норми.

Суочивши се са оваквом ситуацијом у својој пракси, Уставни суд Русије је пошао од следећег: доношење закона се обезбеђује законодавно прописаном процедуром (доста дуготрајном временски), током које постоји могућност да се узму у обзир и усагласе различити друштвени интереси, да се исправно уведу нове норме у контексту важеће правне регулативе и правна процедура контроле уставности. У исто време, за судске „квазинорме“ се не предвиђа ништа слично, и регулисање, правно по својој суштини, уопште испада из било каквог института кочења и противтеже, представљајући продукт правне анализе која је крајње брза и понекад сувише везана за конкретну ситуацију. Доносећи одлуку о могућности уставно-правне оцене оваквих тумачења највиших судских органа, Уставни суд РФ анализира њихову везу са првобитном замисли законодавца и полази од неопходности да се обезбеди исти онакав ниво заштите права и слобода грађана од кршења њихових уставних права, какав је утврђен за норме закона. При томе смо ми детаљно проучили искуства наших колега, поред осталог – у земљама Источне и Централне Европе, и, међу њима, Уставног суда Мађарске Републике, који се такође суочио са овим проблемом.

3. Особености заштите уставних права и слобода у конкретним историјским условима преласка на правну демократију

Мислим да нећу погрешити ако кажем да највеће тешкоће у раду уставног правосуђа свих земаља нове демократије (мислим на тешкоће везане за тражење оптималних правних решења) причињава заштита *политичких права грађана*. У сваком случају, у Русији је ситуација управо таква. Ми добро разумемо да су управо политичка права – основица за стварање институционалних гаранција да ће се реализовати сва друга права и слободе човека и грађанина. Међутим, сувише журни кораци у правцу максималне потпуне гаранције ових права у складу са усвојеним европским стандардима, који не узимају у обзир конкретну историјску стварност, могу да доведу управо до супротних резултата. Као пример околности које се морају узети у обзир током процеса тражења оптималног правног решења, навешћу предмет који је разматрао Уставни суд, а односио се на проверу уставности законске норме којом није било дозвољено оснивање политичких партија по основу верске припадности. Проглашавајући ову норму уставном, Суд је полазио од тога да, док је у земљама Западне Европе (са њиховим традиционалним и још увек очуваним моноконфесионалним и мононационалним друштвеним уређењем, а што је најважније – са њиховим развијеним традицијама верске толеранције и плурализма), сасвим могуће да постоје политичке партије које у свом називу имају

одредбу „хришћанска“, дотле је у савременој Русији ситуација друга-чија. Русија је изворно вишенационална и вишеконфесионална земља, која сада проживљава врло сложену прелазну етапу свог развоја, за коју је, поред осталог, карактеристично нагло заостравање верског фундаментализма и ксенофобичног расположења. Овде је то уношење диференцијације по верској припадности у сферу политичке борбе за власт, бременито опасностима од раскола друштва на национално-верске компоненте. А то ће неизбежно довести до поткопавања безбедности државе, па значи и до кршења права њених грађана. Да би схватили сву сложеност ситуације, треба узети у обзир чињеницу да према последњем попису становништва у целој Русији, у њој живе 193 етничке заједнице, које имају најразличитије верске погледе.

Друга група права, у чијој уставноправној заштити се испољава специфичност, а која је својствена Русији и другим постсоцијалистичким државама, јесу *социјално-економска њрава*.

С једне стране, пред органима за контролу уставности тих земаља стоји задатак да путем заштите права приватне својине, слободе договора и права на слободну предузетничку делатност помогну у формирању и јачању правних института тржишне економије. Али, при том је веома потребно посветити посебну пажњу (ја бих чак рекао – нарочито брижно се односити према) заштити социјалних права. Ово уопште није условљено остацима социјалистичке прошлости и чак не ни релативно ниским животним стандардом већине грађана, него потребом да се исправе неправилности приватизације социјалистичке својине, да се у насталим условима обезбеди максимално могућ ниво социјалне правде и да се сачува друштвено-политичка стабилност. За разлику од Западне Европе, где се успостављање тржишног друштвено-економског уређења одвијало вековима, у постсоцијалистичким државама је направљен оштар заокрет у својинским односима, чија је полазна тачка била приватизација невиђених размера и невиђеног темпа. При томе су неретко кршене не само фундаменталне норме права и морала, већ и важеће законодавство у једној или другој земљи. Неправедност извршене приватизације је најболнији проблем за наша друштва. У разним земљама нове демократије она се манифестује у различитом степену, што умногоме зависи од изабраног модела приватизације. Мислим да нећу погрешити ако кажем да је у Русији тај проблем нарочито оштро изражен.

Свој допринос решавању овог проблема Уставни суд Русије види пре свега у заштити социјалних права оних слојева становништва који су остали одсечени од процеса приватизације нашег заједничког социјалистичког наслеђа. Под заштитом тих права Суд подразумева не државну добротворност, диктирану резонима политичког или моралног карактера, него реализацију обавезе социјалне државе да путем

одговарајућих компензаторних механизма обезбеди најслабијим члановима друштва једнакост стартних могућности приликом остваривања њихових сопствених основних права и слобода.

Овај задатак није лак, пошто у условима финансијско-економске кризе држава долази у велико искушење да на главно место стави интересе економског развоја. Међутим, Уставни суд Русије доследно спроводи линију залагања за друштвена права грађана и ограничавања економске власти елите и, у суштини, побуђује законодавца на реформисање социјалног законодавства у том правцу. Према нашем мишљењу, овакав приступ доприноси обезбеђењу правне праведности, а у складу с тиме – и јачању друштвено-политичке стабилности, која је тако важна за земљу. При томе, судије Уставног суда посвећују посебну пажњу изради правне доктрине оријентисане на оптимално комбиновање принципа правне и социјалне државе.

Проблем социјалних права се сада оштро истиче у свим правним системима који су изабрали модел социјалне државе као основицу међусобних односа између државе и грађана. Једно од централних питања са којим се суочавају уставни судови је могућност судске заштите социјалних права (*Justiziabilität*) и њихова реална садржина. Ово питање, као што је познато, није решено у правној теорији и изазвало је не мало спорова при усвајању Повеље о фундаменталним правима Европске уније.

У Русији се кључна социјална права третирају као фундаментална и, као и сва друга права и слободе, фиксирана су у Уставу (поред осталог, заштита породице, материнства и детињства, право на социјално осигурање, право на станиште, право на здравствену заштиту и медицинску помоћ, слободу рада, и др.). Сва права, записана у руском Уставу, не разликују се у зависности од тога које мере треба да предузме држава ради њихове реализације или у зависности од тога колико је могућа њихова судска заштита као субјективних права. У том смислу, у руском Уставу је заступљен другачији приступ него онај, на пример, у Повељи о фундаменталним правима Европске уније, која је ту групу права поделила на права у ужем смислу речи (субјективна, која уживају судску заштиту) и принципе – који су пре упућени законодавцу, него субјектима правне регулативе, и треба да буду узета у обзир при спровођењу друштвено-економских реформи, водећи рачуна о могућностима државе у конкретном историјском контексту.

Међутим, ова подела није увек остварива у пракси, нарочито ако нема диференцијације у самом закону. Отуд различити проблеми са превеликим очекивањима у односу на законодавца у области социјалних права, као и проблем обезбеђења формалне једнакости. У случајевима када процедура реализације ових или оних социјалних права није прецизно прописана законом, долази до раскорака

између легитимних очекивања грађана и обавеза државе да оствари та социјална „права-принципе“. Уставни суд често мора да компензује овај раскорак. Притом, разуме се, Суд не може да директно пропише законодавцу у ком обиму и на који начин треба да буду реализована једна или друга права – ове одлуке остају прерогатив законодавца, пошто захтевају да се издвоје одговарајућа средства из буџета, да се створе одговарајући инфраструктурни механизми, итд. У пракси Уставног суда РФ у ранијој етапи било је случајева када се Уставни суд, признавши грађанину право на конкретне форме друштвене подршке и друштвених благодати, суочавао са тим да не може да изврши своје одлуке услед тога што у буџету нису биле предвиђене одговарајуће суме. Зато, задатак Уставног суда није решавање конкретних социјалних проблема у његовој квантитативној димензији, већ дефинисање општих смерница и принципа остваривања социјалне политике.

Међутим, у случајевима када су та права записана у закону, задатак Уставног суда је да контролише њихову доследну реализацију и да не дозволи њихово неосновано укидање.

Између осталог, ако законом није предвиђен конкретан модел за остваривање социјалних права, код становништва се могу појавити превелика очекивања у погледу могућности да се моментално пружи одговарајуће благодети. Овај проблем се нарочито заоштрава у условима финансијске и економске кризе, када су могућности државе да одржава раније постигнути ниво социјалне заштите веома смањене. Уставни судови, пратећи у стопу законодавца и извршну власт, доспевају у сложен положај.

С једне стране, један од основних принципа социјалне политике, за који се стално залаже Уставни суд РФ у својој пракси, јесте немогућност неоснованог снижавања раније постигнутог нивоа социјалне заштите без икаквих компензаторних механизма.

С друге стране, објективне околности финансијског и економског карактера понекад ометају очување тог нивоа. У таквим условима, Уставном суду је нарочито важно да види комплетну слику – не само оне њене „фрагменте“, који се односе баш на права која се штите, него и друге са њима повезане (поред осталог на макронивоу) интересе који се штите, и стабилност економског система у целини, као најважнијег заједничког добра.

Постоји читав низ проблема који су нам заједнички и у погледу заштите *личних људских њрава*. Најсложеније је интерпретирати значењем богат уставноправни појам *достојанство личности*, који лежи у основи свеукупног система природених и неотуђивих људских права. У уставима неких нових демократија (на пример, Пољске, чл. 30), директно се говори о томе да је „достојанство човека – извор слобода и права човека и грађанина“.

Управо зато у пракси заштите овог права најизразитије се испољавају цивилизацијске особености правне културе ове или оне земље, које се на нивоу схватања права манифестују у различитом односу човекоцентричне и системоцентричне традиције поимања права. Непроцењив значај за младе демократије има западноевропско искуство правне садржине овог појма који се мења током историје, а који је оваплоћен у општеприхваћеним принципима и нормама међународног права, у европским правним стандардима и у одлукама Европског суда за људска права. Ослањајући се на ово искуство, органи уставног правосуђа нових демократија исправљају деформације националних правних система, савлађујући, онолико колико је то могуће, отпор културно-историјског контекста.

Ипак, није све тако недвосмислено по овом питању. Објективно условљени „отпор средине“ се не може ни издалека увек савладати без сувише озбиљних (а понекад и просто неприхватљивих) негативних последица. Подсетићу у вези с тим колико је оштра и масовна у православној Србији била реакција на геј параду у Београду, која је дозвољена у складу са одлуком Европског суда за људска права. Ова парада се претворила у велико ратиште и масовне немире, који су протутњали земљом. Било је много рањених, а било је и људских жртава. Узроци овде уопште нису у деловању неке групе „елемената који делују у духу фашизма“ (како су тврдила нека европска средства масовног информисања). То је била масовна друштвена реакција значајног дела православног становништва, које је закључило да се национално правосуђе удружило са међународним правосуђем којег представља Европски суд за људска права, у неприхватљивом и грешном атаку на његове темељне вредности.

„Старе“ демократије, надахнуте идејама либерализма, веома активно се крећу у правцу заштите разноврсних мањина, па и није редак случај да при томе врло одлучно игноришу противљење својих грађана, који су узнемирени због последица таквих одлука. Један од последњих примера је закон усвојен маја ове године којим се дозвољава истополним паровима да усвајају децу, а који је изазвао оштру реакцију значајног броја Француза. Додуше, како показују социолошке анкете, тај значајан број ипак представља мањину, мада је достигао 37%¹. Ипак, није потребно вршити нека истраживања да бисте са сигурношћу

1) Према подацима анкете, за једнополне бракове гласало је 63% Француза (њих 58% су сматрали да једнополни парови могу да усвајају децу), против — 37%. Ових 37% нису хтели да се предају. Митинзи против закона су одржавани свих 7 месеци током којих је закон разматран у влади, понекад — сваки дан. Брак — ту није реч о љубави. „Како је претежна мањина Француза протестовала против једнополних бракова“, *Новаја газета*, 14. 6. 2013. [Как подавляющее меньшинство французов протестовало против однополых браков. // *Новая газета*. 14. 06. 2013.]

рекли да ће у Русији (па и у читавом низу других нових демократија) такав став заузети претежна већина становника.

У ову групу спадају и моја питања у вези са имплементацијом неких аспеката Конвенције о правима детета, коју смо управо ратификовали у Русији. Руски стручњаци сматрају да одредбе Конвенције везане за обавезност раног сексуалног просвећивања деце у нашој земљи могу изазвати оштре и категоричке протесте не само огромне већине верника различитих конфесија, већ и огромног дела световног становништва. То јест, могу испровоцирати озбиљне и дуготрајне поремећаје стабилности друштва. И, дакле, ометале би, а не помагале друштвени, економски, државни развој Русије, које треба да осигурава домаћи правни систем.

Ја уопште не тврдим да треба повлађивати јавном мњењу. Уставни суд Русије је показао спремност да, у случају потребе, савладава стереотипе масовне свести и то на таквом принципијелном питању као што је укидање смртне казне. Управо захваљујући двома нашим одлукама, смртна казна у Русији није примењивана дуго низ година, а сада је фактички укинута: 1999. године ми смо прогласили неуставном могућност доношења смртне пресуде због непостојања поротничких судова у свим регионима земље (нису постојали у Чеченији), а 2009. године смо донели одлуку која је дефинитивно прогласила укидање смртне казне. И то у ситуацији када не само да је јавно мњење јасно изразило неслагање са таквим приступом, него и Русија није била ратификовала Протокол 6 уз Европску конвенцију. Морам да кажем да ова одлука није била једноставна за Суд.

У вези са тим желим да приметим да се у оним земљама Европе, са којима нам нуде да се равнамо, успостављање савремених правних система одвијало вековима, при чему су се у њима постепено акумулирале правне новине, које су одговарале променама у друштву и „усвајању“, овладавању друштвених маса нормама правног система. То је био процес, у оквиру кога су се неформалне моралне представе о праведности постепено приближавале формалним захтевима законских норми. У Русији пак, као и у многим другим земљама нове демократије, тек је започет (ако се рачуна по историјским мерилима) још један покушај да се тај процес покрене и доведе до краја.

Зато судије уставних судова ових земаља често морају да се замисле о томе у којој мери је могуће, а у којој мери се не смеју слепо следити либерална стремљења старе Европе, третирајући њено правно искуство као универзалне правне стандарде. Ако се овај проблем пренесе на теоријску раван, он ће повући за собом целу серију питања. Поред осталог, то су:

- питање оптималних форми коришћења страног искуства (путем директних позајмица или дијалошке интерпретације);

- питање разлика између правне норме, као резултата усаглашавања ставова свих заинтересованих страна на принципи-ма формалне једнакости, и правног стандарда, као некаквог спољашњег узора за нове демократије који треба копирати и који је безуслован, о коме се не расправља;
- питање односа између појмова општеевропских стандарда у области људских права и одговарајућих стандарда Савета Европе;
- питање путева учвршћења принципа супсидијарности у раду Европског суда за људска права, и граница функције нормоконтроле коју он врши, итд;
- питање путева разрешавања супротности између одлука Европског суда за људска права и одредаба националних устава.

4. Однос националног и наднационалног правосуђа у контексту уставног идентитета

Један од главних изазова савременог уставног судства је нужност истовременог решавања двају задатака које је понекад тешко комбиновати: хармонизације сопствене праксе са приступима који се изграђују у наднационалној сфери, с једне стране, и заштите властитог уставног идентитета – с друге. Проблем методологије међусобних односа националних и наднационалних норми се данас поставља пред све европске правне системе. За низ европских земаља, које спадају у нове демократије, овај проблем се интензивира услед околности да оне припадају истовремено двема наднационалним формацијама – Савету Европе и Европској унији. Међутим, и за земље које нису чланице Европске уније, овај проблем је изузетно заоштрен. Ситуација се компликује тиме да питања односа националног и наднационалног елемента у савременој теорији права, како уставног, тако и међународног – нису решена до краја.

И, мада су се земље нове демократије у почетку придржавале и настављају да се држе проевропске оријентације у одређивању места и улоге међународних норми у националним правним порецима, ипак, оне се сучељавају са читавим низом тешкоћа, везаних за тражење приступа разграничењу компетенције националних и наднационалних органа правосуђа и, адекватно томе – дефинисању односа националног и наднационалног правног поретка. Разилажења међу националним и наднационалним нормама могу попримати разне форме, поред осталог – разилажења између норми међународног уговора и националног закона, међународног уговора и устава, а такође тумачења норми међународног уговора од стране наднационалног органа и уставних норми од стране уставног суда.

Први проблем изгледа најједноставнији са теоријског гледишта, у сваком случају, у оним системима, где је приоритет међународног уговора у односу на норме националног закона фиксиран у законодавству или га подржава судска пракса. Друга је ствар то што се ту појављују проблеми процедуралног карактера: ретко, када је у националном законодавству наведен орган, надлежан да врши проверу сагласности националног закона са међународним уговором (при томе је фиксиран правни приоритет овог другог). Ако се ради о међународном уговору у области људских права и слобода, онда понекад такву проверу фактички врше уставни судови (на пример, у Аустрији, Швајцарској, неким скандинавским и другим земљама). Али, у класичном моделу надлежности уставног суда, тај суд може вршити такву контролу само у контексту провере уставности националне норме; при томе се садржина уставне норме обогаћује садржином међународног уговора, и критеријум контроле ће захваљујући томе постати шири.

Друга варијанта размимоилажења између националног и наднационалног правног поретка, са којом морају да се суочавају органи за контролу уставности у данашњој стварности – јесте супротност између међународног уговора (или његовог тумачења, које је дао наднационални орган) и националног Устава (или његовог тумачења, које је дао орган за контролу уставности). Са таквом ситуацијом се сасвим недавно суочила Русија: 4. јула ове године Европски суд за људска права је донео одлуку у предмету *Анчуіов и Гладков њроііив Русије*, у којој је Европски суд за људска права прогласио да је прекршен чл. 3 Протокола 1 (право на слободне изборе) услед тога што је у руском праву ограничено пасивно бирачко право лица осуђених пресудом суда. Ова одлука наставља праксу Европског суда за људска права по питањима права гласа затвореника, а која се развила у предметима *Херсџ њроііив Уједињеној Краљевсџва (бр. 2)* и *Скојола њроііив Ијталије (бр. 3)*, али је она у супротности са делом 3 чл. 32. Устава Русије, који утврђује директну забрану учешћа у изборима за грађане који се налазе на издржавању затворске казне лишавањем слободе по пресуди суда.

Најзад, релативно недавно се руски правни систем суочио и са трећим проблемом: различитим тумачењем садржаја уставних права и слобода човека и грађанина у пракси Уставног суда и Европског суда за људска права. Ради се о разматрању најпре од стране Уставног суда РФ, а затим од стране Европског суда, познатог предмета по жалби грађанина Маркина – војног лица, који је тражио трогодишње одсуство ради неге детета. Ово право према руском законодавству о војној служби припада само женама војним лицима. Уставни суд није нашао основа да доведе у сумњу уставност норми које утврђују такву позитивну дискриминацију. Међутим, касније је Европски суд дошао до закључка да су у односу на подносиоца захтева прекршени чланови

8. и. 14 Конвенције. Овај предмет није једини у коме су се испољила размимоилажења у приступима Уставног суда РФ и Европског суда за људска права у погледу садржине основних права и могућности да се она ограниче. Можемо навести још неколико појединачних примера, мада је очигледно да се њихов број не може упоредити са бројем предмета у којима се ставови Уставног суда и Европског суда за људска права подударају. Ипак, очигледно је да је и за ове малобројне ситуације потребно изградити механизам превазилажења разлика; у супротном, биће угрожени принцип правне одређености и сам механизам заштите основних права: национални судови при суочавању са оваквим конфликтом тумачења доспевају у неприлику које тумачење треба применити.

Очигледно је да су најсложеније ситуације када долази до разлика међу нормама међународног уговора и нормама националног устава, које су већ добиле тумачење у одлуци националног уставног суда. Управо у овим случајевима противречности међу националним и наднационалним правним поретком испољавају се у њиховом најоштријем облику.

Поводом сличних противречности можемо рећи следеће. Проевропска оријентација земаља нове демократије по питању дефинисања места и улоге међународних норми у националним правним порецима, о којој сам већ говорио, не укида приоритет устава за националне уставне судове и правни систем у целини у случајевима када је национални устав у стању да обезбеди потпунију заштиту права и слобода човека и грађанина, у поређењу са одговарајућим нормама међународног уговора.

Ако се не би узела у обзир ова околност, постојала би опасност од „разређивања“ контроле уставности у контроли сагласности са наднационалним нормама, које припадају како праву ЕУ, тако и праву Европске конвенције. У земљама чланицама ЕУ, национални судија у тој полифонији правних поредака има на располагању помоћни инструмент: прелиминарну интерпелацију, са којом може да се обрати Европском суду правде, ради прелиминарне провере неке националне норме у погледу сагласности са наднационалним правом. У многим земљама, аналогне процедуре постоје и на националном нивоу (то су процедуре обраћања органима за контролу уставности), а ускоро ће таква процедура бити уведена и у Европском суду за људска права (са ступањем на снагу Протокола 16 уз Конвенцију). Међутим, такве интерпелације не решавају проблем конкуренције међу нормама националних устава и наднационалног права по питањима везаним за заштиту права и слобода човека и грађанина.

Са позиција оваквог приступа, може се рећи да је проблем односа између Европске конвенције и националних устава много

сложенији и разумењенији него што је само проблем положаја ових аката у хијерархији извора права. Међусобни односи између националне и наднационалне јурисдикције – у циљу потпуне и ефикасне судске заштите права и слобода човека и грађанина – не могу да имају крут „вертикални“ карактер. У овим међусобним односима нема судске инстанце као извора правног „надзнања“, којој припада последња реч по питањима заштите права и слобода, о границама њихових ограничења и баланса приватних и јавних интереса. Савремено правно поље „велике Европе“ као одређен систем разних међусобно повезаних правних поредака – националних, регионалних и општеевропских (који, уз то, делују у контексту глобалног светског поретка) – тешко да може бити замишљено у облику круте хијерархијске пирамиде правних аката. Таква хијерархија више се не запажа чак ни у много интегрисанијем систему, као што је Европска унија.

Једини конструктиван начин за савлађивање размимоилажења и спречавање сукоба права постаје спремност разних правних поредака на сарадњу и дијалог. Такав дијалог гради се на разумевању и прихватању појединих амандмана поводом питања у вези с којим друга страна није спремна да одступи (наравно, реч је о амандманима који су умесни само у оквирима општих базних принципа). Оваква „правна коезистенција“ није могућа у условима субординације.

Дијалог међу различитим правним системима јесте заједнички основ њихове одговарајуће равнотеже. Управо на колосеку оваквог приступа ради Европски суд правде, за кога је поштовање националног уставног идентитета постало један од принципа његовог рада. Ефикасност правила ЕУ у унутрашњем правном поретку умногоме зависи од тога колико Европска унија и њени органи поштују национални уставни идентитет држава чланица. Посебна пажња наднационалних органа коју поклањају одредбама које формирају „језгро“ овог уставног идентитета смањује вероватноћу конфликта између националног и наднационалног права. Овакво „уставно језгро“ формирају норме о фундаменталним правима, као и норме које их гарантују – норме о основама уставног уређења. У овим питањима, по правилу, чува се уставни суверенитет држава. Од успешности овог дијалога умногоме ће зависити ефикасност целог европског система заштите права и слобода и даља хармонизација европског правног простора у овој области.

У примени на простор Савета Европе, најважнију улогу у хармонизацији националних правних система са нормама Европске конвенције могло би да одигра усавршавање правотворне функције Европског суда за људска права, која поред све њене објективне преданости процесима европске правне интеграције и правне глобализације у целини пати од недостатка демократске легитимности. Наше дискусије о заједничким проблемима и спремност да чујемо једни друге (тј. како то каже

J. Хабермас, спремност да обезбедимо не само гласност него и чујност) – то је наш допринос који смо у стању да дамо формирању претпоставки за демократску легитимацију правотворне делатности Европског суда за људска права у духу делиберативне демократије, тј. демократије рационалног дискурса, разматрања и тражења компромиса.

Завршићу реферат позитивном нотом, желим да истакнем да и поред свих тешкоћа и проблема везаних за проширење европског правног простора захваљујући укључивању у њега земаља нове демократије, наше учешће у том процесу даје њему важне позитивне импулсе и отвара пред њим нове перспективе. Пре свега, треба рећи да су се већ од тренутка њиховог стварања, модели уставног правосуђа у новим државама одликовали максималним нивоом утврђених гаранција заштите уставних права и слобода, увођењем најширих могућности њихове реализације. Често су биле шире него у традиционалним „старим“ западним демократијама, од којих неке тек сада долазе до увођења одговарајућих механизма — на пример, права грађанина на индивидуално оспоравање уставности нормативног акта, примењеног у његовом конкретном предмету². Тако је појава новог таласа уставног правосуђа предодредила тенденцију која данас доминира у глобалним оквирима – тенденцију све већег ширења механизма усмерених на заштиту индивидуалних субјективних права.

Важно је узети у обзир и чињеницу да је наше искуство у заштити социјалних права у немалој мери заслужно за то да уставно право као базни регулатор друштвених односа поприма све израженију социјалну димензију не само у општеевропским него и глобалним размерама.

Па најзад, не можемо да не поменемо следеће: док „стара Европа“ иде путем *иродубљивања* правних основа државног и друштвеног живота, нове демократије се оспособљавају за *ширење* правног простора. Наравно, ширење претпоставља пре свега екстензивни развој. Али овај развој се остварује у првим редовима борбе за право, тј. тамо где се мора савлађивати највећи отпор друштвене средине. И ову околност треба узети у обзир при анализирању и оцењивању рада органа уставног правосуђа нових демократија са позиција високих захтева савременог конституционализма.

2) Мисли се на Француску, у којој је захваљујући уставној реформи из 2008. измењен механизам контроле уставности и грађанима је први пут дато право да поднесу индивидуалну жалбу на уставност закона.

Апстракт

1. Уставно судство нових демократских земаља као неопходан елемент европској правној поретка

Демократске промене су, поред осталог, довеле и до оснивања уставних судова у већини земаља Источне Европе. Они су засновани на такозваном аустријском моделу који је осмислио његов родоначелник, Ханс Келзен. Тај модел подразумева постојање посебних тела уставног судства и право грађана да изјаве уставну жалбу. Кретање у том смеру сведочи о намерама постсоцијалистичких земаља да одрже оне моделе западног уставног судства који у највећој мери задовољавају императиве савременог конституционализма као теорије и праксе ограничавања произвољности државе како би се обезбедила слобода појединца.

С једне стране, можемо говорити о заједничким особеностима везаним за уставни развој свих земаља „велике Европе“. Владавина права, правна демократија, давање предности људским и грађанским правима и слободама – то представља наш заједнички идеал и заједничку нам линију водиљу. А тај идеал се правно спроводи у уставима и деловању уставних судова свих европских земаља.

С друге стране, не можемо да пренебрегнемо историјски, политички, економски и друштвено-културни контекст који утиче на развој уставног права и, самим тим, на деловање уставних судова, без обзира на све особености тог контекста у свакој земљи.

Проблем заштите уставних људских и грађанских права и слобода у новим демократским земљама отежава чињеница да смо се, уз тешкоће транзиционог периода, суочили и са тешкоћама глобалне економске кризе, која је погодила све европске земље. Будућност правне демократије у земљама Источне Европе непосредно зависи од тога да ли су људска и грађанска права и слободе заштићени или не.

Уставни судови морају настојати да постигну ту веома несигурну равнотежу између идеалног правног начела и настале реалности, тј. да донесу оптималну одлуку која ће у највећој мери остварити идеално начело у датим реалним, конкретним условима.

Покушај да се створи слика како су друштвени односи већ у складу са овим идеалом само продубљује јаз који постоји између оног чему се стреми и оног што заиста постоји, претећи да гурне друштво у амбис правног хаоса. Задатак судије уставног суда јесте да постепено, али доследно, превазилази тај јаз, доносећи оптималне одлуке и тиме обезбеђујући приближавање „стварног“ „идеалном“, колико је то могуће у постојећим условима.

Ово се подједнако односи и на заштиту политичких, друштвено-економских и личних права.

Цивилизацијске особености правне културе ове или оне земље, као и њихове правне тековине, најочљивије су у пракси којом се штите уставна права. Искуства Западне Европе у пружању такве заштите, отеловљене у универзално признатим начелима и нормама међународног права, европским правним стандардима и одлукама Европског суда за људска права, од непроцењивог су значаја за нове демократске земље. Ослањајући се на та искуства, уставноправна тела нових демократских земаља исправљају деформације националних правних система, превазилазећи отпор културно-историјског контекста колико год је то могуће.

Међутим, није све у овом питању једнозначно. Објективно утврђен „отпор средине“ не може се увек превазићи без изазивања изузетно озбиљних (и понекад једноставно неприхватљивих) негативних последица.

Овим уопште не желим да кажем да је неопходно поводити се за јавним мњењем. Уставни суд је показао спремност да превазиђе стереотипе масовне свести у погледу једног тако принципијелног питања као што је укидање смртне казне. Захваљујући одлуци коју смо донели 1999. године, у Русији смртна казна годинама није била изречена, а затим је и одлуком из 2009. укинута. А то се одвијало у ситуацији обележеној не само изричито израженим неслагањем јавности са тим приступом, већ и чињеницом да Русија није ратификовала Протокол број 6 уз Европску конвенцију. Морам вам рећи да Уставном суду Русије није било лако да донесе ову одлуку.

С тим у вези, желео бих да напоменем да је стварање савремених правних система у оним земљама Европе са којима нам се нуди да се изједначимо трајало вековима, уз постепено акумулирање правних новина у њима и одговарање на друштвене промене, уз препознавање и прихватање норми правног система од стране друштвених маса. То је процес у оквиру којег су се неформалне моралне идеје о правичности постепено стапале са формалним императивима законских норми. А у Русији су, као и у многим другим новим демократским земљама, повремени покушаји да се тај процес покрене и до краја спроведе тек отпочели (ако узмемо у обзир историјске аршине).

Стога су судије уставних судова ових земаља често приморане да разматрају следеће питање: у којој је мери допуштено а у којој није необразиво следити либералну журбу „старе Европе“, сматрајући њена правна искуства за универзалне правне стандарде. Ако се овај проблем пренесе на теоретски план, он отвара читав низ питања, укључујући и следећа:

- који су оптимални облици узимања у обзир страних искустава (непосредним преузимањем или дијалогским тумачењем);
- које су разлике између правне норме, као резултата усаглашених ставова свих заинтересованих страна постигнутих на основу

- формалне равноправности, и правног стандарда, као врсте без-условног модела који беспоговорно треба опонашати, а који је стран новим демократским земљама;
- каква је корелација између појмова заједничких европских стандарда у области људских права и одговарајућих стандарда Савета Европе;
 - како се може ојачати начело супсидијарности у раду Европског суда и граница функције нормативне контроле коју он спроводи итд.;
 - како се могу решавати противречности између одлука Европског суда и одредаба националних устава.

2. Корелација националној и наднационалној судсџива у конџексџиу устџавној иденџиџиџеџиџа

Један од основних изазова савременог уставног судства односи се на неопходност истовременог решавања два задатка које је некада тешко комбиновати: усаглашавања сопствене праксе са приступима разрађеним у наднационалној сфери, са једне стране, и заштите сопственог уставног идентитета, са друге. Сви европски правни системи данас се суочавају са проблемом методологије међусобних односа између националних и наднационалних норми.

Очигледно је да су најсложеније ситуације у којима долази до размимоилажења између норми међународног уговора и норми националног устава које је национални уставни суд већ тумачио. Противречности између националних и наднационалних правних поредака најизразитије излазе на видело управо у таквим случајевима.

О тој врсти размимоилажења може се рећи следеће. Проевропска оријентација нових демократских земаља у погледу утврђивања места и улоге међународних норми у националним правним порецима, коју сам већ поменуо, не умањује приоритетан значај устава за националне уставне судове и правни систем у целини у случајевима када национални устав може да обезбеди свеобухватнију заштиту људских и грађанских права и слобода него релевантне норме међународног уговора.

Уколико се ове околности не узму у обзир, постоји опасност од „укидања“ уставне контроле у контроли усаглашености са наднационалним нормама, што је у вези како са правом ЕУ тако и са правом Европске конвенције.

Спремност различитих правних поредака на сарадњу и дијалог постаје једино конструктивно средство за превазилажење размимоилажења и предупређивање правних сукоба. Тај дијалог гради се на разумевању и прихватању одређених резерви у вези са питањима у

погледу којих друга страна није спремна да одступи (наравно, питање резерви је прикладно само у оквиру општих основних начела). Таква „правна коегзистенција“ није могућа у условима подређености.

Дијалог између различитих правних система представља једини основ за постизање потребне равнотеже између њих. Нарочита пажња коју наднационална тела придају одредбама које чине „језгро“ овог уставног идентитета умањује вероватноћу сукоба између националног и наднационалног права. Такво „уставно језгро“ формирају норме о основним правима, као и норме о основама уставног система који их јемчи. Уставни суверенитет државе је, по правилу, у таквим питањима очуван. Делотворност целокупног европског система заштите права и слобода и даља хармонизација европског правног простора у овој области, у великој мери зависе од успешности овог дијалога.

Када се то примени на подручје Савета Европе, најважнији део усаглашавања националних правних система са нормама Европске конвенције могло би да одигра усавршавање законодавне функције Европског суда, који уз сву своју објективну зависност од процеса европских правних интеграција и судске глобализације, пати од недостатка демократског легитимитета. Наше заједничке расправе о општим проблемима и спремност да саслушамо једни друге представљају наш практичан допринос стварању предуслова за демократски легитимитет законодавне активности Европског суда у духу делиберативне демократије, тј. демократије рационалног дискурса, дискусије и потраге за компромисом.

* * *

И на крају, да извештај завршим у оптимистичном тону, желим да нагласим да уз све тешкоће и проблеме везане за проширење европског правног простора уласком нових демократских земаља у њега, ми својим учешћем том процесу дајемо позитиван замах, отварајући му нове перспективе. Не можемо да не приметимо да, док се „стара Европа“ креће ка *иродубљивању* правних основа државе и друштвеног живота, нове демократске земље иду ка *ироширењу* правног простора. Проширење, пре свега, подразумева обиман развој. Али овај се развој одвија на авангардним положајима борбе за право, тј. тамо где се мора превазићи највећи отпор друштвене средине. А та се околност мора имати у виду приликом анализе и оцењивања деловања уставноправних тела нових демократских земаља из перспективе високих захтева савременог конституционализма.

Проф. др Оливера Вучић
Судија Уставног суда Републике Србије

Проф. др Драган М. Стојановић
Судија Уставног суда Републике Србије

ЕВРОПСКИ МОДЕЛ УСТАВНОГ ПРАВОСУЂА – Постојање и перспективе –

1. Европско уставно правосуђе и његове претпоставке

Под уставним судством уопште разуме се институционализација посебног правосуђа усмереног на очување и спровођење устава. 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 првенство устава. Уставно судство или уставно правосуђе јесте оригинална институција европског континенталног права којој су намењене функција опште контроле подуставног права, с једне, и посебна заштита устава, путем специјалних уставносудских процедура, с друге стране. Функција нормативне контроле права централизована је код посебног органа. Одлучујућа новина Уставног суда Аустрије, како наводи Бригите Бирлајн, заменица председника Уставног суда Аустрије, била је у томе што се компетенција испитивања уставности закона и, у случају њихове супротности уставу, њихово укидање, као противуставних, концентрише код једног институционално самосталног и за уставноправна питања специјализованог суда, и тиме од њега бива монополизована.¹

Ширином својих контролно-заштитних функција и компетенција, те правном снагом својих одлука, уставно судство надилази сличне правно-политичке и правосудне институције које контролу и заштиту устава остварују било као главни било као акцесорни задатак. У сваком случају, данас у Европи већина држава познаје институцију уставног суда или њему сличног органа који располаже неком од

1) B. Birlein, *Verfassungsgerichtsbarkeit – Stand und Ausblick*, Internationale Konferenz anlässlich des 50-jährigen Bestehens des Verfassungsgerichts der Republik Serbien, 17. октобар, Београд 2013, стр. 1.

суштинских компетенција уставне контроле, пре свега, испитивањем уставности закона, које се обично урачунавају функцији уставног судовања или уставног правосуђа. Да ли се због тога може говорити о европском моделу или европском стандарду уставног правосуђа? По нашем мишљењу, тамо где постоји експлицитна функција судске нормативне контроле подуставног права, пре свега, испитивање уставности закона, која је при томе централизована код посебног, специјалног уставног органа, може се с правом закључити да се ради о прихватању једног модела судске контроле уставности који је, имајући у виду његова главна обележја, заједнички именован свагдашњег уставног правосуђа.² У ствари, под уставним правосуђем у најужем смислу може се разумети функција непосредне примене устава у конфликтним случајевима, као највише рангираног права државне јединице, која се обавезно остварује путем нормативне контроле подуставног права, закона парламента и уредби владе, уз могућност њихове анулације, од стране посебног органа који не припада ни законодавној ни судској грани власти, и при томе примењује процедуре које су блиске класичној судској функцији тумачења и примене права. Међутим, за разлику од ординарне јудикатуре, уставни суд је институција која извршава и непосредно примењује једино устав, понегде још и међународне уговоре, уколико, као у Републици Србији, поседују надзаконску снагу. Код европског модела, с правом тврди А. Stone Sweet, „редовне судије остају везане супрематизацијом закона у правном поретку, док су уставне судије одговорне за обезбеђивање супрематизације устава“.³

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.⁴ Опште претпоставке уставног правосуђа, које би требало да важе за сваки уставни суд, своју примену налазе не само у нормативној контроли права, најважнијој надлежности уставних судова, него и у осталим његовим компетенцијама које су из ње изведене или су јој блиске. Поред институционализације независног уставног суда и посебног правног квалитета устава (ригидност), као неопходних формално-правних претпоставки за само установљавање процедуре

2) Добијањем ове компетенције 2008, ревизијом француског Устава од 1958, Уставни савет се такође значајно приближио овом моделу уставног правосуђа.

3) А. Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy*, West European Politics, Vol. 25, No. 1, 2002, стр. 80.

4) Ch. Pestalozza, *Verfassungszwangsrecht*, 3. Aufl., München 1991, S. 1-2; Д. Стојановић, Премисе уставног правосуђа и њихово остваривање у пракси Уставног суда Србије, реферат поднет на округлом столу „50 година Уставног суда Србије“, одржаном 26. јуна на Правном факултету у Београду, Зборник радова *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права*, Београд, 2013. стр. 113. и даље.

уставне контроле норми, материјални значај за њено функционисање имају, пре свега, поштовање политичког квалитета уставне јудикатуре, вођење рачуна о њеним уставноправним границама и дужност уставног суда да сваком својом одлуком очува лојалност према уставу и његовом интегритету. То посебно важи за „млађе“ уставне судове, али и за Уставни суд Србије.

Верност уставу, која би за сваки уставни суд требало да буде „саморазумљивост,“ мора се изнова наглашавати, посебно због забрињавајуће склоности политичара да, позивајући се на наводно суштински измењену уставну реалност, устав, односно поједине његове делове или норме, проглашавају анахроним документом који је „време прегазило“ или „легалистичком фикцијом“ коју, као незгодну сметњу, једноставно треба игнорисати. Одбацујући ове политичке, инструменталне квалификације устава, уставни суд је дужан да буде *in totum* лојалан уставу, само и једино уставу. Лојалност уставу је, дакле, заједничка премиса за све уставне судове.

Изван уставом утврђених или њему иманентних, за уставни суд не смеју да 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, примена и заштита морају да буду главни и једини задатак уставног суда. Ако, пак, реалност доиста искључује могућност усклађивања закона са уставом или решавање другог уставног конфликта сагласно уставу, као, на пример, у случају тзв. Бриселских споразума (*agreements*), закљученим уз посредовање Европске уније са привременим институцијама самоуправе на Косову, приморавајући Уставни суд да привремено одступи, односно застане са поступком, онда се устав мора што пре променити и прилагодити драматично промењеној уставној стварности и њеним манифестационим правним изразима за које се тврди да тобож иду у сусрет 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.

2. Стандардизовање функција и компетенција уставног правосуђа

Надлежност уставних судова постепено се ширила, а добар пример који доказује такав процес јесте уставни суд Аустрије. У тражењу

одговора на питање разврставања конкретних функционалних надлежности уставног суда мора се свакако поћи од уставних норми појединих држава којима се утврђују те надлежности.⁵ Већина уставних судова прихватила је стандардне надлежности уставних судова, осим уставне жалбе, тако да се разлике међу њима више односе на начин и степен (не)остваривања тих надлежности у пракси, интелектуални стил и приоритете које поједини уставни судови следе, него на значајнија одступања од теоријског модела уставног правосуђа. Док су се неке компетенције, нормативна контрола, на пример, свуда у потпуности афирмисале, друге су негде остале само у надлежности уставног суда на папиру.

Надлежност уставне контроле изворно је имала задатак да одржи расподелу функционалних овлашћења у федералној држави, што значи уставом успостављену вертикалну поделу власти. Овај задатак уставног правосуђа сада је у другом плану, односно конзумиран је општом функцијом заштите устава, пре свега, принципом правне државе, чији је један од елемената функционална подела власти. Уставно судство се временом проширило на већи број унитарних држава, тако да сада постоји готово у свим „новим“ демократијама Источне Европе. Како од федералних држава, поред Аустрије и Немачке, уставни суд успешно функционише још у Руској Федерацији, може се закључити да је ова институција једнако прихватљива како за федерацију тако и за унитарну државу.⁶ Штавише, стално ширење уставног судства јесте снажан аргумент против тврдње да уставно судство има далеко мањи значај у унитарним него у федералним државама.

Имајући у виду надлежност „старих“ и „нових“ уставних судова, лако се може запазити да правна заштита устава постаје све обухватнија,

5) Тако, на пример, строгим ослањањем на Устав, аустријски конституционалисти разликују следеће компетенције најстаријег европског уставног суда: 1) каузално или узрочно судовање, односно одлучивање о имовинскоправним захтевима против савезне државе и земаља; 2) компетенционо судовање, односно решавање компетенционих конфликта и утврђивање надлежности; 3) испитивање уставности уредби и закона; 4) испитивање уставности државних, односно међународних уговора; 5) испитивање уставности договора између савезне државе и земаља; 6) испитивање поновног обзнањивања закона и уредби; 7) изборно судовање; 8) одлучивање о жалбама грађана или специјално управно судовање. Упор. Th. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 4. Aufl., Wien, 2000, S. 415ff.; R. Walter/H. Mayer, *Bundesverfassungsrecht*, 9. Aufl., Wien, 2000, S. 450ff.

6) Све бивше југословенске републике задржале су своје уставне судове, али су их функционално прилагодиле аустријско-немачком моделу. Претходно су донеле нове уставе којима су прихватиле, као и све остале државе Источне Европе, либерално-демократску уставност, парламентаризам и установе грађанске државе. Детаљније в. код: О. Вучић, *Историја уставног судства на тлу бивше Југославије*, у: О. Вучић, В.Петров, Д. Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република*, Београд, 2010.

јер су се временом компетенције уставног судства у већем броју држава значајно прошириле, независно од „федералистичких“ компетенција, чак и даље од изворног аустријског модела. Дакле, кључна и општа карактеристика европског уставног правосуђа јесте ширење надлежности уставних судова, укључујући решавање и оних уставних спорова које уставно правосуђе нужно не мора да обавља, изборни спорови, на пример, или надлежности за које се није ни очекивало да ће се у пракси доиста појављивати, на пример, утврђивање одговорности високих државних функционера или забрана политичких партија и удружења. Када је реч о нормативној контроли права, независно од тога да ли постоји надлежност одлучивања о уставним жалбама, главно мерило контроле постају људска права, фундаменталне правне позиције личности гарантоване уставом, која преузимају примат над начелом поделе власти. Уколико је комбинована са уставном жалбом, контрола уставног правосуђа начелно се може спровести против било ког сувереног акта јавних власти, потпуна је и апсолутна, без обзира на то да ли тај акт припада законодавној, извршној или судској власти, односно независно од тога да ли је реч о генералној норми или њеној примени у форми индивидуалних заповести упућених конкретним лицима.

Уставно судство у низу држава, укључујући Републику Србију, задобија улогу општег контролора законодавства, извршења и ординарног судства. При томе, у све већем броју земаља надлежности уставног правосуђа не само теоријски него и стварно обухватају отклањање повреда устава учињених нормативним актима, законом и другим степенима подуставног права, као и утврђивање и отклањање повреда до којих је у конкретним случајевима дошло било противуставним појединачним правним одлукама било службеним радњама јавне власти. Мада то значи да европски уставни судови све више постају „судови обичних људи“, ипак, они задржавају карактер независних институција које, решавајући изузетно озбиљне, објективне уставне конфликте и надаље заузимају, по речима Г. Лајбхолца, место на „пресеку права и политике“. С друге стране, ванредно активна улога уставног судства у контроли права довела је до тога да у доктрини све више присталица наилази на становиште да уставно правосуђе представља својеврсну, специјалну власт уставне контроле, која би по својој природи била посебна, „четврта“ грана државне власти.

Виши политички квалитет уставног правосуђа потврђују и његов састав, начин избора и положај његових чланова, не само компетенције, него и начин избора чланова уставног суда и њихов статус у великој мери су стандардизовани. Уједначавање се може запазити како у погледу критеријума тако и начина избора судија. Тенденција је да се избалансирају утицаји законодавне, извршне и ординарне судске власти у одређивању персоналног састава уставног суда. Правничка

професија је свакако ексклузивна, али је ипак, без обзира на захтеве стручности, присутна упадљива политизованост избора, јер је утицај формалне извршне власти, мада можда неприметан у јавности, ипак доминантан. Али нагодбе политичких партија, владајућих и опозиционих, или само владајућих, више се не прикривају. Све респектабилне политичке партије заинтересоване су да имају „свог“ судију уставног суда. У пракси се места добијају на основу одавно постојећег „договора“ између највећих политичких партија, што је супротно интенцији Келзена да при именовању судија предност имају стручна над партијско-политичким процењивањима.⁷ Политички квалитет уставне јудикатуре може да објасни, али не и да оправда ову жалосну праксу која важи за све уставне судове.

2.1. Функције уставних судова

Уставни суд остварује своју функцију заштите устава целином својих надлежности које су му додељене. Компетенције уставног суда свакако могу бити уже или шире, али су, без изузетка, увек усмерене ка остваривању једног јединог циља – очување приоритета устава, као највише рангираног права у државној јединици. Ближе посматрање омогућава, међутим, да се из ове најопштије функције издвоји неколико конкретнијих функција, зависно од тога да ли се појединим надлежностима уставног суда остварују неки конкретнији и ближи циљеви, односно да ли се ова заштита може посматрати у односу на поједине, конкретније функције самог устава. То значи да између функција уставног суда и функција устава свуда постоји однос паралелизма.⁸

Посматрано из овог угла, полазећи од предмета и најопштијих циљева заштите, могу се разликовати три основне заштитне функције савремених уставних судова. Другим речима, данас уставни судови, односно већина од њих, стандардно врше три основне функције. Прва је функција непосредне заштите људских права и слобода у поступку одлучивања о уставним жалбама или тужбама грађана, која је релативно новијег датума. Тамо, дакле, где појединац може непосредно сам да призове уставни суд, без заобилазног пута преко редовних судова,

7) R. Walter/H. Mayer, *Bundesverfassungsrecht*, 9. Aufl., Wien, 2000, стр. 444. О напорима који се улажу у погледу нормативног оквира, али и у његовој примени везано за избор судија Уставног суда у Републици Србији, в. детаљно О. Вучић, „Избор и састав уставних судова – мукотрпан пут достизања европских стандарда“, Зборник радова *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, Београд, 2012, стр. 132. и даље.

8) Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008, стр. 45.

поступање уставног суда је *in totum*, у свему оријентисано на заштиту људских права. Уколико се при томе ради о општим или генералним нормама, присутна је, наравно, и идеја поделе власти, али је ипак владајућа мисао индивидуалне правне заштите. Та заштита се јасно показује као непосредна или директна. По својој природи, ова димензија приближава уставносудску функцију поступању ординарног правосуђа. Битна разлика ипак остаје задржана: уставни суд штити људска права тумачењем и применом устава, „специфичног уставног права“, док се у случају редовног судства њихова заштита људских права и слобода остварује тумачењем и применом закона.⁹ Ову функцију не познају сви уставни судови, односно неки је остварују једино индиректно, преко нормативне контроле права, као што то, на пример, чини италијански уставни суд.¹⁰

Док се функција заштите поделе власти и функционалних уставних овлашћења уопште, као и генерална заштита правне државности, и надаље претежно остварују нормативном контролом права и решавањем компетенционих и органских спорова, дотле функцију заштите демократског поретка од злоупотреба и узурпација власти поједини уставни судови остварују делујући као специјални кривични трибунали. Функција заштите демократског поретка остварује се, пре свега, надлежношћу уставног суда да оцењује уставност деловања и забрањује политичке партије које према својим циљевима и понашањем својих чланова делују на противустанован начин. Због могуће тежине повреде, овде треба прикључити и утврђивање одговорности највиших носилаца државних функција за повреду устава. У оба случаја функција уставног суда опомиње на специјално кривично суђење. Напади појединаца на устав, поготово ако долазе од функционера државе који располажу опсежним правним овлашћењима и фактичком моћи, као и непријатељско, агресивно борбено понашање политичких група према демократском уставном поретку, требало би уставноправно да се санкционишу. У већем броју држава уставни суд је на одговарајући начин добио и овај „резервни“ задатак, односно ову функцију. До сада се ова функција изузетно ретко остваривала, али јачање политичког екстремизма у Европи, планска и организована примена насиља са елементима тероризма, не искључују могућност да у појединим ситуацијама ова функција уставног судства избије у први план.

9) Д. Стојановић, О. Вучић, „Домашај уставносудског испитивања одлука редовних судова у поступку одлучивања о уставним жалбама грађана“, Правни живот, број 14/2009, Београд, стр. 883.

10) У Аустрији, међутим, државноправна жалба је могућа једино против суверених аката управе, а не и судских одлука, тако да је допуњена индивидуалним предлогом за нормативном контролом, уколико се постави тврдња да је основно право непосредно и актуелно повређено генералном нормом.

Према томе, може се закључити да се теоријско-практични разлози како установљавања тако и функционалног развијања европског уставног правосуђа могу тражити у заштити устава уопште, те заштити људских права, федерализма, односно вертикалне поделе власти, и поретка правне државе, посебно.

2.2. Нормативна контрола права

Функција уставних судова је *grosso modo* контролна и корективна, највећим делом се остварује преко нормативне контроле права. Уставни судови првенствено контролишу акте законодавне, извршне и судске власти, најзначајније манифестационе облике стварања и примене права, у односу на њихову сагласност са уставом. Поред правила уставног ранга, мерило контроле у неким државама може да буде и закон, тако да нормативна контрола понегде обухвата и испитивање законитости, што је свакако преамбициозно постављен задатак уставном правосуђу. Тенденција је да се и међународни уговор који је „прошао“ уставноправну парламентарну ратификацију појављује као мерило контроле, на пример у Бугарској и Србији, било као самостално мерило било паралелно са уставном контролом.¹¹ У случају утврђивања повреде устава, деловањем уставног суда коригују се одлуке и радње свих носилаца јавне власти у мери у којој ће бити доведене у сагласност са правом највишег ранга.

Нормативна контрола права *a posteriori* јесте језгро уставносудске функције¹², јер остале надлежности уставни суд може, али нужно не мора да обавља. Контрола *a priori* је применљива само код мањег броја уставних судова.¹³ Једино за оцену уставности међународних уговора, где је логички оправдава начело *pacta sunt servanda*, она је шире заступљена, на пример, у Немачкој, Шпанији, Русији, Словенији, Србији итд. У овом моделу нормативне контроле поједини уставни судови

11) У Србији је већи број закона Уставни суд декларисао неуставним због несагласности са Уставом и међународним уговором или само због супротности међународном уговору.

12) Уставни суд Португалије је један од ретких европских уставних судова чија је готово једина надлежност испитивање уставности и законитости нормативних аката.

13) По узору на француски Уставни савет, контролу уставности *a priori* може да врши Уставни суд Румуније, јер уставност закона оцењује пре његове промуглације. Пољски и мађарски уставни суд, такође могу да врше превентивну контролу уставности закона, али једино на захтев шефа државе, с тим што у Пољској претходно мора бити стављен председнички вето. С друге стране, у Француској је 2008. године ревизијом Устава уведена ограничена инцидентна контрола уставности закона.

(Немачка, Чешка, Пољска) „прославили“ су се оцењујући не само уставност „обичних“ међународних уговора, него и сагласност оснивачких уговора Европске уније (уговори из Мастрихта и Лисабона) са националним уставним правом.

Иначе, Уставни суд Србије може да оцењује уставност међународних уговора како превентивно тако и накнадно. У последњем случају, контрола се врши према аустријском моделу контроле државних уговора, али са одступањем у погледу дејства одлуке. У пракси Уставни суд је искључиво примењивао *a posteriori* контролу међународног уговора, код које се дејство одлуке, због међународноправних импликација, зауставља на констатацији неуставности, што је примереније превентивној контроли међународног уговора.¹⁴

Правило је да уставни судови поступају по захтеву овлашћених лица, а не по официјелној максими. Заједничко за већину европских држава јесте да се покретање поступка нормативне контроле признаје парламентарној мањини (апстрактна контрола) и судовима (инцидентна контрола). Покретање поступка *ex officio* веома ретко наилази на примену, по правилу, само ако је то неопходно за решавање прејудисионих питања. Устав Србије је један од ретких који покретање поступка *ex officio* дозвољава без икаквих услова и ограничења.¹⁵

Уставни суд је *dominus litis*, господар поступка, који је начелно увек конципиран као контрадикторан. Одбацивање захтева *a-limine* требало би да растерети Суд и спречи вођење поступака који очигледно немају изгледа на успех. Код већине уставних судова усмена јавна расправа је у пракси пре изузетак него правило, јер за њено одређивање начелно постоји широк простор за слободно процењивање. Сигурно је тачно, да судови често не користе расправу да би изнашли право, јер она обично одузме више времена, него што даје добитак. Према гледишту Гајгера,¹⁶ „више би одговарало својствима уставносудског процеса да се усмена расправа посматра као сувишна“. Али начелна отвореност уставносудског процеса, заједно са „правилном“ о одлучивању на основу усмене расправе, говори најмање о нужности брижљивог одмеравања свих аргумената, пре него што се донесе одлука о неодржавању јавне расправе. Због реткости усмених расправа, Хеберле је говорио о „тешко

14) До сада Уставни суд Србије није „открио“ да је неки међународни уговор у нескладу са Уставом. Између осталог, испитивана је уставност Споразума о стабилизацији и придруживању Европској унији, Споразума са Руском Федерацијом у области гасне привреде, неколико билатералних уговора о социјалном осигурању и друго.

15) Уставни суд је *ex officio* оцењивао уставност Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду. У својој одлуци утврдио је да одредба која Уставном суду ускраћује могућност да у поступку по уставној жалби поништи судски акт није у складу са Уставом.

16) W. Geiger, *Einige Besonderheiten im verfassungsrechtlichen Prozess*, 1981, стр. 8.

подношљивом дефициту отворености“ уставносудског поступка.¹⁷ С друге стране, у појединим поступцима који су од посебног значаја за правну државност и општу јавност неки уставни судови дозвољавају директан телевизијски пренос њихових расправа. Већање судија и гласање о одлуци, међутим, увек су затворени за јавност. Није искључено, међутим, да се у одлуци саопштава већина којом је донета. Издвојена мишљења која се у већем броју уставних судова доста примењују такође пробијају начело анонимности одлучивања.

Дејство одлуке уставних судова принципијелно зависи од врсте уставних спорова. У нормативној контроли права и одлучивању о уставним жалбама одлуке уставних судова имају касаторно дејство. Када је реч о нормативној контроли *in abstracto* правило је да одлука делује од момента објављивања, дакле, *pro futura*. Ако се ради о конкретной контроли, одлука уставног суда у инцидентном случају може имати ретроактивно дејство. Како код касације не долази до аутоматског или судског „оживљавања“ ранијих норми, поједини уставни судови, међу њима и Уставни суд Србије, примењују још један начин погодан за избегавање правних празнина, одлагање објављивања одлуке, односно аустријски модел одлагања дејства одлуке.

Поред одлука касација у пракси појединих уставних судова развиле су се тзв. *интерпретативне одлуке*, којима уставни суд заправо делује као позитивни законодавац. Због трајно укореењеног страха од настајања правних празнина доношењем касаторних одлука, али и тежње да се, кад год је то могуће, делује на мање радикалан начин, већи број уставних судова, прихватајући праксу старијих европских уставних судова, Немачке и Италије, нарочито, постепено је почео да доноси интерпретативне одлуке, када се од више интерпретационих могућности примењује вербална интерпретација, која закон доводи у склад са Уставом. У овом случају у изреци се налази 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.

Интерпретациони стил уставних судова дуго је обележавала стриктна интерпретација дословног текста уставних норми, логичко-систематска интерпретација са историјским акцентовањем, али и занемаривањем телеолошких промишљања. Сматра се да је она била и својеврсни израз судског самоограничења, *judicial self-restraint*, према законодавцу. Нови интерпретациони стил уставних судова значи окретање ка вредносно оријентисаном или материјалном тумачењу устава, који свој узор налази у актуелној пракси Европског суда за људска права и новијој јудикатури немачког Савезног уставног суда.

17) P. Häberle, *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, JZ 1976, стр. 384.

Међутим, у овом екстензивном стилу тумачења, које је упадљиво удаљено од дословног текста уставног права, Ернест Волфганг Бекенферде види опасност „преласка од законодавне правне државе ка уставноправној јурисдикцијској држави“.

2.3. Посебне компетенције

Поред опште нормативне контроле права, уставно правосуђе је од почетка, у неким државама током времена, добило и друге компетенције које се могу такође означити као посебна заштита устава. Поједине од њих су комплементарне нормативној контроли, на пример одлучивање о уставним жалбама грађана или решавање федералних спорова. Нема сумње да и ове надлежности уставног суда представљају својеврсни поступак испитивања норми и утврђивања њиховог значења. С друге стране, неке надлежности уставних судова које су некада припадале другим државним органима, редовним судовима, пре свега, због њиховог значаја за уставни живот појединих држава пренете су у надлежност уставног суда. То је случај, на пример, са решавањем компетенционих спорова или спорова у вези са парламентарним и председничким изборима. Трећа врста посебних надлежности уставних судова може се означити као непосредна заштита уставног поретка, када уставни суд делује као специјални кривични суд. У појединим државама уставни суд може да суди високим државним функционерима, на пример, председнику републике, премијеру владе, министрима, па и судијама, због повреде устава и закона. Карактер специјалног кривичног судовања имају и поступак одлучивања о забрани политичких партија и удружења грађана, као и индивидуална суспензија уставом гарантованих права и слобода. Заједничко свим посебним надлежностима јесте да се оне увек показују као непосредна заштита и примена устава која се остварује према правилима одговарајућег уставносудског поступка.

У пракси европских уставних судова поједине од ових надлежности понекад избијају у први план, потискујући редовно деловање уставног правосуђа. На пример, одлучивање о забрани политичких партија (Турска), оцена уставности статута аутономије (Шпанија), изборни закон (Мађарска), законитост председничких избора (Бугарска), уставност референдума за опозив председника (Румунија) и други.

3. Перспектива уставног правосуђа

Критичке примедбе учесника политичког процеса на рачун уставног судства чини се да су у значајној мери ослабиле. Оне су посебно

биле изражене у оним периодима деловања уставног суда када је ова институција тек тражила своје место и оптимални начин деловања у уставном систему. Тамо 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, тврдњама да је уставни суд у служби опозиције, односно да је у служби власти и сл. 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 и неутралне мисли, али је битно да ова критика није више усмерена на саму институцију или на њену наводну политизованост, него се односи једино на правни квалитет интерпретације устава садржан у одлукама уставног суда. То значи да је уставно судство стабилна институција демократске правне државе. Њена егзистенција се не доводи у питање. Напротив, основано се може очекивати њено даље ширење, како територијално, тако и у погледу функционалних овлашћења. Најкраће, позиција уставних судова је непрекидно у узлазној путањи.¹⁸ „Старији“ уставни судови који су одавно потврдили и учврстили своју независну позицију тежиће свакако њеном одржавању, док ће мање утицајни уставни судови, пре свега они успостављени у „новим“ демократијама, покушавати да ојачају своју функцију непристрасног чувара устава, чије се одлуке увек поштују и стриктно извршавају.

Неизвесно је, међутим, да ли ће уставно судство задржати своје место „на пресеку права и политике“, да ли ће политика са зебњом очекивати његове одлуке или ће тежиште његових активности бити померено у другом правцу. Тешко је прогнозировать како ће се уставно судство у ближој будућности развијати, тим пре што поред заједничких обележја и сличних проблема, национални уставни судови имају у својим активностима властите приоритете. Поред тога, од самих процесних учесника у доброј мери зависи да ли ће уставно судство отићи у смеру који је мање пожељан за правну државност. Уколико је уставни суд преокупиран мање важним уставним споровима, тешко ће успети да испуни своју мисију. С друге стране, врло је вероватно да ће за већину европских уставних судова и надаље, поред свагда напетих односа са националним законодавним, извршним и судским властима, бити актуелан и однос према Европском суду за људска права, али и однос према пракси Европског суда правде који има примат у хармонизацији националних правних система са примарним и секундарним правом Европске уније. То важи и за уставне судове држава које нису чланице

18) Негативни изузетак је, чини се, положај Уставног суда Мађарске, чија је надлежност након уставних промена извршених 2013. значајно редукована.

Уније. За уставне судове тих држава сарадња са уставним судовима држава чланица Европске уније биће не само пожељна, него и неопходна.

Због тога се можемо сложити са констатацијом Б. Бирлајн да ће „размена искустава, мишљења и идеја као и сарадња између појединачних уставних судова још више добијати на значају“, посебно ако се задатак уставних судова види првенствено у „хармонизацији националног уставног права, с једне, и конституционализације европског права, с друге стране“.¹⁹ Нема разлога за скепсу да овај процес сарадње на регионалном плану иде у смеру све развијенијег напретка, посебно на простору некадашње Југославије, независно од тога што су, до сада, само две бивше југословенске републике постале чланице Европске уније.

Када је Уставни суд Србије у питању, може се очекивати да ће и надаље његови приоритети бити оцена уставности закона, али све више и испитивање њихове конформности са међународним уговорима, у процесу хармонизације домаћег права са правом ЕУ, као и непосредно одлучивање о повреди основних права човека. Главни задатак, међутим, биће решавање проблема хиперинфлације уставних жалби која прети да у потпуности уруши функционалну способност Уставног суда и потпуно паралише његов рад. Процедурална реформа извршена 2012. значајно је побољшала ефикасност Уставног суда, али се, ипак, не може сматрати довољном, нити има изгледа да се без даљих корака у догледно време овај „горући“ проблем ефикасно реши. Због тога ће Уставни суд Србије бити приморан да, сарађујући са другим уставним судовима који су овај проблем, ако не у потпуности решили, онда бар у подношљивој мери ублажили, прихвати њихова искуства, идеје и решења, свакако на начин који суштински неће обезвредити делотворност националне уставно-судске процедуре заштите људских права и слобода.

19) В. Bierlein, *н. г.*, стр. 1.

Проф. др Péter Paczolay
Председник Уставног суда Мађарске
Почасни председник Венецијанске комисије

НОВИ ПРАВЦИ У ФУНКЦИОНИСАЊУ УСТАВНИХ СУДОВА ЕВРОПЕ – УЛОГА ПРАВНЕ ТРАДИЦИЈЕ И КОНТИНУИТЕТА У ТУМАЧЕЊУ УСТАВНОСТИ

Уставни судови су у почетку живели свој живот фокусирајући се готово искључиво на правни поредак у националним оквирима. Касније долази до сарадње судова, како би се упоредила искуства у смислу њиховог састава, структуре, поступака и надлежности. Изненађујуће, установљено је много сличности, па је сарадња добила свој званични облик и институције. Сходно томе, одржавање Конференције европских судова, коју је започео Уставни суд некадашње Југославије, јануара 1972. године, била је добра иницијатива. Ова конференција развила се у важан форум, од виталног значаја за више од 40 европских судова. Током председавања Мађарске, 1996. године, започета је званична сарадња са Венецијанском комисијом, која је Конференцији донела значајну логистичку и научну подршку. Тематски билтени, у којима су објављивани закључци до којих се на конференцијама долазило веома су важни, те је Венецијанска комисија промовисала сарадњу бројних регионалних организација, што је резултирало оснивањем Светске конференције уставног судства, која је свој први конгрес одржала 2009. године, а данас окупља 79 чланица.

По мом схватању, у средишту данашњег уставног судства јесте управо међународни фактор. У раду европских уставних судова данас се могу уочити одређени трендови:

- глобализација права и изазова, перспектива правне сарадње;
- интернационализација уставног права;
- интеракција међународних судова (ЕСЉП, ЕСП) и националних уставних судова;
- повезаност међународних стандарда и националног уставног идентитета;

– у методу рада, растући значај употребе компаративних метода и позивања на случајеве из стране праксе.¹ У том погледу, морам истаћи да је CODICES, база података Венецијанске комисије, користан извор информација када је у питању судска пракса уставних судова.

Када говорим о овим важним трендовима, у овом излагању, желим да укажем на потцењени аспект тумачења уставности, на улогу правне традиције и континуитета.

Друштва се, трагајући за перспективом, застрашена неизвесном будућношћу, често окрећу традицији и прошлости ради налажења чврстог упоришта. Чак је и револуционарно законодавство дубоко укорењено у прошлим искуствима.

Тумачење права је поступак у коме су веза са прошлошћу и став према њој од пресудног значаја, утолико што историјско тумачење није само канон тумачења, већ су тумачења судова, уопште, строго везана претходним тумачењем и прецедентима. Оцена уставности даје судијама велику моћ да одлуче о сагласности одредаба закона и других правних средстава са онима у основном закону земље, у уставу. Оцена уставности је, као што је познато, противвећинска институција. Оцена уставности и судови не би требало да зависе од воље демократске већине, и надам се да не зависе. Поседовање толике моћи обавезује уставне судове да главни фактори легитимитета буду кохерентност и предвидивост одлука. Тако изазов доношења одлука у релативно кохерентном систему постојеће судске праксе постаје фактор који тим судским одлукама даје легитимитет. Међутим, та снажна повезаност са прошлошћу (са прошлим одлукама) није једнака правној традицији.

Правна традиција је несумњиво шири и опсежнији концепт од везаности за претходне одлуке суда. Правна традиција превазилази границе датог (националног) система, она обухвата породицу права и правну културу. Традицију права, као формативну снагу правног система, у међународни правни језик увео је, сада преминули, професор Харолд Џ. Берман (Harold J. Berman), својим радом *Право и револуција: Насијање иравне итрадиције Запада*,² објављеним 1983. године. Ово дело од изузетног значаја указује на то да се корени савремених правних институција на Западу могу пратити уназад све до средњовековне западне цркве. Наставак те књиге, објављен 2006. године, описао је утицај протестантске реформације на западну правну традицију. У међувремену је велики број студија био посвећен питању правне традиције уопште, као и саме правне

1) Видети, ради сличног приступа, писмо добродошлице председника Холцингера, поводом председавања Аустрије Конференцијом европских уставних судова.

2) J. Berman *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983.

традиције Запада. Професор Патрик Глен (Patrick Glenn) објавио је 2004. године монографију под насловом *Правне традиције света. Одрживе различитости права*³, Глен је сажео најважнији закључак овог рада у поглављу оксфордског приручника за упоредно право: „Породице права и традиције права“. И Берман и Глен су истакли међусобно повезан карактер прошлости и будућности и њихову динамику. „Можемо ли у колективном сећању нашег искуства пронаћи средства која нам могу помоћи да превазиђемо препреке које нам блокирају пут у будућност“ – пита Берман у прилично очајничком предговору своје књиге (стр. vi). „Тако традиција нуди оправдање за промену и средства којима се та промена мери, јер заправо, савремено понашање може бити вредновано према претходном учењу“ – запажа Глен.⁴

Правној традицији је својствен проблем континуитета и дисконтинуитета правног система. Ако узмемо за пример постреволуционарно америчко право, морамо приметити колико је дубоко оно укорењено у енглеском праву и пракси. У Европи је већина правних система морала да се суочи са проблемом континуитета – дисконтинуитета због ауторитарних периода у њиховој скоријој историји, то важи и за све оне западне земље у којима делују најутицајнији и најзначајнији уставни судови попут Аустрије, Немачке, Италије, Шпаније или Португалије. У случају тзв. нових демократија ово запажање је, на сличан начин, евидентно. Судови су морали да образложе њихов приступ питању континуитета: Како се суочавају са законодавством из периода пре усвајања новог устава?

У Италији, на пример, Уставни суд је у својој првој пресуди јасно изразио свој однос према законима који су били на снази пре доношења устава (пресуда од 5. јуна 1956. године).

У Мађарској, Уставни суд је, у својој, често цитираној одлуци о ретроактивном законодавству⁵, изрекао следеће.

Ступање на снагу уставног амандмана из 1989, подстакло је доношење новог Устава, у коме је декларисано да је „Мађарска Република независна и демократска држава са владавином права“, пренела на државу, њен закон и политички систем, нови квалитет, који се темељно разликује од оног који је био својствен претходном режиму. У контексту уставног права, ово је суштина политичке категорије промене система.

Политички револуционарне промене, које су усвојене Уставом и основним законима, ступиле су на снагу на процедурално беспрекоран

3) P. Glen *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, 2010. (четврто издање)

4) M. Reimann, R. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, стр. 428.

5) Одлука бр. 11/1992. (5. март), АВ.

начин, у потпуном складу са законским регулативама старог система о законодавној надлежности, чиме су добиле своју обавезујућу снагу. Старо право је задржало своју валидност. У погледу валидности, нема разлике између „преуставног“ и „постуставног“ права. Легитимитет различитих (политичких) система, током последњих пола века, неважан је из ове перспективе, односно из угла уставности закона не чини смисаону категорију. Без обзира на датум ступања на снагу, сваки важећи закон мора се ускладити са новим уставом – подвукао је Уставни суд.

Уставни суд је нагласио да не може занемарити историју, јер и сам Суд има историјски мандат. Уставни суд је носилац парадокса „револуције владавине права“: у процесу постизања владавине права, почевши са Уставом и испољавајући се кроз мирне промене система, Уставни суд, у границама својих овлашћења, мора безусловно гарантовати усклађеност законодавне власти са уставом.

Нови устав Мађарске, назван Основним законом, усвојен је 2011, а на снагу је ступио јануара 2012. године. Он предвиђа прилично сложено виђење континуитета са достигнућима историјског устава земље (Мађарска до 1949. године није имала писани устав), као и дисконтинуитета са тоталитарним режимима XX века. Концепт историјског устава поменут је у Преамбули и у ставу о средствима за тумачење устава. Према мишљењу Венецијанске комисије о новом мађарском уставу, „позивање на историјски устав је прилично нејасно, јер су постојале различите фазе у развоју различитих историјских ситуација у Мађарској, те стога не постоји јасна, нити консензусом усвојена сагласност о изразу 'историјски устав'“. ⁶ Позивање на историјски устав је необично, али разумљиво. Необично је стога што су у последња два века, готово све европске државе донеле писане уставе. Поред Енглеске, само је још Мађарска, до 1949. године, имала неписани устав. Тумачећи независност судства, мађарски Суд се могао сетити прекретница у правној историји Мађарске, попут Акта о судству од 1869. године, који је са великом прецизношћу бранио гаранције судске независности. Оспорена одредба новог устава (члан R) подвлачи важност достигнућа, а не историјског устава као таквог. У својој одлуци, Уставни суд је подвукао: Основни закон „отвара врата“ према историјским димензијама нашег јавног права, наводећи нас да се усредсредимо на преседане институционалне прошлости, без које би наша савремена правна култура, била без корена. ⁷

Питање континуитета и дисконтинуитета недавно је покренуто и у другом смислу. Када је усвојен нови устав, расправљало се о томе да

6) Opinion on the New Constitution of Hungary – 621/2011, став 34.

7) Одлука бр. 33/2012. (17. јули) АВ, став 74.

ли ће судска пракса, настала под старим уставом, остати на снази или постати застарела. Предложено је да устав треба да прогласи да су све претходне одлуке Уставног суда изгубиле правну снагу. На срећу и с правом, та идеја је одбачена, јер је Уставни суд изрекао да, када су текст и тумачење контекста старог и новог устава истоветни, претходне одлуке (прецеденти) Суда остају на снази, а да свако њихово одбацивање мора претходно бити у потпуности оправдано. Четврти амандман на Основни закон је потом опозвао ранију судску праксу Уставног суда, али није довео у сумњу њено правно дејство. Ово је још чудније када се у обзир узму бројна позивања на историјски устав. Венецијанска комисија је са правом нагласила да се тешко може порећи да су претходни демократски Устав од 1989. године, као и његово тумачење од стране Уставног суда, део концепта историјског устава.⁸

Да резимирам: правна традиција није ни равнотежа, нити сенка прошлости. Напротив, традиција може послужити као извор самопоуздања, самосвести, саморазумевања и надахнућа. Ове тековине, ове заједничке корене треба истраживати како на европском, тако и на националном нивоу, да бисмо се суочили са изазовима данашњице и изградили перспективу за будућност.

8) Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary – 720/2013, став 99.

ПОЛОЖАЈ И ПЕРСПЕКТИВЕ УСТАВНОГ СУДСТВА

Уставни судови су један од најважнијих ступова права и, опћенито, устава сваке државе. Њихова је улога различита у појединим државама, у овисности о повијесним и политичким приликама у којима су настали. Развој демократског друштва захтијева, осим устроја релевантних институција и процедура, и значајно развијену демократску свијест, правну културу и дефиниране механизме којима се уређују међусобни односи уставних судова и других грана власти, као и односи с редовитим судовима.

Инкорпорација уставних судова у класични модел подјеле власти проузрокује скривени, а понекад и отворени сукоб и са законодавном и са извршном власти, проузрочен надлежностима повјереним уставном суду, а које се односе на могућност стављања правних аката изван снаге.

Други проблем је у интеракцији и координацији рада уставних судова и других редовитих судова, јер би они у идеалној ситуацији требали заједнички испуњавати функцију заштите људских права.

Однос суда и законодавца је, без сумње, од круцијалног значаја за овај комплекс проблема. У великом броју земаља постоји читав низ питања која се везују за улогу судства у процесу примјене права. Присутне су дилеме о томе до које мјере суђење обухваћа и политику, односно дискрецију; до које мјере суци морају промовирати извјесност закона, односно циљеве правде, и које су то допуштене технике у интерпретацији закона. Одговори нигдје нису идентични јер они рефлектирају различите уставне ситуације, а прије свега уставне структуре, те различите односе њезиних елемената.

Утврђивање несугласности устава с једне стране, и опћих правних аката с друге стране, јесте основна функција уставног судства. Ово отклањање несугласности није само себи сврха, већ служи учвршћивању и даљем развоју демократских начела, прије свега владавине права. Уставни суд представља орган који осигурава кретање у границама уставних овласти приликом уређивања друштвених односа, односно доприноси остваривању и унапређењу наведених уставних

начела. Ове овласти легитимирају рад и одлуке уставног суда, али истодобно постављају и границе његовога дјеловања.

У свим је фазама развоја процес институционализације контроле уставности закона узимао различите облике. Опћенито се могу разликовати два темељна модела такве контроле. Први је тзв. амерички модел којему је темељно обиљежје да право контроле уставности закона припада свим ординарним судовима. Други је тзв. еуропски модел којему је главна особитост да право контроле уставности закона препушта посебном уставном суду. Овај је модел примијењен и у Босни и Херцеговини, доношењем Устава 1995. године. Ипак, треба споменути да је на плану уставне организације раније државе у Босни и Херцеговини такођер постојао Уставни суд, још од уставних промјена из 1963. године.

Идеја контроле уставности закона се афирмирала у све четири фазе двостолетног развоја конституционализма. У другој се фази (1918-1945) јавља Келзенова идеја о уставном суду као засебној судској институцији којој се повјеравају овласти „негативног законодавца“.

Институције уставног суда карактера освајају позицију моралног ауторитета, што их позиционира изнад конкретне политике и отвара слободу али и обвезу доношења и, некада непопуларних, одлука. Такав морални ауторитет – или легитимност – значи да грађани прихватају њихове одлуке па макар им се и противили, али то је зато што у уставном суду виде легитимног актера одлучивања.

Одрживост таквог стања омогућује да уставног суда институција унутар уставно-политичког састава успјешно реализира већину својих виталних функција отклањајући препреке напредовању и стабилизацији владавине права.

У демократским земљама уставно судство је дало неизмјеран допринос изградњи политичког састава и демократског друштва, посебице у остваривању људских права и темељних слобода.

Данас највећи број држава има или познаје неки облик неовисне институције која контролира парламентарну легислативу.

У Босни и Херцеговини једини суд који је изричито споменут у Уставу БиХ јесте Уставни суд БиХ.

Уставни суд БиХ је самосталан државни орган који обавља функцију уставног судства у оквиру Уставом утврђених права и дужности, а конституиран је као суд који стоји изван састава редовитог судства и обављања редовите судске функције. Његова најважнија функција, у саставу тродіобе власти, јесте осигурати вршење законодавне власти сукладно и у границама Устава.

Уставни суд БиХ функцију осигуравања усуглашености правног састава са Уставом БиХ остварује првенствено апстрактном оцјеном уставности одредби ентитетских устава и закона, као и рјешавањем спорова различитих административно-територијалних разина

власти и институција унутар државе. С обзиром на уставну одредбу да надлежности Уставног суда БиХ укључују, али се не ограничавају на наведене ситуације, Правила и пракса Уставног суда БиХ показују да у тумачењу и примјени ове одредбе Уставни суд БиХ преиспитује и уставност државних закона, односно опћих правних аката.

У земљама које се налазе у значајним социјалним, економским и политичким реформским процесима, као што је то случај с БиХ, развој нормативног уређења се налази у константној дискрепанцији – бивајући у једном моменту иза реформи које су у тијек, а у другом идући далеко напријед. У оваквој ситуацији, ефикасна и конзистентна имплементација права може и мора бити утемељена на супремацији устава и у њега уграђених међународних докумената за заштиту људских права, јер како и Уставни суд БиХ наводи „непоштивање људских права и темељних слобода и неиспуњавање међународних обвеза неизбјежно воде у међународну изолацију и, кроз непризнавање институција такве државе, у нестанак тога субјективитета“.

Тијekom протекле двије деценије у БиХ су се развила четири, у великој мјери аутономна, правна сустава. Због аутономне природе законодавних поступака на разини ентитета и Брчко дистрикта БиХ, њихов правни поредак се разликује у многим областима материјалног и процесног права. Поред тога, пошто ентитети, Брчко дистрикт и БиХ имају своје судске суставе, разлике настају и у тумачењу и примјени сличних или чак истовјетних правних одредби.

Дакле, у саставу какав је босанскохерцеговачки, с израженом асиметричном расподјелом надлежности између појединих разина власти и унутар саставних јединица државе, без јасно заокруженог правосудног сустава, Уставни суд БиХ би могао представљати онај државни орган који осигурава јединство и функционалност сустава. Уставни суд БиХ се конституира као највиши арбитар у рјешавању, у основи политичких, конфликта између БиХ и ентитета.

Полазећи од наведенога, неупитан је значај улоге Уставног суда БиХ, односно његових одлука, које по својој правној природи представљају извор права. Иако по форми појединачни акт, одлука Уставног суда о поништавању и укидању закона и прописа јесте нормативни акт. Закон и други прописи имају свој удио у потврди и даљем развоју увјета и могућности за остваривање људских права и темељних слобода, те оцјена уставности и законитости начелно јесте, и у низу случајева ће бити, и облик заштите индивидуалних слобода и права.

С друге стране, апелациона надлежност Уставног суда БиХ представља својеврсну новину у домаћем саставу уставног судовања, а подразумијева могућности преиспитивања судских одлука на темељу индивидуалне апелације уколико су повријеђена уставом загарантирана апелантова права и слободе. Апелација представља својеврстан

изванредан правни лијек супсидијарног карактера, јер је допуштена само ако заштита помоћу редовитих правних лијекова остане без успјеха. Одлуке Уставног суда БиХ у појединачним споровима имају карактер пресуда, али и тада ти акти могу бити и шири од пресуде редовитог суда, те би се мјеродавни органи, а особито правосудни органи, у своме раду требали водити правним схваћањима израженим у њима.

Уставни суд БиХ, у националним оквирима, представља и врховни механизам заштите права из Еуропске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода, с обзиром на изравну инкорпорираност Конвенције у Устав БиХ. Значајно је истакнути да положај Конвенције у БиХ представља спецификум у односу на друге чланице Вијећа Еуропе, особито ако се има у виду примјењивост Конвенције у правном саставу, према самом Уставу БиХ, и прије него што је БиХ постала чланица и њезину „надзаконску“ снагу.

И у перспективи је посебице значајна улога Уставног суда БиХ у контексту рјешавања случајева пред Еуропским судом за људска права. Наиме, начело супсидијарности је полазишни темељ за пропитивање односа између националних и супранационалних доносиатеља одлука. Ово начело креће од тога да је Еуропски суд суплементаран и супсидијаран механизам за заштиту права и слобода обухваћених националним правним саставом, чије политичке, управне и правне власти задржавају примарну одговорност за заштиту права појединаца. Иако начело супсидијарности није експлицитно наведено у Конвенцији, оно произлази из одредаба о исцрпљивању домаћих правних лијекова и обвезе осигурања ефикасног домаћег правног лијека.

У пракси Уставни суд БиХ се сусретао с низом сложених уставно-правних питања, а нека најзначајнија су: питање подјеле надлежности између институција БиХ, ентитета и других административних јединица у БиХ, надлежности Уставног суда у односу на међународне уговоре, питање односа државних и ентитетских закона, питање позитивних обвеза надлежних власти у односу на рјешавање одређених питања и другим сличним питањима.

Уставни суд БиХ је динамичним и еволутивним тумачењем Устава БиХ допринио досљедном гарантирању равноправности и конститутивности народа на цијелом територију БиХ, осигурању суверенитета, територијалног интегритета и међународног субјективитета државе и јачању правне сигурности и владавине права. Овакво тумачење Устава БиХ и дјеловање Уставног суда БиХ у оквирима његове надлежности омогућило је ефикасно функционирање нужних државних органа који нису експлицитно споменути у тексту Устава БиХ, али чије креирање и дјеловање није опречно одредбама и духу тога Устава, будући да је у Уставу БиХ остављена могућност оснивања таквих институција ради вршења надлежности БиХ.

У оквиру остваривања ових својих уставних надлежности Уставни суд БиХ је донио бројне одлуке. Свака од њих има својеврсни значај.

За промицање владавине права у Босни и Херцеговини је врло битно даље развијање праксе Уставног суда БиХ. Да би Уставни суд БиХ и даље учинковито могао штитити људска права и темељне слободе, односно досљедно проводити начело владавине права, битно је да у његовим односима, према тијелима законодавне, извршне и судске власти, буде и уставноправно и фактички осигурана његова организацијска и функционална неовисност и да сва тијела власти у Босни и Херцеговини проводе одлуке Уставног суда БиХ, и то без обзира на то какво интересно или вриједносно стајалиште имају о појединој одлуци. Само на тај начин, Уставни суд БиХ ће се моћи потпуно укључити у сувремене еуропске, па и свјетске трендове уставносудске заштите и дати свој пуни допринос уставноправном развоју Босне и Херцеговине и ефикасној заштити људских права.

У постојећим околностима, нужна би била и отворенија активна улога Уставног суда БиХ у уједначавању судске праксе како би се остварила правна сигурност и једнакост грађана БиХ пред законом.

Уставни суд БиХ, дакако, не треба бити само арбитар у сукобима о уставности, већ и активни носитељ њезинога остваривања, те и сам судјеловати у отклањању узрока и појава протууставности аката. У томе се смислу може размишљати о могућности да сам Суд покреће поступке (тзв. поступак *ex officio*), али и могућности давања иницијативе другим субјектима (тзв. *actio popularis*), какве су нпр. и данас предвиђене у Републици Србији и Републици Хрватској. На овај би се начин Уставни суд БиХ могао кретати и изван постављеног захтјева, нпр. у случајевима преиспитивања оспорене одредбе уколико сматра да су и друге одредбе акта који је у питању такођер неуставне, односно у случајевима покретања иницијативе пружила би се могућност свим заинтересираним субјектима да и сами допринесу практичном остварењу начела уставности.

С обзиром на тренд повећања броја предмета, дакако је нужно позорно размотрити питање како пронаћи равнотежу између ефикасне заштите Уставом зајамчених људских права у појединачним (конкретним) случајевима, и омогућавања Уставном суду БиХ ефикасног обаваљања његове темељне уставне задаће.

Тренутачно стање у државама у транзицији, укључујући и БиХ, узроком је бројним проблемима с којима се органи уставне контроле тих земаља сусрећу. Један од најочитијих примјера јесте непоштивање одлука уставних судова.

У перспективи, проблем неизвршавања одлука Уставног суда које се односе на активности законодавца, отвара и питање улоге Уставног суда БиХ као „позитивног законодавца“.

У својој пракси Уставни суд БиХ се већ сусрео с овим проблемом. Након што је својом одлуком из вељаче 2004. године утврдио како дио законске одредбе којом су утврђени називи појединих градова и опћина у Републици Српској није сукладан Уставу БиХ, остављен је рок законодавцу за усуглашавање ове неуставне одредбе. Након што законодавац није отклонио утврђене неуставности, Уставни суд БиХ је у рујну 2004. године донио одлуку о престанку важења неуставних одредби, али истодобно и утврдио привремено, док се не отклоне утврђене неуставности, нове називе градова и опћина. У овој одлуци Уставни суд БиХ је навео како има у виду чињеницу „настанка правне празнине престанком важења оспорених одредби, као и потребу за несметаним функционирањем града и опћина чији називи су одређени одредбама закона које су престале важити, потребу поштивања Опћег оквирног споразума за мир у БиХ и међуентитетског разграничења опћина“. Међутим, Уставни суд БиХ је посебице нагласио да „с обзиром на његову укупну уставну улогу објективног чувара Устава БиХ, у конкретном случају није преузео улогу законодавца“.

Иако похвална интенција законодавца у БиХ да извршење ових одлука осигура кроз казнено законодавство, препознајући на тај начин њихов непријепоран значај у заштити индивидуалних и друштвених добара и вриједности, уочава се да је овај механизам остао без значајнијег учинка на пољу извршења одлука Уставног суда БиХ и санкционирања особа одговорних за њихово извршење, укључујући ту и заступнике законодавне власти.

Закључила бих са сљедећим: Извршење одлука судова, па и Уставног суда БиХ, није само правно питање, него је и друштвено-политички проблем. Ауторитет и улога Суда овисе првенствено о спремности, не само релевантних државних органа, већ и цјелокупне друштвене заједнице да прихвати и проведе одлуке Суда. На овом питању се провјерава однос суда и заједнице и уопће морално-политичка страна, како уставности и законитости, тако и судских одлука.

Апстракт

У Босни и Херцеговини једини суд који је изричито споменут у Уставу БиХ јесте Уставни суд БиХ.

Уставни суд БиХ је самосталан државни орган који обавља функцију уставног судства у оквиру Уставом утврђених права и дужности, а конституиран је као суд који стоји изван састава редовитог судства и обављања редовите судске функције. Његова најважнија функција, у саставу тродиобе власти, јесте осигурати вршење законодавне власти сукладно и у границама Устава.

Уставни суд БиХ функцију осигуравања усуглашености правног састава с Уставом БиХ остварује првенствено апстрактном оцјеном уставности одредби ентитетских устава и закона, као и рјешавањем спорова различитих административно-територијалних разина власти и институција унутар државе. Закон и други прописи имају свој удио у потврди и даљем развоју увјета и могућности за остваривање људских права и темељних слобода, те оцјена уставности и законитости начелно јесте, и у низу случајева ће бити, и облик заштите индивидуалних слобода и права.

С друге стране, апелациона надлежност Уставног суда БиХ представља својеврсну новину у домаћем саставу уставног судовања, а подразумијева могућности преиспитивања судских одлука на темељу индивидуалне апелације уколико су повријеђена уставом загарантирана апелантова права и слободе. Апелација представља својеврстан изванредан правни лијек супсидијарног карактера, јер је допуштена само ако заштита помоћу редовитих правних лијекова остане без успјеха. Одлуке Уставног суда БиХ у појединачним споровима имају карактер пресуда, али и тада ти акти могу бити и шири од пресуде редовитог суда, те би се мјеродавни органи, а особито правосудни органи, у своме раду требали водити правним схваћањима израженим у њима.

Уставни суд БиХ, у националним оквирима, представља и врховни механизам заштите права из Еуропске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода, с обзиром на изравну инкорпорираност Конвенције у Устав БиХ.

У пракси Уставни суд БиХ се сусретао с низом сложених уставно-правних питања, а нека најзначајнија су: питање подјеле надлежности између институција БиХ, ентитета и других административних јединица у БиХ, надлежности Уставног суда у односу на међународне уговоре, питање односа државних и ентитетских закона, питање позитивних обвеза надлежних власти у односу на рјешавање одређених питања и другим сличним питањима.

Уставни суд БиХ је динамичним и еволутивним тумачењем Устава БиХ допринио досљедном гарантирању равноправности и конститутивности народа на цијелом територију БиХ, осигурању суверенитета, територијалног интегритета и међународног субјективитета државе и јачању правне сигурности и владавине права. У оквиру остваривања ових својих уставних надлежности Уставни суд БиХ је донио бројне одлуке и свака од њих има својеврсни значај.

За промицање владавине права у Босни и Херцеговини је врло битно даље развијање праксе Уставног суда БиХ. Да би Уставни суд БиХ и даље учинковито могао штитити људска права и темељне слободе, односно досљедно проводити начело владавине права, битно је да у његовим односима, према тијелима законодавне, извршне и судске

власти, буде и уставноправно и фактички осигурана његова организацијска и функционална неовисност и да сва тијела власти у Босни и Херцеговини проводе одлуке Уставног суда БиХ, и то без обзира на то какво интересно или вриједносно стајалиште имају о појединој одлуци. Само на тај начин, Уставни суд БиХ ће се моћи потпуно укључити у савремене еуропске, па и свјетске трендове уставносудске заштите и дати свој пуни допринос уставно-правном развоју Босне и Херцеговине и ефикасној заштити људских права.

У постојећим околностима, нужна би била и отворенија активна улога Уставног суда БиХ у уједначавању судске праксе како би се остварила правна сигурност и једнакост грађана БиХ пред законом.

Уставни суд БиХ, дакако, не треба бити само арбитар у сукобима о уставности, већ и активни носитељ њезинога остваривања, те и сам судјеловати у отклањању узрока и појава протууставности аката. У томе се смислу може размишљати о могућности да сам Суд покрене поступке (тзв. поступак *ex officio*), али и могућности давања иницијативе другим субјектима (тзв. *actio popularis*), какве су нпр. и данас предвиђене у Републици Србији и Републици Хрватској. На овај би се начин Уставни суд БиХ могао кретати и изван постављеног захтјева.

С обзиром на тренд повећања броја предмета, нужно је и позорно размотрити питање како пронаћи равнотежу између ефикасне заштите Уставом зајамчених људских права у појединачним (конкретним) случајевима, и омогућавања Уставном суду БиХ ефикасног обављања његове темељне уставне задаће.

Тренутачно стање у државама у транзицији, укључујући и БиХ, узроком је бројним проблемима с којима се органи уставне контроле тих земаља сусрећу. Један од најочитијих примјера јесте непоштивање одлука уставних судова.

Иако похвална интенција законодавца у БиХ да извршење ових одлука осигура кроз казнено законодавство, препознајући на тај начин њихов непријепоран значај у заштити индивидуалних и друштвених добара и вриједности, уочава се да је овај механизам остао без значајнијег учинка на пољу извршења одлука Уставног суда БиХ и санкционирања особа одговорних за њихово извршење, укључујући ту и заступнике законодавне власти.

Закључила бих са сљедећим: Извршење одлука судова, па и Уставног суда БиХ, није само правно питање, него је и друштвено-политички проблем. Ауторитет и улога Суда овисе првенствено о спремности, не само релевантних државних органа, већ и цјелокупне друштвене заједнице да прихвати и проведе одлуке Суда. На овом питању се провјерава однос суда и заједнице и уопће морално-политичка страна, како уставности и законитости, тако и судских одлука.

УЛОГА И ПЕРСПЕКТИВА УСТАВНОГ СУДСТВА

Дозволите ми најпре да захвалим организатору ове конференције на позиву да учествујем, као председник Уставног суда Републике Македоније, да све вас поздравим, у своје име и у име колега из Уставног суда Републике Македоније, да честитам 50. годишњицу Уставног суда Републике Србије, пожелим успешан рад и успешно суочавање са изазовима у предстојећем периоду, као и да искажем моје жеље за плодан и успешан рад ове конференције.

Конференција која је посвећена 50. годишњици функционисања Уставног суда Републике Србије на тему „Улога и перспектива уставног судства“, сматрам да је веома значајна, а тема увек актуелна. Ово и из разлога што су искуства и дугогодишње постојање потврдили да је уставна контрола дата у руке специјално надлежној институцији, као што су уставни судови, најчвршћи гарант и стуб постојања демократије, основа за континуирано кретање и унапређивање процеса остваривања и заштите људских слобода и права на принципу владавине права.

Педесетогодишње постојање вашег Суда довољан је период да се извуче позитивни закључак колико је била исправна одлука уставотворца о успостављању једног овако специфичног органа основаног искључиво у том циљу.

Поштоване колеге,

Ја ћу своје кратко обраћање посветити улози и значају уставних судова, посебно на овим просторима, и почети га речима једног познатог енглеског професора уставног права Алберта ван Дајсија: „право постоји тамо где постоје правни лекови“. Зато без постојања једног конзистентног система заштите, који ће обезбедити и гарантирати њихово остваривање и спречити могуће злоупотребе права и слобода, не само од стране других већ и од саме државне власти, права и слободе представљали би само голу декларацију која није у стању да произведе очекиване ефекте у изградњи демократске и грађанске државе. Или као што је записано у члану 16. Декларације о правима човека и грађанина од 1789. године: „Друштво нема устав, уколико није обезбеђена гаранција права и ако не постоји подела власти“.

Контролни механизми за заштиту људских права у Европској конвенцији заузимају већи простор и њима се даје већи значај него формулацијама самих права. Такав однос према контролним механизмима резултат је раширене свести у оквиру Савета Европе да је за право првенствено битна његова заштита, а не само његова декларација или постојање у одређеном друштву.

У уставноправним системима државе та протекционистичка улога поверена је већем броју субјеката, међу којима се уставни суд све више појављује као основна и најмаркантнија фигура која треба да обезбеди заштиту, као фундаментални критеријум у изградњи једне демократске, грађанске и правне државе. Отуда став да „увођење уставних судова означава крај ауторитарног режима и почетак нове демократије“ оправдава постојање уставног судства у свету и код нас.

Пут до данашњег општеприхваћеног уставног судства у свету није био нимало лак, негде мање, негде више. Постоји одређена бојазност да контрола уставности представља узнемирујући елеменат у моделу демократије која без властите демократске легитимације није спојива са принципом народног суверенитета. Међутим, супротно, да би се једна држава могла назвати демократском и правном није довољно само донети устав, већ је потребно обезбедити његово остваривање и контролу његове имплементације. Само на тај начин устав добија свој смисао и постаје права брана против самовоље и арбитрарности. Поштовањем устава обезбеђује се правна сигурност, стабилност система и гради се поверење у држави.

Исто тако, дугогодишња искуства у функционисању уставних судова у свету потврдила су неопходност њиховог постојања као специфичних, независних, самосталних органа. У свету је данас раширено мишљење да је то најефикаснији систем заштите уставности, из разлога што су изградња и одржавање демократије перманентни изазови који тражи пуну посвећеност, што није уопште лак задатак, и зато што централизована контрола уставности у једном органу, са једне стране, доводи до његове специјализације у том домену, а са друге стране, повећава правну сигурност због јединственог тумачења устава и закона.

Поштоване даме и господо,

Говорећи о улози и значају уставног судства на овим просторима не можемо а да не споменемо период од 1945. године до осамостаљења данашњих и независних република, тј. период бивше СФРЈ. Доношењем савезног и републичких устава 1963. године, тадашња СФРЈ је била прва социјалистичка земља која је у свој правни систем установила уставни суд. Мотив увођења уставног суда био је да осигура ефикаснију заштиту начела уставности. У периоду социјализма Уставни суд је утврдио темеље уставносудске праксе у земљи и у региону и уздигао своју независну позицију изнад политичких центара

моћи, иако се радило о једном затвореном централизованом политичком систему.

Међутим, у периоду после осамостаљења, уставни су се судови суочили с још једним великим изазовом – да учествују у изградњи и спровођењу једног новог правног система, тумачењем уставних норми. Уставни судови су одиграли значајну улогу у консолидовању демократије, успостављању владавине права и обезбеђивању правне сигурности, потврдивши значај уставносудске заштите. То није било нимало лако, имајући у виду да се један правни систем замењивао новим, да су се доносили нови закони и остали акти за операционализацију уставних норми. У изградњу правне државе били су укључени и државни органи и грађани.

Поштоване даме и господо,

Данас је очигледно да су сва значајна овлашћења која су поверена уставном суду била сасвим оправдана. Уставни суд штити устав и брани људске слободе и права. Постоји и још једна, не мање значајна функција уставног суда. Он је активно укључен у стварање и унапређивање правне основе државе. Позиција коју суд има у спровођењу његових одлука на мноштво начина се рефлектује на генералну еволуцију права у држави и придноси унапређењу правних стандарда друштва у целини.

Уставни суд у јавности мора да ужива репутацију значајног и ауторитативног органа. Разуме се, еволуција ове највише институције није била праволинијска. Познато је да је било више покушаја да се ова институција употреби као арена политичког обрачуна. Међутим, принципи независности и непристрасности у политици увек треба да побеђују.

И поред тога што смо данас већ изградили стабилне и савремене правне системе и корачамо сигурно на путу ка успешном функционисању правне државе, уставни суд не губи свој значај, већ се мора припремити за нове изазове, а то су задаци који произлазе из процеса европске интеграције. У условима хармонизације правног система државе с правом Европске уније, уставни суд треба своју пажњу да усмери према вредностима које штити европско право и начин на који се оне тумаче од стране Европског суда правде. У том правцу, размена искуства између уставних судова држава чланица Европске уније и држава које се припремају за интеграцију у европској фамилији, представља важну тековину чувара и тумача устава. Без уставног суда као гаранта уставности и законитости, устав би био само жеља без обавезујуће снаге.

Поштоване колегинице и колеге, драги пријатељи,

Говорећи о положају и улози уставног судства, не можемо а да не поменемо, бар на овим просторима, наша стална залагања за

самостално и независно деловање. Веома су значајне уставне гаранције институционалне независности уставног суда (као што су организациона, функционална, финансијска) и, свакако, уставне гаранције индивидуалне независности судија.

Још важнији су морални лик, свест и савест судија, као и њихове врлине да се усправе и да одоле свакојаким притисцима, да буду спремни да одбране независност, кад год је она неосновано атакована. Квалитет, истрајност и стручност одлука које суд доноси, свакако је један од метода и начина такве одбране.

Таквим функционисањем и радом уставног суда, независно од свакојаким притисака, стварају се реалне претпоставке да се устав поштује непосредно у практичној примени у свим областима друштвеног живота, са једне стране, а са друге стране, да доприноси већем поверењу грађана у сам суд.

Велики изазов за уставно судство јесу и нови трендови који су захватили уставне судове бивших југословенских република, и осталих земаља Источне Европе око питања увођења уставних жалби, односно надлежност уставних судова за заштиту слобода и права која су зајамчена Европском конвенцијом. Наиме, и поред тога што неке од држава већ имају ту надлежност, као и ми (иако у ограниченом обиму), имајући у виду досадашња искуства ових земаља и очекиване резултате, поставља се питање да ли је и колико увођење ове надлежности оправдано. Ово још више с обзиром на то да је јасно да је основна надлежност уставног судства контрола сагласности законских норми са уставом, чиме се на посредан начин стварају неопходни предуслови и плодно тле за развој правне државе чији су саставни део људска права и слободе.

На крају, хтео бих да нагласим и да поновим да се изазови и перспективе или, тачније речено, будућност уставне заштите на овим просторима морају сагледавати у њиховој интеграцији са земљама Европске уније и да се у том правцу праве напори за усаглашавање нормативе са европским правилима и стандардима.

У том правцу могуће су и веће промене унутрашњег правног поретка, у коме свакако људске слободе и права и њихова заштита неће остати по страни.

Да би се тај циљ остварио, потребан је већи степен организованости и конкретног функционисања права једне нове проширене Европе у којој ће свако од нас имати свој део одговорности за њен развој.

У овом периоду усаглашавања, уставни судови, неки од њих више а неки мање, налазе се пред тешком обавезом да заштите вредности утемељене уставом са европским правилима и стандардима, за шта су, понављам, неопходне додатне измене нормативе држава.

ОПШТИ ОСВРТ НА КОНТРОЛУ УСТАВНОСТИ СУДСКЕ ВЛАСТИ

I

Судска власт, најчешће опредељивана као „независна и самостална грана власти“, са својим институционалним надзором, задуго је била поштеђена контроле уставности.¹ У односу на непосредну уставну контролу правних норми, уставни надзор над актима (и радњама) редовних судова у принципу је „остајао по страни“, све дотле док је устав сматран основним актом о уређењу (ограничењу) политичке власти и највишим правним актом из којег извиру све друге правне норме. Такво поимање улоге устава имало је за последицу да редовни судови, приликом одлучивања у судским предметима (споровима), нису ни примењивали уставне одредбе. Исто тако, уставни судови, с обзиром на њихову ексклузивну функцију испитивања уставности правних норми и тиме опредељену надлежност, још мање су били у прилици да одлучују у предметима непосредно повезаним са правима појединаца, или пак да „интервенишу“ у судским процесима. Подсетимо да су уставни судови, чувајући супериорност устава у односу на све друге правне норме, с почетка делали преваходно као „негативни законодавци“. У суштини, ови судови су били ту да оцене да ли је један закон (или други пропис) у складу са уставом или не и да, с времена на време, реше евентуалне спорове о сукобу надлежности у сложено уређеним државама, или пак сукобе надлежности између појединих органа државне власти. Укратко, из изнетог следи да уставни судови (сем незнатних изузетака) и нису имали ближи контакт ни дијалог са редовним судовима, нити непосредан „додир“ са судским одлукама.

Доктрина о независности судске власти и апсолутној недодирљивости судских одлука од стране вансудских органа и тела столећима је

1) Постојање уставних судова у уставној литератури наводи се као једно од типичних обележја савременог европског конституционализма. Уставни суд данас постоји у скоро свим европским земаљама континенталног правног система (скандинавске земље, Естонија, Холандија и Грчка су у томе изузетак).

остајала нетакнута. Владала је и својеврсна догма о општем поверењу грађана у органе судске власти, нарочито у врховне – касационе судове (као најобразованије) чија је активност првенствено била усмерена на обезбеђивање владавине закона. Но, не треба посебно доказивати чињеницу да је и судска власт, као и свака друга власт, склона деловању мимо правних правила, те да одредбе устава и закона, саме по себи, нису довољне да „поставе и држе“ органе власти, па ни судске, у границама њихових уставних овлашћења, нити да их спрече у арбитрерној примени права. Делимо оно становиште које тврди да и кад носиоци било које власти, а то значи и судске „имају најбоље намјере и строго избјегавају злоупотребе, без надзора увијек су могуће погрешке, па и катастрофалне одлуке“ (B. Smerdel).

Развој уставне, демократске државе и ширење значаја устава као основног закона земље, чије су одредбе о људским правима утврђене као обавезујуће, а „поступци за позивање на та права постали оствариви“, довели су и до успостављања контроле делања судске власти, тј. до непосредног испитивања уставности судских одлука. У почетку прихватана врло рестриктивно, та контрола данас је постала једна од две основне функције уставног судства. У првом реду, она се остварује у поступку по „уставној жалби“, која се од земље до земље унеколико разликује: по свом називу (жалба, тужба, апраго, апелација, притужба, предлог и сл.), предмету заштите, облику, доступности, као и дејству одлука донетих по том правном средству. Уставна жалба, то изузетно правно средство, приближила је уставне судове судској власти и довела их у непосредни контакт и стални дијалог са судским одлукама. То се односи како на земље у којима је уведена пуна и далекосежна уставна жалба којом се могу штитити сва уставом зајамчена људска права и слободе (индивидуална и колективна), тако и на оне земље у којима се путем уставне жалбе пружа заштита само појединим правима и слободама које су експлицитно наведене у уставу.

С теоријске тачке гледишта, уставна контрола над судском влашћу и њено држање у границама устава као највишег права могли су се установити и шире реализовати тек након што је уместо начела (идеје) о независности и самосталности судске власти, начела законодавног позитивизма и инстанционе контроле (где суд вишег степена одлучује о законитости рада нижестепених судова), превагнуло начело (идеја) супрематичности и приоритета устава као основног закона, чије се одредбе непосредно примењују и штите, односно чувају и гарантују од стране посебног уставног органа.

Уставна пракса, скоро без изузетка, потврђује оправданост проширења непосредне уставне контроле и на акте судске власти. Индивидуална уставна жалба, одмах по свом увођењу, постала је веома

популарно правно средство.² Haberle констатује да су, са увођењем уставне жалбе, грађани у уставним судовима „заиста добили свој суд *par excellence*.“³ Задуго ексклузивно, уставно судство постало је „судство обичних људи“, којем се грађани непосредно обраћају „тужећи“ и највише судове у земљи, увек кад сматрају да су им појединачним актима и радњама судских органа повређена или ускраћена њихова, уставом зајамчена права. У знатном броју савремених европских земаља уставни судови су постали једна од најпривлачнијих државних институција за заштиту људских права, што за последицу има подношење изузетно великог броја поднесака насловљених као уставне жалбе.⁴ Таква пракса има своје добре стране, али носи и велики ризик, јер може озбиљно угрозити функционални капацитет уставних судова (поготово у земљама са неделотворном судском заштитом),⁵ претварајући их често у „судове дневне интервенције“.⁶

2) Тако је УС Немачке између 1951. и 2003. примио 141.203 уставне жалбе (J. Limbach, *On the role of the constitutional Court of Germany*, на сајту: www.festokyo.com/Limbachetext-e.htm). У периоду 2006–2013. пред УС Србије изјављено је око 38.000 уставних жалби, од чега више од 95% чине жалбе којима се оспоравају акти и радње судске власти. Слично се дешава и у пракси УС Хрватске, који је у периоду од 1991. до 30. јуна 2013. године примио близу 60.000 предмета означених као уставне тужбе. У периоду 1996–2013. УС БиХ поднето је више од 40.000 апелација.

3) P. Haberle, *Ustavna država*, Zagreb, 2002, 118.

4) Илустрације ради, према подацима који су нам били доступни, у току 2012. године УС Србије примио је 10.069 уставних жалби, УС Хрватске 5.980 уставних тужби, а УС БиХ 4.730 апелација.

5) Говорећи о „кризи“ уставносудске заштите у Словенији и њеном обемишљавању услед великог броја предмета, те залажући се за увођење „слободног избора предмета“ ради решавања најважнијих уставноправних питања, Ц. Рибичич (ранији подпредседник Суда), констатује да „право сваког да на крају може да се обрати и УС мало вреди, ако мора да чека неколико година“, или да се предмет завршава у разумном року, „али по правилу необразложеним одбацивањем“ (Ц. Рибичич, *Људска њрава и усїавна демократиїија*, Београд, 2012, 112–124). Указујући на то да је УС Хрватске у 2008. години решио више од 5.000 предмета, Ј. Омејец, председница Суда оцењује „да је то горња граница његовог функционалног капацитета уопште“ коју је тешко прећи, са трендом сталног повећања годишњег прилива предмета, „услед чега је хрватско уставно судовање недвојбено запало у слијепу улицу“..., „оно је у дубокој функционалној кризи“ (Ј. Омејец, *О potrebnim promjenama u структури hrvatskog ustavnog sudovanja*, *Hrvatsko ustavno sudovanje*, Zagreb, 2009, 44–45). Констатовано је да је и УС Србије такође загушен предметима по уставним жалбама и да му преги функционална криза (Б. Ненадић, *О јемсїивима независности усїавних судова*, Београд, 2012, 110–132). Слична ситуација је и у УС Босне и Херцеговине (Љ. Ожеговић, *Аїелациона надлежностї Усїавної суда Босне и Херцїеовине*, Бања Лука, 2013, 109–161).

6) Ако уставни суд свакодневно интервенише (што свакако чини ако у току једне године решава између 5.000 и 8.000 уставних жалби, попут уставних судова

За разлику од уставне контроле правних норми која се сматра општом карактеристиком европског модела уставног судства, за уставну контролу судских одлука, то се још увек не може устврдити. И међу државама које су прве у Европи увеле модерне уставне судове, ако се изузме Немачка, судска власт се у принципу није подвргавала непосредној уставној контроли. Тако, ни у земљи родоначелници модерног уставног судства – Аустрији, судске одлуке у принципу ни данас нису предмет непосредне уставносудске контроле.⁷ И у низу других европских држава са запаженом улогом уставног судства (Италија, Пољска, Мађарска, Русија и др.) непосредни уставни надзор зауставља се на капијама (границама) судске власти. Пред уставним судовима ових земаља не може се непосредно оспоравати појединачна судска одлука, већ се у поступку уставне контроле испитује и надзире закон *per se*, али не и његов начин примене у појединачном судском предмету.⁸

Судска власт, први пут је реално подвргнута непосредној контроли уставности пред Савезним уставним судом Немачке (пре шест деценија) у поступку по уставној жалби као супсидијарном правном средству за заштиту основних људских права. Од тада су, своју улогу и положај у домену контроле уставности судске власти,⁹ европски

БиХ, Хрватске, Србије), па макар то чинио у најбољој вери и квалитетније од других, такво делање објективно ствара услове да уставни суд постане жртва сопственог активизма. Стиче се утисак не само о огромном броју предмета пред институцијом каква је уставни суд већ и о опседнутости појединих судова статистиком примљених и решених предмета.

7) Подсећамо, да оснивач европског модерног уставног судства Х. Келзен није био присталица ширења надлежности уставног суда у домен непосредне заштите људских права. За њега су та права представљала „природно право“, те је упозоравао да би у свом настојању да открију и одреде садржај ових права „уставне [би] судије заправо постале свемогући надзаконодавци“ (*La garantie juridictionnelle de la constitution*, 44, R. D. P. 197, 1928). Заговорници ширења уставног надзора тврдили су да одредбе о људским правима не би имале потпуну заштиту када не би постојао уставносудски надзор и индивидуална уставна жалба, те да управо делатношћу уставних судова, којима је поверена заштита уставне декларације основних људских слобода и права, одредбе устава престају да буду „пуке филозофске прокламације“ (Cappelletti). Упореди и L. Favoreau, *La Politique saisie, par le droit*, Paris, 1988, 15–73 и *La Legitimite du juge Constitutionnel*, 2 Revue internationale de droit comparatif, 1994, 557.

8) О томе G. Zagrebelsky, *La Giustizia costituzionale*, Mulino, 1988, 156; A. Pizzaruso, *Presentation de la Cour Constitutionnelle Italienne*, 6 Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, 31, 1998; L. Garlicki, *Vingt Ans du Tribunal Constitutionnel Polonais*, Presses univ. Aix – Marseille, 2006; L. G. Halmi, *The Hungarian Approach to Constitutional Review. The End of Activism?*, W. Kluwer, 2002, 204–207 и Т. Маринковић, „Интерпретативне одлуке уставних судова“, *Уставни суд Србије – у сусрећу новом Уставу*, Београд, 2004, 248–250.

9) Мада су устави југословенске федерације и њених држава чланица (најпре они из 1963, а потом уставни акти савезне државе донети 1992. и 2003) предвиђали могућност обраћања грађана уставном суду (пре свега савезном), ради заштите уставом

уставни судови јачали постепено, како у погледу судских аката и радњи који су подложни уставном надзору, тако и у погледу овлашћења уставног суда у његовом вршењу. Данас су у Европи бројне земље (попут Шпаније, Чешке, Словачке, Босне и Херцеговине, Хрватске, Словеније, Србије, Црне Горе и др.) које су непосредну уставносудску контролу прошириле и на домен судске власти, по угледу на искуство немачког Уставног суда. Вршење ове функције, по правилу, стављено је у исти ниво са изворном функцијом уставних судова – контролом уставности правних норми, с тим што је у пракси, поступање по уставним жалбама врло брзо постала доминантна уставносудска надлежност. Ваља имати на уму и да је постојање Европског суда за људска права, као својеврсног наднационалног уставног суда, са своје стране допринело да се уставно право, а тиме и уставно судство, на националном нивоу почне нагло уздизати на положај једне од најзначајнијих области права, а уставни надзор над судском влашћу на ниво изузетно важне области правне (и друштвене) делатности.

Дакле, најопштији осврт на уставна решења и уставну праксу савремених европских држава, показује да је улога уставних судова, у вршењу уставног надзора, „нарасла далеко изнад Келзеновог очекивања“ (А. La Pargola). С правом се може констатовати да је концепција уставног надзора у овим земљама израз остварења идеје да се вршење укупне државне (јавне) власти подреди уставу. Другим речима, постојање уставног суда, као посебног уставног органа, са овлашћењем да испитује уставност аката свих органа државне власти без изузетка, те да из правног поретка отклони неуставне акте (а у појединим случајевима и радње), „омогућује оживотворење начела да је сва власт подређена праву“, с једне стране, док с друге, јемчи „да је целокупно право у складу са уставом“ (L. Guerra). Уставним судовањем жели се у ствари, правним средствима, осигурати да вршење свих државних функција, а тиме и судске – буде у складу са уставом.¹⁰

II

Установљење непосредне уставне контроле судске власти, подстакло је опсежне расправе о природи те контроле и њеном домету, те о утицају уставног надзора на судске процесе уопште, посебно у земљама у којима је уведена пуна уставна жалба. Предметом нарочите пажње постала су питања везана за односе уставних судова и врховних

зајамчених људских права – путем предлога, односно (уставне) жалбе – та правна средства била су у суштини више уставна декорација, него реално правно средство.

10) Видети I. Krbeek, *Ustavno sudovanje*, Zagreb, 1962, 6–7.

(касационих) судова, који су најчешће уставом одређени као „највиши судови у земљи“ (у чијој је надлежности већ традиционално заштита права и правних интереса грађана). Наравно, успостављање уставне контроле судске власти и „увођење“ уставног суда у област непосредне заштите људских слобода и права, у значајној мери је изменило полазну идеју поделе функција између уставног суда као „негативног законодавца“ и редовних судова као носилаца независне судске власти, те наметнуло потребу да уставни суд „нађе своје место у тој области“. То је дакле захтевало да у односу на судску власт и њен челни орган – врховни (касациони) суд, буде опредељен домет уставносудске контроле, тј. да се ближе одреди уставноправна граница делања уставног суда, као и његова овлашћења у вршењу контроле уставности судских одлука.¹¹

Због обима овог рада, нисмо у прилици да се осврћемо на све важније аспекте односа и веза уставног суда и редовних судова, нити пак да указујемо на бројна питања која су се испољавала у вршењу контроле уставности аката и радњи судске власти. Међутим, опште је запажање у упоредном праву да је остваривање ове функције већ на самом почетку довело до напетости у односима ових органа, а посебно уставног и врховног (касационог) суда. Та почетна напетост, последица је добрим делом чињенице да врховни судови, као највиши судови у држави, нису били навикнути на било какву правну контролу свог рада, али ни на непосредну примену одредаба устава. Разматрајући те отпоре и тензије Р. Passaglia констатује да су „судије чије одлуке може поништити орган који се налази ван судске хијерархије природно обазривије када је реч о својим надлежностима“, те да стога „чим им се укаже прилика настоје да истакну своју власт, опирајући се сваком наметању“.¹² Плодно тло за сталне расправе и спорења између уставних судова и органа судске власти, лежи и у чињеници да текстови устава¹³ и закона, по правилу, не садрже решења којима би се ближе одређивао домет (и границе) уставне контроле, као ни решења о овлашћењу

11) Видети L. Garlicki, *Constitutional Courts versus Supreme Courts*, International Journal of Constitutional Law, 1, 2007, 45 и даље.

12) Р. Passaglia „*La réception des décisions des juridictions constitutionnelles par les pouvoirs constitués*“, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXVII, 2012, 634. О томе опширно код: L. Garlicki, *н. г.*, 44–68; М. Лазарова Трајковска, „Улога уставног суда у заштити људских права, право на уставну жалбу“, реферат на Конференцији Уставног суда, Београд, 25. септембар 2009. и Б. Ненадић, „О неким аспектима односа уставних и редовних судова“, *Улога и значај уставног суда у очувању владавине љубави*, Београд, 2013, 71 и даље.

13) Увидом у уставне текстове може се закључити да је овај облик контроле поднормиран и, по правилу, препуштен законодавном обликовању. Тако нпр. само по једну одредбу посвећену овој контроли имају Устав Србије (члан 170) и Устав Хрватске (члан 128).

уставног суда у испитивању уставности судских одлука. Стога, од самог почетка до данас, правна струка упорно трага за поузданијим критеријумима и основима за разграничење функције уставног надзора и функције суђења (тј. вршења судске власти).¹⁴ И сами судови тежили су изналагању одређених образаца, односно правила и критеријума за утврђивање „допустивог домета“ овог облика уставносудског надзора. Илустративна су тако правила (конвенције) и формуле настале у теорији и пракси европских уставних судова, као што су: концепт специфичног (уставног) права и обичног (законског) права; поступање у четири корака; Хекова и Шуманова формула; предлог да уставни суд утврђује само начела, а да редовним судовима треба препустити да у оквиру тих начела изнађу правила која одговарају решавању конкретног случаја; правило да уставни суд своје одлуке, у принципу, треба да заснива на чињеницама и на тумачењу закона [правним схватањима] утврђеним од стране највишег редовног суда, односно на оном што је дао *iudex a quo*,¹⁵ те да уставни суд поступа у складу са тзв. *клаузулом да, осим...* (сходно којој ће другачије поступати *само изузетно* – нпр. *ако* је реч о арбитарном, самовољном или уставно неприхватљивом поступању редовних судова) и слично.

III

Упућивање на конкретни уставни надзор једне судске одлуке јесте процес у којем уставни суд у посебном поступку врши „преглед“ оспорене судске одлуке са становишта њене сагласности са одредбама устава о људским правима и слободама. Да ли ће правноснажне судске одлуке „издржати“ тај надзор или неће, последњу реч има уставни суд, ако се изузме контрола наднационалних (међународних и регионалних) институција у домену заштите основних људских права.¹⁶

14) Уставни судови су прихватили поједине од тих предлога, али у литератури стоји оцена да се ниједан од њих није успео доследно спровести у пракси. О наведеном опширније код: J. C. Beguin, *Le Controle de la constitutionnalite des lois en RFA*, Paris, 1982, 185–191; S. Rodin, „Osnovni parametri reforme Ustavnog zakona o Ustavnom sudu“, *Zbornik pravnog fakulteta, Zagreb*, 6/1998, 652–653; Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова*, Београд, 2012, 70.

15) R. Jaeger i 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, 23, 28–29.

16) О односу Европског суда за људска права и националних уставних судова вид. Д. Поповић, *Европски суд за људска права*, Београд, 2008, 117 и Ж. Потоћњак, „Европски суд за људска права и Уставни суд Републике Хрватске у заштити људских права“, *Хрватско уставно судовање*, 209. и даље.

Ширењем уставносудског надзора и у односу на судску власт створено је ново окружење за деловање ове гране власти уопште. Ни највиши судови не могу више поуздано да рачунају да се поступак заштите права, односно судски спор, дефинитивно окончава доношењем њихове одлуке, јер се на судски процес (упркос правноснажности и коначности судских одлука), може наставити поступак испитивања уставности тих одлука, у првом реду зарад заштите људских права пред уставним судом¹⁷ (најчешће по индивидуалној уставној жалби, али и по другим правним средствима).¹⁸

Уопштавајући искуство уставних судова у вршењу надзора над судском влашћу може се закључити да се уставни судови не задржавају само на простој оцени уставности судских одлука, односно на одбијању или усвајању уставне жалбе и једноставној констатацији повреде уставног права конкретном судском одлуком или радњом. Поред тога, уставни судови: (1) поништавају (укидају, касирају) одлуке редовних судова које су противне уставу;¹⁹ (2) налажу надлежном суду да у одређеном року „реотвори предмет“ и донесе корективну одлуку; (3) утврђују право на накнаду штете, као и висину нематеријалне и материјалне штете због учињене повреде или ускраћивања уставног права, а посебно у случају повреде права на суђење у разумном року – што је нпр. случај у Србији и Црној Гори, а раније и у Хрватској. Надаље, поједини уставни судови су овлашћени и да у одређеним случајевима: (1) доносе привремене мере којима се обуставља извршење оспорене правноснажне (и/или извршне) судске одлуке – до доношења коначне одлуке о њеној уставности; (2) обавезују надлежни суд да донесе нову одлуку у складу са његовим оценама и ставовима; (3) одређују начин извршења своје одлуке; (4) покрећу *ex officio* поступак (инцидентне) контроле уставности закона који је редовни суд применио у доношењу контролисане судске одлуке и друго.

17) Упоредити А. S. Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford Uni. Press 2000, 209 и даље.

18) Видети М. Пајванчић, *Уставна заштитна људских права*, Нови Сад, 2001, 71, 92–97.

19) Уставни суд се у овој ситуацији, Келзеновим речником речено, јавља као „негативни судија“ који елиминише из правног поретка неуставни акт или радњу судске власти (са сличним дејством као да то чини инстанциони, касациони суд). Утврђујућа одлука уставног суда има за последицу престанак правне важности неуставних пресуда редовних судова, али и реотварање судског поступка пред надлежним судом и доношење корективне одлуке. Уставни суд често „попут скретничара“ како је говорио L. Favoreau, овог пута упућује судове на делање и поступање сагласно уставу, односно на поштовање и примену устава. Упоредити S. Rodin, „Kontrola ustavnosti i dioba vlasti“, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2/1996, 175–177. и Б. Ненадић, *О неким аспектима односа уставних и редовних судова*, 96–104.

Када је у питању уставни надзор над судском влашћу, уставни судови нису одређени као органи који врше контролу попут редовних инстанционих судова, нити контролишу законитост и правилност рада судова, већ они то чине као чувари (гаранти) устава и „депозитари основних уставом зајамчених вредности“ (В. Становчић). Као генерално полазиште у остваривању уставног надзора у односу на судску власт, стоји становиште да уставни судови не контролишу да ли су редовни судови „правилно поступали“ приликом утврђивања чињеничног стања и примене процесног или материјалног права,²⁰ већ само да ли су „поштовали уставне оквире“ које не сме да прекорачи ни независна судска власт, ни слободно судијско уверење...²¹ Кад врши уставни надзор, уставни суд у принципу не решава судске спорове у меритуму уместо надлежних органа,²² већ се у поступку уставне контроле тражи одговор на питање, да ли се судска власт у вршењу својих функција

20) Тако УС Србије (а слично чине и уставни судови у БиХ, Црној Гори, Хрватској и Словенији) у својим одлукама констатује: „да у његову надлежност не спада оцена правилности одлука редовних судова“; „да је надлежност виших судова да у законом прописаном поступку контроле законитости одлука нижестепених судова цене правилну примену материјалног и процесног права“; „да његова надлежност није да одлучује у споровима о [...] примени закона“; „да његова овлашћења не подразумевају овлашћења каква има суд“, нити поседује „општу моћ инстанционог пресуђивања какву имају судови“; да није надлежан да „након и уместо надлежних судова, или других државних органа, спроводи поступак и решава спорне односе“, већ само „да испитује да ли су надлежни судови одлукама које су донели и радњама које су предузели подносиоцу жалбе повредили или ускратили уставно право или слободу и да утврди да ли се наводи уставне жалбе заснивају на уставноправним разлозима којима са становишта уставом утврђене садржине означеног уставног права, поткрепљују тврдњу о његовој повреди или ускраћивању“; да је „једино надлежан да испитује постојање повреда или ускраћивања уставом зајамчених права и слобода“, а „да није надлежан да, као инстанциони (виши) суд још једном испитује законитост оспорених аката и радњи“; „да питање начина на који се доказни поступак спроводи од стране редовних судова, као и питање прихватљивости и оцене доказа није у надлежности уставног суда, већ редовних судова“ и др. О томе В. Nenadić, К. Manojlović Andrić, „Sprovođenje postupka po ustavnoj žalbi i mere za njenu efikasnu primenu“, *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, 122. и даље; С. Ribičić, *н. г.*; К. Манојловић Андрић, „Поступање и облик испитивања уставне жалбе“, *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права*, 169. и даље; Д. Ljubić, „Granice ustavnog sudovanja iniciranog ustavnom tužbom“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2013, 159. и даље. Љ. Ожеговић, *н. г.* 173–180.

21) Упореди Н. Ј. Papier, „Pravna država i ustavno sudstvo“, *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, 32 и даље. Видети и Б. Кошутић, „Границе уставног суда у остваривању владавине права“, *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права*, 33 и д.

22) У Одлуци УС Србије ПУз-97/2012 стоји „да право законодавног органа да исправи своју 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 правосуђе може, уместо суда, да коначно решава конкретне спорове и преузима његову надлежност“.

кретала у оквиру устава, те да ли су актима и радњама судске власти повређена или ускраћена основна људска права.

И док уставни судови у принципу наглашавају да у оцени уставности судских одлука не делују као „суперревизиона власт“, нити као „инстанциони судови“, теорија указује да је у пракси њихов надзор далекосежан. Констатује се да кад уставни судови разматрају уставне жалбе, да се има утисак, да је зона „њихове дискреције неуобичајено велика“, односно да уставни судови имају „широко поље и широку слободу деловања“ при вршењу уставног надзора над судском влашћу. Казано речима А. S. Sweeta, понекад се чини „да је на неким местима и у неким доменима слобода коју ужива уставни суд готово неограничена“. У прилог ове тврдње у литератури се даље наводи да уставни судови тако цене: да ли је „судска примена права уставноправно прихватљива“, односно „произвољна“; да ли је „судско утврђивање чињеничног стања и његова процена арбитрарна“; да ли је „судски поступак у целини био правичан“ и сл. Примећује се и да уставни судови релативно често поништавају (укидају) контролисане судске одлуке (посебно у земљама нове демократије), пошто претходно „добро рашчивијају поступање редовних судова“, док је мање видна њихова функција „усмеравања судске власти“, односно „подстицања и позивања редовних судова да сами примене одредбе устава, односно да својим тумачењем усклађују законску норму са уставном“, тј. да „приликом примене закона, закон тумаче и дају му управо онај смисао који одговара уставу“. Посебно се указује, да је до нарочито видне напетости у односима уставних и редовних судова дошло оног момента када су уставни судови започели са техником доношења тзв. интерпретативних одлука уместо одлука о неуставности, тј. када су уставни судови широко кренули са праксом тумачења законског права (доводећи га тако у склад са уставом) и утврђивањем „правог значења“ уставних и законских одредаба.²³ До спора је по правилу увек долазило када се значење законског права утврђеног од стране уставног суда разликовало од оног које су утврђивали врховни судови.²⁴ Надаље, та тензија је додатно подстакнута са

23) Функција тумачења устава чини уставни суд изузетно важним уставним органом, јер је он тај који је овлашћен да „чита“ устав и коначно каже „шта устав говори“. По узору на америчку теорију која је указивала да је „Устав оно што каже девет старих центлмена у Врховном суду САД“, немачка теорија је такође констатовала да „Основни закон важи практично тако како га протумачи Савезни уставни суд“ (R. Smend). Ц. Рибичич записује да „устав није оно што су изгласали посланици, већ оно што у њему данас прочитају уставне судије“. Видети о томе и код Б. Кошутић, *н.г.*, 48–49.

24) Уставни судови су очекивали да њихова тумачења и становишта почну да следе сви државни органи, па и врховни судови, али су се врховни судови често позивали на своје традиционално овлашћење тумачења закона, а редовни судови су по правилу били лојални својој највишој судској инстанци и њеним тумачењима.

доношењем одлука по уставним жалбама у којима су уставни судови стали на становиште „да је погрешно тумачење уставних и законских одредби учињено од стране редовних судова, постало уставно питање“, односно кад је „грешка у тумачењу права, као и повреда процесних јемстава правичног суђења“, попримила уставноправну димензију.²⁵

Неспорно је да су творци устава желели постићи да се уставним надзором и судска власт држи у границама устава, односно да се одредбе устава о људских правима посебно (додатно и специјално) чувају и од повреда које им могу учинити судови. Али исто тако, стоји чињеница да уставном суду у вршењу уставног надзора није дата неограничена слобода у погледу „преиспитивања уставности судских одлука“, а посебно њихове „правилности и правичности“.²⁶ Отуда је јако важно, да у сваком конкретном предмету бива видно да ли је делање уставног суда усмерено ка очувању основних уставних вредности (као што су људска права) и упућивању судова као надлежних органа на пут устава,

25) J. C. Beguin, *Le Controle de la constitutionnalite des lois en RFA*, Economica, Paris, 1982. 185–191. Видети и ставове изражене у новијим одлукама Савезног уставног суда Немачке BVerfGE 65. 317 (322) и BVerfGE 30, 173 (188), *Избране одлуке немачкој Савезној уставној суда*, KAS, Београд, 2010, 316 и Б. Ненадић, *н. г.*, 93–98.

26) У теорији се указује на то да уставни судови често поступају и као чисти инстанциони судови, утврђујући повреде закона на начин својствен редовном судству, подводећи притом повреду материјалног (законског) права под повреду уставног права. Ове оцене се најчешће вежу за ситуације у којима уставни судови касирају одлуке редовних судова, јер су у поступку уставног надзора утврдили: „да је суд арбитрарно тумачио закон“ или да је „применио конкретни закон на неуставан начин“, или је „погрешно интерпретирао садржај неког права“, или „услед уставноправно неприхvatљиве интерпретације садржаја меродавног материјалног права учињеног од стране редовних судова“, или када утврди да је „повреда закона учињена, на тако груб начин да је његова примена у супротности са циљем и сврхом због којег је закон донесен“, или када је примењен закон „који очигледно није требало применити“, или кад оцени да је судско тумачење закона у конкретном случају „довело до резултата којег ни законодавац у вршењу своје функције не би био овлашћен прописати“, или да се „оспорена пресуда темељи на нестручном расуђивању услед чега се на груб начин повређују начела једнакости и праведности“ и др. Наведене повреде се према устаљеној пракси уставних судова Србије, Хрватске, Црне Горе и БиХ утврђују као „повреда уставног начела једнакости“, односно „права на правично суђење“ или на „једнаку заштиту права“. Надаље, увидом у поједине одлуке наведених уставних судова, па и УС Немачке (BVerfGE 18, 85), може се закључити да су уставни судови делали, тј. утврђивали да „појединачна одлука нема упориште у меродавном пропису“; „да је одлучивање у спорној одлуци извршено на основу очите и грубе грешке у избору меродавног права“; да је судска одлука „донета у супротности са уобичајеном судском праксом редовних судова“, а „лишена је било којег објективног и разумног упоришта и разборитог образложења“. Такве судске одлуке су касиране јер су по оцени ових судова излазиле изван уставних стандарда „правичног суђења“. Видети опширније код D. Ljubić, *op. cit.*, 159–176. и K. Манојловић Андрић, *н. г.*, 161. и даље

или је уставни суд својим делањем „заменио“ органе судске власти у вршењу њихових примарних надлежности одређених уставом.²⁷ Будући, да ова последња могућност реално постоји, те да су одлуке уставних судова општеобавезне и коначне, стално је отворено питање шта чинити у ситуацији кад уставни судови пређу у домен суђења (без обзира на то што таква поступања уставних судова могу бити само изузетна и што тиме уставни судови често пружају заштиту коју је требало да пруже редовни судови).²⁸ Доктрина, која се исказује кроз коментаре праксе уставних судова, ову брану садржински одређује као обавезу суда да се самоограничава (И. Крбек, Ј. Ђорђевић), тј. да „скрупулозно пази да остане у оквиру своје функције“ (М. Шуковић), те да је уставни суд тај који мора доследно да поштује основну премису начела поделе функција „свако у својој надлежности“.²⁹

IV

Полазећи од уставом утврђене улоге и надлежности уставних судова, питање домета њихове функције и овлашћења у вршењу уставног надзора и над одлукама судске власти, на општем нивоу, чинило се јасним и довољним. Закључивало се да из устава (и закона) *prima facie* јасно следи да је решавање предмета (спорова) из уставних

27) О овим појавама у упоредном уставном судству опширније А. S. Sweet, *н. г.*, 93–116, 147–172, 173–208; М. Davis, *The Law Politics Distinction, The French Conseil Constitutionnel, And The US. Supreme Court*, 34. *AM. J. Comp. L.* 45, 1968; L. Garlicki, *н. г.*; А. Ваčić, „Ustavne promjene i dileme konstitucionalizma“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, 4/2009. и С. Ribičić, *н. г.*

28) У бројним одлукама уставних судова, видан је њихов ентузијазам да се до краја заштити право сваког лица на „закониту“, „правичну“ одлуку и да се обезбеди „једнако поступање редовних судова“, односно „једнака примена права“. У почетку је оваква пракса имала добрих страна, али она истовремено носи велики ризик да се пређу границе овлашћења уставног суда и да се доведе у питање уставом успостављен однос уставног суда и врховног (касационог) суда и поремети њихова уставна надлежност. Видети и код D. Krapac, „Pretpostavke za pokretanje i vođenje ustavnosudskog postupka zaštite individualnih ustavnih prava i sloboda“, *Hrvatsko ustavno sudovanje*, 179 и даље.

29) Уставне судије су често у дилеми шта чинити у тзв. деликатним ситуацијама – заштитити право грађана делујући као касациони (инстанциони) суд – прелазећи тиме у домен судске власти која је пропустила да заштити ускраћено или повређено право (спречавајући тако и „узнемиравање“ државе пред међународним институцијама), или се огласити ненадлежним, чувајући строго принцип поделе функција и не залажења у домен судске гране власти, те тако „толерисати повреду законског права“ учињену од стране судске власти и довести незадовољне грађане у ситуацију да заштиту потраже пред међународним институцијама. Вид. о томе код D. Krapac, *н. г.*, 178–191 и С. Ribičić, *н. г.*, 113 и 114; Б. Ненадић, *н. г.* и К. Манојловић Андрић, *н. г.*, 178.

области ствар уставног суда, док је решавање свих осталих спорова у којима „има примене закона и других прописа“ по природи ствари надлежност редовних судова. Међутим, не треба бити сувише упућен у деловање уставног и редовног судства да би се закључило да је уставноправна реалност посве другачија и много сложенија.

Опште је запажање да су све европске земље које су уве- ле било какав облик уставног надзора судске власти, у мањој или већој мери, у пракси осетиле различите врсте конфликта између уставног суда и врховног суда. И у теорији је оцењено да, чак ни из нормативне перспективе није било лако одредити домет уставне контроле (надзора) судске власти, односно извршити „деобу“ овлашћења између уставних судова и редовних судова у заштити људских права.³⁰ Временом је у уставној пракси сваке од земаља, помоћу правне доктрине, изграђиван *modus vivendi* између уставних судова и врховних (касационих) судова (односно судске власти у целини), с тим што није увек било једноставно доћи до решења одређених конфликта и смањења напетости у односима ових органа. У Белгији и Шпанији се једно време говорило о рату судова,³¹ односно побуни судија, или пак о „кризи система“ у Чешкој³² и Црној

30) Проблеми у односима уставних судова и врховних судова су често последица и системских проблема, јер надлежности ових органа нису утврђене сагласно њиховој уставној улози. То је посебно изражено у оним земљама које су у намери да реше неделотворност и неефикасност правосуђа (и других институција) под уставни спор „подводиле“ и оно што у суштини није уставни спор. Уз то, законска решења у појединим системима (Хрватској, Србији) нису омогућавала највишем редовном суду у земљи да, у складу са својом основном улогом, „уједначи судску праксу“ или да обезбеди „јединствену примену закона“, „једнакост странака у судском поступку“, односно „једнаку заштиту права“ пред редовним судовима на целој територији земље, као ни ефикасност суђења пред нижестепеним судовима. Тај задатак фактички је преваљиван на уставни суд, чиме се знатно ремети уставна улога ових органа. У том смислу видети и различите одлуке УС Хрватске UI-1569/2004 и УС Србије IУ-2/2010 о тзв. вредносном цензусу за изјављивање ревизије и његовом утицају на однос врховних и уставних судова. Видети опширније Б. Ненадић, *н. г.*, 104–109. и D. Крарас, *н. г.*, 177–178.

31) О ривалству ових судова говори и L. Turano, „Quis Custodiet Ipsos Custodes?: The struggle for jurisdiction between the Tribunal Constitucional and the Tribunal Supremo“, *International Journal of Constitutional Law*, 4, 2006, 151–162.

32) L. Garlicki, *н. г.*, 60. Стоји забележено да је чешко редовно судство дуго негирало обавезујући карактер одлука Уставног суда (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/wccl/ponencias/16/281>, 4–7), те да се питање обавезујуће снаге одлука (преседана) Уставног суда „претворило у већу кризу система“, јер се Врховни суд „отворено побунио“ против Уставног суда. Но, истовремено стоји и оцена да је Устави суд био упоран и доследан у поништавању неуставних одлука редовних судова (Z. Kuhn, „Making Constitutionalism Horizontal: Three Different

Гори³³ и сл. У неким земљама, међу којима су Србија³⁴ и Хрватска,³⁵ још увек постоји, како се то у уставној литератури констатује, „плодно тло“ за спорење ових органа. Општи је став да се *modus vivendi* између Савезног уставног суда Немачке и врховних судова (њих пет специјализованих) у вршењу судског надзора чини мирнијим и предвидљивијим него у било којој другој земљи. За положај овог суда, који се сматра „уставним судом за углед“, од посебне важности је било уставно решење о непосредном уставном надзору судске власти, односно боље речено решење по коме су повреде уставом зајамчених права „постале непосредно утуживе“ и по коме појединци могу уложити уставну жалбу против коначних пресуда било ког од пет врховних судова. Но, тајна успеха немачког Уставног суда не лежи само у уставним (и законским) решењима, већ и у чињеници да је овај суд развијајући концепт непосредне примене Основног закона, у пракси деловао тако да „не држи монопол над његовом применом и тумачењем“, већ да делује као „координатор у том поступку“ (G. Robbers), који има последњу реч и у случају оспоравања уставности аката судске власти.³⁶

Правне дебате о прихватљивим границама уставног надзора над редовним судством (које се воде и кроз судске одлуке) и данас

Central European Strategies, *The Constitution in Private Relations, Expanding Constitutionalism*, Eleven International, 2005, 223–225). Видети такође W. Sadurski, *Rights Before Courts, A Study of Constitutional Courts in postcommunist states of Central and Eastern Europe*, Spinger, 2005, 21–23.

33) У том смислу је и изјава председнице Врховног суда V. Medenice „Ustavni sud ne može biti iznad Vrhovnog suda“, *Pobjeda*, 23. фебруар 2012. године.

34) И Врховни суд Србије се изричито противио могућности УС да врши контролу над одлукама редовних судова, да би потом наставио спорити његово касаторно овлашћење. Врховни, а потом и Врховни касациони суд закључивали су „да је такво поступање УС супротно чл. 143. и 145. Устава, по коме судске одлуке могу да преиспитају само судови, у зато прописаном поступку, те да УС није овлашћен да поништава одлуке редовних судова“ (на сајту: www.vk.sud.rs). Решавање овог спора пребачено је на законодавни терен, па је изменама Закона о Уставном суду (2011) дошло до „изузимања судских одлука од могућности поништавања. Међутим, Уставни суд је *ex officio* покренуо поступак и донео одлуку о неуставности овог законског решења (ИУз-97/2012). Опширније Б. Ненадић, *н. г.*, 98–100.

35) У Хрватској уставној теорији наилазимо на оцене о „хроничном неспоразуму“ Уставног и Врховног суда (А. Ваџић, Р. Ваџић, *Ustavna demokracija i sudovi*, Split, 2009, 70–71) и о основном проблему тог неспоразума, који се огледа у томе што Уставни суд „има право оцјењивати уставност аката судске власти“ (S. Rodin, *н. г.*, 561–562).

36) Савезни уставни суд Немачке извештава да је опште правило да сви судови, укључујући и врховне, генерално (и скоро без изузетка) следе његове одлуке. Спорадично, нижи судови одступају од јуриспруденције УС, међутим таква одступања су „изоловани случајеви који се исправљају у поступку доношења одлука по уставним жалбама“. R. Jaeger i S. Bross, *н. г.*

су веома живе, а понекад бивају и врло жучне. У „циљу смиривања ситуације“ између уставног суда и врховног (касационог) суда у појединим земљама интервенисао је и парламент,³⁷ а кад је то било нужно, и уставотворац.³⁸ Но, искуство показује да међусобни однос врховног и уставног суда увелико зависи и од „добре воље обеју страна“, и од њихове заједничке спремности да избегавају сукобе, односно да евентуалне неспоразуме решавају у непосредном дијалогу и сарадњи (L. Garlicki). Дакле, није „никаква новина“ да с времена на време избијају тензије и спорови између уставних и врховних судова. Скоро да нема земље у којој су појединачни конфликти између уставног суда и судова избегнути до краја, па ни у земљама са неспорним ауторитетом уставних судова.³⁹ Такође, упоредна пракса говори да нема готових образаца коегзистенције у односима између уставних судова и редовних судова, који могу у потпуности решити спорове и тензије који настају између ових органа. Стога се постојање тензије међу наведеним судовима, односно постојање разлика у њиховим ставовима, у суштини не сматра стањем које је неспојиво са уставносудским надзором, нити са независном судском власти у демократским правним државама. Али, кад ти конфликти постану хронични, са евидентним инцидентима или кад прерасту и развију се у тзв. рат судова, односно побуну судија, тада се та стања сматрају девијацијом која се мора превазилазити. Она често тражи интервенцију законодавца, па и самог уставотворца (тако што ће се јасно уредити питање о којем се ови судови разилазе), како предмети не би „попут уклетог Низоземца, вјечно путовали између врховног и уставног суда“.⁴⁰

V

Уставна контрола судске власти показала је у пракси неколико посебно важних и значајних аспеката:

37) Примера ради у Србији су се УС и ВКС дуго спорили о праву на жалбу на решење апелационог суда о недозвољености изузетне ревизије (Уж-2233/2011). Овај спор је на крају ипак решио законодавац, изричито утврђујући у закону право жалбе на поменутоу одлуку апелационог суда.

38) Тако је Хрватски сабор, изменама Уставног закона о Уставном суду, утврдио да су при доношењу новог акта надлежна судска или управна и друга тела „обавезни поштовати правна стајалишта УС изражена у одлуци којом се укида акт којим је повријеђено уставно право подносиоца уставне тужбе“ (члан 77. став 2.).

39) K. Schlaich, „Procedures et techniques de protection des droits fondamentaux-Tribunal constitutionnel federal allemand“, *Revue internationale de droit compare*, 2, 1981, 381–383.

40) S. Rodin, *н. г.*, 653.

Прво, вршењем уставног надзора над актима и радњама редовних судова у поступку по уставним жалбама, уставни судови су дали значајан подстицај непосредној примени уставних норми о људским правима. Својом интерпретацијом устава, а посебно образложењима својих правних становишта, уставни судови су у суштини кроз „налоге за понављање поступака“ подстицали судове и на тумачење закона у складу са уставом, као и на непосредну примену одредаба устава о људским правима. У том делу уставносудска контрола постајала је комплементарна са судском функцијом у заштити људских права у суштинском смислу.⁴¹ Дакле, уставни судови су постали правни инструменти који се непосредно могу применити и од стране свих судова, што их је учинило „не само корисним већ и обавезним алатом у свим судским поступцима.“ И управо због новог третмана устава као основног закона земље и у вршењу судске власти, та власт је све више под непосредним утицајем устава и уставносудске праксе. Укратко, захваљујући уставном надзору уставни судови данас реално имају улогу незаобилазног мерила не само за решавање спорова о уставности правних норми већ и спорова пред редовним судовима.

Друго, процес конституционализације посебних правних подручја, односно посебних грана права, добио је на ширини, као и на снази управо делањем уставних судова. Испитујући да ли су судске одлуке у складу са уставом, уставни судови су изашли изван свог традиционалног подручја (уставног права) и закорачили у друге гране права. Одлуке уставних судова по уставним жалбама „у пракси шире конституционализам (у првом реду путем заштите индивидуалних права) на подручја изван јавног права, на казнено, управно и приватно право.“⁴² Другим речима, данас је скоро немогуће поставити јасну границу између уставног права и остатка правног система у једној држави, јер је уставно право продрло у целокупну структуру правног поретка.⁴³

41) Ваља посебно истаћи да су уставни судови земаља нове демократије (уз све тешкоће које прате заштиту људских права у овим земљама) постигли приметне успехе, чији је значај утолико већи када се има у виду чињеница да судови у овим земљама не само да су и даље неефикасни (и да судски поступци трају неразумно дуго) већ „оковани у законском позитивизму“ (J. Omeјес).

42) A. Sajo, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Central Eur. Univ. Press, 1990, 243.

43) Кад је у питању УС Србије процес „конституционализације посебних правних подручја“ углавном се односи на процедуре у кривичном праву (претпоставка невиности, лишење слободе, одређивање притвора и др.) као и на бројна питања права на правично суђење (укључујући и право на приступ суду, право на суђење у разумном року), права на једнаку заштиту, права на имовину, права на рад, права детета, права на приватност и др. Видети код Г. Илић, „Утицај праксе Уставног суда Србије на стандарде људских права у кривичном поступку“, *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине њрава*, 185–209. Поред тога, принципи једнакости и забране

Треће, вршећи контролу уставности судских одлука уставни судови добили су могућност да утичу не само на заштиту људских права у конкретном случају, већ и на вршење судске функције уопште. Наиме, одлуке уставних суда донете у поступку уставне контроле судске власти не служе само одлучивању о конкретним предметима који су изнети пред уставни суд, већ имају шири смисао и значај. Принципи тумачења (устава) садржани у тексту одлуке уставног суда и „суштина (бит) те одлуке зраче и изван појединачног случаја“, и то у мери да их поштују судови и у свим будућим судским предметима. Дакле, иако је примарни циљ уставне жалбе пружање индивидуалне заштите, улога уставног суда огледа се и у успостављању (изградњи) уставних стандарда у остваривању и заштити основних људских права уопште, тј. у свим другим случајевима и у свим гранама права.⁴⁴

Велики број предмета који се упућује редовним и уставним судовима због повреде уставних одредаба о људским правима, захтева да уставни судови проналазе одговарајуће и „уверљиве“ одговоре у уставном тексту. Последица тога је да скоро сваку одредбу устава почиње пратити и уставно судска пракса „која постепено постаје релевантнија“ и „пријемчивија“ (да не кажемо меродавнија) од изворних, писаних норми.

Четврто, одлуке националних уставних суда донете у домену контроле судске власти постају све више израз вишеструког „дијалога“ ових суда са: (а) одлукама и праксом (националних) редовних суда; (б) праксом и успостављеним стандардима Европског суда за људска права, као и међународних институција које надзиру остваривање људских права; (в) добром праксом других европских уставних суда. Отуда вршећи испитивање сагласности судских одлука са уставом, али и са конвенцијским правом, уставни судови истовремено доприносе и европеизацији националних правних поредака. Наиме, у савременим европским земљама судски процес заштите људских права више није ограничен на примену законских норми на утврђено чињенично стање у конкретним предметима, већ тражи „симултану примену“ како законских, тако и уставних одредби али и супранационалних. Мада је законска одредба и даље најочигледнији и најкориснији основ за одлуку редовног суда, она је ипак постала недовољна или боље рећи

дискриминације, правне сигурности и владавине права, пропорционалности, правичног суђења и сл. постали су основне вредности које уставни судови чувају и промовишу кроз своје најзначајније одлуке, а са циљем обезбеђења делотворније заштите индивидуалне слободе, људског достојанства, опште слободе поступања и слободног развоја личности, пред свим органима, како у јавноправним, тако и у приватноправним односима.

44) О томе код Г. Илић, *н. г.*, 208–209. и Т. Маринковић, „Дејство одлука уставних суда“, *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права*, 295–301.

ограничена, јер се готово у сваком предмету може појавити питање да ли су те одредбе не само у складу са уставом већ и са конвенцијским правом, као вишим правом. У тражењу тог одговора редовни судови морају пронаћи исправно тумачење и законске одредбе и уставне норме (као и одредаба конвенција), а у случају сумње, они се морају обратити уставном суду, односно његовој пракси и пракси надлежних конвенцијских судова и тела.

И на крају, из наведеног следи, да процес конституализације у савременим европским земљама, коме посебан замах даје вршење уставносудске контроле, има за последицу три важне ствари: (1) да је уставно право постало фактор који сједињује досада доста аутономна подручја појединих грана права у кохерентан (јединствен) правни поредак;⁴⁵ (2) напуштено је уврежено становиште да су судије само закон који говори, те да им је забрањена непосредна примена устава и креативност тумачења, полазећи од уставних начела и одредби, (3) да не постоји више тако ортодоксна деоба овлашћења између уставног суда и редовних судова.⁴⁶

VI

Досадашњу праксу и рад уставних судова и у вршењу уставног надзора судске власти осим позитивних оцена прати и подужи списак критика и приговора. Уставном судству се, између осталог, приговара: за „повећани активизам“ у односу на судску власт,⁴⁷ тј. „да су претерано суздржани“, „веома кооперативани (предусретљиви)“, па и „бојажљиви“ кад су у питању акти политичке власти (а посебно извршне), да „своју снагу и моћ“ показују према судовима, односно судској власти; „да сувише често и сувише дубоко задиру у одлуке редовних судова“;⁴⁸

45) Дуго је становиште у доктрини, односно пракси редовних судова било да „одређени закони у мањој или већој мери творе самостална, аутономна подручја права која одликују различити извори права и различити начини и поступци доношења судских одлука (нпр. приватно право, кривично право, управно право, радно право и др.).

46) Упоредити код А. S. Sweet, *н. г.*, 96. и даље.

47) Ранији председник УС Мађарске L. Solyom својевремено је истакао да „увек наглашавамо то да смо активисти у одређеним доменима, нпр. у домену основних права, где се суд не устручава да одлучује о тешким случајевима. За разлику од тога, уздржани смо и прибегавамо самоограничењу када су у питању проблеми који се односе на политичку структуру“. Упоредити В. Беширевић, „Уставно судство у земљама у транзицији: лекција из упоредног права“, *Улога и значај уставног суда у очувању владавине њрава*, 278.

48) Видети о томе код К. Манојловић-Андрић, *н. г.*, 178.

да им је постало омиљено овлашћење „касирања“ правноснажних судских одлука, па и највишег (врховног) суда;⁴⁹ да су постали нова судска инстанца – трећег (четвртог) степена, да су „присвојили функције врховних (касационих) судова“, јер су почели да „уједначавају праксу редовних судова“; да су доношењем тзв. интерпретативних одлука такође преузели улогу не само највишег суда, већ и самог законодавца, за шта по уставу немају овлашћење;⁵⁰ да противно уставу и закону нарушавају независност судова обавезујући их како да „одлуче“;⁵¹ те да покушавају да „своје оцене, односно правна схватања“ утврђена у образложењу одлука прогласе правно обавезним, а кад то не успевају да их тада стављају у диспозитив⁵² и изричито обавезујући судове да поступају сагласно „његовим оценама“ и становиштима, а не по уставу и закону;⁵³ да „упућује“ редовне судове да противправно користе

49) Метод поништавања и касирања одлука врховних судова, посебно ако то постане честа активност уставних судова, сам по себи се у упоредном праву није показао као делотворан начин заштите људских права, Углед и ауторитет одлука уставног суда заснива се, пре свега, „на уверљивости одлука и на снази аргумената.“ (Ц. Рибичич). Чак и немачком УС (чије се одлуке генерално спроводе скоро без изузетка) понекад је требало времена да увери врховно судство у ваљаност својих појединих правних схватања. Уставни савет Француске је деценијама „наговарао и уверавао“ редовне судове да прате његова тумачења, али су утемељеност његових одлука и интелектуална снага његових образложења за последицу имали да „последњих деценија он бива све успешнији у том послу“. У Италији, и након шест деценија, Касациони суд стоји на становишту да „ће образложења и ставови УС у интерпретативној одлуци бити прихваћени, само ако су уверљиви“. Хрватски УС, и поред више хиљада одлука донетих у претходним годинама и неспорно израженог активизма, задуго није уверио ВС да добровољно следи његове ставове, па га је на то обавезао уставотворац. Такође, ово питање је актуелно у односима УС и ВКС, односно редовних судова у Србији, упркос чињеници да је Устав изричито утврдио да су „одлуке УС општеобавезне, коначне и извршне“, те „да су сви дужни да извршавају одлуке Уставног суда“ (чл. 166. и 171). Видети о томе Б. Ненадић, *н. г.*, 93–104.

50) О томе да ли су уставни судови „присвојили“ овлашћења врховних судова на тумачење закона и уједначавање примене закона, видети код L. Garlicki, *н. г.*, 44–68. и Б. Ненадић, *н. г.*, 93. и даље.

51) *Истио*.

52) Наиме, није спорно да се диспозитивима одлука уставног суда признаје „правна снага и дејство *erga omnes*, већ чињеница да ли се то дејство може проширити „са диспозитива на образложење одлуке“. Скоро да нема земље у којој није било случаја да су редовни судови бар једном одбили применити интерпретативну одлуку уставног суда, истичући да их обавезују само „устав и закон“, а не и правна схватања, односно тумачења уставног суда. Видети нпр. решења Привредног суда у Београду Ипв. (И) 753/2011 и 4И бр. 5439/2011, у којима поред осталог, стоји да је став УС на који се позивају странке „без значаја“, „будући да заузети став наведеног органа не може дерогирати изричиту законску одредбу“, односно да је „исти без утицаја“ јер судови не суде „на основу правних схватања“, већ на основу „Устава, закона, међународних уговора...“

53) О овом питању уставни и закони се ретко изричито изјашњавају. Изузетак чини поменути члан 76. Уставног закона о УС Хрватске. И из Закона о судској

институт *exceptio illegalis*,⁵⁴ да широко користе овлашћење на покретање поступка *ex officio* за оцену уставности закона, који се „непосредно тичу вршења судске власти“; да су „гладни надлежности“⁵⁵ и тако даље.

Колико наведене оцене стоје и колико су засноване на целовитој анализи и проучавању уставносудске праксе и политике уставног надзора у овој области, а колико на појединачним запажањима која се често везују за конкретне одлуке, односно поједина правна становишта уставних судова, питања су у која овде не можемо улазити јер излазе изван оквира овог рада.

VII

Изворна позиција уставног суда као чувара супрематије устава, односно органа „одбране“ устава као врховне правне норме од неуставних општих аката носилаца нормативних овлашћења, коренито се променила ширењем улоге устава као основног закона земље и увођењем непосредне контроле уставности појединачних аката (и радњи) судске власти. Учинак уставних решења и на њима утемељене уставносудске праксе која је уследила у вези са заштитом људских права и слобода, јасно је определио нову позицију уставног судства и у односу на судску власт. Наравно, да је заштита људских права била и остала примарна функција судске власти, као независне и самосталне, али се та власт у савременим европским земљама не може вршити без непосредне примене и тумачења устава (и конвенцијског права), у чему је улога уставних судова незаобилазна – они су ти који су овлашћени да чувајући и читајући устав коначно кажу „шта устав говори“ и „шта устав јесте“.

власти Шпаније, следи „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 уставном препоруком и начелима, сходно тумачењу које они добијају у одлукама Уставног трибунала у било којој врсти поступака“ (P. Passaglia, *н. г.*, 621). У недостатку нормативних решења уставни судови се о томе изјашњавају у својим одлукама или у посебним ставовима. Немачки УС учинио је то још 1951. године, заузимајући становиште да су и образложења његових одлука обавезна. И УС Србије, у ситуацији тзв. пинг-понг одлука, у диспозитиву нове одлуке изричито, налаже ВКС да „поново одлучи, у складу са оценама Уставног суда изнетим у Одлуци“ (Уж-224/2013). Иначе у својој ранијој пракси Суд није говорио о правној „обавезности“ својих ставова (оцена), већ је спорадично у образложењима одлука наводио да је „разумно очекивати од надлежног суда да успостави правно стање које одговара правном схватању УС“ (ИУз-97/2012).

54) Б. Ненадић, *н. г.*, 89–92.

55) Видети текст под овим насловом у недељнику *Време* од 7. марта 2013. године.

ПРОБЛЕМ ПРАВНЕ СНАГЕ АКТА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ПРИМЕЊИВАНИХ У УСТАВНОМ ПРАВОСУЂУ

Суштина савремене концепције механизма међусобног односа и узајамног деловања међународног права и националног права, *inter alia*, условљена је оним националним уставноправним постулатима, који за дату државу предодређују правне последице њених међународних уговора. Природно, ова чињеница има утицаја не само на спољашњу политичку активност државе као међународног актера већ и на извршење свакодневних функционалних практичних обавеза њених унутардржавних органа.

Интернационализација правне регулативе унутардржавног живота није могла остати без одраза и на таквој *ајсолућно сувереној делатности* државе, каква је њена правосудна делатност, поред осталог – и у сфери уставног правосуђа. То је природно. Уставни судови као важан елемент инструментарија који гарантује сувереност државе, као „чувари“ устава дужни су да одражавају однос према међународном нормативно-правном систему вредности, формираном у датој земљи.

Уставни судови, као и други национални судски органи, дужни су да при остваривању правде доприносе имплементацији међународних уговора који имају обавезујућу правну снагу за њихову државу. Ипак, нама се чини да је данас међународноправна регулатива у областима као што су заштита људских права и израда глобалних стандарда у погледу човекове околине због своје важности добила апсолутни значај. Ове гране међународног права назвао бих међународним планетарним правом.

Полазећи од наведеног, уставни судови при остваривању своје делатности, по нашем мишљењу, поред осталог, треба да воде рачуна о оним међународним правним нормама и принципима који из неких разлога за њихову државу немају обавезујућу правну снагу, али су ипак у сазвучју са демократским стандардима формираним у тој земљи и морално-правним системом вредности.

Тако се, по нашем мишљењу, поставља принципијелно питање које има и теоријски и практичан значај: могу ли уставни судови у случају

потребе да се ослањају на одредбе међународног права које за њихову државу немају обавезујућу правну снагу. Одговор на питање, о којем правници, чини се, немају јединствено мишљење, може да доведе до различитих закључака који се понекад чак међусобно искључују.

Опште је познато да за државу обавезујућу правну снагу имају само оне међународноправне норме у погледу којих постоји јасно изражена сагласност од стране те државе. Међутим, како показује пракса, уставни судови се апсолутно исправно у својим одлукама понекад позивају на таква међународна правна документа, која за њихове државе засад немају обавезујућу правну снагу. На пример, Уставни суд Литваније се већ у својим првим одлукама, још пре ратификације Конвенције из 1950. године, позивао на праксу Европског суда,¹ Уставни суд Руске Федерације се такође позвао на Европску конвенцију о људским правима онда када је Русија још није ратификовала.² Узгред речено, сам Европски суд за људска права се 1975. године у предмету *Голдер ирошив Уједињеној Краљевстви*³ позвао на Конвенцију о праву међународних уговора, која још није ступила на снагу. Између осталог, Европски суд је у својој одлуци навео да је спреман да достави коментаре, руководећи се чл. 31–33 Бечке конвенције о праву међународних уговора од 23. маја 1969. године, то јест онда када Конвенција још није ступила на снагу.

Уставни судови се позивају на међународне правне акте који за њихову државу немају обавезујућу правну снагу са конкретним циљем – да образложе своје правне ставове. Они полазе од истине да није правна снага међународне правне норме која је проглашена општеобавезујућом оно што дефинише значај њене примене, него управо – садржина те норме. Како је запазила позната руска правница Т. Моршњакова, Уставни суд Русије се у својим одлукама позива на многе норме које у међународном праву нису проглашене за обавезујуће.⁴

1) Уставни Суд Литваније у својој одлуци од 18. новембра 1994. године, у којој се оцењује уставност одредбе Законика о кривичном поступку којом се дозвољава присуство истражног судије при разговору адвоката са брањеником, констатује да је могућност ограничења права на састанак адвоката са окривљеним без учешћа страних лица потврђена и праксом Европског суда. Европски суд је при тумачењу Конвенције разјаснио, да у појединим случајевима, када, на пример, постоји основана сумња да адвокат злоупотребљава свој статус у поступку, држава може да ограничи поверљивост његовог правничког саветовања.

2) Конвенција је у Руској Федерацији ступила на снагу 5. маја 1998. године.

3) *Case of Golder v. the United Kingdom* (Application no. 4451/70), Judgment of 21 February 1975.

4) Видети *Моршњакова Т.* Заместитель Председателя Конституционного Суда Российской Федерации. Применение международного права в конституционном правосудии: итоги и перспективы (<http://www.concourt.am/hr/ccl/vestnik/4.14-1.15/morshakov.htm>).

За стручњаке у области међународног права који се не баве питањима уставног правосуђа, можда наше гледиште није прихватљиво, ипак, сматрамо да је за образлагање сопственог става за уставне судове важан не толико проблем правне снаге или последица међународног акта, на који се позива, него то колико је правна садржина међународноправне норме прогресивна са гледишта гарантовања људских права и колико се та садржина подудара са представама и ставом самог суда о људским правима.

Као оправдање за речено, треба подвући да одлуке уставних судова о тумачењу и примени међународних докумената, иако нису обавезне за њихову државу, услед корпоративне правне свести одређеног дела међународне заједнице могу позитивно да утичу на правно мишљење сваког судије националних судова, предодређујући самим тим његову даљу правосудну праксу.

За разлику од других института међународног права, где је вероватноћа сукоба интереса држава велика, у погледу људских права и слобода државе, по правилу, делују хармонично и усаглашено. У овој сфери у државама, по правилу, постоји подударност сопствених интереса са општечовечанским. Једна од претпоставки таквог начина поступања је, несумњиво, владавина права, која има фундаментални значај за гарантовање људских права и коју су признале све државе.

Наведено омогућује да закључимо да није, када се уставни судови позивају на принципе и норме међународног права, од првостепеног значаја чињеница да их је та држава признала него да ли су ти принципи и норме универзални, то јест да ли их признаје од цела међународна заједница, да ли су у сазвучју са духом устава те земље, да ли допуњују и на разуман начин проширују могућности правног регулисања права, гарантованог уставом.

Основ примене међународноправног документа или његове норме, на коју се позива суд у својој одлуци, јесте безусловна обавеза сваке (било које) судске инстанце, али је то нарочито неопходно у случајевима, када дати документ нема обавезујућу правну снагу за дату државу. Уставни суд Молдавије, позивајући се на члан 7. Декларације из 1948. године и на чл. 19–20 Основних принципа независности судских органа УН од 6. септембра 1985. године, одлучио је да Указ председника Републике Молдавије од 12. јануара 1995. године О ослобађању од дужности председника суда №5 – одговара Уставу. При томе, Суд у својој одлуци подвлачи да наведена документа имају карактер препоруке, а не обавезујући карактер.

Како сведочи искуство разних земаља, по питању сналажења у систему разних међународноправних аката главну улогу имају – судије уставних судова. При томе, то је условљено не само тиме што се уставни судови ради образлагања својих одлука често окрећу смисаоном тумачењу националних кривично-процесних принципа и норми са

гlediшта међународног права већ и тиме, што су одлуке тих судова коначне и други државни органи су дужни да воде рачуна о правним ставовима који су у њима изражени.

Важно је и то да уставни судови не тумаче принципе кривичног правосуђа одвојено једне од других, него у узајамној повезаности уставних норми земље и норми међународног права.

Имајући у виду да ограничење права лица окривљеног за кривично дело не би требало да излази ван оквира представа о хуманости и праведности које су се данас формирале, тумачење националног законодавства састављено на принципима међународног права, које дају уставни судови у контексту међународног права, често има још већи теоријски и практичан значај него одлука о датом конкретном предмету.

Резиме

Овај извештај посвећен је актуелним питањима у вези за правном снагом међународно-правних аката који се примењују у уставном судству.

Суштина савременог концепта интеракције међународног и националног права је, између осталог, везана за националне уставноправне постулате који дефинишу правне последице које међународни уговори имају на државу о којој се ради. Ова чињеница несумњиво утиче не само на спољну политику државе као међународног актера већ и на реализацију свакодневних функционалних и практичних обавеза државних институција.

Уставни судови, као и остале националне судске институције, при вршењу својих функција такође треба да доприносе испуњавању обавеза прописаних међународним уговорима који су обавезујући за њихове државе. Међународни правни прописи, нарочито они у областима као што су заштита људских права и припрема глобалних стандарда о питањима заштите животне средине, сада добијају на значају.

По мишљењу аутора, уставни судови током спровођења својих активности треба такође да узимају у обзир и међународне правне норме и начела који нису обавезујући за њихове државе, али су у корелацији са демократским стандардима и моралним и правним системом вредности њихових држава.

Тakoђе треба истаћи да одлуке уставних судова о тумачењу и примени међународних докумената могу позитивно утицати на правно размишљање свих судија националних судова, а тиме и предодређивати њихову даљу судску праксу.

Још један значајан фактор који треба имати у виду јесте да уставни судови начела кривичне правде не тумаче одвојено, већ у корелацији уставних норми својих држава и норми међународног права.

ПОЛОЖАЈ И ПЕРСПЕКТИВА УСТАВНОГ СУДСТВА. УТИЦАЈ УСТАВНОГ СУДСТВА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ НА РЕПУБЛИКУ ЧЕШКУ

Јубилеј коме је посвећена ова конференција представља за Републику Чешку, а рекао бих и за Републику Словачку, подсетник на важан корак који су начиниле Југославија и њене федеративне републике и аутономне покрајине у условима једног другачијег друштвеног поретка. Тај корак је био значајан за Републику Чешку јер је прва уставна одредба* о уставном судству усвојена управо овде, у Београду, 1963. године.¹ Подједнако важно било је и то што се није остало само на речима, већ је контрола постала део државне извршне власти чији се рад могао оценити. Ово је био један од аргумената за увођење уставног судства, током „прашког пролећа“ 1968. године, у систем државних органа чехословачке федерације.

Тадашња Југославија и њени федеративни делови су, на тај начин, у пракси показали да чак и у једној комунистичкој земљи, чији устав прокламује начело владавине народа и „скупштински систем“ (чувена дисертација Павла Николића),² може функционисати судска оцена уставности, иако је било неизбежно да она одражава специфичности система који се одликовао хегемонијом једне политичке партије. Упркос томе, треба ценити тај храбар и важан корак. Иако он није био први покушај да се контрола уставности уведе у једну комунистичку федерацију,³ био је први стваран и успешан корак, који је оставио значајног трага у даљем развоју уставности у Чехословачкој.

1) Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије из 1963. године – *ѝрим. ѝрев.*

Што се тиче питања заштите права појединца од повреде државних органа, важно је не заборавити да је Југославија била и прва међу бившим комунистичким земљама која је увела судски надзор над радом државних органа као правило, што у Чехословачкој није био случај све до 1991. године.

2) Николић, П. С.: Скупштински систем. Београд, Институт за упоредно право, 1973.

3) С обзиром на то да је законска одредба која је Врховни суд, чланом 43. Устава Совјетског Савеза од 1924, овластила да врши превентивну контролу, остала

Желео бих да мало пажње посветим овој теми, јер смо све скло- нији да занемаримо допринос друштвених наука (право, социологија, политичке науке, економија) тадашње Југославије реформаторском покрету у Чехословачкој шездесетих година XX века, када узајамне посете нису биле реткост. То је прошлост коју не треба заборавити, јер смо и сами њен наставак, као појединци и државе, само у измењеним условима.

С обзиром на то да ће положај и перспектива уставног судства бити теме свих излагања на овој конференцији, желео бих да нагласим да свака од најављених тема у вези са саставом уставних судова, њиховим овлашћењима – нарочито у погледу политичких, економских и других специфичних питања, или њихових међусобних односа у контексту оспораване идеје о постојању *Verfassungsgerichtsverbud*, тј. мреже уставних судова – несумњиво заслужује пажњу. Уосталом, након приступања Републике Чешке Европској унији 2003. године, измењен је и положај Уставног суда: амандманом је унапред, још 2001. и 2002. године измењена законска регулатива о његовом положају,⁴ а затим је круг питања којима се суд бавио знатно проширен. Тако се Уставни суд нашао у новом правном окружењу (*Verfassungsverbund* и *Verfassungsgerichtsverbund*),⁵ суочен са новим питањима за која је требало пронаћи нове основне ставове. Са приступањем Европској унији, Уставни суд Републике Чешке прошао је кроз темељну промену, нашавши се пред задатаком да дефинише свој положај у новом правном систему. У том контексту морао је дефинисати и три главне клаузуле према којима ће наставити да делује у погледу ЕУ, односно у погледу следећих основних аспеката:

- одређивања правила која ће бити примењена у случају разлика између националног права и права ЕУ – клаузула о колизији,

дословно без смисла, мада између 1923. и 1933. није била присутна само формално. Нпр. *Несмејанова С: Констиџиуционни судџбни процес в Росии. Москва: РИОР 2012, стр. 38*, наводи да је 1924. године 2.197, а 1928. године 6.272 законских аката поднето Врховном суду на преиспитивање. Међутим, совјетски систем је служио само за судско саветовање и надзор, а тако се и данас ова одредба схвата у Русији. Видети, нпр. Шахрај, С. М., Клишас, А. А.: *Констиџиуционное право Росийской Федерации*, Москва, Олма 2011, стр. 568.

4) Уставни закон Евро-амандман (No. 395/2001 Coll.) и Закон о Уставном суду (No. 182/1993 Coll.), као у амандману. Амандман је одговорио на ревизију уставних одредаба о односу између међународног и националног права, где спада и будуће чланство у ЕУ. Ова промена се, у суштини, састојала од увођења новог другог поглавља (Одељци 71а–71е) у текст закона који су уређивали поступак о оцени усаглашености међународних уговора, у складу са чл. 10а и 49. Устава, са уставним законима.

5) Скорије, Voßkuhle, A.: *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, Issue 1, стр. 3.

- одређивања односа националних закона (посебно уставног права) према праву ЕУ – клаузула о супремацији,
- одређивања начина на који ће закони Европске уније утицати на националне законе – клаузула о инкорпорацији.

Уставни суд Републике Чешке придружио се једном броју уставних судова (немачком, пољском, шпанском и данском), запажајући у својој првој одлуци након приступања Европској унији, да право ЕУ не ужива безусловну сувереност над чешким правом, као што је то можда сугерисала ранија основна судска пракса Европског суда правде (сада Суд правде Европске уније).⁶ Као и други судови, он истиче да право ЕУ има премоћ над чешким правом онда када није у сукобу са основном суштином чешког устава.⁷ Уставни суд Чешке је у својим одлукама само у општим цртама дефинисао садржај овог појма, у смислу најважнијих предуслова демократске владавине права (нпр. одлука Лисабон I)⁸. У својој каснијој одлуци (Pl. ÚS 29/09 No. 387/2009 Coll, Лисабонски споразум II), тај чинилац уставног идентитета и неotuђивих овлашћења државе наглашен је у петицији коју је поднела група сенатора. Међутим, насупрот одлуци Савезног уставног суда о Лисабонском споразуму (ставови 252. *et seq.*), наш Уставни суд је одбио да детаљније саопшти шта та категорија обухвата. Задовољио се тиме да само изрази став да му није могуће, с обзиром на положај који заузима у уставном систему Републике Чешке, да састави такав каталог недеlegerајућих овлашћења, те да нема ауторитет да одреди „суштинске границе за делегирање овлашћења“, јер се то мора оставити законодавцу. Пре свега зато што се одговорност за такве политичке одлуке не може пренети на Уставни суд. Он их може разматрати тек

6) Нарочито одлука у случају *Costa v. ENEL* из 1964. године.

7) У том контексту, ово питање долази у први план као захтев да се поштује национални идентитет држава-чланица, у складу са чланом 6 (3) Уговора о Европској унији, што је и основна категорија уставног закона, као што показује одлука Уставног суда (No. 318/2009 Coll., Pl. ÚS 27/09). Појам идентитета, који је врло наглашен у члану 6 (3) у Уговору о Европској унији, представља један од основа за решавање питања неуставних уставних регулатива. Ради примера судске праксе врховних судова Индије и САД, видети Jacobsohn, G. J.: *Constitutional Identity. The Review of Politics*, Year 2006, стр. 361п. Чешки Уставни суд се дотакао овог питања конструишући доктрину материјалне суштине устава у својој одлуци (Pl. ÚS 19/09 No. 446/2008 Coll.), у погледу уставности Лисабонског споразума (Лисабон I).

8) Приметио је у ставу 93, у погледу одлуке Лисабон I, да је „Принцип којим се треба руководити несумњиво принцип својствених, неotuђивих, непрописивих, неопозивих, основних права и слобода појединца, једнаких по достојанству и правима; то је систем заснован на начелима демократије, суверенитета народа и подели власти, који уважава поменути концепт суштинског језгра државе засноване на владавини права, изграђеног да их штити.“ И овде је Суд одбио да их тачно поброји. Ова и друге одлуке, могу се пронаћи на адреси <http://www.usoud.cz/en/decisions/>.

након што су претходно донете на политичком нивоу. Слично томе, Уставни суд није сматрао да је могуће унапред, у апстрактном контексту, формулисати тачан садржај члана 1. (1) Устава, односно дефиницију државног суверенитета.⁹

Чланство Републике Чешке у ЕУ довело је до знатног броја темељних промена у уставном праву већ и током припрема за приступање. Треба поменути да је Република Чешка и свој први референдум организовала у вези са приступањем ЕУ, што јасно показује у какву је сложену мрежу односа ова земља улазила.¹⁰ Немачки израз *Verfassungsverbund* (уставна мрежа), који је уведен у овој области, односи се на узајамну повезаност уставних система држава–чланица ЕУ.¹¹ Једном Американцу¹² може изгледати чудно да се одлуке уставних и редовних судова различитих држава међусобно цитирају, понекад и у погледу питања која се не тичу њиховог чланства у ЕУ.¹³ Често се одлуке доносе и на

9) Видети, поготово, ст. 111. и 112. у одлуци Лисабон II (No. 387/2009 Coll.).

10) Занимљиво је да тзв. европски референдуми, који су до данас одржани приближно четрдесет пута, одражавају како гледишта народа дотичних држава, тако и њиховог окружења. На пример, одлука о референдуму о приступању ЕУ у Републици Чешкој одржана је у оквиру савеза четири средњоевропске земље у коме су се, наводно, премијери Републике Чешке, Словачке, Пољске и Мађарске сагласили 2002. године да ће Мађари, као међу њима најпроевропскије оријентисани, гласати први, док ће неповерљиви Чеси гласати последњи. Према студији IRI, *Европски извештај о растућој важности иницијатива и референдума у европским институтивним процесима* 2002, едиција Nautala, H., Kaufmann, B., Wallis, D., стр. 10, тиме се желело постићи да се понови домино ефекат из гласања 1994. (Аустрију су следиле Финска, Шведска и Норвешка).

11) Скорији пример је грчка финансијска криза, која је зависила не само од корака које ће предузети државе у европском систему већ и од тога да ли ће Савезни уставни суд, у коме је оспорен релевантни закон о финансијској помоћи Грчкој, потврдити кораке Немачке као уставне од које је зависио успех целог пројекта, јер је Немачка требало да обезбеди 22,4 милијарди евра, од укупне суме од 80 милијарди евра.). То се и десило. (No. 2 BvR 987/10, доступна на адреси http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100507_2bvr098710.html).

12) Насупрот томе, једном Европљанину може бити необично да се расправља о томе да ли страна правна гледишта треба цитирати и користити у САД. Нпр. Moon, S.: *Comparative Constitutional Analysis: Should the United States Supreme Court Join the Dialogue?* *Journal of Law & Policy*, No. 12, 2003, стр. 229–247, што се може схватити као посебно истицање правне сегрегације. (Захтев за искључивим ослањањем на изворе енглеског уставног и обичајног права).

13) Да не спомињемо да поред обавезујућих одлука органа ЕУ, постоји и Европски суд за људска права, у погледу којег је Република Чешка 2004. увела нову процедуру – обнављање поступка пред Уставним судом на основу потврдне одлуке ЕСЉП у кривичним питањима. У овом случају однос је такав да у обновљеном поступку Уставни суд поступа на основу правног мишљења међународног трибунала.

другим језицима, срочене паралелно изворном тексту. То су само неки од практичних показатеља настајања европске правне области.

Као што сам већ рекао, не желим да пропустим да нагласим повод нашег сусрета на овом нивоу, а то је 50-годишњица уставног судства у Србији. Поменућу неке од околности које су биле значајне чак и за Републику Чешку, јер је југословенско искуство допринело да 27. октобра 1968. године, уставно судство доспе макар и само у текст уставног закона о чехословачкој федерацији. Иако су те одредбе остале само слово на папиру све до 1992. године,¹⁴ чак је и то данас веома важно. Парадоксално, чешки Уставни суд заснива свој престиж на чињеници да у ери комунизма, након угушења „прашког пролећа“ 1968. године, није било могуће применити нову уставну регулативу због отпора нове владе. Јавност овај суд види као нову установу, неоптерећену греси-ма прошлости, насупротив судовима и канцеларијама јавних тужилаца. Дозволите ми сада да објасним зашто је ова 50-годишњица толико важна за нас.

1. Неколико историјских коментара као увод

Повезани смо заједничком прошлошћу можда и више него простором који делимо, јер су нам често и проблеми били заједнички. У прошлости се могу наћи и покушаји да их решимо, попут историјског експеримента, који се у Југославији догодио 1963. године, а у Чехословачкој 1968. године. Допуштам да ће 50-годишњица показати која земља је у то време била успешнија.

Овом свечаном приликом желим да вас подсетим, у уводном делу, да није први пут да су се експерименти сударили у области права. Десило се то већ једном у 14. веку. Чак и то је занимљива околност. Поменућу још један пример из наше прошлости када су Срби били бржи од Чеха у решавању проблема који им је био заједнички. Било је то у 14. веку. Када се до тада владајућа лоза Пшемисла угасила, заменила ју је кућа Луксембурга која је, угледајући се на земље Западне Европе, увела низ новина о којима се касније говорило као о елементима модерне државе. Њихов успех био је, међутим, само делимичан. Примера ради, напуштајући теорију наслеђивања, према којој је природа државе повезана са обликом поседовања њене територије, римски цар и чешки

14) Волео бих да споменем, илустрације ради, да у коментару о уставној регулативи комунистичке Чехословачке, тумачење 16 чланова о Уставном суду заузима приближно једну страницу од укупно 531 странице текста, док у последњем коментару из 2010. године, тумачење шест чланова о Уставном суду заузима приближно 220 страница од укупно 1.531 странице, а тумачење његове судске праксе провлачи се кроз остатак текста.

краљ Карло IV, њен најважнији представник, покушао је да на нов начин, кроз широко замишљени кодекс *Maiestas Carolina* (1349), уреди односе у свом краљевству. Међутим, због отпора дела племства које се чврсто држало традиционалних начела и средњовековног облика управе, то му није пошло за руком. Био је приморан да прогласи да је нацрт кодекса изгорео и да рад на њему неће бити настављен.

У исто време, владар познат у историји као цар Душан донео је у Србији закон који је носио његово име. Закон је са оправданим поносом у свом говору поменуо и председник Републике Србије, г. Томислав Николић. Он је споменуо чувени текст у члану 172. Душановог закона, којим се још у средњем веку наглашава начело владавине права (*Све судије да суде њо закону, њраво како њише у закону, а да не суде њо сѡраху од царсѡва ми*).¹⁵ Чешке земље су такав допринос формулацији темеља модерне државности дале тек 1619. године, приликом покушаја да донесу устав у облику документа под називом Конфедерација територијалних поседа Круне Бохемије, у коме је предвиђена одредба за институт који се може схватити као рудиментарна уставна жалба.¹⁶

2. Наш историјски пут до оцене уставности

Наше друго заједничко историјско искуство повезано је са нашим заједничким путем ка судској оцени уставности, који се одликује узајамним утицајем у необичним условима комунистичког друштвеног поретка, са њему својственом теоријом јединства власти и владавином једне политичке партије.¹⁷ Вреди поменути, иако је мало познато, да је

15) Звучи и револуционарно и невероватно једноставно, баш као и суштина српске правописне реформе коју је осмислио Вук Караџић – пиши као што говориш, читај као што је написано. Његове речи са захвалношћу памти свако ко учи српски језик.

16) У случају који се тичао заштите верских слобода, могло се обратити „браниоцима“. У складу са чланом 62. Конфедерације, они су били обавезни да саслушају случај, те да се обрате владару или гувернерима владара појединачних земаља Круне Бохемије, како би у року од шест недеља био одређен правни лек. Уз мало маште, правила налик идеји поделе власти, идеји „мешовите владе“, основној улози скупштина земаља које су чиниле Круну Бохемије, зачецима начела „нема таксе без представника“, праву на отпор, одбијању тада прокламованог правила *princeps legibus solutes* (владар је изнад закона), верским слободама, појму општег добра, могу се наћи међу принципима који су регулисали радни механизам овог зачетка модерне државе, уз мало маште. Међутим, питање је у којој мери се такво виђење заиста уклапа у оно што су њени аутори намеравали те 1619. године. Како је важио само неколико месеци, документ није имао прилику да докаже у којој мери се заиста радило о нереаланом и узалудном покушају.

17) Чињеница да су у Чехословачкој између 1948. и 1989. године постојале различите политичке партије, небитна је с обзиром на њихов значај.

уставно судство као специјализована функција државе установљено 29. фебруара 1920. године, а да је Чехословачка Уставна повеља била први документ у свету који је експлицитно установио посебно државно тело, први пут га означивши као Уставни суд, опредељено да одлучује о уставности закона које је доносио парламент. Његов задатак био је да обезбеди уставност закона и мера са законском снагом, како је уређено Уставном повељом од 29. фебруара 1920. године, у члану 1: „Доношење закона који су у сукобу са уставном повељом или законима који је могу заменити или допунити, неважеће је. Уставна повеља се може изменити или допунити једино законима посебно означеним као Уставни закони,¹⁸ и у члану 2: „Уставни суд ће одлучивати да ли су закони Републике Чехословачке и Кнежевине Карпатске Рутеније (Русинија) у складу са чланом 1“.

Ова законска одредба остала је готово непозната. Знатно касније, октобра 1920. године, појавила се аустријска законска одредба, мада и у знатно детаљнијем облику. Чехословачка уставна одредба остала је мало позната јер је Чехословачка после 1918. године, заједно са Федералном Републиком Аустријом, наследила уставни концепт који се састојао од већег броја уставних закона, а тај део чехословачког Устава није увек превођен. Истичући да је предратна Чехословачка била прва, не желимо да кажемо да не признајемо заслуге много ширег и детаљнијег приступа уставном судству у Аустрији, који је био врло брзо признат и прихваћен широм света, како у теорији, тако и у пракси.¹⁹

Чехословачка законска одредба била је мало позната и недовољно делотворна. Илустрације ради, током свог постојања између 1921. и 1939. године,²⁰ чехословачки Уставни суд је обрадио онолико

18) Ово је важило до 2009. године, када је Уставни суд Републике Чешке по први пут поништио уставни закон који је усвојио Парламент, због његове неуставности (кршење уставних захтева за надлежност, усвојене процедуре и садржаја уставног акта). Та историјска одлука пресудно је утицала на даљи политички ток, јер је поништила уставни закон, смањивши првобитни мандат Заступничког дома (избори планирани за октобар 2009. године нису одржани, а избори одржани у јуну 2010. године донели су нову поделу политичке власти). Она се подједнако одразила и на положај Уставног суда и његов ауторитет. У политичкој свести изгубила се идеја да се један уставни закон може употребити за регулисање било чега и избећи уставна контрола.

19) Није случајно да су обе земље делимично одреговале на своје позитивно и негативно искуство са радом Царског суда, као претходником уставног судства. Назив „уставни суд“ био је реакција на дебате вођене у вези са његовим успостављањем још у време Аустроугарске монархије. Види, на пример, основни покретач код Jellinek, G.: *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Wien: Alfred Hölder, 1885.

20) За време постојања независне државе Словачке, тај концепт је усвојио Уставни сенат у складу са Законом 20/1942 који је донела Скупштина (Сејм) државе Словачке. Међутим, он се није упуштао у практичну примену.

случајева колико данашњи Уставни суд Чешке прими у току само једне недеље.²¹ То је био један од разлога зашто Уставни суд није наставио са радом после Другог светског рата, као и зашто је било тешко, приликом израђивања нацрта за чехословачки Устав из 1948. године,²² аргументовано заступати уставно судство, када се показало да изворна одредба у закону од 1920. године уопште није функционисала. Том приликом победио је концепт да се задатак оцене уставности додели Народној скупштини.²³ Ради целине, додаћу да је до предлога да се установи уставни суд дошло 1948. године. Уставном суду је намењена оцена уставности закона и других правних регулатива, заштита политичких партија од распуштања, разматрање уставних жалби и решавање сукоба о надлежности. Међутим, након смене власти после доласка комунистичке партије фебруара 1948. године, овај предлог није имао великог изгледа на успех. Идеја је ипак наставила да живи у теоретском смислу, а практично је примењена 1968. године, у одредбама о уставној жалби.

3. Утицај југословенског Устава из 1963. на систем уставног судства у Чехословачкој 1968. године

Важан утицај на уставно судство Чешке, поред аустријског модела и негативног искуства са уставним судством у Чехословачкој између 1920. и 1938. године, извршило је и југословенско уставно судство. Не заборавимо да су радови југословенских аутора били доступни у специјализованим библиотекама у Чехословачкој тог времена, а да међусобни лични контакти између правника, економиста и политичких радника ове две земље нису били реткост шездесетих година 20. века.²⁴ Касније су они постали више изузетак него правило, да би се готово сасвим прекинули након пада реформског вођства комунистичке партије.²⁵

21) Листе историјских уговора нуде различит број захтева, од којих је највећи 65.

22) На који је, узгред, утицао и Устав Федеративне Народне Републике Југославије из 1946. године.

23) Међутим, Председништво Народне скупштине никада у пракси није служило тој сврси (нити се бавило тумачењем права).

24) Коначно, могу поменути да један од малобројних видљивих доказа југословенског утицаја на припрему одредаба чехословачког Закона о Уставном суду из 1968. представља и рад Драгаша Денковића, изложен приликом трећег одржавања Чехословачко-југословенских дана, у Прагу, септембра 1968, који је такође био посвећен овом питању. Видети, Dragaš, D.: *Zachování zákonnosti a práva občanů v jugoslávském právu. Právník*, 1969, Year 108, Issue 5.

25) Није случајно да је чак и ограничени превод неких од радова Е. Кардеља био објављен једино у Чехословачкој, 60-тих година XX века.

Иако су аустријска и немачка решења несумњиво имала свог утицаја, ипак су југословенска решења била најутицајнија, мада се о томе мало говорило. У томе је свакако пресудну улогу имао друштвени поредак са једном владајућом партијом. Југословенски пример показао је да је било могуће, чак и у систему где се устав није заснивао на подели власти већ на њеном јединству, које је било изражено положајем представничких скупштина на свим нивоима, имати систем уставног судства. Можда ће вам звучати парадоксално, али оно што је у свом уводном излагању председник Уставног суда, доктор Драгиша Б. Слијепчевић, изразио као критику,²⁶ може послужити да се умире бојазни од популарности комунистичке партије, односно од тога да уставно судство може представљати опасност, било у идеолошком смислу, било у погледу своје моћи.²⁷

Чехословачка је одабрала решење које је желело да помири принцип јединства власти изражен кроз федералну скупштину, са уставном контролом, а које се заснивало на концепту пронађеном управо у Југославији, модификованом између 1982. и 1997. године у Пољској,²⁸ у којој је правна теорија помно пратила развој ситуације у Југославији.²⁹ Тако је законска одредба о уставном судству усвојена 27. октобра 1968. године, у тешким условима земље коју је два месеца раније окупирала страна војска. Било је неизвесно да ли ће уставно судство бити део Уставног закона о чехословачкој федерацији све до задњег момента. Таквој ситуацији је допринела и дуготрајна расправа о томе да ли ће уставни суд бити само још један суд који ће затим постати део уставног закона о судовима и канцеларији јавног тужиоца, који је чекао на усвајање.³⁰

26) Позивам се на његову напомену у уводном излагању на овој конференцији, да између 1963. и 1974. године Уставни суд Србије није анулирао ниједан закон на основу његове неуставности.

27) Ово се, међутим, није односило на Уставни суд Југославије, који је доносио своје одлуке (осам у вези савезног закона и републичких закона) поништавајући, у том смислу, одредбе индивидуалних закона. Упореди са *Десет година рада Уставног суда Југославије*. Београд 1973, стр. 54–56.

28) Било је могуће да пресуда Уставног суда Пољске буде прегласана од стране законодавне скупштине већином потребном за уставни амандман, због чега се она није спроводила, већ је уместо ње спровођена законска одредба ратификована од стране Сејма. Новим Уставом Републике Пољске, из 1997. године, уклоњена је ова необична процедура. Више о том концепту, види Trybunał Konstytucyjny. Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 1987; Czeszejko-Sochacki, Z.: *Moc wiążąca orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*. Państwo i prawo, Year 1986, Issue 6.

29) Међу бројним рефератима из тог времена, видети нпр. Cierniewski, J. *Ustawa w jugosłowiańskim systemie konstytucyjnym*. Warszawa: Ossolineum 1977, нарочито стр. 183 n; Szymczak, T. *Jugosławia państwo federacyjne*. Łódź: Wydawnictwo Łódzkie 1982, нарочито стр. 389 n, и пољску библиографију која се може наћи у њима.

30) Коначно, преовладали су мишљења експерата према којима уставни суд, с обзиром на његову улогу у систему врховних државних органа, треба да се разликује

Уставни суд Чехословачке могао је одлучивати о правној регулативи на три нивоа. Његов задатак био је да обезбеди законитост савезних закона (а), усаглашеност уставних закона федерације и република са законима република (б), уставност и законитост секундарног законодавства федерације и република. У складу са чланом 87. Уставног закона о чехословачкој федерацији, Уставни суд је одлучивао о следећем:

- а) о усклађености Закона Савезне скупштине и статутарних мера Председништва с Уставом Социјалистичке Републике Чехословачке,
- б) о усклађености Уставних закона Чешког националног савета и Словачког националног савета с Уставом Социјалистичке Републике Чехословачке и усклађености аката националних савета с Уставом Социјалистичке Републике Чехословачке,
- в) о усклађености декрета Владе Социјалистичке Републике Чехословачке и општеобавезујућих законских регулатива савезних министарстава, савезних комитета и других савезних тела државне управе; усклађености владиних директива у обе републике и општеобавезујућих директива министарстава и других званичних централних тела државне управе република с Уставом Социјалистичке Републике Чехословачке и законима Савезне скупштине.

Као и у Југославији, и овде је кључно питање било какве ће бити последице такве поделе. Тим питањем се бавила одредба у члану 90. Уставног закона о чехословачкој федерацији, у којој је, у суштини, употребљен југословенски модел (члан 245. југословенског Устава из 1963). У одредби члана 90. Уставног закона чехословачке федерације нашла је израза расправа о последицама такве одлуке, према којој „Уколико Уставни суд Социјалистичке Републике Чехословачке утврди да постоји несклад у правној регулативи у смислу члана 87, пресудиће да та регулатива, њени делови или одређене њене одредбе, престају да важе. Тела о којима се ради у обавези су да у року од шест месеци од објављивања пресуде Уставног суда Социјалистичке Републике Чехословачке обезбеде усклађеност дате регулативе с Уставом Социјалистичке Републике Чехословачке или другим законима Савезне скупштине. У случају неиспуњавања ове обавезе у погледу дате регулативе, њени делови или неке њене одредбе престаће да важе шест месеци од датума објављивања пресуде.“³¹

од општих судова, и да се према томе, *a contrario*, мора осмислити одредба за њега у систему органа новооформљене федерације. Треба додати да, у противном, у Чехословачкој не би било предвиђено уставно судство. Уставни закон о федерализацији судства, на који се горе позивам, био је одобрен тек 1969. године, када су потпуно ново вођство комунистичке партије и државе, и друге политичке околности које су биле против ове институције, већ били установљени.

31) Јасно је да је овде као узор послужио члан 245. југословенског Устава од 1963. године, али не и члан 247. Проблемом конкретног утицаја такве одлуке, којим

И у области саветодавне улоге уставних судова присутан је утицај Југославије. Године 1968, чланом 89. Уставног закона о чехословачкој федерацији, било је уређено да „Уставни суд Социјалистичке Републике Чехословачке може покренути поступак за побољшање законодавства Социјалистичке Републике Чехословачке, као и законодавства обе републике“. Овде су присутни и утицаји законске одредбе Устава из 1963, члан 244. и праксе југословенског Уставног суда.³²

Чланом 93. (2) усвојен је³³ институт одлука које уставни суд доноси самоиницијативно: „Уставни суд Социјалистичке Републике Чехословачке може започети поступак својом одлуком, на сопствену иницијативу“. Нама је данас такво решење потпуно неприхватљиво.³⁴ Надаље, Уставни закон о чехословачкој федерацији је, у члану 93. (3) уредио да се доношење одлуке одвија у две фазе, при чему се прво одлучивало о допуштености, а тек онда о основаности жалбе. То је, у ствари, значило да „Уставни суд Социјалистичке Републике Чехословачке може започети поступак на иницијативу грађана и организација.“³⁵

се Југославија бавила између 1963. и 1974. године у виду различитог дејства одлука *ex tunc* (поништење) или *ex nunc* (укидање), чехословачка теорија се није бавила све до 1992. године, због недостатка праксе. Упоредити са, нпр. Mratović, V., Filipović, N., Sokol, S.: *Ustavno pravo i političke institucije: (SFRJ i komparativno)*. Zagreb: Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, 1981, стр. 514–517.

32) О пракси југословенског Уставног суда, видети *Десет година рада Уставног суда Југославије*, Београд 1973, стр. 57.

33) Вероватно састављен по узору на члан 242. југословенског Устава из 1963.

34) У тренутној правној ситуацији, Уставни суд Републике Чешке може преиспитати уставност правне регулативе својом вољом једино у случају „ако у вези са доношењем одлуке по уставној тужби, Комисија дође до закључка да закон или нека друга мера, или законска одредба у њима, чија је примена довела до ситуације која је предмет уставне жалбе, није у складу са Уставним законом, није сагласна уставном акту, или закону, ако се жалба тиче неког другог донетог закона, суд ће обуставити поступак и Пленуму предати предлог, у складу са чланом 87. став 1. (а) или (б) Устава, за поништавање тог закона или друге донете мере. Ако Пленум дође до таквог закључка у вези са одлучивањем о уставној жалби, он ће установити и закључити поступак по члану 87. став 1. (а) или (б) Устава“ (члан 78. став 2. Закона о Уставном суду из 1993).

35) Југословенски концепт устава после 1963. знатно је утицао у том смислу: уставни закони сматрани су не само главним државним законима већ и друштвеном повељом којом уређују друштво и његово учење у управљању и самоуправљању. Уосталом, као што знамо, то је изразио и кључни политичар тог доба, Е. Кардељ, у вези са улогом система уставног правосуђа у припреми, када је рекао да уставни суд не може бити само судски орган који ће оцењивати уставност на само формално-правни и статичан начин, већ ће то чинити имајући на уму објективни друштвени и политички садржај процеса који дају повода питањима уставности. (Видети Кардељ, Е.: *Проблеми наше социјалистичке изградње*, њ.б. 6, Београд, Београдски издавачко-графички завод, 1965, стр. 141.) Такав приступ био би сасвим неприхватљив творцима

Када је у питању заштита уставом загарантованих права и слобода појединаца, могло се поћи од института уставне жалбе у облику у коме се он може пронаћи у врховном акту о Царском суду од 1867. године³⁶ Уставна жалба није постојала у Чехословачкој 1920. године,³⁷ али је 1948. године била део раније поменутог неуспешног предлога за увођење уставног судства. Члан 92. Уставног закона чехословачке федерације својом формулацијом угледао се на оба модела, одређујући да ће „Уставни суд Социјалистичке Републике Чехословачке одлучивати о заштити права и слобода загарантованих Уставом, уколико су таква права и слободе угрожене одлуком или другим поступањем савезних органа, под условом да право не гарантује други облик судске заштите.“³⁸ С обзиром на то да је после 1968. суспендована активност на практичном увођењу уставних одредаба о уставном судству, то што је промењен начин на који су уставни судови у Југославији³⁹ штитили основна права и слободе, није више играло улогу везано за судбину ове одредбе. Ипак, занимљиви су концепти настали у процесу припреме закона о чехословачком Уставном суду почетком 1969. године.

Постало је јасно да се чланом 92, у ствари, само ствара супсидијарна надлежност Уставног суда. Међутим, она се сасвим разликовала од нашег данашњег поимања принципа супсидијарности, како је данас садржан у Одељку 75 Закона о Уставном суду.⁴⁰ Један од чланова комисије који је радио на примени смерница за Закон о Уставном суду, прикладно је то изразио, приметивши да ће „уставни закон о судовима

чехословачког Устава од 1920, или Х. Келзену. Међутим, речи изречене на Конференцији уставних судова Југославије 1978. биле би подједнако неприхватљиве, јер се односе на учешће уставних судова у припреми конгреса Комунистичке партије Југославије. Види *Уставности и законитости и улога уставних судова у развијању самоуправне социјалистичке демократије*, Уставни суд Југославије, Београд, 1978, стр. 9–10).

36) Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die Einsetzung eines Reichsgerichtes. (R.G.Bl. 143/1867 – Art. 3 lit. b): „Dem Reichsgerichte steht ferner die endgültige Entscheidung zu über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte nachdem die Angelegenheit im gesetzlich vorgeschriebenen administrativen Wege ausgetragen worden ist.“

37) Био је *de facto* замењен управном жалбом о којој је одлучивао Врховни суд.

38) Очигледна је надахнутост одредбама из члана 241. (2) Устава Социјалистичке Федеративне Републике Југославије од 1963. године.

39) Осим у случају Уставног суда Хрватске (члан 412. Устава Републике Хрватске из 1974. године), ова одредба се више није појављивала у уставима федерације и република од 1974. године. Упоредити са *Ustavi i ustavni zakoni*. Zagreb, Izdavačka kuća Informator, 1974, стр. 639, 694–695. Ради детаљнијег образложења полазних премиса, видети Ђорђевић, Ј.: *Уставно право*. Београд, Савремена администрација, 1978, стр. 777–780.

40) Уставна жалба је недопуштена ако претходно нису исцрпљене све законом предвиђене могућности за заштиту права.

и канцеларији јавног тужиоца морати да обезбеди да се ова моћ може употребити само у изузетним случајевима.“ Из тога можемо закључити да је било замишљено нешто сасвим другачије од онога што нам је познато из тренутне законске одредбе.⁴¹ Занимљиво је и то што су за одлуку по уставној жалби биле предвиђене две могућности. Према првој, Уставни суд је могао директно анулирати појединачни правни акт, па би тело које га је донело, последично томе, било обавезано правним мишљењем Уставног суда. Према другој, Уставни суд је могао само установити кршење уставом загарантованих права и слобода, што би дато тело обавезало да предузме кораке у складу са законом како би исправило насталу ситуацију. Према томе, уставна жалба у правом смислу речи *de facto* не би била предвиђена законом о чехословачкој федерацији, под нашим условима.⁴²

Међутим, југословенска одредба закона о уставном судству из 1963. године није усвојена у целини. Она је више послужила као инспирација. Споменуо бих Миодрага Јовичића, који је у својим радовима на пољу компаративног уставног права, који су и данас многим извором надахнућа (на пример, „Савремени феудализам“, „О Уставу“, „Закон и законитост“), наглашавао да ће чак и у случајевима када је формулација устава идентична *ad litteram*, исход њене примене увек одражавати стварност специфичног стања федерације. Због тога, када говорим о разликама, држим на уму да би идентична законска регулатива несумњиво функционисала другачије у условима Чехословачке, него у условима Југославије од пре педесет година.

Истовремено, у две законске одредбе могу се пронаћи и бројне разлике. На пример, што се тиче питања дејства одлука Уставног суда, одређен је период од шест месеци за исправљање неуставне и незаконите ситуације, чак и када је Уставни суд Чехословачке одлучивао о

41) Уставни суд Републике Чешке тренутно одлучује о више од четири хиљаде уставних жалби годишње, од чега је далеко највећи број усмерен против судских одлука, а мање од половине тог броја оспорава одлуке Врховног суда или Врховног управног суда. Између 1993. и 2012. године, такве уставне жалбе бројиле су приближно 54.000, док су други захтеви (нарочито за преиспитивање уставности правне регулативе) бројили приближно једну хиљаду. Подробнија статистика може се пронаћи на: http://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/prilohy/Rocni_statisticke_analyzy_2012.pdf

42) Данас је концепт уставне жалбе сасвим другачији. Она је углавном усмерена против правноснажних одлука општинских судова. Штавише, може бити спојена са другим захтевима, у складу с чланом 74. Закона о Уставном суду. Одељак 74. уређује да се: „Жалба може поднети, заједно са уставном жалбом, уз захтев да се поништи закон или неки други правни акт, или појединачна одредба у њима, чијом применом је изазвана ситуација која је предмет уставне жалбе, ако подносилац тврди да је он у сукобу са уставним законом, или законом, када се жалба тиче неког другог правног акта.“ Уставни суд је поништавао чак и уставни закон по таквом додатном захтеву.

усклађености декрета владе Социјалистичке Републике Чехословачке и општеобавезујућих законских регулатива савезних министарстава, савезних комитета и других званичних савезних органа државне управе, о усклађености владиних директива у обе републике и општеобавезујућих директива министарстава и других званичних централних тела државне управе република с Уставом Социјалистичке Републике Чехословачке и законима Савезне скупштине. Према моделу за ову одредбу, исто се није односило на овај тип законске регулативе у Југославији (члан 247), где су оне могле бити директно поништене.

Друга разлика у овој области била је што је недостајала одредба о решавању сукоба између обичног савезног закона и републичког закона. Међутим, иако је то било супротно изричитој југословенској одредби (члан 241. (2) у југословенском Уставу из 1963), разлика је ипак била само привидна, мада је могла довести до великих проблема у пракси. Сматрало се да би детаљнија дефиниција поделе законодавне власти федерације и република у Уставном закону о Чехословачкој федерацији (члан 7-38) могла довести до тога да се таквом спору приступи као нарушавању уставне поделе законодавне власти, било путем Народне скупштине, било путем Националног савета републике. Зато се она није бавила директним сукобом између закона федерације и њој подређених делова, него сукобом између закона федерације или република и одредаба федералног устава о надлежностима.

Сматрам да је, у овом контексту, нужно приметити да је Уставни закон о чехословачкој федерацији од 27. октобра 1968. године у почетку био сматран провизорним. Одредба члана 142. (2) овог уставног закона уређивала је да ће „обе Републике усвојити своје нове уставе заједно са усвајањем Устава Социјалистичке Републике Чехословачке. Док уставни Социјалистичке Републике Чешке и Социјалистичке Републике Словачке не ступе на снагу, уставни статус и владавина ових република спороводиће се на основу садашњег уставног закона и других уставних одредаба“. Међутим, федерални устав никада није усвојен.⁴³ Са његовом изградом се отпочело двадесет година касније, 1987. године, али је после „плишане револуције“ рад на њему поново обустављен.⁴⁴

Још једна занимљива разлика може се запазити у дефиницији захтева који су се односили на положај судије Уставног суда. Док

43) Колумна „Nad přípravou nové ústavy“ отказана је у журналу *Правник*, средином 1969. године.

44) У том контексту, два национална већа заправо су усвојила решење којим се одричу права да донесу сопствени устав, и изражавају своје слагање са дотадашњом регулативом уставних прилика у федералном уставу. Поништавање сагласности са овом одлуком било је један од првих аката оба национална савета након што се, новембра 1989. године, равнотежа моћи померила, а владавина комунистичке партије доживела слом.

југословенске законске одредбе нису садржале посебне захтеве, Уставни закон о чехословачкој федерацији уређивао је да чланове Уставног суда Социјалистичке Републике Чехословачке бира Савезна скупштина на период од седам година. Судија Уставног суда могао се изабрати на период од највише два изборна мандата, а други услов био је да се ради о „грађанину који има право да буде изабран у Народну скупштину, који је навршио 35 година живота, има факултетско образовање у области права и 10 година активног рада у правној струци, те као такав може бити изабран за члана Уставног суда Социјалистичке Републике Чехословачке.“ Југославија није поставила тако строге критеријуме у професионалном погледу. То се може видети како у литератури,⁴⁵ тако и у југословенској пракси тог времена.⁴⁶

4. Утицај југословенског Устава из 1963. године на уставну регулативу уставног судства Чехословачке 1991. године

То је најмање што сам могао да кажем о важности коју у Републици Чешкој придајемо 50-годишњици установе Уставног суда Србије (и других уставних судова у тадашњој Југославији). Желим да додам, прецизности ради, да је то модел који је примењен када је Уставни суд чехословачке федерације *de facto* почео са радом 1992. године, имајући у виду начело јединства власти (иако без уставно загарантоване водеће улоге комунистичке партије). Огромна већина поменутих одредаба интегрисана је у Уставни закон о Уставном суду (No. 91/1991 Coll.). Иницирајуће друштвене функције Уставног суда нису више важиле у условима демократске владавине права, али је основа модела, тј. поштовање положаја Савезне скупштине, остала непромењена.

Наравно, прошло је више од 20 година откако се поглавље постојања наших федерација завршило. Наши уставни судови сада раде у потпуно другачијим условима независних држава, а Чешка Република је уз то већ десет година део друге заједнице држава, Европске уније. Тиме се отвара читав низ нових питања.

Измењени су само процес и последице одлука о усклађивању уставних закона федерације и република. Као прво, Уставни суд више није могао одлучивати без учешћа уставних судова република, јер је

45) Тај захтев је истражио Цаца, Ђ.: *Уставности и законитости у СФРЈ и улога уставних судова у њиховој заштити*. Београд: Савремена администрација, 1974, стр. 92.

46) Овом приликом се присећам расправе коју сам на ту тему водио са генералним секретаром Уставног суда Југославије, Урошем Голубовићем, током моје посете 1978. године. Он је покушао да истакне, користећи практичне примере судија Уставног суда који нису били правници (већ углавном политичари), да то може бити корисно за процес доношења одлука таквог суда.

члан 3. (б) горенаведеног уставног закона уређивао да ће „у случајевима неусклађености између уставних закона Чешког националног савета и Словачког националног савета и уставних закона Савезне скупштине, Уставни суд захтевати мишљење уставног суда дате републике пре него што донесе сопствену пресуду“.

Овде се може приметити да је необично ојачана позиција уставних закона република, иако не у мери у којој је то учињено у југословенском Уставу из 1974. године, у члану 378, по коме је Уставни суд био овлашћен да само изрази мишљење о сукобу између федералног и републичког устава. Због тога нису биле предвиђене никакве експлицитне одредбе за даљи законски поступак у случају да до таквог сукоба дође, што је створило предуслове за правно дословно нерешиве ситуације у федерацији, у којој није било једне преовладавајуће политичке снаге. У таквим околностима, ослањање на политичке нагодбе⁴⁷ представља сигуран пут у пакао. И на крају – ни једној од бивших комунистичких федерација није пошло за руком да уставним путем пронађе решење за очување федерације (Совјетски Савез – спорови о ваљаности референдума, Југославија – без коментара, Чехословачка – уставно утемељен споразум о престанку постојања федерације).

Чехословачка законска регулатива је у овом смислу отишла нешто даље и омогућила Уставном суду да се огласи о поменутом сукобу. Међутим, постојала је велика разлика у односу на поступак констатовања неуставности других правних регулатива (обични закони, правни акти). У овом случају „релевантна регулатива или одређене одредбе у њој престаће да важе; органи који су предвидели такву регулативу дужни су да у року од шест месеци од датума објављивања пресуде Уставног суда обезбеде усклађивање дате регулативе са уставним законима и међународним уговорима или законима Савезне скупштине. У случају неизвршења, такви закони, њихови делови или одредбе, престаће да важе, шест месеци након датума објављивања пресуде; *ipso iure* наведено се неће примењивати на уставне законе Чешкој националној савети и Словачкој националној савети.“

Истини за вољу, формулација ове одредбе није била сасвим јасна, јер би се федерација нашла у незавидном положају да је проглашен сукоб између савезног устава и устава републике, немоћна да спроведе своје одлуке против воље републике.⁴⁸ С друге стране, чак и да је репу-

47) Тако је ову одредбу закона објаснио Kristan, I.: *Soustava ústavních soudů v Jugoslávii. Právník*, Issue 1, стр. 47. Цаца, Ђ.: *н. г.*, стр. 255, још више нагласивши политичка средства и политичке одлуке, али то је била 1974. године, када је таква улога била повезана са деловањем комунистичке партије.

48) Начин на који се обезбеђује спровођење одлука Уставног суда Републике Чешке или Уставног суда чехословачке федерације, никада није изричито наведен неком одредбом.

блика поштовала одлуку, али изнела тврдњу да јој треба више времена за усклађивање, то би значило да би или остала без устава, или могла да функционише чак и у сукобу са савезним уставом.⁴⁹ Сматрам да се таква ситуација јавила након усвајања Устава Републике Словачке, 1. септембра 1992. године, мада би се о томе можда могло дискутовати. Међутим, Уставном суду није дата прилика да се о томе изјасни, јер ниједна од заинтересованих страна није уложила захтев у том смислу. Штавише, то се није ни могло очекивати, јер је одлука о распуштању федерације до краја 1992. године већ донета, а бројни уставни амандмани су усвојени од октобра 1992. године да би се двома републикама благовремено омогућило, правним средствима, да се припреме за своје независно постојање.

5. Неколико завршних речи

Дозволите ми да у закључку изнесем лични коментар. Са задовољством примећујем, приликом ове 50-годишњице, да сам био један од изузетака који су наставили да се занимају за развој уставног судства у Југославији тог времена. После дужег уложеног труда, успео сам да се упознам са деловањем Уставног суда Југославије и Уставног суда Србије, овде у Београду 1978. године, иако само на три месеца. У мојој библиотеци још увек се могу пронаћи *Билтени Уставног суда* који су ми помогли да се снађем у том новом пољу. Тако, и лично славим 35. годишњицу познанства са уставним судством некадашње Југославије, увек се са захвалношћу сећајући својих тадашњих ментора: Павла Николића, Војислава Симовића и Јована Ђорђевића, као и других колега са Института друштвених наука и Института за упоредно право.

Молим Вас да, овим важним поводом, примите честитке потпредседника Уставног суда Чешке Републике, Павела Ричетског, и других мојих колега, које нису само званичан израз признања, већ и подсећање на далеку и плодно сарадњу и пријатељске односе које ћемо, надам се, бити у могућности да обновимо. Желео бих да нагласим да израз признања утицају који је југословенско судство имало у Чехословачкој 1968, када су многа решења заснована на југословенском, аустријском (као што знате, имали смо дугу заједничку уставну прошлост) и немачком искуству нашла израза у нашем Закону о чехословачкој федерацији, није само формалност. Југословенско уставно судство је од почетка уживало међународно признање, што доказује и то да је прва међународна Конференција Европских уставних судова одржана

49) У правном смислу, не би било могуће приморати национални савет да исправи ситуацију.

у Дубровнику 1972. године. Са иницијативом се наставило, као што показују већ отпочете припреме за XVI конгрес конференције уставних судова.

Током последњих 50 година, југословенско уставно судство, у виду Савезног уставног суда и уставних судова савезних република и аутономних територија, постало је важан део концепта европског уставног правосуђа. Задовољство ми је да приметим да историјско искуство показује, чак и на овој конференцији, да је институција уставног судства оно што наставља да спаја некадашње југословенске републике, а данас независне државе, а не да их раздваја. То је најдрагоценије откриће које ћу са собом понети из Београда.

Резиме

У овом раду се анализира утицај југословенског уставног законодавства и уставног правосуђа на уставни систем у Републици Чешкој (или претходној Чехословачкој). Након општег увода, у коме аутор износи нека уопштена запажања о променама у радном механизму Уставног суда Републике Чешке после уласка у Европску унију, следи суштински део, који се састоји од четири поглавља у којима се нуди преглед српско-чешких надахнућа у области права. Прво поглавље је посвећено најстаријем периоду, друго стању између светских ратова и недуго након њих. Треће поглавље бави се утицајем југословенског Устава из 1963. године на уставне одредбе за уставну правичност у Чехословачкој, 1991. године. Завршно промишљање посвећено је надахњујућем и уједињујућем значају института уставне правде.

ПОЛОЖАЈ И ПЕРСПЕКТИВА УСТАВНОГ СУДСТВА

Увод

Историјски развој уставног судства који траје скоро десет деценија, почев од оснивања Уставног суда Аустрије (1920), преко Чехословачке, Шпаније, Италије, Њемачке, Француске, Португалије, Пољске, Русије, Казахстана до далеке Јужне Африке (1996–1997),¹ потврђује његов есенцијални значај у заштити устава и уставности, људских права и слобода, развоја демократије и правне државе².

Уставно судство, као посебна државна институција високог ауторитета, надлежна за заштиту уставности, тековина је новијег датума која се у свом сталном развоју и акцији, као и право (*law in public action*), суочава са разноврсним изазовима и дилемама, отвореним питањима за чије су рјешавање нужне сталне реформе.³

Положај Уставног суда Црне Горе у систему подјеле власти

Устав Црне Горе⁴, проглашен 22. октобра 2007. године, владавину права истиче у преамбули Устава (поред других основних вриједности: слобода, мир, толеранција, поштовање људских права и слобода, мултикултуралност и демократија), као основну обавезу (опредјељење) грађана.

1) У Јужној Африци, у Cape Town, је одржана прва Свјетска конференција уставних судова (23–24. јануар 2009), на тему: „Influential Constitutional Justice: its influence on a society and on developing a global human jurisprudence“, а у организацији Уставног суда Јужне Африке и Венецијанске комисије. У свом раду, Уставни суд Јужне Африке је имао помоћ од Савезног уставног суда Њемачке. Р. Haberle, *н. г.*, стр. 119, 193.

2) Примјетан је побједоносни ход (њемачког) појма правне државе заједно са англоамеричким „rule of law“ и „due process“ у реформским земљама источне Европе. Тако и Р. Haberle, *н. г.*, стр. 238.

3) Петар Хаберле, *Уставна држава*, Загреб, 2002.

4) „Службени лист Црне Горе“, број 1/07.

Уставни систем Црне Горе почива на подели власти у облику парламентарног система. Одступање од парламентарног система власти огледа се у непосредном избору председника Црне Горе.⁵

Државна власт у Црној Гори уређена је на начелу диобе власти на: законодавну, извршну и судску. Судска власт контролише извршну и законодавну тако што контролише законитост њихових појединачних аката. Са друге стране, одлуке судова не подлијежу контроли друге двије гране власти. Устав одређује да начело диобе власти почива на равнотежи и међусобној контроли. Законодавна и извршна власт утичу на уставносудску власт и судску власт тако што предлажу и доносе законе којима се уређује рад Уставног суда и редовних судова и обезбјеђују услови за њихов рад. Осим хоризонталне, диоба власти, обухвата и вертикалну димензију, која је ограничена Уставом зајамченим правом на локалну самоуправу⁶.

У тој тродиоби Устав даје посебно мјесто Уставном суду. Уставом је, генерално, опредијељен аустријско-европски континентални модел уставног судства. Уставни суд је издвојен из структуре државне власти⁷, као инструмент конституализације у смислу ограничавања и контроле државне власти, као посебан орган, који штити уставност и законитост, односно уставно-правни поредак, људска права и слободе зајемчене Уставом. Као чувар уставне демократије Уставни суд одлучује у ситуацијама када остали органи власти не рјешавају спорове у складу са начелом владавине права.⁸ Смисао начела диобе власти није организационо и функционално одвајање трију темељних грана власти, него у томе да омогући узајамну провјеру и равнотежу између носилаца највиших државних функција.

Финансијска средства за рад Уставног суда се обезбјеђују у посебном раздјелу буџета Црне Горе. Уставни суд припрема предлог раздјела годишњег буџета Црне Горе за рад Уставног суда и доставља га Влади Црне Горе.⁹ Министарство финансија припрема нацрт закона

5) „Председник Црне Горе бира се на основу општег и једнаког бирачког права, непосредним и тајним гласањем“ (члан 96. Устава).

6) У локалној самоуправи одлучује се непосредно и преко слободно изабраних представника; Право на локалну самоуправу обухвата право грађана и органа локалне самоуправе да уређују и управљају одређеним јавним и другим пословима, на основу сопствене одговорности и у интересу локалног становништва (члан 113. Устава).

7) Власт је уређена по начелу подјеле власти на: законодавну, извршну и судску; законодавну власт врши Скупштина, извршну власт врши Влада, а судску суд; власт је ограничена Уставом и законом; уставност и законитост штити Уставни суд (члан 11. ст. 1, 2, 3. и 6. Устава).

8) Црна Гора је независна и суверена држава, републиканског облика владавине, грађанска, демократска, еколошка и држава социјалне правде, заснована на владавини права (члан 1. Устава).

9) Члан 90. Закона о Уставном суду Црне Горе.

о буџету државе. Влада Црне Горе утврђује предлог закона о буџету који доноси Скупштина Црне Горе за све потрошачке јединице, па и за Уставни суд Црне Горе. Предсједник Уставног суда има право да учествује у раду сједнице Скупштине на којој се расправља о предлогу буџета Црне Горе.¹⁰

Скупштина Црне Горе доноси Закон о Уставном суду Црне Горе којим се уређује организација Уставног суда Црне Горе, поступак пред Уставним судом и друга питања од значаја за рад Уставног суда. Уставни суд не учествује у процедури предлагања и доношења Закона. Законом о Уставном суду Црне Горе¹¹ прокламовано је начело самосталности и независности Уставног суда, према коме „нико не смије утицати на Уставни суд, приликом одлучивања о питањима из његове надлежности“.¹²

Састав Уставног суда Црне Горе

Амандманима XV и XVI Устава Црне Горе, од 31. јула 2013. године („Службени лист Црне Горе“, број 38/13), измијењен је начин избора¹³ предсједника и судија Уставног суда, дужина трајања мандата, као и начин одлучивања у поступку по уставној жалби¹⁴. Разлози за престанак функције предсједника и судије Уставног суда, такође су предмет уставног уређивања.¹⁵

10) Члан 91. Закона о Уставном суду Црне Горе.

11) „Службени лист Црне Горе“, бр.64/08, од 27. октобра 2008. године.

12) “Уставни суд одлучује самостално и независно о питањима из своје надлежности која су утврђена Уставом Црне Горе. Нико не смије утицати на Уставни суд приликом одлучивања о питањима из његове надлежности.“ (члан 2.).

13) Судија Уставног суда бира се на вријеме од 12 година. Судије Уставног суда бира и разрјешава Скупштина, и то: двоје судија на предлог предсједника Црне Горе и пет судија на предлог надлежног радног тијела Скупштине по расписаном јавном позиву који предлагачи спроводе. Судија Уставног суда бира се из реда истакнутих правника са најмање 40 година живота и 15 година радног искуства у правној струци. Судије Уставног суда из свог састава бирају предсједника Уставног суда на вријеме од три године. Исто лице може бити бирано само једном за предсједника и судију Уставног суда. Предсједник и судија Уставног суда не могу вршити посланичку и другу јавну функцију нити обављати другу дјелатност.

14) Уставни суд о уставној жалби одлучује у вијећу састављеном од троје судија. Вијеће може одлучивати само једногласно и у пуном саставу. Ако се у вијећу не постигне једногласност, о уставној жалби одлучиће Уставни суд у складу са ставом 1. овог члана.

15) Уставом Црне Горе утврђена су четири основа за престанак функције предсједника и судије Уставног суда: 1) прије истека мандата ако то сам затражи; 2) кад испуни услове за старосну пензију; 3) ако је осуђен на безусловну казну затвора и 4) разрјешењем (члан 154. Устава).

Предсједник и судија Уставног суда уживају посланичку имунитетску заштиту.¹⁶ То значи да предсједник и судија Уставног суда не могу бити позвани на кривичну или другу одговорност за изражено мишљење или гласање у вршењу судијске функције. Против предсједника и судије Уставног суда не може се покренути кривични поступак нити одредити притвор, без одобрења Скупштине, осим ако су затечени у вршењу кривичног дјела за које је прописана казна у трајању дужем од пет година затвора. Предсједнику и судији Уставног суда престаје функција и разрјешавају се дужности прије истека времена на које су изабрани ако то сами затраже, кад испуне услове за старосну пензију или ако су осуђени на безусловну казну затвора и ако су осуђени за дјело које их чини недостојним за вршење функције, ако трајно изгубе способност за вршење функције или јавно испољавају своја политичка увјерења.¹⁷ Законом о Уставном суду ближе је уређен поступак¹⁸ утврђивања разлога за престанак функције судије прије истека времена на које је изабран.

Надлежност Уставног суда Црне Горе

Надлежност Уставног суда, у цјелини је уставна материја (*materia constitutionis*) и одређена је методом енумерације (таксативног

16) „Имунитет, као и посланик, уживају: предсједник Црне Горе, предсједник и чланови Владе, предсједник Врховног суда, предсједник и судије Уставног суда, врховни државни тужилац“ (члан 86. став 4. Устава).

17) члан 154. ст. 1. и 2. Устава.

18) “Судија Уставног суда подноси захтјев за престанак функције прије истека времена на које је изабран Предсједнику Црне Горе и Скупштини; ако Скупштина не донесе одлуку о захтјеву из става 1. овог члана, у року од 30 дана од дана подношења захтјева, судији Уставног суда престаје функција истеком тог рока“ (члан 7).

„О покретању кривичног поступка против предсједника или судије Уставног суда надлежни суд је дужан без одлагања да обавијести Уставни суд; у случају из става 1. овог члана, предлог да предсједник Уставног суда не врши дужност могу поднијети најмање троје судија Уставног суда, а предлог да судија Уставног суда не врши дужност може поднијети предсједник Уставног суда; у доношењу одлуке не учествује предсједник, односно судија о чијем вршењу дужности се одлучује“ (члан 8).

„Иницијативу за утврђивање испуњења услова за престанак функције због стицања права на старосну пензију, односно осуде на безусловну казну затвора или разлога за разрјешење судије Уставног суда подноси предсједник Уставног суда, а за предсједника Уставног суда најмање троје судија Уставног суда; о доношењу правоснажне осуђујуће пресуде против предсједника или судије Уставног суда надлежни суд је дужан да без одлагања обавијести Уставни суд“ (члан 9).

„Уставни суд ће обавијестити предсједника Црне Горе и Скупштину о истеку мандата судије Уставног суда и о испуњењу услова за старосну пензију, најкасније шест мјесеци прије наступања разлога за престанак функције“ (члан 10).

набрајања). У окриву својих девет надлежности¹⁹, Уставни суд рјешава све облике „нарушавања Устава“, а међу њима се налазе уставноправни спорови који нијесу типични „уставни спорови“ (изборни спорови и спорови у вези са референдумом који нијесу у надлежности других судова). Уставни суд одлучује о сагласности закона с Уставом и потврђеним и објављеним међународним уговорима; о сагласности других прописа и општих аката с Уставом и законом, односно о уставности и законитости, свих општих аката и других прописа које доносе законодавна и извршна власт.

Основна надлежност Уставног суда је контрола уставности и законитости или тзв. нормативна контрола – а posteriori (заштита *in abstracto*), која представља опште добро европског јавног права (Silvio Gambino). Контроли уставности подлијежу закони, како у материјалном, тако и у формалном смислу. У најважнијем уставном спору, контроли уставности или законитости општих аката, Уставни суд, по покретању поступка до доношења коначне одлуке, на захтјев подносиоца предлога, односно иницијативе, сагласно Закону о Уставном суду²⁰ може обуставити извршење појединачног акта или радње предузете на основу закона или другог општег акта чију уставност или законитост оцјењује, уколико подносилац предлога, односно иницијативе учини извјесним наступање неотклоњивих штетних посљедица.

Сви општи правни акти у правном поретку Црне Горе подложни су оцјени уставности и законитости. Уставни суд одлучује о уставности свих закона и општих аката које доноси Скупштина Црне Горе и о уставности и законитости општих подзаконских аката за спровођење закона, као и других општих аката које доноси Влада Црне Горе (уредбе, одлуке и др.). Поред тога Уставни суд одлучује о сукобу надлежности између извршне власти (Владе) и судова и органа јединица локалне самоуправе и о сагласности са Уставом мјера и радњи које Влада предузима за вријеме ратног и ванредног стања.²¹

19) „Уставни суд одлучује: 1) о сагласности закона са Уставом и потврђеним и објављеним међународним уговорима; 2) о сагласности других прописа и општих аката са Уставом и законом; 3) о уставној жалби због повреде људских права и слобода зајамчених Уставом, након исцрпљивања свих дјелотворних правних средстава; 4) да ли је предсједник Црне Горе повриједио Устав; 5) о сукобу надлежности између судова и других државних органа, између државних органа и органа јединица локалне самоуправе и између органа јединица локалне самоуправе; 6) о забрани рада политичке партије или невладине организације; 7) о изборним споровима и споровима у вези са референдумом који нијесу у надлежности других судова; 8) о сагласности са Уставом мјера и радњи државних органа предузетих за вријеме ратног и ванредног стања; 9) врши и друге послове утврђене Уставом“ (члан 149. Устава).

20) Члан 43. Закона.

21) Члан 149, став 1, тач. 2, 5. и 8. Устава.

Уставни суд врши и тзв. конкретну контролу појединачних правних аката²² (заштита *in concreto*), односно штити људска права и основне слободе у поступку по уставној жалби. Тиме се, по узору на њемачки и аустријски модел успоставља далекосежно уставно судство. У овом поступку Уставни суд може укинути било коју пресуду донесену од стране редовних судова у Црној Гори, укључујући и пресуде Врховног суда Црне Горе, као и други појединачни акт донесен од стране другог овлашћеног тијела, ако утврди да тај акт крши уставна права и слободе грађана. Изузетно, Уставни суд, у поступку по уставној жалби може наредити да се обустави извршење појединачног акта до доношења коначне одлуке на захтјев подносиоца жалбе, уколико подносилац жалбе учини извјесним наступање неотклоњивих штетних посљедица.²³ На овај начин, у поступку по уставној жалби, остварује се и превентивна улога Уставног суда.

Због великог броја уставних жалби, након увођења института уставне жалбе Уставом из 2007. године²⁴, Уставни суд се све више „удаљава“ од своје класичне надлежности, апстрактне контроле закона и других прописа. Преглед примљених уставних жалби у периоду од 2007. до 2013. године, показује да је број изјављених уставних жалби у сталном порасту. Због „популаризације“ института уставне жалбе (које у укупном броју уставносудских предмета чине око 85%) и ограничених кадровских капацитета (недовољан број уставносудских савјетника), Уставни суд се суочава с великим бројем неријешених жалби.

22) У циљу разграничења „специфичног уставног права“ од „обичног законског права“, Уставни суд постепено развија низ конкретних правних ставова, уз уважавање доктрине уставносудске „узддржљивости“ у испитивању уставности судских одлука. Приликом оцјене оспорених судских одлука, Уставни суд, у границама своје уставне надлежности, у својој досадашњој пракси ограничавао се само на укидање судских одлука у којима је дошло до повреда Уставом зајемчених права и слобода и права из Европске конвенције. Наравно, Уставни суд своју праксу заснива на релевантној пракси Европског суда за људска права. Са тог становишта у поступку по уставној жалби, остварује се и превентивна улога Уставног суда, јер из одредбе члана 35. став 1. Конвенције произилази да Суд може узети предмет у поступак тек када се исцрпе сви унутрашњи правни љекови.

23) Члан 52. став 2. Закона о Уставном суду.

24) Према Резолуцији Одбора министара Савјета Европе, са допунске – 994. сједнице од 9. маја 2007. године,²⁴ Црна Гора се сматра чланицом Конвенције, с дејством од 6. јуна. 2006. године тј. од проглашења независности. Приликом полагања исправа о ратификацији Конвенције од 3. марта. 2004. године, сматра се такође, да је Црна Гора приложила и декларацију у вези с чланом 57. Конвенције те резерве у односу на чл. 5. и 6. Конвенције. Међутим, Европски суд за људска права је утврдио другачије временско важење Конвенције у односу на Црну Гору *ratione temporis* и *ratione personae*. Наиме, Европски суд је утврдио да се временско важење Конвенције у односу на Црну Гору рачуна од 3. марта 2004. године, то јест од дана ратификације Конвенције од стране бивше Државне заједнице Србија и Црна Гора.

Томе свакако доприноси чињеница да се, према ставу Европског суда, заузетог у предмету *Бијелић ирошић Црне Горе и Србије* (пресуда, 28. 4. 2009, захтјев број 11890/05)²⁵, примјена Конвенције, а тиме и јурисдикција Европског суда, протеже ретроактивно од 3. марта 2004. године, а не од њеног приступања Савјету Европе (тј. од 11. маја 2007. године), чиме је пред Уставни суд, постављен велики захтјев – оцјене усклађености правног поретка Црне Горе за тај период.²⁶

Поред наведених, Уставни суд има надлежности за доношење одлуке о повреди Устава од осталих органа власти (да ли је предсједник Црне Горе повриједио Устав и др.), о сукобу надлежности између државних органа који врше судску и извршну власт, као и сукобе надлежности између државних органа јединица локалне самоуправе и између органа локалне самоуправе.

Одлука Уставног суда Црне Горе има укидајуће (касационо) дејство. Њоме се окончава уставни спор и из правног система уклања неуставни пропис, отклања повреда уставних слобода и права грађана, рјешава сукоб надлежности, утврђује да ли је предсједник државе повриједио Устав, одлучује о забрани рада политичке партије и невладине организације, утврђује повреда права у току изборног процеса за избор органа власти и друго.

Са становишта временског елемента – укидајућа одлука Уставног суда има дејство *ex nunc*, изузетно и *ex tunc*, а са становишта учесника у уставном спору – дејство *erga omnes* или *inter partes*. У том смислу, дејство одлуке Уставног суда подразумијева да је забрањена примјена закона који је престао да важи не само убудуће већ и на правне односе који су настали прије дана објављивања одлуке Уставног суда, уколико до тог дана нијесу правоснажно ријешени.²⁷ На овај начин одлука Уставног суда дјелује ограничено *ex tunc*, али и превентивно јер се

25) 69. “...с обзиром на практичне услове прописане чланом 46. Конвенције, као и принципа да основна права која су заштићена међународним уговорима о људским правима треба уистину да припадају појединцима који живе на територији дотичне државе потписнице, без обзира на њен каснији распад или сукцесију (в. *mutatis mutandis*, став 58. ове Пресуде), Суд је мишљења да треба сматрати да су и Конвенција и Протокол број 1 били стално на снази у односу на Црну Гору од 3. марта 2004. године, између 3. марта 2004. године и 5. јуна 2006. године, као и након тога (в. ставове 53–56 раније у тексту ове Пресуде)“.

26) „Из приступа који је у случају *Бијелић ирошић Црне Горе* (2009) прихватио Европски суд изводи се и следеће опће правило: темељна права из међународних уговора о људским правима, као што је Конвенција, морају бити осигурана свим особама које живе на територији (бивше) одговорне државе странке, без обзира на накнадну дисолуцију или сукцесију те државе.“ – Јасна Омејец, Конвенција за заштиту људских права и основних слобода у пракси Европског суда за људска права – *Strasbourgški acquis* – Нови информатор, Загреб, 2013, стр. 625.

27) Члан 46. Закона о Уставном суду.

извршење коначних и правоснажних појединачних аката донијетих на основу прописа који се више не могу примјењивати, не може дозволити ни спровести, а ако је извршење започето, обуставиће се.

Одлука Уставног суда Црне Горе је општеобавезна²⁸, извршна²⁹ и коначна³⁰ и морају је извршавати сви субјекти на које се односи. Влада Црне Горе³¹, на захтјев Уставног суда, када је то потребно обезбјеђује њихово извршење из буџетских средстава Црне Горе.

Закључак

Наведене уставне и друге гаранције, међутим, не обезбјеђују стварну независност судија Уставног суда у обављању функције, јер уставно прокламовање независности судства, само по себи, не значи и његово остварење у стварности. Остваривање уставне улоге Уставног суда, у конкретном друштвеном контексту и датом моменту, није могуће, без постојања или обавезе обезбеђења одговарајућих услова рада и материјалног положаја судија Уставног суда, који би имали макар законски и конкретан организациони, технички и оперативни израз, као реални услов за испуњење прокламованих уставних принципа и остваривања мјеста и улоге Уставног суда у правном поретку и конкретним околностима.

Пропуштањем да се актом уставне снаге предвиде принципи адекватног уређења питања судијске зараде и услова рада, остављен је правни простор који се може и не мора уредити законом. Позитивноправна законска решења на овом плану се могу оцијенити као несистематизована и некохерентна. Тако је, нпр. питање зараде судије Уставног суда, регулисано Законом³², којим су уређене зараде и друга питања носилаца правосудних функција. Без адекватних материјалних и техничких услова за непосредно вршење уставносудске власти, у односу на доминације

28) Обавезност одлуке Уставног суда значи да се послје њеног објављивања нико не може позивати на закон, односно други општи или појединачни акт, за који је утврђено да је противустанован, односно противзаконит.

29) Извршност одлуке Уставног суда изражава се у обавези државних и других органа да у оквиру својих права и дужности извршавају одлуку Уставног суда, а за њено неизвршавање предвиђена је санкција због кривичног дјела-неизвршење судске одлуке (члан 395. став 1. Кривичног законика („Сл. лист РЦГ“, бр. 70/03, 13/04, 47/06 и „Сл. лист ЦГ“, бр. 40/08, 25/10, 32/11 и 40/13)).

30) Коначност одлуке Уставног суда подразумијева да против ње у правном систему Црне Горе, нема правних љекова, нити се о њој више може расправљати. Устав не допушта преиспитивање укидајућих одлука, послје објављивања, односно достављања учесницима у поступку.

31) Члан 151, став 3. Устава.

32) Закон о зарадама и другим примањима носилаца правосудних и уставно-судских функција („Службени лист Републике Црне Горе“, бр. 36/07 и 53/07).

органа законодавне и извршне власти на овом плану, чији је утицај, институционални или ванинституционални, често непримјерено присутан. Критике на рад Уставног суда, углавном су паушалне процјене оних који преко оспоравања одлука Уставног суда покушавају да остваре своје политичке циљеве, при чему често те одлуке и не прочитају.

Томе потенцијално доприноси чињеница да према Амандману XVI, највише политичко тијело (Скупштина), врши избор свих седам судија Уставног суда и да је одредбама члана 5.³³ Уставног закона за спровођење Амандмана I до XVI на Устав Црне Горе („Службени лист Црне Горе“, број 38/13), прописано да ће се за избор свих судија Уставног суда расписати јавни позив, у року од 30 дана од дана усклађивања Закона о Уставном суду с Амандманима. Одредбом члана 93ц Закона о измјенама и допунама Закона о Уставном суду Црне Горе³⁴, прописано је да досадашњи предсједник и судије Уставног суда настављају са радом до избора свих судија Уставног суда, односно потребног броја судија Уставног суда за одлучивање, у складу с Уставом и овим законом, из чега произилази да досадашњем предсједнику и судијама мандат престаје на основу закона, а не Устава или Уставног закона.

Такав начин избора и престанка функције судија Уставног суда, не пружа довољно правних гаранција да ће се њихов избор извести на основу објективних критеријума и стручности носилаца уставносудске функције, односно да и будуће судије без обзира на уставни мандат (од 12 година), у току трајања мандата неће бити подвргнути политичкој подобности политичара на власти.³⁵ Поред тога, у Црној Гори, као и у региону и даље је актуелан потпуно погрешан приступ да се положај Уставног суда (судија и стручних сарадника у Уставном суду) и даље позиционира у оквиру редовног судства и државне управе, и ако они нијесу еквиваленти. Ваља подсетити на мисао Доналда Хоровица: „Недвосмислено се истиче да највећи ризик од политизације

33) Закон о Уставном суду Црне Горе ускладиће се са Амандманима у року од 45 дана од дана ступања на снагу овог закона. Јавни позив за избор свих судија Уставног суда расписаће се у року од 30 дана од дана усклађивања прописа из става 1. овог члана.

34) „Службени лист Црне Горе“, број 46/13, од 2. октобра 2008. године.

35) Влада Црне Горе је 8. октобра 2013, на посебној сједници, усвојила преговарачку позицију за 23. поглавље (Правосуђе и темељна права), као и преговарачку позицију за 24. поглавље (Правда, слобода и безбједност), која су одмах достављена литванском предсједништву на даље поступање. Тиме је Црна Гора испунила све обавезе у припреми за отварање оба поглавља у области владавине права. Преостаје да Европска комисија сачини заједничку преговарачку позицију за 23. поглавље Правосуђе и темељна права, као и за 24. поглавље Правда, слобода и безбједност које након тога треба да усвоје државе чланице ЕУ, како би се до краја године сазвала Међувладина конференција на којој ће бити отворена ова два поглавља.

у процесу конституисања суда постоји уколико је искључиво парламент надлежан за избор свих судија.“ Такође уставни услов за избор судије: „истакнути правник“ је неодређен стандард, тако да се слажемо са мишљењем Драгана Стојановића да треба: „уставом прецизирати и објективизирати стандард истакнути правник“.³⁶

Да би Уставни суд, могао дјелотворно штитити људска права и основне слободе, односно досљедно проводити принцип владавине права, битно је да се, у његовим односима према тијелима законодавне, извршне и судске власти, фактички осигура његова организациона и функционална независност и да све три власти, примјењују, односно проводе одлуке Уставног суда, без обзира какав интересни или вриједносни став имају о појединој одлуци. „Изворна намјера уставног правосуђа, која се састоји у спрјечавању великих неправди“³⁷, није више довољна. У том смислу, за ефикасан рад и пуну независност Уставног суда, у постојећим условима, неопходне су измјене садашњег закона о његовом раду и сопствени буџет.

Независно уставно судство, међутим, не подразумијева само прокламовање независности, већ промјене у друштвеним односима, стварање свих потребних услова за његово функционисање и давање гаранција њихове пуне независности, кроз одговарајући друштвени и социјални статус, њихову економску самосталност, услове рада и одговарајући углед. Само на тај начин Уставни суд Црне Горе ће се, у постојећим нормативним условима, моћи укључити у савремене европске токове уставносудске заштите и дати свој пуни допринос уставноправном развоју Црне Горе и ефикаснијој заштити људских права.

Уређивање поступка, услова за избор судија Уставног суда, престанак функције и остала питања од значаја за рад Уставног суда, законом уставне снаге, донесеним у поступку за доношење Устава (односно Уставним законом), спрјечило би законодавца да честим измјенама Устава и закона утиче на његов положај.

Правосуђе и људска права представљају материју о којој се преговара у оквиру Поглавља 23. (Правосуђе и темељна права). Успјешно спровођење реформи у овој области за Црну Гору је предуслов за испуњавање обавеза које произлазе из Поглавља 23, али се тиме и доприноси даљој изградњи простора слободе, правде и безбједности у Европској унији, ради успостављања независног правосуђа и уставног судства, у које би већина грађана имала повјерења.

36) Драган Стојановић: „Премисе уставне контроле права и њихово остваривање у пракси Уставног суда Србије“, Збирка, *Улога и значај уставног суда у остваривању владавине права*, Република Србија, Уставни суд Србије, Београд 2013, стр. 112–135.

37) Отфрид Хефе, *Правда*, Филозофски увод, Нови Сад, Академска књига, 2008, стр. 62.

АКТУЕЛНА ПИТАЊА РАДА УСТАВНОГ СУДА УКРАЈИНЕ У САВРЕМЕНОЈ ЕТАПИ

1. Разматрање предмета по уставним иницијативама поднетим од стране грађана и правних лица – основни правац рада Уставног суда Украјине у савременој етапи.

Како показује 17-годишњи рад Уставног суда Украјине, његов правни статус омогућава да се ефикасно штити Устав као Основни закон државе, да се штити стабилност уставног правног поретка, као и слободе и права човека и грађанина, гарантовани на уставном нивоу.

Питања која се постављају пред Уставним судом Украјине и проблеми са којима се он суочава у свом функционисању, указују на то да они представљају одраз реалија у којима живи украјинско друштво.

Са аспекта откривања те узајамне повезаности, ја ћу се управо и потрудити да излажем свој реферат на тему „Актуелна питања функционисања Уставног суда Украјине у савременој етапи“.

Пре свега, желим да се дотакнем једног питања које је важно и актуелно за све органе уставне јурисдикције – обезбеђења приступа како физичких, тако и правних лица тим органима, ради остваривања заштите својих права и слобода. Током последњих неколико година, решавање предмета по уставним иницијативама поднетим од стране грађана и правних лица представља основни правац рада Уставног суда Украјине. Као пример, наводимо да је ове године више од 70% његових одлука донето по иницијативама поднетим од физичких и правних лица.

Ова чињеница је условљена низом разлога, међу којима је главни – релативна политичка стабилност у нашој земљи, која доприноси значајном смањењу уставних иницијатива поднетих од стране субјеката са овлашћењима власти у вези разрешења спорова надлежности међу њима, а такође просветитељски рад којег широко спроводи Уставни суд Украјине ради остваривања права физичких и правних лица на уставну иницијативу у вези тумачења Устава и закона Украјине.

У складу са законодавством Украјине, уставна иницијатива представља процесуални инструмент иницирања уставног поступка од стране физичких и правних лица. Правни основи такве иницијативе су фиксирани у Закону Украјине „О Уставном суду Украјине“, према коме је уставна иницијатива – писана молба Уставном суду Украјине у вези неопходности званичног тумачења Устава Украјине и закона Украјине, са циљем да се осигурају остварење и заштита уставних права и слобода човека и грађанина, а такође права правног лица. У погледу уставне иницијативе, као уосталом и у погледу уставне жалбе, постављају се одређени захтеви, то јест постоје својеврсни филтери који дефинишу оквиру по којима се уставна иницијатива прихвата за разматрање у суду. Тако, Уставни суд Украјине, према важећем законодавству, по иницијативама грађана може да даје тумачења одредби Устава и закона Украјине само онда када постоји њихова неједнака примена од стране судова или других органа власти.

Тако, већ из горенаведеног, а такође узимајући у обзир закључке експерата дате, између осталог, у истраживању о приступу органима уставног правосуђа, усвојеном на 85. пленарној седници Венецијанске комисије, може се извести закључак да подношење уставне иницијативе које постоји у Украјини представља један од облика таквог приступа уставном правосуђу, напоредо са различитим варијантама уставне жалбе које постоје у светској уставној пракси. При томе, уставна иницијатива у суштини врши функцију нормативне уставне жалбе, која је њена најраширенија форма. Овај закључак потврђује, између осталог, и то да у оквиру поступка ради разматрања уставне иницијативе, у случајевима предвиђеним законом Суд може да решава и питања уставности. Тако, у складу са нормама Закона Украјине „О Уставном суду Украјине“, ако Суд, разматрајући предмет о званичном тумачењу закона (појединих његових одредби), утврди његову несагласност са Уставом Украјине (неуставност), у истом том поступку он може да разреши питање у вези неуставности овог закона. И то је логично, јер официјелно се тумаче само оне норме закона, које су сагласне са Уставом Украјине. Управо зато њиховом официјелном тумачењу, овако или онако, претходи разјашњавање питања њихове уставности.

Оваквих примера у пракси Уставног Суда Украјине има прилично. Као један од њих, можемо навести предмет уставне иницијативе грађанке З. Г. Галкине у вези званичног тумачења одредбе четвртог дела, члана 3. Закона Украјине „О спречавању утицаја светске финансијске кризе на развој гране грађевинарства и стамбене изградње“, у коме је Уставни суд Украјине прогласио неуставном одредбу Закона о забрани за физичка и правна лица да раскину било који уговор, чији је резултат била извршена од стране предузимача предаја завршеног објекта или дела објекта стамбене изградње, под условом да је по таквом уговору извршено плаћање

100 процената од вредности објекта (дела објекта) стамбене изградње.¹ Такав закључак је Уставни суд Украјине донео полазећи од тога да су том нормом, супротно захтевима утврђеним у Уставу Украјине, фактички уведена ограничења у погледу поседовања, коришћења и располагања објектима права својине, између осталог, средствима инвеститора.

Допуњујући наведено, хтела бих да подвучем да механизам официјелног тумачења Устава и закона Украјине преко уставне иницијативе физичких и правних лица, пружа истима такође могућност да заштите своја уставна права и слободе на основу одлука донетих од стране Уставног суда Украјине путем ревизије предмета у судовима опште надлежности и органима државне власти. Оваква могућност је условљена тиме да је, по својој правној природи, званично тумачење – нормативно, то јест односи се на неодређени круг лица, намењено је за виšekратну употребу и обавезно је за све.

Истовремено, треба рећи да је прилично плодно функционисање института уставне иницијативе у Украјини праћено дискусијама о потреби увођења уставне жалбе и, на тај начин, ширења овлашћења Уставног суда Украјине у сфери заштите права и слобода човека. Између осталог, ова питања разматра Уставна скупштина, формирана Указом председника Украјине, са циљем да се створи научно заснована Концепција вршења измена Устава Украјине и да се на основу ње припреми одговарајући нацрт закона.

2. Питања, која се покрећу уставним иницијативама и која разматра Уставни суд Украјине су одраз реалија у којима живи украјинско друштво.

2.1. У таква питања пре свега треба сврстати питања права на судску заштиту, права на социјалну заштиту, и права на изборних права.

Како показује статистика, једно од питања која се најчешће покрећу пред Уставним судом Украјине је питање гарантовања права на судску заштиту. Тако се само у годинама 2011–2013. сваки трећи предмет који је решавао орган уставне јурисдикције Украјине тicao (ових или оних) различитих аспеката реализације тог права.

Оваквој актуелности питања гаранције права на судску заштиту допринело је успостављање института административног судског поступка у Украјини (2005. године).

1) Одлука Уставног суда Украјине од 13. марта 2012. године, број 5-рп/2012 у предмету забране раскида уговора о инвестирању у стамбеној изградњи.

Као пример се може навести Одлука Уставног суда Украјине од 7. маја 2002. године², у којој је Суд разграничио надлежност за разматрање појединих аката председника Украјине и Врховне раде Украјине између Уставног суда Украјине и судова опште јурисдикције. У Одлуци од 19. октобра 2009. године³, између осталог, дотакнуто је питање могућности да се у виду административног судског поступка разматрају поједине жалбе, везане за процес избора председника Украјине. Одлуком од 1. априла 2010. године Уставни суд Украјине је у надлежност административних судова ставио решавање земљишних спорова физичких и правних лица са органом локалне самоуправе, као субјектом овлашћења власти, а који су везани за подношење жалби на његове одлуке, чињења или нечињења.⁴ У Одлуци од 21. јуна 2011. године Уставни суд Украјине је прогласио уставним законодавне норме, које не дозвољавају обезбеђење тужбе путем обуставе важења аката Врховне раде Украјине, председника Украјине, Највишег савета правде, и одређивања забране обављања одређених радњи за наведене.⁵ У недавној прошлости је решавање питања везаних за административни судски поступак Уставни суд Украјине наставио у Одлуци од 29. августа 2012. године, остваривши обимну уставноправну анализу судске надлежности за одређене категорије административних предмета.⁶

Треба такође рећи да се међу питањима која разматра Уставни суд Украјине, а која су у вези са обезбеђењем права на судску заштиту, налазе и питања извршења судских одлука.

Тако је само у 2012. и 2013. години Суд донео три такве одлуке; које су се тичале следећих питања: правне природе пресуда привредног суда о одлагању извршења одлука суда⁷; (о) могућности улагања

2) Одлука Уставног суда Украјине од 7. маја 2002. године, број 8-рп/2002 по предмету припадања по надлежности (тј. подређености ресорима – прим.прев.) аката о именовану или отпуштању службених лица.

3) Одлука Уставног суда Украјине од 19. октобра 2009. године, број 26-рп/2009 по предмету о уношењу измена у неке законодавне акте Украјине о изборима за председника Украјине.

4) Одлука Уставног суда Украјине од 1. априла 2010. године, број 10-рп/2010 по предмету о званичном тумачењу одредби првог дела, члана 143 Устава Украјине, тачака а, б, в, г, члана 12, Земљишног законика Украјине, тачке 1, првог дела, члана 17 Законика о управном судском поступку Украјине по уставној представи Највишег управног суда Украјине.

5) Одлука Уставног суда Украјине од 21. јуна 2011. године, број 07-рп/2011 по предмету о овлашћењима државних органа у сфери судског система.

6) Одлука Уставног суда Украјине од 29. августа 2012. године, број 16-рп/2012 по предмету о припадању по судској надлежности (судовима – прим.прев.) одређених категорија управних спорова.

7) Одлука Уставног суда Украјине од 26. јуна 2013. године, број 5-рп/2013 у предмету званичног тумачења одредби тачке 2, другог дела, члана 17, тачке 8; првог

касационих жалби на пресуде судова прве и апелационе инстанце о одбијању да се удовољи захтеву за промену начина и поступка извршења судске одлуке;⁸ (о) могућности обуставе извршног поступка.⁹ У овим одлукама су били формулисани правни ставови, према којима: право на судску заштиту представља уставну гаранцију права и слобода човека и грађанина, а обавезно извршење судских одлука је неодојиви део права сваког човека на судску заштиту и укључује, између осталог, законодавно дефинисан комплекс радњи усмерених на заштиту и обнову нарушених права, слобода, законских интереса физичких и правних лица, друштва, државе; у складу са закључцима Уставног суда Украјине, неизвршење судске одлуке угрожава суштину права на праведно разматрање предмета од стране суда.

Посебну пажњу у пракси Уставног суда Украјине заслужују предмети у вези са питањима социјалне заштите грађана. Као и у многим земљама света, међународна економска криза је имала своје негативне последице и у Украјини, што је, сасвим логично, утицало на остваривање и реализацију државних социјалних програма.

Врховна рада Украјине је много година узастопце решавала овај проблем тако што је нормама закона о државном буџету Украјине за одговарајућу годину обустављала важење норми низа социјалних закона који су предвиђали исплату различите врсте социјалних повластица, компензација и гаранција. Такву праксу је више пута Уставни суд Украјине прогласио неуставном. Али, све до 2011. године, сваке године, Уставни суд Украјине се суочавао са једним те истим питањима смањења социјалних давања најновијим законом о државном буџету Украјине. Године 2011, Врховна рада Украјине је другачије регулисала тај проблем, и то: у Закону Украјине „О државном буџету Украјине за 2011. годину“ дала је Влади Украјине овлашћења да утврђује начин извршења социјалних закона.

Уставни суд Украјине је наведене одредбе Закона прогласио уставним¹⁰, полазећи, пре свега, од тога да социјално-економска права

дела, члана 26; првог дела, члана 50. Закона Украјине „О извршном поступку“ по уставном обраћању акционарске компаније „Харковобленерго“.

8) Одлука Уставног суда Украјине од 25. априла 2012. године, број 11-рп/2012 у предмету званичног тумачења одредби тачке 20. првог дела, члана 106; првог дела, чл. 111–113. Законика Украјине о привредном поступку, у узајамној вези са одредбама тачака 2, 8. трећег дела, члана 129. Устава Украјине, по уставној иницијативи грађанина Алексеја Леонидовича Шаповалова.

9) Одлука Уставног суда Украјине од 13. децембра 2012. године, број 18-рп/2012 у предмету потраживања дугова од предузећа у горивно-енергетском комплексу.

10) Одлука Уставног суда Украјине од 26. децембра 2011. године, број 20-рп/2011 у предмету сагласности са Уставом Украјине (уставности) тачке 4, VII одељка

предвиђена Законом – нису апсолутна. Механизам реализације ових права зависи од економског благостања државе и држава га може изменити, између осталог, због немогућности да их финансијски обезбеди путем пропорционалне прерасподеле средстава, са циљем да се сачува баланс интереса целог друштва. Осим тога, примена оваквих мера може да буде условљена потребом да се спрече или отклоне реалне претње економској безбедности Украјине, што представља најважнију функцију државе. Истовремено, по мишљењу Уставног суда Украјине, та ограничења треба да остварује држава у одређеним границама. Тако, Уставни суд Украјине је констатовао да је недопустиво успостављање таквог правног регулисања социјалних закона према коме ће величина пензија, других социјалних исплата и помоћи бити испод нивоа дефинисаног у трећем делу, члан 46. Устава Украјине, то јест неће омогућити да се осигурају одговарајући услови за живот личности у друштву и да се сачува њено људско достојанство, што је у супротности са чланом 21. Основног закона Украјине. Уставни суд Украјине је, тако, дошао до закључка да је промена механизма обрачунавања одређених врста социјалних исплата и помоћи по Уставу допуштима, међутим, само до оних граница при којима се у сумњу може довести сама суштина садржине права на социјалну заштиту.

Правни став у погледу обавезе државе да обезбеди друштвене потребе у сфери социјалне заштите на терет средстава државног буџета Украјине, а полазећи од финансијских могућности државе, потврђен је и у Одлуци Уставног суда Украјине од 25. јануара 2012. године,¹¹ у којој је речено да је држава дужна да праведно и непристрасно расподељује друштвено богатство међу грађанима и територијалним заједницама и да тежи избалансираности буџета Украјине. При томе, ниво државних гаранција права на социјалну заштиту треба да буде сагласан са Уставом Украјине, а циљ и средства измене механизма обрачунавања социјалних исплата и помоћи треба да буду сагласни принципима пропорционалности и правичности. При томе, Уставни суд Украјине је такође узео у обзир правни став, који је формулисао 27. новембра 2008. године¹²,

„Завршне одредбе“ Закона Украјине „О Државном буџету Украјине за 2011. годину“ по уставним представкама 49. народних депутата Украјине, 53. народних депутата Украјине и 56. народних депутата Украјине.

11) Одлука Уставног суда Украјине од 25. јануара 2012. године, број 03-рп/2012 у предмету званичног тумачења одредби члана 1, делова првог, другог и трећег, члана 95; дела другог, члана 96, тачака 2, 3, 6. члана 116; дела другог, члана 124, дела првог, члана 129. Устава Украјине, тачке 5. првог дела члана 4. Законика о буџету Украјине; тачке 2. првог дела члана 9. Законика о управном судском поступку Украјине, у системској вези са појединим одредбама Устава Украјине, по уставној представи Извршног одбора Пензијског фонда Украјине.

12) Одлука Уставног суда Украјине од 27. новембра 2008. године, број 26-рп/2008 у предмету избалансираности буџета.

по коме држава не може самовољно да се одрекне финансијских обавеза које је преузела на себе, а које су предвиђене законима и другим нормативно-правним актима, него треба да делује ефикасно и одговорно у оквирима важећег буџетног законодавства.

Још једна категорија предмета коју прилично често разматра Уставни суд Украјине, а на којој желим да се задржим, јесу предмети везани за бирачко право. Једно од најважнијих питања за Украјину, као и за било коју демократску државу, је поштовање права грађана да бирају и буду бирани у органе државне власти и органе локалне самоуправе. Традиционално, ова питања се постављају пред Уставним судом Украјине уочи или после одржавања редовних или ванредних избора.

У Украјини су 28. октобра 2012. године одржани редовни избори за Врховну раду Украјине, што је условило читав низ уставних иницијатива поднетих Уставном суду Украјине. Међу одлукама Уставног суда Украјине, донетим по овим питањима, између осталог је била донета Одлука од 5. априла 2012. године¹³, којом је неуставном проглашена одредба Закона Украјине „О изборима народних депутата Украјине“ од 17. новембра 2011. године о могућности истовременог стављања једног истог лица на изборну листу кандидата за народне депутате Украјине, како у општедржавном многомандатном округу, тако и у једномандатном изборном округу. Уставни суд Украјине је дошао до таквог закључка зато што таква норма Закона крши принцип владавине права, пошто не обезбеђује остваривање принципа правде и једнакости у изборном поступку. Значајна је у вези са тим и чињеница да је Уставни суд Украјине већ проглашавао такво правно регулисање неуставним по истом основу 1998. године,¹⁴ међутим, без обзира на то, Врховна рада Украјине је поново усвојила очигледно неуставне одредбе Закона.

На тему избора односила се и Одлука Уставног суда Украјине од 4. априла 2012. године,¹⁵ којом су проглашене неуставним одредбе Закона Украјине „О изборима за народне депутате Украјине“ у погледу равномерног приписивања иностраних изборних јединица свим једномандатним изборним окрузима, образованим на територији

13) Одлука Уставног суда Украјине од 5. априла 2012. године, број 08-рп/2012 у предмету истицања кандидата за народне депутате Украјине при мешовитом изборном систему.

14) Одлука Уставног суда Украјине од 26. фебруара 1998. године, број 1-рп/1998 у предмету избора народних депутата Украјине.

15) Одлука Уставног суда Украјине од 4. априла 2012. године, број 7-рп/2012 у предмету сагласности Уставу Украјине (уставности) одредби дела другог, члана 22. Закона Украјине „О изборима народних депутата Украјине“ о равномерном приписивању иностраних изборних јединица свим једномандатним изборним окрузима, који се формирају на територији престонице Украјине – града Кијева, по уставној представи 59. народних депутата Украјине.

престонице Украјине – града Кијева. Проглашавајући ову норму неуставном, Уставни суд Украјине је полазио од принципа једнаког бирачког права, чије се деловање обезбеђује не само једнаким за све грађане основама учешћа у изборима и постојањем једнаког броја гласова код њих, него и правно једнаким утицајем тих гласова на резултате избора и правом бирача да бира кандидата уз поштовање принципа заступања, што није било осигурано датим одредбама тог Закона.

2.2. Настављајући тему заштите права и слобода човека и грађанина, може се навести још неколико питања, која су била предмет разматрања Уставног суда Украјине у последње време.

Тако су предмет уставне контроле 2011. године били правни односи потрошачког кредитирања, и то: правни односи о заштити права корисника кредитних услуга при закључењу и извршењу уговора о давању кредита,¹⁶ а 2013. године правни односи који настају између физичких лица-потрошача, банака и других финансијских установа по питањима плаћања пенала.¹⁷ Уставној контроли су подвргнути и правни односи везани за заједничку својину супружника са аспекта да ли је могуће у објекте права такве својине сврстати оснивачки капитал и имовину приватног предузећа (2012. година);¹⁸ правни односи у сфери реализације уставних права на информацију и немешање у лични и породични живот човека (2012. година);¹⁹ правни односи за обезбеђење извршења обавеза од стране пореског обвезника (2012. година);²⁰ правни односи у сфери спречавања и сузбијања корупције (2012. година).²¹

16) Одлука Уставног суда Украјине од 10. новембра 2011. године, број 15-рп/2011 у предмету заштите права корисника кредитних услуга.

17) Одлука Уставног суда Украјине од 11. јула 2013. године, број 07-рп-2013 у предмету званичног тумачења одредби друге реченице преамбуле Закона Украјине „О одговорности за неблаговремено извршење новчаних обавеза“ по уставној иницијативи грађанина Дмитрија Александровича Козлова.

18) Одлука Уставног суда Украјине од 19. септембра 2012. године, број 17-рп/2012 у предмету званичног тумачења одредбе првог дела, члана 61. Породичног законика Украјине, по уставној иницијативи приватног предузећа „ИКИО“.

19) Одлука Уставног суда Украјине од 20. јануара 2012. године, број 02-рп/2012 у предмету званичног тумачења одредби делова првог и другог, члана 32, делова другог и трећег, члана 34. Устава Украјине, по уставној представи Жашковске рејонске раде у Черкаској области.

20) Одлука Уставног суда Украјине од 12. јуна 2012. године, број 13-рп/2012 у предмету сагласности са Уставом Украјине (уставности) појединих одредби Пореског законика Украјине, по уставној представи 53 народних депутата Украјине.

21) Одлука Уставног суда Украјине од 13. марта 2012. године, број 05-рп/2012 у предмету сагласности са Уставом Украјине (уставности) тачке 2, дела првог, члана 7,

Године 2012. и 2013. Уставни суд Украјине такође је решавао питања везана за функционисање Врховне раде Украјине. У тим предметима вршена је уставна контрола норми закона о поступку избора председника Врховне раде Украјине,²² о могућности одузимања права народним депутатима Украјине да Врховној ради Украјине подносе нацрте закона о денонсирању међународних уговора Украјине.²³

У истом том периоду Уставни суд Украјине је донео такође четири закључка о уставности Нацрта закона о вршењу измена у Уставу Украјине: од тога су два била о институтима неприкосновености председника Украјине, народних депутата Украјине, судија судова опште јурисдикције и судија Уставног суда Украјине;²⁴ један је био у вези са питањима остваривања контроле од стране Обрачунске коморе Украјине а у име Врховне раде Украјине, и то контроле прилива средстава у државни буџет Украјине и њиховог коришћења,²⁵ а последњи од закључака се односио на питање реорганизације судског система Украјине.

3. Функционисање Уставног суда Украјине у светлу међународних стандарда.

3.1. Пракса примене норми међународној права од стране Уставног суда Украјине, као и одлука наднационалних судских органа.

У савременој етапи развоја друштва, Уставни суд Украјине, као и органи уставне јурисдикције многих других земаља, има важну улогу у процесу имплементације европских правних стандарда у национални правни систем, пошто је доста раширена појава да се у његовим одлукама посеже за нормама међународних правних аката. То је условљено нарочито тиме што су сви уставни савремених држава усвајани

тачке 2, одељка VIII „Завршне и прелазне одредбе“ Закона Украјине „О принципима спречавања и сузбијања корупције“ по уставној представци 53 народних депутата Украјине.

22) Одлука Уставног суда Украјине од 11. јула 2012. године, број 15-рп/2012 у предмету избора председника Врховне раде Украјине.

23) Одлука Уставног суда Украјине од 30. маја 2012. године, број 12-рп/2012 у предмету законодавне иницијативе.

24) Закључак Уставног суда Украјине од 10. јула 2012. године, број 01-в/2012 у предмету вршења измена у чл. 80, 105, 126, 149. Устава Украјине; Закључак Уставног суда Украјине од 27. августа 2012. године, број 02-в/2012 у предмету вршења измена у чл. 80, 105. Основног закона Украјине.

25) Закључак Уставног суда Украјине од 21. маја 2013. године, број 01-в/2013 у предмету давања закључка о сагласности нацрта закона о вршењу измена у члану 98. Устава Украјине са захтевима чл. 157. и 158. Устава Украјине по иницијативи Врховне раде Украјине.

уз узимање у обзир и на основу стандарда међународног права. Устав Украјине је такође стваран у духу вредности које су се одавно учврстиле у Европи. Природно је да, решавајући питања уставности или тумачећи Устав и законе, Уставни суд Украјине тежи да се ослања на најбоље узоре уставне и општеправне доктрине, али и праксе Европе. До данас је Суд у овој или оној мери применио одредбе међународно-правних аката у више од једне трећине својих одлука, а у предметима, везаним за заштиту права и слобода човека и грађанина, у више од половине одлука.

Истовремено, треба рећи да примена норми међународно-правних аката од стране органа уставне јурисдикције одређене земље, међу њима и од стране Украјине, зависи од многих фактора, од којих је најважнији правна могућност имплементације међународноправног акта у националном законодавству земље.

Тако су Конвенција о заштити права човека и основних слобода коју је ратификовала Украјина, и Протоколи уз њу, у складу са чланом 9. Устава Украјине постали интегрални део законодавства Украјине и имају већу правну снагу у односу на друге његове акте. У Украјини су на законодавном нивоу дефинисани и правни основи за примену одлука Европског суда за људска права од стране судова Украјине. Украјина је признала као обавезујућу његову јурисдикцију по свим питањима која се тичу тумачења и примене Конвенције о заштити права човека и основних слобода, а такође потребу да судови, при разматрању предмета, примењују, као изворе права – наведену Конвенцију и одговарајућу праксу тога Суда.

Тако је Конвенцију о заштити права човека и основних слобода и праксу Европског суда за људска права непосредно применио Уставни суд Украјине у више од 20 решења, а посредно – у приближно стотину одлука. При том „водеће место“ на том списку заузима члан 6. Конвенције, „Право на правично суђење“.

Што се тиче коришћења норми законодавства Европске уније у пракси Уставног суда Украјине, неопходно је рећи да се до момента ступања Украјине у Европску унију, законодавство Уније на њеној територији сматра иностраним, то јест таквим, које нема обавезујућу снагу и директно дејство.

У вези с тим, у земљама, које тек теже да буду чланице Европске уније, и где њено право још нема обавезујућу снагу, уставни судови имају могућност да при остваривању својих овлашћења само узму у обзир законодавство Европске уније и тумачења Суда Европске уније, стварајући тако проевропску доктрину „усклађујуће интерпретације између националног и европског права“.

Примери овакве „усклађујуће интерпретације“ већ постоје и у пракси Уставног суда Украјине. На пример, Одлука о заштити пра-

ва корисника кредитних услуга²⁶ – правни ставови положени у основу ове одлуке израђени су уз узимање у обзир законодавства Европске уније, и то: Директиве ЕУ о кредитним споразумима за кориснике, као и Директиве ЕУ о неправедним врстама трговинске праксе. У овом тренутку постоји још низ примера одлука Уставног суда Украјине у којима се он непосредно позива на норме законодавства Европске уније. Осим тога, информационо-аналитички материјали које припрема Секретаријат Уставног суда Украјине за расправу по предмету, често садрже опис одговарајућег законодавства Европске уније, као и његова тумачења од стране Суда Европске уније, који ако и нису непосредно одсликани у одлукама Уставног суда Украјине, представљају предмет њиховог дубоког истраживања и несумњиво утичу како на образложење одлуке, тако и на њен резолутивни део.

3.2. Тумачење Устава и закона Украјине од стране Уставног суда Украјине у светлу принципа владавине права и његових компоненти, нарочито праведности, пропорционалности и правне дефинисаности.

Неизбежна логика демократског развоја је постало то да је у европском правном систему темељна вредност – гаранција владавине права. Тим поводом ћу навести само чињеницу да се у члану 3. Устава Савета Европе, потписаног у Лондону 5. маја 1949. године, утврђује да је сваки члан Савета Европе дужан да призна принцип владавине права, као принцип, према коме би свака личност која се налази под јурисдикцијом тог члана Савета Европе, требало да ужива људска права и основне слободе.²⁷

Пракса Уставног Суда Украјине која постоји у овом тренутку омогућава да се наведе не мали број примера када је Суд формулисао правне ставове који имају важан усмеравајући значај за практично гарантовање владавине права.

Навешћу само неке од њих.

Између осталих, компоненте принципа владавине права, праведност и пропорционалност, су се одразиле на Одлуку Уставног суда Украјине од 2. новембра 2004. године у предмету одређивања блаже казне од стране Суда²⁸, у којој је, уз проглашавање неуставнима

26) Одлука Уставног суда Украјине од 10. новембра 2011. године, број 15-рп/2011 по предмету о заштити права корисника кредитних услуга.

27) Извор на интернету – <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=001&CM=1&CL=RUS>

28) Одлука Уставног суда Украјине од 2. новембра 2004. године, број 15-рп/2004 у предмету одређивања блаже казне од стране суда.

одредби првог дела, члана 69. Кривичног законика Украјине, којим се искључује одређивање блаже казне од оне која је предвиђена законом лицима која су извршила лакше преступе, он навео да је посебна манифестација праведности – питање адекватности казне учињеном преступу; категорија правде предвиђа да казна за преступ треба да буде у сразмери са преступом. Праведна примена норми права је пре свега недискриминациони приступ, непристрасност. То значи не само то да ће законом предвиђени састав преступа и оквири казне одговарати једно другом, него и то, да казна треба да се налази у праведном односу са тежином и околностима учињеног преступа, а такође лицем кривца. Адекватност казне степену тежине преступа полази од принципа правне државе, од суштине уставних права и слобода човека и грађанина, посебно права на слободу, а која не могу бити ограничена, осим случајева предвиђених Уставом Украјине. Правна држава, сматрајући казну пре свега корективном и превентивном мером, треба да примењује мере које нису претеране него само неопходне и условљене постављеним циљем.

Ограничење уставних права окривљеног треба, у првом реду, да одговара принципима законитости, праведности, пропорционалности, између, на пример, обезбеђења интереса државе за очување друштвеног поретка и безбедности и обезбеђења права и слобода осуђеног.

У једној од недавних Одлука²⁹ Уставни суд Украјине је навео да полази од тога да захтев за зарачунавање и наплату затезне камате по уговору о потрошачком кредиту, која је очигледно претерано велика, не одговара [...] критеријумима праведности, савесности, разумности, као саставним елементима уставног принципа владавине права. То што поверилац има могућност да од корисника узме превелике новчане износе као затезну камату, деформише њену стварну правну сврху, пошто се она претвара у неправедан, претежак терет за корисника и у извор стицања неоправданих додатних прихода од стране повериоца, уместо да буде средство разумног стимулисања дужника на благовремено извршење његових обавеза. У тој истој Одлуци Уставни суд Украјине је дошао до закључка да услови уговора о потрошачком кредиту, његово састављање и остваривање треба да поштују принципе по којима се потрошач сматра слабијом страном у уговору и ужива посебну правну заштиту, при чему се води рачуна о принципу праведности, савесности и разумности. То јест, у овој ситуацији, да би држава испунила уставноправну обавезу заштите права потрошача, од ње се захтева специјално

29) Одлука Уставног суда Украјине од 11. јула 2013. године, број 7-рп/2013 у предмету официјелног тумачења одредби друге реченице преамбуле Закона Украјине „О одговорности за неблаговремено извршење новчаних обавеза“ по уставној иницијативи грађанина Дмитрија Александровича Козлова.

законодавно регулисање питања везаних за обезбеђење деловања наведених принципа у односима потрошачког кредитирања, посебно у погледу утврђивања праведног износа казнене камате за кашњење у извршењу новчаних обавеза од стране физичких лица.

Како је познато, принцип владавине права предвиђа такође захтеве и у односу на квалитет законодавства. У вези с тим рећи ћу да је у низу својих одлука³⁰ Уставни суд Украјине више пута указивао на то да је један од елемената владавине права – принцип правне одређености, према коме су ограничења основних права човека и грађанина у пракси дозвољена само под условом да је обезбеђена предвидивост примене правних норми које успостављају таква ограничења. Другим речима, ограничење некаквог права треба да се базира на критеријумима који ће омогућити лицу да разликује понашање у складу са правом од противправног, с тим да може да предвиди правне последице свога понашања.

Оваква пракса Уставног суда Украјине у потпуности одговара схватању принципа владавине права у Европи и европским правним стандардима у целини. У вези с тим, између осталог ћу напоменути да, у складу са Завршним рефератом XIV Конференције европских уставних судова, „празнине“³¹, колизије и недостаци у важећем законодавству су једно од суштинских кршења основа владавине права, нарочито људских права и основних слобода, и треба их у целини третирати као аномалију у праву.³¹

Закључак

На завршетку свог реферата, хтела бих да се захвалим свим учесницима конференције на пажњи, а такође да изразим наду да ће сарадња између уставних судова Републике Србије и Украјине и надаље бити интересантна и плодна, у чему ће, по мом мишљењу, значајно помоћи Меморандум о развоју сарадње међу нашим судовима, потписан прошле године.

30) Одлука Уставног суда Украјине од 29. јуна 2010. године, број 17-рп/2010 у предмету сагласности са Уставом Украјине (уставности) пасуса осам, тачке 5, првог дела, члана 11. Закона Украјине „О милицији“, по уставној представи Заступника Врховне Раде Украјине за људска права; Одлука Уставног суда Украјине од 11. октобра 2011. године, број 10-рп/2011 у предмету трајања административног притвора.

31) Генерални реферат XIV конгреса Конференције европских уставних судова, Уставно правосуђе, Гласник органа уставне контроле земаља младе демократије, Свеска 2 (40) – 3 (41), Јереван, 2008, стр. 70–245.

ИЗАЗОВИ ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ ЛИТВАНИЈЕ ЗА ВРЕМЕ ГЛОБАЛНЕ ЕКОНОМСКЕ КРИЗЕ

1. Увод

Поред економског живота, глобална економска криза је непоредиво утицала и на све друге области, па и на установе уставне надлежности и функције које оне врше. Како се њихово финансирање, као и финансирање осталих државних усанова, може редуковати, намеће се питање њихових надлежности: да ли уставни судови уопште могу одлучивати о расподели економских средстава? У последње време је порастао број изјављених жалби о различитим уставним питањима која су проистекла из економске кризе, што такође може покренути тему сужавања надлежности уставних судова. Када економска питања постану предмет уставне јуриспруденције, неизбежно и уставни судови постају предмет додатне критике политичара.

Политички процеси врше сложен и вишеструк утицај на уставну јуриспруденцију. Постоје подручја у којима уставно право мора да установи и развије извесне универзалне предуслове за демократску државу, као што су подела власти, демократски принцип формирања државних усанова, независност судова, слободни демократски избори, уставно признање основних права, итд. Међутим, када су праћење економском кризом, неки глобални политички процеси делују у обрнутом смеру, наводећи владе да предузму посебне мере и донесу политичке одлуке које одређују државни буџет и смањују финансирање одређених области. Такве мере су индиректно усмерене, с једне стране, на смањење државних трошкова повезаних са социјалним давањима, а с друге, на извршење одређених зајемчених социјалних обавеза у смањеном обиму.

Функције државних усанова, које се односе на усвајање правних аката у економској области, пре или касније постају предмет оцене уставних судова. У том смислу, уставни судови имају велику одговорност: они морају да оцене одлуке које су усвојиле државне установе и утврде да ли прописане законске мере, којима се ограничава финансирање одређених области или зајемчених права социјалне заштите,

заиста проистичу из објективних околности и да ли такве одлуке за време економске кризе представљају примерене мере, у складу са Уставом. Да ли ће уставни суд деловати успешно приликом бављења оваквим проблемима зависи не само од законског уставног оквира, већ и од начина на који таква установа делује у друштвеном, политичком и законском окружењу.

Економска криза је за уставне судове покренула бројна и сложена питања. Пре свега, да ли уставни судови у условима економске кризе могу да се баве економским питањима, одлучују о уставности „кризног“ буџета држава, израђују нову уставну доктрину или поново тумаче постојећу.

Глобалном економском штедњом су погођена најосетљивија подручја, међу којима су и права зајемчене социјалне заштите, па су пензије, зараде и породилска одсуства постала нека од горућих питања. Сада је у жижи и питање зајемчених социјалних права судија, односно смањење њихових зарада. Уставни судови морају да одлуче да ли је допуштено смањити судијске плате за време економске кризе и да ли такво смањење крши уставне принципе независности именованих судија и самих судова.

Сврха овог излагања је да укаже на неке аспекте који су настали у процесу развоја уставне јуриспруденције Уставног суда Литваније, а који су били одређени глобалним променама у привреди.

2. Социјална заштита – важна област уставних права

Институције уставне надлежности, дакле уставни судови, не престано тумаче права и слободе лица утврђене уставом, па су крајње границе ових права већ повучене у уставној јуриспруденцији. Прихватањем јуриспруденцијског устава проширује се не само концепт уставних права, већ и могућност признавања људских права као уставних.

На развој ових права утицала је и сама чињеница да су, у већини нових устава, права из области социјалне заштите садржана *expressis verbis*.¹ У уставима се права на социјалну заштиту оцењују на разли-

1) В. Садурски их дели у четири групе. Устави Белорусије, Чешке Републике, Молдавије, Пољске, Румуније, Русије, Словачке и Украјине сврстани су у прву групу, где су права на социјалну заштиту шире регулисана (социјална сигурност, образовање, здравствено осигурање, право на рад, итд.); устави Бугарске, Мађарске (до 2012. године), Македоније, Црне Горе, Србије и Словеније, у којима је обим права социјалне заштите ограничен (право на образовање, здравствену заштиту, право на рад, итд.) сврстани су у другу групу; уставе Естоније, Летоније и Литваније, који консолидују право на социјалну сигурност, образовање и здравствену заштиту, док су остала права социјалне заштите веома ограничена (према мишљењу аутора,

чите начине, како из угла њиховог развоја тако и из угла могућности да се она ограничи.² Правима из области социјалне заштите требало је много више времена да буду призната као уставна, у поређењу са политичким и грађанским правима, не само зато што су повезана са преузетом обавезом државе да их испуни, већ и због тога што постоји питање директне примене Устава – могућност директне заштите тих права пред судом прихваћена је тек касније.

Пошто се права из области социјалне заштите могу тумачити на различите начине, односно као извесне државне обавезе према друштву, или као субјективно право појединца, не постоји општа сагласност у погледу тога да ли се она могу директно бранити када се лице обрати суду³.

Устав Републике Литваније од 1992. године садржи детаљан попис права из области социјалне заштите. У доктрини Уставног суда, права на социјалну заштиту се тумаче не само као извесне обавезе државе према друштву (које су, поред осталог, одређене друштвеном улогом државе), већ и као индивидуална права лица за које се јемчи судска заштита. Такав концепт настао је и под утицајем међународног права, поред осталог и судске праксе Европског суда за људска права (надаље „ЕСЉП“).

Права из области социјалне заштите и поступци њихове примене морају се тумачити редовним законом. У уставносудској јуриспруденцији, приликом одлучивања о случајевима који су повезани с уставом зајемченим правима лица, често се сусрећемо са пасивним законодавцем и правним празнинама које спречавају остваривање ових права.

Уставни суд сматра да је, према свом Уставу, Литванија социјално оријентисана држава. Социјална оријентација државе се огледа у различитим одредбама Устава⁴, а то су, поред осталог, и одредбе које одређују економска, социјална и културна права, као и грађанска и

литвански Устав је између прве и треће групе), треба сврстати у трећу групу; уставе Босне и Херцеговине и Грузије, који обухватају само веома мали број социјалних и економских права, треба сврстати у четврту групу. (Sadurski, W., *Rights before Courts. A study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2008, p.177).

2) На пример, члан 22. у Уставу Украјине (1996) утврдио је да попис људских и грађанских права потврђених овим уставом није коначан; уставна права и слободe зајемчена су и неће бити укинута; садржај и обим постојећих права и слобода неће се смањивати усвајањем нових закона или амандманима на законе који су већ на снази.

3) Sajo, A., Social rights: A Wide Agenda. *European Constitutional Law Review*. 2005, No 1, pp. 38–43.

4) *Inter alia*, одлука Уставног суда од 5. марта 2004. и 6. фебруара 2012. године (све одлуке Уставног суда, као и закључци, могу се пронаћи на интернет страници: http://www.lrkt.lt/Documents1_e.html).

политичка права људског бића, однос друштва и државе, основе социјалне помоћи и социјалне сигурности. Уставни суд је констатовао да је социјално оријентисана држава по уставу дужна да преузме терет испуњавања преузетих обавеза.

На развој уставне доктрине ових права утиче и ширење конвенцијског права (Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, надаље „Европска конвенција за људска права“), које представља јуриспруденцију ЕСЉП.

Приликом анализирања развоја доктрине о правима из области социјалне заштите коју је израдио Уставни суд Републике Литваније, могуће је тај развој поделити на више периода. У почетку деловања Уставног суда, тумачени су садржај и својства ових права, као и мера државних обавеза у зајемченим правима, што је постепено довело до увођења концепта нераздвојивости и међусобне повезаности свих људских права и слобода. Уставни суд је у више наврата одлучивао и о усклађености законских аката којима су смањена извесна Уставом зајемчена права из области социјалне заштите,⁵ када то смањење није било последица економске кризе.

Ипак, може се рећи да од 2002. године, јуриспруденција Уставног суда разрађује доктрину ограничавања права из области социјалне заштите у време економске кризе.

3. Уставна доктрина којом се ограничавају права из области социјалне заштите у време економске кризе

Јуриспруденција Уставног суда стварала је доктрину којом се ограничавају зајемчена права из области социјалне заштите за време економске кризе, а период формирања ове доктрине може се поделити на две фазе: од 2002. до 2006. године, када је Уставни суд одлучивао о уставности правних аката којима су смањена зајемчена права из области социјалне заштите, због последица тзв. „руске економске кризе“ на развој економије државе Литваније (у овом периоду, Уставни суд је усвојио неколико одлука којима је започето формирање ове доктрине); и од 2009. године до данас, када је Уставни суд формирао уставну доктрину којом се ограничавају зајемчена права социјалне заштите због последица глобалне економске кризе по економију државе Литваније.

5) Види, између осталог, одлуку Уставног суда од 2. септембра 2009. године, у којој је одлучено о питањима реформе инвалидских пензија која је спроведена 2005. године, као и о питању ограничења социјалних права неких лица са инвалидитетом.

3.1. Развој уставне доктрине о правима из области социјалне заштите у периоду од 2002. до 2006. године

Уставни суд је почео да формира доктрину економске кризе приликом одлучивања о различитим питањима која су се тичала исплате пензија, па поред осталог и о њиховом смањењу. Та питања су се јавила због последица регионалне кризе, назване „руска криза“ (1999–2002),⁶ која је изазвала смањење фондова у неким областима, па и смањење неких од зајемчених социјалних права. У својој одлуци од 23. августа 2005. године, Уставни суд је запазио да је општепознато да је 1998. године, као и касније, дошло до изузетно тешке економско-финансијске ситуације у Литванији која је, пре свега, била одређена економско-финансијском кризом у Русији, као и другим спољним факторима, који су се веома негативно одразили на економско-финансијске системе различитих држава, па и Литваније. Познато је да у државном буџету 1999. године није прикупљен изузетно велики део фондова потребних за финансирање образовања и здравствене и социјалне заштите, као и за друге потребе друштва и државе и извршавање других државних функција. Уставни суд је сматрао да дужи негативан утицај изузетно тешке економско-финансијске ситуације, која се јавила крајем 1999. године, на прикупљање и извршење државног буџета, треба оценити као чињенично стање које законодавац не може занемарити.⁷

У својој одлуци од 23. априла 2002. године, Уставни суд је, приликом испитивања критеријума за израчунавање једне од додељених државних пензија,⁸ формулисао доктринарни став да се законским

6) У својој одлуци од 18. јуна 2008. године, усвојеној у грађанској парници 2А-3/2008, Апелациони суд Литваније, одлучујући о питањима повезаним са досуђивањем штете нанете од стране судија због незаконитог смањења накнада, одредио је вештачење да би се проценила економска ситуација у Литванији. Вештаци су установили да је тешка економска ситуација у држави отпочела 1999. и трајала до 2003. године Апелациони суд Литваније је, *inter alia*, сматрао да се од 2003. године ситуација у држави поправила, и да неукидање економских мера од тог тренутка (у овом случају – оних које се односе на смањење зарада), од стране државе, представља кршење принципа привремености таквих мера.

7) У својој одлуци од 13. новембра 2007. године, Уставни суд је констатовао да је ова одредба, Уставног суда, примењива не само на 1999. годину, већ и на 1998. годину као и период 2000-2001. године; тешка економско-финансијска ситуација се прилично дуго неповољно одражавала на прикупљање и извршење државног буџета, као и на извршење других финансијских обавеза државе.

8) Уставни суд је више пута изразио став, између осталог и у својој одлуци од 6. фебруара 2012. године, да се државне пензије, које нису директно наведене у Уставу, разликују по свом карактеру и природи од пензија социјалног осигурања; оне се додељују лицима због службе или заслуга према држави Литванији и исплаћују се из државног буџета; примање ових пензија није повезано са доприносима за пензије

прописивањем врсте пензија, лица која полажу на њих право, основе за доделу и исплату пензија, услова и висине пензија, успоставља и обавеза државе да поштује уставне принципе о заштити легитимних очекивања и правне извесности у области одржавања пензионих односа. У овој одлуци, Уставни суд је по први пут изразио став да је на прописану законску регулативу могуће усвојити амандмане који се неповољно одражавају на одржавање пензионог фонда, и то једино ако се јави посебна ситуација у држави и само када је то неопходно да би се заштитиле друге уставне вредности. Такви амандмани могу се увести једино законом, водећи рачуна да се не крши Устав.

У својој одлуци од 25. новембра 2002. године, доносећи одлуку о законским одредбама које су омогућиле обуставу исплате дела старосних пензија запосленим пензионерима, Уставни суд је формулисао суштинске доктринарне одредбе о пензијама као гарантима социјалне сигурности, изразивши став да лице које испуњава услове утврђене законом за стицање старосне пензије, и коме је та пензија додељена и исплаћује се, има право на исплату одговарајуће новчане накнаде, тј. право својине. Ово право се мора штитити и бранити према члану 23. Устава као право власништва. Касније су ове одредбе разрађене у другим одлукама Уставног суда.⁹ Уставни суд је формулисао и доктрину да се, према Уставу, не може успоставити правна регулатива којом лице које оствари једно уставно право губи могућност за остваривање другог уставног права. Уставни суд је изразио став да, према Уставу, није дозвољено увести законску регулативу према којој би се лицу, коме је додељена и које прима старосну пензију, ограничила могућност да због тога слободно одабере посао или се бави приватним предузетништвом, уколико испуњава одређене законом утврђене услове да би могло да обавља одређени посао или води приватни посао; законска регулатива према којој је лицу ограничена слобода избора посла или бављења приватним предузетништвом због чињенице да би му, остварењем овог права, била ускраћена исплата старосне пензије која му је до тада исплаћивана, у целини или делимично, такође се мора сматрати ограничавањем могућности да лице слободно бира посао или се бави приватним предузетништвом. Овај став Уставног суда одразио се и на друге сличне случајеве уставног судства.

У горепоменутој одлуци Уставног суда, проширен је концепт ванредне ситуације, како би обухватио економску кризу (и природну

социјалног осигурања утврђене висине, већ са одговарајућим статусом лица (служба, заслуге или друге околности од којих додела државних пензија зависи); дискреционо право законодавца, приликом успостављања додељене државне пензије, шире је него приликом регулисања других пензија, које су директно наведене у Уставу.

9) У том контексту треба запазити да су ове доктринарне одредбе разрађене у одлуци Уставног суда од 6. фебруара 2012. године

катастрофу). Тако је у овој одлуци, по први пут у јуриспруденцији Уставног суда, економска криза истакнута *expressis verbis* као околност, у чијем присуству се, у изузетним случајевима, законска регулатива пензионих односа може изменити смањењем старосних пензија у мери неопходној да би се обезбедили витални интереси друштва и заштитиле друге уставне вредности. Смањене старосне пензије могу се исплаћивати само привремено, односно, само док је у држави присутна тешка економска ситуација. Треба напоменути да се чак и у таквим изузетним случајевима, старосне пензије не могу смањити у мери која би нарушила Уставом утврђену равнотежу између интереса појединца и интереса друштва. Оне се морају смањити уз поштовање уставног принципа пропорционалности.

У својој одлуци од 23. августа 2005. године, Уставни суд је констатово да се, по избијању економске и финансијске кризе, државни буџет (као и општински буџети), може модификовати; да се расходи (њихове приближне процене) могу смањити, али да државне и општинске установе морају измиривати своје обавезе. У таквој стварној ситуацији, рок у коме држава мора испунити поменуте обавезе може се продужити, међутим, државне и општинске установе не могу на произвољан начин одлучити да не испуне своје обавезе.

Уставни суд је морао да одлучи и о томе да ли ће се последице економске кризе одразити на финансирање судова. У својој одлуци од 28. марта 2006. године, тумачећи усклађеност неких одредаба Закона о судовима с Уставом, Уставни суд је изразио став да у случају тешке економске кризе и тешке финансијске ситуације треба прерадити и смањити обично буџетско финансирање свих установа које врше државну власт, као и финансирање различитих сфера које се финансирају из буџетских средстава државе и општина. У таквој ситуацији, финансирање судова као и зараде судија могу се привремено смањити, али такво смањење не треба да омогући другим државним установама и њиховим руководиоцима да повређују независност судства. Финансирање судова и зараде судија не могу се смањити у мери која би их спречила да врше своју правосудну функцију или која би њихову способност за вршење правосудне функције умањила. Уставни суд је нагласио да законодавац који успоставља неповољнију законску регулативу у погледу зарада, када је то неопходно да би се обезбедили витално важни интереси друштва и државе и заштитиле друге уставне вредности, мора очувати равнотежу између права и легитимних интереса лица према којима се неповољнија законска регулатива успоставља и интереса друштва и државе, односно мора се придржавати принципа пропорционалности.

Уставни суд се супротставио пасивности Сејма (парламента) који, због тешке економске ситуације произашле из тзв. „руске кризе“ у Лит-

ванији, када је правну регулативу која се односи на плате судија учинио неповољнијом, није изменио након што је криза престала. Одлучујући о питањима која се баве зарадама судија, у својој одлуци од 8. августа 2006. године,¹⁰ Уставни суд је формулисао и доктринарну одредбу према којој редовни судови, одлучујући у конкретним случајевима, имају овлашћења да процене промене у економској ситуацији и да, у случајевима нечињења законодавца, усвоје одлуке којима се штите конкретна социјална права датог лица.¹¹

3.2. Развој уставне доктрине којом се ограничавају зајемчена права из области социјалне заштите у време глобалне економске кризе (2009–2013)

Одредбе у доктрини којом се смањују зајемчена права из области социјалне заштите (у вези са тзв. „руском кризом“), која је настала у судској пракси Уставног суда, даље су разрађене након избијања светске економске кризе 2009. године, када су расходи буџета државе Литваније драстично смањени, међу којима и расходи за социјална давања. Том приликом су смањени и фондови државног буџета за установе које врше јавну власт, као и зараде запослени у овом сектору.¹²

Године 2009. и 2010, Уставни суд је у својој јуриспруденцији формулисао суштинске одредбе у погледу смањења зајемчених права из области социјалне заштите. Ове одредбе су уследиле као последица глобалне економске кризе. Оне су касније даље разрађене у одлуци Уставног суда од 6. фебруара 2012. године, у којој је Суд испитивао одредбе које омогућавају смањење пензија у периоду економске и финансијске кризе.

10) У својој одлуци од 8. августа 2006. године, Уставни суд је запазио да у случају пропуста законодавца, који је забрањен Уставом, судови морају попунити празнине у сваком датом појединачном случају; то се мора урадити, као прво, применом Устава и општих правних принципа. Судска одлука, међутим, не укида обавезу законодавца да попуни правну празнину. Ова одлука Уставног суда значајна је за редовне судове када одлучују о случајевима који се тичу заштите права лица, онда када законодавац избегава да регулише дате односе одговарајућим правним средствима.

11) Претходно поменути одлуку Апелационог суда Литваније, од 18. јуна 2008. године, која је усвојена у грађанској парници број 2А-3/2008, такође треба сврстати међу такве одлуке редовних судова.

12) У својој одлуци од 15. фебруара 2013. године, Уставни суд је изразио став да су законске одредбе у вези са државним буџетом 2009. године (и његовим усвајањем) сагласне Уставу, проглашавајући само неке од њих неуставним. Сам државни буџет 2009. године није окарактерисан као противуставан.

Економска криза је поставила и питање могућности смањења плата парламентарних посланика и финансирања скупштинских активности. У својој одлуци од 15. јануара 2009. године, Уставни суд је, тумачећи одредбе формулисанае у својој ранијој јуриспруденцији, одобрио могућност смањења зарада припадника парламента (и зарада судија), као и трошкова предвиђених за парламентарне активности.

Одлуком Уставног суда од 20. априла 2010. године, сумирана је и даље разрађена доктрина смањења зајемчених права из области социјалне заштите, између осталог и оних која се тичу додељених и већ исплаћиваних пензија, у условима економске и финансијске кризе. У својој одлуци од 20. априла 2010. године, Уставни суд је формулисао извесне опште принципе који се морају поштовати када је законодавцу допуштено да усвоји одлуке о смањењу зајемчених права из области социјалне заштите, уколико се у држави јавила економска криза:

- Уставни концепт државног буџета подразумева да је, у условима економске кризе, смањење зарада и накнада службених лица и државних службеника у установама које се финансирају из државног и општинских буџета (и других запослени који се плаћују из фондова поменутих буџета) и њихових пензија, допуштено најдуже на једну буџетску годину, те да је у току одобравања државног буџета за следећу годину законодавац дужан да поново процени економску ситуацију у држави и да поново одлучи у погледу смањења поменутих социјалних гаранција;
- Када се у држави јави економска криза, законодавац приликом усвајања одговарајућих одлука у вези са ограничењем зајемчених права из области социјалне заштите, мора водити рачуна о уставним императивима правне државе, једнаким правима, правди, пропорционалности, заштити легитимних очекивања, правној сигурности, правној извесности, социјалној солидарности, и другом. Права из области социјалне заштите је допуштено смањити само након што су искоришћене све друге могућности и није могуће акумулирати фондове неопходне за испуњавање обавеза које држава предузима у овој области;
- Смањење пензија и зарада државних службеника (и функционера) мора бити засновано на околностима изузетно тешке економске ситуације у земљи. Законодавац може привремено смањити пензије и зараде једино када постоји званично саопштење да у држави постоји ванредно тешка економска и финансијска ситуација која није краткорочна, због које држава не може испунити обавезе које је на себе преузела. Смањење мора бити привремено и не сме реметити пропорционални однос

- између пензија и зарада¹³ који је постојао пре кризе. Принципи једнаких права, пропорционалности и правичности неће бити нарушени ако законодавац утврди границу испод које се пензије (и зараде) не могу смањити чак ни у време економске кризе. Могуће је у већој мери смањити једино државне пензије, међутим, и ту се мора уважавати принцип пропорционалности;
- Када у држави постоји посебно тешка економска и финансијска ситуација и када, због тога, постоји потреба да се привремено смање додељене и исплаћиване пензије, није допуштено смањити старосне пензије особама које имају посао или се баве приватним предузетништвом у већој мери у односу на особе које примају такву пензију, а немају посао и не баве се приватним предузетништвом;¹⁴
 - Старосне пензије које су смањене због економске и финансијске кризе морају се надокнадити (овај захтев је повезан и са везом пензије, као сигурне исплате, са правом на власништво заштићено чланом 23. Устава)¹⁵. Смањујући пензије, законодавац мора успоставити механизам за компензацију губитака нанесених дотичним лицима, чиме држава преузима обавезу да након завршетка ванредне ситуације праведно и у разумном року овим лицима надокнади поменуте губитке. У случају када су државне пензије смањене у већој мери, могуће је да се одреди њихово надокнађивање, али у мањој мери од старосних пензија.

У својој одлуци од 6. фебруара 2012. године, испитујући законске одредбе везане за смањење пензија и државних пензија за време економске кризе, Уставни суд је имао прилику да оцени колико је законодавац у време економске кризе поштовао захтеве који проистичу

13) У својој одлуци од 6. фебруара 2012. године, Уставни суд је, поред осталог, испитао пропорције смањења пензија и утврдио да је правна регулатива за смањење државних пензија у извесној мери противуставна. Није утврђено да су пропорције смањења старосних пензија противуставне, али је утврђено да је правна регулатива којом се пензије пензионера који раде (или воде неки приватан посао) смањују у већој мери, противуставна.

14) Уставни суд је изразио то мишљење док је разрађивао раније формулисану доктринарну одредбу према којој законодавац не може прописати законску регулативу којом ће се особи којој је додељена и исплаћује јој се старосна пензија (укључујући ту и државну пензију), због тога ограничити могућност да слободно одабере занимање или приватни посао, тј. биће јој исплаћен само један део пензије (одлуке Уставног суда од 25. октобра 2002. године и 3. децембра 2002. године).

15) Разрађујући доктринарну одредбу (први пут формулисана у одлуци Уставног суда од 25. новембра 2002. године), у својој одлуци од 6. фебруара 2012. године, Уставни суд је запазио да се концепт уставног права на пензију, као периодичну исплату извесне суме, не може поистоветити са концептом права на власништво у редовном грађанском праву.

из Устава, као и оне које је формулисао Уставни суд у погледу смањења пензија, и том приликом установио да су неке одредбе ових закона у сукобу са Уставом.¹⁶

У својој одлуци од 27. фебруара 2012. године, Уставни суд је тумачио и неке уставне захтеве који се тичу социјалне помоћи породицама које подижу малолетну децу, тј. питања доделе и ограничавања исплата за породично одсуство мајке и одсуство оца, као и додатака за мајку и оца, а која су директна последица економске кризе.

Промена у висини пензија у време економске кризе у доктрини Уставног суда о зајемченим правима из области социјалне заштите не може се третирати као реформа зајемчених права социјалне заштите. Између њих постоји суштинска разлика. У случају да законодавац одлучи да преустроји пензиони систем у време економске кризе, мора се установити извесан прелазни период и механизам за надокнаду губитака лицима којима се те пензије додељују и исплаћују.¹⁷

3.3 Особености доктрине којом се ограничавају зајемчена права из области социјалне заштите у време економске кризе

Приликом разматрања доктрине којом се ограничавају права из области социјалне заштите за време економске кризе, коју је формулисао Уставни суд, намеће се питање да ли се ова доктрина може оценити, у извесном смислу, као независна доктрина за ограничење права лица, или се може рећи да је она један од елемената опште доктрине о људским правима (посебан случај ограничења права).

На основу јуриспруденције ЕСЉП, Уставни суд је формулисао опште критеријуме за ограничење права лица, више пута запазивши да Устав дозвољава ограничење људских права и слобода у случају када постоје следећи услови: када је то уређено законом; када су ограничења неопходна у демократском друштву да би се заштитила права и слободе других особа и вредности садржане у Уставу; када су у питању уставно важни циљеви; када ограничења не поричу природу и суштину права и слобода; када се поштује уставни принцип пропорционалности. Ови принципи Уставног суда слични су доктрини за ограничење социјалних права која је настала у судској пракси ЕСЉП, као и принципима садржаним у Повељи Европске уније о основним правима. У својој

16) Законодавац није поштовао захтев да не смањи пензије радних пензионера више него оних који не раде. Уставни принцип пропорционалности није поштован ни када су смањене државне пензије које су примала извесна лица.

17) Уставни суд је тумачио захтеве који се примењују када законодавац спроводи реформу социјалних права, у својој одлуци од 2. септембра 2009. године, као и у одлукама од 4. јула 2003. године и 3. децембра 2003. године.

одлуци од 29. децембра 2004. године, Уставни суд је формулисао општу доктрину људских права користећи веома широк приступ.¹⁸

Доктрина ограничења зајемчених права из области социјалне заштите за време економске кризе, коју је формулисао Уставни суд 2009–2013. године, и која је наставак претходне доктрине, може се оценити, у извесном смислу, као специјална доктрина за ограничење људских права чије језгро сачињавају (што се и подразумева), општи принципи за ограничење људских права усвојени у закону о људским правима. Акти Уставног суда успоставили су независну основу за смањење зајемчених права из области социјалне заштите (пензија и плата), примењиву само за време економске кризе. Та основа је, иако утемељена на општим принципима доктрине о људским правима, потпомогнута додатним критеријумима: захтевом да се смањење социјалних права (пензија и плата) заснива на околностима које сведоче о присуству веома тешке економске ситуације у држави и захтевом да је издато званично саопштење да у држави постоји веома тешка економска и финансијска ситуација, која није краткорочна; да се зараде и пензије могу смањити за период који не прелази једну буџетску годину, док је током одобравања државног буџета за наредну годину законодавац дужан да поново процени економску ситуацију у држави и да поново одлучи у погледу смањења поменутих социјалних гаранција; да смањење мора бити привремено и не сме нарушавати однос пензија и плата који је постојао пре кризе; да законодавац треба да установи границу испод које се пензије (и плате) не могу смањити чак ни за време економске кризе; да није дозвољено у већој мери смањити старосне пензије особама које имају неки посао или се баве приватним предузетништвом (овај важан критеријум је успостављен и у претходној доктрини); да се старосне пензије смањене због економске и финансијске кризе морају надокнадити, док се смањене државне пензије – само ако су смањене у великој мери, могу надокнадити, али само у мањој мери. Уставни принцип друштвене солидарности, протумачен у контексту уставног принципа једнаких права, подразумева дужност законодавца да успостави недискриминаторну меру смањења зарада особама чији се рад плаћа из фондова државног или општинског буџета. Када се у условима економске кризе смањују плате, законодавац није обавезан на компензацију, осим ако такво смањење Уставни суд није прогласио противуставним, што није случај са пензијама. Међутим, чак и у том случају, оне се могу у разумном року надокнадити, али не у пуној мери.¹⁹

18) Уставни суд је формирао општу доктрину о ограничењу људских права када је одлучивао о питањима уставности ограничења конкретног уставног права (које је законодавац увео), као на пример, слободе информисања.

19) Одлука Уставног суда од 1. јула 2013. године.

У својој одлуци од 1. јула 2013. године, одлучујући о уставности смањења зарада државних службеника и судија, Уставни суд је тумачио суштину принципа уставне солидарности и нагласио да уставни принцип друштвене солидарности, када се тумачи у контексту других уставних принципа (пропорционалности и правичности), не подразумева никакав социјални егалитаризам, односно да не треба направити разлику у висини зарада које се исплаћују из државног или општинског буџета у складу са природом функција које се обављају, њиховом тежином и обимношћу, одговорношћу којој подлеже вршење тих функција, особеностима функција које се врше, као и професионалним нивоом и квалификацијама особа које врше дате функције. О свему томе се мора водити рачуна и када се одређује мера смањења плата у изузетно тешким економским и финансијским условима.

Одлучујући о усклађености извесних одредаба за државни буџет 2009. године са Уставом, у својој одлуци од 15. фебруара 2013. године, Уставни суд је нагласио да се евентуална одступања од захтева, предложених и усвојених у законима који се одражавају на државни буџет и његове приходе и расходе а проистичу из Устава, уставних принципа правне државе и одговорне владавине, могу уставно оправдати тежњом да се обезбеди важан јавни интерес – да се гарантује стабилност јавних финансија и не дозволи претерано повећање државног буџетског дефицита због изузетно тешке економске и финансијске ситуације услед економске кризе – налагањем доношења хитних и делотворних мера. Уставни суд је констатовао да се, према Уставу, у случају изузетно тешке економске и финансијске ситуације, која је дугорочна и траје дуже од једне године, не може толерисати да се током усвајања закона који се одражавају на приходе и расходе државног буџета, занемаре поменути уставни захтеви ради усвајања и ступања на снагу ових закона, правдавајући то неопходношћу усвајања хитних одлука да би се овладало последицама економске кризе.

Према томе, може се рећи да је доктрина Уставног суда о ограничењу права из области социјалне заштите за време економске кризе установила посебне критеријуме, који се морају поштовати.

3.4 Ограничење зајемчених права из области социјалне заштите у јуриспруденцији других уставних судова

У Европи се велики број уставних судова суочио са питањем смањења зајемчених права из области социјалне заштите. Понекад судови морају одлучивати о последицама извесних реформи или економске кризе. Тако су економске промене приморале неке уставне судове на модификацију доктринарне одредбе која је некада сматрана

основаном. У извесним случајевима, питања права из области социјалне заштите постала су предмет различитог третмана у уставном праву и праву Европске уније.²⁰

Треба обратити пажњу на пресуду Уставног суда Републике Летоније,²¹ од 21. децембра 2009. године, у којој се испитивала усклађеност неких одредаба Закона о државним пензијама и исплати државне помоћи у периоду од 2009. до 2012. године. У овој пресуди донета је другачија одлука о питањима смањења права из области социјалне заштите – пензија – за време глобалне економске кризе, у односу на Уставни суд Литваније. На основу датих околности, Уставни суд Летоније је без устезања утврдио да је смањење пензија уређено законом противуставно, да су оспорене одредбе погрешне од тренутка њиховог усвајања, одређујући и начин извршења пресуде.²²

Уставни суд Летоније је сматрао да се смањење пензија може спровести једино ако се истовремено усвоји и правна одредба о каснијој надокнади новца. Другим речима, планирајући такво привремено смањење, законодавац је дужан да обезбеди каснију поштenu надокнаду. Штавише, у складу са општим друштвеним интересима, држава мора дефинисати групе пензионера које ће бити изузете из овог смањења, или на које ће се приликом смањења применити другачији критеријум (став III, 32). Главни аргумент на основу кога је Уставни суд оценио те одредбе закона као противуставне било је изостајање различитог приступа приликом смањења пензија, као и неуставност компензације за смањење пензија и одговарајућег прелазног периода, због чега оспорене норме нису биле у сагласности са чланом 1. Устава.

Одлука Уставног суда Украјине²³ од 26. децембра 2011. може се оценити као случај у коме је уставни суд приморан да за време

20) Одлука Уставног суда Републике Чешке од 31. јануара 2012. године, PL. US/5/12, Словачке пензије (<http://www.concourt.cz/view/pl-05-12>).

21) Одлука Уставног суда Републике Летоније од 21. децембра 2009. године, <http://www.satv.tiesa.gov.lv>.

22) Уставни суд Летоније је, поред осталог, запазио да висина суме за обезбеђивање права из области социјалне заштите која јемчи држава може бити подложна промени у зависности од фондова у државној својини; ипак, без обзира на економску ситуацију у држави, законодавац мора водити рачуна о фундаменталним правима лица утврђеним Уставом (став III, 24). У извесним случајевима се економска криза може развити до тачке када се законодавцу мора дати слобода деловања да примени правни лек – чак и ако би то угрозило основне слободе утврђене Уставом. У околностима изузетно ограничених државних финансијских ресурса, држава има слободу да промени услове пензијске исплате – с циљем да се одржи праведан систем социјалног осигурања (став III, 29.2).

23) Одлука Уставног суда Украјине (No. 20-гp/2011) од 26. децембра 2011. године у случају уставних жалби 49 народних посланика Украјине, 53 народна посланика Украјине и 56 народних посланика Украјине у погледу усклађености са

економске кризе преради извесне доктринарне одредбе које су раније биле сматране основаним. Уставни суд је морао да тумачи одредбе у члану 22. у украјинском Уставу из 1996. године: да људска и грађанска права и слободе потврђене Уставом нису исцрпљена; да су уставна права и слободе зајамчена и неће бити укинута; да садржај и обим постојећих права и слобода неће бити смањени прихватањем нових закона или усвајањем амандмана на законе који су на снази.

Уставни суд Украјине је 26. децембра 2011. године, донео одлуку о усклађености неких одредаба Закона о државном буџету Украјине за 2011. годину с Уставом. У својој одлуци, узимајући у обзир економске тешкоће државе и позивајући се на доктрину ЕСЉП (пресуде у случајевима *Airey v. Ireland* (No. 6289/73) и *Kjartan Ásmundsson v. Iceland* (No. 60669/00)), Уставни суд је формулисао нови доктринарни исказ, према коме социјална права предвиђена законом нису и апсолутна. Механизам остваривања ових права држава може променити, нарочито када није у могућности да их финансира, кроз сразмерну прераспделу фондова, како би се одржала равнотежа интереса читавог друштва. Поред тога, такве мере се могу одредити због потребе да се спрече или уклоне стварне претње по економску сигурност Украјине, што се, према ставу 1. члана 17. Устава сматра најважнијом функцијом државе. Међутим, недопуштено је успоставити законску регулативу према којој ће висина пензија и других социјалних давања и помоћи бити нижа од нивоа прописаног ставом 3. члана 46. Устава Украјине, јер не пружа адекватне животне услове који би омогућили одржавање људског достојанства, што је противно члану 21. украјинског Устава. Тако је уставно допустиво променити механизам израчунавања извесних врста социјалних бенефиција и помоћи једино у мери која не ставља под знак питања саму природу садржаја права на социјалну заштиту.

И Уставни суд Португалије је имао прилику да се бави питањем уставности смањења зајемчених права из области социјалне заштите у условима глобалне економске кризе. У својој одлуци од 5. априла 2013. године, не искључујући могућност да законодавац, у изузетним економским околностима и ради бржег смањења јавног дуга, може смањити приходе запослених у државној управи, Суд је прогласио неуставном суспензију тринаесте плате или њеног еквивалента за запослене у државној управи (што се односило и на исте врсте износа који су исплаћивани за уговоре истраживача и предавача). Одлука је имала општеобавезујућу снагу, јер је суспензија кршила принцип једнакости који захтева праведну расподелу јавних расхода, пошто је

Уставом (уставности) става 4. у поглављу VII, „Транзиционе одредбе“ Закона Украјине о државном буџету Украјине за 2011. (<http://www.ccu.gov.ua>).

водила неједнаком третману државних службеника у односу на лица која плату остварују у приватном сектору.²⁴

Економски и финансијски проблеми државе који настају као последица постојеће глобалне економске кризе, утицали су и на уставну доктрину о зајемченим социјалним правима коју формулишу уставни судови. Они су се суочили са сложеним задатком да оцене да ли су одлуке које су усвојиле државне установе примерене и сразмерне императивима који проистичу из Устава.

4. Уставна заштита зајемчених (материјалних) права социјалне заштите судија. Могућност смањења зајемчених права из области социјалне заштите судија у условима економске кризе

Према Уставном суду, у важну гаранцију независности судија и судства спадају уставно зајемчена права социјалне (материјалне) заштите судија, солидност зараде, пензионо осигурање судија и томе примерена законска регулатива.²⁵ Уставни суд је више пута истакао да независност судија и судства није привилегија, већ једна од најважнијих обавеза судија и судова, која проистиче из права лица, која верују да су им повређена права и слободе загарантоване Уставом, на непристрасног арбитра у спору који ће довести до суштинског решења, у складу са Уставом и законима.²⁶

24) Одлука 187/13 Уставног суда Португалије од 5. априла 2013. године, (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20130187s.html>). Уставни суд је нагласио да, када одрицање које се намеће људима који зарађују приход у јавном сектору није праћено подједнаким одрицањем од стране скоро свих других грађана који су плаћени из других извора, кумулативни, трајнији ефекти тог одрицања представљају различит третман, а циљ смањења јавног дуга му не обезбеђује адекватну утемељеност.

25) У доктрини Уставног суда, између осталог у његовој одлуци од 27. новембра 2006. године, независност судија и судова тумачи се као њихова непристрасност која се обезбеђује консолидацијом, у Уставу и законима, независности судства од законодавне и извршне власти (институционална независност), процедуралне независности судија, организационе независности и самоуправе судова, положаја судија, неповредивости личности судије, имунитета, неповредивости мандата судије и материјалних (социјалних) гаранција судије, као и забраном мешања у активности судија или судова установама државне власти и управљања, члановима парламента и другим функционерима, политичким партијама и политичким организацијама и грађанима. У својој одлуци, Уставни суд није формулисао коначну листу гаранција за судије и судове, али је запазио да се независност и непристрасност судија и судова обезбеђују и другим гаранцијама које су утврђене Уставом и законима.

26) Одлуке Уставног суда од 22. октобра 2007. године, 29. јуна 2010. године, 14. фебруара 2011. године и 1. јула 2013. године.

Уставни суд је више пута нагласио да је држава дужна да обезбеди социјално (материјално) издржавање судија које ће бити у складу са њиховим статусом за време вршења судијске функције, као и након истека избора на функцију.²⁷ Зајемчена социјална и материјална права која су Уставом утврђена за судије, морају бити осмишљена тако да буду у складу са уставним статусом судије и његовим достојанством.²⁸

Приликом формулисања доктрине о правима социјалне заштите за судије, Уставни суд је извукао императив судијских зарада и других зајемчених права из области социјалне заштите из начела независности судија и судова установљеног чланом 109. Устава. Тим начелом се настоји да се судије које воде судске поступке заштите од свих утицаја законодавне и извршне власти, као и од утицаја других државних установа и функционера, политичких и државних организација, комерцијално-економских структура, или правних и физичких лица.

Уставни суд је у неколико случајева нагласио захтев из члана 109. Устава, којим се истиче потреба да се обезбеди независност судија. Још у својим одлукама од 6. децембра 1995. године и 21. децембра 1999. године, тумачећи уставни принцип независности судија и судства, Уставни суд је изразио став да је заштита зарада и других зајемчених права социјалне заштите судија, једна од гаранција која помаже да се овај принцип спроведе, тако да је према Уставу забрањено смањивати плате и друга социјална права која су судијама додељена, како би се обезбедила независност судија за време вршења функција на које су изабране. Уколико се један саставни део судијске зараде смањи, али се истовремено други повећа, то се не сматра смањењем судијске зараде.²⁹

Независност судија обезбеђена је и у смислу става 1. члана 113. Устава, којим се изричито забрањује да судије током читаве своје каријере примају другу накнаду осим зараде која је утврђена за судију и накнаде за образовне или креативне активности. Тако Устав прописује судијама строго ограничење на примање других накнада. С тачке гледишта забрана установљених чланом 113. Устава, све судије су једнаке.

У одлукама Уставног суда од 28. марта 2006. године, 22. октобра 2007. године и 14. фебруара 2011. године, као и у одлукама од 8. августа 2006. године и 20. априла 2010. године, разрађена је званична уставна доктрина о заради судија као важном елементу њиховог уставног статуса. Уставни суд је у више наврата изразио став (у одлуци од 14. фебруара 2011. године и у одлукама од 12. јануара 2000. године

27) Одлуке Уставног суда од 21. децембра 1999. године, 22. октобра 2007. године и 29. јуна 2010. године.

28) Одлука Уставног суда од 8. августа 2006. године, одлуке од 22. октобра 2007. године, 29. јуна 2010. године и 14. фебруара 2011. године.

29) Одлука Уставног суда од 14. фебруара 2011. године.

и 8. августа 2006. године) да израз „зарада судије“ подразумева све исплате које се судији исплаћују из државног буџета.

Карактер зајемчених права из области социјалне заштите судија одређује се уставним статусом судија који је суштински предуслов за њихову независност. Уставни суд је више пута, између осталог и у својој одлуци од 14. фебруара 2011. године, нагласио захтев за једнаким статусом судија који воде судске поступке. Према овом захтеву, материјалне и социјалне гаранције судија морају се разликовати према јасним критеријумима који су познати *ex ante* и нису повезани са вођењем судског поступка у току разматрања одређеног случаја. У истој одлуци Уставног суда се наглашава да судије из истог система судова и судије из судова истог нивоа морају бити плаћене за сличан посао на сличан начин, без дискриминације или привилегија.

Уставни суд је обезбедио и тумачење саставних делова зараде. Констатовао је да законодавац, регулишући односе повезане са одређивањем судијске зараде, може установити да се та зарада – социјална (материјална) зарада судије – састоји из више саставних делова, у које спадају пензионо осигурање, додатне зараде и ванредне зараде.³⁰

Уставни суд такође оцењује да су и зајемчена социјална права судија, након истека њихових овлашћења, важан гарант њихове независности. Тумачећи одредбу члана 109. Устава, Уставни суд је формулисао захтев да законодавац мора установити законску регулативу која ће обезбедити независност судије и судова, њихова зајемчена социјална (материјална) права, не само док судија врши своју функцију, већ и када му се овлашћења окончају.³¹ Законодавац може, водећи рачуна о Уставу, предвидети и случајеве у којима се пензија или државна пензија судије (која је повезана са уставним статусом судије) не исплаћује бившем судији. Када се уређује да се судијска пензија не исплаћује бившем судији, узимају се у обзир разлози на основу којих су прекинута судијска овлашћења.

Тако је доктрином Уставног суда за судије формулисан широк систем зајемчених права из области социјалне заштите, који треба оценити као важну гаранцију њихове независности, а која се не односи само на зараду, већ и на зајемчена социјална права по истеку судијских овлашћења. Уставни суд је констатовао да је важно да се такве гаранције заиста и установе.

Уставни суд је формулисао строгу забрану смањења судијских зарада и других зајемчених припадајућих социјалних права. Сваки покушај да се смање зарада или друга социјална (материјална) права судије, или ограничења у погледу финансирања судова, третира се као

30) Одлука Уставног суда од 14. фебруара 2011. године.

31) *Inter alia*, одлука Уставног суда од 22. октобра 2007. године.

насртај на независност судија и судова³². Ова доктрина је даље разрађена у условима економске кризе.

У својој одлуци од 15. јануара 2009. године, Уставни суд је установио да Устав забрањује смањење зарада судија, осим у случајевима када постоји изузетно тешка економска и финансијска ситуација у држави, те да је то дозвољено једино привремено и једино по закону, поштујући уставни принцип пропорционалности, који подразумева да се судијске зараде не смеју смањити у мери која угрожава вршење њихове уставне улоге и обавезе – вођење судских поступака. Уставом зајемчене зараде судија одређене су уставним статусом судија који воде судске поступке. Уставни статус судије подразумева уставну функцију вођења судских поступака.

Доктрина о корекцији (ограничењу) социјалних права за време економске кризе, која је формулисана у јуриспруденцији Уставног суда, примењива је и на социјалне гаранције судија. У својој одлуци од 20. априла 2010. године, Уставни суд је, поред осталог, формулисао извесне опште принципе који се морају поштовати уколико у држави постоји економска криза, а законодавац може да усвоји одлуке о смањењу социјалних гаранција.

Уставни суд не издваја смањење зајемчених социјалних права судија (зарада, пензија и државних пензија)³³ у условима економске кризе, од истих социјалних права других особа (поред осталог, оних које врше функције државне власти)³⁴ којима се зарада исплаћује, а пензија додељује и исплаћује из државног буџета (и државног буџета за социјално осигурање).

Уставни суд је нагласио да, као и сви остали, судија такође има право да штити своја права, легитимне интересе и очекивања.³⁵ Уставни суд се суочио са неактивношћу парламента када законска регулатива која је регулисала зараде судија, а која је измењена (учињена неповољнијом)

32) Одлуке Уставног суда од 6. децембра 1995. године, 21. децембра 1999. године, 12. јула 2001. године, 28. марта 2006. године и 14. фебруара 2011. године; одлуке од 12. јануара 2000. године и 8. августа 2006. године.

33) Судијска пензија се третира као државна пензија, те се, као и друге државне пензије, исплаћује из државног буџета.

34) У својој одлуци од 15. јануара 2009. године, Уставни суд је установио да би се законском регулативом, у случају изузетно тешке економске и финансијске ситуације у земљи, која не дозвољава смањено финансирање само судова, или смањење зарада само судијама, неосновано судови издвојили од других институција које врше државну власт, а судије – од других особа које учествују у вршењу власти припадајућих институција државне власти; јачање таквог изузетног положаја судова (судија) не би било у складу са захтевима за отвореним, поштеним и складним грађанским друштвом и оним што налаже правда.

35) Поред осталог, одлуке Уставног суда од 12. јула 2001. године и 22. октобра 2007. године.

због тешке економске ситуације која се јавила у Литванији као последица такозване „руске кризе“, није поново измењена након што је криза престала. У својој одлуци од 8. августа 2006. године,³⁶ одлучујући о питањима која су била повезана, поред осталог, и са смањењем зарада судија, Уставни суд је формулисао доктринарну одредбу према којој редовни судови имају овлашћења да приликом разматрања конкретних случајева, процене промене у економској ситуацији, те у случају неделовања законодавца – усвоје одлуке у одбрану конкретног социјалног права лица. У време ове кризе, питање смањења и компензације зарада судије нашло се као тема и пред судијама ЕСЉП.³⁷

У својој одлуци од 1. јула 2013. године, Уставни суд је нагласио да у условима економске кризе, смањење судијских зарада не сме бити несразмерно ни дискриминаторно. Поред осталог, зараде се не могу смањити само судијама неких судова, нити само судијама које врше одређене дужности. Не може се пореметити пропорционални однос између износа зарада судија које врше различите дужности (припадају различитим системима судства или различитим нивоима судова), установљен у време пре појаве посебно тешке економске и финансијске ситуације у држави, као ни пропорционални однос установљен између висина зарада различитих категорија судија и других лица која су за свој рад плаћена из фондова државног или општинског буџета (нпр. државних службеника, политичара, функционера). Сваки пропуст да се поштују поменути захтеви треба сматрати насртајем на независност судија и судства, па према томе и кршењем става 2. члана 109. Устава и уставног принципа правне државе.

У својој одлуци од 1. јула 2013. године, Уставни суд налази да су у условима економске кризе, која је отпочела 2009. године, плате судија

36) У својој одлуци од 8. августа 2006. године, Уставни суд је констатовао да у случају законског пропуста, који је забрањен Уставом, судови морају попунити правне празнине *ad hoc*, а то се мора учинити, пре свега, примењивањем општих законских принципа; међутим, таква одлука суда не укида обавезу законодавца да попуни законску празнину. Поменута одлука Уставног суда значајна је за редовне судове приликом одлучивања о случајевима који се тичу заштите социјалних права лица, где законодавац избегава правовремено регулисање датих односа правним средствима.

37) Доносећи одлуку од 15. октобра 2013. године, у случају *Rimantas Savickas v. Lithuania* (No. 66365/09) и разматрајући допуштеност жалбе, ЕСЉП се позвао и на доктрину Уставног суда која је намењена смањењу зајемчених социјалних права судија за време економске кризе. ЕСЉП је сматрао да држава Литванија приликом усвајања и подржавања привременог смањења зарада судија за време економске кризе (1999–2003), није прекорачила границу примене, нагласивши да је губитак у заради за период од три године надокнађен, према специјалном закону који је обезбеђен за такву компензацију или према одлуци суда у складу са тим законом. Представке су оцењене као недопуштене и у погледу других тачака тог спора.

и неких државних службеника биле смањене несагласно уставним захтевима, примењивим у условима економске кризе на тај тип смањења, чиме је прекршен и уставни принцип пропорционалности³⁸. Уставни суд је оценио противуставном оспорену законску регулативу путем које су смањени коефицијенти позиционих зарада судија прописивањем непропорционалне (изузетно велике) мере смањења, чиме је нарушен и однос висина зарада судија на различитим дужностима, установљен у време пре појаве тешке економске и финансијске ситуације у држави. Он је изнео став да таква правна регулатива није у складу са начелом независности судија и судства, нити са захтевима израженим у члану 109. став 2. Устава и уставном начелу правне државе.

Напомињем да су се питањима која се тичу смањења зајемчених социјалних права судија у условима економске кризе бавили и други уставни судови.

Тако је 18. јануара 2010. Уставни суд Летоније донео пресуду у случају у коме је предмет оцене уставности било замрзавање судијских зарада, а у вези са подизањем плата вишим државним функционерима, у условима економске кризе. Уставни суд Летоније је оценио оспорене законске одредбе и оспорено смањење зарада судија, неусклађено са императивима који проистичу из Устава, као противуставно, констатујући следеће: тешки економски услови наводе државу да промени и смањи финансирање свих радника у јавном сектору без обзира на грану јавног сектора у којој раде, буџета државне установе или области у којој делују; било би недопустиво смањити финансирање само једног сектора – судава, или само зараде судија – исто као што би било недопустиво и оставити финансирање само једне гране државних установа непромењено; чак и у условима финансијског назадовања, финансирање се може смањити једино уз поштовање уставних принципа и процедура, као и основних права и слобода, поготово у погледу начела уставне једнакости.³⁹

38) Доктрином Уставног суда формулисана је дужност законодавца да ни у условима економске кризе не смањује зараде које након смањења не обезбеђују примерене животне услове датим лицима. Чињеница да се такве зараде не смањују, у складу са регулативом законодавца, не нарушава принцип пропорционалности нити друге уставне принципе.

39) Пресуда Уставног суда Летоније од 18. јануара 2010. (No. 2009-11-01), у којој је Уставни суд Летоније нагласио да су и судије грађани, те да им њихов посебан статус и улога у друштву не дају имунитет против свих околности у којима држава решава сложену ситуацију и доноси одлуке уз поштовање својих грађана; у економској кризи социјална солидарност значи да сваки грађанин преузима сразмерну одговорност за превазилажење тешких последица кризе, а државни функционери, укључујући ту и судије, морају бити солидарни са грађанима своје државе. Суд је подвукао да оспорене норме уређују да плате судија у 2009. буду исте са платама у 2007. а не у 2008, што има за последицу да су зараде, у ствари, смањене.

Уставни суд Пољске је 12. децембра 2012. донео одлуку⁴⁰ у којој је оценио да је законска регулатива која је установила „замрзавање“ зарада судија – неподизање плата у периоду од годину дана, сагласна Уставу. Према оспореној законској регулативи, зараде судија нису установљене на основу просечне накнаде за рад из 2011, већ на основу просечне накнаде из 2010, када плате у јавном сектору нису повећане, односно биле су „замрзнуте“ све од 2008. године. Уставни трибунал је своје одлуке засновао на погоршаној економској ситуацији у држави, која је захтевала да се предузму хитне мере, наглашавајући да је вођење бриге о јавним финансијама дужност државних власти, а да су поступци законодавца основани и у јавном интересу – балансирању државног буџета.

Треба поменути да уставни неких држава садрже *expressis verbis* одредбе којима се забрањује смањење зајемчених права судија на социјалну заштиту. Тако су уставни судови поменутих држава обавезни да, приликом одлучивања о смањењу поменутих зајемчених права у условима економске кризе, не тумаче доктрину коју је формулисао Уставни суд, већ да императивне одредбе Устава протумаче као ограничавање овлашћења Суда. Са том ситуацијом се сусрео Врховни суд Кипра када је, у одлуци од 14. јуна 2013,⁴¹ морао да одговори на питање да ли је било допуштено применити законске одредбе које уређују смањење судијских зарада. Члан 158.3 Устава Републике Кипра уређује да ће „закон уредити зараде и друге услове службе судија у складу са ставом 1. овог члана. Зараде и други услови судијске службе неће бити промењени на штету судије након његовог постављења на функцију.“ Врховни суд Кипра је запазио, између осталог, да је члан 158.3 тако јасан, да не може бити сумње у то како га треба тумачити, а да се законима *sub judice*, који подразумевају недопустиве неповољне промене у односу на зараде судија, крше одредбе уставног члана 158.3. Размотривши различите аргументе, Врховни суд је на крају дошао до закључка да се жалба усваја и да се управне одлуке *sub judice* проглашавају неважећим, ништавним и без правног дејства. Суд је запазио и наглашену намеру присутну у већини изјављених жалби, да се добровољно допринесе напору спасавања кипарске привреде, изразивши наду да ће њихов пример следити и остали подносиоци жалби.

Према томе, у време економске кризе дозвољено је смањити зараде судија не само према одређеном проценту, већ и неповећавањем зарада, односно њиховим замрзавањем. Када установе са уставним

40) Одлука Уставног суда Пољске од 12. децембра 2012. (http://www.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/OTKZU/2012/2012A_11.pdf).

41) Врховни суд Кипра, Јурисдикција ревизије, Консолидована средства 397/2012 и 480/2012, пресуда од 14. јуна 2013. године.

надлежностима одлучују о уставности смањења зарада судија за време економске кризе, у сваком појединачном случају морају одлучивати о томе да ли је ограничење поменутог социјалног права допуштено и да ли је засновано на уставу. Одлуке литванског и пољског Уставног суда показују да неповећавање зарада судија током економске кризе, иако само по себи може бити оцењено као уставно, у различитим околностима може довести до различитих одлука установа са уставним надлежностима.

Закључак

Уставни суд Републике Литваније је формирао широку и препознатљиву доктрину о могућности ограничења социјалних права за време економске кризе. Ова доктрина се заснива, између осталог, на императивима правне државе, једнаким правима, правди, пропорционалности, заштити легитимних очекивања, друштвеној солидарности, уставном концепту државног буџета и другим уставним захтевима. Уставни суд је формулисао извесна општа начела која се морају поштовати када, у околностима економске кризе, законодавац усвоји одлуке о смањењу зајемчених права из области социјалне заштите. Та доктрина је настала и под утицајем међународног права, попут права изложеног у Европској конвенцији о људским правима. Приликом разматрања случајева повезаних са остваривањем социјалних права, Уставни суд води рачуна о судској пракси уставних судова других држава.

Резиме

Економски и финансијски проблеми држава, на које се може гледати као на економску кризу у континуитету, извршили су утицај на уставну доктрину о зајемченим правима из области социјалне заштите коју формулишу уставни судови. Они су се суочили са сложеним задатком оцењивања да ли су одлуке које су донеле државне установе примерене и сразмерне захтевима који проистичу из устава.

Економска криза је покренула бројна сложена питања за уставне судове. Као прво, да ли су уставни судови, суочени са глобалном економском кризом, у стању да се баве питањима повезаним са економијом, односно да одлучују о уставности хитних мера штедње које држава доноси. У условима глобалних економских мера штедње, погођена су најосетљивија подручја, као што су зајемчена права из области социјалне заштите, а питања пензија, зарада или породилског одсуства постала су горућа питања.

Јуриспруденција Уставног суда Литваније формулисала је доктрину којом се ограничавају зајемчена права из области социјалне заштите за време економске кризе, а период у коме је ова доктрина настајала може се поделити у две фазе: од 2002. до 2006, када је Уставни суд одлучивао о уставности правних аката којима се сужавају социјалне гаранције, у ситуацији насталој због утицаја тзв. „руске кризе“ на привреду Литваније (у том периоду је Уставни суд усвојио неколико одлука које су почеле да формирају доктрину о смањењу зајемчених права из области социјалне заштите у време економске кризе); и од 2009. до данас, када је Уставни суд формирао уставну доктрину о ограничењу права из области социјалне заштите у ситуацији насталој због последица глобалне економске кризе по привреду државе Литваније.

Доктрина о ограничењу зајемчених социјалних права за време економске кризе, коју је Уставни суд формулисао у периоду између 2009. и 2013, а која је наставак претходне доктрине, може се оценити као специјална доктрина о ограничењу људских права, чију суштину чине општеприхваћени принципи ограничења људских права. Актима Уставног суда успостављене су и независне основе за смањење гаранција само социјалних права (пензија и зарада) за време економске кризе. Оне су, иако су утемељене на општим начелима доктрине о људским правима, допуњене и додатним критеријумима, као на пример: захтевом да се смањење зајемчених права из области социјалне заштите (пензија и зарада) заснива на околностима које сведоче о присуству веома тешке економске ситуације у држави; захтевом за постојањем званичног саопштења да у држави постоји веома тешка економска и финансијска ситуација која није краткорочна; захтевом да се зараде и пензије морају смањити на период који не прелази једну буџетску годину, док је приликом одобравања државног буџета за следећу годину нормотворац дужан да поново процени економску ситуацију у држави и да поново одлучи у погледу смањења поменутих социјалних гаранција; да смањење мора бити привремено и не сме нарушавати пропорционални однос плата и накнада који је постојао пре кризе; да законодавац може да успостави границу испод које пензије (и плате) неће бити смањиване чак ни за време економске кризе; да није дозвољено у већој мери смањити старосне пензије додељене особама које имају посао или воде приватан посао (овај важан критеријум је успостављен у претходној доктрини); да се старосне пензије које су смањене због економске и финансијске кризе морају надокнадити, док се смањене државне пензије – само уколико су смањене у великој мери, могу надокнадити, али само у мањој мери. Уставно начело друштвене солидарности, тумачено у контексту уставног принципа једнаких права, подразумева дужност законодавца да успостави

недискриминаторни степен смањења зарада лицима која су за свој посао плаћена из фондова државног или општинског буџета.

Тренутно је предмет пажње и питање смањења зајемчених права из области социјалне заштите судија, односно смањење њихових зарада. Формулишући доктрину зајемчених права из области социјалне заштите за судије, Уставни суд је истакао као императиве судијске зараде и њихова зајемчена социјална права из начела независности судија и судова успостављеног у члану 109. Устава. Систем зајемчених социјалних права судија, формулисан у доктрини Уставног суда, треба оценити као важну гаранцију независности судија, што постаје питање од нарочитог значаја у условима економске кризе, када законодавац поставља ограничења на могућу висину зарада и пензија. Уставни суд је у својој одлуци од 1. јула 2013. даље разрадио доктринарне одредбе засноване на општој доктрини смањења права из области социјалне заштите (плата и пензија) у условима економске кризе, формулисаној у одлуци Уставног суда од 26. марта 2006, у којој је саопштен значај поштовања принципа пропорционалности приликом успостављања конкретних ограничења на зајемчена социјална права.

НАДЛЕЖНОСТ И КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ БУГАРСКОЈ

Надлежност се у класичном смислу односи на независно решавање одређених правних спорова. Надлежност одређује шта је речено у одређеном правном пропису и меру у којој је понашање у складу са њим усаглашено са правилима утврђеним законом. Надлежност представља поступак примене права и у том је смислу заснована на праву и његовом спровођењу. Зато у погледу свих предмета који се односе на правне спорове, али у којима се спорови не односе на примену права у конкретним случајевима, решавање спора не представља питање надлежности. Пример тога је уставносудско разматрање захтева за оцену уставности закона или за тумачење устава; исто се односи и на одлуке које Уставни суд доноси о сагласности устава са међународним уговорима које је држава потписала, а пре њихове ратификације, односно о сагласности закона са општеприхваћеним стандардима међународног права. Надлежност у класичном смислу не важи у таквим случајевима управо зато што није реч о примени права у смислу утврђивања у којој је мери конкретно понашање у погледу релевантног правног правила у складу са законом.

Та премиса је од основног значаја и потребно је имати у виду њен дух и логику приликом извођења закључака о конкретном питању везаном за контролу уставности – почев од суштине захтева, одсуства уобичајених страна у поступку које би браниле своје интересе, последица саме пресуде, итд. Проблем лежи у томе да и пракса и теорија мање или више одступају од ње. Учињени су неки покушаји доношења пресуда који би обесмислили и саму формулу, премда посредно. Најчешће, међутим, наилазимо на случајеве који потпуно пренебрегавају претпоставку о суштини надлежности, услед чега се долази до одлука у погледу контроле уставности ради представљања еклектичног низа противречних закључака, али које, међутим, служе одређеним циљевима.

То отвара питање да ли, с обзиром на одсуство конкретних решења везаних за контролу уставности, правила и институти који чине ткиво класичних случајева надлежности могу бити позајмљени и, ако је одговор потврдан, у којој се мери непосредно односе на контролу уставности. Такав је став неприхватљив јер основне

карактеристике контроле уставности и материје којом се бави пре свега искључују могућност непосредног повезивања контроле уставности са познатим облицима грађанског, кривичног или управног права. Кад год не постоји непосредан оквир, правила и институти карактеристични за класичне облике надлежности, морамо их прилагодити на одговарајући начин под условом да су подвргнути пажљивом разматрању како би се утврдило да ли се односе и на контролу уставности. Ако је њихово значење пре свега уобличено под утицајем појма правног спора који утиче на субјективна права и интересе физичких или правних лица, или појединачна или органа власти, онда, када је у питању контрола уставности, њихов садржај не може а да не претрпи измене.

Уставно судство представља надлежност *sui generis* и она се само веома уопштено преклапа са класичним облицима надлежности. Сврха контроле уставности се не своди на утврђивање шта је у одређеном случају усаглашено са правилима утврђеним правом. Основна идеја контроле уставности је да утврди да ли је утврђени модел, којем релевантно понашање мора да се уподоби, у складу с Уставом. Ипак, чини се да се теза о контроли уставности као својеврсној врсти поступка оспорава због две околности. Прво, у оквиру управног судства је дозвољено оспоравање правне усаглашености одређеног подзаконског акта који је донео врховни управни орган. Зар онда није у питању једна те иста врста надлежности? Разлика лежи у томе да се у оквиру (уставносудске) контроле уставности подноси захтев за утврђивање уставности закона, а да у управном судству оспоравање утиче на подзаконски акт, а тиме се односи и на законске инструменте. Штавише, уставни судови у неким правним системима се такође баве правном усаглашеношћу подзаконских аката које је усвојила влада. И овде разлика између контроле уставности и управног судства лежи у карактеристикама спора. Подзаконски акт се обично може оспоравати пред судом у мери у којој се односи на подносиоца жалбе, тј. на постојећи или могући утицај тог подзаконског акта на права подносиоца жалбе или ако тај акт подносиоцу жалбе намеће одређене обавезе. У таквом случају, надлежност се остварује у складу с уобичајеним моделом по којем неко оспорава управни акт који има неке одређене одлике, имајући у виду разлику између појединачног управног акта и општег управног акта. Контрола уставности следи другачију логику. Она није ограничена појединачним интересом, чије је одсуство од кључног значаја за прихватљивост захтева. Контрола уставности се у ствари ослања на формулу да само одређени органи или групе лица могу да оспоравају уставност неког закона и не поставља питање постојања или непостојања права на подношење захтева за утврђивање неуставности. Претпоставља се да је интервенција предметних органа сама по себи подређена идеји одржавања стабилности политичког система.

Могу се утврдити и друге везе између контроле уставности и управног судства. Тужба у јавном интересу (*actio popularis*) представља познат институт у управном судству, у којем питање јавног интереса надилази појединачни интерес. Претпоставља се да грађанин поступа у име јавног интереса, ради одбране одређених субјективних права у јавном праву. Такве тужбе, међутим, пре представљају изузетак, те њихово постојање не може представљати основ за одговарајућа уопштавања. Нема, међутим, сумње да се утицај тужби у јавном интересу осећа у контроли уставности. Мора се признати да се контрола уставности може развијати по моделу тужбе у јавном интересу у контексту појединачних представки, нпр. давању грађанима заједничког права да поднесу захтев за утврђивање уставности и проглашавањем тога основним овлашћењем уставних судова, а може се и тврдити да и сам захтев за утврђивање уставности обухвата карактеристике тужбе у јавном интересу. Таква логика не би звучала баш непознато ни бугарском Уставном суду. Он прихвата да је чак и захтев – који је поднео потребан број скупштинских посланика да би се неки од њих затим повукли, услед чега тај захтев на крају подржава мањи број скупштинских посланика него што је законом прописано – прихватљив јер брани јавни интерес.

Другим аргументом се оповргава теза да контрола уставности и класични облици надлежности имају мало тога заједничког. Овај се аргумент заснива на чињеници да Уставни суд, поред овлашћења да утврђује уставност одређеног закона или тумачи Устав, такође може да разматра спорове у меритуму, нпр. легитимност избора народних посланика или председника или потпредседника Републике, уставност политичких странака и удружења, спорове о надлежности између највиших државних тела, као и спорове између централних и локалних власти, итд. Такви предмети већ дају обресе оквира правног спора у класичном смислу те речи, као што је изричито предвиђено Уставом, те Уставни суд мора да прогласи шта о том случају каже право и да то примени. Другим речима, примена ове активности је доста слична класичним облицима надлежности. Али постоје и значајне разлике између меритума о којем је реч и класичних облика надлежности. И у тим се случајевима спор односи искључиво на јавни интерес, а не на интерес подносиоца жалбе, то јест на све параметре који указују на то да ће нагласак углавном остати на потреби очувања стабилности политичког система иако су можда прекршена субјективна права.

Желео бих да укажем на то да овлашћења Уставног суда, која обухватају спровођење надлежности, не могу бити стављена у исти кош са предметима у којима се утврђује уставност неког закона. Таква су овлашћења, у најбољем случају, комплементарна, јер основна овлашћења, као што је контрола уставности и тумачење Устава, одлучујуће одређују судијске карактеристике Уставног суда. Поред тога, у неким

се случајевима чак појављују сумње да ли Уставни суд треба да решава такве спорове. На пример, у Бугарској још није сасвим јасно зашто Уставни суд треба да решава спорове о законитости избора народних посланика, док предмете везане за резултате општинских избора и избора градоначелника треба да решавају управни судови. На крају крајева, управо нам примена омогућава да изводимо закључке о месту одређеног органа власти. Уставни судови се оснивају пре свега како би разматрали уставност закона и то треба схватити као кључну функцију приликом утврђивања њиховог правног статуса и деловања. С друге стране, Уставни суд је овлашћен да даје обавезујуће тумачење Устава. Самим тим његово деловање поприма много другачију перспективу.

У начелу, проблем класификације овлашћења Уставног суда није решено теоретски, али је доста значајно јер омогућује уобличавање саме идеје о суштини Уставног суда. Ако претпоставимо да природа овлашћења која су му поверена представља критеријум, морамо признати да Уставни суд поседује основна овлашћења везана за вршење провере уставности, укључујући и усаглашености међународних уговора с Уставом и тумачење Устава, као и субсидијарна овлашћења, која обухватају сва остала овлашћења. Суду су поверена остала овлашћења која има на располагању због њиховог непосредног утицаја на функционисање и стабилност политичког система. Овлашћења о којима је реч се, међутим, разликују по суштини: у оба случаја је у питању решавање правног спора важног за стабилно функционисање политичког система и управљање државом, али се параметри и садржај ових правних спорова разликују. Стога се чини природним повлачење разлике између контроле уставности у ужем смислу те речи и осталих случајева који се тичу уставног судства, који се решавају на основу различитих овлашћења у зависности од њихове материје. Међутим, с обзиром на то да ова потоња овлашћења нису одлучујућа, она се не могу наводити као аргумент у разматрањима суштине активности која се спроводи.

Да закључим, израз „контрола уставности“ не треба да нас доведе у заблуду. Не ради се о некој врсти надлежности, поред класичних облика надлежности. Разлика лежи у суштини овлашћења која се врше. Заједнички елемент, уколико и даље покушавамо да утврдимо шта им је заједничко, лежи у чињеници да се поступак спроводи и пред Уставним судом и пред осталим судовима, тј. они следе кораке прописане правом у низу који доводи до одлучивања о акту. Свака надлежност је организована као поступак, било да је у питању контрола уставности или остали облици класичне надлежности. То, међутим, само по себи није довољно да би се доказало да постоје различите врсте „надлежности“ истог порекла.

Апстракт

Надлежност уставног правосуђа је појава *sui generis*. Она се само у најопштијем смислу поклапа са класичним облицима надлежности. Суштина уставног надзора није да установи шта је у складу са законским прописима у неком случају. Идеја која лежи у позадини уставног надзора је открити да ли је успостављени модел, са којим неко понашање треба ускладити, и сам у складу с Уставом.

Овлашћења Уставног суда, која укључују примену надлежности, не могу се ставити у исти кош са случајевима у којима се одлучује о уставности неког закона. Ове надлежности су, у најбољем случају, комплементарне, јер су уставни судови и успостављени ради надзирања уставности закона. Стога у томе треба видети њихову кључну улогу која одређује како њихов правни статус, тако и њихово деловање.

УПОРЕДНОПРАВНИ ОСНОВИ НАДЛЕЖНОСТИ УСТАВНИХ СУДОВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Гледано са становишта повијести уставних судова и проблема транзиције социјалистичких земаља, за Босну и Херцеговину као нову демократску државу са друштвом у транзицији, израженом асиметричном подјелом власти, улога уставних судова има посебан значај у специфичним друштвеним, господарским и политичким увјетима.

Потписивањем Опћег оквирног споразума за мир у БиХ¹, Устав Босне и Херцеговине ступио је на снагу 14. 12. 1995, који осигурава уставноправне оквире за устројство и функционирање Босне и Херцеговине на потпуно новим, политичким и правним темељима у односу на претходни период.

У првом реду, Устав Босне и Херцеговине у преамбули детаљно наводи темељне нормативне принципе, као што су поштовање људског достојанства, слободе и једнакости, толеранције и помирења, те демократске органе власти и правичне процедуре као најбоље средство за стварање мирољубивих односа унутар плуралистичког друштва. Чланак II Устава садржи најшири каталог људских права и темељних слобода и проглашава Европску конвенцију за заштиту људских права и темељних слобода директно примјењивом у Босни и Херцеговини,

-
- 1) Опћи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини има 11 Анекса и то:
Анекс 1.А: Споразум о војним аспектима мировног споразума,
Анекс 1.Б: Споразум о регионалној стабилизацији,
Анекс 2: Споразум о међуентитетској линији разграничења и релевантним питањима,
Анекс 3: Споразум о изборима,
Анекс 4: Устав Босне и Херцеговине,
Анекс 5: Споразум о арбитражи,
Анекс 6: Споразум о људским правима,
Анекс 7: Споразум о избјеглицама и расељеним особама,
Анекс 8: Споразум о Повјеренству за очување националних споменика,
Анекс 9: Споразум о оснивању јавних корпорација Босне и Херцеговине,
Анекс 10: Цивилна имплементација мировног споразума, и
Анекс 11: Споразум о међународним полицијским снагама.

као дио Устава са изравном примјеном и супремацијом над свим осталим законима, али и Анекс I – Додатни споразум о људским правима који ће се такође примјењивати у Босни и Херцеговини.²

Институције уставних судова у Босни и Херцеговини утемељене су у Уставу Босне и Херцеговине, Уставу Републике Српске и Уставу Федерације Босне и Херцеговине, којима се осим надлежности уређује организацијско устројство, процедуре и обвезност извршења донесених одлука.

1. Надлежност уставних судова

Кад говоримо о надлежности уставних судова³, оне су дефиниране Уставом Босне и Херцеговине, Уставом Републике Српске и Уставом Федерације Босне и Херцеговине, што у крајњем значи и диференциране поступке, а тиме и специфичне одлуке овисно од врсте надлежности и природе спорова. Диференцирање ових надлежности заснива се на чињеници у којој мјери уставни судови, поред класичног задатка који се односи на заштиту уставности, остварују и непосреднију везу са законодавном, извршном и судском влашћу.

-
- 2) 1. Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида (1948),
 2. Женевске конвенције I–IV о заштити жртава рата (1949) – и Допунски протоколи I–II (1977),
 3. Конвенција која се односи на статус избјеглица (1951) и Протокол (1966),
 4. Конвенција о држављанству удатих жена (1957),
 5. Конвенција о смањењу броја лица без држављанства (1961),
 6. Међународна конвенција о уклањању свих облика расне дискриминације (1965),
 7. Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966) и Опциони протоколи (1966 и 1989),
 8. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (1966),
 9. Конвенција о уклањању свих облика дискриминације у односу на жене (1979),
 10. Конвенција против мучења и других сурових, нехуманих или понижавајућих поступака или кажњавања (1987),
 11. Европска конвенција о спречавању мучења нехуманог или понижавајућег третмана или кажњавања (1987),
 12. Конвенција о правима дјетета (1989),
 13. Међународна конвенција о заштити права свих радника-миграната и чланова њихових породица (1990),
 14. Европска повећа за регионалне језике и језике мањина (1992), и
 15. Оквирна Конвенција за заштиту националних мањина (1994).

3) Чланак VI.3. и IV.3.(ф) Устава Босне и Херцеговине, чланак IV.Ц.10. до 12. Устава Федерације Босне и Херцеговине и Поглавље IX Устава Републике Српске.

Уставни суд Босне и Херцеговине има искључиву надлежност одлучивања о било којим споровима који проистекну из Устава Босне и Херцеговине између два ентитета, или између Босне и Херцеговине и једног или оба ентитета, или између институција Босне и Херцеговине. У суштини, анализирајући ово, Суд овдје одлучује о позитивним или негативним сукобима надлежности, као и о било којим другим споровима који се могу појавити у односима између државних и ентитетских структура власти, односно институција Босне и Херцеговине.

Уставни суд има надлежност да одлучи да ли је било која одредба устава или закона једног ентитета сукладна са Уставом Босне и Херцеговине. Иако Устав, чланак VI.3.a алинеја 2, експлицитно говори само о „одредбама закона ентитета“, слједећи обвезу Суда „да Суд подржава Устав Босне и Херцеговине“, овим се од оцјене уставности не искључују и закони које доноси Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине. Исто тако, Суд је надлежан да испита да ли је одлука ентитета да успостави специјални паралелни однос са сусједном државом сукладна са овим уставом, укључујући и одредбе које се односе на суверенитет и територијални интегритет Босне и Херцеговине.

Уставни суд је надлежан у питањима која му је прослиједио било који суд у Босни и Херцеговини у погледу тога да ли је закон, од чијег важења његова одлука овиси, компатибилан са Уставом Босне и Херцеговине, Еуропском конвенцијом о људским правима и темељним слободама и њеним протоколима или у погледу постојања или домања неког опћег правила међународног јавног права. Поменути суд који је прослиједио питање Уставном суду обавезан је поступити сукладно одлуци Суда. Исто тако, Суд је надлежан у случају „блокаде“ Дома народа Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине по питању виталног интереса једног од конститутивних народа, што представља по много чему атипичан вид надлежности, јер се практично на овај начин успоставља однос између „уставносудске“ и „законодавне власти“.

Уставни суд је надлежан да оцјени уставност закона које је донио Високи представник за Босну и Херцеговину супституирајући домаће власти.⁴ Разматрајући наведени захтјев, Суд је истакао да овласти Високог представника произилазе из релевантних Резолуција Вијећа сигурности Уједињених нација и Бонске декларације. Међутим, у конкретном случају, он је интервенирао у правни сустав Босне и Херцеговине супституирајући домаће власти и у том погледу он је дјеловао као власт Босне и Херцеговине, а закон који је он донио је природе домаћег законодавства, те се мора сматрати законом Босне и Херцеговине.

4) Одлука објављена у „Службеном гласнику Босне и Херцеговине“, број 1/01.

У оквиру цјелокупне надлежности подржавања Устава, као и Правила Уставног суда⁵, није регулирано дјеловање Суда по властитој иницијативи код оцјене уставности закона.

Исто тако, Уставни суд је заузео стајалиште да није у духу Устава Босне и Херцеговине и правног поретка да дозволи испитивање апелације којом се побија одлука ентитетског уставног суда⁶. Ако би се испитивала одлука ентитетског уставног суда, донесена из апстрактне надлежности уставног суда, то би у конкретном случају значило да се кроз „апелациону надлежност“ Уставног суда допусти поновно испитивање „уставности“ коначне и обвезујуће одлуке уставног суда, што свакако не потпада под надлежност Уставног суда Босне и Херцеговине.

Као што сам напоменула, због сложене унутарње структуре, модифициране Уставом Босне и Херцеговине, поред Уставног суда Босне и Херцеговине, имамо и ентитетско-уставне судове, и то: Уставни суд Федерације Босне и Херцеговине и Уставни суд Републике Српске. Према Уставном суду Босне и Херцеговине, све функције и овлаштења која нису повјерена институцијама Босне и Херцеговине припадају ентитетима. Федерација Босне и Херцеговине се састоји од кантона са веома широком аутономијом, а ако се томе дода и сложена структура локалне самоуправе (опћине и градови) сучељавамо се с ријетким примјером сложене државне структуре из чега произлази и изнимно комплицирано дистрибуирање надлежности између пет разина устроја власти. Република Српска по свом устројству разликује се од Федерације Босне и Херцеговине, централистички је организирана и нема кантона и толико нивоа власти. Не улазећи овом приликом у разлоге креирања овакве структуре, не треба изгубити из вида да се то дешава и у времену транзиције из ранијег у нови састав, да су на дјелу у различито вријеме различите интервенције међународне заједнице и да се у тим оквирима успоставља самоодржива економија и домаћа власт, те да се одвијају и процеси укључивања у еуро-атлантске интеграције.

Уставни суд Федерације надлежан је да рјешава спорове између различитих разина власти насталих између појединих федералних институција, између кантона, између кантона и федералне власти, између града и његовог кантона или федералне власти, између опћине и града, између опћина и његових кантона или федералне власти и између институција федералне власти или унутар појединих институција федералне власти, затим оцјену уставности федералног закона, било да је усвојен од стране оба дома Парламента Федерације Босне и

5) Правила Уставног суда Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, бр. 60/05, 64/08 и 51/09).

6) Одлука Ап. 2391/07 од 27. студеног 2010. године, објављена у „Службеном гласнику БиХ“, број 48/11.

Херцеговине или је у приједлогу, затим оцјену уставности кантоналног устава или кантоналног закона кога је усвојило то законодавно тијело, затим предложеног или усвојеног прописа који је донио орган федералне, кантоналне или опћинске власти.

Исто тако, Суд је надлежан за одлучивање о уставном питању које се појави у поступку пред Врховним судом Федерације или пред кантоналним судом. Надлежан је да одлучује о смјени предсједника и допредсједника Федерације Босне и Херцеговине, након што о подношењу таквог захтјева одлуче оба дома двотрећинском већином гласова, као и о приговору на одлуку надлежног суда којом се одлучује о имунитету. Захтјев за давање мишљења о одређеном питању, Уставном суду могу поднијети само замјеници премијера Федерације БиХ.

Одлучивање о виталном националном интересу на разини Федерације, кантона и града Мостара, такође је у надлежности Уставног суда. То се дешава у случају када двотрећинска већина једног од клубова конститутивних народа у Дому народа Парламента Федерације БиХ, скупштини кантона, градском вијећу, сматра да се предложени закон, други пропис или опћи акт односи на витални национални интерес, тада се у поступку доношења тог закона гласа по принципу виталног интереса. О овој надлежности одлучује Вијеће за заштиту виталних интереса при Уставном суду које се састоји од седам судца, по два из сваког конститутивног народа и један из реда осталих кога именује Парламент Федерације Босне и Херцеговине из реда судца.

У материјалноправном смислу Уставом је само прописано да „заштиту права на локалну самоуправу осигурава Уставни суд“.⁷ Тако су Уставном суду остављене широке могућности да у конкретним случајевима одлучује о садржају и облицима заштите права на локалну самоуправу. Устав Федерације Босне и Херцеговине не прописује потпуније и прецизније одредбе о садржају права на локалну самоуправу. Вијеће Европе у овој области успоставило је међународне стандарде усвајањем Европске повеље о локалној самоуправи.⁸ Увођењем уставно-судске заштите локалне самоуправе, испуњен је један од темељних захтјева Европске повеље. Локална самоуправа је у свим демократским државама уставно право локалног становништва да самостално управља тзв. локалним пословима. Полазећи од ових међународних стандарда и од домаћих уставних и законских рјешења, Уставни суд својом јурисдикцијом мора осигурати да се они у пракси и реализурају. При томе ће се, дакако, суочавати са потребом да у одређеним случајевима, као у прејудицијелном питању, одлучи о уставности или

7) Амандман ХСVI на Устав Федерације Босне и Херцеговине

8) Земље чланице Вијећа Европе потписале су ову Повељу 15. 10. 1985, а објављена је у „Службеном листу РБиХ“, број 31/94.

законитости прописа и других аката којима се, по мишљењу подноси-теља захтјева, угрожава право на локалну самоуправу. Значајну новину у заштити права на локалну самоуправу представља и проширивање круга овлаштених предлагача у овим споровима, који су већ истакнути.

Надлежност Уставног суда Републике Српске⁹ је много шире дефинирана од надлежности Уставног суда Босне и Херцеговине и Уставног суда Федерације. Он је надлежан да одлучује о сугласности закона, других прописа и опћих аката с Уставом Републике Српске, о сугласности прописа и опћих аката са законом, рјешава сукоб надлежности између органа законодавне, извршне и судске власти и опћине, одлучује о сугласности програма, статута и других опћих аката политичких организација с Уставом и законом, одлучује о заштити виталног националног интереса – идентична рјешења као и у Федерацији БиХ, оцјењује уставност закона и уставност и законитост прописа и опћих аката који су престали важити, ако од престанка важења до покретања поступка није протекло више од једне године, као и о питању имунитета. Он прати појаве од интереса за остваривање уставности и законитости и о томе обавјештава највише органе Републике Српске о стању и проблемима у тој области, те даје мишљење и приједлоге за доношење закона и подузимање других мјера.

Уставни суд Републике Српске може и сам покренути поступак за оцјењивање уставности и законитости, али и свака особа може дати иницијативу за покретање поступка за оцјењивање уставности и законитости. Ову врсту надлежности нема Уставни суд Босне и Херцеговине ни Уставни суд Федерације.

Као што видимо, постоје значајне разлике у карактеру и опсегу надлежности Уставног суда Републике Српске у односу на надлежности Уставног суда Босне и Херцеговине и Уставног суда Федерације иако се ради о уставном уређењу једне државе.

2. Избор судца уставних судова

Поступак избора судца Уставног суда Федерације и Уставног суда Републике Српске битно се разликује од избора судца осталих судова, као и судца Уставног суда Босне и Херцеговине.

Уставни суд Босне и Херцеговине сачињава девет судца од којих шест бирају парламенти ентитета, а тројицу судца бира предсједник Европског суда за људска права након консултације са члановима Предсједништва Босне и Херцеговине, с тим да не могу бити држављани Босне и Херцеговине нити било које сусједне државе.

9) Поглавље IX, чланак 115–120. Устава Републике Српске.

У поступак избора ентитетских уставних судца којих има по девет, укључено је Високо судско и тужитељско вијеће Босне и Херцеговине – уставни судови ентитета дају мишљења, предсједници и допредсједници ентитета, Народна скупштина Републике Српске односно Дом народа Парламента Федерације БиХ.

У оквиру уставних судова ентитета налази се и Вијеће за заштиту виталног интереса које броји по седам чланова из реда судца, а одлучује о захтјевима када се покрене питање виталног интереса.

Функција судца је неспојива са чланством у политичкој странци или некој политичкој организацији у Босни и Херцеговини, чланством у законодавној, извршној и другој судској власти у Босни и Херцеговини, односно у ентитетима, или са било којом другом функцијом која може утицати на непристрасност судца.

У обављању своје функције судци уставних судова имају имунитет, а могу бити разријешени дужности прије истека мандата ако то сами затраже, ако буду осуђени на затворску казну, ако трајно изгубе способност да обављају своју функцију, или ако обављају јавне или професионалне дужности неспојиве са функцијом судца уз утврђење постојања разлога за разрјешење и прије истека мандата с обзиром на чињеницу да судци могу бити разријешени дужности на темељу консензуса осталих судца.

3. Особе које могу покренути поступак

Према Уставу Босне и Херцеговине, поступак може покренути само одређен круг овлашћених особа и то: члан Предсједништва Босне и Херцеговине, предсједавајући Вијећа министара, предсједавајући или његов замјеник било којег дома Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, једна четвртина чланова било којег дома Парламентарне скупштине, или једна четвртина чланова било којег дома законодавног тијела једног од ентитета. Суд има и апелациону надлежност за питања из Устава која се појаве на темељу пресуде било ког суда у Босни и Херцеговини, не само у случају доношења пресуде него и у случају када се судска одлука не донесе у разумном року. То значи да апеланти, односно појединци, који сматрају да су им пресудом или другом одлуком било којег суда повријеђена права, имају право подношења апелације након исцрпљености свих ентитетских правних лијекова, при чему Суд узима у обзир ефикасност могућих правних лијекова. Ово значи да Уставни суд представља највишу инстанцу у односу на редовне судове, чиме се потврђује његова улога у смислу посебног институционалног гаранта заштите права и слобода установљених Уставом Босне и Херцеговине.

Поступак пред Уставним судом Републике Српске могу, без ограничења, покренути предсједник Републике, Народна скупштина и Влада Републике Српске, а остали органи, организације и заједнице под увјетима утврђеним законом, суд, тужитељство, опћина, град, подuzeће, политичка организација. Иницијативу за покретање поступка за оцјењивање уставности и законитости може дати сватко, с тим да Уставни суд може и сам покренути поступак за оцјењивање. Разлика између подносиоца и иницијативе покретача поступка састоји се у томе што покретач поступка својим приједлогом сам покреће поступак пред Судом, док поводом иницијативе Суд претходно оцјењује њену оправданост и само под увјетом да Суд позитивно оцијени дату иницијативу, он ће својим рјешењем покренути поступак.

Устав Федерације Босне и Херцеговине је веома уско одредио круг овлашћених предлагача за покретање поступка пред овим Судом. То су предсједник и допредсједник Федерације Босне и Херцеговине, Премијер Федерације Босне и Херцеговине и премијери кантона, једна трећина чланова било ког дома Парламента Федерације Босне и Херцеговине и једна трећина чланова скупштине кантона, начелници и градоначелници. Подuzeћа, установе, невладине организације, јавне службе и други бројни субјекти нису овлашћени за покретање поступка пред Уставним судом. Ни Уставни суд Федерације није овлашћен да по властитој иницијативи покреће поступке пред Судом. Није успостављена ни иницијатива коју би могли давати грађани и други субјекти да се одређено питање из надлежности Суда размотри.

Приликом одлучивања и доношења одлука, када Уставни суд утврди да закон није у сугласности са Уставом или да други пропис или опћи акт није у сугласности с Уставом или законом, тај закон, други пропис или опћи акт престаје важити даном објављивања одлуке Уставног суда.

4. Доношење одлука

Одлуке уставних судова су коначне и обвезујуће што је утврђено Уставом Босне и Херцеговине, Уставом Федерације Босне и Херцеговине и Уставом Републике Српске. Ово се односи како на пресуде и рјешења које суд доноси на крају поступка, тако и на наредбе и пријелазна рјешења која суд доноси тијekom поступка. Сви органи власти дужни су извршавати и помагати у извршавању одлука уставних судова.

Уставни суд Босне и Херцеговине доноси одлуке већином гласова свих чланова, па према томе и одлуке које се односе на витални интерес. Те одлуке су коначне и обвезујуће и објављују се у „Службеном гласнику БиХ“, те службеним гласилима ентитета, што је прописано

Уставом и Правилима суда и њихово неизвршавање представља казнено дјело.

Све одлуке Уставног суда Републике Српске извршава Влада Републике Српске, ако то не изврше други органи. У одговору на питање који правни инструменти стоје на располагању Влади Републике Српске да осигура извршење наведених одлука, није прецизирано. Уставни суд може и сам одредити начин и поступак извршења своје одлуке. Суд ће то, по правилу, учинити само у оним случајевима када се његова одлука из одређених разлога не може извршити. Одлуке Уставног суда Федерације извршава премијер Федерације.

Када уставни судови ентитета доносе одлуке по питању виталног интереса, у том случају одлуку о прихватљивости (процесна одлука) доноси две трећине чланова Вијећа, а одлуку о меритуму могу донијети два члана Вијећа.

Међутим, можемо рећи да се велики дио одлука спроводи, али већи број одлука се не спроводи на адекватан начин од стране одговорних институција.

Апстракт

Институције уставних судова у Босни и Херцеговини утемељене су у Уставу Босне и Херцеговине, Уставу Републике Српске и Уставу Федерације Босне и Херцеговине у којима се осим надлежности уређује и организацијско устројство, процедуре, те обвезност и коначност судских одлука. Кад говоримо о надлежности, оне су различито дефиниране из чега произилази диференцирани поступак, а тиме и специфичне одлуке овисно од врсте надлежности и природе спорова. Диференцирање ових надлежности заснива се на чињеници у којој мјери уставни судови у Босни и Херцеговини, поред класичне надлежности која се односи на заштиту уставности, остварују и непосреднију везу са законодавном, извршном и судском влашћу на свим нивоима власти. Процедура избора судца у ентитетским уставним судовима битно се разликује од избора судца Уставног суда Босне и Херцеговине.

Исто тако, различити субјекти у ентитетима и на разини Босне и Херцеговине могу покренути поступак пред уставним судом, а поступак по службеној дужности за оцјену уставности може покренути само Уставни суд Републике Српске. Утврђена је и заштита виталног националног интереса. Одлуке уставних судова су коначне и обвезујуће, што се односи како на пресуде и рјешења која доноси суд на крају поступка, тако и на наредбе и пријелазна рјешења која суд доноси тијekom поступка. Сви органи власти имају обавезу и дужни су извршавати и помагати у извршавању одлука уставних судова.

РЕСТИТУЦИЈА У ЕВРОПСКОМ ПРАВУ ЉУДСКИХ ПРАВА

План

1. Одређење појма
2. Две школе мишљења
 - 2.1. Правна сигурност
 - 2.2. Исправљање неправде
3. Два низа судских одлука
 - 3.1. Трајна повреда права
 - 3.2. Доктрина тренутног акта
4. Садашњи став судске праксе
5. Закључак

Сажетак: О појму реституције су се међу правним писцима јавила два опречна схватања, која су се на својеврстан начин рефлектовала и у пресудама Европског суда за људска права, у чијој се пракси могу уочити два низа пресуда. Један се поводи за схватањем да, због некадашње национализације неког добра, постоји трајна повреда права на мирно уживање имања, док други почива на идеји да је одузимање имања ранијем сопственику, до којег је својевремено дошло, представљало тренутни чин. Иако би се могло рећи да у приступу какав Европски суд за људска права данас има према случајевима ове врсте преовлађује тзв. доктрина тренутног чина или акта, приступ који се ослања на идеју трајне повреде права није уопште искључен. Судска пракса се поводи за финим разликама и пажљивом проценом чињеничног стања у сваком конкретном предмету пред Судом.

1. Одређење појма

Реституција се најчешће схвата као повраћај имања одузетог појединцу од стране ауторитарног режима. Овакво одређење може

бити прихваћено и у унутрашњем праву, као што је делотворно и у европскоме праву људских права. Ваља додати да је по правилу реч о имању које је одузето много година пре него што се поставило питање повраћаја. Кад се ово постави, по правилу настаје недоумица о својинском наслову, зато што је током времена дошло до тога да на оном добру које је од ранијег сопственика одузето, данас постоји право неког другог лица. Временска димензија проблема реституције није никако безначајна и као што ћемо доцније видети, представља једну од кључних околности везаних за установу о којој је реч.

Одређење појма реституције, какво представља полазну тачку у овом напису, постављено је за потребе самог рада и не проистиче из судских пресуда. Зато би већ на почетку било упутно упозорити на чињеницу да међу писцима постоје два основна схватања у погледу реституције. Та схватања нису никако искључиво доктринарна, него су донекле ослоњена и на наводе из судских пресуда, што читавом проблему доноси особеност. Размотримо зато најпре две школе мишљења о реституцији, пре него што се обратимо пресудама Европског суда за људска права.¹

2. Две школе мишљења

Два основна става у вези с реституцијом се разликују по схватању о томе коју правну вредност узимају као идеју-водиљу кад се разматра питање о могућем повраћају имања одузетог од стране ауторитарног режима. Једно мишљење као такву вредност види у првом реду правну сигурност (2.1), а друго опет, саму правду (2.2).²

2.1. Правна сигурност

Мишљење које се поводи за правном сигурношћу као основном вредности којој треба пружити заштиту у ствари је нерасположено према самој установи реституције. Оно почива на ставу да је у друштву најважније постићи правну сигурност, па стога даје предност садашњем сопственику ствари у односу на ранијег, који је актом ауторитарног

1) Ради лакшег излагања Европски суд за људска права ће у даљем тексту бити називан Судом, а Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, на основу које је Суд образован, Конвенцијом.

2) О двема школама мишљења и њиховим схватањима реституције в. Т. Allen – В. Douglas, „Closing the door on restitution: the European Court of Human Rights“, in: А. Buyse – М. Hamilton (eds.) *Transitional Jurisprudence and the ECHR – Justice, Politics and Rights*, Cambridge, 2011, стр. 211–212.

режима лишен својинског наслова. Овакав став се у суштини правда двоструким аргументом. Најпре, унутрашње право држава које су ратификовале Конвенцију представља заокружен правни поредак. Тај поредак се мора поштовати, а васпостављање демократије у државама које су раније биле под ауторитарним режимом ће само по себи свим грађанима пружити једнаку заштиту, па тиме и једнаке изгледе у погледу уживања права у будућности.

Ваља приметити како се и при оваквом закључивању мисао о правди указује као суштинска. Новоуспостављена демократија се посматра као поредак правде, који ће самом применом довести до тога да неправда ишчезне из људског друштва. Не узимајући у овај мах у разматрање реалистичност оваквог приступа са становишта свакидашњих друштвених прилика, може се приметити како се овим за рачун технички схваћене правне сигурности идеал правде донекле ипак жртвује. Старе неправде би опстале, у њих не би требало дирати, као што се не дира ни у непријатне успомене.

2.2. Исправљање неправде

Присталице схватања супротстављеног ономе које правну сигурност истиче у први ред сматрају да је тај појам неисправно наглашен од стране њихових опонената. Правна сигурност је неопходна за успостављање поретка владавине права, а ова ће најбоље бити спроведена ако се раније грешке исправе, па њихово исправљање послужи као пример за будућност. Овакво мишљење дакле узима правду за идеју-водиљу и сматра да се поредак правде не може установити ако се оставе у важности они акти којима су раније учињене неправде.

Иако би се могло рећи да су два мишљења потпуно опречна, њих у ствари приближава везаност за идеју правде, коју додуше различито схватају. Установа реституције се по својој природи готово указује као једна врста израза овог другог мишљења. Наиме, ако би се технички схваћена правна сигурност, какву смо раније упознали разматрајући прво мишљење, доследно спровела, реституцији не би уопште било места. Ова је, међутим, постала део ризнице европског права људских права и налазимо је у многим пресудама које је Суд донео примењујући Конвенцију.

Уз све што је напред речено, а посебно на основу посматрања судске праксе, било би вероватно најисправније схватити два мишљења о којима је овде реч више као својеврсне тежње, него као заокружена учења. Занимљиво је приметити како су те две тежње, додуше не увек непосредно, него понекад запретеним начином, довеле до два низа судских пресуда, који се разликују у суштинском приступу проблему реституције.

3. Два низа судских одлука

Два низа судских одлука у вези с проблемом који нас овде занима разликују се у основном приступу, односно у схватању карактера или природе повреде права на мирно уживање имања из члана 1. Додатног протокола уз Конвенцију.³ Док један низ одлука у лишавању имања ранијег сопственика види трајну повреду права, или како се још каже, трајну ситуацију (3.1), други низ почива на схватању да је лишење својине односно имања један тренутни чин, који се догодио у прошлости и ништа више од тога (3.2). Тај тренутни чин, по овом другом схватању, израженом у низу пресуда, није створио никакву трајну ситуацију.

3.1. Трајна повреда права

Идеју о трајној повреди права на мирно уживање имања заштитимо у пресуди предмета *Лоизиду њројив Турске*.⁴ Подносиатељка представке, кипарска држављанка настањена на острву, се по члану 1. Првог протокола жалила да јој је услед турског запоседања северног Кипра онемогућен приступ непокретном имању на том делу острва. Одлучујући о меритуму, Суд је овако закључио:

„Као последица чињенице да је подносиатељки представке био онемогућен приступ (њеном) земљишту од 1974. она је над овим изгубила надзор, као и сваку другу могућност да користи и ужива своје имање. Трајно онемогућавање приступа (земљишту) се због тога мора сматрати задирањем у њена права по члану 1. Првог протокола.“⁵

Суд је у овој пресуди схватио дугогодишње понашање турских оружаних снага на северном Кипру као непрекинуто кршење одредаба о мирном уживању имања, какво јемчи европско право људских права. Подносиатељка представке је, услед познатих прилика на северу острва, била лишена елементарне могућности да приступи свом имању. Таква ситуација је до тренутка кад се пред Судом поставило питање

3) Овај протокол је једини који нема званичну ознаку броја, зато што је у време усвајања био једини. Уобичајено се назива Првим протоколом, па ће тако бити означаван и у овом тексту.

4) *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Judgments and decisions A 310 (1995); *Loizidou v. Turkey (Merits)*, Reports of Judgments and Decisions, 1996-VI.

5) *Loizidou v. Turkey (Merits)*, Reports of Judgments and Decisions, 1996-VI, para. 63.

трајала више од 16 година и суштински је утицала на однос подноси-тељке представке као сопственице према предмету њене својине. Суд је овакво чињенично стање оценио као трајну или како се још каже, континуирану повреду, која се управо састоји у спречавању приступа једном добру.⁶

И у пресуди међудржавног спора *Кийар йройив Турске* Суд је утврдио да спречавање расељених лица да приступе својим имањима представља трајну повреду члана 1. Првог протокола.⁷ Суд се о томе овако изразио:

„Постоји трајна повреда члана 1. Првог протокола у односу на кипарске Грке, који живе на северном Кипру, зато што им није било обезбеђено мирно уживање имања у случају трајног на-пуштања те територије и зато што у случају смрти нису призната права њихових сродника који живе на јужном Кипру.“⁸

Фигура повреде права била је у овој пресуди она иста коју смо сусрели у случају *Лоизиду*. Понашање органа одговорне државе које је довело до повреде права састојало се у спречавању приступа имању, надзора над овим, као и спречавању употребе и уживања имања.⁹

У случају *Пајамихалойулос и друји йройив Грчке* Суд је такође утврдио постојање трајне повреде права на мирно уживање имања из члана 1. Првог протокола.¹⁰ Подносиоци представки у том случају били су сопственици земљишта у приобалном подручју у Грчкој. Они су пре 1967. добили одговарајуће дозволе за изградњу хотела на земљишту које им је припадало. По успостављању војне диктатуре 1967, влада је подносиоцима представки одузела земљиште без накнаде, наменивши га за изградњу базе грчке морнарице и објеката за одмор официра и њихових породица. Подносиоцима представки је услед понашања грчких власти било онемогућено да користе своје имање. Они нису могли ни да га заложу, оставе у наслеђе или поклоне.¹¹ Због тога је Суд на следећи начин у закључку окарактерисао ситуацију у каквој су се нашли подносиоци представки:

6) Више о овоме в. D. Popović, *Protecting Property in European Human Rights Law*, Utrecht, 2009, 135–136.

7) *Cyprus v. Turkey*, Reports of Judgments and Decisions 2001-IV.

8) *Cyprus v. Turkey*, Reports of Judgments and Decisions 2001-IV, Operative Part IV-9.

9) На томе настоји Филип Лич. В. Ph. Leach, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford, New York, 2005, стр. 363.

10) *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, Judgments and Decisions, A 260 B (1993).

11) *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, para. 43.

„Постојала је и наставља да постоји повреда члана 1. Првог протокола.“¹²

Судски закључак недвосмислено потврђује трајну природу повреде права на мирно уживање имања. Немогућност приступа земљишту, као ни располагања овим постојала је све време трајања владе војне хунте у Грчкој и настављала се до времена подношења представки пред Судом и по успостављању легитимне владавине.

У пресуди предмета *Василеску и роџив Румуније* Суд је такође утврдио постојање трајне повреде права, зајемченог чланом 1. Првог протокола.¹³ Елементи тог случаја су били следећи. Полиција је 1966. без налога претресла стан подносиоце представке. Том приликом је пронашла и запленила више од 300 златних новчића, чије је поседовање било кажњиво по тадашњем закону. Новчићи су предати у депозит месном огранку Народне банке и отад им се губи траг. По промени режима, г-ђа Василеску је 1992. поднела тужбу за повраћај одузетих предмета. Првостепени и жалбени суд су пресудили у њену корист, али је јавни тужилац против тих одлука уложио ванредно правно средство пред Врховним судом. Највиша инстанца је укинула раније пресуде, па је тужиља поднела представку у Стразбуру.

Суд је у овом случају утврдио повреду права на мирно уживање имања из члана 1. Првог протокола.¹⁴ У свом резонувању Суд се позвао на пресуде донете у предметима *Лоузиду* и *Пајамихалойулос*, о којима је напред било речи. Образлажући изреку пресуде, Суд је навео следеће:

„Жалба подносиоце представке се односи на трајну ситуацију, која још увек постоји.“¹⁵

Јасно је из оваквог образложења да се Суд приклонио сопственој пракси израженој у оном низу пресуда, које за полазну тачку у закључивању узимају трајну повреду права, или како се Суд у пресуди изразио, трајну ситуацију.¹⁶ Подносиоце представке је на предметима чији је повраћај тражила изгубила државину деценијама пре него што је њен предмет доспео пред Суд, који је закључио како је њено својинско право услед тога било трајно повређено.

12) *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, para. 45.

13) *Vasilescu v. Romania*, Reports of Judgments and Decisions, 1998-III.

14) *Vasilescu v. Romania*, para 54.

15) *Vasilescu v. Romania*, para 49.

16) В. о томе: С. Ђајић, „The Right to Property and the *Vasilescu v. Romania* case”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 27–2/2000, 364–369; E. Reininghaus, *Eigriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK*, Berlin, 2002, 8–16.

У још једном предмету у којем је Румунија била одговорна Суд је у основи заузео исти став. Реч је о пресуди случаја *Брумареску њројив Румуније*.¹⁷ Подносилац представке је пред домаћим правосуђем успео са захтевом за реституцију, али је јавни тужилац Румуније уложио ванредно правно средство против правноснажне пресуде, на основу којег је ова била укинута. По схватању Суда, такво укидање пресуде представљало је задирање у мирно уживање имања, па самим тим повреду члана 1. Првог протокола на штету подносиоца представке.¹⁸ Суд је стао на гледиште да је пресуда донета по ванредном правном леку нарушила равнотежу јавног и приватног интереса, па се о природи повреде права подносиоца представке овако изразио:

„Постојала је и наставља да постоји повреда члана 1. Првог протокола.“¹⁹

Из овакве формулације је јасно да се Суд приклонио схватању о постојању трајне повреде одредбе о заштити права на мирно уживање имања.

Истоветна фигура трајне повреде права на мирно уживање имања по члана 1. Првог протокола провлачи се, дакле, кроз један низ пресуда донетих крајем прошлог и почетком овог века. Та фигура, међутим, није једина, нити је закључивање Суда увек почивало на њој. Постоји још један низ пресуда у којима је Суд за основу сопственог закључивања узео схватање које би се условно могло назвати доктрином тренутног акта.

3.2. Доктрина *ѡренујној актиа*

Водећи случај у оном низу који се поводи за схватањем о повреди права као тренутном чину био је *Малхоус ѡројив Чешке*.²⁰ Питање које се поставило у овом предмету било је, рекло би се, основно у читавој материји реституције. Чешки закон је предвиђао повраћај земљишта ранијем сопственику од кога је било одузето, ако је ово било у поседу државе или правних лица. Напротив, ако је одузето земљиште пуноважним начином стекло физичко лице, закон је предвиђао могућност да ранији сопственик добије друго одговарајуће земљиште или новчану накнаду за оно што му је било одузето.²¹

17) *Brumarescu v. Romania*, Reports of Judgments and Decisions, 1999-VII.

18) *Brumarescu v. Romania*, para. 73.

19) *Brumarescu v. Romania*, para. 80.

20) *Malhous v. The Czech Republic*, ECHR 2000-XII.

21) *Malhous v. The Czech Republic GC (dec.) Facts*.

Подносилац представке у случају *Малхоус*, је међутим, захтевао повраћај земљишта *in natura*, иако су на спорним парцелама својину била стекла физичка лица. Он је штавише тврдио како су сви акти ауторитарног режима по себи ништави, те не могу производити ваљане правне последице. Другим речима, по мишљењу подносиоца представке било би немогуће пуноважно стицање својине на спорном земљишту од стране трећих физичких лица.

На овом месту треба учинити напомену о теорији и упоредном праву. У основи, подносилац представке у случају *Малхоус* стао је на гледиште које је заступао Густав Радбрух. Он је сматрао да нацистички закони о Јеврејима, донети својевремено у Немачкој, не могу бити схваћени и признати као такви, односно да уопште не могу понети име права. Послератни немачки судови делили су овакав став и сматрали нацистичко законодавство о Јеврејима ништавим.²² Суд ипак није отишао тако далеко и није дао за право оном начину закључивања, за којим се изгледа повео подносилац представке.

Суд се у овом предмету приклонио приступу различитом од оног који смо сусрели рецимо у пресуди случаја *Василеску*, па је утврдио да лишење својине не ствара за сопственике трајну ситуацију повреде права. Напротив, оно је тренутни чин, који се догоди у одређеном тренутку. Ово је навело Суд да се запита да ли је надлежан да одлучује о меритуму спорне ствари, односно, како се још каже, да ли има јурисдикцију *ratione temporis*? Конкретне околности су биле такве да је земљиште било ранијем сопственику одузето 1949, потом је пуноважно предато другом физичком лицу 1957, док је Конвенција у односу на Чешку почела да важи у марту 1992. године.

Одлуку у случају *Малхоус* треба пажљиво анализирати. Често се међу писцима наводи да је, на основу доктрине тренутног акта, неприхватљива представка којом се тражи повраћај одузетог од стране комунистичког режима. Таква представка је, по схватању израженом у доктрини, неприхватљива *ratione temporis*.²³ По оваквом схватању право својине на одузетом земљишту угашено је експропријацијом, односно национализацијом.²⁴ Уз ово неки писци, а међу овима и судије, додају како то право може стајати у основи новог права, какво ствара законодавство државе потписнице Конвенције, донето по ратификацији

22) T. Allen – B. Douglas, „Closing the door on restitution: the European Court of Human Rights“, in: A. Buyse – M. Hamilton (eds.) *Transitional Jurisprudence and the ECHR – Justice, Politics and Rights*, Cambridge, 2011, стр. 227–228.

23) Cf. Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, New York, 2009, стр. 803.

24) *Исио*, стр. 660–661.

тог акта.²⁵ Суд је заиста у случају *Малхоус* стао на гледиште да подносилац представке нема ни заштићено право, ни законито очекивање у односу на конкретно земљиште чији је повраћај захтевао.²⁶

Подносилац представке, међутим, није пред Судом поставио захтев на основу овлашћења која је могао имати по унутрашњем праву одговорне државе.²⁷ Због тога не треба изгубити из вида чињеницу да је коначан закључак Суда био да је представка у посматраном случају у ствари оглашена неприхватљивом *ratione materiae*. Суд је наиме, узео у обзир стање чешког законодавства и изричито навео да се право на накнаду за лишење својине које подносилац представке има по Закону о својини на земљишту од 1990. „може сматрати имањем у смислу члана 1. Првог протокола“. Подносилац представке се, међутим, није жалио на повреду тог права, изведеног из важећег домаћег закона, него на својину на ствари, која је била национализована.²⁸ Због овога је коначни став Суда био да је представка неприхватљива *ratione materiae*, по члану 35. Конвенције.²⁹

Доктрина о одузимању својине као инстантном или тренутном акту, који се збио у прошлости, проистекла је из пресуде случаја *Малхоус*. Иако се не би могло казати да ужива општу подршку, пригрлиле су је судије стразбуршког Суда.³⁰ С друге стране, неки од критичара овог схватања тврде да је Суд, неприхватањем мисли о томе да лишење својине представља неправду у радбруховском смислу речи, отишао у крајност.³¹

Учење о тренутној природи акта лишавања својине и сходно томе одговарајућој природи повреде права на мирно уживање имања, које негира постојање трајне повреде, нашло је израза и у другим пресудама. Једна од ових донета је у предмету *Кнез Ханс-Адам II од Лихтенштајна и ројив Немачке*.³² Слика из 18. века, која је припадала кнежевој породици, експроприсана је 1946. од стране чехословачких

25) Тако, нпр. судија Касадевал у свом уџбенику. V. J. Casadevall, *El Convenio europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, 2012, стр. 413.

26) *Malhous v. The Czech Republic GC (dec.)*, The Court's assessment, (c).

27) *Истио*.

28) *Malhous v. The Czech Republic GC (dec.)*, The Court's assessment, (c), претпоследњи пасус.

29) *Malhous v. The Czech Republic GC (dec.)*, The Court's assessment, (c) in fine

30) Нпр. L. Garlicki, „Application de l'article 1 du Protocole No 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'Europe centrale et orientale“; H. Vandenberghe (ed.), *Property and Human Rights*, Brugge, 2007, стр. 131–138.

31) T. Allen – B. Douglas, „Closing the door on restitution: the European Court of Human Rights“, in: A. Buyse, M. Hamilton (eds.), *Transitional Jurisprudence and the ECHR – Justice, Politics and Rights*, Cambridge, 2011, стр. 228.

32) *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, ECHR 2001-VIII.

власти и налазила се у музеју у Брну. Музеј је дозволио да слика буде изложена у Келну, у Немачкој. Лихтенштајнски кнез је у тој земљи по-вео судски поступак, захтевајући да му слика буде враћена у државину. Изгубивши пред немачким правосуђем, обратио се Суду у Стразбуру. Суд је одбио примену преседана из случаја *Лоуизигу* и приклонио се правилу из пресуде *Малхоус*. Изричито је при томе навео да не постоји трајна повреда права на мирно уживање имања, док је истовремено закључио како није надлежан, и то *ratione temporis*, да разматра околности под којима је дошло до експропријације.³³

Ни овој пресуди није лако учинити коментар. Мора се пре свега имати у виду да је представка поднета против Немачке, земље у којој је слика била изложена, а не против Чешке, правног следбеника Чехословачке, државе која је експроприсала сопственика. То целом случају даје посебно обележје. Суд је утврдио да, пошто је подносилац поднео своју представку жалећи се на одлуке немачког правосуђа, а не против Чешке, разматрање судске надлежности *ratione temporis* против ове друге државе начелно није искључено.³⁴ При овоме се Суд позвао на преседан из случаја *Малхоус*. Још једном се позвавши на исти преседан и констатујући како подносилац представке нема имање у смислу члана 1. Првог протокола, Суд се овако изразио:

„Нада за признање преживљавања старог својинског права, које се дуго није могло вршити, не може се сматрати имањем у смислу члана 1. Првог протокола.“³⁵

Суд је у коначном исходу изрекао да у овом случају није дошло до повреде члана 1. Првог протокола. Повратак слике у Чешку не представља повреду права на мирно уживање имања, на које се позвао подносилац представке.³⁶ Рекло би се да је доктрина тренутног акта у овој пресуди послужила Суду да на њој заснује сопствени закључак и изреку, иако није била од првенствене важности у околностима случаја. Важно је приметити да је Суд преседан *Малхоус* протумачио као основу за закључивање о сопственој јурисдикцији *ratione temporis*, премда је, како смо видели, одлука у том предмету била у ствари заснована на закључку који се у коначном исходу ослонио на јурисдикцију *ratione materiae*.³⁷ Радило се о једном диктуму, односно једном делу пресуде чешког случаја, који ће постати веома значајан за јуриспруденцију Суда у овој материји.

33) Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, para 85.

34) Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, para 81.

35) Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, para 83.

36) Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, para 86 и 87.

37) V. D. Popović, *Protecting Property in European Human Rights Law*, Utrecht, 2009, стр. 137–138.

Још један примерак у посматраном низу представља пресуда у случају *Блећић против Хрватске*.³⁸ Велико веће Суда је тај предмет решило применом приступа о надлежности Суда *ratione temporis*. У питању је било лишење станарског права. Подносиатељка представке је од 1953. била носилац станарског права на стану у друштвеној својини у Задру. Током 1991. је напустила град и отишла код ћерке у Италију. Почев од новембра те године у стану је боравило бесправно усељено лице. Општина је 1992. покренула поступак за одузимање станарског права подносиатељки представке. Тај поступак је пред првостепеним судом окончан 1994. године. Станарско право јој је престало. По жалби је, међутим, другостепени суд дао за право подносиатељки представке, да би 15. фебруара 1996. године Врховни суд Хрватске укинуо другостепену пресуду и оснажио ону донету у првом степену. Подносиатељка представке се обратила жалбом Уставном суду Хрватске, који је ту жалбу одбио 8. новембра 1999. године.³⁹

За коментар овог случаја од значаја је чињеница да је Република Хрватска актом о ратификацији инкорпорисала Конвенцију у сопствени правни поредак 5. новембра 1997. године. Као што се види, тај датум пада између оних који представљају датуме одговарајућих одлука Врховног суда и Уставног суда. Проблем је представљало питање кад је правна ствар по хрватском унутрашњем праву постала *res iudicata*. Суд је стао на гледиште да је то било на дан доношења пресуде Врховног суда.⁴⁰ Било је дакле неспорно да станарско право представља имање у смислу члана 1. Првог протокола, али се Суд запитао да ли има надлежност *ratione temporis* да одлучује о евентуалној повреди права на мирно уживање имања. Седмочлано веће Суда је на поменуто питање одговорило потврдно.⁴¹ Велико веће је пресудило другачије.⁴² До таквог закључка је Велико веће дошло после опсежне расправе јуриспруденције Суда, која се протеже кроз читавих тридесетак параграфа пресуде у којима је већи број председана подвргнут рашчлањавању.⁴³ Кључни аргумент са становишта нашег занимања на овом месту налази се у ставу Суда, изреченом с позивом на преседан из случаја *Малхоус* да је

„одузимање појединцу стана или имања [је] у начелу тренутни акт, који не ствара трајну ситуацију.“⁴⁴

38) *Blečić v. Croatia*, ECHR 2006-III.

39) *Blečić v. Croatia*, para. 12–33.

40) *Blečić v. Croatia*, para. 84.

41) *Blečić v. Croatia*, para. 62.

42) *Blečić v. Croatia*, para. 92.

43) *Blečić v. Croatia*, para. 63–92.

44) *Blečić v. Croatia*, para. 86.

Тако је и у овој пресуди доктрина тренутног акта послужила као основ за доношење коначног судског закључка, односно за изреку пресуде. Ова је донета већином од једанаест гласова према шест. Судије које су остале у мањини једнодушно су оспоравале закључак о ненадлежности Суда *ratione temporis*, али нису изричито тежиле томе да у први ред истакну могућност да се задирање у право подносиоца представке схвати као трајна повреда њених права из члана 1. Првог протокола.⁴⁵

При посматрању два низа пресуда, о којима је било речи, остаје начелна недоумица у погледу судског закључивања о природи повреде права из члана 1. Првог протокола. С једне стране, у пресудама *Паџамихалоуулос* и *Лоуизиду*, као и онима које се за тим преседанима поводе, Суд је заузео становиште да је лишење имања чин који ствара трајну повреду права. С друге стране, као што смо видели, у једном низу пресуда Суд је експропријацију посматрао као тренутни чин, који се одиграо у неком тренутку у прошлости. Стога по овом другом схватању настаје питање да ли је Суд уопште надлежан да у таквој ситуацији поступа, односно да процењује дејство тог тренутног акта које се протеже у времену. Могло би се додати да је доктрина тренутног акта нашла своју примену пре свега у околностима у којима Суд оглашава представку неприхватљивом. Недостатак временске надлежности спречава Суд да се бави меритумом спорне ствари, о чему речито говори пресуда у случају *Блечић*.

4. Садашњи став судске праксе

Европско право људских права је по својој природи судијско право. Оно је настало на основу Конвенције, али путем стваралачког деловања Суда и садржано је у пресудама.⁴⁶ Суд се поводи за сопственим ранијим пресудама, приклањајући се учењу о обавезној снази преседана, иако овима начелно није везан.⁴⁷ Због тога је од великог значаја утврдити какав је садашњи став Суда у материји о којој је овде реч. Један од путоказа при тражењу одговора на поменуто питање може нам дати пресуда у случају *Марија Аџанасију и групи њројив Румуније*.⁴⁸ Пресуда донета у овом предмету постала је коначна 12. јануара 2011. године.

45) В. издвојена мишљења судија које су остале у мањини. То су били судије Lukaides, Rozakis, Zupančič, Kabral Vareto, Pavlovski и Bjergvinson.

46) О овоме в. оспежно: Д. Поповић, *Посџанак евројској љрава људских љрава*, Београд, 2013.

47) В. о томе: D. Popović, „The Role of Precedent in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights” in: *The European Convention on Human Rights, a living instrument, Essays in Honour of Christos L. Rozakis*, Bruxelles, 2011, стр. 467–483.

48) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), пресуда од 12. 10. 2010.

Да бисмо, без компликованих детаља, резимирали овај случај довољно је рећи како је срж чињеничног стања у томе што је на основу декрета од 1950. национализована зграда, чији је повраћај пред домаћим правосуђем тражен почев од 1996. године. Зграда је, како је у поступку пред домаћим судом утврђено, била незаконито национализована са становишта румунског унутрашњег права. Подносиатељка представке је захтевала да јој зграда, у којој је још било непродатих станова, буде предата у државину. Иако је првостепени суд пресудио у корист подносиатељке представке, до 2010. није постигнуто извршење, нити је дошло до реституције.⁴⁹

Два основна става Суда су у овој пресуди била да: (а) реституционо законодавство државе која је ратификовала Конвенцију не успоставља аутоматски својину ранијег сопственика на одузетом добру; и (б) то законодавство се може сматрати таквим да ствара нова имовинска права лицима која испуњавају услове.⁵⁰ Рекло би се да се при оваквом закључивању Суд кретао у оквирима постављеним преседаном *Малхоус*, мада Суд није учинио одговарајућу референцу. Суд се у ствари у параграфу 136. пресуде позвао на преседан из случаја *Койецки йройив Словачке*, где се у параграфу 35. упућује на пресуду *Малхоус*. Радило се, дакле, о посредном цитирању.⁵¹ Ваља исто тако напоменути да је раније поменути случај *Василеску* претходио доношењу реституционог законодавства у Румунији, па се ситуација коју смо тамо разматрали у тој тачки разликује од оне у предмету *Марија Аџанасију и друји*.

Други од поменутих ставова, изведених из ранијих преседана *Малхоус* и *Койецки*, логички је тешко одржив ако се схвати као изолован. Наиме, да би једно лице испунило услов за повраћај имања, по домаћем закону мора доказати да му је имање некад било одузето актом ауторитарног режима. Другим речима, ново имовинско право о којем говори параграф 136. пресуде незамисливо је без старог, угашеног наслова, чије аутоматско оживљавање није могуће, како констатује параграф 127. пресуде.

Суд је у конкретном случају утврдио да подносиатељке представки имају имовински интерес који се може сматрати подобним да привуче заштиту члана 1. Првог протокола зато што су по домаћем праву у најмању руку биле овлашћене да потражују накнаду за национализовано имање.⁵² Пошто је на тај начин огласио представке прихватљивим, Суд се упустио у мериторно одлучивање.

49) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 14–43.

50) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 127. i 136.

51) *V. Kopecky v. Slovakia*, ECHR 2004-IX, para. 35.

52) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 146.

Основни став Суда у погледу меритума ствари ослоњен је на преседан из случаја *Малхоус*. Суд је утврдио да не постоји трајна ситуација и да је експропријација имања тренутни чин.⁵³ Овакав став је лапидарно саопштен, уз позив на поменути преседан. Суд се тим поводом није упуштао у опсежније објашњење. Због тога је занимљиво приметити како је у пресуди предмета, у којем је одговорна држава била Чешка, доктрина тренутног акта у ствари послужила за то, да се представка огласи неприхватљивом. Напротив, Суд је у случају који посматрамо усвојио доктрину тренутног акта, али се упустио у меритум ствари. Рекло би се како је Суд прихватио један састојак преседана *Малхоус*, али не и резонување какво је тамо изражено у потпуности. Мора се при свему овом имати у виду и понешто радикалан захтев какав је поставио подносилац представке у случају *Малхоус*. Суд у ствари ни у тој пресуди није одбацио могућност да прибегне закључивању какво затичемо у пресуди румунског случаја, који је пред нама.⁵⁴

У даљем образложењу Суд се позвао на то да задирање у мирно уживање имања мора бити засновано на закону. Оно мора имати допуштен циљ и водити рачуна о политичким, привредним и друштвеним условима какви владају у земљи потписници Конвенције.⁵⁵ Суд је тако исто навео да држава има поље слободне процене у овој материји. То поље је широко, али, по схватању Суда, не може бити неограничено.⁵⁶ Посебно је Суд нагласио и то да накнада за имање које је држава одузела мора бити „у разумном односу“ с вредношћу одузетог.⁵⁷

На основу свега што је овде изложено, Суд је изрекао да у конкретном случају постоји повреда члана 1. Првог протокола. На основу члана 41 Конвенције, Суд је наложио одговорној држави да подносиоцима представке исплати одговарајућу новчану накнаду, док је, истовремено, по члану 46. Конвенције наложио и предузимање општих мера, чији је циљ да се избегне појава нових случајева исте врсте пред Судом.⁵⁸

53) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 163. У овом параграфу пресуде, позивање на пресуду *Малхоус* је непосредно.

54) *Malhous v. The Czech Republic GC (dec.)*, The Court's assessment, (c), претпоследњи пасус.

55) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 165–167.

56) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 173.

57) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 174.

58) За члан 41. в. изреку пресуде, 8 (б), а за члан 46. параграфе 210–242. пресуде *Марија Аџанасију и други*.

5. Закључак

Међу писцима који се баве реституцијом наилази се на покушај да се из јуриспруденције Суда изведу начела, по којима се у тој материји управља европско право људских права. Такав поступак затичемо у најновијем, петом издању стандардног уџбеника Џекобса и Вајта, које су уредили Робин Вајт и Клер Оуви.⁵⁹ Поменути аутори наводе два основна начела у погледу реституције која се по њиховом мишљењу могу формулисати на основу судских пресуда.

Прво начело каже како је Суд надлежан да одлучује само о таквом лишавању својине какво је наступило после ратификације Конвенције од стране одговорне државе. Друго начело почива на схватању да ће Суд узети у обзир поступак за повраћај имања, до којег је дошло на националном плану. Ово друго начело је пропраћено додацима, тако да ће бити делотворно само ако је подносилац представке пред Судом у Стразбуру могао да се позове на овлашћење по одредбама унутрашњег права државе у којој се тражи реституција. Суд се неће упуштати у самосталну процену тога да ли је подносилац представке испунио услове постављене националним законом, зато што је национална инстанца у бољем положају да то учини.

Могло би се рећи да овакав резиме судске праксе веродостојно приказује садашњи став Суда. Према ономе што смо напред видели, судско закључивање у пресуди случаја *Марија Ајанасију и дрући* по свему је у духу доктринарних закључака, какве затичемо код Робина Вајта и Оувијеве. Треба међутим приметити да су начела која поменути аутори истичу заснована на учењу о тренутном акту. Она су настала пре свега под утицајем преседана у случају *Малхоус*, али и читаве једне породице пресуда и одлука Суда, које се за тим преседаном поводе. Међу ове, примера ради, спадају пресуде у случајевима *Грацинјер и Грацинјерова њројив Чешке*, *Јанјнер њројив Словачке*, *Койецки њројив Словачке*, *Виашу њројив Румуније*.⁶⁰ У свим тим предметима основно питање се односило на примену националног законодавства о реституцији. Напротив, од свих пресуда о којима смо расправљали у овом напису једино је она у случају *Малхоус* заснована на судском резонувању које се односи на унутрашње реституционо законодавство. Пресуда у случају *Василеску* донета је на основу чињеничног стања какво је настало пре усвајања одговарајућих закона у Румунији. У пресудама предмета

59) Jacobs, White & Owey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, New York, 2010, стр. 495. У књизи издатог 2010. ови писци нису могли узети у обзир пресуду случаја *Марија Ајанасију и дрући*, донету у октобру те године.

60) Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic, ECHR 2002-VII, Jantner v. Slovakia, 39050/97 HUDOC (2003), Kopecky v. Slovakia, ECHR 2004-XI, Viasu v. Romania, 75951/01 HUDOC (2008).

Блечић и Кнез од Лихтенштајна примена реституционих закона није била од прворазредног значаја. У грчким и кипарским случајевима такође није била реч о примени унутрашњег закона о реституцији.

Због свега што је речено може се поставити питање о правној филозофији која проистиче из јуриспруденције Суда, на основу два низа пресуда које смо овде посматрали. Какав је став Суда о правној природи повреде права на мирно уживање имања? Је ли доктрина тренутног акта потпуно однела превагу?

Најједноставнијим нам се указује закључак који би тврдио како је старо право, право лица чије је имање експроприсано, неповратно угашено. Оно што се у поретку европског права људских права штити кроз одредбе о мирном уживању имања јесте у ствари ново право, а то значи правно овлашћење проистекло из законодавства државе потписнице Конвенције, донетог по ратификацији. Иако у једној искључиво правничкој конструкцији одржив, овакав закључак се помало судара с чињеницама друштвеног живота. Законодавство о реституцији, као основа новог субјективног права одређеног лица, не може се посматрати као плод искључиво законодавчевог стваралаштва. То законодавство је специфично, оно је урођено у историју и донето је у свакој од држава које су му прибегле као једна врста одговора на изазов специфичних друштвених услова и прилика. Реституција представља друштвени напор да се превазиђе прошлост и постигне правда путем поништавања последица извесних аката некадашњег, ауторитарног система. Прошлост се не може превазићи искључиво правним инструментима, али су ови ипак не само неопходни него и свакако примерени таквој сврси. Управо у тој светлости треба посматрати напор Суда да техником пресуда у реституционим случајевима одговори поменутом изазову.

Не може се у потпуности искључити могућност да Суд примени учење о трајној повреди права на уживање имања, као основу за неку од будућих пресуда. Доктрина тренутног акта је нарочито делотворна кад се ради о разматрању проблема реституције у држави потписници Конвенције која је усвојила посебно законодавство о томе. У светлости унутрашњег закона питање о исправљању некадашње неправде се преображава у једно, готово би се рекло, техничко питање проистекло из закона који је на снази. Суштински проблем ипак остаје. Унутрашњи закон је донет управо ради исправљања некадашње неправде и не може се разумети изван контекста у којем је настао. Претварање питања о старој неправди у један проблем примене одредбе позитивног права зато представља пре свега техничку операцију, којој се и Суд приклања из практичних разлога. Тај поступак не укида начелну недоумицу о правној природи повреде права на мирно уживање имања, која, упркос тренутном стању јуриспруденције Суда, опстаје у европском праву људских права.

ПОЛОЖАЈ И ПЕРСПЕКТИВА УСТАВНОГ СУДСТВА У РЕПУБЛИЦИ СЛОВАЧКОЈ

Данас у целој нашој геополитичкој сфери расте утицај судске моћи. То је последица различитих спољних и унутрашњих фактора. У спољне факторе углавном спадају појачана глобализација, интеграција и федерализација Европске уније. Установе које су традиционално биле одговорне за оцену уставности законских норми и за заштиту основних људских права и слобода сада имају мању моћ, јер се круг питања на која су утицале све више сужава, што се може запазити и изван Републике Словачке. Потенцијални несклад уставних и интегративних правила је искључен, јер интегративни уговори или закони донесени на основу њих имају предност, због чега не може доћи до правог сукоба.

На основу изложеног, може се извести закључак да између интегративних уговора и уставног права постоји знак једнакости, односно да се интегративни уговори могу ставити на ниво уставног права. Право Уније (интегративно право) је заиста *интегрисано у једнак систем држава-чланица*, па сачињава део правног поретка који се примењује у Републици Словачкој. Међутим, оно не представља део домаћег права, јер сачињава посебан правни поредак¹. Према начелу приоритета, примена права Уније у оквиру државе-чланице безусловна је и загарантована. Потенцијалне одлуке уставног суда у којима би се тврдило да примена права Уније крши устав, те да се стога оно не може применити у домаћим условима, немају утицаја на право Уније. Међутим, нема сумње да би у накнадном судском поступку, који би се водио због кршења обавезе да држава примени право Уније, Европски суд правде, приликом доношења своје одлуке, узео у обзир принципе супсидијарности и пропорционалности, према којима садржај и вид деловања Европске уније мора остати у границама неопходним за постизање циљева Европске уније (члан 5. у Повељи Европске уније), као и принцип који Европску унију обавезује да уважава „национални идентитет“ држава-чланица (члан 4, став 2. Повеље Европске уније).

1) Пресуда Суда правде европских заједница у случају бр. 6/64 Costa/ENEL од 15. јула 1964.

Међу наведене унутрашње факторе спадају и смањен значај и прес-тиж уставног суда у корист редовних судова, који су се у примени закона Уније изједначили с уставним судом. Од националних судова се тражи да домаћа правила тумаче у највећем сагласју са правилима Уније. Суд правде Европске уније тај аргумент заснива на одредбама члана 4, став 3. Повеље Европске уније, у коме се наводи опште начело лојалне сарадње².

Уставни принцип према коме националне правне норме, укључујући и устав, треба тумачити у складу са принципима европске интеграције и кооперације власти Уније и власти државе-чланице, проистиче из члана 1. став 2. Устава, повезаног са начелом лојалне сарадње.

Уставни суд у Републици Словачкој има шире надлежности у погледу заштите уставности. Када су у питању овлашћења Уставног суда, треба направити разлику између превентивне и накнадне оцене уставности. Разлика је у валидности правне норме. Уставни суд спроводи превентивну оцену уставности само у два случаја: у случају усклађености међународних уговора који захтевају сагласност Националног савета Републике Словачке с Уставом и Уставним законом и у случају сагласности предмета референдума с Уставом и Уставним законом. У оба случаја одлучује пленум, који за доношење своје одлуке има временски рок од 60 дана од дана подношења захтева. Такође, у оба случаја је председник Републике овлашћен да поднесе захтев, док је влада овлашћена да то учини у случају поступка о сагласности са међународним уговорима. Ако Уставни суд одлучи да је неки међународни уговор или предмет референдума у супротности с Уставом, уговор се не може ратификовати, нити референдум одржати.

У најважније надлежности Уставног суда у погледу накнадне оцене уставности спадају вођење поступка о усклађености правних стандарда са уставним поретком према члану 125. Устава (тзв. апстрактна или специфична контрола уставности). У овој врсти поступка, Уставни суд одлучује у пленуму. Једини изузетак тиче се поступка о уставности општеобавезујућих регулатива општина и самоуправних региона (у овим случајевима Суд одлучује у сенатима).

Правни акт који је предмет оцене уставности претходно се службено објављује у „Збирци закона Републике Словачке“. Уставни суд може одлучивати о акту који није правно ваљан и користећи право специфичне контроле³, па зато у том смислу треба правити разлику између валидности, дејства и примене оспорених правних аката. У поступку о усклађености правног акта, Уставни суд може привремено суспендовати дејство оспорених правних аката.

2) Пресуда Европског суда правде у случају бр. 14/83 Von Colson од 10. априла 1984. године.

3) Одлука са реф. бројем PL. ÚS 1/2010 представља продор у овом пољу.

Када је Уставни суд у дилеми да ли да суспендује дејство закона или да одржи *status quo* (задржи постојећу законску регулативу), он обично задржава првобитну, а суспендује нову законску регулативу.⁴ Свака одлука која се тиче привремено суспендованог акта објављује се у „Збирци закона Републике Словачке“.

У овом типу поступка примењује се тзв. *прећийосїавка устїавно-сїи* правних аката, што значи да се правни акт сматра сагласним Уставу, уставним законима и међународним уговорима док се не докаже супротно.⁵ Уставни суд доноси и тзв. *инїерїрешїиивну одлуку* која задржава оспорени правни акт на снази, али и садржи став о томе како органи власти треба да га разумеју и примене.⁶ На тај начин Уставни суд испољава тзв. *суздржаносї*, ако је одлука о неуставности последње могуће решење (*ultima ratio*).

Ипак, ако Уставни суд дође до закључка да правни акт (или његов део) није у сагласности с Уставом, Уставним законом или међународним уговором, на дан службеног објављивања тог закључка у „Збирци закона Републике Словачке“, оспорени акт престаје да важи. Орган који је донео неуставни правни акт обавезан је да га, у року од шест месеци од службеног објављивања, усклади с одлуком Уставног суда. Ако дато тело не поступи у складу с одлуком, правни акт губи своју правноснажност. Одлуке у поступцима о усклађености правних аката су општеобавезујуће и примењиве *pro futuro*, па ни убудуће неће бити могуће донети правни акт који је Уставни суд прогласио неуставним.

Још један важан тип поступка тиче се тумачења Устава или Уставног закона у случају спора између два органа власти. Постојање спора значи да органи исту одредбу Устава или Уставног закона тумаче различито. Уставни суд одлучује о овом типу спора у пленуму, наиме, одлуком која је обавезујућа *pro futuro*. Тумачење Уставног суда важи све док се дата одредба не промени или док се друштвена стварност не промени у тој мери да Уставни суд прихвати предлог да промени своје раније тумачење.

Уставни суд одлучује, у границама својих надлежности, да ли је одлука о проглашењу ванредног стања према Уставном закону (по 227/2002 Coll.) у складу с Уставом и Уставним законом, као и свака накнадно донесена одлука. Из овог закона проистиче, *a contrario*, да Уставни суд не може испитивати уставност објаве рата или војне диктатуре. Захтев о том питању може се поднети у року од десет дана од

4) Упореди, на пример, решење о допуштености у одлуци PL. ÚS 13/2012, § 7.

5) Упореди са одлуком PL. ÚS 17/08, § 9.

6) Упореди са одлуком PL. ÚS 1/2010 (о претпоставци очинства), PL. ÚS 6/09 (начело „три пута и доста“).

такве објаве, по коме Уставни суд одлучује у пленуму, а његов налаз се објављује и у ТАСР (Новинска агенција Републике Словачке).

Уставни суд одлучује о сукобу надлежности између централних државних органа, уколико о њему не одлучује неки други орган власти. Исто тако, Уставни суд одлучује да ли је Главна канцеларија ревизора Републике Словачке надлежна да врши надзор. У оба случаја, одлуку и налаз о основаности доноси сенат.

Када се ради о заштити основних људских права и слобода, веома је важна надлежност Уставног суда да одлучује у поступку по жалби физичких и правних лица. У овом типу поступка, Уставни суд штити основна права и слободе које су део Устава, Повеље о основним правима и слободама и међународних уговора које је ратификовао Национални савет, а службено су објављени у „Збирци закона Републике Словачке“. Међутим, треба нагласити супсидијарну надлежност Уставног суда, која подразумева да Суд може започети поступак само ако ниједан други суд није надлежан да одлучује о основаности. То значи да редовни судови, као и други органи државне власти, имају као главни задатак да штите основна људска права и слободе.

За подношење уставне жалбе постоји законом утврђен рок од два месеца. Утврђивање временског рока представља значајан принцип правне извесности и стабилности правних односа. Да би се одредио почетак овог рока, важно је знати када је подносилац жалбе био у могућности да дође до сазнања о датој мери/прекорачењу која је предмет жалбе, а не када је он чињенично дошао до тих сазнања. У овом случају примењује се правило *iura vigilantibus* (права припадају онима који воде рачуна о њима).

Поступак почиње након подношења захтева Уставном суду. Општи услови за подношење захтева су следећи: захтев се мора предати у писменом облику; он мора садржати потпис подносиоца захтева (или његовог/њеног правног заступника); мора бити приложена пуномоћ која подносиоцу омогућава да буде заступан пред Уставним судом. Поред тога, из захтева мора бити јасно ко га подноси, на шта се односи, против кога је захтев усмерен, коју одлуку подносилац захтева оспорава, те мора садржати образложење и доказ.

Посебни захтеви укључују и спецификацију прекршених основних права и слобода, правноснажну пресуду (или њену копију) или меру којом су повређена људска права, идентификацију државног органа против кога се жалба подноси, као и меру финансијског задовољења и разлоге за њега, ако га подносилац жалбе тражи.

Штавише, у захтеву подносилац жалбе може захтевати да Уставни суд донесе *привремену меру* којом се суспендује ступање на снагу оспорене правноснажне пресуде. Привремена мера се укида ако разлози за њено доношење престану да постоје или ако Уставни суд донесе одлуку о основаности случаја.

Уставни суд не изводи доказе нити доказује чињеничне околности случаја, као што то чине редовни првостепени судови, јер Уставни суд је суд који се бави правима, а не чињеницама (осим ако се чињенице односе на изборе). Другим речима, Уставни суд надгледа да ли редовни судови у довољној мери штите основна права и слободе, из угла уставом загарантованих људских права, где спадају и сукоб два права (индивидуално право и јавни интерес), као и да ли је редовни суд примерено одредио равнотежу између њих или је, на пример, неосновано ставио једно право изнад другог. Уставни суд разматра и да ли су закључци редовног суда произвољни (својевољни), неоправдани са тачке гледишта уставности или очигледно неосновани, као и да ли је дошло до кршења људских права и слобода.

Уставни суд врши контролу законитости и уставности свих врста избора у Републици Словачкој, одлучује о распуштању или суспензији активности политичких партија и покрета, о резултатима референдума, о опозиву председника Републике, заштити јавног интереса, процесуирању председника Републике, као и о томе да ли сам Суд има дисциплинске или друге надлежности у погледу председника или потпредседника Врховног суда или јавног тужиоца, односно даје сагласност за њихово кривично гоњење и хапшење.

Због тога је Уставни суд не само крајња инстанца за оцену уставности закона, већ он надзире и рад Врховног суда и осталих органа државне власти. Такав положај установе огледа се у свакодневном доношењу одлука, у поступку који је пажљиво и примерено осмишљен и праћен извесном мером суздржаности. У случајевима када је присутна сумња или је случај примене закона сложен, суд прихвата одлуке органа јавне власти, било да су то закони које је донело законодавство или судске одлуке редовних судова. Конзервативни судија обично даје предност вредностима које представљају полазиште доносиоца одлуке која је предмет испитивања у односу на вредности које представљају његово/њено сопствено полазиште.

Претпостављам да ће Уставни суд Републике Словачке увек настојати да буде опрезан уместо преактиван, како не би постао део „јудикализације“ политике (или обрнуто), делујући увек као жустар заштитник принципа да грађанин долази испред државе.

V

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА



Радно председништво Конференције



Учесници Конференције испред Дома Народне скупштине

ЗАКЉУЧНЕ ОЦЕНЕ

Проф. др Марија Драшкић*

Заменица председника Уставног суда Републике Србије

Наша Конференције се бавила питањем да ли је могућ модел европског уставног судства. Из онога што је речено, произилази несумњиво да је то могуће и да тај концепт има два своја аспекта која се исказују у следећем.

Са једне стране, тај модел остварује се кроз делотворну, узајамну, билатералну и међународну сарадњу уставних судова, кроз судски дијалог, али и кроз дијалог преко пресуда, за који је од посебне, круцијалне важности коришћење компаративне праксе. Оваква сарадња могла би водити савезу уставних судова или европској уставној судској мрежи која тражи од нас изградњу заједничке европске правне свести. Та заједничка европска правна свест обухвата вишеслојну сарадњу, пре свега, националних права, потом конвенцијског права и, најзад, за земље чланице Европске уније и европског права.

Са друге стране, овај концепт европског уставног судства мора свакако да уважи и поштовање различитости. Оне обухватају најпре социјални, економски и културни контекст у коме се налази сваки национални уставни суд. Томе свакако треба додати и изазове тако озбиљног феномена као што је глобална економска криза, противречности и тензије које повремено наступају између националних уставних судова и Европског суда за људска права у Стразбуру, важност правне традиције, правне културе која је израз самосвести, поштовање националног идентитета и, најзад, различита пракса савладавања ауторитарне прошлости.

*) Заменица председника Уставног суда Републике Србије од 2011. до 2014. године.

THE POSITION AND PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Belgrade, 2014

FOREWORD



The jubilee postage stamp issued on the occasion of marking the 50th anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Serbia



Judges of the Constitutional Court of the Republic of Serbia, October 2013

FOREWORD

Its half a century long existence places the Constitutional Court of the Republic of Serbia among the oldest constitutional courts in Europe. Its mission of „a guardian of the Constitution“ started as far back as 1963, with review of constitutionality and legality of general legal acts in the Republic of Serbia, while from the promulgation of the Constitution of 2006, its role has been extended also to the individual protection of human rights and freedoms. Half a century of constitutional justice represents not only an important jubilee for the Constitutional Court, but also proof of a lasting commitment of the Republic of Serbia to ensure, by means of constitutional review, an efficient application of the principle of the rule of law, as one of the supreme principles of any democratic society.

In 2013, the Constitutional Court marked 50 years of its existence by a series of events. The most important among them was an international conference, organised on the topic „The Position and Perspective of Constitutional Justice“, held in Belgrade 16-18 October 2013, at the House of the National Assembly, and supported by the German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ), the Venice Commission, the Stability Pact for South-eastern Europe, and the Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE).

In the introductory part of the Conference the participants were addressed by the then President of the Constitutional Court, Dr. Dragiša B. Slijepčević, as well as by President of the Republic of Serbia, Tomislav Nikolić, the Head of the European Union Delegation in Serbia, Michael Davenport, President of the Venice Commission, Gianni Buquicchio, Vice-President of the Constitutional Court of Austria, Brigitte Bierlein, the Ambassador of the OSCE Mission to Serbia, Peter Burkhard and the Head of the IRZ Division for BiH, Macedonia, Montenegro and Serbia, Stefan Pürner. Beside the President, judges and the Constitutional Court staff, also numerous delegations of the constitutional courts with which the Constitutional Court of Serbia has had a long-standing successful bilateral cooperation, took part in the work of the Conference, as well as former presidents and judges of the Constitutional Court of Serbia. The Conference was also contributed to by the presence of its special guests, the members of the diplomatic corps, state bodies and organisations, international organisations and the Faculties of Law in the Republic of Serbia.

The Proceedings of the International Conference “The Position and Perspective of Constitutional Justice”, which are in front of you, contain the papers and presentations of the participants of this gathering. The experiences presented at the Conference resulted in a shared conclusion that constitutional courts today are faced with identical or essentially similar

challenges, which call for further development of a constitutional justice dialogue; this might lead to building a common European constitutional and legal awareness, while fully respecting all the differences and peculiarities of national constitutional courts. This is why the purpose of these Conference Proceedings is not only to capture the memory of marking the 50 years of the constitutional justice of Serbia, but also to inform those to whom constitutional law is “close to heart” of the challenges with which contemporary constitutional justice is faced today.

PRESIDENT OF THE CONSTITUTIONAL
COURT OF THE REPUBLIC OF SERBIA
Vesna Ilić Prelić

II

**HALF A CENTURY
OF CONSTITUTIONAL
JUSTICE IN SERBIA**



The Conference Opening

President of the Constitutional Court of the Republic of Serbia Dr. Dragiša B. Slijepčević and the Working Committee – Dr. Brigitte Bierlein, Gianni Buquicchio, Prof. Dr. Marija Draškić, Michael Davenport, Peter Burkhard, Dr. Stefan Pürner



President of the Republic of Serbia Tomislav Nikolić

Dr. Dragiša B. Slijepčević*

President of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

Ladies and Gentlemen,

On behalf of the Constitutional Court I welcome you to the International Conference “The Position and Perspective of Constitutional Justice”, organised in order to mark the 50th anniversary of the Constitutional Court’s foundation.

On this solemn occasion, it is my great pleasure and honour to welcome the President of the Republic of Serbia, Mr. Nikolić, acting president of the Supreme Court of Cassation, Mr. Milojević, the president of the Venice Commission, Mr. Buquicchio, presidents and judges of the Constitutional Courts of Austria, Bosnia and Herzegovina, the Bosnia and Herzegovina Federation, the Republic of Srpska, Bulgaria, Montenegro, the Czech Republic, Croatia, Armenia, Lithuania, Macedonia, Hungary, Romania, the Russian Federation, Slovakia, Slovenia and Ukraine, as well as the former presidents and judges of the Constitutional Court of Serbia.

I extend a warm welcome to the Head of the European Union Delegation, Mr. Davenport, the OSCE ambassador in Serbia, Mr. Burkhard, the members of diplomatic corps, the representatives of the IRZ foundation, the international organisations, the representatives of public authorities of the Republic of Serbia, the Deans of Faculties of Law and the representatives of the media.

I now ask for your permission to, in the capacity of the President of the Constitutional Court, briefly acquaint you with the history, place and role of the Constitutional Court of Serbia in the legal order of Serbia in the past half a century of its existence.

The idea of establishing the Constitutional Court of Yugoslavia was present already at the time the Constitution of the Federal People’s Republic of Yugoslavia was adopted in 1946. Still, it was not completely implemented until the Constitution of 1963 was promulgated, both on the federal and republic levels. By this, the Constitutional Court was introduced as a new democratic institution in the political order of the Federal Republic of Yugoslavia and its republics. The protection of constitutionality and legality was entrusted to the Federal Constitutional Court and Republic Constitutional Courts according to the Constitution, as mutually independent institutions. This way a system of constitutional review was established both on the federal and republic level. The Constitutional Court of Yugoslavia was entrusted with the federal protection, and the constitutional courts of the republics with the republic protection of constitutionality.

* President of the Constitutional Court of the Republic of Serbia in the period 2011-2014.

The Constitutional Court of Serbia was established on 26 June 1963, by the Decision of the National Assembly on election of presidents and judges passed under Article 171 paragraph 1, point 8 of the Constitution of the Socialist Republic of Serbia of 1963. By this, the Constitutional Court of Serbia, as well as the Constitutional Court of Yugoslavia and other constitutional courts of its republics, became one of the oldest constitutional courts in the world, right behind Austria, Germany and Italy. The Constitution of 1963 determined the Constitutional Court of Serbia's jurisdiction, as well as the legal force of its decisions. The Constitutional Court's jurisdiction included deciding on the constitutionality and legality of laws and other general acts, protection of the right to self-management and other fundamental rights and freedoms, provided by the Constitution, deciding on competence disputes between courts and other state bodies, deciding on disputes concerning the rights and duties of social and political communities and monitoring any phenomena which could be of interest for implementation of constitutionality and legality. However, despite thus established jurisdiction, the commencement of the Constitutional Court's work was marked by a symbolic attempt at the protection of constitutionality and legality. It was exhausted in passing decisions on the constitutionality and legality of self-management general acts, and it was not until 1974 that the Court reviewed the constitutionality of any of the laws that had been passed. Nevertheless, this can neither reduce nor diminish the value of the results achieved by the Court in this period. These results were achieved within the context of social and political relationships rooted in the unity of power and authoritarian regime with one-party rule. Moreover, it could be rightfully claimed that the constitutional justice of the Republic of Serbia, established by the Constitution of 1963, rested on the idea of immediate abstract review of constitutionality and legality and that it represented an expression of modern European tendencies of the time. It does not also mean that the Constitutional Court was on the front line of defence of the rule of law, outside and out of tune with legal and political choices of the then state. However, even under these circumstances, its activity has left visible marks in the exercise of review of constitutionality and legality. These results were achieved, in addition to review of constitutionality of general acts, also by means of the Court's mandate, imparted by the Constitution, to inform the Assembly of incompliance of individual laws with the Constitution. Motions by the Court in this respect were not infrequently verified by the Assembly's decision to change the laws indicated as unconstitutional. All of this is unambiguously telling us that the action and work of the Constitutional Court of the time did not represent just pioneering efforts in order to justify its position and function in the protection of the rule of law. On the contrary, the Court's work was manifested as an essential contribution to the establishment and implementation of fundamental principles of the rule of law. In this way,

the Constitutional Court of Serbia followed in the footsteps of the Constitutional Courts of Austria, Germany and Italy, founded previously, and passed through all the changes of the European model of constitutional justice. Its work was partially determined by the previously conducted changes of the Constitution, but also by the Constitutional Court's immediate efforts to confirm, by its Decisions, the constitutionally proclaimed goal of establishing and strengthening the rule of law. Such efforts of the Constitutional Court were accomplished in the period between 1974 and 1990, by passing 31 decisions on the inconformity of laws with the Constitution.

The role of the Constitutional Court of Serbia was significantly altered with the Constitution of 1990. By adopting this Constitution, Serbia opened a new chapter, abandoning the former system of socialist constitutionality and accepting traditional European values. This Constitution proclaimed the principle of division of power and introduced the parliamentary system. The position and function of the Constitutional Court were determined in conformity with the European standards of constitutional justice. It was determined by the Constitution that the Constitutional Court represented an independent and autonomous body protecting constitutionality and legality in accordance with the Constitution. The Constitution regulated the Court's jurisdiction and composition and guaranteed continuity of judicial function. Also, it was determined by the Constitution that the Constitutional Court's decisions were generally binding and final.

However, despite thus determined position and jurisdiction of the Constitutional Court, it did not in practice achieve the expected results. A new role of the Constitutional Court was not heralded until after the change of power in 2000. In the changed democratic environment, the Constitutional Court truly turned to the protection of the basic principles of the rule of law and fundamental human rights and freedoms. Yet, it was just a hint at its new course of action. This action was, however, prevented by the will of the then authorities which left the Constitutional Court without a required quorum for its work. Thus the Court was deprived of the possibility to exercise its constitutionally entrusted function, through no fault of its own. The blockade of its work was lifted only after 15 months, by election of the missing judges. In its new composition, the Constitutional Court had a fresh start at its mission of the protection of the rule of law. Such activity of the Constitutional Court resulted in its establishment of the unconstitutionality of major laws and Government regulations which encroached on an exclusive domain of legislative power. In this period, the Constitutional Court also indicated an interim measure with the aim of preventing detrimental consequences of the application of a law in judicial domain. Besides, the Constitutional Court's work at the time was marked by initiation of the proceedings for review of the constitutionality of the Law on Local Elections and Law on Local Self-management of the Court's own

motion. Such actions of the Constitutional Court were publicly supported by the then carriers of public authority, but this support was exhausted in declarative statements in the press and other public news media. The discrepancy between the constitutionally proclaimed and actually desired position of the Constitutional Court by the then political parties and the parties in power resulted in a new blockade of the Court's work. It was manifested as an obstruction of the proceedings for election of the missing judges and the president of the Court by the National Assembly. This is why the work of the Court was again discontinued for the subsequent 14 months. By the will of the political factors, the Constitutional Court was one more time deprived of the possibility to exercise its constitutional function. This was a result of failure to act on the part of those political forces which, during their exercise of power, in their public appearances, were the loudest in advocating the rule of law and strengthening of the system institutions. It is quite unnecessary to expound on the extent to which this kind of conduct derogated the function of constitutional justice. Unfortunately, this was accompanied by the striking silence of the public news media. They resumed their activity and criticism of the work of the Constitutional Court only after the function of the Constitutional Court was re-established with the appointment of the judges of the present composition of the Court, conducted in December 2007. This is why it is particularly conspicuous that for the then „self-declared“ legalists and for some of the media, the Constitutional Court represented just a decorative institution, acceptable only at the time it is precluded from exercising its constitutional function, or if it does it in the way they define and see the role of the Constitutional Court in achieving their political goals. There is no doubt that such conduct directly undermines the institution of the Constitutional Court, which is also done by unacceptable criticism of the decisions passed by the Constitutional Court, in disregard of all democratic principles.

The Constitutional Court is a guardian of the Constitution, and the guarantor of the rule of law in the Republic of Serbia. Its urgent acting is desirable, but it cannot be identified with its meeting the requirements of political requests of either the position or the opposition in its decisions. It doesn't mean that the Constitutional Court seeks to justify delays in individual proceedings of review of constitutionality and legality, nor does it mean that it avoids performing its constitutionally entrusted function. On the contrary, deeply aware both of its function and the legal consequences of its decisions, the Constitutional Court makes efforts to exercise its function exclusively in the service of the rule of law and effective protection of human rights and freedoms. Within the context of such a position of the Constitutional Court, I have to point out also on this occasion, that the constitutionally determined obligation to pass the law on the essential autonomy of the Province of Kosovo and Metohija has not yet been discharged, though it has been almost seven years from the adoption of the Constitution of 2006.

The work of the Constitutional Court in the period after the promulgation of the Constitution of 2006 was marked by the Court's exercise of its jurisdiction – normative control of constitutionality and legality and handling of constitutional appeals. By establishing the Constitutional Court's jurisdiction to admit constitutional appeals, the Republic of Serbia has indeed joined the European trend of establishing immediate constitutional protection of human rights and freedoms. In this way, the Constitutional Court has put itself in service of the protection of the rights of citizens and all other non-government subjects from the consequences of the unconstitutional and illegal acts by public bodies. This legal remedy is accessible to everyone when the state, represented by any body, violates the fundamental citizens' rights and the rights of other non-government subjects.

In its present composition, the Constitutional Court has handled 35,211 cases of constitutional appeals; 20,621 have been decided, 5,401 of which in this year only. These numbers speak not only of the Constitutional Court's workload, but also of the extent to which the constitutionally guaranteed human rights and freedoms are violated. Within the limits of its capacity, the Court has endeavoured to handle the filed constitutional appeals within an adequate – reasonable time. Unfortunately, this objective is impossible to achieve in respect of all applicants. This is why the Constitutional Court was forced to establish the rules of urgent proceeding, fully aware that by this, the principle of handling cases in order they are received is disrupted. By acting in this way, the Constitutional Court has, in this year only, upheld 1,044 constitutional appeals which allege a violation of the right to a fair trial, caused by unequal proceeding of regular courts. It is unnecessary to further expound on how much these decisions of the Constitutional Court have contributed to the establishment of legal certainty and the rule of law. The Constitutional Court has also contributed to the rule of law by passing more than 50 decisions on unconstitutionality of numerous provisions of systemic laws. To illustrate, these are: the Property Tax Law, Military Security Agency Law and Military Intelligence Agency Law, Personal Information Protection Law, Public Information Law, Law on Establishing the Competences of Autonomous Province of Vojvodina, Law on Electronic Communications, Planning and Construction Law, Law on Protection of Rights and Freedoms of National Minorities, etc. In addition to this, 15 regulations of the Republic of Serbia Government, which encroached upon legislative jurisdiction, were cancelled. Also, acting within its jurisdiction, the Constitutional Court solved all cases which concerned prohibition of the work of associations of citizens. Activity of the Court in its present composition has been marked also by initiation of the proceedings of constitutional review of the Court's own motion, as well as by indication of interim measures concerning the prohibition of execution of individual acts until the final decision on the constitutionality of laws based on which these acts had been passed, is made. Also, 808 complaints of non-appointed judges and carriers of the public prosecutor's function

have been solved. Further, steps have been taken in respect of enforcing the Constitutional Court's decisions, which resulted in the return of more than 150 delegates' mandates. The Constitutional Court's decisions are respected also by regular courts, in such a way that regular courts in accordance with the Constitutional Court's order change their decisions.

Last but not least, it should be emphasised that not until the Amendments to the Law on the Constitutional Court entered into force on 4 January 2012, had the objective requirements for the functioning of the Constitutional Court in chambers been met, nor for the essential independence of the Court, until it was provided with an autonomous budget. By introducing the work in grand chambers and chambers, the processing of disputed cases has been significantly accelerated. It is to be expected that these changes are yet to be fully felt, in the form of the Court's more agile responses. Another argument in support of this claim is that in this year the Constitutional Court has been allocated a representative building and accommodation, which has enabled strengthening of the capacity of the Court's administrative and professional service and created a realistic basis for improvement of the Court's decisions and rendering its proceedings more expeditious. All of this, as well as the Government remaining true to its decision to respect the budget independence of the Constitutional Court as provided by law, makes us convinced that the Constitutional Court of Serbia has finally overcome all impediments which used to be objective stumbling blocks preventing it to act as an independent and autonomous state body and give its full contribution to the establishment of the rule of law and protection of human rights and fundamental freedoms, in accordance with the Constitution and internationally recognised standards of law. The Constitutional Court is sincerely committed to this mission, regardless of whether and to what extent the Constitution in force ensures the fulfilment of all expectations of the current participants in the political and legal modelling of democratisation processes in our society. The results of the Constitutional Court's striving have been determined also by its readiness to, while respecting the experiences and case-law of the European Court of Human Rights and other regional and European constitutional courts, give its full contribution to the establishment of the rule of law and promotion of democratic processes in the Republic of Serbia. Hence, on this day, I want to thank all the constitutional courts present at our Conference for their assistance offered through our bilateral cooperation. I am convinced that our international relationships will also in the future represent a fruitful cooperation which will result in an efficient protection of human rights and freedoms, strengthening of democratic processes and achieving victory of law over force.

Due to all this, I expect that the papers that shall be presented here and discussions that will follow today on the topic "The Position and Perspective of Constitutional Justice", shall give an immeasurable contribution to the enhancement of constitutional protection and finding genuine responses to the challenges that European constitutional justice is facing today.

Tomislav Nikolić
President of the Republic of Serbia

Honourable Judges,
Dear Friends,
Ladies and Gentlemen,
Your Excellencies,

We have gathered here today to celebrate the 50th anniversary of the Constitutional Court of Serbia, and I have been honoured with the duty to address you on this solemn occasion.

At the time it was established in Yugoslavia, by the Constitution of the SFRY and constitutions of the republics in 1963, constitutional courts existed in just a few countries, such as Austria, Germany, Italy, and Turkey. One socialist country decided to establish an institution unthinkable in a system which did not rest on the division of power. The introduction of constitutional justice was being justified by the necessity to further develop so-called self-managing socialism, while at the same time the Western press was writing that by this Yugoslavia wanted to show its „aspiration for political and ideological independence from the USSR“ (M. Kapelati).

Being a representative of executive power, and until a year and a half ago a committed partisan politician, anything I would say about the Constitutional Court might be interpreted as my intention to influence it or to interfere with its work. Nothing could be further from my wish. I believe that it is in the best interest of Serbia to have a constitutional court which is, as it has been envisaged, an independent and autonomous state body protecting the constitutionality and legality and human and minority rights and freedoms.

In the course of my entire political engagement, and also now while holding office of the head of state, I have always clearly expressed my allegiance to the principle of the division of power and non-interference with the work of the judiciary. Today, on the fiftieth anniversary of the establishment of the Constitutional Court, I use this opportunity to reiterate that I remain committed to this goal.

It has been said that „a constitution does not impart rights, it only recognises them“. The said quote may be understood as a warning. A warning that the fact that there is a constitution does not automatically imply the existence of a democratic ordered society and state. It may be understood as a warning to all of us, and primarily to the state bodies and their heads, that the Constitution must be respected so that the citizens may, without any hindrance, equally and fully exercise their rights and freedoms.

I would dare say the following. If the National Assembly, in charge of enacting laws and other regulation, represents the will and consciousness of its people, then the Constitutional Court, in charge of controlling the constitutionality and legality of these laws, represents the conscience of the people, the conscience that will admonish us whenever the Constitution, as a set of basic principles that any civilised and ordered social community rests on, is neglected.

When we talk about the Constitutional Court, we actually talk about independence, expertise, and justice. These are the three pillars on which it rests.

What the independence of courts and judges implies in theory can be more aptly explained by those who are more competent and in possession of more expert knowledge. I would like to mention something else to you, something that at first might seem as not related to the independence of the Constitutional Court.

Namely, the political option in power has made it possible for the Constitutional Court to finally be allotted the premises befitting it, so that it does not share the same building with the executive state bodies of this country anymore. I know that this can seem to be a minor and insignificant thing, but it is not so. Showing due respect to the Constitutional Court, upholding it and also in this way separating it from other state bodies, is a symbolic representation of our aspirations to ensure it the necessary independence, while bearing in mind the warning I mentioned earlier. Another example, which is by far less symbolic in nature, and which was pointed out by the president of the Constitutional Court himself the other day and also today, is that the ruling power has also confirmed in action the independence of the Constitutional Court by allocating it an autonomous budget.

To talk about the expertise of the Constitutional Court judges seems superfluous. It is something that goes without saying. Nevertheless, it is important to emphasise that the reputation enjoyed by the Constitutional Court is not only the consequence of its institutional independence, but also of the dedicated expert work of its members. Another important thing is that today the Constitutional Court is in its full composition, unlike in one of its previous periods, and that it legally and legitimately decides questions within its jurisdiction.

Finally, the Constitutional Court, as any other court, should represent an embodiment of justice. I do not mention justice last because it is less important. On the contrary, I mention it last in order to give it a special emphasis. Not only does it protect the constitutionality and legality for the benefit of all citizens, but by acting on constitutional appeals, the Constitutional Court protects also individual constitutionally guaranteed rights and freedoms of citizens. Therefore, the Constitutional Court represents the last opportunity for its citizens to attain justice in their own country. By

virtue of this, the Constitutional Court serves as a corrective and protective measure for all other state bodies. By granting its citizens the right to lodge a constitutional appeal, the state has given itself another opportunity to act legally and justly, and to its citizens the opportunity to protect their rights and interests in their own country, and not before the European Court of Human Rights, in a more expeditious, simpler and cheaper way.

There is some similarity between the president of the Republic and the Constitutional Court. The president of the Republic, according to the Constitution, is an expression of the state unity of the Republic of Serbia, while the Constitutional Court is a reflection and expression of the legal order of the Republic of Serbia. The Constitutional Court is the one that takes care that the legal system is consistent, coherent and that all are equal before it.

Both these bodies do not completely fit into a classic division into three functions of state power, as they, strictly speaking, do not belong to either legislative, executive or judiciary power. As emphasised by Professor Ratko Marković, „this has been done so that the state bodies could perform their basic function of harmonising and controlling the constitutional order in a more successful way“.

The Constitution explicitly requires a supra-partisan character of both bodies. In the Republic of Serbia, a Constitutional Court judge may not perform any other public function, professional activity or job, with exception of a professorship at the faculty of law, while even more rigid restrictions have been laid down for the office of the president of the Republic, as „the president of the Republic may not perform any other public function or professional activity“. Unlike the Constitutional Court, the president of the Republic is a political body which is elected by the citizens in the elections, by virtue of which he is given strong democratic legitimacy, but neither of the two bodies may be under any influence of any political option.

The supra-partisan character of the two bodies enables them to be, and it is not exaggerated to say this also for the president of the Republic, guardians of the Constitution. The only difference is that the Constitutional Court keeps vigil over the constitutionality and legality of laws, while the president of the Republic keeps vigil over their political purposefulness.

There is no doubt that the president, as the most immediate representative of the citizens as carriers of sovereignty, and the Constitutional Court, according to the Constitution an embodiment of „legal aristocracy“, are in the process of accomplishing their missions more closely dependent on each other than other state bodies of the highest instance. This does not mean that the president of the Republic should influence the Constitutional Court, nor does it mean that the Constitutional Court, in making its decisions, should „beware“ the president of the Republic, but rather that the cooperation of these bodies is both necessary and useful, on the condition that the basic principles implied by the division of power are observed. The

president of the Republic may plead with, or ask the Constitutional Court, initiate or support, but may not order, command, condition or in any other way influence the work of the Constitutional Court. This president of the Republic is very much aware of that.

Marsilius of Padua wrote in 14 c. that laws existed in order to prevent the arbitrariness of lords and judges. I believe that there is no gathering on judicial matters in Serbia in which Dusan's Code is not quoted, and especially its provision „all judges to administer justice according to the code, justly, as written in the code, and not according to the fear from my emperor's majesty“.

There was an attempt, in a previous period, to remove and appoint judges and prosecutors foregoing the achieved Serbian and international standards, to influence them not to administer justice according to the law, but in fear of the emperor's majesty. The Constitutional Court was the only one to muster up enough courage to stand in the way of the collapse of judiciary power and attempt to subdue it to executive bodies, and perhaps also to some political parties and individuals, and their needs. The Constitutional Court's coming to the forefront in the defence of the state and law, as well as the dignity of judicial and prosecuting profession, shall be remembered, I am convinced, in the decades and centuries to come.

The Constitutional Court must remain uncompromisingly committed to the protection of human and minority rights. This way, the Constitutional Court, too, shall contribute to the preservation of the reputation that the Republic of Serbia enjoys abroad. The level of protection of human rights and implementation of constitutional and legal regulations considering the respect of rights and freedoms of national minorities, in many ways surpasses international conventions. The Constitutional Court should remain the defender of these achievements and the mainstay of the citizens, but it should also point to any deficiencies in the system and by its final, enforceable and generally binding decisions, decisively influence further development in the area of the protection of human rights.

I expect the judges of the Constitutional Court, the present and the future ones, to remain unaffected by various pressures – which, unfortunately, do exist – and to take their decisions according to the law and their own conscience, as for an honest man to make a just decision a sufficient point of reference is his own conscience. The whole of Serbia depends on their honesty and dignity. The Constitutional Court must not forget that the guardian of the Constitution has to decide according to the measure of the Constitution, and not according to the changing politics and passing politicians. It is obliged to this also by half a century of our tradition. The constitutional moral duty requires from the president of the Republic, as an immediate representative of the citizens of the Republic of Serbia, to support the Constitutional Court in accomplishing this task. When taking

office of the president of the Republic, I took an oath that I would dedicate all my energy and authority to achieving that the Constitution and laws of this state are respected. This oath, not only symbolically, and not only today, I am taking also now, in front of you, on this solemn occasion, paying due respect to, and honouring and supporting the Constitutional Court in its work, the first among us to whom the respect of the Constitution is the most important duty.

I congratulate you on this important jubilee and I wish you success in your further work.

III

**CONFERENCE INVITEES
ON THE CONSTITUTIONAL
COURT OF SERBIA**



Invitees and participants in the Conference



The Conference Invitees - Gianni Buquicchio, Michael Davenport,
Peter Burkhard and Dr. Stefan Pürner

Gianni Buquicchio
President of the Venice Commission

Mr. President of the Republic of Serbia,
Mr. President of the Constitutional Court of Serbia,
Honourable presidents and judges of Supreme and Constitutional
Courts,
Excellencies,
Ladies and Gentlemen,

It is a great pleasure for me to be here today with you. It is always good to come to Belgrade, to meet friends, and this is all the more the case when it is an important jubilee.

Constitutional justice in your country has a long history, and since 1963, the Constitutional Court of Serbia is part of this history. The Constitutional Court of Serbia can look back in history to difficult times, but it can be proud of a number of courageous decisions, sometimes in delicate matters. I am pleased to inform you that the Venice Commission maintains a copy of the database of decisions of Yugoslav constitutional courts, and we are thus one of the guardians also of the history of your Court.

Constitutional justice in Yugoslavia was always open towards European countries. Already in 1972, the Constitutional Court of Yugoslavia was one of the founding members of the Conference of European Constitutional Courts, together with the Constitutional Court of Austria, Germany and Italy. Today, the Constitutional Court of Serbia is a member of this prestigious conference, as well as the World Conference of Constitutional Justice. Especially since individuals can directly appeal to the Constitutional Court of Serbia, your Court also took important decisions that have shaped your country and that have improved independence of the judiciary in Serbia.

Today your Court celebrates its 50th anniversary, but it is also ten years that Serbia became a member of the Council of Europe and, at the same time, of the Venice Commission. During these ten years, we were able to develop a fruitful cooperation with Serbia, in general, and with your Constitutional Court, in particular. The Venice Commission was pleased to assist your Court when we gave an opinion on draft amendments to the Law on the Constitutional Court, the aim of which was to enhance its capacity to deal with a high number of constitutional complaints.

Mr. President, constitutions differ from country to country, but they are founded on the same principles, like the separation of powers, checks and balances, judicial independence and the protection of human rights. Legal arguments that are built on these principles can easily travel from

country to country. Judicial dialogue is what the Venice Commission facilitates, since its establishment. We enable cross-fertilisation of constitutional courts through seminars and conferences, but also through the bulletin on constitutional case-law, the CODICES database, and our Venice Forum. I am pleased that your Court contributes actively to these tools, which enabled constitutional judges to take inspiration from the arguments used by their peers. By doing so, you helped to build a real European heritage of constitutional justice.

Ladies and gentlemen, sometimes constitutional courts have to take decisions which displease the other state powers, and I've seen cases in other countries where constitutional courts were punished for their decisions. I can assure you that the Venice Commission stands by constitutional courts, and supports them in various forms. When required, we will stand up for courts which come under pressure from other state powers. Unfortunately, we had to do this recently for your colleagues in Hungary, Moldova and Romania, in various forms, through opinions and public statements.

Mr. President, the topic you have chosen for this conference shows that while it has reached the age of maturity, the Constitutional Court of Serbia looks ahead in a dynamic way. It is time for stocktaking, but also to look forward to new horizons in a European context. Membership in the European Union is an objective in your country and it will bring about new challenges also for the Constitutional Court. I have no doubts that the Constitutional Court of Serbia will take up these challenges and remain the major tool to promote the supremacy of the Constitution, and thus of democracy, the protection of human rights, and the rule of law.

Michael Davenport

Head of the Delegation of the EU in Serbia

Respected Mr. President of the Republic of Serbia,
Respected President of the Constitutional Court Mr. Slijepčević,
Mr. President Buquicchio,
Your Excellencies,
Ladies and Gentlemen,

Thank you for inviting me to address this esteemed gathering on behalf of the European Union, on the occasion of celebrating such an important anniversary.

Fifty years since the Constitutional Court has been founded, in 1963, is by all means an important day in the history of the Serbian judiciary. The Constitutional Court was established as an independent body entrusted with a mission of protecting constitutionality and legality, as well as human and minority rights and freedoms in accordance with the supreme legal act – the Constitution. First, I would like to commend the decision that the Court be transferred to a new, befitting establishment, which appropriately reflects the position and significance of this institution. A strong constitutional court, well-balanced in its composition and with clearly defined jurisdiction, represents a good instrument for the protection of the rule of law and a guarantee of the respect of human rights, as the Venice Commission experts noted in one of their reports. I hope that the Constitutional Court will fairly soon increase its capacities in order to be able to more successfully process a great number of pending cases. More shall be said about your mission and work, successes and challenges, by all means, honourable judges and other esteemed guests, by the president of the Court. I would like to briefly refer to an important role that the Court has had in the protection of the principle of the rule of law, division of power and independence of the judiciary by means of constitutional review of laws and other acts, by which the protection of human rights guaranteed by the Constitution is achieved. The rule of law is of utmost relevance when it comes to the European Union. It is actually the pillar of modern democratic pluralistic society and constitutional democracy. Democracy that is the goal of us all, is not and may not be reduced to a simple reflection of the people's will. In a state that adheres to the principles of the Council of Europe, decisions have to be made in accordance with the law. It is a law-abiding system, in which no one is or may be above the law, that guarantees the equality of all before the law. The basic principles of the rule of law and division of power have been clearly defined, as well as the balance of mutual control of the three branches of

power. It has been clearly stated that the judiciary is independent. Hence, it is the role of the judiciary, including constitutional justice, to ensure that enacted laws are indeed implemented. Independent, fair and effective judicial proceedings are a guarantee that laws shall not be misused or be applied retroactively. By means of its work and decisions, the Constitutional Court fulfils a special controlling function in all areas of life. In its work, it has made numerous important decisions. I will mention some of them: in July it passed the first decision on a violation of the right to inviolability of physical and psychological integrity; then, there were decisions on a violation of the right to freedom of assembly and the right to judicial protection, on the need for respect of the principle of legality and obligatory judicial control when accessing the data considering communication between citizens, on a violation of the right to limitation and deprivation of freedom in criminal proceedings, on the prohibition of activities directed at breaching human and minority rights and incitement of national and religious hatred. The Constitutional Court has also established that a number of legal norms in important laws were not in compliance with the Constitution – these are the laws on advocacy, public prosecution, property taxes, military-safety agency and military-intelligence agency, data protection pertaining to natural persons, default interest rates, bankruptcy, strike, military insurance, citizen's income tax, obligatory traffic insurance, etc. Some of the Government's acts did not get a positive assessment considering their constitutionality and legality. These laws and acts regulate all parts of life and this clearly indicates an important role that the Constitutional Court has as a corrective mechanism. The respect of the constitution and law plays the key role in the European integration processes. This is the reason why the presentation of legal achievements of the Union, which took place last month in Brussels, started with chapter 23, which speaks about the judiciary and fundamental human rights. There are numerous international instruments, especially those coming from the Council of Europe, which define standards pertaining to independence of judicial power, as well as the basic mechanisms indispensable for its achievement. Independent judiciary has to be truly free from any influence of other branches of power, and it has to work in an unbiased, high-quality and efficient way. As it has been repeatedly noted in the reports of the Venice Commission and the Council of Europe, as well as in regular Serbia Progress Reports by the European Commission, the last of which was published yesterday, on 16 October, it is certain that on its way to Europe, Serbia needs to go through numerous reforms. Among other things, it shall be necessary to change the constitutional and legal framework for the selection of judges, in accordance with the objections expressed by the Venice Commission. By this, it would come closer to the European Union standards and independent judiciary, which would secure the best

protection of the rights of all citizens. In this, the Constitutional Court shall have a very important role, as well as our full support.

I congratulate you one more time on this important jubilee and I wish you much success in your further work.

Thank you for your attention.

Dr. Brigitte Bierlein

Vice-President of the Constitutional Court of Austria

The Conference of European Constitutional Courts Representative

Respected Mr. President of the Republic of Serbia,
Respected Mr. President of the Constitutional Court,
Your Excellencies,
Dear Colleagues,
Ladies and Gentlemen,

I would like to thank the Constitutional Court of Serbia, and especially the president of the Court, for asking me to participate in this important conference. It is my great pleasure and honour to be here today on behalf of the Constitutional Court of Austria, but at the same time also on behalf of the Conference of European Constitutional Courts, which is currently presided by the Constitutional Court of Austria.

That which unites us all is our dedication to the idea of constitutionality: the idea that all aspects of public authority have to be based on the constitution and act in accordance with the constitution, as well as that an independent constitutional court is a guardian of the constitution and a guarantee of constitutionality.

The development of constitutional review in Europe resulted in growing importance and quicker development of cooperation between constitutional courts by means of exchange of their case-law, opinions and decisions. In support of this conclusion is also the fact that constitutional courts now more often organise themselves into regional and linguistic conferences and associations.

In this sense, the Conference of European Constitutional Courts has an exceptionally important task. In the course of its several decades of existence, this Conference has evolved from a small exclusive group of constitutional courts to a forum of pan-European dimensions. It is political changes in 1989 and 1990s that lead to the formation of constitutional institutions in almost all of new-formed democracies, which very much contributed to the development of democracy and the rule of law.

One of the results of this positive constitutional development is that today there are constitutional courts and institutions of similar constitutional jurisdiction in 40 countries of Europe. They represent an important guarantee of democracy and the rule of law. This is an obligation of sorts which imposes, both on presidents and judges of constitutional courts, a high level of responsibility and it can often lead to tensions with other state institutions, such as the parliament or government.

The Conference of European Constitutional Courts sees as one of its main tasks to support the exchange of ideas on essential issues of public law among the Conference members, with a strong emphasis on the protection of human rights.

Besides, the Conference has to look after and support the protection and strengthening of independence of constitutional courts – its members, as an important element of the guarantee of full democracy and the rule of law. Solidarity between European constitutional courts, especially in situations when independence of their members can be endangered by political agents and other state institutions, is of the utmost importance.

In the course of the last two decades, the role of constitutional courts has changed. This is why the topic of today's gathering is of particular relevance.

The next Congress of the Conference of European Constitutional Courts, which shall be held next year in May, shall have a very similar topic: the framework and perspective of the cooperation of constitutional courts of Europe. It is my honour, respected Mr. President, to invite You, as well as the representatives of Your Court, but also all the presidents of constitutional courts which are present here, to the Conference that will be held in Vien, in 2014!

Today, however, I have the honour to congratulate You, Mr. President, as well as Your colleagues, on this special, 50th jubilee. As we have already heard, the Constitutional Court of Serbia is one of the oldest constitutional courts in the world. This is remarkable, and I wish You much success in the discharge of Your highly responsible duty in the service of democracy and the rule of law, and in the interest of further development of constitutionality within the European context!

Peter Burkhard

Ambassador of the OSCE Mission to Serbia

Honourable President of the Republic of Serbia,
Honourable President of the Constitutional Court of Serbia,
Honourable Presidents of other Constitutional Courts,
Honourable President of the High Judicial Council of Serbia,
Honourable President of the Commission of Venice,
Excellencies,
Ladies and Gentlemen,
Dear guests,

On behalf of the OSCE mission to Serbia, congratulations on the occasion of the 50th anniversary of the Constitutional Court. A constitutional court is an autonomous and independent state body, the role of which is to protect constitutionality and legality, as well as human and minority rights and freedoms. This basic framework in which your Court operates is enshrined in Article 166 of the Serbian Constitution. This Article lists the key values we celebrate today. First, the rule of law, constitutionality and legality, and second, upholding human and minority rights and freedoms. The same values are enshrined in the founding documents of our organisation. In the 1975 Helsinki Final Act, OSCE participating states committed themselves to promote and encourage an effective exercise of civil, political and other rights and freedoms, which derive from the inherent dignity of the human person, and are essential for its free and full development.

The Constitutional Court empowers Serbia to fulfil its fundamental OSCE commitments. Your decisions have touched upon many essential aspects of our mission's mandate. The decisions of the Court protected the constitutionally defined status of members of parliament, resulting in the abolishment of the dubious practice of so-called blank resignations. The Court defended the freedom of the media, when it deemed that amendments to the Law on Public Information prescribed excessively high fines. The Court acted to protect citizens' constitutionally guaranteed right to privacy when it deemed that the earlier decision of the courts can restrict this right. The Constitutional Court has issued decisions in relation to the independence of the judiciary. Regarding the latter a few words: creating an independent judiciary, and ensuring conditions in which judges can carry out their work independently, remains one of Serbia's greatest challenges. The contribution of the Constitutional Court to upholding the principle of independence and interpreting it in practice, is fundamental. Certainly, this is not an easy task, having in mind that the Constitution itself also sets

conditions which compromise the independence of the judiciary and its judges. As you have said before, this needs to be addressed as a priority.

Back to the Constitutional Court. The role of the Constitutional Court is the bedrock of a functioning democratic state. Its strength comes from creating a record of strong decisions to protect civil and human rights of your fellow citizens. You must build the Court's reputation by exercising your independence, protecting it strongly, and making sound and timely decisions on the many cases brought before you. Article 166 of the Constitution mentions the values you uphold. It also guides how you perform this task. Serbia's Constitution declares that the Constitutional Court is an autonomous and independent state body. It does so in order to ensure that the court judges adjudicate cases strictly in accordance with the law and free from political and other undue influences. During these times of significant reforms, and continuous changes to service legal framework, your work is more demanding, but it's vital. Your independence and integrity are the key to Serbia's progress. I wish you a great success for the work in the next 50 years, and beyond.

Dr. Stefan Pürner

Head of the IRZ Division for BiH, Macedonia, Montenegro and Serbia

Respected President of the Republic of Serbia, Mr. Nikolić,
Respected President of the Constitutional Court, Mr. Slijepčević,
Respected Presidents and judges of other constitutional courts,
Excellencies,
Dear colleagues,

It is indeed my honour and pleasure to be able to greet you on behalf of the German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ), which has for years had a good cooperation with the Constitutional Court of Serbia, among other things, also on the occasion of introducing the constitutional appeal in the legal order of Serbia.

The IRZ congratulates the Constitutional Court on half a century jubilee. I am the last one to speak, so much has already been said on the role of a constitutional court and the rule of law in general, as well as on the role and functions of the Serbian Constitutional Court, hence all that is left to me is to extend my heart-felt thanks to all co-organisers of this Conference, the German Ministry of Foreign Affairs, which finances our work, therefore also our cooperation with the Constitutional Court of Serbia, out of the sources of German contribution to the Stability Pact for South Eastern Europe, as well as to all the Constitutional Court judges and associates, and especially to President Slijepčević, for pleasant partnership relation and cooperation and to wish this Conference much success, good discussions, rich exchange of experiences and successful future work to the Constitutional Court.

IV

**PAPERS ON THE
CONFERENCE TOPIC**



Working part of the Conference



President of the Constitutional Court of the Russian Federation Dr. Valery Zorkin

CONSTITUTIONAL JUSTICE – POSITION AND PERSPECTIVE

From the historical perspective, the Austrian Constitutional Court – established by the republican constitution as of 1 October 1920 – was the first separate constitutional court worldwide, specialised in constitutional matters.¹ The most important achievement was that the power to assess the constitutionality of statutes and to repeal them in case of their unconstitutionality was concentrated and monopolised with an institutionally independent court, specialised in constitutional questions.

This constitutional innovation was essentially influenced by the prominent Austrian legal scholar Hans Kelsen. At that time, Kelsen's concept did not gain much recognition. Only after World War II, the Austrian model of constitutional justice set a remarkable, internationally accepted example. Initially, the constitutions of Italy and the Federal Republic of Germany provided the establishment of constitutional courts, those of Turkey, Spain, Portugal and France followed. Since the sixties of the past century, a kind of “socialist constitutional justice” existed in the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia as well as – in the eighties – also in Poland and Hungary, though based on principles foreign to the nature of Kelsen's concept. However, this kind of specific constitutional justice was qualified to evolve into a “real” constitutional justice, as was the case in the successor states of ex-Yugoslavia.²

After the political changes in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989 and 1990, after the fall of the Iron Curtain and the breakdown of the Soviet Union, a large number of constitutional courts came into existence in the newly established European democracies. Subsequently, the idea of constitutional justice spread rapidly all over the world.

1) At the same time, even some months earlier, a constitutional court was established in the Czechoslovak Republic, which, however, never gained any practical significance. In the Principality of Liechtenstein a constitutional court named “*Staatsgerichtshof*” came into existence in 1921.

2) László Sólyom, „Mythen und Wirklichkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit – am Beispiel ihrer Entwicklung in Mittel-, Ost- und Südosteuropa“, in *Verfassungstag 2011*, edited by *Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich* (Vienna: Verlag Österreich 2012), p. 18.

The constitutional courts created after the fall of the Iron Curtain and the decline of the Soviet Union were confronted with the eminently important task to interpret the respective new constitutions. The most demanding challenge constitutional justice had to cope with during these times of transition from dictatorship or authoritarian regime to the democratic rule of law state was the constitutional handling of the change of the political system as such. Special problem areas formed the coming to terms with the past in the field of criminal law, questions of restitution and compensation with regard to property rights as well as the interpretation of constitutionally guaranteed fundamental rights and the possibilities of their limitations.

At that time, also the determination of the constitutional courts' position within the structure of the state's constitutional organs was of decisive significance, culminating in the pivotal question which institution should have the final say with regard to constitutional questions. As the political development during the past two decades in most of the transition countries shows, most constitutional courts there have successfully fought for a quite strong position.

The newly established constitutional courts made tremendous and courageous achievements: vested with limited powers and in the absence of relevant constitutional provisions, the Polish Constitutional Tribunal developed for instance – amongst others – without a legal basis, its power to review legal norms. Inconsistent with the Constitutional Court Act, the Hungarian Constitutional Court refused the review of draft bills because it did not consider this a task of a constitutional court. Almost all of the then established courts shaped their proceedings in a very creative manner.³

Motivated by the need for exchange of information and opinions, it was of great significance that the European constitutional courts began to organise themselves. In this context, primarily the Conference of European Constitutional Courts and the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) have to be mentioned. The high value of the Conference is self-evident. The Venice Commission – founded in 1990, shortly after the fall of the Berlin Wall – considered it as its main task to provide technical legal advice at times of revolutionary political transitions in which constitutional reforms had priority. Since then the Venice Commission has evolved into a highly esteemed advisory body in the field of constitutional law. Amongst others, the Commission plays a leading role in assisting states to elaborate constitutions in line with European standards.

Well, how will constitutional justice further develop?

One thing is to be expected: The exchange of experience, opinions and ideas as well as the co-operation between individual constitutional courts will gain even more significance.

3) *Ibid.*, pp. 22-23.

This is because constitutional courts in Europe are to an increasing degree confronted with the phenomenon of internationalisation. There is a need for harmonising the Europeanization of the respective national constitutional law on the one hand, and the constitutionalisation of European law on the other. National law and international law do no longer exist side by side but are more and more connected with each other. The coaction of legal norms of different origin increasingly influences the constitutional courts' case-law.

The role of constitutional courts is no longer restricted to the interpretation of national constitutional law in isolation. The impact of European law on constitutional law and the mutual influences between European law and national law have increased considerably in recent years. This applies first and foremost for the field of fundamental rights where the European Convention on Human Rights plays an eminently important role, but also to other aspects of constitutional law which are influenced by international conventions, particularly those concluded in the framework of the Council of Europe. Examples to be mentioned in this context are the European Social Charter, the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) as well as the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine. In addition, the constitutional courts of the member states of the European Union are confronted by the additional legal stratum of European Union law, characterised by a strong dynamic impact and unconditional mandatory application.

Against this background, constitutional courts fulfill an intermediary function of constantly growing significance which ultimately results in a strengthening of the rule-of-law principle not only at national but also at European level.

The decisions of constitutional courts also influence court judgments at European level to a considerable extent. National solutions, particularly in the field of fundamental rights, may have model character for European solutions. Whenever national solutions are acknowledged in European decisions, which will then inform decisions taken by national courts in other states, this constitutes a mutual influence between constitutional courts, with European courts acting as intermediaries and catalysts.

Additionally, the mutual impact of constitutional courts has become noticeably stronger since the beginning of the nineties of the past century. Constitutional courts cooperate at bilateral and multilateral levels and increasingly turn their attention to judgments of other constitutional courts in order to find solutions for national problems that have already been developed elsewhere.

There are also signs of a growing mutual reception between the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the

European Union (CJEU). A main contributing factor to this process is the development of the international law framework. The CJEU and the ECtHR make regular reference to each other's rulings, the ECtHR basing its interpretation of the rights secured by the Convention on the Charter of Fundamental Rights, and the CJEU invoking decisions by the ECtHR for determining the substance of general principles of law as well as, in the recent past, for its interpretation of fundamental rights provided by the Charter.

Also the next Congress of the Conference of European Constitutional Courts, which will take place in Vienna next year, will deal with these tendencies and perspectives. It is with great interest that I look forward to these exciting developments!

Abstract

The Austrian Constitutional Court, established in 1920, was the first institutionally independent court, specialized in constitutional matters. After World War II more constitutional courts based on the Austrian model came into existence. Especially after the political changes in Europe in 1989/1990, a large number of constitutional courts emerged in the new democracies. They soon communicated at bilateral level and in the framework of the Conference of European Constitutional Courts and the Venice Commission, and organised themselves later in regional or linguistic groups. Considering the further development of constitutional justice, the exchange of experience as well as the cooperation between constitutional courts will gain increasing significance. Today, mutual influences between European law and national law have increased considerably: European Conventions have an effect on national constitutional law. Constitutional court decisions not only directly influence judgments of other constitutional courts, but also court judgments at European level which will then inform decisions taken by national courts in other states. Many constitutional courts are additionally confronted by the impact of EU law. These eminently important tendencies and perspectives will also be analysed at the XVI Congress of the Conference of European Constitutional Courts which will take place in Vienna in May 2014.

Dr. Valery Zorkin

President of the Constitutional Court of the Russian Federation

CONSTITUTIONAL JUSTICE OF COUNTRIES OF THE NEW DEMOCRACY: CHALLENGES AND PROSPECTS

1. Constitutional Justice of Countries of the New Democracy as a Necessary Element of the European Legal Order

It is significant that before collapse of the “socialist camp” specialized judicial bodies of constitutional control were created only in three countries of Eastern Europe, and exactly in those whose territory fully or partly formed part of Austro-Hungary. The first constitutional court in the Eastern Europe appeared as far back as in 1920 in Czechoslovakia, in the homeland of the prominent Austrian lawyer, founder of the institution of constitutional justice Hans Kelsen. The Czechoslovak Republic is considered as the second (after Austria) country of the world having formed specialized body of constitutional control. For a number of reasons the Constitutional Court of Czechoslovakia discontinued its activity already before the World War II. In the end of the 60s of the last century creation of the Constitutional Court of the CSSR and the constitutional courts of the Czech and Slovak Republics was fixed in the constitutional acts of the country. However, in reality these courts were not created right up to the “velvet revolution” of 1989.

One more country having had the experience of constitutional justice was Yugoslavia. And although bodies of constitutional justice were created there more than 40 years later than in Czechoslovakia (in 1963-1964), by virtue of the peculiarities of the Yugoslav model of socialism they functioned sufficiently successfully in the course of the socialist period of the country’s development.

In Poland, the suggestions to create constitutional justice were first officially advanced in the course of a constitutional reform, which was not realized in 1926 (true, they then did not get practical embodiment). And only in 1985 the Constitutional Tribunal was set up in the country, whose activity at that period strongly depended on the Sejm by virtue of absence of the separation of powers within the framework of the Soviet model of State structure.

Estonia stands aloof in this row, where in 1920-1940 the functions of constitutional control were performed by the higher judicial body of the country – the State Court. True, it was destined for settling disputes between subjects of power rather than for carrying out constitutional justice in the broad sense of this word. It is worth mentioning that suggestions to create the State Court as a body of constitutional control in the 30s were brought in by the parliaments of Latvia and Lithuania, but at that period these ideas did not find support.

In other countries of Eastern Europe (especially of the post-Soviet expanse) any experience of constitutional control was absent right up to proclamation of the course to democratization in the end of the 80s – beginning of the 90s of the last century. But the example of Yugoslavia and Poland, which managed to create and preserve effectively functioning institutions of constitutional control in the conditions of authoritarianism, had without doubt great importance for the preparation of current democratic transformation of post-socialist states.

In the course of democratic transformations special bodies of constitutional justice were created also in Albania, Armenia, Azerbaijan, Croatia, Czechia, Georgia, Hungary, Kyrgyzstan, Latvia, Montenegro, Poland, Romania, Russia, Serbia, Slovakia, Slovenia, Macedonia, Ukraine.

In the countries of the former “socialist camp” constitutional control has become an important part of their legal systems. I would like to say *inalienable* part, but sadly one can not say so for the time being. As is well known, in 2010, in the course of the revolution in Kirgizia, the Constitutional Court was dissolved, and with adoption of the new constitution it was completely abolished. These are the realities which have to be taken into account when speaking about challenges which constitutional justice of the countries of new democracy collides with and about prospects of the development in this field.

Common problems standing before bodies of constitutional control of the post-socialist states induced to create in 1997 such consultative institution as the Conference of Constitutional Courts of the Countries of *Young Democracy*, which in 2011 was renamed as the Conference of Constitutional Courts of the Countries of *New Democracy* (therefore, hereinafter in my exposition I shall use exactly this term). As follows from the joint communiqué of the countries-founders of the Conference, the main task of discussions held by its participants is taking into account peculiarities of the transitional period in the formation of effective system of constitutional control by way of permanent exchange of experience and consultative cooperation. The whole number of events has been held already on actual topics of coming-to-be and development of constitutional control.

Analysis of the materials of these conferences allows to make conclusions that at a certain degree of unity in the approaches to the understanding

of the tasks of constitutional judicial proceedings there are significant differences in concrete filling of the right to constitutional complaint, in the treatment of powers of constitutional courts in resolution of some or other questions (first of all, such as protection of electoral rights, verification of acts of local self-government, consequences of a constitutional court's decisions for reconsideration of cases considered by courts of general jurisdiction etc.). The materials of the All-European Conference in Yerevan (Armenia), held on 4th July, 2013, where the topic "Judicial Control of Laws and Other Legal Acts by Independent Judicial Bodies: the Experience of Various Countries in the Field of Implanting Effective System of Constitutional Control..." was discussed, testify to it, as well as the materials of the International Scientific and Practical Conference in Kiev (Ukraine) "Protection of Human Rights by Bodies of Constitutional Jurisdiction: Possibilities and Problems", held in September, 2011 with participation of representatives of bodies of constitutional jurisdiction of almost 20 countries of Europe.

One of the most important results of democratic transformations in the countries of former "socialist camp" has become the circumstance that in the majority of them mechanisms of constitutional justice were created, based on the so called "Austrian" ("Kelsenian") model. This model contemplates the presence of special bodies of constitutional justice and the right of a citizen to lodge constitutional complaint. Movement in this direction testifies to the aspiration of post-socialist states to maintain those models of Western constitutional justice which most fully meet the requirements of modern constitutionalism as theory and practice of restricting State arbitrariness in order to ensure individual freedom.

From this visual angle exactly (i.e. in the context of requirements of modern constitutionalism) one should, in my view, speak in this audience about some common regularities and peculiarities in the coming-to-be and development of constitutional courts in the countries of new democracy, our common difficulties, achievements and failures and, finally, about the contribution of constitutional justice of the new democracies into theory and practice of European constitutionalism.

As far as *common legal problems* standing before bodies of constitutional control of states, forming part of the group of countries of new democracy are concerned, they are to a significant extent determined by such objective difficulties of the transitional period as:

- disbalance of the system of separation of powers, not infrequently accompanied by obviously expressed conflict between legislative and executive branches of power, and in some cases – judicial too;
- deficiencies of the legislation, fraught with violation of constitutional rights and freedoms;
- undeveloped character of parliamentarianism, most strikingly manifesting itself in neglect of the position of parliamentary minority and

the interests of the groups of population standing behind it, as well as the problem of correlation of legal and actual legitimation of the representative bodies;

- insufficient conformity of national legislation to the universally recognized principles and norms of international law (and first of all – in the field of human rights);
- insufficiently worked legal base of constitutional justice (and first of all – lack or ineffectiveness of legal mechanisms guaranteeing execution of constitutional courts' decisions);
- unelaborated character of national constitutional-law doctrines.

In this situation all bodies of constitutional control of the new democracies are compelled to one or another extent to come out as arbiters in uneasy debates between legislative and executive branches of power, to dispute independence of the judicial authority in their decisions, to take upon themselves substantial commitments in working out constitutional-law doctrine, and the main thing – to strain very big efforts for perfecting national legislation in the course of its harmonizing with all-European legal expanse in the field of protection of human and civil rights and freedoms.

However, this common character of the problems should not mislead. The more time passes from the period of collapse of the State socialism, the weaker becomes influence of communist past uniting these countries and more noticeable becomes *the role of factors of geopolitical character*, which predetermine significant cultural and civilization differences among them, revealing themselves in the field of constitutional control as well.

Geopolitical analysis contemplates consideration of such factors as geographic location of different countries, their spatial extent, natural resources, structure of productive forces, social structure of the society, standard of living of the population, demographic situation, national and religious traditions etc. Not delving deeply into the analysis of this kind, I shall only say that important *differences in the nature of a constitutional act adopted in one or another country* depend on these factors. I mean first of all, to what extent new constitution of one or another country was and still remains the result of social consensus, and to what extent it comes out as an instrument of transformation of social relations in accordance with the model suggested by the most influential part of the ruling elite. And this, in its turn, predetermines peculiarities of constitutional-law development of different states united by the notion “new democracies”, including peculiarities in the activity of bodies of constitutional control.

It is evident that in countries where constitution was adopted in the situation of a pronounced social split additional loading falls on bodies of constitutional control in order to preserve legal and political stability, ensuring of the integrity of the country and the security of the State. For instance, in Russia adoption of the Constitution took place as a result of political

crisis, in its tenseness close to a small civil war and bearing in itself quite a real threat of destruction of statehood. In the course of the first 10 years of the Constitution's operation exactly the socio-political split and interethnic conflicts, fraught with disintegration of the State, constituted the largest danger for the country. Since if all other, though very serious threats and challenges (such as growth of poverty and sharp social inequality, merger of power and property as a result of unlawful privatization, corruption, decline of technological infrastructure, aggravation of ecological problems etc.) can be outlived and overcome, disintegration of the State is irreversible. And meanwhile the liberal principle "not a human being for the State, but the State for a human being" contemplates that the State not simply lasts out, but is an institution able to effectively protect the rights of its citizens.

The Constitutional Court of Russia proceeded exactly from these ideas while taking decisions crucial for the country in the so called CPSU case, when in a very uneasy political situation a compromise was found between the positions of the confronting parties. Another equally fateful decision of the Constitutional Court, determined by search of legal compromise, was judgment in the case of review of normative-legal acts connected with restoration of constitutional legality on the territory of the Chechen Republic. In both cases the Constitutional Court was compelled to look for a very uneasy balance between the ideal legal principle and reality which formed itself, i.e. to strive for an *optimal* decision which would represent the maximum possible realization of the ideal principle in the given *real* concrete historic conditions.

I want to emphasize that solution of this problem common to all legal systems has specific character in the countries of new democracy, connected with concrete historic peculiarities of their development in the conditions of difficulties of the continuing transitional period. We, as judges of the constitutional courts working in these conditions, realize that the ideal fixed in the constitutions, introduced relatively recently and bearing in itself an imprint of a protest against dominants of the previous period, is not really suffered and crystallized in centuries for our countries (in contradistinction to many countries with a long history of constitutionalism), and therefore, alas, does not reflect the really formed social picture. The attempt to make it appear that social relations already conform to this ideal will only increase the actually existing gap between the due and the real and threatens to cause the society to fall into abyss of legal chaos. The task of a constitutional judge is to overcome this gap gradually, but undeviatingly, finding optimal decisions and thereby ensuring approaching of the "real" to the "ideal", possible in the present conditions. On this track the constitutional justice must pilot a vessel named "Constitution" between Scylla of legal idealism and Charybdis of political conformism, equally dangerous for the survivor of constitutional system based on the principles of legal and social State.

2. The Problem of Delimitation of Competences with the Supreme Courts

The contemporary period in the development of bodies of constitutional control on the whole world expanse is accompanied by conflicts of competence and search of the new forms of interaction with traditional “counteragents” on the one hand, and new forms of activity on the other. In the presence of several subsystems (“branches”) of judicial authority in the State intersections of the fields of activities arising from time to time are inevitable. But at present the problem is aggravated by the fact that the competence of courts established primordially at their creation extends in a natural way, including at the expense of judicial activism and perception of courts as creators of the law.

In the former countries of the socialist block, by virtue of common peculiarities of the development of the structure of State institutions, including the judicial system, the role of the supreme courts of general jurisdiction in maintenance of rigid vertical line of the judicial system was traditionally strong. It received its embodiment, in particular, in issuing guiding explanations by the plenums or other higher bodies of the supreme courts, which *de-facto*, and often *de jure* were obligatory for execution by all lower courts. This phenomenon has in many respects preserved its force at present as well, despite radical changes in the legal systems as a whole, as well as in the structure and principles of activity of the judicial systems. Hierarchic character of the judicial systems expresses itself in rigorous following the instructions of the higher courts by the lower ones and practical impossibility of deviation from them even in the presence of other, admissible within the lawful limits, appraisal of the circumstances of a case by a lower court.

Second problem engendered by this tendency is that such judicial practice actually forming itself often changes the sense and spirit of a norm of law and the primordial idea of the legislator. In such cases one can speak about alteration of the primordial content of a legal norm and sometimes about appearance of a principally different norm. The problem, however, is that if in respect of a norm of law mechanism of constitutional control and relevant procedure are envisaged, in respect of the guiding instructions of the supreme courts, in essence often introducing new legal regulation, no control procedures are envisaged.

The task of the constitutional courts here is to ensure realization of the primordial idea of the legislator in its constitutional-law context. Therefore, *de facto* such formed law-applying practices (and in essence altered legal regulation) may in certain conditions become the matter of analysis by the Constitutional Court of Russia, although national legislation envisages no possibility of review of constitutionality of the acts of other higher courts, which explain content and procedure of application of legal norms.

Having collided with such a situation in its practice, the Constitutional Court of Russia proceeded from the following: adoption of a law is ensured by the legislatively regulated procedure (sufficiently protracted in time), in the course of which there is a possibility of consideration and concordance of various social interests, appropriate introduction of the new norms in the context of the operating legal regulation and legal procedure of control of constitutionality. At the same time, nothing similar is envisaged for the judicial “quasi-norms”, and the regulation, legal in its essence, falls out of any institution of checks and balances at all, being the product of extremely fast legal analysis, sometimes too tied to a concrete situation. Taking decision on the possibility of constitutional-law appraisal of this kind of explanations of the higher judicial bodies, the Constitutional Court of the Russian Federation analyses their connection with the primordial idea of the legislator and proceeds from the need to ensure the level of protection of rights and freedoms of citizens from violation similar to the one established for the norms of law. And here the experience of our colleagues was minutely studied, including in the countries of Eastern and Central Europe, in particular of the Constitutional Court of Hungarian Republic having collided with this problem as well.

3. Peculiarities of Protection of Constitutional Rights and Freedoms in the Concrete Historic Conditions of Transition to Legal Democracy

I think I shall hardly be mistaken if I say that protection of the *political rights of citizens* represents the greatest complexities (I mean complexities connected with search of optimal legal solutions). In any event, this is the way it is in Russia. We very well understand that political rights are the basis for the creation of institutional guarantees of realization of all other human and civil rights and freedoms. But too hurried steps towards the maximum full guarantee of these rights in accordance with adopted European standards, not taking into account concrete historic realities, can lead to directly opposed results. I would like to refer to consideration of the case on review of constitutionality of a norm of the law not admitting creation of political parties on the signs of religious belonging by the Constitutional Court as an example of circumstances which one is compelled to take into consideration in the course of search of an optimal legal solution. Having recognized constitutionality of this norm, the Court proceeded from the fact that if in the countries of Western Europe (with their traditional and still remaining mono-confessional and mono-national structure of society, and the main thing – with their developed traditions of religious tolerance and pluralism) existence of political parties including definition “Christian” in their name is quite possible, in modern Russia the situation is different. Russia is primordially multinational and poly-confessional country, living at present

through a very complicated transitional stage of her development, characterized, among other things, by harsh aggravation of religious fundamentalism and xenophobic moods. Here introduction of differentiation on religious sign in the field of political struggle for power is fraught with split of the society into national and religious components. And this will inevitably lead to detriment of the security of the State, and therefore – to violation of the rights of its citizens. In order to understand the whole complexity of the situation, it is necessary to consider the fact that, according to the data of the last all-Russian population census, 193 ethnic communities adhering to very different religious views live in our country.

Another group of rights, in the constitutional-law protection of which the specifics characteristic of Russia and other post-socialist countries manifests itself, are *socio-economic rights*.

There is a task before bodies of constitutional control of these countries to contribute to the formation and strengthening of legal institutions of market economy through the protection of the right to private property, freedom of contract and the right to free entrepreneurial activity. And at the same time there is an insistent need of particular attention (I would even say “particularly cautious attitude”) to the protection of social rights. This is determined not by the survivals of socialist past and not even by relatively low living standard of the majority of citizens, but by the necessity to correct distortions in privatization of socialist property, to ensure the level of social justice maximum possible in the present conditions and preservation of socio-political stability. In contradistinction to Western Europe, where coming-to-be of the market socio-economic system was realized in centuries, in the post-socialist states abrupt change in property relations was carried out, privatization, unprecedented in its scale and pace, being its initial point. At this not infrequently not only basic norms of the law and morals were broken, but also legislation operating in one or another country. Unfairness of the conducted privatization is the most painful problem for our societies. In different countries of new democracy it reveals itself in different degrees, which in many respects depends on the chosen model of privatization. I think I will not be mistaken if I say that in Russia this problem is particularly sharp.

The Constitutional Court of Russia sees its contribution to the resolution of this problem first of all in the protection of social rights of those sections of the population, who found themselves cut off from the processes of privatization of our common socialist heritage. The Court understands protection of such rights not as State charity, dictated by considerations of political or moral character, but as realization by social State of its duty to ensure to most weak members of society equality of starting opportunities in realization of basic rights and freedoms by them by way of respective compensatory mechanisms.

This is not an easy task, because in the conditions of financial and economic crisis the State has great temptation to regard interests of economic development as of paramount importance. But the Constitutional Court of Russia consistently directs its efforts towards fighting social rights of citizens and restriction of economic power of the elite and, as a matter of fact, impels the legislator to reforming of social legislation in this direction. In our view, such an approach makes for ensuring legal fairness and, accordingly, strengthening of socio-political stability, so important for the country. The judges of the Constitutional Court pay serious attention to elaboration of the legal doctrine orientated at optimal combination of the principles of the law-governed and social State.

The problem of social rights stands sharply at present before all legal systems having chosen the model of social State as a basis of interrelations between the State and the citizens. One of the central questions which constitutional courts are compelled to collide with is the possibility of court protection of social rights and their real filling. This question, as is well known, has not been solved in theory and caused not a few disputes when adopting the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

In Russia, the key social rights are regarded as fundamental, and equally with other rights and freedoms are fixed in the Constitution (including protection of family, maternity and childhood, right to social security, right to a home, right to health protection and medical care, freedom of labour etc.). All rights fixed in the Russian Constitution do not differ depending on the measures which the State must undertake for their realization or depending on the extent to which their court protection as subjective rights is possible. In this sense the approach is built up in the Russian Constitution other than that in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which has divided this group of rights in the rights proper (subjective, which enjoy court protection) and principles, which are addressed rather to the legislator than to the subjects of legal regulation, and which must be taken into account when holding socio-economic reforms with consideration of the possibilities of the State in particular historic context.

However, this division is not always realizable in practice, especially in the absence of differentiation in the law itself. From this various problems arise concerning overstated expectations with regard to the legislator in the field of social rights, as well as the problem of ensuring formal equality. In cases when the procedure of realization of some or other social rights is not prescribed in the law in a precise manner, the gap arises between lawful expectations of citizens and obligations of the State with regard to implementation of such social "rights-principles". The Constitutional Court is often compelled to fill in this gap. But the Court of course can not directly prescribe to the legislator, in what amount and how some or other rights must be realized; these decisions remain the legislator's prerogative, since

they require assignment of appropriate means from the budget, creation of respective mechanisms of infrastructure etc. On the earlier stage there were cases in the practice of the Constitutional Court of the Russian Federation when, having recognized citizen's right to concrete forms of social maintenance and social goods, the Constitutional Court collided with impossibility of execution of its decisions, because respective sums were not envisaged in the budget. Therefore, the task of the Constitutional Court is not solution of a particular social problem in its quantitative measurement, but determination of general directions and principles of realization of social policy.

But in cases when these rights are fixed in the law, control over their consistent realization and non-permission of their arbitrary abrogation becomes the task of the Constitutional Court. In particular, when the law envisages no particular model of realization of social rights, overstated expectations may arise in the population with regard to the possibility of instantaneous granting of respective goods. This problem becomes particularly sharp in the conditions of economic and financial crisis, when possibilities of the State to maintain the level of social security attained earlier are sharply reduced. Constitutional courts, after the legislator and executive authority, find themselves in a difficult position.

On the one hand, one of the basic principles of social policy, consistently fought by the Constitutional Court of the Russian Federation in its practice, consists in impossibility to arbitrary reduce the level of social protection attained earlier without any compensatory mechanisms. On the other hand, objective circumstances of financial and economic character sometimes hinder the preservation of this level. In such conditions it is important for the Constitutional Court to see the whole picture – not only those “fragments” of it which pertain to the protected rights proper, but also other protected interests connected with them (including on the macro-level) and stability of the economic system as a whole as the most important social good.

There is a whole number of problems common to us also in the protection of *personal human rights*. The interpretation of such a capacious constitutional-law notion as *personal dignity*, which is in the basis of the whole system of the inborn and inalienable human rights, represents the greatest complexity. In the constitutions of some new democracies (for instance, Poland, Art. 30) it is directly said that “human dignity is a source of human and civil rights”.

It is exactly for this reason that civilization peculiarities of legal culture of one or another country which on the level of law-comprehension manifest themselves in different correlation of human-centric and system-centric traditions of law-comprehension reveal themselves in the practice of the protection of this right most strikingly. Western European experience of legal filling of this historically changeable notion, embodied in universally

recognized principles and norms of international law, European legal standards and the decisions of the ECHR, has priceless significance for young democracies. Leaning on this experience, bodies of constitutional justice of the new democracies rectify the deformations of national legal systems, overcoming, as far as possible, resistance of the cultural and historic context.

However, not everything is so monosemantic in this question. Objectively determined “resistance of the environment” can not always be overcome without too serious (and sometimes simply unacceptable) negative consequences. Let me recall in connection with this, how sharp and mass in orthodox Serbia was the reaction to the gay-parade in Belgrade, permitted in accordance with the ECHR’s decision. This parade turned into a large-scale battle and mass riots which rolled across the country. There were many wounded and human victims. And the reasons were not at all in the activity of a group of “fascist elements”, as some European means of mass-media claimed. This was a mass social reaction of a significant part of the orthodox population which considered that national justice united with international justice in the person of the ECHR in unacceptable and sinful encroachment upon its basic values.

“Old” democracies, inspired by the ideas of liberalism, very actively move towards the protection of minorities of different kinds and not infrequently very resolutely ignore the objections of their citizens worried by the consequences of such decisions. One of the latest examples – the law adopted in May of this year and allowing unisexual couples to adopt children, which caused harsh reaction of the significant part of the French people. True, as opinion polls show, this significant part none the less constituted minority, although reached 37 %¹. However, it is not necessary to hold researches in order to say with confidence that in Russia (as well as in the whole number of new democracies) the overwhelming majority of the population will take up such position.

My questions to the implementation in Russia of some aspects of the Convention on the Rights of the Child just ratified by us are in the same row. Russian specialists are of the opinion that provisions of the Convention connected with obligatoriness of early sexual education of children can in our country cause sharp and categorical protests not only of the overwhelming majority of the believers of different confessions, but also of a huge part of temporal citizens, i.e. can provoke serious and long-term infringement of social stability. Which means that they will hinder, and not

1) According to polls data, 63 % of the French came out for the unisexual marriages (58 % considered that unisexual couples may adopt children), 37 % were against. And these 37 % were not going to surrender. Meetings against the law went on for 7 months during which it was considered in the Government, sometimes – every day (Marriage – It is Not About Love. How the Overwhelming Minority of the French Protested Against Unisexual Marriages. “Novaya Gazeta”, 14th June, 2013).

assist social, economic, State development of Russia, which domestic legal system is obliged to ensure.

I do not at all allege that it is necessary to be lead by public opinion. The Constitutional Court has demonstrated willingness to overcome the stereotypes of mass consciousness in such a principle issue as abolition of the death penalty. Owing to our two decisions the death penalty in Russia was not applied for many years, and at present is actually abolished: in 1999 we recognized as unconstitutional the possibility to pass death sentences until jury trials function in all regions of the country (they were absent in Chechnya), and in 2009 passed the decision which finally approved abolition of the death penalty. And this took place in the situation of not only manifestly expressed disagreement of the public opinion with such an approach, but also absence of ratification of Protocol No. 6 to the European Convention by Russia. I must say that this decision was not easy for the Court.

In connection with this I would like to note that in those countries of Europe, which we are offered to be equivalent to, coming-to-be of the modern legal systems took centuries, with gradual accumulation of legal novels in them, replying to changes in the society, with assimilation of the norms of the legal system by social masses. This was a process within the framework of which informal moral ideas about fairness gradually converged with formal requirements of norms of the laws. And in Russia, as in many other countries of new democracy, periodic attempt to start this process up and to lead it to the end has just started (if one bears in mind historical measures).

Therefore, judges of the constitutional courts of these countries are often compelled to ponder upon the question as to what extent it is permissible and to what extent it is not permissible to carelessly follow the liberal rushes of old Europe, regarding its legal experience as universal legal standards. If this problem is transferred into theoretical plane, it will draw the whole series of questions after it, including the questions of:

- optimal forms of taking foreign experience into account (by way of direct borrowing or dialogical interpretation);
- differences between a legal norm as a result of concordance of positions of all interested parties on the basis of formal equality and legal standard as a kind of unconditional model for imitation not subject to discussion and external for the new democracies;
- correlation between the notions of common European standards in the field of human rights and respective standards of the Council of Europe;
- the ways of strengthening of the principle of subsidiarity in the work of the ECHR and the bounds of the function of norm-control carried out by it etc.;
- the ways of resolution of contradictions between the decisions of the ECHR and the provisions of national constitutions.

4. Correlation of National and Supra-National Justice in the Context of Constitutional Identity

One of the main challenges of modern constitutional justice is the necessity of simultaneous solution of two sometimes hardly combined tasks: harmonization of one's own practice with approaches elaborated in the supra-national sphere, on the one hand, and protection of one's own constitutional identity, on the other. The problem of methodology of interrelations of national and supra-national norms stands today before all European legal systems. For a number of European countries belonging to new democracies this problem is aggravated by the circumstance that they belong simultaneously to two supra-national formations: to the Council of Europe and to the European Union. However, for countries not being members of the European Union this problem is extremely acute as well. The situation complicates itself by the fact that the questions of correlation of national and supra-national elements in the contemporary theory of law, both constitutional and international, have not been completely solved.

And although the countries of new democracy primordially adhered and continue to adhere to pro-European orientation in determination of the place and role of international norms in national legal orders, none the less they collide with a whole number of difficulties connected with search of approaches to delimitation of competencies of the national and supra-national bodies of justice and, accordingly, to determination of correlation of national and supra-national legal orders. Divergences between national and supra-national norms can take various forms, including divergences between the norms of international treaty and national law, international treaty and constitution, as well as interpretation of norms of international treaty by a supra-national body and of constitutional norms – by a constitutional court.

The first problem seems to be the most simple from the theoretical point of view, in any case in those systems where the priority of international treaty over the norms of national law is fixed in the legislation or is supported by judicial practice. It is another matter that here problems of procedural character arise: in the national legislation the body authorized to carry out review of conformity of a national law to international treaty (at fixed legal priority of the latter) is seldom indicated. If the question is of international treaty in the field of human rights and freedoms, sometimes such review is carried out by constitutional courts (for instance, in Austria, Switzerland, some Scandinavian countries and others). But in the classic model of competence of a constitutional court the latter can carry out such control only in the context of the review of constitutionality of a national norm; herewith the content of the constitutional norm enriches itself at the expense of the content of international treaty and the criteria of control at the expense of this becomes more volumetric.

The second variant of divergences between national and supra-national legal orders which bodies of constitutional control are compelled to collide with in today's reality is the contradiction between international treaty (or its interpretation given by a supra-national body) and the national constitution (or its interpretation given by a national body of constitutional control). Russia recently ran into such a situation: on 4th of July, 2013 the European Court of Human Rights passed the judgment in the case "Anchugov and Gladkov vs. Russia", in which the ECHR recognized breach of Article 3 of Protocol No. 1 (the right to free elections) in consequence of restriction of electoral right of persons convicted by a court sentence in Russian law. This judgment continues the ECHR's practice on issues of prisoners' right to vote, having received its development in the cases "Hirst vs. the United Kingdom" (No. 2) and "Scoppola vs. Italy" (No. 3), but it comes into contradiction with Section 3 of Article 32 of the Russian Constitution, establishing direct ban against participation in the elections for citizens kept in places of deprivation of liberty on court sentence.

Finally, relatively recently the Russian legal system collided with the third problem: different interpretation of the content of constitutional human and civil rights and freedoms in the practice of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. It is a question of consideration first by the Constitutional Court of Russia and then by the European Court of the well known case on the complaint of Markin, a military serviceman who asked for granting him 3-years nursing leave. In accordance with Russian legislation on military service, this right is granted only to women-military servicemen. The Constitutional Court did not find grounds to doubt constitutionality of norms establishing such "positive" discrimination. But later the European Court came to the conclusion that Articles 8 and 14 of the Convention were violated in the petitioner's respect. This case is not the only one in which divergences in the approaches of the Constitutional Court of Russia and the European Court of Human Rights to the content of the basic rights and the possibility of their restriction manifested themselves. Some more single examples can be named, although it is evident that their number is not comparable with the number of cases where the positions of the Constitutional Court and the ECHR coincide. But these few situations are also in need of elaboration of a mechanism of overcoming divergences; otherwise the principle of legal certainty and the very mechanism of protection of basic rights find themselves under threat: national courts, when clashing with such a conflict of interpretation, find difficulty in deciding as to which one of them is subject to application.

Obviously, situations when divergences take place between norms of an international treaty and norms of a national constitution having already

received interpretation of a national constitutional court represent the greatest complexity. In these cases exactly contradictions between national and supra-national legal orders reveal themselves in the most acute form.

Concerning divergences of this kind the following can be said. Pro-European orientation of the countries of new democracy in the question of determination of the place and role of international norms in national legal orders, noted by me above, does not revoke the priority of the constitution for national constitutional courts and legal system as a whole in the events when national constitution is able to ensure protection of human and civil rights and freedoms more fully as compared with respective norms of an international treaty.

Without consideration of this circumstance there is a threat of “dissolution” of constitutional control in the control of conformity to supra-national norms, pertinent both to EU’s law and the law of the European Convention. In countries forming part of the EU, national judge in this polyphony of legal orders has subsidiary instrument at his disposal: preliminary request with which he may turn to the European Court of Justice for preliminary review of any national norm as to its conformity to supra-national law. In many countries analogous procedures exist on the national level as well (these are procedures of appeal to bodies of constitutional control), and soon such a procedure will be introduced in the European Court of Human Rights (with entering into force of Protocol No. 16 to the Convention). However, such applications do not solve the problem of competition of the norms of national constitutions and supra-national law in questions connected with protection of human and civil rights and freedoms.

From the positions of this approach one can say that the problem of correlation of the European Convention and national constitutions is much more complicated and more many-sided than simply the problem of location of these acts in the hierarchy of sources of law. Interrelations between national and supra-national jurisdictions – with the object of full and effective court protection of human and civil rights and freedoms – may not have rigid “vertical” character. In these interrelations judicial instance as a source of legal “super-knowledge”, which has the final word in the questions of protection of rights and freedoms, the bounds of their restriction and the balance of private and public interests, is absent. The modern legal field of the Big Europe as a certain system of various interconnected legal orders – national, regional and all-European (in addition operating in the context of the global world order) – can hardly be represented as a rigid hierarchical pyramid of legal acts. Such hierarchy can not be seen even in much more integrated system as the European Union.

Readiness of different legal orders for cooperation and dialogue becomes the only constructive means to overcome divergences and to avert

legal conflicts. Such dialogue is built on understanding and acceptance of certain reservations concerning questions with regard to which other party is not willing to yield (it is, of course, the question of reservations appropriate only within the framework of general basic principles). Such “legal coexistence” is impossible in the conditions of subordination.

Dialogue between different legal systems is the only basis of their proper balance. The European Courts of Justice, for which respect for the national constitutional identity has become one of the principles of its activity, works in the course of exactly this approach. Effectiveness of the rules of the EU in the internal legal order in many respects depends on the respect of the European Union and its organs for national constitutional identity of the member states. Particular attention of supra-national bodies to the provisions constituting the “nucleus” of this constitutional identity reduces the probability of conflict between national and supra-national law. Such “constitutional nucleus” is formed by the norms on fundamental rights, as well as the norms on the fundamentals of the constitutional system guaranteeing them. In these issues, as a rule, constitutional sovereignty of states is preserved. Effectiveness of the whole European system of protection of rights and freedoms and further harmonization of the European legal expanse in this field to a large extent will depend on the success of this dialogue.

As applied to the expanse of the Council of Europe, the most important part in harmonization of national legal systems with norms of the European Convention could be played by perfection of law-making function of the ECHR, which with all its objective dependence on the processes of European legal integration and juridical globalization as a whole suffers from lack of democratic legitimacy. Our joint discussions of general problems and willingness to hear each other (i.e., in J. Habermas’s words, willingness to ensure not only publicity, but also audibility) is our feasible contribution to the formation of prerequisites for democratic legitimacy of the law-making activity of the ECHR in the spirit of deliberative democracy, i.e. democracy of rational discourse, discussion and search for compromise.

And in conclusion, in order to finish my report on a positive note, I want to underline that at all difficulties and problems connected with extension of the European legal expanse at the expense of entering of the countries of new democracy into it, our participation in this process gives important positive impetus to it and opens new prospects before it. First of all, it should be noted that already from the moment of their creation models of constitutional justice in the new states distinguished themselves by a maximum level of established guarantees of protection of constitutional rights and freedoms, introduction of the most wide possibilities of their realization, often even wider than in traditional “old” Western democracies, some of which only now come to the introduction of respective mechanisms, for instance, the right of a citizen to individual contestation of constitutionality of a normative

act applied in his concrete case². Thus, appearance of a new wave of constitutional justice predetermined the tendency of more dissemination of mechanisms aimed at individual subjective rights, dominating today in global scale.

It is also important to take into consideration the fact that our experience of protection of social rights to a large extent makes for the constitutional law as basic regulator of social relations to acquire more and more pronounced social measurement not only in all-European, but also in the global scale.

And finally, one can not but note that while the “Old Europe” moves along the way of *deepening* of legal fundamentals of State and social life, new democracies make for *extension* of the expanse of law. Certainly, extension contemplates first of all extensive development. But this development is carried out on the vanguard positions of fight for law, i.e. where one is compelled to overcome the greatest resistance of social environment. And this circumstance must be borne in mind when analyzing and assessing the activity of bodies of constitutional justice of new democracies from the point of view of high requirements of modern day constitutionalism.

Abstract

1. Constitutional Justice of Countries of the New Democracy as a Necessary Element of the European Legal Order

As a result of democratic transformations constitutional courts were founded in most of the countries of Eastern Europe. They are based on the so called “Austrian” model, which was founded by the forebear thereof – Hans Kelsen. This model contemplates the presence of special bodies of constitutional justice and the right of a citizen to lodge constitutional complaint. Movement in this direction testifies to the aspiration of post-socialist states to maintain those models of Western constitutional justice which most fully meet the requirements of modern constitutionalism as theory and practice of restricting State arbitrariness in order to ensure individual freedom.

On the one hand, we can bespeak the common peculiarities pertaining to constitutional development of all the countries of Greater Europe. *The rule of law, legal democracy, the priority of human and civil rights and freedoms – this is our common ideal and our common main line.* It is legally implemented in constitutions and in the activity of constitutional courts of all of the European countries.

2) France is meant here, where as a result of constitutional reform of 2008 mechanism of constitutional control was altered and citizens were for the first time granted the right to lodge individual complaint on constitutionality of a law.

On the other hand, we cannot disregard the historical, political, economic and socio-cultural context, which influences the constitutional development and, consequently, the activity of constitutional courts, with all the peculiarities thereof in any given country.

The problem of protection of constitutional human and civil rights and freedoms in the countries of new democracy is complicated by the fact that difficulties of the transitional period are overlaid with difficulties of the global economic crisis, which was faced by all the European countries. The future of legal democracy in countries of Eastern Europe directly depends on whether human and civil rights and freedoms are protected or not.

Constitutional courts are compelled to seek for a very uneasy balance between the ideal legal principle and established reality which formed itself, i.e. to strive for such an *optimal* decision which would represent the maximum possible realisation of the *ideal* principle in the given *real* concrete conditions.

The attempt to make it appear that social relations already conform to this ideal will only increase the actually existing gap between the due and the real and threatens to cause the society to fall into abyss of legal chaos. The task of a constitutional judge is to overcome this gap gradually, but un-deviatingly, finding optimal decisions and thereby ensuring approaching of the “real” to the “ideal”, possible in the present conditions.

This equally refers to the protection of political, socio-economic and personal rights.

Civilization peculiarities of legal culture of one or another country, legal traditions thereof reveal themselves in the practice of the protection of constitutional rights most strikingly. Western European experience of such protection, embodied in universally recognised principles and norms of international law, European legal standards and the decisions of the ECtHR, has invaluable significance for new democracies. Leaning on this experience, bodies of constitutional justice of the new democracies rectify the deformations of national legal systems, overcoming, as far as possible, resistance of the culture-historic context.

However, not everything is so monosemantic in this question. Objectively determined “resistance of the environment” cannot always be overcome without too serious (and sometimes simply unacceptable) negative consequences.

I do not at all allege that it is necessary to be lead by public opinion. The Constitutional Court has demonstrated willingness to overcome the stereotypes of mass consciousness in such a principle issue as abolition of the death penalty. Owing to our decision of 1999 the death penalty in Russia was not applied for many years, and at present is actually abolished by the decision of 2009. And this took place in the situation of not only manifestly expressed disagreement of the public opinion with such an approach, but

also absence of ratification of Protocol No. 6 to the European Convention by Russia. I must say that this decision was not easy for the Court.

In connection with this I would like to note that in those countries of Europe, which we are offered to be equivalent to, coming-to-be of the modern legal systems took centuries. With gradual accumulation of legal novels in them, replying to changes in the society. With absorption, perception of the norms of the legal system by social masses. This was a process within the framework of which informal moral ideas about fairness gradually converged with formal requirements of norms of the laws. And in Russia, as in many other countries of new democracy, periodic attempt to start this process up and to lead it to the end has just started (if one bears in mind historical measures).

Therefore, judges of the constitutional courts of these countries are often compelled to ponder upon the question as to what extent it is permissible and to what extent it is not permissible to carelessly follow the liberal rushes of Old Europe, regarding its legal experience as universal legal standards. If this problem is transferred into theoretical plane, it will draw the whole series of questions after it, including the questions of:

- optimal forms of taking foreign experience into account (by way of direct borrowing or dialogical interpretation);
- differences between a legal norm as a result of concordance of positions of all interested parties on the basis of formal equality and legal standard as a kind of unconditional model for imitation not subject to discussion and external for the new democracies;
- correlation between the notions of common European standards in the field of human rights and respective standards of the Council of Europe;
- the ways of strengthening of the principle of subsidiarity in the work of the ECtHR and the bounds of the function of norm-control carried out by it etc.;
- the ways of resolution of contradictions between the decisions of the ECtHR and the provisions of national constitutions.

2. Correlation of National and Supra-National Justice in the Context of Constitutional Identity

One of the main challenges of modern constitutional justice is the necessity of simultaneous solution of two sometimes hardly combined tasks: harmonisation of one's own practice with approaches elaborated in the supra-national sphere, on the one hand, and protection of one's own constitutional identity, on the other. The problem of methodology of interrelations of national and supra-national norms stands today before all European legal systems.

Obviously, situations when divergences take place between norms of an international treaty and norms of a national constitution having already received interpretation of a national constitutional court represent the greatest complexity. In these cases exactly contradictions between national and supra-national legal orders reveal themselves in the most acute form.

Concerning divergences of this kind the following can be said. Pro-European orientation of the countries of new democracy in the question of determination of the place and role of international norms in national legal orders, noted by me above, does not revoke the priority of the constitution for national constitutional courts and legal system as a whole in the events when national constitution is able to ensure protection of human and civil rights and freedoms more fully as compared with respective norms of an international treaty.

Without consideration of this circumstance there is a threat of “dissolution” of constitutional control in the control of conformity to supra-national norms, pertinent both to EU’s law and the law of the European Convention.

Readiness of different legal orders for cooperation and dialogue becomes the only constructive means to overcome divergences and to avert legal conflicts. Such dialogue is built on understanding and acceptance of certain reservations concerning questions with regard to which other party is not willing to yield (it is, of course, the question of reservations appropriate only within the framework of general basic principles). Such “legal coexistence” is impossible in the conditions of subordination.

Dialogue between different legal systems is the only basis of their proper balance. Particular attention of supra-national bodies to the provisions constituting the “nucleus” of this constitutional identity reduces the probability of conflict between national and supra-national law. Such “constitutional nucleus” is formed by the norms on fundamental rights, as well as the norms on the fundamentals of the constitutional system guaranteeing them. In these issues, as a rule, constitutional sovereignty of states is preserved. Effectiveness of the whole European system of protection of rights and freedoms and further harmonisation of the European legal expanse in this field to a large extent will depend on the success of this dialogue.

As applied to the expanse of the Council of Europe, the most important part in harmonisation of national legal systems with norms of the European Convention could be played by perfection of law-making function of the ECtHR, which with all its objective dependence on the processes of European legal integration and juridical globalisation as a whole suffers from lack of democratic legitimacy. Our joint discussions of general problems and willingness to hear each other is our feasible contribution to the formation of prerequisites for democratic legitimacy of the law-making activity of the

ECtHR in the spirit of deliberative democracy, i.e. democracy of rational discourse, discussion and search for compromise.

* * *

And in conclusion, in order to finish my report on a positive note, I want to underline that at all difficulties and problems connected with extension of the European legal expanse at the expense of entering of the countries of new democracy into it, our participation in this process gives important positive impetuses to it and opens new prospects before it. One cannot but note that while the “Old Europe” moves along the way of *deepening* of legal fundamentals of State and social life, new democracies make for *extension* of the expanse of law. Certainly, extension contemplates first of all extensive development. But this development is carried out on the vanguard positions of fight for law, i.e. where one is compelled to overcome the greatest resistance of social environment. And this circumstance must be borne in mind when analysing and assessing the activity of bodies of constitutional justice of new democracies from the point of view of high requirements of modern day constitutionalism.

Prof. Dr. Olivera Vučić

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

Prof. Dr. Dragan M. Stojanović

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

EUROPEAN MODEL OF CONSTITUTIONAL JUSTICE – ITS EXISTENCE AND PERSPECTIVE

European constitutional justice and its presuppositions

Constitutional justice in general implies the institutionalisation of a special judiciary intended for the protection and implementation of the constitution. Today, all political systems based on the rule of law start from the same premise of the supremacy of the constitution of a state over national laws and other regulations, establishing various ways, procedures and bodies to ensure this supremacy. Constitutional justice is an original institution of European continental law, intended, first of all, for the general supervision of sub-constitutional law, and secondly, for the special constitutional protection through specialised procedures of constitutional justice. The function of normative control of law has been centralised in one special body. The crucial novelty introduced by the Constitutional Court of Austria, according to Brigitte Birlein, Vice-President of the Constitutional Court of Austria, was that the competence of constitutional review of laws and their cancellation, in the event of their incompliance with the constitution, was now concentrated in one constitutionally independent and specialised court with exclusive jurisdiction over constitutional law matters, having a monopoly on them.¹

By the broadness of its reviewing and protective functions and competences, and by the legal power of its decisions, constitutional justice surpasses similar legal, political and judicial institutions which exercise control and protection as either their main or accessory task. In any case, most European countries today are familiar with the institute of a constitutional court, or a similar body, which is entrusted with the essential competence of constitu-

1) B. Birlein, *Verfassungsgerichtsbarkeit – Stand und Ausblick*, Internationale Konferenz anlässlich des 50-jährigen Bestehens des Verfassungsgerichts der Republik Serbien, 17 October, Belgrade 2013, p. 1.

tional control, or review of the constitutionality of laws, usually perceived as the main function of constitutional justice. May we, due to this, talk about a European model or a European standard of constitutional justice? In our opinion, wherever an explicit function of judicial normative control of sub-constitutional law and the examination of the constitutionality of laws is concentrated in one special constitutional body, it may be rightfully claimed that a model of judicial review of constitutionality has been adopted, which according to its main characteristics, is common to all constitutional justice.² As a matter of fact, in its most narrow sense, constitutional justice implies the exercise of the function of immediate application of the constitution to conflicting situations, as the highest ranked law of a state unit, which is obligatorily applied in the procedure of normative control of sub-constitutional law, parliament laws and government regulations, with a possibility of their annulment by a special body which belongs to neither legislative nor judicial branch of power, applying the procedures similar to the classical judicial interpretation and application of law. However, unlike the regular judiciary, a constitutional court is an institution which implements and directly applies only the constitution, and sometimes also international treaties, if they, as is the case in the Republic of Serbia, possess supranational force. In case of the European model, as A. Stone Sweet rightfully claims, „regular judges remain bounded by the supremacy of law within the legal order, while the responsibility of constitutional judges is to ensure supremacy of the constitution.“³

The most important presuppositions for establishing the constitutional function include the constitution, as the most important legal and political act of a state, and the general process in which constitutional justice is shaped – the work of the constitutional court itself.⁴ General presuppositions of constitutional justice, and this should apply to all constitutional courts, find their application not only in normative control, the most important competence of constitutional courts, but also in the rest of its competences, which are either derived from normative control, or close to it. Apart from instituting an independent constitutional court and a special legal quality of the constitution (its rigidity), and other indispensable formal and legal presuppositions for establishing the procedure of constitutional

2) By acquiring this competence in 2008, in the revised French Constitution of 1958, Constitutional Council also came closer to this model of constitutional justice.

3) A. Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy*, West European Politics, Vol. 25, No 1, 2002, p. 80.

4) Cf. Ch. Pestalozza, *Verfassungspozessrecht*, 3. Aufl., München 1991, S. 1-2. D. Stojanović, Premise ustavnog pravosuđa i njihovo ostvarivanje u praksi Ustavnog suda Srbije, the paper presented at the conference „50 Years of the Constitutional Court of Serbia“, held on 26 June 2013 at the Law School in Belgrade, the collection of papers „The Role and Significance of the Constitutional Court and the Protection of the Rule of Law“, Belgrade, 2013, p. 113 (and elsewhere).

review of legal norms, there are other requirements which are of substantive value for its functioning, such as: respect for political quality of constitutional adjudication, respect for its constitutional limits, its duty to remain loyal to the constitution and its integrity in each and every one of its decisions. This is especially true of „younger“ constitutional courts, but also of the Constitutional Court of Serbia.

Loyalty to the constitution, which for any constitutional court should be “self-explanatory”, has to be reiterated over and over again, especially due to a worrying tendency of politicians to, referring to allegedly ‘essentially altered constitutional reality’, declare the constitution, i.e. its parts or norms, anachronistic, an outdated document or a „legalistic fiction“ which, as an awkward impediment, should be simply ignored. By rejecting these political and instrumental qualifications of the constitution, a constitutional court is obliged to be, *in totum*, loyal to the constitution and to the constitution only. Loyalty to the constitution is, therefore, a common presupposition for all constitutional courts.

Outside the interests provided by the constitution, and those immanent to it, there must be no allegedly „objectively“ higher, superordinate, real or seeming national interest, value and goal due to which the constitution could be declared a „legalistic fiction“, nor could an obvious discrepancy of the Constitution and constitutional reality force the constitutional court to give up this presupposition. As long as the constitutional norm possesses the quality of the highest law in force, and as long as it is the highest ranked law, its respect, application and protection has to be the main and only task of any constitutional court. If, however, the reality indeed precludes the possibility of harmonisation of the laws with the constitution or solving other constitutional disputes in conformity with the constitution, as is the case, for example, with the Brussels agreements mediated by the European Union, which include provisional self-government institutions in Kosovo, which forced the Constitutional Court to temporarily step aside, i.e. to discontinue its proceedings, then such constitution has to be changed and adapted to the dramatically changed constitutional reality and its manifested legal expressions which, allegedly, „meet the reality“. After all, neither a constitutional court, nor a Government may, for an extended period of time, ignore, take away or usurp the right of the people to decide to change its own legal decision and form a new basis of its legal and political existence.

2. Standardisation of functions and competences of constitutional justice

The competences of constitutional courts have gradually expended, and a good proof of this is the Constitutional Court of Austria. When

looking for answers to the question how to divide the competence of a constitutional court into its various functions, one has to start from the constitutional norms of individual states by which these competences have been defined.⁵ Most constitutional courts have accepted, in addition to the institute of constitutional appeal, the standard competences of constitutional courts, so the differences that exist between them refer more to the manner and level of (not) exercising these competences in practice, to the interpretative style and priorities followed by certain constitutional courts in practice, than to a more significant departure from the theoretical model. While some competences, such as normative control, have completely affirmed themselves in all parts of the world, others have remained the competences of constitutional courts only on paper. Initially the competence of constitutional review implied maintaining the distribution of authorised functions within a federal state, which means the constitutionally established vertical separation of power. This task of constitutional justice is now in the background, i.e. it has been consummated by the general function of protection of the constitution, primarily by means of the rule of law, one element of which is the functional separation of power. Constitutional justice has steadily spread to a number of unitary states, so it is now present in almost any „new democracy“ of Eastern Europe. Since among federal states, beside Austria and Germany, a constitutional court successfully operates also in the Russian Federation, it can be concluded that this institution is equally acceptable to both federal and unitary states.⁶ Moreover, the continual expansion of constitutional justice has been a strong argument against the allegations that it is by far less influential in unitary than in federal states.

Bearing in mind the competences of „new“ and „old“ constitutional courts, it is easy to notice that a legal protection of the constitution has become more encompassing, as over time competences of constitutional justice

5) Thus, for example, strictly relying on the Constitution, Austrian constitutionalists distinguish the following competences of the oldest European constitutional court: 1) causal adjudication, i.e. deciding property claims against the federal state and its parts; 2) competent adjudication, i.e. solving conflicts of competence and establishing jurisdiction; 3) examining the constitutionality of regulations and laws; 4) examining the constitutionality of national, i.e. supranational treaties; 5) examining the constitutionality of agreements between federal state and its parts; 6) examining re-announcement of laws and regulations; 7) electoral adjudication; 8) deciding on citizens' complaints and specialised administrative adjudication; Cf. Th. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 4. Aufl., Wien 2000, S. 415ff.; R. Walter/H. Mayer, *Bundesverfassungsrecht*, 9. Aufl., Wien 2000, S. 450ff.

6) All former Yugoslav republics retained their constitutional courts, adjusting them, however, to the Austrian-German model. Previous to that, they had instituted new constitutions in which they adopted, as any other state of Eastern Europe, liberal-democratic constitutionality, parliamentarism and institutions of a civil state. For more on this, see O. Vučić, *Istorija ustavnog sudstva na tlu bivše Jugoslavije*, in: O. Vučić/V. Petrov/D. Simović, *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*, Belgrade, 2010.

have expanded in a large number of states, independent of the “federal“ competences, having gone even further than the original Austrian model. Hence the key or general characteristic of European constitutional justice has been the expansion of constitutional courts’ competences, including finding solutions to those constitutional disputes which are not necessarily tackled by constitutional justice, such as electoral disputes, or something that has not been expected to emerge in practice – establishing the responsibility of high state officials or prohibiting the work of political parties or associations. When normative control of law is in question, regardless of whether the competence for deciding constitutional appeals is present or not, the main measure of control becomes human rights or the fundamental legal position of a person guaranteed by the constitution, taking supremacy over the principle of separation of power. If combined with the constitutional appeal, review of constitutional justice may in principle be conducted against any sovereign act of public authorities, and is complete and absolute, regardless of whether this act comes from legislative, executive or judicial power, i.e. regardless of whether it concerns general norm or its application in the form of individual orders aimed at concrete persons.

In a number of states, including the Republic of Serbia, constitutional justice has been assuming the role of the supervisor of legislative, executive and regular judicial power. Besides, in an increasing number of states, competences of the constitutional judiciary not only theoretically, but also actually, include rectifying violations of the constitution by normative acts, laws and other levels of sub-constitutional law, as well as the establishment and rectification of those violations which occurred either due to individual unconstitutional decisions or official actions of public authorities. Though it means that European constitutional courts have increasingly become „the people’s courts“, they nevertheless preserve the character of independent institutions which, by resolving extremely complex objective constitutional conflicts, still occupy, according to G. Leibholz, „a place on the intersection of law and politics“. On the other hand, an enormous activism of constitutional justice in review of rights has resulted in an increased number of advocates, in the doctrine of constitutional jurisprudence, of the position that constitutional justice represents a power of a kind, a special power of constitutional control, which, by its nature, has come to be the „forth“ branch of state authority.

A higher political quality of constitutional justice is also confirmed by its composition, the manner of selection of its members and their status. Not only their competence, but also the manner of selection of constitutional court members and their status have been largely standardised. Uniformity can be observed also in respect of the criteria and manner of selection of the judges. There is a tendency to balance the influences of legislative, executive and regular judicial power when determining the personnel composition

of a constitutional court. Legal profession is certainly indispensable, but regardless of the requirements for the expertise, there is a striking politicisation of the selection, as the influence of formal executive power, though perhaps imperceptible in the public eye, has nevertheless been predominant. However, deals of political parties, those in power and those in opposition, or just those in power, are no longer being hidden. All respectable political parties are interested in having „their own“ judge in the constitutional court. In practice, places are allocated based on a long-standing „agreement“ between the largest political parties, which is contrary to Kelsen’s intention that in the process of appointment of judges to office their expertise should take precedence over political parties’ assessments.⁷ The political quality of constitutional adjudication can explain, but not justify, this unfortunate practice, which is true of all constitutional courts.

2.1 Constitutional courts’ functions

A constitutional court exercises its function of the protection of the constitution through a whole range of competences attributed to it. The competences of a constitutional court may certainly be narrower or broader, but without an exception, they are always aimed at one and the same goal – the preservation of the authority of the constitution, as the highest ranked law in a state unit. On closer inspection, its general function reveals several actual functions, depending on whether, by an individual competence of the constitutional court, some more concrete and more immediate goal is accomplished, i.e. whether this protection can be seen in relation to individual, “more concrete“ functions of the constitution. This means that the function of the constitutional court and the function of the constitution are in a mutual relationship of parallelism.⁸

If we look at the basic functions of a modern constitutional court and its most general goals from this angle, there are three main functions that can be discerned. In other words, constitutional courts today, or the majority of them, standardly perform three basic functions. The first one is the function of immediate protection of human rights and freedoms in the proceedings of deciding constitutional appeals or citizens’ applications, which is a relatively recent phenomenon. Hence, wherever an individual is

7) R. Walter/H. Mayer, *Bundesverfassungsrecht*, 9. Aufl., Wien 2000, S. 444. On the efforts invested within the normative framework, as well as on its application to the selection of constitutional judges in the Republic of Serbia, see for more detail: O. Vučić, „Izbor i sastav ustavnih sudova – mukotrpan put dostizanja evropskih standarda“, the collection of papers „Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije“, Belgrade, 2012, p. 132 (and elsewhere).

8) R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Belgrade 2008, p. 45.

able to directly, and on his own, invoke the constitutional court, without the circumventive path of regular courts, the constitutional court's acting is in totum, i.e. completely oriented toward the protection of human rights. If, besides, it is about general norm, the idea of separation of powers is naturally present, but the prevailing thinking still concerns individual legal protection. This protection clearly manifests as immediate or direct. By its nature, this dimension brings the constitutional function closer to the function of the regular judiciary. A crucial difference is, however, preserved: constitutional courts protect human rights by their interpretation and application of the constitution, „the specific constitutional law“, while in the case of the regular judiciary, the protection of human rights and freedoms is achieved through interpretation and application of law.⁹ This function is not characteristic of all constitutional courts, i.e. some exercise it only indirectly, through normative review of law, such as, for example, the Italian Constitutional Court.¹⁰

While the function of preserving the separation of power and constitutionally authorised functions in general, as well as a general protection of the rule of law, are still prevalently carried out through the normative control of rights and resolving the jurisdiction disputes between different state bodies, the function of protection of democratic order from abuse and usurpation by public authorities is carried out, by some constitutional courts, through their acting as special criminal tribunals. The function of protecting democratic order is primarily realised through constitutional courts' competence of examining the constitutionality of activities of political parties and prohibiting those which, according to their goals and their members' conduct, act in a counter-constitutional way. Due to a possible gravity of infringement, the function of establishing the responsibility of the highest state officials for a violation of the constitution should fall in this category. In both instances, the constitutional court's function resembles that of special criminal proceedings. Individual encroachments upon the constitution, especially if they come from state officials in possession of wide scope of legal and factual power, or hostile, aggressive and militant behaviour of political groups aimed at the constitutional order, should be constitutionally sanctioned. In most countries, constitutional courts have been assigned also this „backup“ task, or function. This function has so far been very rarely exercised, but increasing political extremism in Europe, planned and organised resort of violence with elements of terrorism, do

9) D. Stojanović/O. Vučić, Domašaj ustavnosudskog ispitivanja odluka redovnih sudova u postupku odlučivanja o ustavnim žalbama građana, *Pravni život*, broj 14/2009, Belgrade, p. 883.

10) In Austria, however, it is possible to lodge a state legal appeal only against sovereign acts of administration, and not against judicial decisions, so this has been amended by an individual proposition for normative control, if it is stipulated that the basic law has been directly and de facto violated by a general norm.

not preclude the possibility of, under certain circumstances, this function of constitutional courts coming to the forefront.

Based on the above presented, it could be concluded that theoretical and practical reasons for the establishment and functional development of European constitutional justice may be sought in the effort to preserve the constitution in general, and protect human rights, federalism, the vertical separation of power and rule of law, in particular.

2.2 Normative control of law

The function of constitutional courts is, *grosso modo*, that of control and correction, and is largely realised through normative control of law. Constitutional courts primarily control acts of legislative, executive and judicial power, the most important manifested forms of making laws and applying them, in respect of their compliance with the constitution. In addition to the provisions of constitutional rank, the measure of control in certain states may also be laws, so here normative control includes the examination of legality, which is certainly a too ambitious task to be set for constitutional justice. There is a tendency that international agreements, which have „passed“ constitutional and parliamentary ratification, emerge as a yardstick of measure, for example in Bulgaria and Serbia, either individually or parallel to constitutional review.¹¹ In cases where a violation of the constitution has been established, the constitutional court, through its activity, rectifies all decisions and actions of all carriers of public authority to the extent that they are brought in harmony with the law of the highest rank.

Normative control of law is *a posteriori* core of constitutional courts' constitutional function¹², as their other kinds of competences constitutional courts may, but are not obliged, to exercise. *A priori* review is applicable only

11) In Serbia, the Constitutional Court declared unconstitutional a great number of laws due to their inconformity with the constitution and international treaties or only because they are in discord with an international agreement.

12) The Constitutional Court of Portugal is one of rare European constitutional courts which almost exclusively exercises only its competence of examining the constitutionality and legality of normative acts.

Modelled on French Constitutional Council, the control of constitutionality *a priori* can be done by the Constitutional Court of Romania, as the appraisal of constitutionality of laws is performed before their promulgation. The Polish and Hungarian Constitutional Courts can also perform the so-called preventive review of constitutionality of laws, but only at the request of head of the state, and in Poland presidential veto is to be previously used. On the other hand, in 2008, in France, in a revised Constitution, limited review of constitutionality of laws was introduced.

to a smaller number of constitutional courts.¹³ It is only in the assessment of the constitutionality of international agreements, where this is logically justified by the principle *pacta sunt servanda*, that it has been more widely applied, for example in Germany, Spain, the Russian Federation, Slovenia, Serbia, etc. According to this model of normative control, certain constitutional courts (German, Czech and Polish), „became famous“ for assessing not only the constitutionality of „ordinary“ international treaties, but also of the compliance of the founding treaty of the European Union (agreements from Maastricht and Lisbon) with the national constitutional law.

Incidentally, it is possible for the Constitutional Court of Serbia to assess the constitutionality of international treaties preventively or subsequently. In the latter case, review is carried out according to the Austrian model of control of state agreements, but departing from it considering the effect of the decision. In practice, the Constitutional Court has exclusively applied *a posteriori* review of international treaties, where the effect of its decision, due to international implications, stops at the establishment of unconstitutionality, which is more adequate for the preventive control of an international treaty.¹⁴

It is a rule that constitutional courts proceed at a request of authorised persons, and not at an official maxim. It is common to most European countries that initiation of the proceedings for normative control is accepted from parliamentary minorities (abstract control) and courts (incidental control). Initiation of the proceedings *ex offio* has been very rarely applied, and as a rule, if it was necessary for resolving prejudicial questions. The Constitution of Serbia is one of rare constitutions which allows for the initiation *ex offio* without any preconditions or restraints.¹⁵

A constitutional court is *dominus litis*, master of the suit, which is basically always conceptualised as something contradictory. Rejecting an application *a-limine*, should disburden the Court of the cases which clearly have no prospect of success. For the majority of constitutional courts, a hearing

13) So far, the Constitutional Court of Serbia has not “discovered” that any international treaty is in conformity with the Constitution. Among others, it has exercised the power of constitutional review over the Stabilization and Association Agreement, the Agreement with the Russian Federation in the area of gas industry, several bilateral contracts on social insurance, etc.

14) The Constitutional Court has, *ex offio*, assessed the constitutionality of the Law on alterations and additions to the Law on the Constitutional Court. In its decision it has found that the provision, which deprives the Constitutional Court of the possibility to quash a judicial act in proceedings on a constitutional complaint, is unconstitutional.

15) The Constitutional Court *ex offio* assessed the constitutionality of the Law on Amendments to the Law on the Constitutional Court. In its decision it found that the provision that deprives the Constitutional Court of the possibility to cancel a judicial act in the proceedings on a constitutional appeal, was not in compliance with the Constitution.

open to the public is, in practice, more of an exception than a rule, as there is a wide margin of appreciation when it comes to determining one. It is certainly true that courts do not often use debate in order to establish a right, as it is time-consuming and brings small gains. According to Geiger¹⁶, „it would be more becoming to constitutional justice proceedings to see oral debate as something superfluous“. However, the principled openness of constitutional justice proceedings, together with the „rule“ of taking decisions subsequent to an oral discussion, fail to emphasise the necessity to carefully weigh all the arguments before making the decision of not having a public hearing. Due to infrequency of public hearings, Heberle talks about „hardly bearable deficit of openness“ of constitutional justice proceedings.¹⁷ On the other hand, in certain proceedings which are of particular relevance for the rule of law and general public, some constitutional courts allow for a direct broadcast of their debates. The deliberation of judges and vote are, however, always in private. Nevertheless, it is not excluded that a decision may communicate the majority of votes with which it has been taken. Dissenting opinions, which in numerous courts are often applied, also break through the principled anonymity of deciding.

The effects of constitutional courts' decisions mainly depend on the type of constitutional disputes. In the normative control of rights and in deciding constitutional appeals, decisions of constitutional courts have the effect of cessation. When normative control *in abstracto* is in question, the rule is that a decision is effective from the moment it is published, which means *pro futuro*. If concrete control is in question, the decision of the constitutional court in any given case can have a retroactive effect. As in cessation there is no retroactive or judicial „revival“ of former norm, certain constitutional courts, among which also the Constitutional Court of Serbia, apply another adequate means for avoidance of legal gaps, which is postponing the publishing of a decision, i.e. the Austrian model of postponing the effects of a decision.

In addition to decisions of cessation, individual constitutional courts developed in their jurisprudence so-called *interpretative decisions*, whereby they actually act as a positive legislator. Due to a long-standing fear of creation of legal gaps as a consequence of the decisions on cessation, and the tendency to, when possible, act in a less radical way, a large number of constitutional courts, adopting the practice of older European constitutional courts, German and Italian in particular, have gradually started issuing interpretative decisions, where out of several possible interpretations, a verbal interpretation which brings the law in conformity with the Constitution is applied. In this case, in the wording of a decision, there is an observation

16) W. Geiger, *Einige Besonderheiten im verfassungsrechtlichen Prozess*, 1981, S. 8.

17) P. Häberle, *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, JZ 1976, S.384.

that a law is in conformity with the Constitution, on the condition that it is interpreted in the way established by the Constitutional Court in the rationale of its decision.

For a long time the interpretative style of constitutional courts was a strict interpretation of the literal wording of constitutional norms, a logical and systematic interpretation accentuating the historical perspective, but also disregarding theological thought. It is considered that it was a kind of an expression of judicial self-restraint toward the legislator. The new interpretative style of constitutional courts means turning toward value-oriented and substantive interpretation of the constitution, which is modelled on the case-law of the European Court of Human Rights and recent adjudication of the German Federal Constitutional Court. However, in this extensive style of interpretation, which is strikingly remote from the literal wording of constitutional law, Ernst Wolfgang Böckenförde sees a risk „of a transition from the legislative rule of law to the constitutional jurisdictional state“.

2.3 Special competences

In addition to the general normative control of law, constitutional justice has from its beginnings, and in some states over time, acquired other competences which may also be designated as special protection of the constitution. Some of them are complementary to normative control, such as deciding constitutional appeals of citizens or resolving federal disputes. There is no doubt that also these competences of a constitutional court represent special proceedings for examining the norm and determining its meaning. On the other hand, some competences of constitutional courts, which used to belong to other state authorities, primarily to the regular judiciary, due to their importance for a constitutional life of individual states, have been transferred to constitutional courts. This has been the case, for example, with the resolution of competence disputes between different authorities or the disputes over presidential or parliamentary elections. The third kind of special competences of constitutional courts can be designated as immediate protection of constitutional order, where the constitutional court acts as a special criminal court. In some states, the constitutional court can take to court high state officials, such as, for example, president of the republic, the prime minister, ministers, and even judges, for a violation of the constitution and law. The character of special criminal proceedings is common also to the proceedings for prohibition of political parties or associations, as well as for an individual suspension of constitutionally guaranteed rights and freedoms. It is common to these different competences that they manifest as immediate protection and application of the constitution, realised according to the rules of corresponding proceedings of the constitutional court.

In the case-law of European constitutional courts, some of these competences sometimes come to the forefront, pushing aside the regular activity of constitutional justice; such examples are deciding on the prohibition of political parties (Turkey), assessing the constitutionality of the statute of an autonomous province (Spain), the electoral law (Hungary), the lawfulness of presidential elections (Bulgaria), the constitutionality of the referendum for revocation of the president (Romania), etc.

Perspective of constitutional justice

It seems that the negative criticism on account of constitutional justice by the participants of the political process has been significantly reduced. This criticism was particularly prominent in the initial stages of a constitutional court activity, when this institution was still looking for its proper place and the optimal way of acting in the constitutional system. Where a constitutional court built its authority on the validity of its decisions, there open derogation of the correctness of its acting ceased, together with the endless search of its proceeding for proof of political bias, the allegations that the constitutional court is in the service of the opposition, or that it is in the service of public authorities, etc. This does not mean, however, that all objections to the work of constitutional courts have stopped, neither can it reasonably be expected. The functioning of any constitutional institution is subject to criticism, especially if it comes from objective and neutral thinking, but it is important that this criticism is no longer directed at the institution as such or at its alleged politicization, but that it concerns only the legal quality of the interpretation of the constitution contained within its decisions. This means that constitutional justice has become a stable institution of a democratic state ruled by law. Its existence is no longer called into question. On the contrary, it is justified to expect its further expansion, both in respect of its territory and the authorised functions. In short, the position of constitutional courts has continually been on the rise.¹⁸ „Older“ constitutional courts, which long ago affirmed their independent position, are naturally inclined toward maintaining it, while less influential constitutional courts, primarily those established in „new democracies“, shall make efforts to strengthen their position of an unbiased guardian of the constitution, the decisions of which are always respected and strictly carried out.

It is uncertain, however, whether constitutional justice will keep its place „on the intersection of law and politics“ and whether politics will

18) A negative exception is, it seems, the position of the constitutional court in Hungary, jurisdiction of which has been, after the constitutional changes in 2013, significantly reduced.

anxiously wait for its decisions, or the focus of its activity shall be shifted in another direction. It is hard to foresee the development of constitutional justice in the nearer future, especially that, in addition to their common characteristics and similar issues, national constitutional courts have their own priorities when it comes to their activity. Besides, it is largely up to the participants in the proceedings whether constitutional courts will go in the direction which is less desirable for the rule of law. If a constitutional court is preoccupied with constitutional disputes of lesser significance, it will hardly be able to fulfill its mission. On the other hand, it is highly likely that most European courts will continue to have an active relationship, beside the ever tensed one with the national legislative, executive and judicial power, with the case-law of the European Court of Human Rights, but also the case-law of the European Court of Justice, which is given primacy in the processes of harmonisation of national legal systems with the primary and secondary law of the European Union. This is also true of constitutional courts of the countries which are not member-states of the Union. For constitutional courts of these countries, the cooperation with constitutional courts of the member-states will not be only desirable, but also quite indispensable.

This is why we can agree with Brigitte Bierlein's observation that „the exchange of experiences, opinions and ideas, and cooperation between individual constitutional courts will become increasingly significant“, especially if the task of constitutional courts is primarily seen in „the harmonisation of national constitutional law, on the one hand, and the constitutionalisation of European law, on the other.“¹⁹ There is no reason to doubt that this process of cooperation on the regional plane is going in the direction of increased progress, especially in the region of former-Yugoslavia, regardless of the fact that, so far, only two of the former-Yugoslav republics have become the European Union member-states.

When the Constitutional Court of Serbia is in question, it can be expected that its priority will remain the assessment of the constitutionality of laws, but also, increasingly, the examination of their compliance with international treaties, in the processes of harmonisation of domestic law with the EU law, as well as immediate deciding on violations of fundamental human rights. The main task, however, will be seeking a solution to the problem of enormous number of pending constitutional appeals which threaten to completely obstruct the functional capacity of the Constitutional Court and paralyse its work. The procedural reform, conducted in 2012, has significantly improved the efficiency of the Constitutional Court, but it still cannot be considered sufficient, neither are there any prospects that without taking further steps this burning issue could be efficiently solved in any foreseeable future. This is why the Constitutional Court of Serbia shall

19) B. Bierlein, *op. cit.*, p. 1.

be forced, in cooperation with other constitutional courts which have, if not completely solved the same problem, then reduced it to bearable proportions, to learn from experiences of others and accept them in the way which will not essentially devaluate the efficiency of the national constitutional justice proceedings for the protection of human rights and freedoms.

Prof. Dr. Péter Paczolay

President of the Constitutional Court of Hungary

Honorary President of the Venice Commission

NEW TRENDS IN THE FUNCTIONING OF CONSTITUTIONAL COURTS IN EUROPE – THE ROLE OF LEGAL TRADITION AND CONTINUITY IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

Constitutional courts originally lived their lives by focusing quite exclusively on the national legal order. Later on cooperation started between the courts in order to exchange experiences regarding composition and structure, procedure, competences and jurisprudence. Surprisingly, more and more similarities were found between the respective courts, and the cooperation became institutionalized and formalized. In this respect it was a good initiative the Conference of European Courts, started by the Constitutional Court of the former Yugoslavia in January 1972. The Conference has developed into a vital and important forum for more than 40 European courts. In 1996 under the Hungarian presidency a formalised cooperation started with the Venice Commission that resulted in fruitful logistical and scientific support to the Conference. The thematic Bulletins published on the subject matter of the respective conferences are very important, and the Venice Commission promoted the cooperation of the various regional organizations that concluded in the establishment of the World Conference on Constitutional Justice that held its first congress in 2009, and presently embraces 79 members.

In my view the main point is the international factor in present-day constitutional justice. The following trends have raised recently in the functioning of European constitutional courts:

- globalisation of law and of the challenges, perspectives of legal cooperation
- internationalization of constitutional law
- interaction of international courts (ECHR, ECJ) and national constitutional courts
- the relation of international standards and national constitutional identity

- in the working-method the growing importance of the use of comparative methods and references to foreign cases.¹ I have to underline in this respect the useful source of information regarding the case-law of constitutional courts, the CODICES database of the Venice Commission.

Taking note of these important trends, in the present talk I would like to draw attention to an under-valuated aspect of constitutional interpretation, namely the role of legal tradition and continuity.

Societies in search of perspectives, frightened by the uncertain future likely turn to the firmness of past traditions. Even revolutionary law-making is deeply rooted in past experiences.

Interpretation of the law is a procedure in which the relation and attitude to the past is decisive, insofar as historical interpretation is not only an interpretative canon but judicial interpretations in general are strictly bound by previous interpretations and precedents. Constitutional review embodies judges with great power to decide on the conformity of provisions of statutes and other legal means with those of the basic law of the country, the constitution. Judicial review is, as we know it well, a counter-majoritarian institution. Judicial review and courts should not, and hopefully do not depend on the will of the democratic majority. Having such a great power in their hands, the main factor for the legitimacy of constitutional courts is the coherency and the predictability of the decisions. The challenge of building the decisions on the relatively coherent system of existing jurisprudence thus becomes the legitimising factor of court decisions. But this strong relation to the past (to past decisions) is not equal with legal tradition.

Legal tradition is definitely a broader and more comprehensive concept than that of being bound by former decisions of a court. Legal tradition goes beyond the boundaries of a given (national) legal system, it embraces a legal family or a legal culture. Legal tradition as a formative power of legal systems was introduced into the international legal discourse by the work of late Professor Harold J. Berman published in 1983 by the title "Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition"². This volume of high importance demonstrated how roots of modern Western legal institutions can be traced back to medieval Western church. The follow-up to the book published in 2006 depicted the impact of the Protestant Reformation on the Western legal tradition. Between the publishing dates of the two respective volumes quite a large number of studies were devoted to the problem of legal traditions generally, and to that of the Western legal

1) See for a similar approach the welcome letter of President Holzinger on the occasion of the Austrian Presidency of the Conference of European Constitutional Courts.

2) H. J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983.

tradition specifically. Professor Patrick Glenn in 2004 published an entire monograph with the title “Legal traditions of the world. Sustainable diversity in law”³. Glenn summed up the most important conclusion of this work in a chapter of the Oxford Handbook of Comparative Law on “Legal families and legal traditions”. Both Berman and Glenn underlined the interrelated character of past and future, and the dynamics of them. “Can we find in the group memory of our past experience the resources that may help us to overcome the obstacles that block our way to the future?” – asked Berman in the rather desperate preface of his book (p. vi). “Tradition thus provides justification for change and a means of measuring it, as actual, contemporary conduct can be evaluated against prior teaching.” – observes Glenn⁴.

An inherent problem of legal tradition is the continuity or discontinuity of a legal system. Let us take an example: If we point to post-revolutionary American law, we have to acknowledge how firmly it was rooted in English law and practice. In Europe, most continental legal systems had to face the problem of continuity – discontinuity due to authoritarian periods in their recent history, and this is true of all those Western countries where the most influential and significant constitutional courts function, like Austria, Germany, Italy, Spain or Portugal. In the case of the constitutional courts of the so-called new democracies this observation is similarly evident. Courts had to elaborate their approach to the question of continuity: how do they face the legislation of the period before the adoption of the new constitution?

For example, in Italy, the Corte Costituzionale made clear in its very first judgment the relation to the laws that were adopted before the Constitution (sentenza 5 giugno 1956).

In Hungary, the Constitutional Court in its often-quoted decision on retroactive criminal legislation⁵ made the following statements:

The enactment of the constitutional amendment 1989, in effect, gave rise to a new Constitution which, with its declaration that “the Hungarian Republic is an independent and democratic state under the rule of law,” conferred on the State, its law and the political system a new quality, fundamentally different from that of the previous regime. In the context of constitutional law, this is the substance of the political category of the change of system.

The politically revolutionary changes adopted by the Constitution and the fundamental laws were all enacted in a procedurally impeccable manner, in full compliance with the old legal system’s regulations of the power to legislate, thereby gaining their binding force. The old law retained its

3) P. Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, 2010 (4th edition).

4) M. Reimann – R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006. p. 428.

5) Decision 11/1992 (March 5) AB.

validity. With respect to its validity, there is no distinction between “pre-Constitution” and “post-Constitution” law. The legitimacy of the different (political) systems during the past half century is irrelevant from this perspective; that is, from the viewpoint of the constitutionality of laws, it does not comprise a meaningful category. Irrespective of its date of enactment, each and every valid law must conform with the new Constitution – underlined the Constitutional Court.

The Constitutional Court emphasized that it cannot ignore history since the Court itself has a historical mandate. The Constitutional Court is the repository of the paradox of the “revolution of the rule of law”: in the process of achieving the rule of law, beginning with the Constitution and manifesting itself in the peaceful change of system, the Constitutional Court, within its powers, must unconditionally guarantee the conformity of the legislative power with the Constitution.

As regards the new constitution of Hungary called Basic Law adopted in 2011 and entered into force in January 2012 envisages a rather complex view of continuity with the achievements of the historical constitution of the country (Hungary until 1949 did not have a written constitution), and on discontinuity with the totalitarian regimes of the 20th century.

The concept of historical constitution is mentioned in the Preamble and in the paragraph on the interpretative tools of the constitution. According to the opinion of the Venice Commission on the new Hungarian constitution “the reference to the ‘historical constitution’ is quite unclear, since there have been different stages in the development of different historical situations in Hungary and therefore there is no clear and no consensual understanding of the term ‘historical constitution’”⁶. The reference to the historical constitution is unusual but understandable. It is unusual because in the last two centuries quite all European states adopted written constitutions. Besides England only Hungary had an unwritten constitution until 1949. When interpreting judicial independence the Hungarian Court could recall milestones in the Hungarian legal history like the Act on the judiciary of 1869 that defined the guarantees of judicial independence with great clarity. The contested provision of the new constitution (Article R) underlines the importance of the achievements and not of the historical constitution as such. In its decision the Constitutional Court underlined: the Fundamental Law “opens window” on the historical dimensions of our public law, it makes us focus on the precedents of institutional history, without which our legal culture today would be rootless.⁷

The question of continuity and discontinuity has been raised recently in another aspect. When the new constitution was adopted, it was debated

6) Opinion on the New Constitution of Hungary – 621/2011, para. 34.

7) Decision 33/2012 (July 17) AB para. 74.

whether the jurisprudence of the Constitutional Court developed under the old constitution would remain in force or would become obsolete. It was proposed that the constitution should declare that all former decisions of the Constitutional Court lost their force. The idea was rightly and fortunately rejected, and the Constitutional Court declared that when the text and the interpretational context of the former and the new constitution are identical, the former decisions (precedents) of the Court remain valid, and any overruling of them should be thoroughly justified. Then, the Fourth Amendment to the Fundamental Law repealed the earlier case-law of the Constitutional Court, although without prejudice to their legal effect. This is even more strange with regard to the numerous references to the historical constitution. As the Venice Commission opinion rightly underlined: it can hardly be denied that the previous democratic constitution of 1989 and its interpretation by the Constitutional Court are part of the concept of historical constitution.⁸

To sum up: legal tradition is not a balance or a shadow cast by the past. On the contrary, tradition might serve as source of self-confidence, self-consciousness, self-understanding and inspiration. We should explore this tradition, these common roots both on European and national level in order to face the present challenges, and build up our perspectives for the future.

8) Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary – 720/2013, para. 99.

POSITION AND PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Constitutional courts are one of the most important pillars of law, and, in general, of every state. Their role is different in some states, depending upon historical and political circumstances in which they came into existence. The development of a democratic society requires, in addition to the organization of the relevant institutions and procedures, also a significantly developed democratic awareness, legal culture and defined mechanisms regulating mutual relations between constitutional courts and other branches of power, as well as relations with ordinary courts.

Incorporation of constitutional courts into the classical model of power-sharing causes a latent and sometimes an open conflict with the legislative and executive authority, caused by the competencies entrusted to the constitutional court, relating to a possibility of rendering legal acts ineffective.

The second problem lies in the interaction and coordination of the work between constitutional courts and other ordinary courts, as they should, in an ideal situation, exercise jointly the function of human rights protection.

The relation between a court and a legislator is, no doubt, of crucial importance for this set of problems. In great many countries there is a whole set of questions related to the role of judiciary in the process of the application of law. There are dilemmas also as to the extent to which a trial encompasses politics, or discretion; to which extent judges must promote the certainty of law, or objectives of justice, and what the permitted techniques in the interpretation of law are. Answers are not identical anywhere, as they reflect different constitutional situations, first and foremost constitutional structures and different relations among its elements.

Establishing inconsistencies between the constitution on the one hand and general legal acts on the other is the fundamental function of constitutional justice. This removal of inconsistencies is not a purpose unto itself, rather it serves the further development of democratic principles, primarily the rule of law. A constitutional court represents an authority ensuring the operation within the boundaries of constitutional powers when regulating social relations, that is to say it contributes to the exercise and improvement

of the mentioned constitutional principles. These powers legitimate the work and decisions of the constitutional court, while, at the same time, setting boundaries for the operation thereof.

The process of institutionalization of the review of the constitutionality of laws has taken on different forms at all the stages of its evolution. In general, one can distinguish between two basic models of such a review. The first one is the so-called American model, the fundamental feature of which is that the right to review the constitutionality of laws belongs to all the ordinary courts. The second one is the so-called European model, the main feature of which is that the right to review the constitutionality of laws is left to a special constitutional court. This model has been applied in Bosnia and Herzegovina, by the enactment of the Constitution in 1995. Still, one needs to mention that the Constitutional Court has also existed in Bosnia and Herzegovina as part of the constitutional organization of the previous state, as far back as the constitutional amendments of 1963.

The idea of the review of the constitutionality of laws has been affirmed during all four stages of a two-century long evolution of constitutionalism. Kelsen's idea of a constitutional court as a separate judicial institution entrusted with the powers of a "negative legislator" had surfaced during the second stage (1918-1945).

Institutions of constitutional nature have won the position of a moral authority, which puts them above the specific politics and opens the freedom as well as the obligation to pass, at times unpopular, decisions. Such a moral authority – or legitimacy – means that citizens accept their decisions, even when against them, however, that is because they see a legitimate decision-maker in the constitutional court.

Sustainability of such a status makes it possible for the constitutional and legal institution within the constitutional and political system to successfully realize the majority of its vital functions thus removing obstacles to the progress and stabilization of the rule of law.

In democratic countries the constitutional justice made an immeasurable contribution to building a political system and a democratic society, particularly in respect of exercising human rights and fundamental freedoms.

Nowadays the greatest number of states have or are aware of some form of independent institution controlling the parliamentary legislation.

In Bosnia and Herzegovina the sole court that has been explicitly mentioned in the Constitution of BiH is the Constitutional Court of BiH.

The Constitutional Court of BiH is an independent state authority discharging the function of constitutional justice within the framework of rights and duties set forth by the Constitution, and it has been constituted as a court beyond the system of the ordinary judiciary and the exercise of the ordinary judicial function. Its most important function, in the system

of the three branches of government, is to ensure the exercise of legislative power in accordance with and within the framework of the Constitution.

The Constitutional Court of BiH exercises its function of ensuring the consistency of the legal system with the Constitution of BiH primarily by way of the abstract review of constitutionality of the provisions of the Entities' constitutions and laws, as well as by resolving disputes between various administrative and territorial levels of government and institutions within the state. Given the constitutional provision that the jurisdiction of the Constitutional Court of BiH includes, but is not limited to the mentioned situations, the Rules and the case-law of the Constitutional Court of BiH show that in interpreting and applying this provision the Constitutional Court of BiH also reviews the constitutionality of the state laws, namely general legal acts.

In the countries undergoing significant social, economic and political reformist processes, as is the case with BiH, the development of a normative organization is in a constant discrepancy – being at one instant behind the ongoing reforms, and at another advancing far ahead. In a situation like this, efficient and consistent implementation of law may and must be based on the supremacy of the Constitution and the international documents for the protection of human rights incorporated therein, for, as the Constitutional Court of BiH notes, “not respecting human rights and fundamental freedoms and not meeting the international obligations inevitably lead to the international isolation and, through the non-recognition of the institutions of such a state, into the disappearance of that subjectivity”.

During the past two decades four, largely autonomous, legal systems have evolved in BiH. Due to the autonomous nature of legislative procedures at the level of the Entities and the Brčko District of BiH, their legal order is distinct from one another in many areas of the substantive and procedural law. In addition, since the Entities, Brčko District and BiH have their respective judicial systems, differences occur also in the interpretation and application of similar or even identical legal provisions.

So, in the system as is Bosnia-Herzegovina's system, with a pronounced asymmetrical separation of powers between certain levels of government and within the integral state units, without a clearly completed judicial system, the Constitutional Court of BiH could represent that state authority ensuring the unity and functionality of the system. The Constitutional Court of BiH has been constituted as the highest arbiter in resolving, essentially political, conflicts between BiH and the Entities.

Considering the aforementioned, the role of the Constitutional Court of BiH is undisputed, as well as its decisions, which constitute, by their nature, the source of law. Although an individual act by its form, a decision of the Constitutional Court annulling and quashing laws and regulations is a normative act. The law and other regulations play their part in acknowledging

and developing further the conditions and possibilities for the exercise of human rights and fundamental freedoms, thus the review of constitutionality and legality is, in principle, and will be in a number of cases, a form of protection of individual freedoms and rights.

On the other hand, the appellate jurisdiction of the Constitutional Court of BiH represents a novelty in itself in the domestic system of constitutional justice, and it implies possibilities of reviewing judicial decisions on the basis of an individual appeal if the appellant's rights and freedoms guaranteed by the Constitution have been violated. An appeal represents an extraordinary legal remedy in itself of subsidiary nature, because it is permitted solely if the protection by means of ordinary legal remedies remains unsuccessful. Decisions of the Constitutional Court of BiH in individual disputes are considered as judgments, even then though those acts can be broader than a judgment of an ordinary court, thus the competent authorities, particularly judicial authorities, ought to observe in their work the legal interpretations articulated in them.

The Constitutional Court of BiH, within the national framework, constitutes also a supreme mechanism for the protection of rights referred to in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given the direct incorporation of the Convention in the Constitution of BiH. It is significant to note that the position of the Convention in BiH represents a peculiarity when compared to the other members of the Council of Europe, particularly when one bears in mind the applicability of the Convention in the legal system under the very Constitution of BiH, before BiH became a member, and its "priority over other law".

In the long run, the role of the Constitutional Court of BiH is rather important in the context of the resolution of cases before the European Court of Human Rights. Namely, the principle of subsidiarity is a starting basis for the examination of relations between the national and supranational decision-makers. This principle starts from the fact that the European Court is a supplementary and subsidiary mechanism for the protection of rights and freedoms encompassed by the national legal system, in which political, administrative and legal governmental authorities retain the primary responsibility for the protection of individual rights. Although the principle of subsidiarity has not been explicitly stated in the Convention, it follows from the provisions on the exhaustion of domestic remedies and the obligation to provide for an efficient domestic legal remedy.

In its case-law the Constitutional Court of BiH has encountered a number of complex constitutional and legal issues, of which some of the most relevant are as follows: the issue of the sharing of responsibilities among the institutions of BiH, Entities and other administrative units in BiH, the responsibilities of the Constitutional Court as to the international treaties, the issue of the relation between the state and Entity's laws, the

issue of positive obligations of the competent authorities as to the resolution of certain issues and other similar issues.

The Constitutional Court of BiH has contributed through the dynamic and evolutionary interpretation of the Constitution of BiH to the consistent guarantees of equality and constituent status of peoples throughout the entire territory of BiH, the securing of the sovereignty, territorial integrity and international subjectivity of the state and the strengthening of legal certainty and the rule of law. This interpretation of the Constitution of BiH and the operation of the Constitutional Court of BiH within the scope of its respective jurisdiction has made it possible for the efficient functioning of the necessary state authorities, which are not explicitly mentioned in the text of the Constitution of BiH, the creation and operation of which, however, is not contrary to the provisions and the spirit of that Constitution, since the Constitution of BiH has provided for a possibility to found such institutions for the purpose of exercising the responsibilities of BiH.

Within the scope of exercising its respective constitutional responsibilities the Constitutional Court of BiH adopted a great many decisions. Each of them has a peculiar significance.

Further development of the case-law of the Constitutional Court of BiH is rather important for the promotion of the rule of law in Bosnia and Herzegovina. For the Constitutional Court of BiH to be able to continue to effectively protect human rights and fundamental freedoms, that is to consistently implement the principle of the rule of law, it is important, as far as its relations with the legislative, executive and judicial authority bodies, for the Court to have the organizational and functional independence secured by constitutional-legal means and by factual means, and for all the authority bodies in Bosnia and Herzegovina to implement the decisions of the Constitutional Court of BiH, irrespective of their interest-based or value-based standpoint regarding an individual decision. Only in that way, will the Constitutional Court of BiH be able to fully integrate the contemporary European and even global trends of the constitutional-legal protection and to make its full contribution to the constitutional-legal development of Bosnia and Herzegovina and efficient protection of human rights.

In the given circumstances, it would be necessary for the Constitutional Court of BiH to play a more open and active role in harmonizing the case-law in order to attain legal certainty and equality of the citizens of BiH before law.

The Constitutional Court of BiH, indeed, needs not be only an arbiter in the conflicts on constitutionality, but also an active factor in its implementation, and participate itself in removing the causes and occurrences of unconstitutionality of acts. In that sense one can think about a possibility for the Court to institute proceedings itself (the so-called *ex officio* proceeding), as well as about a possibility of giving initiative to other subjects (the

so-called *actio popularis*), as are for instance provided for presently in the Republic of Serbia and the Republic of Croatia. In this manner the Constitutional Court of BiH could go beyond the specified request, e.g. in cases of examining the challenged provision if holding that other provisions of the act concerned were also unconstitutional, that is to say in cases of starting an initiative all the interested subjects would be given a possibility to contribute themselves to the practical exercise of the principle of constitutionality.

Given the trend of the increase in the number of cases, it certainly is necessary to consider with due attention the question on how to find a balance between the efficient protection of human rights guaranteed by the Constitution in individual (specific) cases and making it possible for the Constitutional Court of BiH to efficiently perform its basic constitutional task.

The current situation in the states undergoing transition, also including BiH, is the cause of numerous problems that the constitutional review bodies of those countries have encountered. One of the most apparent examples is the non-compliance with the decisions of the constitutional courts.

In the long run, the problem of a failure to enforce the decisions of the Constitutional Court relating to the legislator's activities, also opens the question of the role of the Constitutional Court of BiH as a "positive legislator".

In its case-law the Constitutional Court of BiH has already encountered this problem. After it had established by its decision of February 2004 that a part of the legal provision establishing the names of certain towns/cities and municipalities in Republika Srpska was not in conformity with the Constitution of BiH, the legislator was given a deadline to bring in line this unconstitutional provision. After the legislator failed to redress the established unconstitutionality, the Constitutional Court of BiH adopted a decision in September 2004 rendering ineffective the unconstitutional provisions, while at the same time establishing provisionally, pending the redressing of the established unconstitutionality, new names of towns/cities and municipalities. The Constitutional Court of BiH stated in this decision that it took into account the fact of "the legal gap occurring after the challenged provisions ceased to be in effect, as well as the need for unhindered functioning of towns/cities and municipalities the names of which were determined by the provisions of law, which ceased to be in effect, the need to respect the General Framework Agreement for Peace in BiH and the inter-entity demarcation of municipalities". However, the Constitutional Court of BiH emphasized in particular that "given its overall constitutional role of an objective guardian of the Constitution of BiH, it did not assume the role of a legislator in the case at hand".

Although praiseworthy, the intention of the legislator in BiH to secure the enforcement of these decisions through the criminal legislation, recognizing thereby their indisputable significance in the protection of

individual and social goods and values, one can observe that this mechanism remained without a noteworthy effect in the field of the enforcement of the decisions of the Constitutional Court of BiH and the sanctioning of persons responsible for the enforcement thereof, including the representatives of the legislative authority.

I would like to conclude noting the following: the enforcement of court decisions, including the decisions of the Constitutional Court of BiH, is not only a legal issue, but is also a social and political problem. The authority and role of the Court depend primarily upon the preparedness of not only relevant state authorities, but of the entire social community, in accepting and implementing the decisions of the Court. This issue is where the relation between the court and the community is being tested, and in general the moral and political side of the constitutionality and legality, as well as of the court decisions.

Summary

In Bosnia and Herzegovina the sole court that has been explicitly mentioned in the Constitution of BiH is the Constitutional Court of BiH.

The Constitutional Court of BiH is an independent state authority discharging the function of constitutional justice within the framework of rights and duties set forth by the Constitution, and it has been constituted as a court beyond the system of the ordinary judiciary and the exercise of the ordinary judicial function. Its most important function, in the system of the three branches of government, is to ensure the exercise of legislative power in accordance with and within the framework of the Constitution.

The Constitutional Court of BiH exercises its function of ensuring the consistency of the legal system with the Constitution of BiH primarily by way of the abstract review of constitutionality of the provisions of the Entities' constitutions and laws, as well as by resolving disputes between various administrative and territorial levels of government and institutions within the state. The law and other regulations play their part in acknowledging and in further developing the conditions and possibilities for the exercise of human rights and fundamental freedoms, thus the review of constitutionality and legality is, in principle, and will be in a number of cases, a form of protection of individual freedoms and rights.

On the other hand, the appellate jurisdiction of the Constitutional Court of BiH represents a novelty in itself in the domestic system of constitutional justice, and it implies possibilities of reviewing judicial decisions on the basis of an individual appeal if the appellant's rights and freedoms guaranteed by the Constitution have been violated. An appeal represents an extraordinary legal remedy in itself of subsidiary nature, because it is

permitted solely if the protection by means of ordinary legal remedies remains unsuccessful. Decisions of the Constitutional Court of BiH in individual disputes are considered as judgments, even then though those acts can be broader than a judgment of an ordinary court, thus the competent authorities, particularly judicial authorities, ought to observe in their work the legal interpretations articulated in them.

The Constitutional Court of BiH, within the national framework, constitutes also a supreme mechanism for the protection of rights referred to in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given the direct incorporation of the Convention in the Constitution of BiH.

In its case-law the Constitutional Court of BiH has encountered a number of complex constitutional and legal issues, of which some of the most relevant are as follows: the issue of the sharing of responsibilities among the institutions of BiH, Entities and other administrative units in BiH, the responsibilities of the Constitutional Court as to the international treaties, the issue of the relation between the state and Entity's laws, the issue of positive obligations of the competent authorities as to the resolution of certain issues and other similar issues.

The Constitutional Court of BiH has contributed through the dynamic and evolutionary interpretation of the Constitution of BiH to the consistent guarantees of equality and constituent status of peoples throughout the entire territory of BiH, the securing of the sovereignty, territorial integrity and international subjectivity of the state and the strengthening of legal certainty and the rule of law. Within the scope of exercising its respective constitutional responsibilities the Constitutional Court of BiH adopted a great many decisions. Each of them has a peculiar significance.

Further development of the case-law of the Constitutional Court of BiH is rather important for the promotion of the rule of law in Bosnia and Herzegovina. For the Constitutional Court of BiH to be able to continue to effectively protect human rights and fundamental freedoms, that is to consistently implement the principle of the rule of law, it is important, as far as its relations with the legislative, executive and judicial authority bodies, for the Court to have the organizational and functional independence secured by constitutional-legal means and by factual means, and for all the governmental bodies in Bosnia and Herzegovina to implement the decisions of the Constitutional Court of BiH, irrespective of their interest-based or value-based standpoint regarding an individual decision. Only in that way, will the Constitutional Court of BiH be able to fully integrate the contemporary European and even global trends of the constitutional-legal protection and to make its full contribution to the constitutional-legal development of Bosnia and Herzegovina and efficient protection of human rights.

In the given circumstances, it would be necessary for the Constitutional Court of BiH to play a more open and active role in harmonizing the case-law in order to attain legal certainty and equality of the citizens of BiH before law.

The Constitutional Court of BiH, indeed, needs not be only an arbiter in the conflicts on constitutionality, but also an active factor in its implementation, and participate itself in removing the causes and occurrences of unconstitutionality of acts. In that sense one can think about a possibility for the Court to institute proceedings itself (the so-called *ex officio* proceeding), as well as about a possibility of giving initiative to other subjects (the so-called *actio popularis*), as are for instance provided for presently in the Republic of Serbia and the Republic of Croatia. In this manner the Constitutional Court of BiH could go beyond the specified request.

Given the trend of the increase in the number of cases, it certainly is necessary to consider with due attention the question on how to find a balance between the efficient protection of human rights guaranteed by the Constitution in individual (specific) cases and making it possible for the Constitutional Court of BiH to efficiently perform its basic constitutional task.

The current situation in the states undergoing transition, also including BiH, is the cause of numerous problems that the constitutional review bodies of those countries have encountered. One of the most apparent examples is the non-compliance with the decisions of the constitutional courts.

Although praiseworthy, the intention of the legislator in BiH to secure the enforcement of these decisions through the criminal legislation, recognizing thereby their indisputable significance in the protection of individual and social goods and values, one can observe that this mechanism remained without a noteworthy effect in the field of the enforcement of the decisions of the Constitutional Court of BiH and the sanctioning of persons responsible for the enforcement thereof, including the representatives of the legislative authority.

I would like to conclude noting the following: the enforcement of court decisions, including the decisions of the Constitutional Court of BiH, is not only a legal issue, but is also a social and political problem. The authority and role of the Court depend primarily upon the preparedness of not only relevant state authorities, but of the entire social community, in accepting and implementing the decisions of the Court. This issue is where the relation between the court and the community is being tested, and in general the moral and political side of the constitutionality and legality, as well as of the court decisions.

Branko Naumoski

President of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia

THE FUNCTION AND PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Allow me to first express my deepest gratitude to the organiser for extending to me the invitation to personally take part in this Conference, as president of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia. I want to greet you all, on my own behalf and on behalf of my colleagues at the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, and to congratulate you on the 50th anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Serbia. I wish you all good work and great success in facing the challenges in the time to come, and fruitful and successful work at this Conference.

I consider this Conference, dedicated to the 50th anniversary of the functioning of the Constitutional Court of the Republic of Serbia and the role and perspective of constitutional justice, very important, and its topic ever intriguing. This is also due to the fact that the experience and long-standing existence of this institution has confirmed that putting the function of constitutional review into the hands of a specialized supervising institution, such as a constitutional court, has been the strongest guarantee and cornerstone of democracy, the basis of continuing advancement and promotion of the implementation and protection of human rights and freedoms, in accordance with the principle of the rule of law.

The 50 years of existence of your Court is a sufficiently long period of time to make a positive conclusion about how correct the decision of the law-maker was to establish one such specific body, intended exclusively for this purpose.

Esteemed colleagues,

I will dedicate my short presentation to the role and significance of constitutional courts, especially in this part of the world, and start with the words of the famous English professor of constitutional law, Albert Venn Dicey: „Where there is no legal remedy, there is no right“. This is why, without a consistent system of the protection of human rights and freedoms, guaranteeing and ensuring their implementation and preventing their possible misuse, not only by others, but also by state power itself, the rights and freedoms themselves would represent just an empty declaration, unable to produce any anticipated results in building a democratic and civil society.

In other words, as it was written under Article 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789: „A society does not have the constitution if there are no legal guarantees and if there is no separation of power“. Controlling mechanisms for the protection of human rights in the European Convention are given more space and more importance than the formulation of the rights themselves. Such attitude toward controlling mechanisms is a result of a growing awareness within the Council of Europe that for rights to exist in a society, it is of primary importance that they be protected, not merely declared.

In the constitutional legal system of any state, this protecting role is entrusted to a number of subjects, among which the Constitutional Court has been increasingly emerging as the most fundamental and most striking agent in building a democratic civil state, ruled by law. Hence the statement that „the introduction of constitutional courts marks the end of authoritarian regimes and the beginning of democracy“, justifies the existence of constitutional justice worldwide, as well as in our part of the world.

The path to today's generally accepted status of constitutional justice in the world has not been an easy one, but rather, it has been more or less difficult, in various places. There is a certain amount of anxiety that review of constitutionality may represent a disturbing element in the model of democracy which, without its own democratic legitimacy, is inconsistent with the principle of national sovereignty. However, quite to the contrary, in order for a country to be considered a democracy, based on the rule of law, it is not sufficient to just adopt a constitution; rather, it is necessary to ensure its implementation and the supervision of this process. This is the only way for a constitution to acquire its full meaning and become a real shield against wilfulness and arbitrariness. Respect of the constitution is the means to achieve legal security, a stable system and to build trust in the state.

At the same time, long standing experiences in the functioning of constitutional courts worldwide have confirmed the necessity of their existence as specific, independent and autonomous bodies. It is a widespread opinion nowadays that they are the most efficient system for the protection of constitutionality, as building and preserving democracy represents a permanent challenge which demands full dedication and is not in the least an easy task; this is also true because review of constitutionality centralised in one particular body leads, on the one hand, to the specialisation of this body in this domain, and on the other, to an increased legal security due to a unified interpretation of the Constitution and law.

Esteemed ladies and gentlemen,

When discussing the role and importance of constitutional justice in this part of the world, we cannot avoid mentioning the period which lasted from 1945 until the period in which today's independent and autonomous republics gained their independence, namely, the time of the former Socialist

Federal Republic of Yugoslavia. By adopting its federal and republic constitutions in 1963, the SFRY became the first socialist country to establish a constitutional court within its legal order. This introduction of the institute of constitutional justice was motivated by the need to secure a more efficient protection of the principle of constitutionality. In the period of socialism, the constitutional court laid a foundation of the constitutional judicial practice within the country and in the region, and elevated its independent status beyond the political centres of power, though within a closed and centralised political system.

However, in the period subsequent to the acquisition of independence, the constitutional courts were faced with a new challenging situation – to take part in building and implementing a new legal system, by interpreting constitutional norms. Constitutional courts have played an important role in the consolidation of democracy, establishment of the rule of law and achieving legal security, confirming thus the importance of the constitutional protection. This was not an easy task, bearing in mind that one legal system was replaced with a new one, and new laws were being adopted as well as other acts intended for the operational implementation of constitutional norms. Both the state and its citizens have been involved in building a state with the rule of law.

Respected ladies and gentlemen,

It is obvious today that all the important duties that constitutional courts were entrusted with, have proved completely justified. The Constitutional Court protects the constitution and human rights and freedoms. There is another, not less significant function of the Constitutional Court. The position the Court enjoys in respect of the binding nature of its decisions is in many ways reflected in the general evolution of law in the state, contributing to the advancement of legal standards of the society as a whole.

It is necessary that the Constitutional Court in the public eye enjoys a reputation of an important and authoritative body. Understandably, the evolution process of the highest instance institution have not been a linear one. It is well-known that there have been many attempts to use this institution as an arena of political confrontation. However, the principles of independence and impartiality should always prevail in politics.

Though today we have built stable and modern legal systems and we are treading with confidence along the path leading to a successful functioning of the state with the rule of law, the importance of the constitutional court have not diminished; on the contrary, it needs to get ready for new challenges, the tasks arising from European integration processes. In the circumstances in which the process of harmonisation of the national legal system with the European Union law is taking place, the constitutional court should focus on the values that are protected by European law and the way they are interpreted by the European Court of Justice. Along these lines,

the exchange of experiences between constitutional courts of the European Union member-states and the states which are undergoing the process of preparation for the integration into the European family, represents an important asset for the protectors and interpreters of the constitution. Without a constitutional court, as a guarantor of constitutionality and legality, a constitution would be a mere wish, devoid of a binding force.

Respected colleagues, dear friends,

When discussing the position and role of constitutional justice, we cannot avoid the topic, at least not in this part of the world, of our constant striving to achieve independency and autonomy in our proceeding. The constitutional guarantees of independent proceeding of a constitutional court are very important (such as organisational, functional and financial guarantees), and beyond doubt those considering individual independence of judges.

Even more important elements are the moral character, awareness and conscience of the judges, as well as their virtue to stand up and resist various pressures, to be ready to defend their independence whenever under a groundless attack. The quality, perseverance and expertise of the decisions adopted by the Court are definitely some of the methods and means to secure such protection.

Such functioning and work of the Constitutional Court, independent regardless of various pressures, creates realistic presuppositions for the Constitution to be respected and immediately applied in all areas of social life, on the one hand, and for its contribution to the greater trust of citizens in the Court itself, on the other.

A big challenge for constitutional justice is also the new trend, quickly spreading through the constitutional courts of the former-Yugoslavia republics and other countries of Eastern Europe, considering the issue of introducing the constitutional appeal, i.e. the jurisdiction of constitutional courts in the protection of the rights and freedoms guaranteed by the European Convention. Namely, despite the fact that some of the countries already have this jurisdiction, as we do (though in a limited form), taking into account the so-far acquired experiences of these countries and anticipated results, the question have been raised whether and to what extent is the introduction of this jurisdiction justified? This is even more emphasised by the fact that clearly the fundamental jurisdiction of constitutional justice is review of conformity of legal norms with the constitution, which in an indirect way creates the necessary conditions and fertile ground for the development of the rule of law, the integral component of which are human rights and freedoms.

In conclusion, I would like to emphasise and reiterate that the challenges and perspectives, or more precisely, the future of constitutional justice in this part of the world has to be looked at within the framework of the

integration processes with the European Union member-states, and that it is in this direction that efforts have been made for harmonising national norms with the European rights and standards.

Even greater changes of internal legal order are possible in this direction, in which human rights and freedoms, and their protection, shall not be bypassed by any means.

In order to attain this goal, what is necessary is an increased level of organisation and actual functioning of the law of the new and expanded Europe in which every one of us shall have its share of responsibility for its development.

In this period of harmonisation, constitutional courts, and some of them to a greater extent than others, have found themselves before a difficult duty to protect the values based on the Constitution while bringing them in harmony with the European regulation and standards, for which, I reiterate, additional changes of national legal norm are required.

ON CONSTITUTIONAL REVIEW OF JUDICIAL POWER (GENERAL OVERVIEW)

I

The judiciary, which is most often determined as “an independent and autonomous branch of power”, with its own instance review, has for long been spared from constitutional review¹. In comparison with direct constitutional review of legal norms, constitutional review of acts (and actions) of regular courts basically remained on the margins, as long as the constitution was considered the fundamental act on the organisation and limitation of judicial power and the highest legal act out of which all other legal norms ensued. Such interpretation of the role of the constitution had as a consequence that regular courts, when deciding judicial matters (disputes), did not apply constitutional regulations. At the same time, constitutional courts, with regard to their exclusive function of reviewing the constitutionality of legal norms, which is the defining feature of their jurisdiction, were even less in a position to decide on matters directly connected to the rights of individuals, or to “interfere with” judicial proceedings. Let us be reminded that constitutional courts, preserving the superior position of the constitution over any other legal norm, initially primarily acted as “negative legislators”. In their essence, these courts existed in order to assess whether a law (or other regulation) was in harmony with the constitution, and to occasionally resolve a conflict of jurisdiction in complexly organised states, or a conflict of competence between different public authorities. In short, from this it can be concluded that constitutional courts (with rare exceptions) did not have any closer contact or dialog with regular courts, or indeed any direct contact with judicial decisions.

For centuries the principle of an independent judiciary and absolute untouchability of judicial decisions by extra-judicial bodies and authorities

1) In constitutional scholarly writing, the existence of constitutional courts is noted as a typical indication of contemporary European constitutionalism. Constitutional courts today exist in almost every European country with the continental legal system (with the exception of Scandinavia, Estonia, the Netherlands and Greece).

remained intact. There was a dogma at work, declaring citizens' absolute trust in judicial authorities, especially in the Supreme Court of Cassation (as the court with the highest level of expertise), the activity of which was primarily to ensure the rule of law. It should not be particularly emphasised that also judicial power, as any other power, is inclined to act with disregard for legal rules, or that the regulations of the constitution and laws are not sufficient to establish and keep the state and judicial authorities within the limits of their competence, or prevent them from an arbitrary application of law. Here we share the view that, even when any authority, including the judicial one, "has the best intentions at heart and strictly avoids any misuse, without supervision, mistakes are always a possibility, and sometimes can lead to even catastrophic decisions" (B. Smerdel).

The development of constitutional, democratic state and the increasing importance of a country's constitution as its fundamental law, with its binding regulations considering human rights and "proceedings for attaining these rights having become accessible", have resulted in the establishment of review of judicial authority, i.e. a direct examination of the constitutionality of judicial decisions. Having initially been adopted in a very restricted sense, today this kind of control is one of the two basic functions of constitutional justice. It primarily takes the form of the proceedings upon "a constitutional appeal". In various countries constitutional appeals differ in respect of their name (a complaint, a suit, an amparo, an application, an appellation, a proposition, etc.), the object of their protection, their form, accessibility and the effects of the decisions made upon them.

A constitutional appeal, this extraordinary legal remedy, has brought constitutional courts closer to judicial authorities and in a direct and continual contact with these courts' judicial decisions. This is true of both the countries which have introduced a full and far-reaching constitutional appeal which can protect all constitutionally guaranteed rights and freedoms (individual and collective), and the countries in which, by means of the constitutional appeal, only the rights and freedoms explicitly expressed in the constitution can be protected.

Theoretically speaking, constitutional review of judicial power and the objective of keeping judicial power within the limits of the guaranteed rights, could be established on a wider scale only after, instead of the principle (the idea) of independency and autonomy, the principles of legislative positivism and control (where a court of higher instance decides on the legality of the work of lower instance courts) were adopted, and the idea of supremacy and priority of the constitution outweighed that of the constitution as the most fundamental law, the regulations of which are applied and protected, i.e. protected and guaranteed by a special constitutional body.

Constitutional case-law, almost without an exception, confirms that the extension of an immediate constitutional control to acts of judicial power *is* justified. An individual constitutional appeal, immediately after it

was introduced, has become a very popular legal remedy². P. Haberle notes that with the introduction of a constitutional appeal, citizens were given, in the form of constitutional courts, their own court *par excellence*.³ The constitutional judiciary former exclusiveness has been replaced by its role of “the judiciary of common people”, which citizens could address directly, “appealing to” the highest court in the country, whenever they consider that by individual acts or actions of judicial bodies their constitutionally guaranteed rights have been violated or denied. In a considerable number of contemporary European countries, constitutional courts have become the most appealing state institutions for the protection of human rights, which has resulted in an enormous number of applications named ‘constitutional appeals.’⁴ Such practice has its advantages, but it is also fraught with danger, as it can seriously jeopardise the functional capacity of constitutional courts (especially in the countries with insufficient judiciary protection)⁵, converting them into “daily intervention courts”.⁶

2) Thus in Germany between 1951 and 2003, 141,203 constitutional appeals were lodged (J. Limbach, *On the role of the Constitutional Court of Germany*, see www.festokyo.com/Limbachetext-e.htm). Between 2006 and 2013, the Constitutional Court (the CC) of Serbia received 38,000 constitutional appeals, out of which around 95% were appeals which contested acts or actions of judicial power. Something similar has been taking place considering the case-law of the CC of Croatia, which in 1991-2013 received almost 60,000 of applications denoted as constitutional appeals. Between 1996 and 2013, the CC of Bosnia and Herzegovina received around 40,000 appellations.

3) P. Haberle, *Ustavna država*, Zagreb, 2002, 118.

4) To illustrate, according to the available data, in the course of 2012, the CC of Serbia received 10,069 constitutional appeals, the CC of Croatia 5,980 constitutional appeals, and the CC of BiH 7,730 appellations.

5) Speaking of “the crisis” of the constitutional protection in Slovenia, where enormous number of applications has turned it stultifying, and advocating “the introduction of the free-choice of applications” for the sake of solving the most important constitutional questions, C. Ribičić (formerly the Court President) notes that “everyone’s right to address the Constitutional Court is of little value, if he has to wait a few years”, or that the application is processed within a reasonable time, or “as a rule rejected without a proper explanation” (C. Ribičić, *Ljudska prava i ustavna demokratija*, Beograd, 2012, 112-124). Pointing out that the CC of Croatia in 2008 processed over 5,000 applications, J. Omejec, President of the Court, makes an assessment “that it has absolutely reached the upper limit of its functional capacity” which can hardly be surpassed, and with the trend of a continual annual increase of applications, “due to which Croatian constitutional justice has undoubtedly reached an impasse”... “and is in a deep functional crisis” (J. Omejec, *O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja*, *Hrvatsko ustavno sudovanje*, Zagreb, 2009, 44-45). It has been noted that the CC of Serbia has also been snowed under with enormous number of pending constitutional appeals and that it is threatened by a functional crisis (B. Nenadić, *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova*, Beograd, 2012, 110-132). Something similar is happening in the CC of Bosnia and Herzegovina (Lj. Ožegović, *Apelaciona nadležnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, Banja Luka, 2013, 109-161).

6) If the constitutional court daily intervenes (which it definitely does, if it resolves between 5,000 and 8,000 constitutional appeals per year, as do the constitutional

Unlike constitutional review of legal norms, which is considered to be a general characteristic of the European model of constitutional justice, constitutional review of judicial decisions is not their common characteristic. Even among the countries which were first in Europe to introduce modern constitutional courts, with the exception of Germany, judicial power has not been subjected to immediate constitutional control. Thus, even today, and even in the country which is the founder of modern constitutional review – Austria, judicial decisions are not, in principle, subject to immediate constitutional review⁷. In a number of other European countries with a notable role of constitutional justice (such as Italy, Poland, Hungary, Russia, etc.), immediate constitutional review stops at the gates (the border) of judicial power. Before constitutional courts of these countries, an individual judicial decision cannot be disputed; it is rather the law *per se* that is examined and reviewed in a procedure of constitutional control, but not its manner of application in an individual case.⁸

For the first time judicial power was really subjected to immediate constitutional review by the Federal Constitutional Court of Germany (six decades ago), in the proceedings on a constitutional appeal as a subsidiary legal remedy for the protection of fundamental human rights. Since then,

courts of BiH, Croatia and Serbia), even if it is done in good faith and better than others, such functioning does create the conditions that may cause the constitutional court to become a victim of its own activism. An impression is created not only of enormous number of cases before an institution such as the constitutional court, but also of a court obsessing with the statistics of received and solved cases.

7) I would like to remind you that the founder of modern European constitutional justice, H. Kelsen, was not an advocate of broadening the constitutional justice competence into the domain of the immediate protection of human rights. For him, these rights represented “natural law”, and he warned that in their attempt to discern and define the content of these rights “constitutional judges would actually become almighty legislators” (*La garantie juridictionnelle de la constitution*, 44, R.D.P. 197, 1928). Advocates of broadening the constitutional review maintained that provisions on human rights would not be fully protected, if constitutional review and an individual constitutional appeal did not exist, and that it is by the work of constitutional courts, which are entrusted with the protection of constitutionally declared fundamental human rights and freedoms, that the constitutional provisions cease to be „mere philosophical proclamations“ (Cappelletti). Cf. L. Favoreau, *La Politique saisie, par le droit*, Paris, 1988, 15-73 and *La Legitimite du juge Constitutionnel*, 2 *Revue internationale de droit comparatif*, 1994, 557.

8) For more on this, see G. Zagrebelsky, *La Giustizia costituzionale*, Mulino, 1988, 156; A. Pizzarusso, *Presentazione de la Cour Constitutionnelle Italienne*, 6 *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 31, 1998; L. Garlicki, *Vingt Ans du Tribunal Constitutional Polonais*, Presses univ. Aix – Marseille, 2006; L. G. Halmai, *The Hungarian Approach to Constitutional Review. The End of Activism?*, W.Kluwer, 2002, 204–207. and T. Marinković, *Interpretativne odluke ustavnih sudova*, Ustavni sud Srbije – u susret novom Ustavu, Beograd, 2004, 248-250.

the role and position of European constitutional courts in the domain of constitutional review of judicial power⁹ have gradually increased, both in the domain of a type of judicial acts and actions subjective to constitutional review, and its competence when exercising the power of constitutional review. Numerous countries in Europe today (such as Spain, the Czech Republic, Slovakia, Bosnia and Herzegovina, Slovenia, Serbia and others), extended immediate review of constitutionality to the domain of judicial power, according to and modelled on the German Constitutional Court's practice. The performance of this function is, as a rule, put on the same level with the original function of constitutional courts – the constitutional review of legal norms, given that, in practice, acting on constitutional appeals has very quickly become a dominant constitutional competence. One should bear in mind that the existence of the European Court of Human Rights, as a specific supranational constitutional court, contributed on its own to the fact that on the national level, constitutional law, and with it constitutional justice as well, suddenly started rising to the position of the most significant area of law, and the review of constitutionality of judicial power became an exceptionally important area of legal (and social) work.

Hence the most general overview of the constitutional solutions and constitutional practice of modern European states indicates that the role of constitutional courts, in their execution of constitutional review, “has by far surpassed Kelsen's expectations” (A. La Paroga). It is justified to say that, in these countries, the concept of constitutional review has been an expression of the idea that the execution of overall public authority should be subject to the constitution. In other words, the existence of a constitutional court, as a special constitutional body authorised to examine the constitutionality of acts of all public authorities without exception, and to remove from legal order all unconstitutional acts (and, in special cases, also actions), represents “coming to life” of the principle that “all power is subject to law” on the one hand, guaranteeing, that “all law is in conformity with the constitution”, on the other (L. Guerra). By constitutional justice it is desired to, by legal means, ensure that the execution of all state functions, including the judicial one, is in conformity with the constitution.¹⁰

9) Though the constitutions of the Yugoslav federation and its member-states (first the one from 1963, and then the constitutional acts of the federal state passed in 1992 and 2003), envisaged the possibility of citizens addressing the constitutional court (primarily the federal one), for the protection of the constitutionally guaranteed rights – through propositions, i.e. an (constitutional) appeal – these legal remedies were, in their essence, more of a constitutional declaration than an actual legal remedy.

10) See, I. Krbeč, *Ustavno sudovanje*, Zagreb, 1962, 6-7.

II

The introduction of immediate constitutional review of judicial authority has given rise to extensive discussions on the nature of this control and its reach, as well as on the influence of constitutional control on judicial proceedings in general, especially in the countries which have instituted full constitutional appeal. A question which attracted a lot of attention was the relationship between constitutional courts and supreme courts of cassation, which are generally defined by constitutions as “the courts of the highest instance in the country” (which traditionally had under their jurisdiction the protection of citizens’ rights and legal interests). Naturally, the establishment of the constitutional review of the judiciary and “introduction” of a constitutional court to the arena of immediate protection of human rights and freedoms, has significantly altered the initial idea of the division of functions, where a constitutional court was a “negative legislator” and regular courts were the carriers of independent judicial authority, imposing the need for the constitutional court “to find its place in this arena”. Thus, this demanded that in relation to judicial authority and its leading body – the supreme court of cassation, the scope of constitutional judicial control be defined, i.e. that the constitutional legal border-line of the work of a constitutional court be defined, as well as its jurisdiction in exercising the power of review of the constitutionality of judicial decisions.¹¹

Due to the limited scope of this paper, it is not possible to touch upon all relevant aspects of the relationship between the constitutional court and regular courts, or to point out various questions which have stood out in exercising the power of constitutional review of acts and actions of the judiciary. It is generally noted in comparative law, however, that it is the exercise of this function that, in the very beginning, resulted in tensions between these bodies, especially between constitutional courts and supreme courts of cassation. This initial tension was largely the consequence of the fact that supreme courts, as the courts of the highest instance in a country, had not been used to any legal control of their work, nor had they been used to the immediate application of constitutional provisions. Considering these resistances and tensions, P. Passaglia notes that “judges whose decisions may be cancelled by a body which is outside the judicial hierarchy are, naturally, more prudent when it comes to their competence”, and this is why “they jump at a chance to hoist a flag of their authority, resisting any imposition”.¹² Fertile ground for continual

11) See, L. Garlicki, *Constitutional Courts versus Supreme Courts*, International Journal of Constitutional Law, 1, 2007, 45 (and elsewhere).

12) P. Passaglia, „*La réception des décisions des juridictions constitutionnelles par les pouvoirs constitués*“, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXVII, 2012, 634. For more on this, see L. Garlicki, *op. cit.*, 44-68; M. Lazarova Trajkovska, *Uloga ustavnog suda u zaštiti ljudskih prava, pravo na ustavnu žalbu*, the paper prepared for the conference of the Constitutional Court, Belgrade, 25 September 2009, B. Nenadić, O nekim aspektima

arguments and disputes between constitutional courts and judicial authority lies in the fact that, within the text of the constitution¹³ or laws, there are, as a rule, no solutions which would more precisely define the reach (and limits) of constitutional control, nor are they those defining the competence of a constitutional court when reviewing the constitutionality of judicial decisions. This is why, from the very beginning until this day, legal profession has persistently been searching for more reliable criteria and grounds to differentiate the functions of constitutional review and the exercise of judicial authority.¹⁴ Courts themselves have been putting an effort into finding certain patterns, i.e. the rules and criteria for establishing “admissible reach” of this form of constitutional review. Thus, in the theory and practice of European constitutional courts, the following rules (conventions) and formulae emerged: the concept of a specific (constitutional) right and an ordinary (legal) right; the four-step proceedings; Haeck and Schuman’s formula; the proposition that constitutional courts establish only the principles, and that regular courts are allowed to, within the limits of these principles, find adequate rules for the solution of the case in question; the rule that constitutional courts should, on principle, base their decisions on facts and interpretation of law [legal interpretation] established by the highest regular court, i.e. on what *judex a quo*¹⁵ has given, and that constitutional courts act in accordance with the so-called *clause yes, except...* (due to which it shall act otherwise *only exceptionally* – for example, *if* there is arbitrary, wilful and constitutionally unacceptable administration of justice by regular courts), etc.

III

When a judicial decision is subjected to immediate review of constitutional courts, it is a process in which constitutional courts, in a special

odnosa ustavnih i redovnih sudova, Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava, Beograd, 2013, 71 (and elsewhere).

13) An insight into constitutional scholarly writing leads to the conclusion that this kind of control has been sub-normed and, as a rule, given over to legislative shaping. Thus, for example, there is only one provision concerning this review in the Constitution of Serbia (article 170) and the Constitution of Croatia (article 128).

14) Constitutional courts have adopted some of these propositions, but it has been assessed in literature that one of them was not possible to consistently apply in practice. For more on the same, see: J.C. Beguin, *Le Controle de la constitutionnalite des lois en RFA*, Paris, 1982. 185-191; S. Rodin, *Osnovni parametri reforme Ustavnog zakona o Ustavnom sudu*, Zbornik pravnog fakulteta, Zagreb, 6/1998, 652-653; B. Nenadić, *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova*, Beograd, 2012, 70.

15) R. Jaeger and 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, 23, 28-29.

procedure, exercise the power of “review” of the contested judicial decision from the angle of its conformity with the constitutional provisions on human rights and freedoms. Whether final judicial decisions can “stand” this review or not, is up to constitutional courts to decide, as they have the final say on the matter, if supranational review of international and regional institutions, in the domain of the protection of fundamental human rights, is exempted here¹⁶. By the extension of constitutional review to judicial power, a generally new environment has been created for the work of this branch of power. Even the highest of courts cannot be certain that the procedure of the protection of rights, i.e. a judicial dispute, definitely ends with their decision, as judicial proceedings (despite the finality and validity of judicial decisions), may be continued before the constitutional court¹⁷ in the proceedings for examining the constitutionality of these decisions, primarily for the sake of the protection of human rights (most often upon an individual constitutional appeal, but also upon other legal remedies).¹⁸

If experiences of constitutional courts when exercising their power to review the judiciary are generalised, this could lead to a conclusion that constitutional courts do not stop at rejection and adoption of judicial decisions, i.e. at rejection or acceptance of constitutional appeals or a simple establishment of a violation of a constitutional right by the respondent judicial decision or action. In addition, constitutional courts do the following: (1) annul (cancel, quash) decisions of regular courts which are not in conformity with the constitution;¹⁹ (2) order the competent court to “re-open the case” within a given time and pass a corrective decision; (3) establish the right to compensation of damages, as well as estimate non-pecuniary and pecuniary damages for a violation or deprivation of a constitutional right, especially in the case of a violation of the right to a trial within a reasonable time, which has been

16) On the relationship between the European Court of Human Rights and national constitutional courts, see D. Popović, *Evropski sud za ljudska prava*, Beograd, 2008, 117. and Ž. Potočnjak, *Evropski sud za ljudska prava i Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti ljudskih prava*, *Hrvatsko ustavno sudovanje*, 209 (and elsewhere).

17) Cf. A. S. Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford Uni. Press 2000, 209 (and elsewhere).

18) See M. Pajvančić, *Ustavna zaštita ljudskih prava*, Novi Sad, 2001, 71, 92-97.

19) A Constitutional Court, in Kelsen's words, appears as a „negative legislator“, which eliminates from the legal order unconstitutional act or action performed by judicial power (with a similar effect as if it had been done by the court of the highest instance – the supreme court). An affirmative decision of the constitutional court results in the cessation of enforceability of unconstitutional decisions of regular courts, and also in re-opening of trials before the competent court and making a corrective decision. A Constitutional Court, often „not unlike a switchman“, as L. Favoreau said, directs courts to act in conformity with the constitution, i.e. to respect the constitution. Compare with S. Rodin, *Kontrola ustavnosti i dioba vlasti*, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2/1996, 175-177. and B. Nenadić, *O nekim aspektima odnosa ustavnih i redovnih sudova*, 96-104.

the case in Serbia, Montenegro, and earlier also in Croatia. Further, some constitutional courts have been authorised to: (1) pass temporary measures which put on hold the execution of a contested final (and/or enforceable) judicial decision – until the deliverance on its constitutionality; (2) oblige the competent court to pass a new decision in conformity with its appraisal and positions taken therein; (3) determine the manner of enforcement of its decision; (4) institute proceedings *ex officio* of constitutional review of laws which had been applied by the regular court in its judicial deciding, etc.

When constitutional review of judicial power is in question, constitutional courts are not defined as bodies which administer control of regular instance courts, nor those that control legality and accuracy of regular courts; rather, they do it as guardians (guarantors) of the constitution and “depositories of the constitutionally guaranteed rights” (V. Stanovčić). As a general starting point in exercising the power of constitutional review in relation to judicial power, there is a widely accepted view that constitutional courts do not control whether regular courts “have ruled adequately” when establishing the factual situation and applying procedural or substantive law²⁰, but whether they “respected the constitutional boundaries” which may

20) Thus the CC of Serbia (and similarly constitutional courts of BiH, Montenegro, Croatia and Slovenia) in its decisions notes: „that the appraisal of the correctness of decisions of regular courts is not its competence“; „that the competence of higher courts is, in a legally provided procedure of review of the legality of decisions of lower instance courts, to appraise the correctness of the decisions of regular courts“; „that the jurisdiction of higher courts is to appraise the correctness of the application of substantive and procedural law in a legally prescribed procedure of review of the legality of decisions of courts of lower instance“; „that its competence is not to decide on disputes considering... the application of law“; „that its competence does not imply the competence of the court“, nor does it have „general power of deciding possessed by courts of instance“; that it is not competent to „after and instead of competent courts, or other state authorities, conduct proceedings and resolve disputed relationships“, but only to „examine whether the competent courts, by their decisions and actions violated the applicant’s right or deprived him of a constitutional right or freedom and to establish whether the allegations of the constitutional appeal are grounded on constitutional reasons, which from the point of view of the constitutionally stipulated content of the designated constitutional right, supports the allegation of its violation and deprivation“; that it is „competent only to inspect the existence of violations or deprivations of the constitutionally guaranteed rights and freedoms“, and that „it is not competent to, as an instance (higher) court, re-examine the legality of contested acts and actions“; „that the question of the way the evidence is presented by regular courts, as well as the question of admissibility and assessment of evidence, is not the competence of the constitutional court, but rather that of regular ones“, etc. For more on this, see B. Nenadić, K. Manojlović Andrić, *Sprovedenje postupka po ustavnoj žalbi i mere za njenu efikasnu primenu, Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, 122 and elsewhere; C. Ribičić, *Ibidem*; K. Manojlović Andrić, *Postupanje i oblik ispitivanja ustavne žalbe, Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, 169 and elsewhere; D. Ljubić, *Granice ustavnog sudovanja iniciranog ustavnom tužbom*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2013, 159 and elsewhere. Lj. Ožegović, *op. cit.*, 173-180.

not be overstepped either by independent judicial power or by a judge's discretion.²¹ When exercising the power of constitutional review, the constitutional court does not decide on the merits of judicial disputes instead of the competent bodies²², but in the proceedings of constitutional control, looks for answers to the question, whether the judicial power in the execution of its functions remained within the limits of the constitution, and whether in the acts and actions of the judicial power, the fundamental human rights have been violated.

While in principle, when appraising the constitutionality of judicial decisions, constitutional courts emphasise that they do not act as “supervising authority”, theory indicates that, in practice, their supervision has far-reaching consequences. It is noted that when constitutional courts consider constitutional appeals, an impression is created that “the zone of their discretion seems unusually broad,” i.e. that constitutional courts have “a wide scope and extensive freedom to act” while carrying out constitutional review of judicial power. In words of A.S. Sweet, sometimes it seems “that in some places and in certain domains the freedoms enjoyed by a constitutional court seem almost unlimited”. To support this claim it has been quoted in scholarly writing that constitutional courts assess whether: “the judicial application of law is constitutionally acceptable”, i.e. whether it is “arbitrary”; whether proceedings were in their entirety just”, etc. It has been noted that constitutional courts relatively often quash (annul) reviewed judicial decisions (especially in new democracies), after previously “having thoroughly dismantled the proceedings of regular courts”, while “guiding judicial power”, i.e. “encouraging and inviting regular courts to apply constitutional provisions themselves, i.e. harmonising judicial case-law with the constitutional one by its interpretation”, i.e. “interpreting law in the sense that is in conformity with the constitution”, has been their less visible function. It is especially emphasised that rather conspicuous tensions between constitutional and regular courts arose from the moment when constitutional courts started applying the technique of so-called interpretative decisions instead of the decisions on unconstitutionality, i.e. when constitutional courts started a widespread practice of the interpretation of legal rights (bringing them in harmony with the constitution) and establishing “the real meaning” of constitutional and

21) Cf. H. J. Papier, *Pravna država i ustavno sudstvo, Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, 32 (and elsewhere). See also B. Košutić, *Granice ustavnog suda u ostvarivanju vladavine prava, Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, 33 (and elsewhere).

22) In the constitutional court decision IUŽ-97/2012, it is written that the right of the legislator to correct its legal norm, in order to bring it to conformity with the constitution“, as well as „the right of judicial power to examine and correct its own decision, remains intact“. Neither can the constitutional court, „instead of the legislator“, write additions to law, nor can constitutional justice, instead of the court, solve actual disputes and take over the court's competence“.

legal provisions.²³ The dispute was, as a rule, created when the interpretation of a legal right established by constitutional courts differed from that established by supreme courts.²⁴ Further, this tension was additionally reinforced by decisions upon constitutional appeals, where constitutional courts took standpoints “that a wrongful interpretation of constitutional and legal provisions done by regular courts, has become a constitutional matter”, i.e. “that a mistake in the interpretation of law, as well as a violation of procedural guarantees of a just trial”, has acquired a constitutional legal dimension”.²⁵

It is indisputable that constitution-makers want to achieve that, by constitutional review, also judicial power is held within constitutional boundaries, i.e. that the constitutional provisions on human rights are especially (additionally and particularly) guarded from infringements that could be committed by courts. In addition, it is a fact that constitutional courts, in their exercise of the power of constitutional review, are not given unlimited freedom considering “the appraisal of the constitutionality of judicial decisions”, especially in respect of the question whether they are “regular and just”.²⁶ Hence, it is particularly important, in any given case, that it is evident

23) The function of interpretation of constitutions makes constitutional courts especially important constitutional bodies, for they are entitled to „read“ the constitution and have the final word in „what the constitution says“. Modelled on an American theory which maintained that the constitution is what nine old gentlemen at the Supreme Court of the USA say“, the German theory has also noted that „the Basic law is valid in the way it is interpreted by the Federal Constitutional Court“ (R. Smed). C. Ribičić writes that „the constitution is not what the deputies voted, but that which is today read by constitutional judges“. For more on this, see B. Košutić, *op.cit.* 48-9.

24) Constitutional courts expected from all state authorities, even from supreme courts, to start to adhere to their interpretations and positions, but supreme courts often invoked their traditional authority to interpret law, and regular courts were, as a rule, loyal to their court of the highest instance and its interpretation.

25) J.C. Beguin, *Le Controle de la constitutionnalite des lois en RFA*, Economica, Paris, 1982. 185-191. See also the positions expressed in newer decisions of the Federal court of Germany, BVerfGE 65. 317 (322) и BVerfGE 30, 173 (188), *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog suda*, KAS, Beograd, 2010, 316 and B. Nenadić, *op. cit.*, 93-98.

26) In theory it is maintained that constitutional courts often act as pure courts of instance, establishing violations of law in the way which is characteristic of the regular judiciary, qualifying a violation of substantive law as a violation of constitutional law. These assessments are often related to the decisions by which constitutional courts quash decisions of regular courts, because in the procedure of regular constitutional review they establish: “that the court’s interpretation of law was arbitrary” or that “it applied the relevant law in an unconstitutional way”, or “it wrongfully interpreted the content of a law” or “due to constitutionally unacceptable interpretations of the content of the applicable substantive law done by regular courts”, or when it established that “the infringement of law has been perpetrated in such a flagrant way that its application is in contrast with the goal and purpose for which the law has been designed” or when the applied law is the law “which obviously shouldn’t have been applied”, or when it assesses that the judicial interpretation

whether the work of the constitutional court is directed toward fundamental constitutional values (such as human rights) and toward guiding the courts as public authorities on the way of the constitution, or whether the constitutional court, by its doing, “replaces” the bodies of judicial power in the execution of their primary competence defined by the constitution itself.²⁷ Since the latter is an actual possibility, and as the constitutional court decisions are generally binding and final, there is an ongoing open question of what to do when constitutional courts cross over into the arena of judicial practice (regardless of the fact that such acting of a constitutional court may be only exceptional and that by it the constitutional court often offers the protection that should have been offered by regular courts).²⁸ The doctrine expressed through the remarks on the constitutional court case-law, defines this prohibition as an obligation of the court to observe self-restraint (I. Krbek, J. Djordjević), i.e. that it must “scrupulously take care to remain within the limits of its function” (M. Šuković), and that constitutional courts need

of law in the relevant case “has lead to results which the legislator in the execution of its function would not be authorized to prescribe”, or that the “contested decision is grounded on incompetent discrimination due to which there is a flagrant breach of the principle of equality and justice”, etc. The quoted violations are, according to the established case-law of the constitutional courts of Serbia, Croatia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina, established as “a violation of the constitutional principle of equality”, i.e. “the right to a just trial” or to “the equal protection of rights”. Further, by the insight into some decisions of the mentioned constitutional courts, even the CC of Germany (BVerfGE 18, 85), it can be concluded that constitutional courts shared, i.e. established that „an individual decision is not grounded in the applicable law“; „that deciding in the disputable decision has been executed on the grounds of a flagrant mistake in the choice of an applicable law“; that the judicial decision „has been taken in contradiction with the case-law of regular courts“, and „it has been deprived of any objective and reasonable grounds and rationale“. Such judicial decisions have been quashed, as according to the assessment of these courts they have stepped out of constitutional standards of „a just trial“. For a more detailed account, see D. Ljubić, *op. cit.*, 159-176. and K. Manojlović Andrić, *op. cit.*, 161 (and elsewhere.)

27) For more on these phenomena in the comparative constitutional justice, see A. S. Sweet, *op. cit.*, 93-116, 147-172, 173-208; M. Davis, *The Law Politics Distinction, The French Conseil Constitutionnel, And The US. Supreme Court*, 34. AM. J. Comp. L. 45, 1968; L. Garlicki, *Ibidem*; A. Bačić, *Ustavne promjene i dileme konstitucionalizma*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, 4/2009. and C. Ribičić, *Ibidem*.

28) In numerous decisions of constitutional courts, their enthusiasm to fully protect the right of every individual to a “legal”, “just” decision, as well as to ensure “equal acting of regular courts”, i.e. “equal application of law”, is clearly evident. Initially, such practice had its advantages, but at the same time, it carried a great risk that the limits of the constitutional court’s competence could be overstepped and that the established relationship of the constitutional court and the supreme court of cassation could be called into question and its constitutional competence disturbed and overstepped. See also D. Krapac, *Pretpostavke za pokretanje i vođenje ustavnosudskog postupka zaštite individualnih ustavnih prava i sloboda*, *Hrvatsko ustavno sudovanje*, 179 (and elsewhere).

to consistently respect the basic premises of the division of functions, according to the principle “everyone within their own jurisdiction”²⁹

IV

Starting from the constitutionally prescribed role and competence of constitutional courts, the question of the scope and reach of their function and competence in carrying out constitutional review of decisions of judicial power seemed sufficiently clear. It used to be concluded that, from the constitution (and laws), it clearly ensues, *prima facie*, that the resolution of disputes from the constitutional domain was the matter of competence of constitutional courts, while the resolution of other disputes where “law and other regulations are applied”, was in itself the competence of regular courts. However, one should not be too familiar with the functioning of constitutional and regular justice in order to find out that the constitutional reality is totally different and by far more complex than this.

It has been generally observed that all European countries which have introduced any form of constitutional review of judicial power have experienced in practice, to a greater or lesser extent, various sorts of conflict between the constitutional and the supreme court. In theory it has been estimated that, even from normative perspective, it has not been easy to define the domain of constitutional control (review) of judicial power, i.e. to “share” the competences between constitutional courts and regular courts in the protection of human rights.³⁰ Over time, in the constitutional

29) Constitutional court judges often have a dilemma what to do considering the so-called delicate situations – to protect citizens’ rights acting as a supreme court – entering by this the domain of judicial power which has failed to protect the infringed right (preventing, thus, also “the disturbance” of the state before the international institutions), or declare itself incompetent, strictly adhering to the principle of delineation of functions and avoiding to enter the domain of judicial power, and so “tolerate the infringement of a legal right” committed by judicial power and put dissatisfied citizens in a position to seek protection before the international institutions. For more on this, see D. Krapac, *op.cit.*, 178-191; C. Ribičić, *op. cit.*, 113. and 114; B. Nenadić, *Ibidem* и K. Manojlović Andrić, *op. cit.*, 178.

30) Problems in the relationship between constitutional courts and supreme courts are often a consequence of system problems, as the jurisdictions of these bodies have not been established in accordance with their constitutional role. This has especially been prominent in those countries which, with the intention of solving inefficiency and ineffectiveness of the judiciary (and other institutions), under constitutional dispute subsumed things which were not in their essence constitutional disputes. Besides, legal solutions in some systems (Croatia, Serbia) did not make it possible for the highest regular court in the state to, in accordance with its basic role, “unify case-law” or ensure “unified application of law”, “equality of parties in court proceedings”, i.e. “equal protection of rights” before regular courts in the entire territory of the country, as well as the efficiency of trials before

practice of each country, between constitutional courts and supreme courts of cassation (i.e. judicial power in its entirety), a *modus vivendi* has developed aided by jurisprudence, but it has not always been simple to find a solution to certain conflicts and reduce tensions between these bodies. There has been talk about the war of courts in Belgium and Spain, while³¹ the rebellion of judges or “the system crisis” was being quoted in the Czech Republic³² and Montenegro³³. As it has been noted in constitutional writing that some countries, among which also Serbia³⁴ and Croatia,³⁵ are still “fertile

courts of lower instance. This task has been transferred to the constitutional court, by which the constitutional role of this body has been considerably disturbed. To that effect, see also various decisions of Croatia UI-1569/2004 and that of the CC of Serbia, IY-2/2010, on the so-called qualitative census to the declaration of revision and its influence on the relationship between supreme and constitutional courts. For more see B. Nenadić, *op. cit.*, 104-109. and D. Krapac, *op. cit.*, 177-178.

31) On the rivalry of these courts, see also L. Turano, *Quis Custodiet Ipsos Custodes? The struggle for jurisdiction between the Tribunal Constitucional and the Tribunal Supremo*, International Journal of Constitutional Law, 4, 2006, 151-162).

32) L. Garlicki, *op. cit.*, 60. It has been written that the Czech regular judiciary for long negated the binding character of the constitutional court decisions. (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/wccl/ponencias/16/281>, 4-7.), and that the question of the binding power of decisions (precedents) of the Constitutional Court „has turned into a greater system crisis“, as the Supreme Court openly rebelled against the Constitutional Court. Also the assessment stands that the Constitutional Court persistently and consistently quashed unconstitutional decisions of regular courts (Z. Kuhn, *Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies, The Constitution in Private Relations, Expanding Constitutionalism*, Eleven International, 2005, 223–225). See also: W. Sadurski, *Rights Before Courts, A Study of Constitutional Courts in postcommunist states of Central and Eastern Europe*, Spinger, 2005, 21-23.

33) To this effect is also the statement of the president of the Supreme Court, V. Medenica: „The Constitutional Court cannot be above the Supreme court“, „Pobjeda“, 23 February 2012.

34) The Supreme Court of Serbia was also against the CC’s review of the decisions of regular courts, continuing to contest its authority of cassation. The Supreme Court, and also the Supreme Court of Cassation, concluded that „such acting of the CC is against constitutional Articles 143 and 145 of the Constitution, according to which judicial decisions can be reviewed only by courts, in a procedure provided for this, and that the CC is not authorised to quash decisions of regular courts“ (www.vk.sud.rs). The task of resolving this dispute has been transferred to the legislator, so by the alterations of the Law on the Constitutional Court (2011), there occurred „an exemption of judiciary decisions from acts of „cassation““. However, the Constitutional Court instituted proceedings *ex officio* and passed a decision on the unconstitutionality of this legal solution (IY3-97/2012). For more details, see B. Nenadić, *op. cit.*, 98-100.

35) In the constitutional theory of Croatia we find the assessments of „chronic misunderstanding“ between the Constitutional Court and the Supreme Court (A. Bačić, P. Bačić, *Ustavna demokracija i sudovi*, Split, 2009, 70-71) and of the basic problem of this

ground” for disputes of these bodies. It is a generally accepted notion that *modus vivendi* between the Federal Constitutional Court of Germany and the Supreme Courts (the five specialised ones) in the execution of judicial review is more peaceful and acceptable than in any other country. From the point of view of this court, which is considered ‘a model constitutional court’, the solution for immediate constitutional review of judicial power, or more accurately, the solution by which a violation of constitutionally guaranteed rights “has become immediately appeasable” and based on which individuals can file a constitutional appeal against final decisions of any of the five supreme courts, is absolutely crucial. However, the secret of the German Constitutional Court lies not only in constitutional (legal) solutions, but also in the fact that this Court, by developing the concept of immediate application of the Basic Law, in practice has acted “without monopolizing its application and interpretation”, but rather as a “coordinator in that procedure” (G. Robbers), which has the last word also in the case of contesting the constitutionality of acts by judicial power.³⁶

The legal debates on acceptable limits of constitutional review over the regular judiciary (which take place also through judicial decisions) are very vigorous today, sometimes becoming also very fierce. With the aim of “calming things down” between the constitutional court and the supreme courts of cassation, in some countries even the parliament intervened³⁷, and when it was necessary, also the maker of the constitution.³⁸ The experience has indicated, however, that the relation between the supreme court and the constitutional court largely depends on “good will of both parties”, and their readiness to avoid conflict, i.e. to solve any misunderstandings in a direct dialogue and in the spirit of cooperation (L. Garlicki). Hence, it is not “a novelty” that sporadically there are tensions and disputes between constitutional courts and supreme courts. There is almost no country in

misunderstanding, which is reflected in the fact that „the Constitutional Court has the right to conduct an appraisal of the acts of judicial power“ (S. Rodin, *op. cit.*, 561-562).

36) The Federal Constitutional Court of Germany reports that it is a general rule that all courts, including the supreme ones, almost without an exception, follow its decisions. Sporadically, however, courts of lower instance do step away from the jurisprudence of the CC, however, such declinations are “isolated instances which are rectified in the process of deciding upon constitutional appeals” R. Jaeger i S. Bross, *Ibidem*.

37) For example, there was a long-term dispute between the CC and the SC in Serbia over the right to appeal to a decision of the appellate court on inadmissibility of exceptional auditing (Уж-2233/11). This dispute was in the end solved by the legislator, stipulating explicitly in the law the right of appeal to the mentioned decision of the appellate court.

38) Thus the Croatian Parliament (“Sabor”) by the alterations in the Constitutional Law on the Constitutional Court, has established that, when passing a new act, the competent judiciary and other administrative bodies, are obliged to respect the position of the CC expressed in the decision which quashes the act which has violated the constitutional right of the applicant (Article 77, par. 2).

which individual conflicts between the constitutional court and other courts have been entirely avoided, even in the countries in which the authority of the constitutional court is indisputable.³⁹ Also, comparative case-law shows that there are no ready-made patterns of a peaceful co-existence of the constitutional court and regular courts which could entirely solve disputes and tensions arising between these bodies. Hence, the existence of tension between the mentioned courts, i.e. the existence of differences between them, in its essence is not considered something irreconcilable with constitutional review, or with the independent judiciary in democratic societies ruled by law. However, when a conflict becomes a chronic condition, with evident incidents which develop into a war of courts, i.e. the rebellion of judges, then these conditions are considered a deviation which has to be overcome. It often requires that the legislator intervenes, or at times even the maker of the constitution (by clearly defining delineation between these courts), so that judicial disputes do not, like the doomed Dutchmen, entirely sail between the supreme court and constitutional court, never to make port.⁴⁰

V

Constitutional review of judicial power has demonstrated in practice several exceptionally important aspects:

Firstly, by exercising the power of constitutional review of acts and actions of regular courts in the proceedings following constitutional appeals, constitutional courts have given an important encouragement to the immediate implementation of constitutional norms on human rights. By their interpretation of the constitution, and especially by the explanation of their legal position, constitutional courts, through their “orders for re-trial”, have essentially encouraged courts to interpret law in conformity with the constitution, as well as to immediately apply the provisions considering the human rights. In this part, constitutional review has become complementary to judicial function, in the protection of human rights in their essence.⁴¹ Hence, constitutions have become legal instruments which can

39) K. Schlaich, *Procedures et techniques de protection des droits fondamentaux-Tribunal constitutionnel federal allemand*, *Revue internationale de droit compare*, 2, 1981, 381-383.

40) S. Rodin, *op.cit.*, 653.

41) It is worth pointing out that the constitutional courts of the countries of new democracies (with all the difficulties that the protection of human rights entails in these countries), have accomplished evident success, the importance of which is greater in view of the fact that regular courts in these countries are not only inefficient (and that court proceedings take unreasonably long time), but that they are still „stuck in legal positivism“ (J. Omejec).

be immediately applied by any court, which made them “not only useful, but also obligatory tools in all judicial proceedings”. It is exactly due to this new treatment of the constitution, as a fundamental law of the state in the exercise of judicial power, that this power has increasingly fallen under the direct influence of the constitution and constitutional case-law. In short, due to constitutional review, constitutions today have actually the role of an indispensable yardstick, a tool for measuring out the solutions of disputes considering the constitutionality of legal norms, as well as the disputes before regular courts.

Secondly, the process of constitutionalization of separate legal areas, i.e. the special branches of law, has become broader and stronger through the work of constitutional courts. By examining whether judicial decisions are in conformity with the constitution, constitutional courts have stepped out of their traditional field (constitutional law) and entered other areas of law. Constitutional courts’ decisions on constitutional appeals “spread constitutionalism in practice (primarily through the protection of individual rights) to the areas outside public law, to criminal, administrative and private law”.⁴² In other words, it is almost impossible today to clearly delineate constitutional law and the rest of the legal system in a state, as constitutional law has penetrated the entire legal system structure.⁴³

Thirdly, by reviewing judicial decisions, constitutional courts have gained the possibility to influence, not only the protection of human rights in any given case, but also the execution of judicial function in general. Namely, constitutional courts’ decisions made in the procedure of constitutional review of judicial power, do not serve only for deciding actual cases which are brought before the constitutional court, but they have by far wider significance and meaning. The principles of interpretation (of the constitution) contained in the wording of their decisions, “radiate their essence outside the case in question” and are respected by courts also in their future

42) A. Sajo, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Central Eur. Univ. Press, 1990, 243.

43) When the CC of Serbia is in question, the process of „constitutionalisation of specialised legal areas“ mostly refers to the criminal law procedure (the presumption of innocence, deprivation of liberty, assignment of detention), as well as numerous issues of the right to a just trial (including the right to access courts, the right to a trial within a reasonable time), as well as the right to equal protection, the right to property, the right to labour, the right of a child, the right to privacy etc. See G. Ilić, *Uticaj prakse Ustavnog suda Srbije na standarde ljudskih prava u krivičnom postupku, Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, 185-209. In addition, the principles of equality and prohibition of discrimination, the right to safety and the rule of law, proportionality, a just trial, etc., have become the fundamental values which are guarded and promoted by constitutional courts through their most important decisions, with the aim of ensuring a more effective protection of individual freedoms, human dignity, general freedom of action and free personal development, before all bodies, in public-law and private-law relations.

cases. Hence, although the primary goal of a constitutional appeal is offering individual protection, the role of a constitutional court is reflected in establishing (building) constitutional standards in the exercise and protection of fundamental human rights in general, i.e. in all other cases and in all areas of law.⁴⁴

A large number of applications submitted to regular and constitutional courts considering violations of constitutional regulations on human rights, requires that constitutional courts find adequate and “convincing” answers in the wording of the constitutions. The consequence of this is that almost any constitutional provision is followed by constitutional case-law “which has gradually become more relevant”, and “more receptive” (to avoid saying more ‘competent’), than original, written norms.

Fourthly, the decisions of national constitutional courts made in the domain of judicial review have increasingly become the expression of a multiple “dialogue” of these courts with: (a) decisions and case-law of (national) regular courts; (b) the case-law and established standards of the European Court of Human Rights, as well as international institutions which supervise the implementation of human rights; (c) good practice of other European constitutional courts. Hence, it can be said that constitutional courts, when examining the conformity of judicial decisions with the constitution, as well as with conventional law, at the same time contribute to the Europeanization of national legal orders. Namely, in European countries of today, the judicial procedure for the protection of human rights is not limited any more to the application of legal norms to the established factual situation in respondent cases, but it seeks a “simultaneous application” of both legal and constitutional provisions, as well as that of supranational ones. Though legal provisions are still the most prominent and useful for deciding of regular courts, this has become an insufficient or limited way, as in almost any case, a question may arise whether these provisions are in conformity with the constitution, but also whether they are in conformity with conventional law, as higher ranked law. When looking for the answer to this question, regular courts have to find the correct interpretation, legal provisions and constitutional norms (as well as the provisions in the relevant conventions), and in case of doubt, they have to refer to the constitutional court, i.e. to its case-law and the case-law of competent conventional courts and bodies.

Finally, the abovementioned entails that the process of constitutionalisation in European countries of today, which has gained a special momentum through the exertion of the power of constitutional review, has as a consequence three important things: (1) that constitutional law has become a unifying factor which brings together formerly rather autonomous areas

44) For more on this, see G. Ilić, *op. cit.*, 208-209. and T. Marinković, *Dejstvo odluka ustavnih sudova, Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, 295-301.

of individual branches of law into a coherent (unitary) legal order;⁴⁵ (2) the long-standing opinion that judges are the speaking law to whom the immediate application of the constitution and its creative interpretation are prohibited has been abandoned, (3) such an orthodox division of competences between constitutional and regular courts no longer exists.⁴⁶

VI

Former case-law and the work of constitutional courts, including review of constitutionality of judicial power, have earned, beside positive criticism, also a rather long list of negative observations and objections. Constitutional justice has been, among other things, reproached for “increased activism” in relation to judicial power,⁴⁷ i.e. for being “excessively restrained”, “very cooperative (forthcoming)” and even “fearful” when political acts are in question (especially executive ones); that it “demonstrates its strength and power in relation to courts, i.e. judicial power; “that it too often and too deeply interferes with decisions of regular courts”⁴⁸; that the authority to “quash” final judicial decisions has become the order of the day, even of those passed by the highest (supreme) court;⁴⁹ that it has become a

45) There has been a position present in the doctrine, i.e. the practice of regular courts, that „some laws, to a greater or lesser extent, make independent, autonomous areas of law, which are characterised by various sources of law and various ways and actions of making judicial decisions (e.g. private law, criminal law, administrative law, labour law, etc.).

46) Cf. A. S. Sweet, *op. cit.*, 96, and elsewhere.

47) A former president of the CC of Hungary, L.Solyom, once stated that „we always emphasise that we are activists in certain domains, e.g. the domain of fundamental rights, where the court does not hesitate to decide difficult cases. Contrary to this, we have been reserved and have practiced self-restraint when the questions referring to political structure are at issue“. Cf. V. Beširević, *Ustavno sudstvo u zemljama u tranziciji: lekcija iz uporednog prava, Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, 278.

48) For more on this, see K. Manojlović-Andrić, *op.cit.*, 178.

49) The method of annulment and cessation of supreme court decisions, especially if this activity is frequent, has not in itself proved an effective way to protect human rights. The prestige and authority of constitutional courts’ decisions is primarily based on „the persuasiveness of decisions and the strength of their arguments“ (C. Ribičić). Even the German Constitutional Court (the decisions of which are carried out almost without an exception), needed time to convince the supreme judiciary of the validity of some of its legal interpretations. The Constitutional Court of France has, for decades, „advocated and persuaded“ regular courts to follow its interpretations, but the groundedness of its decisions and intellectual strength of its rationales resulted in its „becoming more successful in its work in the last few decades“. In Italy, after six decades, the Supreme Court of Cassation has adopted the position that the „rationales and positions of the Constitutional Court in interpretative decisions shall be adopted only if they are convincing.“ The Croatian CC, though it passed many thousands of decisions in previous years, and despite its indisputably

new judicial instance – of the third (or fourth) grade”, “that they have appropriated the functions of supreme courts of cassation” as they started the process of “unification” of the case-law of regular courts”; that by passing so-called interpretive decisions they have taken over not only the role of the highest court, but also that of the legislator itself, for what they have not been authorised by the constitution;⁵⁰ that against the constitution and law they have been undermining the independence of courts obliging them to “decide”;⁵¹ and that they are trying to proclaim “their assessments, i.e. legal interpretations” established in the reasoning of their decisions, legally binding, and when they do not succeed in that, these interpretations are put in the dispositive part,⁵² explicitly obliging courts to act in conformity with “their assessment” and positions, and not according to the constitution and law;⁵³ that they “instruct” regular courts to, against the law, use the institute

prominent activism, has not, for a long time, convinced the Supreme Court to voluntarily follow its positions, so the SC was obliged to do so by the maker of the constitution. Also, this question has been raised concerning the relations between the Constitutional Court and the Supreme Court of Cassation, i.e. between the CC and regular courts in Serbia, despite the fact that the Constitution explicitly stipulated that „the decisions of the CC are generally-binding, final and enforceable“, and „that all are obliged to follow the decisions of the CC“ (article 166 and 171). For more on this, see B. Nenadić, *op.cit.*, 93-104.

50) On whether constitutional courts have „appropriated“ the powers of supreme courts to interpret law and unify the application of laws, see L. Garlicki, *op. cit.*, 44-68. and B. Nenadić, *op. cit.*, 93 (and elsewhere).

51) *Ibidem.*

52) Namely, it is not disputable whether, in the dispositive part of the decisions of constitutional courts, the court „admits legal force and effect of *erga omnes*, but whether this effect can be extended from “dispositive part to the reasoning of the decision“. There is almost no country where there have not been cases of regular courts at least once rejecting to apply an interpretative decision of a constitutional court. See, for example, the acts of the Commercial Court in Belgrade, Ипв. (И) 753/2011 and 4И 6р. 5439/2011, in which, among other things, it is stated that the position of the CC that the applicant has referred to is „of no significance“ „as the position taken by the stated body cannot derogate the explicit legal provision“, i.e. that „the same carries no legal weight“ as courts decide „not on the basis of legal interpretations“ but on the basis of the Constitution, laws and international treaties...”

53) Constitutions and laws rarely explicitly state their position on this question. The exception is the mentioned article 76 of the Law on the Constitutional Court of the CC of Croatia. Also from the Law on Judicial Power in Spain, it ensues “that the Constitution is the supreme norm of the legal system which obliges all judges and tribunals to interpret and apply law and regulations in accordance with legal recommendations and principles, in conformity with the interpretations they obtain in the decisions of the Constitutional Tribunal in any kind of proceedings (P. Passaglia, *op. cit.*, 621). In absence of normative solutions, constitutional courts state their position in their decisions or in their separate positions. The German CC has done this in 1951, taking the position that also the rationale of its decisions was binding. The CC of Serbia, in the situation of so-called ping-pong decisions, in the dispositive part of a new decision, explicitly ordered the Supreme Court of Cassation to „make a new decision, in conformity with the assessment set out in the

*exceptio ilegalis*⁵⁴; that they broadly use the authorisation to institute the proceedings *ex officio* for the appraisal of the constitutionality of laws, which “directly concern the exertion of judicial power”; that they are “hungry for competence”,⁵⁵ etc.

The questions to what extent the stated assessments stand and to what extent they are grounded in an integral analysis and study of constitutional case-law and the policy of constitutional review in this area, and to what extent in individual remarks which are often connected to actual decisions, i.e. certain legal positions of constitutional courts, are the questions that cannot be tackled herein, as they step out of the scope of this paper.

VII

The original position of constitutional courts as guardians of the constitutional symmetry, i.e. as the bodies “protecting” the constitution, as a supreme legal norm, from unconstitutional general acts of the carriers of normative authority, has been fundamentally changed by broadening of the role of the constitution as the state’s basic law and by the introduction of immediate review of the constitutionality of individual acts (and actions) of judicial power. The effect of constitutional solutions and on them based constitutional case-law which has ensued in respect of the protection of human rights and freedoms, has clearly defined a new position of constitutional justice in relation to judicial power. Naturally, the protection of human rights has been and has remained the primary function of independent and autonomous judicial power, but this power cannot, in contemporary European countries, be executed without a direct application and interpretation of the constitution (and conventional law), in which the role of constitutional courts is unavoidable – they are those which are authorised to, by guarding and reading the constitution, have the last word in respect of “what the constitution says” and “what the constitution is”.

Decision“ (Уж-224/2013.). Incidentally, in its former practice the Court did not talk about the legally-binding nature of its positions (appraisals), but sporadically in rationales of its decisions it stated that „it is reasonable to expect from the relevant court to establish the legal conditions which correspond with the legal interpretation of the CC“ (IY3-97/2012).

54) B. Nenadić, *op. cit.*, 89-92.

55) See the text under this title in the weekly magazine „Vreme“, of 7 March 2013.

Prof. Dr. Volodya Hovhannisyan
Vice-President of the Constitutional Court
of the Republic of Armenia

THE ISSUE OF THE LEGAL POWER OF INTERNATIONAL LAW ACTS APPLIED IN CONSTITUTIONAL JUSTICE

The essence of a modern concept of the mechanics of interrelatedness and interaction of international law and national law is, *inter alia*, conditioned by those national constitutional postulations which, for a particular state, predetermine the legal consequences of its international agreements. Naturally, this fact influences not only the foreign policy of a state as an international agent, but also the execution of its daily functions and practical obligations of its internal state authorities.

Internationalisation of legal regulation of internal life of a state could not avoid being reflected also on this *absolutely sovereign activity* of the state, as is its judicial activity, among other things – also in the sphere of constitutional justice. This is only natural. Constitutional courts, as an important element of the mechanism which guarantees the sovereignty of states and as „guardians“ of their constitutions, are obliged to maintain a stance considering international normative and legal value system, which has been formed in a particular country.

Constitutional courts, as well as other national judicial bodies, are obliged, in their administration of justice, to contribute to the implementation of international agreements which are legally-binding in their state. Nevertheless, it seems to us that today international legal regulation, in the areas such as human rights and drafting of global standards with regard to the natural environment, due to their importance, has acquired the status of absolute importance. I would call these branches of international law – international planetary law.

Starting from the aforementioned, we believe that constitutional courts, in exercising their jurisdiction, need to pay heed, *inter alia*, to those legal norms and principles which, for some reason, are not legally binding in their country, but still resonate with the democratic standards formed in that country and its moral and legal value system.

This is how, in our opinion, a question of principle is raised, which is of both theoretical and practical relevance: Can constitutional courts, in the case of need, rely on the provisions of international law which are not legally binding in their state? The answer to this question, in respect of which, it seems, jurists' opinions are divided, can lead to various conclusions, which are sometimes even mutually exclusive.

It is generally known that, for a state, legally-binding are only those international norms considering which there is a clearly expressed compliance in that particular state. However, as practice has shown, constitutional courts in their decisions absolutely correctly invoke such international legal documents which, at a particular time, have not become legally-binding in their country. For example, the Constitutional Court of Lithuania, already in its first decisions, before the ratification of the Convention of 1950, referred to the practice of the European Court,¹ whereas the Constitutional Court of the Russian Federation also invoked the European Convention of Human Rights, which had not yet been ratified in Russia.² Incidentally, the European Court of Human Rights itself, in 1975, in the case of *Golder v. The United Kingdom*,³ invoked the Convention on the international agreements law, which had not been in force yet. Among other things, the European Court in its decision stated that it was ready to submit its comments, guided by Articles 31-33 of the Vienna Convention on the law of international agreements, of 23 May 1969, namely, at the time when the Convention had not yet been in force.

Constitutional courts invoke international legal acts, which are not legally-binding for their state, with a specific purpose – to support their legal position. They start from the truth that it is not the legal force of an international legal norm declared generally-binding what defines the importance of its application, but rather – its content. As a famous Russian jurist T. Morscakova observed, the Constitutional Court of Russia invoked in its decisions many norms which in international law have not been declared generally-binding.⁴

1) The Constitutional Court of Lithuania, in its decision of 18 November 1994, in which it assesses the constitutionality of the provision in the Code of Criminal Procedure, which allows for the presence of an investigator judge at a counselour's meeting with the defendant, notes that the possibility of restricting the right to a meeting of a counselour with his defendant without presence of third parties, was also confirmed by the practice of the European Court. When interpreting the Convention, the European Court clarified that, in certain cases, when, for example, there is a reasonable doubt that a counselour misuses his status in the proceedings, the state may restrict the confidentiality of his legal counseling.

2) The Convention came to force in the Russian Federation as of 5 May 1998.

3) Case of *Golder v. the United Kingdom* (Application no. 4451/70), Judgment of 21 February 1975.

4) See *Морщакова Т.* Заместитель Председателя Конституционного Суда Российской Федерации. Применение международного права в конституционном

For experts in international law, which do not deal with the questions of constitutional justice, our standpoint may not be acceptable, and yet, we consider that for supporting their standpoint, constitutional courts value not so much the issue of the legal power or consequences of the international act invoked, but rather, whether the legal content of international legal norm looked at from the point of view of the guaranteed human rights is progressive and whether it complies with the idea and the standpoint of the European Court of Human Rights itself.

To justify the abovementioned, it should be underlined that constitutional courts' decisions on interpretation and implementation of international documents, though not legally-binding for their country, due to corporative legal awareness of a certain part of international community may, in themselves, positively influence the legal thinking of every national court judge, predetermining his further judicial practice.

Unlike in the case of other institutes of international law, where the probability of the conflict of interest of states is rather large, as regards human rights and freedoms, as a rule, states act harmoniously and gracefully. In this sphere, states' interests, as a rule, correspond to those of general humanity. One of the presuppositions of such acting is, without a doubt, the rule of law, which is of fundamental importance for guaranteeing human rights and which has been recognized by every state.

The abovementioned makes it possible to draw a conclusion that, when constitutional courts invoke principles and norms of international law, it is not of primary importance whether the state has recognized them, but rather, whether these principles and norms are universal, i.e. whether they have been recognized by the whole international community, whether they resonate with the constitution of that particular country and whether they supplement and extend, in a reasonable way, the possibility of the legal regulation of law, guaranteed by the Constitution.

The basis of the implementation of an international document or its norm, which is invoked by the Court in its decision, is that it is unconditionally-binding for every (and any) judicial instance, but this is especially necessary in the cases when the document is not legally-binding for that particular state. The Constitutional Court of Moldova, referring to Article 7 of the Declaration from 1948, and Articles 19-20 of the UN "Fundamental Principles of Independence of Judicial Authorities" of 6 September 1985, decided that the Decree of President of the Republic of Moldova, of 12 January 1995, "On dismissing from duty court presidents", No. 5 – was in conformity with the Constitution. In addition, in its decision the Court reiterated that the stated documents were not, by their nature, binding, but recommendable.

As it has been testified by the experience of various countries, in navigating through various systems of international acts, it is the judges of constitutional courts that play the main role. In addition, this has been conditioned not just by the fact that constitutional courts, for the purpose of supporting their decisions, often turn to the interpretation of the meaning of national principles of criminal proceedings and norms from the point of view of international law, but also, by the fact that decisions of these courts are final and other state authorities are obliged to heed legal standpoints expressed therein.

It is also important that constitutional courts interpret the principles of criminal justice not separately, but in the mutual interrelatedness of constitutional norms of the state and the norms of international law.

Bearing in mind that restricting the rights of a person accused of a criminal offence should not exceed the limits of the idea of humanness and fairness which has been formed so far, the interpretation of national legislation, put together and based on the principles of international law, which is given by constitutional courts in international law context, often has even greater theoretical and practical value than the decision made in the case at hand.

Summary

The respective report is dedicated to the contemporary issues related to the legal force of international-legal acts used in constitutional justice.

The essence of contemporary concept of interaction of international law with national law, *inter alia*, is connected with the national constitutional-legal postulates, which define the juridical consequences of the international treaties for the respective state. This fact, surely, has impact not only on the state's foreign policy as an international actor. It also impacts the fulfillment of everyday functional-practical obligations of state institutions.

While implementing their functions, constitutional courts, as well as the other national judicial institutions, should also contribute to the implementation of the obligations stipulated by the international treaties, which have binding legal force for their states. Currently the international legal regulations particularly in such spheres as the protection of human rights and preparation of the global standards in regard of the environmental issues have got new importance.

In the author's belief, constitutional courts, while implementing their activities, in addition to the rest, should also take into account the international legal norms and principles, which may not have binding legal force for the their states, but are in correlation with the democratic standards and moral and legal value system of the respective state.

It is also necessary to highlight, that the decisions of constitutional courts on interpretation and enforcement of the international documents may have positive impact on the legal thinking of any justice of national courts, thus predetermining his/her further judicial practice.

Another important point is that constitutional courts interpret the principles of criminal justice not separately, but in correlation of the norms of the constitution of the respective state and the norms of international law.

POSITION AND PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE AND THE INFLUENCE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE OF THE FORMER YUGOSLAVIA IN THE CZECH REPUBLIC

The anniversary to which this conference is dedicated is a reminder for us in the Czech Republic – and I dare say for the Slovak Republic as well – of an important step taken by the then Federation of Yugoslavia, its federal republics and autonomous territories under conditions of a different social order. The importance of this step for the Czech Republic lies in the fact that the first constitutional provision of law regulating constitutional justice in the then Communist states was adopted here, in Belgrade, in 1963.¹ That is of great significance for further development in the former Czechoslovakia. The fact that this controlling system did not remain on paper only but became a part of the executive power of the state and could be assessed in terms of practice was equally important. During the Prague Spring in 1968, it became one of the arguments for the introduction of constitutional justice into the administration of the Czechoslovak Federation.

Yugoslavia and parts of its federation thus demonstrated in practice that even in a Communist state whose constitution provides for the principle of the rule of the people and assembly government (the “skupštinski system” according to the famous dissertation of Pavle Nikolić),² a system of judicial control over constitutionality may work, although its working mechanics will inevitably be affected by the specifics of the system of a political party hegemony. Despite that, this courageous and important step needs to be appreciated, although it was not the first attempt at introduction of judicial control within a Communist federation.³ However, it was in a way the first

1) As regards the issue of protection of rights of individuals against interference on the part of public administration, we must not forget that, importantly, Yugoslavia was also the first among the former Communist states to introduce judicial control over public administration as a rule, rather than as an exception, as was the case in Czechoslovakia up to 1991.

2) Nikolić, P. S.: *Skupštinski sistem*. Beograd, Institut za uporedno pravo, 1973.

3) In light of the fact that the provision for preventive control powers of the Supreme Court in Article 43 of the 1924 Constitution of the Soviet Union remained virtually

actual and successful step. It greatly influenced further development also in the area of development of constitutionality in Czechoslovakia.

I would like to dedicate at least a few comments to this issue because we increasingly tend to forget the contribution of Yugoslavian social sciences (law, sociology, political science, economics) to the reform movement in Czechoslovakia in the 1960s when mutual visits were nothing out of the ordinary. It may be history but we should not forget it because we are its continuation, both as individuals and as states, although under different conditions.

Another reason why I do so is because the position and perspective of constitutional justice is the topic of every paper to be presented at this conference. Therefore, I would like to merely note that each of the outlined issues concerning the composition of constitutional courts, their powers, in particular as regards decisions on political, economic and other specialized questions, or mutual relations in the context of the debated issue of the existence of the “Verfassungsgerichtsverbud”, i.e., Compound of the European Constitutional Courts, certainly merits attention. After all, after the Czech Republic’s accession to the European Union in 2003, the position of the Constitutional Court also changed: firstly, the provision of law addressing its position was amended in advance, as early as 2001 and 2002,⁴ and secondly, the range of issues it had to address expanded significantly. The Constitutional Court thus found itself in a new legal environment (“Verfassungsverbund“ and „Verfassungsgerichtsverbund“),⁵ and had to start addressing new issues and searching for new basic positions. Accession to the EU meant a fundamental change for the Constitutional Court of the Czech Republic as it had to define its position in a new legal system. In this context, it also defined three main clauses according to which it would continue to act vis-à-vis the EU, i.e., the following basic constitutional aspects:

- determination of the relationship of national laws (particularly constitutional law) to EU law – the supremacy clause,

meaningless although it was not merely formal between 1923 and 1933. E.g., Nesmejanova, S. E.: *Konstitucionnyj suděbnyj proces v Rossiji*. Moskva: RIOR 2012, p. 38, states that in 1924, 2,197, and in 1928, 6,272 legal acts were submitted to the Supreme Court for review. However, the Soviet system served merely for judicial consultation and supervision, as this provision of law is viewed in Russia even today. See e.g. Šachraj, S. M., Klišas, A. A.: *Konstitucionnoje pravo Rossijskoj Feděraciji*. Moskva, “Olma“ 2011, p. 568;

4) Constitutional Act No. 395/2001 Coll. (the “Euro-amendment”) and Act No. 48/2002 Coll. amending Act No. 182/1993 Coll., on the Constitutional Court, as amended. The amendment responds to a revision of constitutional provisions concerning the relationship between international law and national law, including the future EU membership. The core of this change consisted in the introduction of a new second chapter (Sections 71 a – 71 e) into the wording of the law providing for proceeding on compliance of international treaties pursuant to Articles 10a and 49 of the Constitution with constitutional laws.

5) More recently, Voßkuhle, A.: *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Year 2010, Issue 1, p. 3.

- determination of the rule to be used in addressing a variance of national laws with EU law – the collision clause,
- determination of the manner in which EU law will affect national laws – the incorporation clause.

The Constitutional Court of the Czech Republic joined a number of other constitutional courts (e.g., Germany, Poland, Spain, Denmark) and noted in its first post-accession decision that EU law did not enjoy unconditional sovereignty over Czech law, as the basic previous case law of the European Court of Justice (presently the Court of Justice of the European Union) would suggest.⁶ Just like other courts, it points out that EU law has precedence over Czech law when it does not interfere with the material core of the constitution.⁷ The Constitutional Court defined the content of this notion in terms of material prerequisites of a democratic rule of law in its decisions (e.g., *Lisbon I*) only generally.⁸ In a further decision of the Constitutional Court, Pl. ÚS 29/09 (No. 387/2009 Coll. – Lisbon Treaty II), this element of identity of the constitution and indelible powers of the state was stressed in a petition lodged by a group of senators. However, unlike the Federal Constitutional Court in its decision on the Lisbon Treaty (paras 252 *et seq.*), our Constitutional Court refused to comment in detail as to what needed to be included in this category. It merely noted that it did not deem it possible, given its position within the constitutional system of the Czech Republic, for the Constitutional Court to create such a catalogue of non-delegable powers, and to determine, in an authoritative manner, the “substantive boundaries of a delegation of powers”, as that ought to be primarily left up to the legislators to specify, since responsibility for such political decisions cannot be transferred to the Constitutional Court; the Constitutional can only submit them to its review

6) In particular the decision in *Costa v. ENEL* of 1964.

7) In this context, this issue comes to the forefront as the requirement that national identity of member states be respected pursuant to Article 6 (3) of TEU, which is also a fundamental category of constitutional law, as shown by decision of the Constitutional Court No. 318/2009 Coll. (Pl. ÚS 27/09). The notion of “identity” which is stressed so greatly in Article 6 (3) of the TEU is one of the bases for the resolution of the issue of non-constitutional regulations. Using the example of case law of the supreme courts of India and USA, see Jacobsohn, G. J.: *Constitutional Identity*. The Review of Politics, Year 2006, p. 361n. The Czech Constitutional Court touched upon this issue in the form of the construction of the doctrine of the material core of the constitution in its decision Pl. ÚS 19/09 (No. 446/2008 Coll.) regarding the constitutionality of the Treaty of Lisbon (Lisbon I).

8) It noted in para. 93 of the decision in *Lisbon I* that “*The guiding principle is undoubtedly the principle of inherent, inalienable, non-prescriptible, and non-repealable fundamental rights and freedoms of individuals, equal in dignity and rights; a system based on the principles of democracy, the sovereignty of the people, and separation of powers, respecting the cited material concept of a law-based state, is built to protect them.*” It refused to provide a specific list thereof even here. This decision (and other decisions) can be found at <http://www.usoud.cz/en/decisions/>.

after they have actually been made at a political level. Similarly, the Constitutional Court did not deem it possible to formulate beforehand in an abstract context what the exact content was of Article 1 (1) of the Constitution, i.e., the definition of state sovereignty.⁹

The Czech Republic's membership in the EU has brought about a quantity of fundamental changes in constitutional law already during the preparation for accession. It should also be mentioned that the Czech Republic organised its very first referendum in connection with the accession; this clearly showed the complexity of the network of relationships this country was entering.¹⁰ The German term "*Verfassungsverbund*" (compound of constitutions) has been introduced in this area, referring to the mutual interrelatedness of functioning of the constitutional systems of EU Member States.¹¹ It may seem strange to an American¹² that the decisions of constitutional and common courts of various countries are mutually cited, which is true not only of aspects relating to EU membership.¹³ It is also not unusual that decisions

9) See in particular paras 111 and 112 of the *Lisbon II* decision (No. 387/2009 Coll.).

10) It is interesting that the so-called European referenda that were held approximately forty times to date, respond not only to the views of the people of the state concerned, but also the surrounding ones. For example, a decision on the accession referendum in the Czech Republic was made within the Visegrád Four (an alliance of four Central European states) where the Prime Ministers of the Governments of the Czech Republic, Slovakia, Poland and Hungary allegedly agreed in 2002 that Hungarians, as the most pro-European of the four, would vote first while the sceptical Czechs would come last. According to the study *IRI Europe Report on the growing importance of Initiatives and Referendums in the European integration process 2002*. Ed. Hautala, H., Kaufmann, B., Wallis, D., p. 10, this was meant to replicate the domino effect from the 1994 vote (Austria followed by Finland, Sweden and Norway).

11) As a recent example, Greece's financial crisis depended not only on the steps of the Eurosystem states, but also on whether the Federal Constitutional Court, at which the relevant law on financial aid to Greece was contested, would confirm the steps of Germany as constitutional. This occurred through decision file No. 2 BvR 987/10 (available at http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100507_2bvr098710.html), on which depended the success of the whole project, since Germany is to provide €22.4 billion of the total of €80 billion.

12) In contrast, a European may find it unusual that there is a discussion whether foreign legal views should be cited and utilised in the U.S.A.. E.g. Moon, C.: *Comparative Constitutional Analysis: Should the United States Supreme Court Join the Dialogue?* Journal of Law & Policy, Vol. 12, 2003, pp. 229-247, or the unsuccessful but interesting draft called *The Constitution Restoration Act of 2005*, which may be seen as a special display of legal segregation (requirement to rely only on the sources of English constitutional and common law).

13) Not to mention that, in addition to the binding nature of the decisions of EU bodies, there is the European Court of Human Rights, in respect of which the Czech Republic introduced a new procedure in 2004 – renewal of proceedings before the Constitutional Court on the grounds of an affirmative judgment by the ECHR in criminal matters. In that

are delivered in other languages in parallel with the authentic wording. These are some practical examples of the creation of a European legal area.

As I have noted already, I would not like to fail to stress the occasion on which we are able to meet at this level: the 50th anniversary of constitutional justice in Serbia, and I would like to point out certain circumstances that were relevant even to the Czech Republic itself in this context, because the Yugoslavian experience contributed to the fact that constitutional justice found its way at least into the wording of the constitutional act on the Czechoslovak federation of October 27, 1968. However, no effect was given to its provisions until 1992, and it only remained on paper.¹⁴ Strangely enough, even that is important today. Paradoxically, the Czech Constitutional Court bases its prestige on the fact that during the Communist era, it was not possible to put its constitutional regulation into practice due to the resistance of the new government after the Prague Spring was crushed in 1968. The public thus views it as a new institution that is not burdened by sins of the past, unlike courts or public prosecutors' offices. But allow me now to explain why the 50th anniversary is so important for us.

1. A few historical comments as an introduction

We have a common history not only because we share the same space. We often also share common problems. Attempts to resolve them are found in our history as well. Therefore, in 1963 in Yugoslavia, and in 1968 in Czechoslovakia, a historical experiment was involved. Admittedly, the 50th anniversary goes to show which one of them was more successful at the time.

On this festive occasion, I would like to remind you by way of an introduction that it is not the first time that experiments collided in the area of law. It happened as early as the 14th century. Even that is an interesting circumstance. And I would like to mention yet another historic moment in connection with the topic of our history, when Serbs were faster than Czechs in the resolution of a similar problem. It occurred as early as the 14th century for the first time. After the until then ruling dynasty, the Przemyslids, died out, it was replaced by the House of Luxembourg which attempted to emulate the countries of Western Europe and to introduce a number of elements,

a case, the mutual relationship is such that, in the renewed proceedings, the Constitutional Court is to proceed on the basis of the international tribunal's legal opinion.

14) I would like to mention for illustration that in the commentary on the constitutional regulation of Communist Czechoslovakia, the interpretation of 16 articles on the Constitutional Court takes up approximately one page of the 531 pages of text, while in the last commentary of 2010, the interpretation of 6 articles on the Constitutional Court constitutes approximately 220 pages of 1,531, and the interpretation of its case law trails through the balance of the text.

later referred to as the modern state. However, they only succeeded partly, for instance, by abandoning the patrimonial estate theory according to which the nature of the state was connected with the ownership of its territory. Its most important representative, Charles IV, Roman emperor and Czech king, tried to introduce a new regulation of the relations in his kingdom through a broadly conceived codex, *Maiestas Carolina* (1349). However, due to the resistance on the part of the aristocracy which insisted on traditional principles of medieval governance, he failed, and had to declare that the draft codex burned down and that the work on it would not be continued.

Contrary to that, at the same time in Serbia, a ruler historically referred to as Tsar Dušan issued a code bearing his name. After all, the code was mentioned with justified pride in his speech by the president of the Republic of Serbia, Mr. Tomislav Nikolić. He stressed the famous text in Article 172 of Dušan's Code which stressed the principle of the rule of law as early as the Middle Ages – “*All the judges are to judge according the Law not being afraid of my emperor's mood or will*“ (*Sve sudije da sude po zakoniku, pravo kako piše u zakoniku, a da ne sude po strahu od carstva mi*).¹⁵ The Czech Lands only brought such a contribution to the formulation of the foundations of modern statehood as late as 1619 when an attempt at a constitution in the form of a document entitled *Confederation of the Estates of the Lands of the Crown of Bohemia* made provision for an institute that could be viewed as a rudimentary constitutional complaint.¹⁶

2. Our historical journeys to judicial control of constitutionality

As regards our second common historical experience, it involves our mutually influenced journey towards judicial control of constitutionality

15) It sounds both revolutionary and amazingly simple, just like the core of the Serbian spelling reform formulated by the famous Vuk Karadžić – write what you can hear, and read just like you write. His words are remembered with gratitude by anyone learning Serbian.

16) In a matter concerning the protection of religious freedom, one could turn to “defensors”. Pursuant to Article 62 of the *Confederation*, they were obliged to hear the matter, and to turn to the ruler or the ruler's governors in the individual lands of the Crown of Bohemia to obtain a remedy within 6 weeks. With some imagination, rules resembling the idea of division of power, the idea of “mixed government”, the basic role of the assemblies of the lands of the Crown of Bohemia, rudiments of the “no taxation without representation: principle, the right to resistance, denial of the then promoted rule of “*princeps legibus solutes*”, religious freedom, the notion of the common good of the state and other may be found among the principles regulating the working mechanics of this rudimentary modern state, with some imagination. However, the question is to what an extent such current perspective conforms to what its authors intended in 1619. As it was only valid for several months, the document did not have a chance to prove to what an extent it was fictitious and futile.

in the peculiar conditions of the Communist social order with its theory of unity of power and rule of a single political hegemony.¹⁷ It needs to be noted by way of an introduction that it is not common knowledge that the newly established Czechoslovakia and the Czechoslovak Constitutional Charter adopted on February 29, 1920 was at the birth of constitutional justice as a specialized function of the state. The Czechoslovak Constitutional Charter was the first document in the world that expressly established a special body of the state, for the first time designated as the Constitutional Court, and designed to decide on the constitutionality of acts of parliament. Its task was to ensure the constitutionality of laws and measures having the force of law when the Constitutional Charter of February 29, 1920 stipulated in Article I that: “*Enactments which are in conflict with the Constitutional Charter or with laws which may supplement or amend it, are invalid. The Constitutional Charter may be altered or amended only by laws specifically designated as Constitutional laws.*”¹⁸ and in Article II that “*A constitutional court shall decide as to whether the laws of the Czechoslovak Republic and of the Diet of Carpathian Ruthenia (Rusinia) conform with Article I.*”

However, this provision of law was known very little, until a later-date but much more elaborate Austrian provision of law of October 1920. The fact that the Czechoslovak system was not known so well is also related to the fact that after 1918, together with the Federal Republic of Austria, they inherited the polylegal constitutional concept consisting of a greater number of constitutional laws, and this part of the Czechoslovak constitution was not always translated. However, although the pre-war Czechoslovakia may have been the first, that does not mean we do not recognize the merits of the much more comprehensive and elaborate approach to constitutional justice in Austria, which quickly gained recognition in both theory and practice around the world.¹⁹

17) The fact that multiple political parties existed in Czechoslovakia between 1948 and 1989 is unimportant given their actual significance.

18) This applied generally up to 2009 when the Constitutional Court of the Czech Republic for the first time annulled a constitutional act adopted by the Parliament due to its unconstitutionality (violation of constitutional requirements of competence, adoption procedure and content of the constitutional act). This historic decision had a fundamental impact on subsequent political development as it involved the annulment of a constitutional act reducing the electoral term of the House of Deputies (the elections planned for October 2009 did not take place, and the elections held in June 2010 brought a new distribution of political power). The decision had an equally fundamental impact on the position of the Constitutional Court and its authority. The political awareness lost the idea that a constitutional act can be used to regulate anything, and to avoid constitutional control as a result.

19) It is no coincidence that both countries partly responded to their positive and negative experience with the functioning of the Imperial Court as a predecessor of constitutional justice. At the same time, the designation “Constitutional Court” was a response to the debates concerning its establishment still at the time of the Austro-Hungarian Empire.

The Czechoslovak provision of law was both not so well known and not very efficient. For illustration, during its practical existence between 1921 and 1939,²⁰ the number of cases tackled by the Czechoslovak constitutional court was the same as the number of cases that the Czech Constitutional Court receives today in the course of a single week.²¹ That was one of the reasons why the Constitutional Court was not put back into operation after WWII. Therefore, when the Czechoslovak Constitution of 1948²² was drafted, it was very difficult to argue in favour of constitutional justice because the original provision of law of 1920 did not turn out to work at all. A concept where the task of constitutionality control was delegated to the Presidium of the National Assembly thus won.²³ It needs to be added for the sake of completeness that a proposal for the establishment of the Constitutional Court was made in 1948. The Constitutional Court was to be entrusted with the exercise of control over the constitutionality of laws and other legal regulation, protection of political parties from dissolution, was to hear constitutional complaints and resolve competency disputes. However, following the power shift after the Communist Party came to power in February 1948, this proposal stood no chance of success. However, the idea continued to live in theory, and was practically implemented in 1968 in the formulation of the provision on constitutional complaint.

3. The influence of the 1963 Yugoslavian Constitution on the system of constitutional justice in Czechoslovakia in 1968

The Yugoslavian constitutional justice system was of great importance in this regard, in addition to the Austrian model and negative experience with constitutional justice in Czechoslovakia between 1920 and 1938. We must not forget that works by Yugoslavian authors were included in specialized libraries in Czechoslovakia at the time. Moreover, mutual personal contacts between lawyers, economists and political scientists from the two

See for instance a basic impetus in Jellinek, G.: *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Wien : Alfred Hölder 1885.

20) During the existence of the independent Slovak State, this concept was adopted by the Constitutional Senate pursuant to Act No. 20/1942 adopted by the Assembly (Diet) of the Slovak State. However, it did not engage in any practical activities.

21) Historical treatises provide varying numbers of petitions, the highest being 65.

22) Which was, by the way, also influenced by the Constitution of the Federal People's Republic of Yugoslavia of 1946.

23) However, the Presidium of the National Assembly never served this function in practice (nor did it engage in legal interpretation of laws).

countries were fairly frequent in the 1960s.²⁴ Contrary to that, they were more of an exception later on, and were largely disrupted after the reform leadership of the Communist Party fell.²⁵

There is no doubt of the influence of the Austrian and German solutions, and the Yugoslavian solution in particular, although it was not talked about much. First and foremost, the role of the social order with a single ruling party played a role in the process. It demonstrated that it was possible even in a system where the constitution is not based on a division of power, but rather on its unity expressed by the position of representative assemblies at all levels. It is probably a paradox that what was voiced in the introductory paper of the President of the Constitutional Court, Dr. Dragiša B. Slijepčević as criticism,²⁶ could serve to quell the fears of the high echelon of the Communist party, i.e., that constitutional justice could be dangerous not only in terms of ideology, but also in terms of their power.²⁷

The solution adopted in Czechoslovakia with a view to reconciliation of the principle of unity of power embodied by the Federal Assembly and control over constitutionality of laws, is based precisely on the concept found in Yugoslavia, and later on modified between 1982 and 1997 in Poland,²⁸ where legal theory also closely monitored the developments taking place in Yugoslavia.²⁹ The provision of law was adopted on October 27, 1968 in rather

24) Finally, I can state here that one of the few visible proofs of the Yugoslavian influence on the preparation of the Czechoslovak provision of law for constitutional justice in 1968 is a paper by Dragoš Denković at the 3rd year of Czechoslovak-Yugoslavian Days held in Prague in September 1968, also dedicated to this issue. See Dragoš, D.: *Zachování zákonnosti a práva občanů v jugoslávském právu*. Právník, 1969, Year 108, Issue 5

25) It was no coincidence that even limited translations of some of the works by E. Kardelj were only published in Czechoslovakia in the 1960s.

26) I am referring to his mention in the introductory paper at this conference that between 1963 and 1974, the Constitutional Court in Serbia did not annul any law on the grounds of its unconstitutionality.

27) However, this did not apply to the Constitutional Court of Yugoslavia which also issued decisions (eight in relation to federal laws, and eight in relation to laws of the republics) annulling provisions of individual laws in this regard. Cf. *Deset godina rada Ustavnog suda Jugoslavije*. Beograd 1973, pp. 54-56.

28) It was possible for a judgment of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland to be outvoted by the legislative assembly by a majority required for a constitutional amendment, whereby it did not enter into force and the provision of law ratified by the Sejm (Diet) applied instead. The new 1997 Constitution of the Republic of Poland removed this peculiar procedure. At the original basis of this concept, see for instance Trybunał Konstytucyjny. Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 1987; Czeszejko-Sochacki, Z.: *Moc wiążąca orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*. Państwo i prawo, Year 1986, Issue 6.

29) Of the many works from that time, see for instance Ciemniowski, J. *Ustawa w jugosłowiańskim systemie konstytucyjnym*. Warszawa: Ossolineum 1977, in particular p. 183 n.; Szymczak, T. *Jugosławia państwo federacyjne*. Łódź: Wydawnictwo Łódzkie 1982, in particular p. 389 n., and the Polish literature provided therein.

difficult conditions of a state occupied by foreign armies two months earlier. It was not quite clear till the last moment whether constitutional justice would be contained in the constitutional law on the Czechoslovak federation. That was due to the fact that there was moreover an ongoing dispute whether it would not be just another court which then should become a part of the pending constitutional law on courts and the public prosecutor's office.³⁰ The constitutional court in Czechoslovakia could thus decide on legal regulations at three levels. Its task was to ensure constitutionality of federal laws (a), compliance of constitutional laws of the federation and the republics with laws of the republics (b), and constitutionality and legality of secondary legislation of both the federation and the republics. Pursuant to Article 87 of the constitutional act on the Czechoslovak federation, it thus decided on the following:

- a) compliance of the Acts of the Federal Assembly and statutory measures of its Presidium with the Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic.
- b) compliance of the Constitutional Acts of the Czech National Council and Slovak National Council with the Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic and on compliance of the Acts of national councils with the Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic,
- c) compliance of the Decrees of the Government of the Czechoslovak Socialist Republic and generally binding legal regulations of the federal ministries, federal committees and other federal bodies of state administration and on the compliance of government directives in both republics and on generally binding directives of ministries and other official central bodies of state administration of the republics with the Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic and Acts of the Federal Assembly.

As in Yugoslavia, the key issue was the nature of the consequences of such a decision. This was addressed by the provision of Article 90 of the constitutional act on the Czechoslovak federation, in essence using the Yugoslavian model (Article 245 of the Yugoslavian Constitution of 1963). The dispute over the consequences of such a decision was then reflected in the provision of Article 90 of the constitutional act on the Czechoslo-

30) Ultimately, opinions of experts prevailed according to which the Constitutional Court, given its function in the system of the supreme bodies of the state, is to differ from general courts, and thus, *a contrario*, a provision must be made for it in the system of bodies of the newly formed federation. It needs to be added that constitutional justice would not have been provided for in Czechoslovakia otherwise. The above-referenced constitutional act on the federalization of the judiciary was approved as late as December 1969 when a completely new leadership of the Communist Party and the state and other political circumstances not favoring this institution were already in place.

vak federation, according to which “*Should the Constitutional Court of the Czechoslovak Socialist Republic find disaccord among regulations within the meaning of Article 87, it shall rule that the concerned regulations, their sections or alternatively certain provisions cease to remain effective. The respective bodies are obliged within six months of the publication of the Judgment of the Constitutional Court of the Czechoslovak Socialist Republic to ensure compliance of the concerned regulations with the Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic or alternatively with other laws of the federal Assembly. Shall they fail to do so the concerned regulations, their sections or alternatively certain provisions shall become unenforceable within six months after the date of publication of the judgment.*”³¹

A further influence of Yugoslavia can be observed in the area of the advisory function of constitutional courts. In 1968, it was stipulated in Article 89 of the constitutional act on the Czechoslovak federation that “*the Constitutional Court of the Czechoslovak Socialist Republic may initiate improvements of the legislation of the Czechoslovak Socialist Republic as well as of the legislation of both Republics*”. This shows the influence of both the provision of law (Article 244 of the 1963 Constitution) and the practice of the Yugoslavian Constitutional Court.³²

The institute of decisions made by the constitutional court at will, at its own initiative, was also adopted,³³ as Art. 93 (2) stipulated that “*The Constitutional Court of the Czechoslovak Socialist Republic may commence its own initiative proceedings upon its own decision*”. Such solution is completely unacceptable to us today.³⁴ Further, the constitutional act on the Czecho-

31) This was quite clearly modeled on Article 245 of the Yugoslavian Constitution of 1963, but not on its Article 247. The problem of concrete impact of such a decision, addressed between 1963 and 1974 in Yugoslavia in the form of different effects of a decision *ex tunc* (“*poništenje*” in Serbian) or *ex nunc* (“*ukidanje*”), was not addressed by Czechoslovak theory before 1992 due to lack of practice. Cf. for instance Mratović, V., Filipović, N., Sokol, S.: *Ustavno pravo i političke institucije : (SFRJ i komparativno)*. Zagreb : [Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom], 1981, pp. 514-517.

32) Ad the practice of the Yugoslavian Constitutional Court, see *Deset godina rada Ustavnost suda Jugoslavije*. Beograd 1973, p. 57.

33) Article 242 of the Yugoslavian Constitution of 1963 may have served as a model here.

34) In the current legal situation, the Constitutional Court of the Czech Republic may review the constitutionality of a legal regulation at will only “*If in connection with deciding a constitutional complaint, a Panel comes to the conclusion that a statute or some other enactment, or individual provisions thereof, the application of which resulted in the situation which is the subject of the constitutional complaint, is inconsistent with a constitutional act, or with a statute, if the complaint concerns some other enactment, it shall suspend the proceeding and submit to the Plenum a proposal, pursuant to Article 87 para. 1, lit. a) or b) of the Constitution, for the annulment of that statute or other enactment. Should the Plenum come to such a conclusion in connection with deciding a constitutional complaint, it shall institute*

slovak federation in its Article 93 (3) relied on two decision-making stages, whereby the Constitutional Court would first decide on admissibility, and only then on merit. This specifically meant that “*the Constitutional Court of the Czechoslovak Socialist Republic may commence proceedings upon initiatives of citizens and organizations.*”³⁵

As regards the protection of constitutionally guaranteed rights and freedoms of individuals, it was possible to follow up on the institute of constitutional complaint as used in the principal act on the Imperial Court of 1867.³⁶ While in 1920, the constitutional complaint was not adopted in Czechoslovakia,³⁷ in 1948, the constitutional complaint was a part of the above-mentioned unsuccessful proposal for the introduction of constitutional justice. The formulation of Article 92 of the constitutional act on the Czechoslovak federation followed up on both models when it stipulated that “*the Constitutional Court of the Czechoslovak Socialist Republic shall decide on protection of the rights and liberties guaranteed by the Constitution, if such rights and freedoms have been violated by the decision or other type of interference of federal bodies, provided that the law does not grant any other judicial protection.*”³⁸ In light of the fact that after 1968, the work on

and bring to conclusion a proceeding under Article 87 para. 1, lit. a) or b) of the Constitution“ (Art. 78 para. 2 Constitutional Court Act 1993).

35) The Yugoslavian concept of constitutions after 1963 has a significant influence in this regard: they were viewed not only as the principal laws of the state but also as social charters organizing the society and its involvement in government and self-government. After all, as we know, this was expressed in connection with the role of the constitutional justice system under preparation by a key politician in this area, E. Kardelj, who stated that the constitutional court cannot be a purely judicial body to assess constitutionality in a formal legal and static manner, but precisely with a view to the objective social and political content of the processes which give rise to issues of constitutionality. See Kardelj, E.: *Problemi naše socijalističke izgradnje*. Kn. 6. Beograd, Beogradski izdavačko-grafički zavod 1965, p. 141. This approach would have been completely unacceptable to the authors of the 1920 Czechoslovak constitution, or to H. Kelsen. However, the words voiced at a conference of constitutional courts in Yugoslavia in 1978 would have been equally unacceptable as they refer to the involvement of constitutional courts in the preparation of the congress of the Communist Party of Yugoslavia. See *Ustavnost i zakonitost i uloga ustavnih sudova u razvijanju samoupravne socijalističke demokratije*. Beograd, Ustavni sud Jugoslavije 1978, pp. 9-10.

36) Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die Einsetzung eines Reichsgerichtes. (R.G.Bl. 143/1867) – Art. 3 lit. b): „Dem Reichsgerichte steht ferner die endgültige Entscheidung zu über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte nachdem die Angelegenheit im gesetzlich vorgeschriebenen administrativen Wege ausgetragen worden ist.“

37) It was de facto replaced with the administrative complaint on which the Supreme Administrative Court decided.

38) The inspiration by the provision of Article 241 (2) of the 1963 Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia is obvious.

the practical implementation of constitutional provisions on constitutional justice was suspended, the change in the concept of constitutional protection of fundamental rights and freedoms by constitutional courts in Yugoslavia³⁹ played no role in the fate of this provision. Nonetheless, it was interesting what concepts were formed in the process of preparation of the act on the Czechoslovak Constitutional Court at the beginning of 1969.

It became apparent here that Article 92 in essence only creates a subsidiary power of the Constitutional Court, however, completely differently from our understanding of the subsidiarity principle as currently entrenched in Section 75 of the Act on the Constitutional Court.⁴⁰ This was aptly expressed by one of the members of the committee working on an implementing guideline for the Act on the Constitutional Court who noted that “*the constitutional act on courts and public prosecutor’s offices will have to ensure that this power only comes to play in exceptional cases.*” We thus see in this context that it was supposed to have been something completely different from what we know from the current provision of law.⁴¹ Interestingly, there were supposed to be two alternatives for a decision on a constitutional complaint. Under the first alternative, the Constitutional Court could directly annul an individual legal act, and the issuing body would subsequently be bound by the legal opinion of the Constitutional Court. Under the second alternative, the Constitutional Court could merely state that a violation of constitutionally guaranteed rights and freedoms occurred, and the body would be bound by its legal opinion and was to proceed in accordance with the law in order to rectify the situation. Therefore, a constitutional complaint in the true sense of the word would de facto not be provided for under the act on the Czechoslovak federation under our conditions.⁴²

39) Save for the Constitutional Court of Croatia (Article 412 of the 1974 Constitution of Croatia), this formulation no longer appears in the constitutions of the federation and the federal republics of 1974. Cf. *Ustavi i ustavni zakoni*. Zagreb, Izdavačka kuća Informator, 1974, pp. 639, 694-695. For a detailed rationale of the underlying premises see Đorđević, J.: *Ustavno pravo*. Beograd, Savremena administracija 1978, pp. 777-780.

40) A constitutional complaint is inadmissible if the complainant failed to exhaust all procedures afforded him by law for the protection of his rights.

41) The Constitutional Court of the Czech Republic currently decides on over 4 thousand constitutional complaints per year; an overwhelming majority of the complaints is directed against court decisions, and less than one half of that number contests decisions of the Supreme Court or the Supreme Administrative Court. Between 1993 and 2012, such constitutional complaints numbered approximately 54 thousand, while the other petitions (in particular for a review of constitutionality of legal regulations) numbered approximately 1 thousand. Detailed statistics can be found at: http://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/prilohy/Rocni_statisticka_analyzy_2012.pdf.

42) The concept of the constitutional complaint is completely different at present. It is directed in particular against final decisions of general courts. Moreover, it may

However, the Yugoslavian provision of law for constitutional justice of 1963 was not adopted as a whole. It was more of an inspiration. In this context, I would like to mention Miodrag Jovičić, who stressed in his works in the area of comparative constitutional law that may inspire all of us up to this day (for instance, *Savremeni federalizam, O ustavu, Zakon i zakonitost*) that even if the wording of the constitution was identical *ad litteram*, the outcome of its application will always reflect the reality of the specific state or federation. Therefore, when I talk about differences, what I have in mind is that an identical provision of law would undoubtedly work differently in the different conditions of Czechoslovakia than in Yugoslavia 50 years ago.

At the same time, we can find many differences in the two provisions of law. For instance, as regards the issue of effect of decisions of the Constitutional Court, a term of 6 months was stipulated for the rectification of an unconstitutional or unlawful situation even where the Czechoslovak Constitutional Court decided on compliance of the Decrees of the government of the Czechoslovak Socialist Republic and generally binding legal regulations of the federal ministries, federal committees and other federal bodies of state administration and on the compliance of government directives in both republics and on generally binding directives of ministries and other official central bodies of state administration of the republics with the Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic and laws of the Federal Assembly. Under the model for this provision, this did not apply to this type of legal regulations in Yugoslavia (Article 247), and they could be annulled directly.

The second difference in this area was a missing express provision for the resolution of conflict between an ordinary federal law and republic law. However, this difference as opposed to the express Yugoslavian provision (Article 241 (2) of the 1963 Yugoslavian Constitution) was only illusory, although it was capable of causing great problems in practice. The idea was that a detailed definition of the division of legislative powers of the federation and the republics in the constitutional act on the Czechoslovak federation (Articles 7 through 38) would lead to a situation where such dispute will be approached as a violation of the constitutional division of legislative powers either by the Federal Assembly, or the National Council of the republic. Therefore, it was not to involve a direct conflict between

be joined with other petitions pursuant to Section 74 of the Act on the Constitutional Court. Section 74 stipulates as follows: “A complainant may submit, together with his constitutional complaint, a petition proposing the annulment of a statute or some other enactment, or individual provisions thereof, the application of which resulted in the situation which is the subject of the constitutional complaint, if the complainant alleges it to be in conflict with a constitutional act, or with a statute, where the complaint concerns some other enactment.” The Constitutional Court even annulled a constitutional act upon such accessory petition.

laws of the federation and its subjects, but rather a conflict between laws of the federation or the republics and provisions of the federal constitution on competences.

Moreover, I deem it necessary to note in this context that the constitutional act on the Czechoslovak federation of October 27, 1968 was originally viewed as provisional. The provision of Article 142 (2) of this constitutional act stipulated that *“both Republics shall adopt their own Constitutions together with the adoption of the Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic. Until the Constitution of the Czech Socialist Republic and the Slovak Socialist Republic are enacted, the constitutional status and rule of these Republics shall be governed by the present Constitutional Act and other constitutional provisions.”* However, as a matter of fact, no federal constitution had ever been adopted.⁴³ Twenty years later, in 1987, its drafting was begun but then suspended again after the Velvet Revolution.⁴⁴

Another interesting difference was in the definition of requirements applicable to the office of judge of the Constitutional Court. While the Yugoslavian provision of law did not stipulate any special requirements, the constitutional act on the Czechoslovak federation stipulated that members of the Constitutional Court of the Czechoslovak Socialist Republic are elected by the Federal Assembly for a period of 7 years. A judge of the Constitutional Court may be elected for a maximum of two electoral terms, a further condition being that *“a citizen who is eligible to be elected for the Federal Assembly, has reached the age of 35, possesses a university degree in the area of law, and has been actively engaged in the legal profession for a period of 10 years may be elected as a member of the Constitutional Court of the Czechoslovak Socialist Republic.”* Yugoslavia did not recognize such stringent requirements on professional credentials. This is evidenced both in literature,⁴⁵ and in Yugoslavian practice at the time.⁴⁶

43) The column “Nad přípravou nové ústavy“ was cancelled in the Právník journal in mid-1969.

44) In this context, the two national councils actually adopted a resolution waiving their right to adopt their own constitutions, and voiced their consent to the theretofore regulation of constitutional arrangements in the federal constitution. Revocation of consent to this decision was one of the first acts of both national councils after the balance of power shifted and the ruling Communist Party fell in November 1989.

45) This requirement was expressly examined by Čaca, Đ.: *Ustavnost i zakonitost u SFRJ i uloga ustavnih sudova u njihovoj zaštiti*. Beograd: Savremena administracija 1974, p. 92, when he stressed that the constitution and constitutional order cannot be (and are not) an exclusive domain of legal experts.

46) On this occasion, I personally remember the discussion I had on this topic with the General Secretary of the Constitutional Court of Yugoslavia, Uroš Golubović, during my stay in 1978; he tried to point out to me, using practical examples of judges of the constitutional court who were non-lawyers (mainly politicians), that it can be an asset for the decision-making practice of such court.

4. Influence of the 1963 Yugoslavian Constitution on the constitutional regulation of constitutional justice in Czechoslovakia in 1991

This much for at least a few comments on the importance we attach in the Czech Republic to the 50th anniversary of the establishment of the Constitutional Court of Serbia (and other constitutional courts of the former Yugoslavia). I would like to add for the sake of completeness that this model, with a view to the principle of unity of power (although without the constitutionally guaranteed leading role of the Communist Party), was implemented when the Constitutional Court of the Czechoslovak Federation de facto started operating in 1992. A vast majority of those provisions was incorporated into the constitutional act on the Constitutional Court (No. 91/1991 Coll. of Laws). While in the conditions of a democratic rule of law, the initiating social functions of the Constitutional Court no longer applied, the basis, i.e., respecting the position of the Federal Assembly, remained unchanged.

Naturally, more than 20 years have passed since the chapters of existence of our federations closed. Our constitutional courts now work in completely different conditions of independent states, and the Czech Republic in turn has been a part of another community of states – the European Union – for ten years. That also brings many new issues.

Only the process and consequence of decisions on compliance of constitutional laws of the federation and the republics changed. First and foremost, the Constitutional Court now could not decide without the involvement of constitutional courts of the republics since Article 3 lit. b) of the above-referenced constitutional act stipulated that “*in matters involving conformity between constitutional acts of the Czech National Council and Slovak National Council and constitutional acts of the Federal Assembly the Constitutional Court shall request the opinion of the Constitutional Court of the respective Republic before it issues its own Judgment.*”

Another peculiarity was the strengthened position of constitutional laws of the republics, although not to the extent provided for in the Yugoslavian Constitution of 1974 in its Article 378, pursuant to which the Constitutional Court was merely entitled to express an opinion on a conflict between the federal constitution and a constitution of a republic. Therefore, there was no express provision for a further legal process in case of such conflict, and this created prerequisites for the occurrence of virtually legally unsolvable situations in the federation where there is no single prevailing political power. Reliance on political deals⁴⁷ is a road

47) That is how the provision of law was explained by Kristan, I.: *Soustava ústavních soudů v Jugoslávii*. Právník, Issue 1, p. 47. Caca, Đ.: *ibid*, p. 255, placed an even

to hell in such situations. And finally, the chosen way to constitutional solution of preservation of the federation was not successful in either of the former Communist federations (Soviet Union – disputes over the validity of the referendum, Yugoslavia – no comment, Czechoslovakia – a constitution-based agreement on the termination of the federation’s existence).

In this regard, the Czechoslovak provision of law went further and enabled the Constitutional Court to voice this conflict. However, there was a fundamental difference as compared to the statement of unconstitutionality in case of other legal regulations (ordinary laws, legal enactments). In such case, *“the concerned regulations or alternatively certain provisions thereof shall cease to be effective; the bodies that had issued such regulations are obliged within six months of the date of the publication of the judgment of the Constitutional Court to ensure compliance of the concerned regulations with the constitutional acts, international treaties or alternatively with the acts of the Federal Assembly. Should they fail to do so, such acts, their parts or provisions shall cease to remain enforceable after six months from the date of the publication of the judgment; the above shall not apply to the constitutional acts of the Czech National Council and Slovak National Council.”*

To tell the truth, the formulation of this provision was not quite clear as the federation would be in a difficult position if a conflict between the federal constitution and the constitution of the republic were to be pronounced, in that how it would enforce its decision against the will of the republic.⁴⁸ On the other hand, even if the republic respected the decision but claimed to need more time to reconcile the conflict, it would mean that it would either be without a constitution, or could operate even in conflict with the federal constitution.⁴⁹ Arguably, this situation occurred after the Constitution of the Slovak Republic was adopted on September 1, 1992. However, the Constitutional Court was not given an opportunity to comment on it because none of the parties in interest filed any application to that effect. Moreover, it could not have been expected in any case because the decision on the dissolution of the federation by the end of 1992 had already been made, and numerous constitutional amendments adopted since October 1992 in order to enable the two republics to prepare for their independent existence in good time and through legal means.

greater stress on political means and political decisions, but that was still in 1974 where such role was linked to the operation of the Communist Party.

48) The manner in which enforceability of decisions of the Constitutional Court of the Czech Republic or the Constitutional Court of the Czechoslovak Federation would be ensured was never provided for expressly.

49) Legally speaking, it would not be possible to force the national council to rectify the situation.

5. A few words in conclusion

In conclusion, please let me make a comment in a personal vein. I note with pleasure on the occasion of the 50th anniversary that I was one of the exceptions that continued to be interested in the development of constitutional law in Yugoslavia at the time. Following an extended effort, I was able to acquaint myself with the activities of the Constitutional Court of Yugoslavia and the Constitutional Court of Serbia here in Belgrade in 1978, if only for three months. My library still includes Bulletins of the Constitutional Court which helped me get my bearings in this new area. So I personally am celebrating the 35th anniversary of my acquaintance with constitutional justice of the former Yugoslavia, and I always remember my former mentors, Pavle Nikolić, Vojislav Simović and Jovan Djordjević, as well as other colleagues from the Institute of Social Sciences and the Institute of Comparative Law, with gratitude.

Please accept greetings from the President of the Constitutional Court of the Czech Republic, Pavel Rychetský, and my colleagues on this important occasion not only as an expression of formal recognition, but also as a reminder of a distant and fruitful cooperation and friendly relations that we will hopefully be able to renew. I would like to stress that it is not a merely formal expression of recognition of the influence Yugoslavian justice had in Czechoslovakia in 1968 when many solutions based on Yugoslavian, Austrian (as you know, we have had a long common constitutional history) and German experience were reflected in our act on the Czechoslovak federation. That Yugoslavian constitutional justice enjoyed international recognition from the beginning is evidenced by the fact that the first international conference of European constitutional courts was held in Dubrovnik in 1972, an initiative which still continues as demonstrated by the preparations of the XVI congress of constitutional courts already.

Over the past 50 years, Yugoslavian constitutional justice in the form of the federal constitutional court and constitutional courts of the federal republics and autonomous territories became an important part of the concept of European constitutional justice. I am pleased to note that this historical experience goes to show, even at this conference, that the institute of constitutional justice is something that continues to unite, rather than divide, the former federal republics of Yugoslavia, today independent states. And that is the most precious finding I will take away with me from Belgrade.

Abstract

The paper analyzes the influence of Yugoslavian constitutional legislation and constitutional justice on the constitutional system in the Czech Re-

public (or formerly in Czechoslovakia). A general introduction, in which the author also makes general comments on changes in the working mechanics of the Constitutional Court of the Czech Republic after entry into the EU, is followed by the core of the paper consisting of four chapters providing an overview of Serbian-Czech legal inspirations. The first chapter is dedicated to the oldest period, the second to the situation between the world wars and shortly thereafter. The third chapter deals with the influence of the Yugoslavian Constitution of 1963 on the constitutional provision for constitutional justice in Czechoslovakia in 1968, and the fourth with the influence of said constitution of 1963 on the constitutional provision for constitutional justice in Czechoslovakia in 1991. The final contemplation is devoted to the inspiring and unifying significance of the institute of constitutional justice.

THE POSITION AND PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Introduction

It is the historical development of constitutional justice of several decades, from the foundation of the Constitutional Court of Austria in 1920 to Czechoslovakia, Spain, Italy, Germany, France, Portugal, Poland, Russia, Kazakhstan, to distant South Africa (1996-1997)¹, that is the best confirmation of its essential importance in the protection of the constitution and constitutionality, human rights and freedoms, development of democracy and the rule of law².

Constitutional justice, as a special state institution of high authority, which is responsible for the protection of constitutionality, is a more recent achievement which has been, in the course of its constant development and activity („*law in public action*”), faced with various challenges and dilemmas, as well as with open questions for the solution of which constant reforms are required.³

The Position of the Constitutional Court of Montenegro in the System of Division of Power

In the preamble of the Constitution of Montenegro⁴, promulgated on 22 October 2007, the emphasis is laid on the rule of law (in addition to other

1) South Africa, Cape Town, hosted the First World Conference of Constitutional Courts (23-24 January, 2009), which tackled the topic: „Influential Constitutional Justice: Its Influence on Society and Development of Global Human Jurisprudence”, organised by the Constitutional Court of South Africa and the Venice Commission. In its work, the Constitutional Court of South Africa was assisted by the Federal Constitutional Court of Germany. P.Haberle, op.cit., p. 119, 193.

2) The triumphant walk of the (German) notion of the state ruled by law together with the Anglo-American notion of „the rule of law“ and „due process“ is evident in the reforming states of Eastern Europe. I. P.Haberle, op. cit., p. 238.

3) Petar Haberle, *Ustavna država*, Zagreb, 2002.

4) Official Gazette of Montenegro, no. 1/07

basic values, such as: freedom, peace, tolerance, respect of human rights and freedoms, multiculturalism and democracy) as a basic duty (commitment) of its citizens.

The constitutional system of Montenegro rests upon the division of power in the form of the parliamentary system. Departure from the parliamentary system is reflected in a direct election of the president of Montenegro.⁵

State authority in Montenegro has been based on the principle of division of power into legislative, executive and judiciary. Executive and legislative branch are subject to the supervision of judiciary power, as the latter exercises review of the legality of its individual acts. On the other hand, judicial decisions are not subject to the supervision of the two other branches of power. It is established by the Constitution that the principle of division of power rests upon their balance and mutual control. Legislative and executive power influence constitutional power and judiciary power in the way that they propose and enact laws which organise the Constitutional Court's and regular courts' work and ensure the conditions for their unhindered unfolding. Beside a horizontal, there is also a vertical dimension in the division of power, which is limited by the constitutionally guaranteed right to local self-government.⁶

In this triple division, the Constitution reserves a special place for the Constitutional Court. The Constitution has, generally speaking, chosen the Austrian-European continental model of constitutional justice. The Constitutional Court has been apart from the structure of state authority⁷, as an instrument of constitutionalisation in the sense of limitation and control of the state power, as a special body, which protects constitutionality and legality, i.e. the constitutional and legal order, human rights and freedoms guaranteed by the Constitution. As the guardian of constitutional democracy, the Constitutional Court decides in situations when other bodies of state authority do not solve disputes in conformity with the principle of the rule of law.⁸ The meaning of the principle of division of power is not

5) „The President of Montenegro is elected according to the general and equal right to vote, by immediate and secret voting“ (Article 96 of the Constitution).

6) In local self-government, deciding is immediate or through freely elected representatives; the right to local self-government comprises the right of citizens and the bodies of local self-government to regulate and administer certain public and other affairs, based on their own accountability and in favour of local citizens (Article 113 of the Constitution).

7) Power has been regulated according to the principle of division of power into: legislative, executive and judiciary; legislative power is exercised by the Parliament, executive power is exercised by the Government and judiciary power by courts; power is limited by the Constitution and law; constitutionality and legality is protected by the Constitutional Court (Articles 11, p. 1, 2, 3 and 6 of the Constitution).

8) Montenegro is an independent and sovereign state, with republic polity; it is a civil, democratic, ecological and social justice state, based on the rule of law (Article 1 of the Constitution).

organisational and functional separation of the three fundamental branches of power, but that of enabling their mutual control and striking a balance between the carriers of the highest functions of the state.

The financial means for the functioning of the Constitutional Court are provided in a separate division of the budget of Montenegro. The Constitutional Court prepares the proposition for an annual budget of Montenegro for the work of the Constitutional Court and communicates it to the Government of Montenegro⁹. The Ministry of Finance prepares a draft law on the state budget. The Government of Montenegro drafts a proposition for the law on the budget which is passed by the Parliament of Montenegro for all user units, thus also for the Constitutional Court of Montenegro. The president of the Constitutional Court can participate in the sitting of the Parliament which discusses the proposition on the budget of Montenegro.¹⁰

The Parliament of Montenegro passes the Law on the Constitutional Court which regulates the organisation of the Constitutional Court of Montenegro, proceedings before the Constitutional Court and other questions of relevance for the Constitutional Court's work. The Constitutional Court does not take part in the procedure of proposing and passing of the Law. The Law on the Constitutional Court of Montenegro¹¹ promotes the principle of the Constitutional Court's independence, according to which „no one can influence the Constitutional Court, when it is deciding questions from its jurisdiction.“¹²

The Composition of the Constitutional Court of Montenegro

By the Amendments 15 and 16 to the Constitution of Montenegro, of 31 July 2013 (Official Gazette of Montenegro), the manner of selection¹³ of the president and judges of the Constitutional Court, the length of their

9) Article 90 of the Law on the Constitutional Court of Montenegro.

10) Article 91 of the Law on the Constitutional Court of Montenegro.

11) Official Gazette of Montenegro, No. 64/08, of 27 October 2008.

12) “The Constitutional Court decides independently and autonomously the questions from its jurisdiction, determined by the Constitution of Montenegro. No one may influence the Constitutional Court when deciding the questions from its jurisdiction.“ (Article 2)

13) The Constitutional Court judge is selected and dismissed by the Parliament, as follows: two judges on the proposal of the president of Montenegro and five judges on the proposal of the competent working body of the Parliament according to the announced public invitation which is carried out by the proponents. The Constitutional Court judge is selected out of prominent lawyers, with at least 40 years of age and 15 years of working experience in the legal profession. The Constitutional Court judges elect their president from among themselves to a three years' term of office. The same person may be elected only once as the president and a judge of the Constitutional Court. The president and a judge of the Constitutional Court cannot perform the function of a member of parliament or any other public function, nor any other activity.

term in office, as well as the manner of deciding in the proceedings upon a constitutional appeal, have been changed.¹⁴ The reasons for the termination of functions of the Constitutional Court's president and judges are also provided in the Constitution.¹⁵

The president and judges of the Constitutional Court enjoy functional immunity.¹⁶ This means that the president or a judge of the Constitutional Court cannot be held accountable for criminal or other offences if he or she has expressed his or her opinion or has voted when discharging his or her judicial duties. A criminal action cannot be brought against the president or a judge of the Constitutional Court, nor can their detention be ordered, without a permission of the Parliament, unless they were caught committing a criminal offence which is sanctioned in the law by more than five years' imprisonment. The president or a judge are relieved of their duty before the term of office to which they have been elected ends, at their own request, when they meet the requirements for old-age pension, or if they are sentenced to an unconditional imprisonment, if they are sentenced for an act which makes them undeserving of the discharge of this function, if they permanently lose the capacity for performing their function or if they publicly express their political allegiances.¹⁷ The Law on the Constitutional Court provides, in more detail, for the procedure¹⁸ of establishing the

14) The Constitutional Court decides a constitutional appeal in a chamber composed of three judges. The chamber can decide only unanimously and in full composition. If a unanimous decision is not achieved, the constitutional appeal shall be decided by the Constitutional Court in conformity with paragraph 1 of this Article.

15) The Constitution of Montenegro has stipulated four grounds for cessation of functions of the president or a Constitutional Court judge: 1) before the end of the term of office at his or her own request; 2) when he or she meets the requirements for old-age pension; 3) if he or she has been sentenced to unconditional imprisonment; and 4) suspension (Article 54 of the Constitution).

16) „Functional immunity is also enjoyed by the president of Montenegro, the president and members of the Government, the president of the Supreme Court, the president and judges of the Constitutional Court, the Public Prosecutor of the State.“ (Article 86, paragraph 4 of the Constitution).

17) Article 154, paragraph 1 and 2 of the Constitution.

18) „A Constitutional Court judge files a motion for the cessation of his function before the expiry of his term of office to which he has been selected by the president of Montenegro and the Parliament; if the Parliament does not make a decision on the proposition from paragraph 1 of this Article, within 30 days of its submission, the function of the Constitutional Court judge is terminated after the expiry of this date.“ (Article 7)

„If criminal action has been brought against the president or a judge of the Constitutional Court, the competent court is obliged to, without delay, notify the Constitutional Court; in the event under paragraph 1 of this Article, a motion alleging that the president of the Constitutional Court does not discharge his duty may be submitted by at least three judges of the Constitutional Court, and a motion that a judge of the Constitutional Court does not discharge his duty may be submitted by the president of

reasons for the termination of the judicial function, before the term of office to which they are selected ends.

Jurisdiction of the Constitutional Court of Montenegro

Jurisdiction of the Constitutional Court is entirely a constitutional matter (*materia constitutionis*) and it has been determined by the method of enumeration (taxative enumeration). Within its nine competences,¹⁹ the Constitutional Court solves all forms of „violations of the Constitution“, among which are constitutional disputes which are not typical „constitutional disputes“ (electoral disputes and disputes over the results of a referendum, which are not the competence of these courts). The Constitutional Court decides on the conformity of laws with the Constitution and ratified and published international agreements; on the conformity of other regulations and general acts with the Constitution and law, i.e. on the constitutionality and legality of all general acts and other regulations which are passed by legislative and executive power.

The basic jurisdiction of the Constitutional Court is *review of constitutionality and legality* or so-called *posteriori normative control*, (the protection

the Constitutional Court; the president does not take part in deciding nor does the judge whose discharge of duty is being decided on.“ (Article 8)

„The initiative for establishing whether the requirements for the cessation of the judicial function of a Constitutional Court judge have been met, due either to his or her meeting the requirements for old-age pension, his or her being sentenced to unconditional imprisonment, or the existence of reasons for his or her suspension, is filed by the president of the Constitutional Court, and in the case the president of the Constitutional Court is in question, by at least three judges of the Constitutional Court; for passing a final condemning judgment against the president or a judge of the Constitutional Court, the competent court is obliged to notify the Constitutional Court without delay.“ (Article 9)

„The Constitutional Court shall notify the President of Montenegro and the Parliament, of the expiry of the term of office of a Constitutional Court judge and his or her meeting the conditions for old-age pension, 6 months before the reason for abandoning the function comes to effect.“ (Article 10)

19) „The Constitutional Court decides on: 1) conformity of the law with the Constitution and ratified and published international agreements; 2) conformity of other regulations and general acts with the Constitution and the law; 3) a constitutional appeal due to a violation of human rights and freedoms guaranteed by the Constitution, after all effective legal remedies have been exhausted; 4) whether the President of Montenegro has violated the Constitution; 5) the conflict of interest between courts and other bodies of public authority; between public authorities and local self-government units and between local self-government units; 6) the ban on work of political parties and non-government organisations; 7) electoral disputes and disputes considering referendums, which are not under jurisdiction of other courts; 8) conformity with the Constitution, of measures and actions of public authorities, taken during a war or an emergency; 9) executes other functions according to the Constitution.“ (Article 149 of the Constitution)

in abstracto), which represents a general asset of European public law (Silvio Gambino). Laws are subject to constitutional review both in a substantive and formal sense. In the most important constitutional dispute, review of the constitutionality and legality of general acts, the Constitutional Court, after the commencement of the proceedings until the final decision, on the request of the appellant, i.e. his initiative, in conformity with the Law on the Constitutional Court²⁰, can suspend the enforcement of an individual act or action undertaken on the basis of the law or any other general act the constitutionality of which is the object of its examination, if the appellant demonstrates that its enforcement will cause irreversible detrimental consequences.

All general legal acts, in the legal order of Montenegro, are subject to the assessment of constitutionality and legality. The Constitutional Court decides on the constitutionality of all laws and general acts which are passed by the Parliament of Montenegro and on the constitutionality and legality of general sublegal acts for enforcement of laws, as well as other general acts which are passed by the Government of Montenegro (decrees, decisions, etc.). In addition, the Constitutional Court decides on the conflict of jurisdictions between executive power (the Government) and courts and units of local self-government and on conformity with the Constitution of the measures and actions taken by the Government in the event of a war or an emergency.²¹

The Constitutional Court exercises the power of so-called *actual review of individual legal acts*²² (*protection in concreto*), namely, it protects human rights and fundamental freedoms in proceedings upon a constitutional appeal. By this, according to the model of Austria and Germany, *far-reaching* constitutional justice is established. In its proceedings, the Constitutional Court may quash any decision made by regular courts in Montenegro, including the decisions of the Supreme Court of Montenegro, as well as other individual acts taken by other authorised bodies, if it establishes that these acts are in violation of the constitutional rights and freedoms of citizens. Exceptionally, the Constitutional Court, in the proceedings upon a constitutional

20) Article 43 of the Constitution.

21) Article 149, paragraphs 2, 5 and 8 of the Constitution.

22) With the aim of differentiating „a specific constitutional right“ from „an ordinary legal right“, the Constitutional Court has been gradually developing a range of its concrete legal standpoints, respecting the doctrine of constitutional „self-restraint“ while examining the constitutionality of judicial decisions. When assessing contested judicial decisions, in its practice the Constitutional Court has limited itself to quashing only the judicial decisions in which there has been a violation of the constitutionally guaranteed rights and freedoms and the law of the European Convention, within the limits of its constitutional jurisdiction. Naturally, the Constitutional Court bases its case-law on the relevant case-law of the European Court of Human Rights. From the point of view of proceedings upon a constitutional appeal, also the preventive function of the Constitutional Court is actualized, pursuant to the provision under Article 35, paragraph 1 of the Convention, that the Court shall admit a case only after all other remedies have been exhausted.

appeal, may order the suspension of enforcement of an individual act until the final decision has been taken, at the request of an appellant, if the appellant demonstrates that the enforcement shall cause irreversible detrimental consequences.²³ In this way, in the proceedings upon a constitutional appeal, the Constitutional Court's preventive function is effectuated.

Due to a large number of constitutional appeals, after the institute of constitutional appeal was introduced in 2007²⁴, the Constitutional Court has been increasingly „distancing itself“ from its typical jurisdiction – abstract control of laws and legal norm. Review of submitted constitutional appeals in the period 2007-2013 shows constant increase of constitutional appeals. Due to the „popularisation“ of the institute of constitutional appeals (which make 85% of the overall number of cases before the Constitutional Court,) and limited personnel capacities (insufficient number of legal advisors), the Constitutional Court is faced with a large number of pending cases.

This is definitely contributed to by the fact that, according to the position of the European Court of Human Rights, taken in the case of *Bijelić v. Montenegro and Serbia* (judgment, 28 April 2009, No. 11890/05)²⁵, the application of the Convention, and by it also the jurisprudence of the European Court, extends retroactively to 3 March 2004, and not to the date of Montenegro's joining the Council of Europe (i.e. 11 May 2007), by which a rather demanding requirement has been put before the Constitutional Court – the assessment of conformity of legal order of Montenegro for this period.²⁶

23) Article 52, paragraph 2, of the Law on the Constitutional Court.

24) According to the Resolution of the panel of ministers of the Council of Europe, from its additional 994 sitting of 9 May 2007, Montenegro is considered a signatory to the Convention, effective as of 6 June 2006, i.e., as of the declaration of its independence. It is considered that when Montenegro submitted the documentation for the ratification of the Convention, on 3 March 2004, it also submitted the declaration in relation to Article 57 of the Convention, and reservations considering Articles 5 and 6 of the Convention. However, the European Court of Human Rights has established a different temporal validity of the Convention with regard to Montenegro *ratione temporis* and *ratione personae*. Namely, the European Court has established that the temporal validity of the Convention with regard to Montenegro starts as of 3 March 2004, i.e. from the date of the ratification of the Convention by the former union of states, Serbia and Montenegro.

25) 69... „considering the practical conditions regulated under Article 46 of the Convention, as well as the principle that the basic rights which are protected by international agreements on human rights should indeed belong to individuals who live in the territory of a given state, signatory to the Convention, regardless of its later dissolution or succession (see *mutatis mutandis*, p. 58 of this Judgment). The Court was of the opinion that the Convention and the Protocol No. 1 have always been in force with regard to Montenegro as of 3 March 2004, between 3 March 2004 and 5 June 2006, and thereafter (see the positions 53-56 in the text of this Judgment).“

26) „From the approach taken in the case *Bjelić v. Montenegro* (2009) by the European Court, the following general rule results: fundamental rights from international agreements on human rights, such as the Convention, have to be ensured for all persons

Apart from the abovementioned, the Constitutional Court is authorised to make decisions considering violations of the Constitution by other bodies of public authority (whether the president of the state violated the Constitution, etc.), on the conflict of interest between public authorities which execute judicial and executive power, as well as the conflict of interest between public authorities of local self-governing units and between individual bodies of local self-government.

Decisions of the Constitutional Court of Montenegro have the effect of cessation. They end constitutional disputes and remove unconstitutional acts from the legal system, remedy infringements of constitutional freedoms and rights of citizens, solve conflicts of interest, establish whether the president of the state has violated the Constitution, decide on the prohibition of political parties or non-government organisations, establish the infringements of law in the course of elections for public authority bodies, etc.

From the point of view of the element of time – *cessation* takes effect *ex nunc*, and only exceptionally *ex tunc*, and from the point of view of the participants in a constitutional dispute, *erga omnes* and *inter partes*. In this sense, the effect of a Constitutional Court decision implies the suspension of enforcement of the law which ceases to be in force, not only in the future, but also considering legal relations which emerged before the Constitutional Court's decision was published, if the final decision had not been taken considering them by that date.²⁷ In this way, the Constitutional Court's decision takes effect in a limited way, *ex tunc*, but also *preventively*, as the enforcement of final and valid individual acts passed on the basis of regulations which may no longer be applied, may not be permitted or enforced, and in the case their enforcement has started, it shall be suspended.

A decision of the Constitutional Court of Montenegro is generally binding,²⁸ enforceable²⁹ and final,³⁰ and has to be enforced by all subjects it

who live in the territory of the (former) respondent state, regardless of the subsequent dissolution and succession of this state“.

Jasna Omejec, „Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava– Strasbourški *acquis* – Novi informator“, Zagreb, 2013, p. 625.

27) Article 46 of the Law on the Constitutional Court.

28) Generally binding nature of the Constitutional Court's decision implies that, after its publication, no one can invoke the law, or other general or individual act, for which it has been established that it was unconstitutional, i.e. illegal.

29) The binding nature of a decision of the Constitutional Court is expressed in the obligation of public and other authorities to, within the scope of their rights and duties, enforce decisions of the Constitutional Court, and the sanction for omission to enforce these decisions, which amounts to a criminal offence of failing to enforce judicial decisions (Article 395, paragraph 1 of the Criminal Code (Official Gazette of the Republic of Montenegro, No. 70/03, 13/04, 47/06 and the Official Gazette of Montenegro, No. 40/08, 25/10, 32/11 and 40/13).

30) Finality of a Constitutional Court's decision implies that there are no legal remedies against it in the legal system of Montenegro, nor can it be discussed.

refers to. When necessary, the Government of Montenegro,³¹ at the request of the Constitutional Court, ensures their enforcement from the budget sources of Montenegro.

Conclusion

The stated constitutional and other guarantees, however, do not ensure the real independence of judges of the Constitutional Court in the discharge of their duties, as constitutionally proclaimed independence of the judiciary, in itself, does not mean its implementation in the real world. Performing the constitutional role of the Constitutional Court, within an actual social context and at an actual point in time, is not possible, without the existence of, or an obligation to ensure, the adequate working conditions and material status of judges of the Constitutional Court, which would have, at least, a legal and organisational, technical and operational expression, as a realistic pre-condition for the implementation of the proclaimed constitutional principles, effectuating the place and role of the Constitutional Court in the legal order under the actual circumstances.

Omission to envisage the principles of adequate regulation of judges' salaries and their working conditions, by a constitutional act, created a legal gap which may, but does not have to be, regulated by law. Positive legal solutions, in this area, may be assessed as non-systematic and incoherent. Thus, for example, the issue of a Constitutional Court judge salary is regulated by the Law,³² which regulates salaries and other issues regarding the carriers of judicial functions. Without adequate material and technical presuppositions for exercising immediate constitutional judicial authority, with regard to a dominant position of the bodies of legislative and executive power, their influence, institutional and extra-institutional, is often inadequately present. The negative criticism of the Constitutional Court's work are mostly flat-rate assessments of those who, by disputing decisions of the Constitutional Court, have been trying to attain their own political goals, often without even having read these decisions.

This is potentially contributed to by the fact that, according to the Amendment 16, the highest political body (the Parliament), selects all seven judges of the Constitutional Court, whereas the provisions under Article 5³³

The Constitution does not allow for the examination of decisions on cessation, after its publication, i.e. its communication to the participants in the proceedings.

31) Article 151, p. 3 of the Constitution.

32) The Law on salaries and other remuneration of the carriers of judicial and constitutional justice functions (Official Gazette of the Republic of Montenegro, No. 36/07 and 53/07).

33) The Law on the Constitutional Court of Montenegro shall be brought into compliance with the amendments within 45 days of their enforcement. The publicly

of the Law on the Implementation of Amendments 1 to 16 to the Constitution of Montenegro³⁴ (Official Gazette of Montenegro, No. 38/13), provides that for the selection of all judges of the Constitutional Court, there shall be a publicly announced invitation, within 30 days of the harmonisation of the amendments with the Law on the Constitutional Court. The provision under Article 93c of the Law on Amendments to the Law on the Constitutional Court of Montenegro, provides that the current president and judges shall continue to practice until all judges of the Constitutional Court have been elected, i.e. the necessary number of the Constitutional Court judges required for the Court's deciding is achieved, in conformity with the Constitution and this law, from which it ensues that the terms of the current president and judges end on the grounds of law, and not the Constitution or the Constitutional Law.

Such manner of election of the judges of the Constitutional Court and of ending their term of office, does not provide sufficient legal guarantees that their selection shall be done on the basis of objective criteria and expertise, namely, that the future judges, regardless of their constitutional term of office (12 years), in the course of their term of office, shall not be subjected to political suitability of the politicians in power.³⁵ Besides, in Montenegro, as well as in the region, still a completely wrong approach is evident, according to which the place of the Constitutional Court (its judges and expert associates), is still positioned within the framework of a regular judiciary and public administration, though they are not equivalents. It is worthwhile recalling the statement of Donald Horowitz: *"It is unambiguously evident that, in the process of constituting the Court, the greatest risk of politicisation is present if it is exclusively the function of the Parliament to select all the judges."* In addition, the constitutional condition for the selection of a judge, defined as „a prominent lawyer“, is a rather vague standard, so we share the opinion of Dragan Stojanović that „the standard of a

announced invitation for the selection of all judges of the Constitutional Court shall be announced within 30 days from the day of the harmonisation of the regulation under paragraph 1 of this Article.

34) Official Gazette of Montenegro, No. 46/13, of 2 October 2008.

35) On 8 October 2013, the Government of Montenegro, in a special sitting, adopted a negotiating position for Chapter 23 (Justice and Fundamental Rights), as well as a negotiating position for Chapter 24 (Justice, Freedom and Safety), which have immediately been communicated to the Lithuanian presidency to proceed. By this Montenegro has fulfilled all obligations in preparation for the opening of both chapters in the area of the rule of law. What is left is for the European Commission to put together a common negotiating ground for Chapter 23, (Justice and Fundamental Rights), as well as for Chapter 24 (Justice, Freedom and Safety), which should then be accepted by the member-states of the European Union, so that, by the end of the year, an International Conference is organized in which these two chapters are opened.

prominent lawyer“ should be „precisely defined and objectivised by the Constitution.“³⁶

In order for the Constitutional Court to be able to efficiently protect human rights and fundamental freedoms, namely, to consistently implement the principle of the rule of law, it is important that, in its relationship with the bodies of legislative, executive and judiciary power, its organisational and functional independence be factually ensured, and that all the three kinds of power respect, i.e. execute the Constitutional Court's decisions, regardless of their interests or value standpoints in respect of an individual act. „An original intention of the constitutional judiciary, which consisted in the prevention of great injustices“³⁷ is no longer sufficient. In this sense, for its efficient work and full independence, under the existing circumstances, it is necessary to change the present law on the work of the Constitutional Court, as well as to provide it with an independent budget.

Independent constitutional justice, however, does not imply only a proclamation of its independence, but also the changes in social relationships, the creation of all necessary conditions for its functioning and provision of guarantees of its full independence, through a corresponding social and economic status, its economic independence, working conditions and adequate prestige. Only in this way, the Constitutional Court of Montenegro may, in the existing normative environment, catch up with the contemporary European tendencies of the constitutional justice protection and fully contribute to the constitutional and legal development of Montenegro and the more efficient protection of human rights.

Regulation of the Constitutional Court's proceedings, conditions for the election of its judges, end of the term of their office and other issues of relevance for the work of the Constitutional Court (i.e. the Constitutional Law), would prevent the legislator from influencing its position, by frequent changes of the Constitution and laws.

Justice and human rights represent a matter which is negotiated within Chapter 23 (Justice and Fundamental Rights). Successful implementation of reforms in this area is a pre-condition for Montenegro to successfully discharge its duties which ensue from Chapter 23, but this also contributes to further building of the space of freedom, justice and safety within the European Union, for the sake of establishing an independent judiciary and constitutional justice, which could be perceived as trustworthy by the majority of citizens.

36) Dragan Stojanović: “Premise ustavne kontrole prava i njihovo ostvarivanje u praksi Ustavnog suda Srbije”, Zbirka, uloga i značaj ustavnog suda u ostvarivanju vladavine prava, Republika Srbija, Ustavni sud Srbije, Beograd 2013., p. 112-135.

37) Otfried Hefe, Pravda, Filozofski uvod, Novi Sad, Akademska knjiga, 2008, p. 62.

Natalia Shaptala
Judge of the Constitutional Court of Ukraine

TOPICAL ISSUES OF THE ACTIVITIES OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE IN THE CURRENT CONTEXT

Introduction.

Dear Mr. President of the Constitutional Court of the Republic of Serbia!

Dear judges!

Ladies and Gentlemen!

First of all, I would like to express my gratitude for the honour given to the Constitutional Court of Ukraine to participate in the international conference “Position and Perspective of Constitutional Justice” dedicated to the 50th anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Serbia.

On behalf of the Chairman and judges of the Constitutional Court of Ukraine and myself I would like to congratulate the people of the Republic of Serbia, the President and judges of the Constitutional Court of the Republic of Serbia on this anniversary, to wish your country all the good and prosperity. As regards today’s Conference I would like to note that such international events have an important and key meaning so long as communication, exchange of experience among the constitutional courts judges, discussion of the actual issues provide for a possibility to compile more integral vision of the current problems in the sphere of constitutional justice and ways of their solution.

1. Consideration of cases on the constitutional appeals of citizens and legal entities – the main direction of activity of the Constitutional Court of Ukraine at the modern stage.

The 17-year practice of the Constitutional Court of Ukraine shows that the Court’s legal status allows to implement the efficient protection of the Constitution as the Fundamental Law of the state, to protect the stability

of the constitutional legal order and human and citizens' rights and freedoms guaranteed at the constitutional level.

Issues that come up before the Constitutional Court of Ukraine and problems which the Court faces within its activity are the reflection of the realities in which the Ukrainian society lives.

By revealing such interrelation I will try to build my presentation on the topic "Topical issues of the activities of the Constitutional Court of Ukraine in the current context".

First of all, I would like to touch upon such issue which is important and actual for every body of the constitutional jurisdiction as providing the direct access to them for natural and legal entities for implementing the protection of their rights and freedoms. Over the last several years deciding on the cases upon the constitutional appeals of the citizens and legal entities has been the main direction of activity of the Constitutional Court of Ukraine. For example, this year over 70% of its decisions have been adopted upon appeals of natural and legal entities.

This fact is stipulated by a number of reasons, the main of which is relative political stability in our country which enables significant reduction of constitutional appeals on the part of the subjects of power authorities regarding the solution of competency disputes between them, as well as comprehensive educational work performed by the Constitutional Court of Ukraine on implementation of the right of the natural and legal entities to constitutional appeal concerning interpretation of the Constitution and laws of Ukraine.

In accordance with the legislation of Ukraine the constitutional appeal is a procedural tool of initiation of the constitutional proceedings by natural and legal entities. Legal basics of such appeal are enshrined in the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine" pursuant to which a constitutional appeal is a written application to the Constitutional Court of Ukraine on the necessity of official interpretation of the Constitution of Ukraine and laws of Ukraine in order to ensure implementation or protection of the constitutional human and citizen's rights and freedoms as well as the rights of a legal entity. The constitutional appeal as well as the constitutional complaint must meet special requirements, which means that there are a kind of filters that determine admissibility frames of the constitutional appeals to be considered by the court. In this way, under the current legislation the Constitutional Court of Ukraine may interpret the provisions of the Constitution and laws of Ukraine only in case of their inconsistent application by courts or other authorities

This said, and with account of the experts conclusions, stated in particular in the research on the access to constitutional justice adopted at the 85th plenary session of the Venice Commission, we could make a conclusion that constitutional appeal that exists in Ukraine is one of the forms of such

access to the constitutional justice along with a variety of constitutional complaints existing in the world constitutional practice, wherein the constitutional appeal, in fact, plays the function of the normative constitutional complaint which is its most wide spread form. This conclusion is confirmed, in particular, by the fact that in the frame of the proceedings on consideration of the constitutional appeals in cases provided by law the Court may decide on the issues of the constitutionality. Thus, in accordance with the norms of the Law of Ukraine “On the Constitutional Court of Ukraine” if the Court during consideration of a case on the official interpretation of the law (its separate provisions) proves its incompatibility with the Constitution of Ukraine (unconstitutionality), than in these proceedings the Court may resolve the issue regarding unconstitutionality of this law. And it is logical since only those norms of laws which correspond to the Constitution of Ukraine are subjected to the official interpretation. That is why clarification of their constitutionality precedes their official interpretation.

There are a lot of such examples in the practice of the Constitutional Court of Ukraine. One of them is the case on the constitutional appeal of citizen Z.Halkina concerning the official interpretation of the provision of the paragraph four Article 3 of the Law of Ukraine “On Preventing the Impact of the Global Financial Crisis on the Development of the Construction Sector and Residential Construction” in which the Constitutional Court of Ukraine held to recognise as unconstitutional the provision of the Law according to which “natural and legal persons are prohibited to terminate any contracts which result in assignment of completed object (part of object) of residential construction by developer provided 100 % of value of the object (part of object) of the residential construction has been paid pursuant to such contracts”¹. The Constitutional Court of Ukraine made such a conclusion assuming that in violation of the requirements established by the Constitution of Ukraine this norm had actually introduced the restrictions on the possession, use and disposal of the objects of proprietary rights, in particular investors’ funds.

In addition to that, I would like to point out that the mechanism of the official interpretation of the Constitution and laws of Ukraine through the constitutional appeal of natural and legal entities also gives them a possibility to protect their constitutional rights and freedoms on the basis of the decisions adopted by the Constitutional Court by reviewing the cases in courts of general jurisdiction and state bodies. Such possibility is stipulated by the fact that by its legal nature the official interpretation is normative, i.e. it applies to an indefinite number of persons and intended for multiple use and is obligatory for everyone.

1) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated March 13, 2012 No. 5-rp/2012 in the case on prohibition of termination of contracts of investment of residential construction.

At the same time it should be noted that rather fruitful functioning of the institute of the constitutional appeal in Ukraine is accompanied by discussions about the necessity to implement the constitutional complaint and in this way to extend the scope of the authorities of the Constitutional Court of Ukraine in the sphere of human rights and freedoms protection. Particularly these issues are being considered by the Constitutional Assembly, created by the decree of the President of Ukraine with the aim to develop a scientifically substantiated Concept of amendments to the Constitution of Ukraine and elaboration on its basis of a relevant draft law.

**2. Issues that are raised in the constitutional appeals
and considered by the Constitutional Court of Ukraine
– a reflection of the reality in which the Ukrainian
society lives.**

2.1. To such issues one should, first of all, refer those on the right to judicial protection, rights to social protection, and protection of electoral rights.

As statistics says, one of the most frequent issues raised before the Constitutional Court of Ukraine is the guarantee of the right to judicial protection. Thus, only in 2011 – 2013 every third case, resolved by the body of the constitutional jurisdiction of Ukraine touched upon some of the aspects of implementation of this right.

It was the formation of the institute of the administrative court proceedings in Ukraine (in 2005) that facilitated such topicality of the guarantee of the right to judicial protection.

As an example one may cite the Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated May 7, 2002², in which the Court distinguished the competence on consideration of specific acts of the President of Ukraine and the Verkhovna Rada of Ukraine between the Constitutional Court of Ukraine and courts of general jurisdiction. In the Decision dated October 19, 2009³, inter alia, possibility to consider specific complaints related to the elections of the President of Ukraine in the order of administrative proceedings was touch upon. In the Decision dated April 1, 2010 the Constitutional Court of Ukraine put to the competence of the administrative courts the resolution of land disputes of natural and legal persons with bodies of local self-government as subject of power authorities related to challenging their

2) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated May 7, 2002 № 8-rp/2002 in the case on jurisdiction of acts on appointment or dismissal of officials.

3) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated October 19, 2009 № 26-rp/2009 on Introducing Amendments to some Legislative Acts of Ukraine on Elections of the President of Ukraine.

decisions, acts or omissions⁴. In the Decision dated June 21, 2011 the Constitutional Court of Ukraine declared constitutional the legislative regulations that did not allow securing a claim by force of suspension of the acts of the Verkhovna Rada of Ukraine, President of Ukraine, High Council of Justice and setting prohibition to perform certain activities⁵. Recently issues related to the administrative proceedings were resolved by the Constitutional Court of Ukraine in the Decision dated August 29, 2012, in which a large-scale constitutional and legal analysis of jurisdiction of specific categories of administrative cases was implemented⁶.

One should also note that issues that are considered by the Constitutional Court of Ukraine related to ensuring the right to judicial protection include execution of judicial decisions.

Thus, only in 2012 – 2013 the Court adopted three such decisions; and they concerned: the legal nature of rulings of the economic court on postponement of court's execution of decisions⁷; the possibility of challenge in cassation of rulings of courts of first and appellate instances on refusal to satisfy the claim for change of method and procedure of execution of decision⁸; possibility of suspension of enforcement proceedings⁹. In these decisions legal positions were formulated according to which: the right to judicial protection is the constitutional guarantee of human and citizen's rights and freedoms and the obligatory implementation of court decisions is inalienable part of everyone's right to judicial protection and includes, in particular, a set of actions determined at the legislative level and aimed at the protection and restoration of violated rights, freedoms, legitimate interests

4) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated April 1, 2010 № 10-rp/2010 in the case upon the constitutional petition of the High Administrative Court of Ukraine concerning official interpretation of the provisions of Article 143.1 of the Constitution of Ukraine, items "a", "b", "c", "d" of Article 12 of the Land Code of Ukraine, Article 17.1.1 of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine.

5) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated June 21, 2011 № 07-rp/2011 in the case concerning the authorities of the state bodies in the sphere of judiciary.

6) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated August 29, 2012 № 16-rp/2012 in the case on jurisdiction of some categories of administrative cases.

7) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated June 26, 2013 № 5-rp/2013 in the case upon the constitutional appeal of the stock company "Kharkivoblenergo" concerning the official interpretation of the provisions of Articles 17.2.2, 26.1.8. 50.1 of the Law "On Execution Proceedings".

8) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated April 25, 2012 № 11-rp/2012 in the case upon the constitutional appeal of citizen Oleksii Leonidovych Shapovalov concerning official interpretation of the provisions of Articles 106.1.20, 111-13.1 of the Commercial Procedural Code of Ukraine in conjunction with the provisions of Articles 129.3.2, 129.3.8 of the Constitution of Ukraine.

9) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated December 13, 2012 № 18-rp/2012 in the case on collection of liabilities of enterprises of fuel and energy complex.

of natural and legal entities, society, state; according to the conclusions of the Constitutional Court of Ukraine failure to execute a court decision threatens the essence of the right to a fair trial by the court.

Of special attention in the jurisprudence of the Constitutional Court of Ukraine are the cases on social protection of citizens. As in many countries around the world, the international economic crisis had its negative consequences in Ukraine as well that, in an absolutely logical way, influenced the implementation of the state social programs.

Thus, for many years the Verkhovna Rada of Ukraine has been solving this problem by suspending the norms of law on the state budget of Ukraine for the relevant year, the effect of norms of a number of social laws which provided for the payment of various social benefits, compensations and guarantees. The Constitutional Court of Ukraine has repeatedly declared such practice unconstitutional. But it was until 2011, that every year the Constitutional Court of Ukraine had faced the same issues of social benefits reduction by a law on state budget of Ukraine. In 2011 the Verkhovna Rada of Ukraine settled the mentioned issue in other way, namely: in the Law of Ukraine “On the State Budget of Ukraine for 2011” the Parliament granted the Government of Ukraine with the authorities to establish the order of execution of social laws.

The Constitutional Court of Ukraine recognised the above provisions of the Law as constitutional¹⁰, proceeding, first of all, from the fact that social and economic rights provided by laws are not absolute. The mechanism of implementation of these rights depends on the economic welfare of the state and may be changed, in particular because of the impossibility of their financial guaranteeing by means of proportional reallocation of means aimed at saving the balance of interests of the whole society. Besides, application of such measures may be stipulated by the necessity of prevention or elimination of real threats of the economic security of Ukraine that is the main function of the state. At the same time the Constitutional Court of Ukraine believes that these restrictions must be accomplished by the state in certain frames. Thus, the Constitutional Court of Ukraine noted that establishment of such legal regulation of the social laws according to which the pensions scale, other social benefits would be lower than the level determined in paragraph three of Article 46 of the Constitution of Ukraine would be inadmissible, it means it would not permit to secure proper living conditions of the individual in society and preserve his/her human dignity

10) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated December 26, 2011 № 20-rp/2011 in the case upon the constitutional petitions of 49 People’s Deputies of Ukraine, 53 People’s Deputies of Ukraine and 56 People’s Deputies of Ukraine concerning conformity with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of item 4 of Chapter VII “Transitional Provisions” of the Law of Ukraine “On the State Budget of Ukraine for 2011”

that contradicts Article 21 of the Fundamental Law of Ukraine. In this way the Constitutional Court of Ukraine concluded that changes in the mechanism of calculation of certain types of social benefits and assistance are constitutionally permissible but only up to the point when the very essence of the content of the right to the social protection may be put to doubt.

The legal position concerning the obligation of the State to ensure public needs in the field of social protection at the expense of the State Budget of Ukraine, based on the financial capacity of the state was also confirmed in the Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated January 25, 2012¹¹ in which the Court mentioned that the state is obliged to fairly and impartially allocate public wealth among citizens and territorial communities and strive to balance the budget of Ukraine. At the same time the level of state guarantees of the right to social protection must comply with the Constitution of Ukraine, and the purpose and means of changing the mechanism of calculation of social benefits and assistance – with the principles of proportionality and fairness. The Constitutional Court of Ukraine has also taken into account the legal position, formulated in the Decision dated November 27, 2008¹², according to which the State may not arbitrarily refuse any of its financial obligations under the laws and other legal acts and must act effectively and responsibly within the existing budget legislation.

Another category of cases, often considered by the Constitutional Court of Ukraine, which I would like to dwell upon, are cases related to electoral law. One of the most important issues for Ukraine, as well as for any democracy state is the respect for the right of citizens to elect and be elected to the bodies of state authority and local self-government. Traditionally, these issues are lodged with the Constitutional Court of Ukraine on the eve of or after the regular or special election.

On October 28, 2012 regular elections to the Verkhovna Rada of Ukraine were held in Ukraine that caused a number of appeals to the Constitutional Court of Ukraine. Among the decisions of the Constitutional Court of Ukraine adopted on these issues, in particular there was the Decision dated April 5, 2012¹³ which declared unconstitutional the provision

11) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated January 25, 2012 № 03-rp/2012 in the case upon the constitutional petition of the Board of the Pension Fund of Ukraine concerning official interpretation of the provisions of Articles 1, 95.1, 95.2, 95.3, 96.2, 116.2, 116.3, 116.6, 124.2, 129.1 of the Constitution, 4.1.5 of the Budget Code of Ukraine, 9.1.2 of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine in system connection with some provisions of the Constitution.

12) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated November 27, 2008 № 26-rp/2008 in the case on balanced budget.

13) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated April 5, 2012 № 08-rp/2012 in the case on nomination of candidates for People's Deputies of Ukraine under the mixed electoral system.

of the Law of Ukraine “On elections of the People’s Deputies of Ukraine” of November 17, 2011 regarding the possibility of simultaneous inclusion of the same person in the electoral ballot list of the candidates to the People’s Deputies of Ukraine in national multi-member district and in single-mandate district as well. The Constitutional Court of Ukraine made such conclusion in view of the fact that such a provision violated the principle of the rule of law as far as it did not ensure the implementation of the principles of justice and equality in the electoral process. Significant in this regard is the fact that the Constitutional Court has already found such legal regulation to be unconstitutional on the same grounds in 1998¹⁴, but despite this, the Verkhovna Rada of Ukraine passed the unconstitutional provisions of the Act.

The Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated April 4, 2012¹⁵ in which the Court recognised unconstitutional the provisions of the Law of Ukraine “On elections of the People’s Deputies of Ukraine” regarding proportionate allocation of polling stations abroad to all single-member constituencies, in the capital of Ukraine – Kiev, also related to the electoral matters. Recognising this provision to be unconstitutional, the Constitutional Court of Ukraine proceeded from the principle of equal suffrage, the effect of which is ensured not only by equal foundation of participation in the elections for all citizens and an equal number of votes, but also by legally equal influence of these votes on the elections and the right of voters to choose a candidate with the principle of representation being observed which has not been secured by the provisions of the Act.

2.2. In view of the protection of human and citizen’s rights and freedoms one may note some other issues that have been considered by the Constitutional Court of Ukraine in recent years.

Thus, the subject of constitutional review in 2011 were the legal relations of consumer credit, namely: legal relations on the protection of the rights of consumers of credit services when concluding and executing a credit contract¹⁶, in 2013 legal relations that arise between individual con-

14) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated February 26, 1998 № 1-rp/1998 in the case upon elections of People’s Deputies of Ukraine.

15) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated April 4, 2012 № 7-rp/2012 in the case upon the constitutional petition of 59 People’s Deputies of Ukraine concerning conformity with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of the provisions of Article 22.2 of the Law “On the Elections of the People’s Deputies of Ukraine” concerning proportional assignment of electoral voting stations abroad to all single-seat electoral districts established on the territory of the capital of Ukraine – the city of Kyiv.

16) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated November 10, 2011 № 15-rp/2011 in the case on the protection of consumers of credit rights.

sumers, banks and other financial institutions on payment of interest¹⁷. Constitutional review was also associated with joint property of the spouses in the aspect of the possibility of labelling to the objects of law of such property of the authorised capital and private enterprise (2012)¹⁸; legal relations in the sphere of realisation of the constitutional right for information and non-interference in private and family life of an individual (2012)¹⁹; legal relations on providing the implementation by the taxpayers of their responsibilities (2012)²⁰; legal relations in the sphere of preventing and combating corruption (2012)²¹.

In 2012-2013 the Constitutional Court of Ukraine also resolved the issues related to the activities of the Verkhovna Rada of Ukraine. In such cases the Constitutional Court reviewed the norms of laws on the procedure for the election of the Chairman of the Verkhovna Rada of Ukraine²², the possibility of deprivation of People's Deputies of Ukraine of the right to table draft laws to the Verkhovna Rada of Ukraine on denunciation of international treaties of Ukraine²³.

During the same period, the Constitutional Court of Ukraine provided four opinions on the constitutionality of draft laws on introducing amendments to the Constitution of Ukraine: two of them concerned the immunity of the President of Ukraine, People's Deputies, judges of courts of

17) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated July 11, 2013 № 07-rp/2013 in the case upon the constitutional appeal of citizen Kozlov Dmytro Oleksandrovych concerning official interpretation of the provisions of the second sentence of the preamble of the Law "On Responsibility for Untimely Fulfilment of Money Obligations".

18) Decision of the Constitutional Court of Ukraine from September 19, 2012 № 17-rp/2012 in the case upon the constitutional appeal of the Private Enterprise "IKIO" concerning official interpretation of the provisions of Article 61.1 of the Family Code

19) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated January 20, 2012 № 2-rp-2012 in the case upon the constitutional petition of Zhashkiv regional council of Cherkassy oblast concerning official interpretation of the provisions of Articles 32.1, 32.2, 34.2, 34.4 of the Constitution of Ukraine.

20) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated June 12, 2012 № 13-rp/2012 in the case upon the constitutional petition of 53 People's Deputies of Ukraine concerning conformity to the Constitution (constitutionality) of some provisions of the Tax Code of Ukraine.

21) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated March 13, 2012 № 5-rp/2012 in the case upon the constitutional appeal of citizen Halkina Zinayida Hryhorivna concerning official interpretation of the provision of Article 3.4 of the Law "On Preventing the Impact of the Global Financial Crisis on the Development of the Construction Sector and Residential Construction" (case on prohibition of termination of contracts of investment of residential construction).

22) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated June 11, 2012 № 15-rp/2012 in the case on elections of the Chairman of the Verkhovna Rada of Ukraine.

23) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated May 30, 2012 № 12-rp/2012 in the case on the legislative initiative.

general jurisdiction and the judges of the Constitutional Court of Ukraine²⁴, one concerned the implementation by the Accounting Chamber of Ukraine of the control on the behalf of the Verkhovna Rada of Ukraine for the receipt of funds to the State Budget of Ukraine and their use²⁵, the last one concerned the reform of judicial system in Ukraine.

3. The Activity of the Constitutional Court of Ukraine in the light of international standards.

3.1. The practice of implementation by the Constitutional Court of Ukraine of international legal norms and the decisions of supranational judicial bodies.

At the present stage of society development the Constitutional Court of Ukraine, as well as bodies of constitutional jurisdiction in many other countries plays an important role in the implementation of European legal standards in the national legal system, since reference to the norms of international legal acts in its decisions is quite common. This may be particularly accounted by the fact that all constitutions of modern states were adopted based on the international legal standards. The Constitution of Ukraine was also created in the spirit of values, which have been long ago rooted in Europe. Therefore, it is natural, that while deciding on the constitutionality or interpreting the Constitution and laws, the Constitutional Court of Ukraine seeks to lean on the best examples of the constitutional and general legal doctrine and practice in Europe. Up to date the Court in this or that way has applied the provisions of the international legal instruments in more than one third of its decisions, and in cases related to the protection of human and citizen's rights and freedoms in more than a half of them.

At the same time it should be noted that application of norms of the international and legal acts by a body of the constitutional jurisdiction of a specific country, in particular Ukraine, depends on many factors, the main of which is the legal possibility to implement the international and legal act in the national legislation of a country.

24) Opinion of the Constitutional Court of Ukraine dated June 10, 2012 № 1-v/2012 in the case upon the appeal of the Verkhovna Rada of Ukraine on providing opinion regarding conformity of a draft-law on introducing amendments to the Constitution of Ukraine on immunity to the requirements of Articles 157 and 158 of the Constitution of Ukraine (case on introducing amendments to Articles 80, 105, 126 and 149 of the Constitution of Ukraine).

25) Opinion of the Constitutional Court of Ukraine dated May 21, 2013 № 1-v/2013 in the case upon the appeal of the Verkhovna Rada of Ukraine for providing opinion on conformity of the draft law on introducing amendments to Article 98 of the Constitution with the provisions of Articles 157 and 158 of the Constitution.

Thus, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Protocols thereto, ratified by Ukraine, in accordance with Article 9 of the Constitution have become an integral part of the legislation of Ukraine and have the highest legal effect in relation to its other acts. In Ukraine, the legal grounds for the application by the courts of Ukraine of the judgments of the European Court of Human Rights are defined at the legislative level. Ukraine has recognised its compulsory jurisdiction in all matters concerning the interpretation and application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as the need for courts in considering cases to apply the mentioned Convention and the relevant case-law of the ECHR as the sources of law.

In this way the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the case-law of the European Court of Human Rights were directly referred to by the Constitutional Court of Ukraine in more than 20 decisions and indirectly in about a hundred decisions. And the “leader” in this list is Article 6 of the Convention, “The right to a fair trial.”

As regards application of the legislation of the European Union in the practice of the Constitutional Court of Ukraine it should be noted that prior to the entry of Ukraine into the European Union the legislation of the latter is regarded on its territory as foreign, that is, one that is non-binding and having no direct effect.

In this regard, in those countries that strive for the EU-membership and in which the EU law has no mandatory effect, the constitutional courts have the possibility to only take into account the legislation of the European Union and the interpretation of the European Court of Justice when exercising their powers, creating thereby, the pro-European doctrine of “consistent interpretation between national and European law.”

Examples of such “consistent interpretation” already exist in the case-law of the Constitutional Court of Ukraine. For instance, the Decision on protection of rights of consumers of credit services²⁶. The legal position was developed with account of the legislation of the European Union, namely the EU Directive on credit agreements for consumers, as well as the EU Directive on unfair types of commercial practices. At the moment, there is a number of examples of decisions of the Constitutional Court of Ukraine with direct reference to the legislative norms of European Union. In addition, the information and analytical materials that are prepared by the Secretariat of the Constitutional Court of Ukraine for the examination of cases often contain a description of the relevant EU legislation and its interpretation by the ECJ, which in case they are not directly reflected in the decisions of the Constitutional Court of Ukraine are the subject of in-depth

26) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated November 10, 2011 № 15-rp/2011 in the case on the protection of consumers of credit rights.

research and undoubtedly have an impact on both motivation and the operative part of decisions.

3.2. Interpretation by the Constitution Court of Ukraine of the Constitution and laws of Ukraine in the light of the principle of the rule of law and its components, in particular fairness, proportionality, legal certainty.

The inevitable logic of democratic development was the fact that the cornerstone value of the European legal system is the guaranteeing of the rule of law. In this regard, I will only note the fact that Article 3 of the Statute of the Council of Europe, signed in London on May 5, 1949 provides that every member of the Council of Europe should accept the principle of the rule of law as the principle according to which each individual being under the jurisdiction of that member of the Council of Europe must use human rights and fundamental freedoms²⁷.

The current practice of the Constitutional Court of Ukraine allows to cite a great number of examples when the Court formulated legal positions which are guidelines for practical guaranteeing of the rule of law.

I will outline a few of them.

In particular, fairness and proportionality – the components of the principle of rule of law – are reflected in the Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated November 2, 2004 in the case of the appointment of a more lenient sentence²⁸ in which the Court declared as unconstitutional the provisions of paragraph one Article 69 of the Criminal Code, which excludes a more lenient punishment to individuals who have committed minor offenses than provided by the law, and held that a separate manifestation of justice is a matter of consistency of a punishment with the crime committed; the category of justice requires that the punishment for a crime must be proportionate to the crime. Fair application of the norms of law is primarily non-discriminational approach, impartiality. This means not only that the statutory scope of the offense and the punishment will correspond to each other, but that the punishment should be in proportion of the fair correlation with the gravity and circumstances of the committed crime as well as the guilty person. The adequacy of the punishment to the degree of gravity of a crime is based on the principle of legal state, the essence of the constitutional human and citizen's rights and freedoms, in particular, the right to liberty which may not be restricted, except in cases provided by the

27) Internet resource – <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=001&CM=1&CL=RUS>

28) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated November 2, 2004 № 15-rp/2004 in the case concerning more lenient sentences by court.

Constitution of Ukraine. The legal state especially considering the punishment to be, first of all, a corrective and preventive method, should not use excessive, but only the necessary measures and those which are established by the purpose.

The restriction of the constitutional rights of the defendant must correspond, first of all, to the principles of legality, fairness, proportionality, for example between securing the interests of the state on the protection of public order and ensuring rights and freedoms of the convicted.

In one of the recent Decisions²⁹ the Constitutional Court of Ukraine noted that it acted on the premise that the requirement on calculation and payment of the contract penalty of consumer credit which is clearly overstated, does not meet the... criteria of equity, fairness, reasonableness as constituent elements of the constitutional principle of the rule of law. The ability of the creditor to charge the consumer with the excessive amounts of money as a penalty distorts its actual legal purpose as a reasonable means of promoting the debtor to meet his/her obligations, it turns into unjust, unfair burden for the consumer and the source of unnecessary extra income by a creditor. In the same Decision, the Constitutional Court of Ukraine concluded that the contract terms of the consumer credit, its compilation and implementation must obey such principles, according to which the consumer is considered to be a weaker party in the contract and subject to special legal protection based on the principles of equity, fairness and reasonableness. That is, in this situation execution by the state of the constitutional and legal duty to protect the rights of consumers requires a special legislative regulation of issues related to ensuring the effect of the said principles in relation to consumer crediting, in particular on establishment of a fair size of a penalty for late payment of the monetary obligations by borrowers – natural persons.

As it is well known, the principle of the rule of law also provides for the requirements to the quality of legislation. In this regard I shall note that in a number of decisions³⁰ the Constitutional Court of Ukraine has repeatedly pointed out that one of the elements of the rule of law is the principle of legal certainty under which restrictions of the fundamental human and civil rights are permissible only in case of predictability of application of legal

29) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated June 11, 2013 № 7-rp/2013 in the case upon the constitutional appeal of citizen Kozlov Dmytro Oleksandrovych concerning official interpretation of the provisions of the second sentence of the preamble of the Law “On Responsibility for Untimely Fulfilment of Money Obligations”.

30) Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated June 29, 2010 № 17-rp/2010 in the case upon the constitutional petition of the Authorised Human Rights Representative of the Verkhovna Rada of Ukraine on conformity with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of paragraph 8 of Article 11.1.5 of the Law of Ukraine “On Militia”.

provisions that establish such restrictions. In other words, the restriction of a right should be based on the criteria that enable an individual to distinguish lawful conduct from unlawful in order to foresee legal consequences of his/her behaviour.

Such jurisprudence of the Constitutional Court of Ukraine is fully consistent with the understanding of the principle of the rule of law in Europe and with European legal standards in general. In this regard, in particular, I would like to note that according to the General report of the XIV Conference of European Constitutional Courts gaps, conflicts and shortcomings of the current legislation are one of the essential violations of foundations of the rule of law, in particular human rights and fundamental freedoms, and should be considered in whole as an anomaly in the law³¹.

Conclusion.

In conclusion, I would like to thank all participants for attention and to express hope that co-operation between the Constitutional Court of the Republic of Serbia and the Constitutional Court of Ukraine will be further fruitful, facilitated, in particular, by the Memorandum on co-operation between our courts signed last year.

Summary

The article analyses a number of crucial issues which have significant importance for the development and improvement of the activity of bodies of the constitutional jurisdiction of many countries, in particular Ukraine.

One of them concerns ensuring the direct access of citizens to the constitutional justice for the protection of their rights and freedoms. It is noted that recently there has been a tendency of increase in a number of constitutional appeals and decrease of the total number of constitutional petitions, which may be accounted, among others, for the improvement of relative political stability in the state manifested in the coordination of activities of the branches of power, which resulted in substantive reduction of the number of constitutional petitions submitted by subjects of power authority with regard to competency disputes.

The article analyses the classical constitutional complaint and constitutional appeal available in Ukraine, the latter being a procedural instrument of initiation by natural and legal entities of the constitutional proceedings

31) General report of the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts // Constitutional Justice. Bulletin of bodies of constitutional control of the countries of young democracy. – Yerevan. – 2008. – Issue. 2 (40) – 3 (41). – S. 70-245.

in Ukraine, a conclusion is made that a constitutional appeal is one of the forms of access to the constitutional justice along with other varieties of constitutional complaint that have been shaped in the world practice. At the same time a constitutional appeal actually performs the function of the normative constitutional complaint. This conclusion is supported by the fact that in the frame of proceedings on consideration of a constitutional appeal in cases provided by the law, the Court may decide issues on the constitutionality of the disputed norms as well. It is just as well important that the mechanism of the official interpretation of the Constitution and laws of Ukraine through the constitutional appeal of natural and legal entities also gives them a possibility to protect their constitutional rights and freedoms on the basis of the decisions adopted by the Constitutional Court of Ukraine by way of reconsideration of cases in courts of general jurisdiction and in the state bodies. Such possibility is stipulated by the fact that by its nature the official interpretation is normative, i.e. obligatory for all.

The presentation also touches upon the controversial issue on the possibility to introduce the constitutional complaint in the judicial system of Ukraine.

Furthermore, the author analyses a number of Court's decisions concerning the right to judicial protection, right to social protection, protection of electoral rights. Special attention was paid to the legal positions of the body of the constitutional jurisdiction on these issues that corresponds to the understanding of the principle of the rule of law in Europe and European legislative standards.

It is also noted that ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by Ukraine as well as determination at the legislative level of the legal basis for implementing judgments of the European Court of Human Rights by courts of Ukraine contribute to the development of common approaches in the issues of human rights and freedoms protection. Thus, the Convention and the case-law of the European Court of Human Rights have been directly applied by the Constitutional Court of Ukraine in more than 20 decisions and indirectly in about a hundred decisions.

As far as the application of norms of the EU legislation in the practice of the Constitutional Court of Ukraine is concerned, the author noted that until Ukraine joins the European Union, the legislation of the latter is regarded on its territory as the foreign one, that is why as having no obligatory force on its territory but the Court while exercising its authorities takes into account this legislation thus creating in such a way a pro-European doctrine of "consistent interpretation between national and European law".

THE CHALLENGES FACED BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF LITHUANIA DURING THE GLOBAL ECONOMIC CRISIS

1. Introduction

The global economic crisis has undoubtedly influenced not only the economic life, but also has affected all other areas, *inter alia* institutions of constitutional jurisdiction and the functions they discharge. Their financing, as well as that of other state institutions, may undergo reduction, therefore, a question may arise also regarding restriction of their competence: can constitutional courts decide on distribution of economic resources, after all? The recent increase in petitions requesting to decide on various constitutional issues which have been determined by *inter alia* the consequences of the economic crisis can also prompt discussions about the issues of narrowing the competence of institutions of constitutional jurisdiction. When economic issues become an object of the constitutional jurisprudence, the constitutional courts become inevitably an object of additional criticism made by politicians.

The impact of political processes on constitutional jurisprudence could be likened to a complex and manifold process. There are areas in which constitutional law has to form and develop certain universally recognised requirements of a democratic state, as, for instance: separation of powers, democratic principles of formation of state institutions, independence of courts, imperatives of free democratic elections, constitutional recognition of the fundamental rights, etc. However, some global political processes, in case world economic crises are attributed to such processes, are acting reversely, i.e., they induce governments to take special measures and to adopt political decisions determining formation of the state budget and reduction of funding for certain areas. Such measures are indirectly aimed *inter alia* at reduction of state expenditures related to development of social guarantees, whereas in certain cases also to implement some guarantees of social rights in a somewhat more restricted manner.

The functions of state institutions in the area of economy, which are discharged in adopting legal acts, become sooner or later an object of assessment by constitutional courts. In such a case a big responsibility falls upon the constitutional courts: they have to assess the decisions adopted by state institutions whether the establishment of the legal measures limiting the financing of certain areas or guarantees of social rights was actually determined by objective factors and whether such decisions of these institutions during the economic crisis are a proportional and adequate measure that is in conformity with the Constitution. Successful activities of constitutional court in dealing with the aforementioned problems depend not only on the legal constitutional framework but also on the manner of activity of such institution in the social, political and legal environment.

The economic crisis has raised for the constitutional courts complex questions, first of all, whether the constitutional courts, in the face of global economic crisis, are capable of dealing with economy-related issues, *inter alia* to decide on the constitutionality of the “crisis” budgets of the states, whether they may create a new constitutional doctrine, or whether they can reinterpret it.

Under conditions of the global economic austerity measures, the most sensible areas, especially the guarantees of social rights, have been affected, *inter alia* the questions of pensions, salaries, childcare leave, etc., have become an urgent issue. At present, the question of the decreasing of the social rights guarantees of judges—the reduction of their salaries—has also become important. The constitutional courts have to decide whether it is allowed to reduce judges’ salaries during an economic crisis and whether such reduction does not violate the constitutional principle of the independence of a judge who is administering justice and the principle of the independence of courts.

The purpose of this presentation is to disclose some aspects of the problems that arise in the process of the development of constitutional jurisprudence of the Constitutional Court of Lithuania, which were determined by global changes in the economy.

2. Social rights – an important area of constitutional rights

The institutions of constitutional jurisdiction, which are constitutional courts, continually interpret the rights and freedoms of the person entrenched in the Constitution, thus, the final limits of these rights are drawn in the constitutional jurisprudence. The recognition of the jurisprudential Constitution widens not only the concept of the constitutional rights, but also the possibilities to recognise human rights as constitutional ones.

The fact that in most new constitutions social rights have been inscribed *expressis verbis* is also influential on the development of such

rights¹. In the constitutions the social rights are assessed in a varied manner, both from the point of view of their development and the possibility to put limitations upon them.² It took much more time to recognise social rights as constitutional ones in comparison to political and civil rights not only because the former are related to self-obligations of the state to secure implementation thereof, but also due to the fact that there is an issue of direct application of the Constitution—a possibility to defend such rights directly in court was recognised only after some time.

Since social rights can be interpreted in a varied manner, i.e. both as certain state self-obligations to society, and as a subjective right of the person, not all authors consider them as the rights that can be defended directly when a person applies to a court.³

The 1992 Constitution of the Republic of Lithuania provides for a rather broad catalogue of these rights. In the doctrine of the Constitutional Court the social rights are interpreted not only as certain state self-obligations (which are *inter alia* determined by the social purpose of the state) to society, but also as a person's individual rights to which the judicial defence is guaranteed. Such concept was also influenced by international law, *inter alia* the jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the ECtHR).

The social rights, the procedures of their implementation must be interpreted in ordinary law. In the constitutional jurisprudence, while deciding cases related to a person's constitutional rights, one often confronts the inactive legislator and legal gaps that impede the implementation of these rights.

1) W. Sadurski divides them into four groups. The constitutions of Belarus, the Czech Republic, Moldova, Poland, Romania, Russia, Slovakia and Ukraine are to be attributed to the first group, the social rights are most broadly regulated therein (social security, education, health care, rights of protection of work, etc.); the constitutions of Bulgaria, Hungary (effective till 2012), Macedonia, Montenegro, Serbia and Slovenia in which the catalogue of social rights is limited (the right to education, health care, guarantees of protection of work, etc.) are to be attributed to the second group; the constitutions of Estonia, Latvia and Lithuania consolidating the right to social security, education, health care, though the catalogue of other social rights is very limited (in the opinion of the author, the Lithuanian Constitution stands in between the first and third groups) are to be attributed to the third group; the constitutions of Bosnia-Herzegovina and Georgia which include only a few social and economic rights are to be attributed to the fourth group (Sadurski, W. *Rights before Courts. A study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Published by Springer, 2008, p.177).

2) For example, Article 22 of the Constitution of Ukraine (1996) establishes that human and citizens' rights and freedoms affirmed by this Constitution are not exhaustive; constitutional rights and freedoms are guaranteed and shall not be abolished; the content and scope of existing rights and freedoms shall not be diminished in the adoption of new laws or in the amendment of laws that are in force.

3) Sajo, A. Social rights: A Wide Agenda. *European Constitutional Law Review*. 2005, No 1, p. 38-43.

The Constitutional Court has held that, under the Constitution, the State of Lithuania is socially oriented; the social orientation of the state is reflected in various provisions of the Constitution⁴, *inter alia* those entrenching the economic, social and cultural rights, as well as civil and political rights of a human being, the relations of society and the state, the grounds of social assistance and social security etc. The Constitutional Court has noted that the socially oriented state is under constitutional obligation and it must undertake the burden of fulfilment of certain commitments.

The expansion of the law of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter—the European Convention on Human Rights), which is the ECtHR jurisprudence, also exerts influence on the development of the constitutional doctrine of these rights.

While analysing the development of the doctrine of social rights, which is formed by the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, it is possible to single out certain periods of this development. At the beginning of the activity of the Constitutional Court the content and peculiarities of these rights, the scale of state duties in guaranteeing these rights were consolidated and interpreted and the conception of indivisibility and inter-relatedness of all human rights and freedoms was gradually introduced. The Constitutional Court has also decided more than once as regards the compliance of the legal acts by which the guarantees of certain constitutional social rights were reduced,⁵ which, however, had not been determined by any consequences of an economic crisis.

Still, since 2002 the Constitutional Court jurisprudence has been developing the doctrine on limitation of social guarantees during an economic crisis.

3. The constitutional doctrine on limitation of social rights guarantees during an economic crisis

The Constitutional Court jurisprudence has been forming the doctrine on limitation of social guarantees during an economic crisis and the period of formation of this doctrine could be divided into two stages: from 2002 till 2006, when the Constitutional Court was deciding on the constitutionality of legal acts narrowing the social guarantees, when this had been determined by the impact of the effects of the so-called Russian economic crisis on the development of the economy of the State of Lithuania (during

4) *Inter alia* the Constitutional Court's rulings of 5 March 2004 and 6 February 2012 (all the Constitutional Court's rulings, decisions and conclusions may be found on this website http://www.lrkt.lt/Documents1_e.html).

5) *Inter alia* the Constitutional Court's ruling of 2 September 2009, in which it decided the issues of the disability pensions' reform that was implemented in 2005, *inter alia* the issue of limitation of social rights of some disabled persons.

this period the Constitutional Court adopted several decisions which began the formation of doctrine on reduction of guarantees of social rights at the time of an economic crisis; and since 2009 until now where the Constitutional Court has been forming the constitutional doctrine on limitation of social rights guarantees, which has been determined by the effects of the global economic crisis on the economy of the State of Lithuania.

3.1. The development of the constitutional doctrine of social rights in the period of 2002–2006

The Constitutional Court began to form the economic crisis doctrine in the course of deciding on various issues of payment of pensions, *inter alia* reduction thereof. Such issues had emerged due to the consequences of the *regional* crisis, called the Russian crisis (1999–2002)⁶, and had determined the reduction of funding of some areas, *inter alia* narrowing of some social guarantees. In its 23 August 2005 ruling the Constitutional Court noted that it is universally known that in 1998 and later there was a particularly difficult economic-financial situation in Lithuania, which had been predominantly determined by the economic-financial crisis in Russia, and other external factors, which had a very negative impact on the economic-financial systems of various states, including Lithuania, *inter alia* the fact that an exceedingly large amount of funds had not been collected to the state budget of 1999, which was required for the financing of education, healthcare, social maintenance, other needs of society and the state, and for the execution of other state functions. The Constitutional Court has held that the negative impact of the particularly difficult economic-financial situation emerging at the end of 1999 that some time affected the drawing up and execution of the state budget, is to be assessed as such a factual situation, which could not be neglected by the legislator.⁷

6) In its ruling of 18 June 2008 adopted in civil case No. 2A-3/2008, the Court of Appeal of Lithuania, while deciding the questions relating to the adjudging of damage incurred by judges as a result of unlawful reduction of remuneration, assigned an expertise in order to assess the economic situation in Lithuania. The experts established that a difficult economic situation in the state had started in 1999 and lasted till 2003. The Court of Appeal of Lithuania *inter alia* held that the economic situation of the state had improved from 2003, however, the non-revocation, since then, of the economic measures (in this case—those of reduction of remuneration) by the state constituted a violation of the principle of temporality of such measures.

7) In its decision of 13 November 2007 the Constitutional Court noted that this provision formulated by the Constitutional Court was applicable not only to the year 1999 but also to the year 1998, as well as to 2000–2001; for a fairly long time the difficult economic-financial crisis had a negative impact on the drawing up and execution of the state budget, and on the execution of various financial obligations by the state.

In its ruling of 23 April 2002, the Constitutional Court, while investigating the criteria of calculation of one of the awarded state pensions,⁸ formulated a doctrinal statement that after the types of pensions, the persons entitled to the pension, the bases of granting and payment of pensions, the conditions, and the sizes of pensions have been established by laws, a duty arises for the state to follow the constitutional principles of the protection of legitimate expectations and legal certainty in the area of the relations of pensionary maintenance. In this ruling the Constitutional Court held for the first time that amendments of the established legal regulation, which deteriorate the pensionary maintenance, are possible only when there emerges a special situation in the state and only when it is necessary to protect other constitutional values; such amendments can be made only by law, without violating the Constitution.

In its ruling of 25 November 2002, while deciding on the provisions of the law whereby it had been permitted to discontinue the payment of a part of old-age pensions to working pensioners, the Constitutional Court formulated the essential doctrinal provisions on pensions as of social guarantees, *inter alia* it stated that a person who meets the conditions established by law in order to receive the old-age pension, and who has been awarded and paid this pension, has the right to a monetary payment of a respective amount, i.e. the right to possession. This right must be protected and defended under Article 23 of the Constitution as the right of ownership. Later these provisions were developed in other acts of the Constitutional Court.⁹ The Constitutional Court also formulated the doctrine, that under the Constitution, no such legal regulation may be established when a person implementing one of his constitutional rights would lose an opportunity to realize another constitutional right, the Constitutional Court held that, under the Constitution, it is not permitted to establish the legal regulation under which an opportunity for the person who has been awarded and paid an old age pension, would be restricted, due to this, to freely choose a job and business, although he meets the conditions provided for by law so that he would have a certain job or conduct certain business; the legal regula-

8) The Constitutional Court has more than once held, *inter alia* in its ruling of 6 February 2012, that the state pensions which are not directly named in the Constitution differ in their nature and character from the state social insurance pensions: they are awarded to persons for their service or merits to the State of Lithuania, and they are paid from the State Budget; the receipt of these pensions is linked not with the social insurance pension contributions of an established size, but with a corresponding status of the person (service, merits or other circumstances upon which awarding of the state pension depends); the discretion of the legislator, while establishing awarding of the state pensions, is broader than while regulating other pensions, that are directly named in the Constitution.

9) In this context it needs to be noted that this doctrinal provision was developed in the Constitutional Court's ruling of 6 February 2012.

tion under which the person cannot freely choose a job and business due to the fact that upon the implementation of this right he would not be paid the awarded old-age pension or part thereof which was paid until then, also must be considered as a restriction of an opportunity to freely choose a job or business. This position of the Constitutional Court was also reflected in other corresponding constitutional justice cases.

In the aforesaid ruling the Constitutional Court expanded the concept of an extreme situation, so that it would include an economic crisis (and a natural disaster as well). Thus, in this ruling for the first time in the jurisprudence of the Constitutional Court an economic crisis was *expressis verbis* pointed out as a circumstance, in the presence of which, in extraordinary cases the legal regulation of pensionary relations may be amended also by reducing old-age pensions to the extent that it is necessary to ensure vitally important interests of society and protect other constitutional values; the reduced old-age pensions may be paid only temporarily, i.e. only as long as there is a difficult economic situation in the state; it needs to be noted that even in such exceptional cases old-age pensions may not be reduced in violation of the balance, entrenched in the Constitution, between the interests of a person and those of society; such reduction of old-age pensions must be in line with the constitutional principle of proportionality.

In its ruling of 23 August 2005, the Constitutional Court noted that, upon emergence of the economic and financial crisis the state budget (and municipal budgets) could be revised, the expenditures (appropriations) could be reduced, however, state and municipal institutions had to fulfil their obligations; in such an actual situation the terms during which the state had to fulfil the said obligations could be prolonged, however, state and municipal institutions may not decide, in an arbitrary manner, not to fulfil such obligations.

The Constitutional Court also had to decide on the consequences of an economic crisis for funding of courts. In its ruling of 28 March 2006, while construing the compliance of some provisions of the Law on Courts with the Constitution, the Constitutional Court held that in case of a difficult economic and financial situation, usually the financing from the budget to all the institutions which implement state powers, as well as the financing of various spheres which are financed from the resources of the budgets of the state and municipalities, should be revised and reduced; in such a situation the funding of courts and salaries of judges may be temporarily reduced, however, such reduction of salaries should not create preconditions for other state institutions and their officials to violate the independence of courts; funding of courts and salaries of judges may not be reduced to the extent where the courts would not be able to administer justice or the possibility of courts to administer justice would become restricted. The Constitutional Court emphasised that, while establishing the legal regulation of salaries,

which is less favourable to persons, if it is necessary in order to secure the vitally important interests of society and the state and to protect other constitutional values, the legislator must maintain a balance between the rights and legitimate interests of the persons in whose favour a less favourable legal regulation is established, and the interests of society and the state, i.e. the requirements of the principle of proportionality must be followed.

The Constitutional Court confronted the inaction of the Seimas (Parliament), when the legal regulation regulating salaries of judges, which had been amended (made less favourable) due to a difficult economic situation, which had emerged in Lithuania because of the so-called Russian crisis, was not amended also when the crisis was over. While deciding the issues *inter alia* related to reduction of salaries of judges, in its decision of 8 August 2006¹⁰ the Constitutional Court formulated also a doctrinal provision whereby ordinary courts, while considering concrete cases, have powers to assess changes in the economic situation and, in cases there is inaction of the legislator, to adopt decisions on the defence of a concrete social right of the person.¹¹

3.2. The development of the constitutional doctrine on limitation of social rights guarantees formed at the time of the global economic crisis (2009–2013)

The doctrinal provisions on reduction (related to the so-called Russian crisis) of social guarantees, which were formulated in the jurisprudence of the Constitutional Court, were subsequently developed when, upon emergence of the 2009 global economic crisis, the expenditures of the budget of the State of Lithuania were drastically reduced, *inter alia* the expenditures for social payments. The state budget funding of the institutions implementing state power was also reduced, thus the salaries of employees of this sector were diminished as well¹².

10) In its decision of 8 August 2006, the Constitutional Court noted that in case of legislative omission which is prohibited by the Constitution, the courts must fill the gaps in a corresponding individual case and this must be done by, first of all, applying the Constitution and the general principles of law, however, such a court decision does not revoke the obligation of the legislator to fill in the legal gap. This Constitutional Court decision is significant for the ordinary courts while deciding cases regarding the defense of the rights of a person, when the legislator avoids regulating the corresponding relations by legal means properly.

11) The previously mentioned ruling of the Court of Appeal of Lithuania of 18 June 2008 which was adopted in civil case No. 2A-3/2008 is also to be attributed to such decisions of ordinary courts.

12) In its ruling of 15 February 2013, the Constitutional Court decided the compliance of the legal provisions related to the 2009 state budget (and its adoption) with

In 2009 and 2010, in its jurisprudence the Constitutional Court formulated the essential provisions on reduction of guarantees of social rights. The provisions were affected by the consequences of the global economic and financial crisis. The said provisions were later developed in the Constitutional Court's ruling of 6 February 2012, in which it investigated the provisions providing for reduction of pensions for the period of the economic and financial crisis

The economic crisis also brought up the question of reduction of salaries of Members of Parliament and payments for parliamentary activities. In its decision of 15 January 2009, the Constitutional Court, while construing the provisions formulated in its jurisprudence previously, approved the possibility to reduce salaries of members of the Seimas (parliament) (as well as salaries of judges) and the payments designed for parliamentary activities.

The Constitutional Court decision of 20 April 2010 summarised and further developed the doctrine of reduction of social rights guarantees, *inter alia* awarded and paid pensions and salaries, under conditions of an economic and financial crisis. In its decision of 20 April 2010, the Constitutional Court formulated certain general principles which must be followed when, provided there is an economic crisis in the state, the legislator can adopt decisions on reduction of social guarantees:

- the constitutional concept of the State Budget implies that when there is an economic crisis in the state, the reduction of the remunerations of officials and state servants of the institutions that are funded from state and municipal budgets (other employees who are remunerated for work from funds of the said budgets) and that of pensions is allowed for no longer than one budget year; in the course of approving the State Budget for the next year, the legislator has a duty to reassess the economic situation in the state and to decide anew as regards the reduction of the said social guarantees;
- when there occurs an economic crisis in the state, the legislator, while adopting corresponding decisions related to limitation of social guarantees, must heed the constitutional imperatives of a state under the rule of law, equality of rights, justice, proportionality, protection of legitimate expectations, legal certainty, legal security, social solidarity and other imperatives; it is allowed to reduce the social guarantees only when all possibilities have been used and it is impossible to accumulate the funds necessary for fulfilment of all the commitments undertaken by the state in this area;
- the reduction of pensions and remunerations of state servants (and officials) must be grounded upon the circumstances of the extremely

the Constitution and only some of them recognised as unconstitutional. The 2009 state budget itself was not recognised as conflicting with the Constitution.

difficult economic situation in the state; only when there is an official statement that there is such a particularly grave economic and financial situation in the state, which is not short-termed, due to which the state is unable to perform the obligations undertaken by it, the legislator may temporarily reduce the pensions and remunerations; the reduction must be temporary and not violating the proportions of pensions and remunerations¹³ that used to be before the crisis; the principles of equality of rights, proportionality and justice would not be violated, if the legislator established a limit below which pensions (salaries) would not be reduced even during an economic crisis; state pensions may be reduced to a greater extent, however, the principle of proportionality must be followed;

- when there is an especially grave economic and financial situation in the state and when, due to this, there is a necessity temporarily to reduce the awarded and paid pensions, it is not allowed to reduce the old-age pension awarded and paid to the persons who have a certain job or conduct a certain business to a greater extent if compared with the persons who receive such a pension, but do not have any job and do not conduct any business;¹⁴
- the old-age pensions reduced because of an economic and financial crisis must be compensated (this requirement is also linked with the relation of the pension, as a certain payment, with the right of ownership protected under Article 23 of the Constitution;¹⁵ the legislator, while reducing pensions, must establish a mechanism of compensation of losses incurred by persons, whereby the state would undertake an obligation to justly compensate, after the

13) In its ruling of 6 February 2012, the Constitutional Court *inter alia* investigated the proportions of reduction of pensions and recognized the legal regulation on reducing the state pensions, to a certain extent, as being in conflict with the Constitution. The proportions of reduction of the old-age pensions were not recognized as being in conflict with the Constitution, however, such a legal regulation that the pensions of the pensioners who work (or conduct a certain business) were reduced to a greater extent was recognized as being in conflict with the Constitution.

14) The Constitutional Court held that while developing the doctrinal provision formulated earlier that the legislator may not establish such a legal regulation under which an opportunity for the person who has been awarded and paid old-age pension (including state pension), would be restricted, due to this, to freely choose an occupation and business, i.e. only a certain part of the pension would be paid (Constitutional Court's rulings of 25 October 2002 and 3 December 2002).

15) While developing this doctrinal provision (which was formulated in the Constitutional Court's ruling of 25 November 2002 for the first time) in its ruling of 6 February 2012, the Constitutional Court noted that the concept of the constitutional right to pension, as a periodic payment of a certain amount, may not be identified with the concept of the right of ownership in the ordinary, *inter alia* civil law.

extreme situation is over, the losses to such persons within a reasonable time; state pensions, in case they were reduced to a great extent, may be compensated, but only to a smaller extent than old-age pensions.

In its 6 February 2012 ruling, while investigating the legal provisions designed for reduction of pensions, including state pensions, during an economic crisis, the Constitutional Court also had a possibility to assess how the legislator was following the requirements, which arise from the Constitution at the time of an economic crisis and which are formulated by the Constitutional Court, regarding reduction of pensions and recognised some provisions of these laws as being in conflict with the Constitution.¹⁶

In its ruling of 27 February 2012, the Constitutional Court interpreted also some requirements, which arise from the Constitution, regarding social support for the families raising underage children, i.e. issues of awarding and limitation upon payment of maternity, paternity, maternity (paternity) benefits, which had directly been determined by the circumstances of the economic crisis.

In the doctrine on social rights formed by the Constitutional Court the changing of the amount of pensions at the time of an economic crisis may not be treated as a reform of such social guarantees. The doctrine on social rights reform formed by the Constitutional Court is different in essence. In case the legislator decides to reorganise the system of pensions at the time of an economic crisis, a certain transitional period and a mechanism for compensation of the incurred losses to the persons who had been granted and paid such pensions must be established.¹⁷

3.3. The peculiarities of the doctrine on limitation of social rights guarantees during an economic crisis

While elucidating the doctrine, which is being formulated by the Constitutional Court, on limitation of social rights during an economic crisis, a question arises whether this doctrine may be assessed as in a sense an independent doctrine on limitation of the rights of a person or whether it is one of the elements of the general doctrine on human rights (a separate case of limitation of rights).

16) The legislator has not followed the requirement not to reduce the pensions of the working pensioners more than of those who do not work; the constitutional principle of proportionality was not followed also when reducing the state pensions received by certain persons.

17) The Constitutional Court construed the requirements which stem when the legislator is implementing the social rights reform *inter alia* in its ruling of 2 September 2009, as well as rulings of 4 July 2003 and 3 December 2003.

The Constitutional Court has formulated the general criteria of limitation of the rights of a person, which are grounded upon the ECtHR jurisprudence, and has noted more than once that, under the Constitution, it is allowed to limit the human rights and freedoms in case the following conditions are observed: this is done by law; the limitations are necessary in a democratic society in order to protect the rights and freedoms of other persons and the values entrenched in the Constitution, as well as the constitutionally important objectives; the limitations may not deny the nature and essence of the rights and freedoms; the constitutional principle of proportionality must be followed. These principles established by the Constitutional Court are similar to the doctrine on limitation of social rights, which was formulated by the ECtHR, and to the principles entrenched in the EU Charter of Fundamental Rights. The Constitutional Court formulated the general doctrine on limitation of human rights in a very broad manner in its ruling of 29 December 2004.¹⁸

It is possible to assess the doctrine on limitation of social rights guarantees during an economic crisis, which was formulated by the Constitutional Court in 2009–2013 and which is continuation of its previous doctrine, as in a sense special doctrine on limitation of human rights at the core of which, it goes without saying, there are the general principles of limitation of human rights that are recognised in human rights law. The acts of the Constitutional Court establish also independent grounds of the reduction of the guarantees of only the social rights (pensions and salaries) during an economic crisis, which, even though grounded upon general principles of the doctrine of human rights, are supplemented with additional criteria, as, for instance: the requirement to ground the reduction of the guarantees of the social rights (pensions and salaries) upon the circumstances testifying the presence of a very difficult economic situation of the state and the requirement for the existence of an official statement that there is a very difficult economic and financial situation in the state, which is not short-termed; salaries and pensions must be reduced for the period not exceeding one budget year, whereas in the course of approving the state budget for the next year, the legislator has a duty to reassess the economic situation in the state and to decide anew as regards the reduction of the said social guarantees; the reduction must be temporary and not violating the proportions of the pensions and remunerations that used to be before the crisis; the legislator could establish a limit below which pensions (salaries) would not be reduced even during an economic crisis; it is not allowed to reduce

18) The Constitutional Court formed the general doctrine on limitation of human rights when it was deciding the issue of the constitutionality of limitation (entrenched by the law-making subject) of a concrete constitutional right. While doing so, it formulated also the requirements applied to limitations of a concrete right, for example, freedom of information.

the old-age pension awarded and paid to the persons who have a certain job or conduct a certain business to a greater extent (this important criterion was also established in the previous doctrine); the old-age pensions reduced because of an economic and financial crisis must be compensated, whereas the reduced state pensions—only if they are reduced to a large extent and they may be compensated to a smaller extent. The constitutional principle of social solidarity, construed in the context of the constitutional principle of equal rights of persons, implies a duty of the legislator to establish a non-discriminatory extent of reduction of remunerations of persons who are paid for work from the funds of the state or municipal budget. As regards the salaries reduced due to an economic crisis, differently from the case of the reduction of pensions, the legislator is under no obligation to compensate them, unless such reduction is recognised by the Constitutional Court as conflicting with the Constitution, however, even in this case they can be compensated within reasonable time and not to their full extent.¹⁹

In its ruling of 1 July 2013, while deciding the questions of the constitutionality of the reduction of remunerations of state servants and judges, the Constitutional Court construed the essence of the principle of constitutional solidarity and emphasised that the constitutional principle of social solidarity, when it is construed in the context of other constitutional principles (*inter alia* of proportionality and justice), does not imply any social egalitarianism, *inter alia* it does not deny the requirement to differentiate the amounts of remuneration that are paid from the state budget or the municipal budgets, where one takes into consideration the nature of functions performed by the persons that receive them, their difficulty and extent, the responsibility that falls on them for the implementation of those functions, the peculiarities of the position held, as well as the professional level and qualification of the persons holding those positions; one must heed this requirement also while establishing the measures of reduction of the pay for work when there occurs an extremely difficult economic and financial situation.

While deciding regarding the compliance of certain provisions of the state budget of 2009 with the Constitution, in its ruling of 15 February 2013 the Constitutional Court emphasised that possible deviations from the requirements, which are put forward for the adoption and entry into force of the laws that affect the state budget and its revenue and expenditure and which arise from the Constitution, *inter alia* the constitutional principles of a state under the rule of law and responsible governance, may be constitutionally justifiable by the aspiration to ensure an important public interest—to guarantee the stability of public finances, not to allow the rise of an excessive budget deficit in the state due to an exceptionally difficult economic and financial situation because of the economic crisis—determining

19) The Constitutional Court's ruling of 1 July 2013.

the necessity of urgent and effective decisions. The Constitutional Court also noted that in case an exceptionally difficult economic and financial situation in the state is long-termed and continues for more than one year, under the Constitution, there is no tolerance for the fact that in the course of adopting the laws that affect the state budget revenue and expenditure the aforementioned requirements, which arise from the Constitution, for the adoption and entry into force of these laws, would be disregarded by justifying it by a necessity to adopt urgent decisions in order to handle the consequences of the economic crisis.

Thus, it is possible to assert that the Constitutional Court doctrine on limitation of social rights during an economic crisis has established the specific criteria which one must follow.

3.4. The limitation of social rights guarantees in the jurisprudence of some other constitutional courts

Quite a number of constitutional courts of European states have confronted the issue of reduction of social guarantees. Sometimes they have to adopt decisions on the consequences of certain reforms or those of the economic crisis. The changes in economy have made some constitutional courts to revise the doctrinal provisions that used to be regarded well-founded. In some cases the social rights issues became an object of the different treatment in constitutional and EU law.²⁰

One is to pay attention to the 21 December 2009 judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia²¹ in which the compliance of some provisions of the Law “On State Pension and State Allowance Disbursement in the Period from 2009 to 2012” with the Constitution was investigated. This judgment decided on the issues of reduction of the social rights—pensions—during the global economic crisis in a different way than it was done by the Constitutional Court of Lithuania. The Constitutional Court of Latvia, while taking account of certain circumstances, recognised without reservations that the reduction of pensions provided for in the law was in conflict with the Constitution, that the impugned provisions were invalid from the moment of their adoption, and it established a manner of execution of this judgment.²²

20) The decision of the Constitutional Court of the Czech Republic of 31 January 2012. PL. US/5/12 SLOVAK PENSIONS (<http://www.concourt.cz/view/pl-05-12>) .

21) The Constitutional Court of the Republic of Latvia ruling of 21 December 2009, <http://www.satv.tiesa.gov.lv>.

22) The Constitutional Court of Latvia *inter alia* noted that the amount of securing of social rights guaranteed by the state may be subject to change depending on the amount of funds at the possession of the state; still, no matter what economic situation in the

The Constitutional Court of Latvia also held that the reduction of pensions could have been implemented only if a legal provision concerning later reimbursement of the deducted money had been simultaneously adopted; in other words, planning such a temporary reduction, the legislator is obliged to ensure its fair reimbursement at a later time. More than that, the state, in proportion to the overall interests of society, had to define the groups of pensioners who would be exempt from this reduction, or to whom a different reduction amount would be applied (Item III.32). The main argument of the Constitutional Court why it recognised the provisions of the law as conflicting with the Constitution was that there has not been a differentiated approach on the reduction of pensions, there had been established neither a compensation for the reduction of pensions, nor a corresponding transitional period, therefore the impugned norms were not in conformity with Article 1 of the Constitution.

One can assess the 26 December 2011 decision of the Constitutional Court of Ukraine²³ as a case where during an economic crisis a constitutional court has to revise certain doctrinal provisions that used to be regarded as well-founded. The Constitutional Court had to interpret the provisions of Article 22 of the 1996 Ukrainian Constitution that human and citizens' rights and freedoms affirmed by this Constitution are not exhaustive; constitutional rights and freedoms are guaranteed and shall not be abolished; the content and scope of existing rights and freedoms shall not be diminished in the adoption of new laws or in the amendment of laws that are in force.

On 26 December 2011, the Constitutional Court of Ukraine adopted the decision on the compliance of some provisions of the Law "On the State Budget of Ukraine for 2011" with the Constitution. In its decision, while taking account of the economic difficulties of the state and referring to the ECtHR doctrine (judgments in cases *Airey v. Ireland* (No. 6289/73) and *Kjartan Ásmundsson v. Iceland* (No. 60669/00)), the Constitutional Court formulated a new doctrinal statement that the social rights envisaged by

state is, the legislator must heed the fundamental rights of a person established in the Constitution (Item III.24). In certain cases, an economic crisis can develop to the point when the freedom of action must be granted to the legislator to enable the implementation of remedial measures—even if the latter would infringe the fundamental rights established by the Constitution; in the situation of extremely limited financial resources of the state, the latter has freedom of action to change the conditions for pension disbursement—with the aim of sustaining a just social insurance system (Item III.29.2).

23) Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 20-rp/2011 dated December 26, 2011 in the case upon the constitutional petitions of 49 People's Deputies of Ukraine, 53 People's Deputies of Ukraine and 56 People's Deputies of Ukraine concerning conformity with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of item 4 of Chapter VII "Transitional Provisions" of the Law of Ukraine "On the State Budget of Ukraine for 2011". (<http://www.ccu.gov.ua>)

laws are not absolute. The mechanism of realisation of these rights may be changed by the state, in particular, through impossibility of their financing by proportional redistribution of funds to maintain the balance of interests of the whole society. In addition, such measures may be stipulated by the necessity to prevent or eliminate real threats to economic security of Ukraine, which under Paragraph 1 of Article 17 of the Constitution of Ukraine is the most important function of the state. However, establishing such legal regulation under which the amount of pensions and other social payments and assistance will be lower than the level set in Paragraph 3 of Article 46 of the Constitution of Ukraine is inadmissible, and will not provide adequate living conditions for individuals to live in society and maintain their human dignity, that would run contrary to Article 21 of the Constitution of Ukraine. Thus, changing the mechanism of calculation of certain types of social benefits and assistance is constitutionally permissible to the extent which puts into question the very nature of the content of the right for social protection.

The Portuguese Constitutional Court has also faced questions of the constitutionality of the reduction of social guarantees under conditions of the global economic crisis. In its decision of 5 April 2013, this Court, though not excluding the possibility that in exceptional economic circumstances and in order to quickly reduce the public deficit the legislator could lower the income of Public Administration staff, *inter alia* declared the suspension of the additional holiday month of salary or equivalent for Public Administration staff (which also applied to the same types of amount payable under teaching and research contracts) to be unconstitutional with generally binding force, because it was in violation of the principle of equality that requires the just distribution of public costs, as it lead to unequal treatment compared to persons who earn income in the private sector.²⁴

The economic and financial problems of states, that could be viewed as a result of the on-going global economic crisis, has influenced the constitutional doctrine on social guarantees formulated by constitutional courts. The latter have confronted a complex task to assess whether the decisions adopted by state institutions are an adequate and proportional measure conforming to the imperatives stemming from the Constitution.

24) The Ruling 187\13 of the Constitutional Court of Portugal of 5 of April 2013 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20130187s.html>)

The Constitutional Court also stressed that when not matched by equivalent sacrifices on the part of virtually all the other citizens earning income from other sources, the cumulative, on-going effects of the sacrifices imposed on people who earn income in public sector represent a difference of treatment for which the goal of reducing the public deficit does not provide adequate grounds.

4. The constitutional protection of social (material) guarantees of the judge. The possibility of reduction of social rights guarantees for judges under conditions of an economic crisis

The constitutional social (material) guarantees of the judge, *inter alia* the solidity of the salary and pensionary maintenance of the judge and their appropriate regulation by law are seen by the Constitutional Court as an important guarantee of the independence of the judge and courts.²⁵ The Constitutional Court has noted on more than one occasion that the independence of the judge and courts is not a privilege, but one of the most important obligations of judges and courts, which stems from the right of the person, who believes that his rights or freedoms guaranteed in the Constitution are violated, to an impartial arbiter of the dispute who would solve the emerged legal dispute under the Constitution and laws in essence.²⁶

The Constitutional Court has emphasised on more than one occasion that the state has a duty to ensure such social (material) maintenance for judges which would be in conformity with the status of judges when they are in office, as well as after expiry of the term of their office.²⁷ The social and material guarantees established to judges under the Constitution must be such so that they would be in line with the constitutional status of the judge and his dignity.²⁸

While formulating the doctrine of social rights guarantees of the judge, the Constitutional Court derives the imperative of judges' salaries and their other social guarantees from the principle of independence of judges and

25) In the Constitutional Court's doctrine, *inter alia* in its ruling of 27 November 2006, the independence of judges and courts is understood as their impartiality which is ensured by consolidating, in the Constitution and laws, the independence of the system of courts from the legislative and executive powers (institutional independence), the procedural independence of judges, the organisational independence and self-government of courts, the status of judges, the inviolability of the person of a judge, immunities, the inviolability of the term of office of judges and social (material) guarantees of judges, as well as by establishing the prohibition for the institutions of state power and governance, Members of the Seimas and other officials, political parties and public organisations and citizens to interfere into the activity of judges or courts. In this ruling the Constitutional Court did not formulate any exhaustive list of the guarantees for judges and courts, but noted that the independence and impartiality of judges and courts are also ensured by other guarantees established in the Constitution and laws.

26) *Inter alia* the Constitutional Court's rulings of 22 October 2007, 29 June 2010, 14 February 2011 and 1 July 2013.

27) The Constitutional Court's rulings of 21 December 1999, 22 October 2007, and 29 June 2010.

28) The Constitutional Court's decision of 8 August 2006, the rulings of 22 October 2007, 29 June 2010, and 14 February 2011.

courts established in Article 109 of the Constitution. On the grounds of this principle one attempts to protect the judges administering justice from any influence of the legislative power and the executive, as well as from that of other state establishments and officials, political and public organisations, commercial-economic structures, and legal and natural persons.

The Constitutional Court emphasised in several cases the requirement arising from Article 109 of the Constitution to ensure the independence of judges. As far back as *inter alia* in its rulings of 6 December 1995 and 21 December 1999, while interpreting the constitutional principle of independence of judges and courts, it held that the protection of the remuneration and other social guarantees of judges is one of the guarantees helping to secure this principle, therefore, according to the Constitution, in order to ensure the independence of judges, as long as the judge is in office, any reduction of his remuneration, as well as any reduction of the social guarantees established for him, is prohibited. However, a situation where a certain component part of a judge's remuneration is decreased, but, at the same time, another component part of his remuneration is increased, is not regarded as reduction of salaries of judges.²⁹

The independence of judges is ensured also in the aspect that Paragraph 1 of Article 113 of the Constitution commandingly entrenched the prohibition that judges not receive, during the entire time of their professional career, any remuneration other than the remuneration established for the judge and payment for educational or creative activities. Thus, the Constitution establishes strict limitations on the receiving of any other remuneration by judges. From the point of view of the prohibitions established in Article 113 of the Constitution, all judges are equal.

The official constitutional doctrine of the remuneration of the judge as an important element of his constitutional status was developed *inter alia* in the Constitutional Court's rulings of 28 March 2006, 22 October 2007, and 14 February 2011, also in the decisions of 8 August 2006 and 20 April 2010. The Constitutional Court noted on more than one occasion (in its ruling of 14 February 2011 and the decisions of 12 January 2000 and 8 August 2006) that the notion "remuneration of the judge" includes all the payments paid to a judge from the state budget.

The character of the social guarantees of judges is determined by the constitutional status of the judge which is the essential condition for his independence guarantees. The Constitutional Court has emphasised on more than one occasion, *inter alia* in its ruling of 14 February 2011, the requirement for equal status of the judges in the administration of justice, which determines the fact that the material and social guarantees of judges must be differentiated according to clear criteria that are known *ex ante* and are

29) The Constitutional Court's ruling of 14 February 2011.

not related to administration of justice in the course of the consideration of cases. The same Constitutional Court's ruling emphasised that the judges of the same system of courts and the judges of the courts of the same level must be paid for the corresponding work correspondingly, without discriminating any of them and without granting privileges to any of them.

The Constitutional Court has also provided interpretation of the component parts of remuneration. It noted that the legislator, while regulating the relations connected with the establishment of the remuneration of judges, may establish that remuneration—a social (material) guarantee of the judge—is comprised of not one, but several constituent parts, *inter alia* the positional salary, additional pay and extra pay.³⁰

The Constitutional Court also assesses the social guarantees of the judge upon the expiry of the term of his powers as an important guarantee of the independence of judges. While interpreting the provisions of Article 109 of the Constitution, the Constitutional Court has formulated the requirement that the legislator must establish such legal regulation which would ensure the independence of the judge and courts, *inter alia* the social (material) guarantees of the judge, not only when he is in office, but also when his powers are discontinued.³¹ The legislator, while heeding the Constitution, may also establish cases where a judge's pension (which is related to the constitutional status of the judge) is not awarded to a former judge and/or an awarded state pension is no longer paid to a former judge. When the cases are established, where a judge's pension is not awarded to a former judge, one must take into consideration the grounds of the discontinuation of the powers of the judge.

Thus, the Constitutional Court's doctrine has formulated a large system of social guarantees of judges, which should be assessed as an important guarantee of the independence of the judge and includes not only his remuneration, but also his social guarantees upon the expiry of his powers. The Constitutional Court has noted the importance that such guarantees must be established in reality.

The Constitutional Court has formulated a strict prohibition of reduction of judges' remuneration and their other social (material) guarantees; any attempts to reduce the remuneration of the judge or his other social (material) guarantees, or limitation upon financing of courts are treated as encroachment upon the independence of judges and courts.³² This doctrine was further developed under the conditions of the economic crisis.

30) The Constitutional Court's ruling of 14 February 2011.

31) *Inter alia* the Constitutional Court's ruling of 22 October 2007.

32) The Constitutional Court's rulings of 6 December 1995, 21 December 1999, 12 July 2001, 28 March 2006, and 14 February 2011, the decisions of 12 January 2000 and 8 August 2006.

In its decision of 15 January 2009, the Constitutional Court noted that the Constitution prohibits the reduction of judges' salaries save the situations when there is an extremely difficult economic and financial situation of the state, however, it is allowed to do so only temporarily and only by law, by heeding the constitutional principle of proportionality, which implies that the salaries of judges must not be reduced to the extent where courts would become unable to perform their constitutional function and obligation—administration of justice; such constitutional guarantees of salaries of judges are determined by the constitutional status of judges who implement judicial power; the said constitutional status of judges is implied by the constitutional function of administration of justice.

The doctrine on correction (limitation) of social rights during an economic crisis formulated in the Constitutional Court's jurisprudence is also applicable to the social guarantees of judges. In its decision of 20 April 2010, the Constitutional Court *inter alia* formulated certain general principles which must be followed when, provided there is an economic crisis in the state, the legislator can adopt decisions on reduction of social guarantees.

The Constitutional Court does not single out the reduction of judges' social guarantees (remuneration and pensions (state pensions³³)) under conditions of an economic crisis from the same guarantees of other persons (*inter alia* those implementing the functions of state authority³⁴), who are paid their remuneration, and the pension is awarded and paid from the state budget (and the state social insurance budget).

The Constitutional Court has emphasised that, as every person, a judge has the right to defend his rights, legitimate interests, and legitimate expectations.³⁵ The Constitutional Court confronted the inaction of the Seimas (parliament) when the legal regulation regulating the salaries of judges, which had been amended (made less favourable) due to a difficult economic situation, which had emerged in Lithuania as a result of the so-called Russian crisis, was not amended also when the crisis was over. In its

33) A judge's pension is treated as a state pension and, as well as other state pensions, it is paid from the state budget.

34) In its decision of 15 January 2009, the Constitutional Court noted that if one established such legal regulation, whereby in case of an extremely difficult economic and financial situation of the country it would not be permitted to reduce the financing of courts only, nor to reduce the remuneration of judges only, it would mean that courts are groundlessly singled out from among other institutions which implement state power, and judges—from among other persons that participate in implementing powers of the corresponding institutions of state power; the consolidation of such exceptional situation of courts (judges) would not be in line with the requirements of an open, fair and harmonious civil society and the imperatives of justice.

35) *Inter alia* the Constitutional Court's rulings of 12 July 2001 and 22 October 2007.

decision of 8 August 2006,³⁶ while deciding the issues *inter alia* related to the reduction of the salaries of judges, the Constitutional Court formulated a doctrinal provision whereby ordinary courts have in considering concrete cases the powers to assess the changes in the economic situation and in cases of the legislator's inaction—also the powers to adopt decisions on the defence of a concrete social right of the person. At the time of this crisis, the issue of the reduction and compensation of judges' salaries was a matter of consideration by the ECtHR.³⁷

In its ruling of 1 July 2013, the Constitutional Court emphasised that, under the conditions of an economic crisis, the reduction of the salaries of judges may not be disproportionate or discriminatory; *inter alia* salaries may not be reduced only for judges, or only for the judges of certain courts, or only for the judges performing certain duties; the proportions of the amounts of salaries established at the time prior to the occurrence of a particularly difficult economic and financial situation in the state for the judges performing different duties (for the judges of different systems of courts and/or of different levels of courts), as well as the proportions of the amounts of salaries established for the different categories of judges and other persons who are paid for their work from the funds of the state budget or municipal budgets (*inter alia* state servants, politicians, officials), may not be violated. Any failure to observe the said requirements should be regarded as an encroachment upon the independence of a judge and courts, thus, also *inter alia* as a violation of Paragraph 2 of Article 109 of the Constitution and the constitutional principle of a state under the rule of law.

In the ruling of 1 July 2013, the Constitutional Court had to hold that, under the conditions of the economic crisis starting from 2009, the salaries of judges and salaries of certain state servants had been reduced

36) In its decision of 8 August 2006, the Constitutional Court noted that in the event of a legislative omission, which is prohibited by the Constitution, courts must fill the gaps *ad hoc*, and this must be done by applying, first of all, the Constitution and the general principles of law; however, such a decision of the court does not eliminate the legislator's obligation to fill the legal gap. The said Constitutional Court's decision is significant for ordinary courts in deciding cases regarding the protection of the person's social rights, where the legislator avoids duly regulating the respective relations by means of law.

37) The ECtHR, while adopting its 15 October 2013 decision in the case of *Rimantas Savickas v. Lithuania* (application No. 66365/09) and considering the admissibility of the application, referred *inter alia* to the Constitutional Court's doctrine designated for the reduction of the social guarantees for judges during an economic crisis. The ECtHR considered that the Lithuanian State did not overstep the margin of appreciation in adopting and upholding the temporary reduction of judges' salaries during the economic crisis (1999–2003) and emphasised that the losses of salary had been compensated, for the period of three years, either under a special law providing for such compensation or by a court decision according to that law. The applications of the applicants had been recognised as inadmissible concerning the other points of the dispute as well.

without conforming to the constitutional requirements applicable under the conditions of an economic crisis to that type of reduction, *inter alia* by violating the constitutional principle of proportionality.³⁸ The impugned legal regulation, by means of which the coefficients of the positional salary of judges had been reduced by establishing a disproportionate (particularly large) extent of the reduction of the salaries of judges, *inter alia* by violating the proportions of the amounts of salaries established at the time prior to the occurrence of a particularly difficult economic and financial situation in the state for the judges performing different duties, was recognised by the Constitutional Court as being in conflict with the Constitution. The Constitutional Court held that such legal regulation was not in line with the principle of the independence of the judge and courts, *inter alia* the requirements consolidated in Paragraph 2 of Article 109 of the Constitution and the constitutional principle of a state under the rule of law.

It should be noted that the questions related to the reduction of the social rights guarantees of judges under the conditions of an economic crisis have been dealt with in different manner by other constitutional courts as well.

On 18 January 2010, the Constitutional Court of Latvia adopted a judgment in the case in which it assessed the freezing of judicial remuneration in conjunction with the rise in the wages of higher public officials. The Constitutional Court of Latvia recognised the contested legal provisions and the impugned reduction of the salaries of judges under the conditions of the economic crisis without conforming to the imperatives stemming from the Constitution as being in conflict with the Constitution and noted the following: difficult economic conditions lead the state to review and reduce financing for all workers in the public sector irrespectively of the branch of the public sector in which they work, the budget of a government institution, or the area in which it operates; it would be impermissible to reduce the financing of a single sector—the courts—or the salaries of judges, just as it would be impermissible to leave the financing of one branch of the government institution unchanged; even under the conditions of economic decline, financing can be reduced only if the constitutional principles and procedures are observed, and if the fundamental rights and freedoms are respected, particularly, in terms of the principle of constitutional equality.³⁹

38) The Constitutional Court's doctrine has formulated a duty for the legislator, even during an economic crisis, not to reduce those salaries that, upon the reduction thereof, would not ensure adequate living conditions for a person. The fact that the salaries of such amounts as established by the legislator would not be reduced does not violate the principle of proportionality and other constitutional principles.

39) The judgment of the Constitutional Court of Latvia of 18 January 2010 (case No. 2009-11-01), in which the Constitutional Court of Latvia emphasised that judges are also citizens, and that their special status and role in society do not grant them immunity

On 12 December 2012, the Constitutional Tribunal of Poland adopted a ruling,⁴⁰ in which it recognised the legal regulation establishing the “freezing” of the salaries of judges—non-indexation for the period of one year as being not in a conflict with the Constitution. Under the challenged legal regulation, the salaries of judges had been established not according to the average work remuneration of 2011, but that of 2010, whereas the salaries in the public sector had not been increased, i.e. they had not been indexed (had been frozen), as long as since 2008. The Constitutional Tribunal founded its decision on the deteriorating economic situation in the state, which required that urgent measures would be taken, and emphasised that taking care of public finances was a duty of the public authorities, and that the legislator’s actions had been well-grounded on the public interest—the balancing of the state budget.

It should be mentioned that the Constitutions of some states contain the provisions *expressis verbis* prohibiting the reduction of the social guarantees of judges. Thus, the constitutional courts of the said states are obliged when deciding regarding the reduction of the said social guarantees under the conditions of an economic crisis not to interpret or reinterpret the doctrine formulated by the Constitutional Court, but to construe the imperative provisions of the Constitution as at the same time limiting the powers of a court. The situation in question was faced by the Supreme Court of Cyprus when in its decision of 14 June 2013⁴¹ it had to answer the question whether it was permissible to apply the statutory provisions providing for the reduction of the salaries of judges. Article 158.3 of the Constitution of the Republic of Cyprus stipulates that “[a] law shall provide for the remuneration and other conditions of service of the judges of the courts to be established under paragraph 1 of this Article. The remuneration and other conditions of service of any such judge shall not be altered to his disadvantage after his appointment.” The Supreme Court of Cyprus *inter alia* observed that Article 158.3 of the Constitution was so clear that there can be no doubt as to its interpretation, the *sub judice* laws that implicated the impermissible adverse alterations of the judges’ remuneration were contravening the provisions

against any such a situation in which the state solves a complicated situation and takes decisions with respect to its residents; in an economic crisis a social solidarity means that every citizen undertakes proportional responsibility for the overcoming of the difficult consequences of the crisis, and government officials, including judges, must stand in solidarity with the country’s residents. The Court also underlined that the contested norms thus provide for such salaries of judges in 2009 that are equal with the salaries in 2007 rather than those in 2008, consequently, the remuneration was, in fact, reduced.

40) The ruling of the Constitutional Tribunal of Poland of 12 December 2012. (http://www.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/OTKZU/2012/2012A_11.pdf)

41) The Supreme Court of Cyprus. Revisional Jurisdiction. *Consolidated Recourses 397/2012 and 480/2012 . Judgment of 14 June 2013.*

of Article 158.3 of the Constitution. Having examined various arguments, the Supreme Court ultimately reached the conclusion that the recourses succeeded and the *sub judice* administrative decisions were declared null and void and of no effect whatsoever. The court also noted the pronounced intention of most of the applicants to voluntarily contribute to the effort of saving the Cyprus economy and hoped that their example would be followed by the remaining applicants.

Thus, during an economic crisis, *inter alia* not only such reduction in judges' salaries is allowed, where they are reduced according to a certain percentage, but also when the amount of the received salary is not indexed, i.e. when it is frozen. When the institutions exercising constitutional jurisdiction decide on the constitutionality of the reduction in judges' salaries during an economic crisis, in each separate case they must decide on whether the limitation of the said social right was allowed and whether it was constitutionally grounded. The decisions of Latvian and Polish constitutional courts show how the non-indexing of judges' salaries during an economic crisis, although, in itself, may be recognised constitutional, however, under different circumstances, may lead to different decisions taken by the institutions of constitutional jurisdiction.

Conclusion

The Constitutional Court of the Republic of Lithuania is forming a broad and distinctive doctrine on the possibility of limitation of social rights during an economic crisis. This doctrine is *inter alia* grounded upon the imperatives of a state under the rule of law, equality of rights, justice, proportionality, protection of legitimate expectations, social solidarity, the constitutional concept of the state budget and other constitutional imperatives. The Constitutional Court has also formulated certain general principles which must be followed when in a situation of an economic crisis the legislator may adopt decisions on reduction of social rights guarantees. This doctrine is also influenced by international law, *inter alia* the law of the European Convention on Human Rights. While considering the cases related to implementation of social rights, the Constitutional Court also takes account of the case-law of the constitutional courts of other states.

Summary

The economic and financial problems of states, that could be viewed as a result of the on-going global economic crisis, have influenced the constitutional doctrine on social rights guarantees formulated by constitutional

courts. The latter have confronted a complex task to assess whether the decisions adopted by state institutions are an adequate and proportional measure conforming to the imperatives stemming from the Constitution.

The economic crisis has raised for the constitutional courts complex questions, first of all, whether the constitutional courts, in the face of global economic crisis, are capable of dealing with economy-related issues, *inter alia* to decide on the constitutionality of the urgent austerity measures taken by the states. Under conditions of the global economic austerity measures, the most sensible areas, especially the guarantees of social rights, are affected, *inter alia* the questions of pensions, salaries, childcare leave, etc., have become an urgent issue.

The jurisprudence of the Constitutional Court of Lithuania has formed the doctrine on limitation of social guarantees during an economic crisis and the period of formation of this doctrine could be divided into two stages: from 2002 till 2006, when the Constitutional Court was deciding on the constitutionality of legal acts narrowing the social guarantees, when this had been determined by the impact of the effects of the so-called Russian economic crisis on the development of the economy of the State of Lithuania (during this period the Constitutional Court adopted several decisions which began the formation of doctrine on reduction of guarantees of social rights at the time of an economic crisis); and since 2009 until now where the Constitutional Court has been forming the constitutional doctrine on limitation of social rights guarantees, which has been determined by the effects of the global economic crisis on the economy of the State of Lithuania.

It is possible to assess the doctrine on limitation of social rights guarantees during an economic crisis, which was formulated by the Constitutional Court in 2009–2013 and which is continuation of its previous doctrine, as in a sense special doctrine on limitation of social rights at the core of which, it goes without saying, there are the general principles of limitation of human rights that are recognised in human rights law. The acts of the Constitutional Court establish also independent grounds of the reduction of the guarantees of only the social rights (pensions and salaries) during an economic crisis, which, even though grounded upon general principles of the doctrine of human rights, are supplemented with additional criteria, as, for instance: the requirement to ground the reduction of the guarantees of the social rights (pensions and salaries) upon the circumstances testifying the presence of a very difficult economic situation of the state and the requirement for the existence of an official statement that there is a very difficult economic and financial situation in the state, which is not short-termed; salaries and pensions must be reduced for the period not exceeding one budget year, whereas in the course of approving the state budget for the next year, the legislator has a duty to reassess the economic situation in the state and to decide anew as regards the reduction of the said social

guarantees; the reduction must be temporary and not violating the proportions of the pensions and remunerations that used to be before the crisis; the legislator could establish a limit below which pensions (salaries) would not be reduced even during an economic crisis; it is not allowed to reduce the old-age pension awarded and paid to the persons who have a certain job or conduct a certain business to a greater extent (this important criterion was also established in the previous doctrine); the old-age pensions reduced because of an economic and financial crisis must be compensated, whereas the reduced state pensions—only if they are reduced to a large extent and they may be compensated to a smaller extent. The constitutional principle of social solidarity, construed in the context of the constitutional principle of equal rights of persons, implies a duty of the legislator to establish a non-discriminatory extent of reduction of remunerations of persons who are paid for work from the funds of the state or municipal budget.

At present, the question of the decreasing of the social rights guarantees of judges—the reduction of their salaries—has also become important. While formulating the doctrine of social rights guarantees of the judge, the Constitutional Court derives the imperative of judges' salaries and their other social guarantees from the principle of independence of judges and courts established in Article 109 of the Constitution. The system of the guarantees of social rights of judges, formulated in the Constitutional Court's doctrine, should be assessed as an important guarantee of the independence of a judge, which becomes a matter of particular concern in the conditions of economic crisis, when the legislator lays down the limitations *inter alia* on payable salaries and pensions. The doctrinal provisions based on the general doctrine of the reduction of the guarantees of social rights (salaries, pensions) in the conditions of economic crisis, which were formulated in the Constitutional Court's ruling of 26 March 2006, were further developed *inter alia* in the Constitutional Court's ruling of 1 July 2013 by disclosing the significance of the principle of proportionality in establishing concrete limitations on the guarantees of social rights.

JURISDICTION AND CONSTITUTIONAL REVIEW IN THE REPUBLIC OF BULGARIA

Jurisdiction, in its classical sense, refers to an independent resolution of particular legal disputes. Jurisdiction establishes what a definite legal rule states and to what extent the conduct implemented in agreement with it conforms to the prescriptions of law. Jurisdiction is a procedure of application of the laws and, in this sense, is pursued on the basis of and in implementation of the law. That is why in all cases which involve legal disputes, but the disputes do not concern the application of laws in specific instances, the resolution of the dispute will not be a matter of jurisdiction. An example of this is constitutional review on a motion to rule unconstitutionality of laws or to interpret the Constitution; the same refers to the judgments which the Constitutional Court pronounces whether international treaties concluded by the State prior to their ratification are consistent with the Constitution or, respectively, whether laws are consistent with the universally recognised standards of international law. In such cases, precisely because application of the laws is not involved, in the sense of determining the extent to which a specified conduct checked against a relevant legal rule conforms to the law, jurisdiction in the classical sense does not apply.

That premise is a fundamental one and its spirit and logic should be taken into account, when one draws conclusions about a specific issue with regard to constitutional review – starting from the essence of the motion, the lack of typical parties to defend their interests, the effect of the judgment itself, etc. The problem is that both practice and theory more or less deviate from it. Some attempts have been made to reach judgments so as to make the formula itself pointless, albeit indirectly. Most often, however, one comes across cases which totally ignore the assumption about the essence of jurisdiction; as a result they arrive at decisions in respect of constitutional review to present an eclectic set of contradictory conclusions but serving particular ends.

This begs the question whether, given the lack of specific solutions regarding constitutional review, rules and institutes, which form the texture of the classical cases of jurisdiction, whether these institutes can be borrowed, and if yes, to what extent will they directly apply to constitutional review. One cannot accept such a proposition because the essential characteristics

of constitutional review, and its subject matter, above all, rule out the possibility of binding constitutional review immediately to the familiar forms of civil, criminal or administrative justice. Whenever a direct framework, rules and institutes characteristic of classical forms of jurisdiction are lacking one has to adapt them accordingly provided they have been subjected to a careful consideration in order to find out if they apply to constitutional review as well. If their meaning has taken shape above all under the influence of the notion of legal dispute as affecting subjective rights and interests of natural or legal persons, or of individuals or authorities, then as far as constitutional review is concerned their content cannot help undergoing a definite modification.

Constitutional justice is a jurisdiction *sui generis* and it imbricates with the classical forms of jurisdiction only in the most general terms. The point of constitutional review does not come down to establishing what conforms to the prescriptions of law in a particular case. The underlying idea of constitutional review is to find out whether the established model, to which the relevant conduct will have to conform, agrees with the Constitution. Still, the thesis of constitutional review as a type of procedure on its own seems to be attacked on account of two circumstances. First of all, within the framework of administrative justice it is admissible to contest the legal conformity of a particular statutory instrument of secondary legislation issued by a supreme administrative authority. Is this not one and the same type of jurisdiction? The difference is that in constitutional review the motion is to establish constitutionality of a law, and in the administrative justice the contestation affects a statutory instrument of secondary legislation so thus involves statutory instruments. All the more, in some legal systems the constitutional courts also deal with the legal conformity of statutory instruments of secondary legislation issued by the government. The distinction between the constitutional review and the administrative justice again lies in the characteristics of the dispute. A statutory instrument of secondary legislation can usually be challenged before a court to the extent that the claimant has standing, i.e. his rights are or are likely to be affected or, respectively, the statutory instrument of secondary legislation concerned imposes certain obligations on the claimant. In such case, the jurisdiction is pursued according to the typical model when one contests an administrative act with some specific distinctions, considering the difference between an individual administrative act and a statutory administrative act. Constitutional review follows a different logic. It is not bound to individual standing whose absence will be decisive for the admissibility of the motion. Constitutional review actually relies on the formula that only specified authorities or groups of persons may dispute the constitutionality of a law, without raising the question about the presence or absence of standing to seek the establishment of unconstitutionality. It is presumed that intervention of the

respective authorities is subservient *per se* to the idea of maintaining the stability of the political system.

A link between constitutional review and administrative justice can be found along other lines as well. A familiar figure in administrative justice is public action (*actio popularis*), in which the matter of standing goes beyond the scope of individual standing. It is presumed that the citizen acts in the name of public interest, for the purpose of defending particular subjective rights in public law. Still, such actions are brought as an exception and, therefore, their existence cannot be a basis for appropriate generalisations. Undoubtedly, however, the influence of *actio popularis* makes itself felt in the constitutional review. Admittedly, constitutional review may well develop along the model of *actio popularis*, either within the context of the individual petition, e.g. granting citizens a common right to seek the ruling of unconstitutionality and declaring this a fundamental power of the constitutional courts. Or, one can also argue the very motion for the ruling of unconstitutionality incorporates the characteristics of *actio popularis*. Such logic would not sound quite unfamiliar to the Bulgarian Constitutional Court, either. It accepts that even if a motion is put forward by the required number of MPs and then afterwards some of them withdraw and consequently fewer MPs remain than the amount required to support the motion, it will nevertheless be admissible because it defends the public interest.

The second argument refutes the thesis that there is little in common between the constitutional review and the classical forms of jurisdiction; this argument bears on the fact that the Constitutional Court, in addition to its power to rule the unconstitutionality of a particular law or to interpret the Constitution, may also examine disputes on the merits, e.g. the legitimacy of the election of National Representatives or the President and the Vice President of the Republic, the constitutionality of political parties and associations, the competence disputes between supreme State bodies, as well as those between central and local government authorities, etc. Such cases already outline the framework of a legal dispute in the classical sense of the term, as expressly provided for by the Constitution and, therefore, the Constitutional Court will have to pronounce on what the law says about the case and to apply it. In other words, the implementation of the activity will be rather close to the classical forms of jurisdiction. But there are also substantial differences between the merits in question and the classical forms of jurisdiction. In these instances, too, the dispute rather than be about the petitioner's standing, will only take public interest into consideration, that is, all parameters that come to show that even though subjective rights may be violated, the emphasis will still be mainly on the need to maintain the stability of the political system.

I would like to note that the powers of the Constitutional Court which involve the implementation of jurisdiction cannot be bracketed together

with the cases about the ruling of the unconstitutionality of a law. These powers are complementary at best, insofar as the core powers such as control on constitutionality and on the interpretation of the Constitution are paramount for the juridical characteristics of the Constitutional Court. Besides, in some cases there even arise doubts whether such disputes should be settled by the Constitutional Court. For example, in Bulgaria it is still not quite clear why disputes over the legitimacy of the election of MPs should be judged by the Constitutional Court, whereas the results of the elections of municipal councillors and mayors should be judged in the administrative courts. After all, it is precisely empowerment, which enables us to make conclusions about the place of the particular authority. Constitutional courts are established above all to review the constitutionality of the laws, and this should be seen as the crucial function for the determination of their legal status and activity. On the other hand, the Constitutional Court is empowered to provide a binding interpretation of the Constitution. This in itself puts its activity in a far different perspective.

In principle, the problem about the classification of the powers of the Constitutional Court has not been solved theoretically, but it is quite important because it makes it possible to model the very idea about the essence of the Constitutional Court. If we assume that the nature of the powers vested in it is a criterion, we must admit that the Constitutional Court possesses core powers, related to the exercise of check-up as to constitutionality, including whether international treaties concur with the Constitution, and the interpretation of the Constitution, as well as subsidiary powers, which encompass all the rest. The other powers at the disposal of the Court have been conferred on it because of their direct bearing on the functioning and the stability of the political system. The powers in question, however, differ in their substance: in both cases it is a matter of resolving a legal dispute relevant to the stable functioning of the political system and governance of the State, but these legal disputes have different parameters and content. Things being so, it seems quite natural to differentiate between the constitutional review proper and the rest of the cases concerning constitutional justice, which is pursued on the strength of different powers by virtue of their subject matter. However, since these latter powers are not decisive, they cannot be cited as an argument when we discuss the essence of the activity that is carried out.

In conclusion, the expression “constitutional review” should not mislead us. It is not about some type of jurisdiction, along with the classical forms of jurisdiction. The difference is in the essence of the powers that will be implemented. The common element, if we should still try to identify what they have in common, is in the fact that a procedure is pursued both before the Constitutional Court and before the other courts, i.e. they follow steps as the law prescribes them in a sequence leading up to the rendition of a

specified act. Each jurisdiction is organised as a procedure, be it constitutional review or the rest of the forms of classical jurisdiction. However, this alone is not enough to prove that these are different types of “jurisdiction” of the same affiliation.

Abstract

Constitutional justice is a jurisdiction *sui generis*. It imbricates with the classical forms of jurisdiction only in the most general terms. The point of constitutional review does not come down to establishing what conforms to the prescriptions of law in a particular case. The underlying idea of constitutional review is to find out whether the established model, to which the relevant conduct will have to conform, agrees with the Constitution.

The powers of the Constitutional Court which involve the implementation of jurisdiction cannot be bracketed together with the cases about the ruling of the unconstitutionality of a law. These powers are complementary at best, insofar constitutional courts are established above all to review the constitutionality of the laws, and this should be seen as the crucial function for the determination of their legal status and activity.

Dr. Kata Senjak

President of the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGAL BASIS FOR THE JURISDICTION OF THE CONSTITUTIONAL COURTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Seen from the standpoint of history of constitutional courts and the problems of transition of socialist countries, for Bosnia and Herzegovina, the new democratic state with its society in transition, where division of powers is distinctively asymmetrical, the role of constitutional courts is of special significance given these specific social, economic and political conditions.

By signing the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina¹, Constitution of Bosnia and Herzegovina entered into force on 14th December 1995. The Constitution provides constitutional and legal framework for the organization and functioning of Bosnia and Herzegovina on an entirely new political and legal basis in comparison to the previous period.

Constitution of Bosnia and Herzegovina, in the first place, specifies in its Preamble the basic normative principles as are respect for human dignity, liberty, and equality, tolerance and reconciliation, democratic governmental institutions and fair procedures as the best means to produce peaceful

1) General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina has 11 Annexes:

- Annex 1A: Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement,
- Annex 1B: Agreement on Regional Stabilization,
- Annex 2: Agreement on Inter-Entity Boundary Line and Related Issues,
- Annex 3: Agreement on Elections,
- Annex 4: Constitution of Bosnia and Herzegovina,
- Annex 5: Agreement on Arbitration,
- Annex 6: Agreement on Human Rights,
- Annex 7: Agreement on Refugees and Displaced Persons,
- Annex 8: Agreement on Commission to Preserve National Monuments,
- Annex 9: Agreement on Establishment of Bosnia and Herzegovina Public Corporations,
- Annex 10: Agreement on Civilian Implementation and
- Annex 11: Agreement on International Police Force.

relations within a pluralist society. Article II of the Constitution contains the most extensive catalogue of human rights and fundamental freedoms and provides that the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms shall be directly applicable in Bosnia and Herzegovina as a part of the Constitution with the direct application and supremacy over all other law. It also provides that the Annex I to the Constitution – Additional Agreement on Human Rights shall also be applicable in Bosnia and Herzegovina².

Constitutional courts in Bosnia and Herzegovina are established with the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitution of the Republic of Srpska and the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina. They, besides their jurisdiction, provide for the organization, procedures and compulsory enforcement of decisions.

1. Jurisdiction of the Constitutional Courts

When we speak about the jurisdiction of the constitutional courts³, they are defined in the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Con-

-
- 2) 1. 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,
 2. 1949 Geneva Conventions I-IV on the Protection of the Victims of War, and the 1977 Geneva Protocols I-II thereto,
 3. 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1966 Protocol thereto,
 4. 1957 Convention on the Nationality of Married Women,
 5. 1961 Convention on the Reduction of Statelessness,
 6. 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination,
 7. 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and the 1966 and 1989 Optional Protocols thereto,
 8. 1966 Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,
 9. 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,
 10. 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment,
 11. 1987 European Convention on the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment,
 12. 1989 Convention on the Rights of the Child,
 13. 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families,
 14. 1992 European Charter for Regional or Minority Languages and
 15. 1994 Framework Convention for the Protection of National Minorities.

3) Article VI 3 i IV 3 (f) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, Article IV C 10 to 12 of the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina and Chapter IX of the Constitution of the Republic of Srpska.

stitution of the Republic of Srpska and the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina, which ultimately means a differentiated procedures, and hence specific decisions depending on the type and nature of the jurisdiction disputes. The differentiation of these responsibilities is based on the fact to what extent constitutional courts, besides their usual tasks relating to the protection of constitutionality, exercise a more direct connection with the legislative, executive and judicial power.

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina has exclusive jurisdiction to decide any dispute that arises under the Constitution of Bosnia and Herzegovina between the Entities or between Bosnia and Herzegovina and an Entity or Entities, or between institutions of Bosnia and Herzegovina. Essentially, by analysing this the Court hereby decides on positive or negative conflicts of jurisdiction, as well as any other disputes that may arise in the relationship between state and entity structures of government or the institutions of Bosnia and Herzegovina.

The Constitutional Court has jurisdiction to decide whether any provision of an Entity's constitution or law is consistent with the Constitution of Bosnia and Herzegovina. Even though the Constitution explicitly, in its Article VI 3a item 2, speaks only on "an Entity's law", following the obligation of the Court to "uphold the Constitution", this provision however does not exclude the laws passed by the Parliament Assembly of Bosnia and Herzegovina. At the same time, the Court has jurisdiction to decide on whether an Entity's decision to establish a special parallel relationship with a neighbouring state is consistent with this Constitution, including provisions concerning the sovereignty and territorial integrity of Bosnia and Herzegovina.

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina also has jurisdiction over issues referred by any court in Bosnia and Herzegovina concerning whether a law, on whose validity its decision depends, is compatible with this Constitution, with the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols, or with the laws of Bosnia and Herzegovina; or concerning the existence of or the scope of a general rule of public international law pertinent to the court's decision. The referring court is obligated to act in accordance with the decision made by the Constitutional Court. The Court, at the same time, has jurisdiction in the case of a "blocking" of the House of Peoples of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina over issues of vital interests of one of the constituent peoples which is in many ways an atypical form of jurisdiction since in this way the interface between the "judicial power of the constitutional court" and "legislative power" is practically being established.

The Constitutional Court is competent to review the constitutionality of laws proclaimed by the High Representative for Bosnia and Herzegovina

substituting for the national authorities.⁴ In considering the above case the Court concluded that the powers of the High Representative derive from the relevant resolutions of the UN Security Council and the Bonn Declaration. However, since in the present case he intervened in the legal order of Bosnia and Herzegovina substituting himself for the national authorities and in this respect, he therefore acted as an authority of Bosnia and Herzegovina, and the law which he enacted is in the nature of a national law must be regarded as a law of Bosnia and Herzegovina.

As a part of the overall competence in upholding the Constitution and the Rules of the Constitutional Court⁵, as regulated, the Court may not act on its own initiative in reviewing the constitutionality of laws.

Likewise, the Constitutional Court took the stand that it was not compatible with the spirit of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the legal order to allow for examination of the appeal challenging the decision of an entity court which was adopted within the scope of abstract jurisdiction of the entity constitutional court⁶. If, in the instant case, the decision of the Entity

Constitutional Court would be examined, it would mean that review of the constitutionality of a final and legally binding decision through “the appellate jurisdiction” of the Constitutional Court is allowed, which definitely does not fall within the jurisdiction of the Constitutional Court.

As mentioned before, given the complex internal structure modified by the Constitution of Bosnia and Herzegovina, in addition to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, there are entity constitutional courts, namely the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Constitutional Court of the Republic of Srpska. According to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, all the functions and powers that are not given to the institutions of Bosnia and Herzegovina belong to the Entities. The Federation of Bosnia and Herzegovina consists of cantons with a very wide autonomy, and if complex structure of local self-government – municipalities and cities is added to it, we are facing a rare example of a complex state structure resulting in an extremely complicated distribution of competences between five levels of authorities. The Republic of Srpska organisationally differs from the Federation of Bosnia and Herzegovina, it is centralised, without cantons and so many levels of government. Without getting into reasons for designing such a structure, one should bare in mind that this is happening in a period of transition

4) Decision published in the „Official Gazette of Bosnia and Herzegovina“, No. 1/01.

5) Rules of Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina („Official Gazette of Bosnia and Herzegovina“, No. 60/05, 64/08 and 51/09)

6) Decision Ap. 2391/07 of 27th November 2010, published in the „ Official Gazette of Bosnia and Herzegovina“, No. 48/11

from the former to the new system, influenced at different times by different interventions of the international community and that a self-sustaining economy and national authorities are established within this framework, as well as the Euro – Atlantic integration processes.

The competence of the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina is to resolve disputes between different levels of authority, between or within any of the institutions of the Federation Government, between cantons, between any canton and the Federation Government, between any city, its canton or the Federation Government, between any municipality and any city, between any municipality and its canton or the Federation Government, between or within any of the institutions of the Federation Government, to review the constitutionality of federal laws, whether adopted by either House of the Legislature, or by each House of the Legislature or are in proposal, to review the constitutionality of cantonal constitutions or cantonal law adopted by the cantonal Legislature, to determine whether any proposed or law adopted by the Federation, canton, city or municipality authority is in accord with this Constitution.

At the same time, the Court is competent to decide constitutional questions presented by the Supreme Court or a Cantonal court. It also has jurisdiction to remove the President or one of the Vice-Presidents of the Federation of Bosnia and Herzegovina, acting pursuant to a Decision of the Legislature, adopted by a two-thirds majority vote of each House, as well as to decide questions on the appeal with regard to the immunity. Only Deputy Prime Ministers may seek the opinion of the Constitutional Court on particular matter.

Deciding on the vital national interests of the Federation, Canton and the City of Mostar, is also under the jurisdiction of the Constitutional Court. In the event that two thirds of one of the respective caucuses of the constituent peoples in the House of Peoples of the Federation Parliament, Cantonal Legislature or City Council decide that a law, regulation or act affects a vital national interest adoption of such law shall require a vital interest voting principle. Vital Interest Panel of the Constitutional Court, composed of judges, 7 members, 2 from each constituent people and 1 from the group of Others, elected by the Parliament of the Federation of Bosnia and Herzegovina, consider all issues of vital interests.

In the substantive law sense the Constitution only stipulates that “the protection of the right to local self-government ensures the Constitutional Court⁷⁾” Thus, the Constitutional Court has extensive possibilities to decide in specific cases on the content and form of the protection of the right to local self-government. The Constitution of the Federation of Bosnia and

7) Amendment XCVI to the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina

Herzegovina does not provide for a more thorough and more precise provisions on the content of the right to local self-government. However, the Council of Europe established international standards by adopting the European Charter of Local Self-Government⁸. By introducing the constitutional and judicial protection of local self-government one of the basic requirements of the European Charter is satisfied. Local self-government is in all democratic countries, the constitutional right of the local people to self – manage so called the local affairs. The Constitutional Court, starting from these international standards and the domestic constitutional and legal provisions, within its jurisdiction must ensure that these are met in practice. In doing so, it will in certain cases face the need to, as in the preliminary issue, decide on the constitutionality or legality of regulations and other acts which, in the opinion of the applicant, impede the right to local self-government. A significant novelty in protecting the right to local self-government presents the expansion of those entitled to submit to the Constitutional Court.

The jurisdiction of the Constitutional Court of Republic of Srpska⁹ is defined in a wider sense than those of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina. The Constitutional Court has jurisdiction to decide the conformity of laws, other regulations and general legal acts with the Constitution; the conformity of regulations and general legal acts with the law; conflicts of jurisdiction among the bearers of legislative, executive and judicial power and municipality, decides on the conformity of programmes, statutes and other general acts of political organisations with the Constitution and the law, decides on the protection of the vital national interest – solutions are identical as those in the Federation of Bosnia and Herzegovina, assess the constitutionality of laws, as well as the constitutionality and legality of regulations and general legal acts which are no longer in force, provided that the assessment is initiated not more than one year after the termination of their validity, as well as on the matters concerning immunity. The Constitutional Court shall monitor events of interest for the enforcement of constitutionality and legality, and report on the status and problems in this area to the highest constitutional bodies of the Republic of Srpska, and convey its opinion and propose laws and measures to ensure constitutionality and legality and may take other measures as appropriate.

The Constitutional Court of Republic of Srpska itself may initiate the proceedings to assess the constitutionality and legality, as well as any other person may initiate the proceedings to assess constitutionality and legality.

8) Member countries of the Council of Europe signed the Charter on 15th October 1985, and the Charter is published in the “Official Gazette of the Republic of Bosnia and Herzegovina”, No. 31/94.

9) Chapter IX, Articles 115 to 120 of the Constitution of Republic of Srpska.

This type jurisdiction is not conferred to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina or to the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina.

As seen from the above, there are significant differences in the nature and the extent of the jurisdiction between the Constitutional Court of Republic of Srpska on one side and the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina on the other, even though we are speaking here on the constitutional organisation of a single state.

2. The election of judges to the Constitutional Courts

The procedure for electing judges to the Constitutional Court of the Federation and the Constitutional Court of Republic of Srpska differs significantly from the election of judges to other courts and judges to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina.

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina has nine members. Six members are selected by the parliaments of the Entities, and the remaining three members are selected by the President of the European Court of Human Rights after consultation with the Presidency, and may not be citizens of Bosnia and Herzegovina or of any neighbouring state.

The procedure to select judges to the constitutional courts of the Entities, which are made of 9 judges each, involves High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina, constitutional courts of the Entities which provide opinions, presidents and vice-presidents of the Entities, Assembly of the Republic of Srpska and respectively the House of Peoples of the Parliament of the Federation of Bosnia and Herzegovina.

Panels for the Protection of Vital Interests are established within the constitutional courts of the Entities and they are made of 7 judges each. These panels decide on all matters of vital interest.

The judges cannot be members of a political party or any political organisation in Bosnia and Herzegovina, perform any other public function in legislative, executive or other judicial authority in Bosnia and Herzegovina and the Entities, and may not perform any other function which may affect the impartiality of a judge.

In performing their functions, judges of the constitutional court enjoy immunity, they may terminate his/her office at his/her own request, shall be dismissed from office if he or she is convicted of a criminal offence, or due to permanent loss of capacity to perform his or her function, or if they are found to perform public or professional functions which are incompatible with the judicial function given that they may be removed from office for cause by consensus of the other judges.

3. Eligibility to initiate proceedings

According to the Constitution of Bosnia and Herzegovina disputes may be referred only by a certain number of authorised persons: member of the Presidency, Chair of the Council of Ministers, Chair or a Deputy Chair of either chamber of the Parliamentary Assembly, one-fourth of the members of either chamber of the Parliamentary Assembly, or one-fourth of either chamber of a legislature of an Entity. The Court also has appellate jurisdiction over issues under the Constitution arising out of a judgment of any other court in Bosnia and Herzegovina, not only in the case of the judgment, but in the case when the court's decision is not made within a reasonable time. This means that appellants, the individuals who feel that their rights have been violated by a court's judgment or a decision, may file an appeal after they had tried all legal avenues at his or her disposal in the respective Entity, and the Court is to take into account the effectiveness of those legal remedies. This puts Constitutional Court at the highest instance in relation to the ordinary courts, thus confirming its role in terms of specific institutional safeguard of the rights and freedoms enshrined in the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

Proceedings before the Constitutional Court of Republic of Srpska may, without restriction, be initiated by the President of the Republic, by the National Assembly and by the Government, while other bodies, organisations and communities may do so under conditions prescribed by law. Anyone can give an initiative to start the proceedings before the Court for assessing the constitutionality and legality, and the Constitutional Court itself may initiate the proceedings. The difference between the applicant and the initiative to start the proceeding is in the fact that the applicant by filing the application starts the proceeding before the Court whilst when the initiative is submitted to the Court, the Court previously needs to evaluate its admissibility and only if it is admissible the Court shall initiate the proceeding with its decision.

The Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina very narrowly defined the circle of those authorised to institute proceedings before this Court. These are the President and Vice Presidents of the Federation of Bosnia and Herzegovina, Prime Minister of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the prime ministers of cantons, one-third of the members of either House of the Parliament of the Federation of Bosnia and Herzegovina and one-third of the members of the Legislature of a Canton, as well as municipality mayors and city mayors. Companies, institutions, NGOs, public services and many other entities are not authorized to initiate proceedings before the Constitutional Court, nor is the Constitutional Court of the Federation entitled to initiate proceedings at its own. There is also no possibility for the citizens or other subjects to submit initiatives that particular matters are considered by the Court.

If the Court determines that a law is not in accord with the Constitution or that a regulation or other act is not in accord with the Constitution or the law, such law, regulation or a general act shall cease to remain into force on the day when the decision of the Constitutional Court is published.

4. Delivering decisions

Decisions of the constitutional courts are final and binding which is set forth by the Constitution of Bosnia and Herzegovina, Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina and Constitution of Republic of Srpska. This refers to the judgments and decisions delivered at the end of the proceeding, as well as the orders and interim measures which the court issues during the process. All bodies of authority are obligated to enforce and facilitate enforcement of the constitutional courts' decisions.

Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina takes decisions by the majority of votes of all members, as well as the decisions relating to the vital interest. These decisions are final and binding and are published in the "Official Gazette of Bosnia and Herzegovina" and official gazettes of the Entities, which is prescribed by the Constitution and the Rules of the Court. Failure to enforce the decisions of the Constitutional Court is a criminal offence.

All decisions of the Constitutional Court of Republic of Srpska are to be enforced by the Government of Republic of Srpska, if other bodies of authority fail to do so. Response to the question what legal instruments are available to the Government of Republic of Srpska to ensure enforcement of these decisions, is not specified. Constitutional Court itself may determine the manner and procedure for the enforcement of its decision. The Court shall, as a rule, do so only in cases when its decision for certain reasons may not be enforced. Decisions of the Constitutional Court of the Federation are enforced by the Prime Minister of the Federation.

As constitutional courts of the Entities take decisions on the issues of the vital interest, the decision on admissibility (procedural decision) in such a case is made by two-thirds of the members of the Panel, and decision on the merits may be taken by two members of the Panel.

Nevertheless, we can ascertain that a large number of decisions are being enforced; however majority of them are not being enforced adequately by the responsible institutions.

Summary

Constitutional courts in Bosnia and Herzegovina are established by the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitution of the

Republic of Srpska and the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina. They, besides their jurisdiction, provide for the organization, procedures and compulsory enforcement of decisions. When speaking about the jurisdiction, the jurisdiction is differently defined, which ultimately leads to differentiated procedures, and therefore the specific decisions depending on the type and nature of the jurisdiction disputes. The differentiation of these responsibilities is based on the fact to what extent Constitutional Courts, besides their usual tasks relating to the protection of constitutionality, exercise a more direct connection with the legislative, executive and judicial power at all levels of authority. Procedures for the election of judges in Constitutional Courts of the Entities are significantly different from the election of judges to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina.

At the same time, various subjects in the Entities and at the level of Bosnia and Herzegovina may initiate proceedings before the Constitutional Courts, however, only the Constitutional Court of the Republic of Srpska may initiate proceeding to determine constitutionality of a legal act *ex officio*. The Constitutions also provide for the protection of the vital national interests. Decisions of the Constitutional Courts are final and binding, and this refers both to the rulings and decisions delivered at the end of the proceeding and for the orders and interim measures the court issues during the process. All bodies of authority are obligated to enforce and facilitate enforcement of the Constitutional Courts' decisions.

RESTITUTION IN EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW

Layout

1. Determining the notion
2. Two schools of thought
 - 2.1 Legal certainty
 - 2.2 Remedying injustice
3. Two ranges of judicial decisions
 - 3.1 A continuing violation of rights
 - 3.2 Instant act doctrine
4. The present standpoint of the case-law
5. Conclusion

Abstract:

There are two opposing opinions considering the notion of restitution among legal scholars, which in their own way have affected judgments of the European Court of Human Rights, in the case-law of which one can discern two ranges of decisions. One has adopted the understanding that, due to the previous nationalisation of property, there is a permanent violation of the right to peaceful enjoyment of property, while the other is based on the idea that the deprivation of possessions from the former owner, which had taken place in the past, represents an instant act. Although it could be said that in the approach adopted by the ECHR today considering this type of cases prevails so-called instant act doctrine, the approach resting upon the idea of a permanent violation of rights is by no means entirely excluded. The Court's case-law is guided by subtle differences and careful inspection of the factual situation in every concrete case before the Court.

1. Determining the notion

Restitution is usually understood as return of property an individual was deprived of by an authoritarian regime. Such definition is acceptable

also in domestic law, just as it is effective in European human rights law. It should be mentioned that, as a rule, the property in question had been taken away many years before the question of its return was raised. Once it is raised, there is, as a rule, a dilemma considering the right of ownership, as over time it happened that the property that was expropriated from the previous owner today is the right of a new person. The time dimension of the restitution problem cannot be disregarded, and as we shall later see, it represents one of key circumstances related to the institute in question.

The definition of the notion of restitution, such as constituting the departure point in this paper, has been established for the purpose of the needs of this paper and does not stem from judicial decisions. This is why it is advisable to warn of the fact that, among the authors, there are two basic standpoints, regarding restitution. These standpoints are by no means exclusively doctrinal, but they do rest, to some extent, also on quotes from judicial decisions, which makes the whole issue rather peculiar. Let us, because of this, first consider the two schools of thought on restitution, before referring to the judgments of the European Court of Human Rights.¹

2. Two schools of thought

Two basic approaches considering restitution differ according to the legal value taken as their guiding idea when considering the question of the possible return of the property alienated by an authoritarian regime. One opinion sees such value primarily in legal certainty (2.1), and the other, in justice itself (2.2).²

2.1 Legal certainty

The line of thinking which sees legal certainty as the basic value to be protected is, in fact, ill-disposed to the very institute of restitution. It rests on the idea that the most important thing in a society is to achieve legal certainty, because of which it gives priority to the current owner instead of the previous one, who had been deprived of its right of ownership by an act of an authori-

1) For the sake of the ease of presentation, the European Court of Human Rights shall be henceforth referred to as “the Court”, and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, on the basis of which the Court was founded, “the Convention,”

2) For more on the two schools of thought and their understanding of restitution see T. Allen – B. Douglas, “Closing the door on restitution: the European Court of Human Rights”, in : A.Buyse – M.Hamilton (eds.) *Transitional Jurisprudence and the ECHR – Justice, Politics and Rights*, Cambridge 2011, 211-212.

tarian regime. Such approach is essentially justified by a twofold argument. Firstly, domestic law of the member states to the Convention represents a coherent legal order. This order has to be respected, and the establishment of democracy in the states which had formerly been under authoritarian regimes shall, by itself, provide equal protection to all citizens, and thus equal prospects as regards the enjoyment of their rights in the future.

It is worthwhile noticing that even in this reasoning, the idea of justice appears as essential. A new-established democracy is considered to be a legal order which shall, by its very implementation, lead to the disappearance of injustice from human society. Without presently considering how realistic this approach is from the point of view of everyday circumstances in a society, it can be noticed that, by it, for the sake of a technical concept of legal certainty, the ideal of justice *is* somewhat sacrificed. Old injustices would remain; they should not be interfered with, just as one does not interfere with unpleasant memories.

2.2. Remedying injustices

Advocates of understanding opposed to the one primarily emphasising the importance of legal certainty consider this notion wrongfully emphasised by their opponents. Legal certainty is necessary for establishing order under the rule of law, but it shall be best implemented if the former mistakes are rectified, and their rectification serves as an example for the future. This line of thinking takes justice as its guiding-idea and is of the opinion that order of justice cannot be established if the acts by which former injustices were done remain in force.

Though it could be said that these two opinions are completely contradictory, they are actually brought closer by their attachment to the idea of justice, which is, truth be told, differently understood. The institute of restitution, by its nature, almost appears as a kind of expression of the latter. Namely, if technically understood legal certainty, as we have got to know in consideration of the first opinion, was consistently implemented, there would be no room for restitution at all. It has, however, become part of the treasury of European human rights law and can be found in many judgments delivered by the Court while applying the Convention.

Bearing in mind the aforementioned, and especially basing the conclusion on observing the case-law, it would probably be most correct to understand the two opinions in question as two tendencies of a kind, than as two complete doctrines. It is interesting to notice how these two tendencies, though not always directly, but sometimes circumventially, have led to two lines of judicial decisions, which differ in their essential approach to the issue of restitution.

3. Two ranges of judicial decisions

Two ranges of judicial decisions related to the problem in question differ in their basic approach, namely, in their understanding of character and nature of a violation of the right to peaceful enjoyment of possessions under Article 1 of the Additional Protocol to the Convention.³ While one range of decisions sees the deprivation of possessions as a permanent violation of rights, or, as it is also called, a permanent situation (3.1), the other range rests on the understanding that the deprivation of possessions is a single instantaneous act, which took place in the past and nothing more than that (3.2). This instant act, according to this second understanding, expressed in a range of judgments, has not created any permanent situation.

3.1. A continuing violation of rights

The idea of a continuing violation of the right to peaceful enjoyment of possessions can be found in the judgment given in the case of *Loizidou v. Turkey*⁴. The applicant, a Cypriot national and a resident of the island, complained under article 1 of Protocol No., that due to the Turkish occupation of the northern Cyprus, she was denied access to immovable property on that part of the island. Deciding on the merits, the Court ruled as follows:

“As a consequence of the fact that the applicant has been denied access to (her) property from 1974, she was denied its supervision, as well as any possibility of using and enjoying her property. A permanent denial of access (to the land) has therefore to be considered a violation of her rights under article 1 of the First Protocol.”⁵

In this judgment, the Court construed the longstanding conduct of Turkish military forces in the northern Cyprus as a continuing violation of the provision for peaceful enjoyment of property, as guaranteed by European human rights law. The applicant, due to the generally known circumstances in the north of the island, was deprived of elementary possibility to access her property. Such situation, by the time that the question was raised before the Court, had continued for more than 16 years and essentially affected the relationship of the applicant as the owner toward the object of her ownership. The Court assessed this factual situation as a permanent, or as it also

3) This protocol is the only one that does not have an official designation by number, because at the time of its adoption it was the only one. It is normally called the First Protocol, and it shall be thus designated in this text, as well.

4) *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Judgments and decisions A 310 (1995); *Loizidou v. Turkey (Merits)*, Reports of Judgments and Decisions, 1996-VI

5) *Loizidou v. Turkey (Merits)*, Reports of Judgments and Decisions, 1996-VI, para. 63.

calls it, a continuing violation, which consists in denial of access to a piece of property.⁶

Also in the judgment considering the international dispute *Cyprus v. Turkey*, the Court established that the denial of access to property of displaced persons constitutes a continuing violation under Article 1 of the First Protocol.⁷ The Court stated its position as follows:

“There is a continuing violation under Article 1 of the First Protocol with regard to Cypriot Greeks, who live in the northern Cyprus, as they have not been ensured peaceful enjoyment of property in case of permanent abandonment of the territory in question and as, in case of death, the rights of their relatives who live in the southern Cyprus have not been recognised.”⁸

The form of a violation of the right was the same as the one we have encountered in the case of *Loizidou*. The conduct of the respondent state authorities consists in denial of access to property, its control, as well as its use and enjoyment.⁹

In the case of *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, the Court has established a continuing violation of the right to peaceful enjoyment of property under Article 1 of the First Protocol.¹⁰ In this case, the applicants were owners of the land in the coastal area of Greece. Prior to 1967 they had acquired adequate licenses for building hotels on the land that was owned by them. Subsequent to the establishment of military dictatorship in 1967, the government deprived the applicants of their land without any compensation, intending it for the purpose of building a military base for Greek navy, and facilities for holiday accommodation of officers and their families. Due to the conduct of Greek authorities, the applicants were prevented from using their property. They could not dispose of it, leave it as a legacy or give it as a gift.¹¹ This is why the Court has characterised the situation in which the applicants found themselves in the following way:

“There has existed and continued to exist a violation under Article 1 of the First Protocol.”¹²

The Court’s conclusion unambiguously confirms a continuing violation of the right to peaceful enjoyment of property. Inability to access the

6) For more on this, see D.Popović, *Protecting Property in European Human Rights Law*, Utrecht 2009, 135-136.

7) *Cyprus v. Turkey*, Reports of Judgments and Decisions 2001-IV

8) *Cyprus v. Turkey*, Reports of Judgments and Decisions 2001-IV, Operative Part IV-9

9) Cf. Ph. Leach, *taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford – New York 2005, 363.

10) *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, Judgments and Decisions, A 260 B (1993)

11) *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, para. 43

12) *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, para. 45

land, as well as the prevention of ability to dispose of the property continued to exist throughout the rule of military dictatorship in Greece, up to the time of lodging the applications with the Court and subsequent to the establishment of a legitimate government.

In its holding in the case of *Vasilescu v. Romania*, the Court also found a violation of the right guaranteed under Article 1 of the First Protocol.¹³ The case consisted in the following elements. In 1966, the police searched the apartment of the applicant without a warrant. On this occasion, it found and appropriated more than 300 golden coins, the possession of which was punishable under the law then in force. The coins were deposited with the local branch of the National Bank and since then they disappeared without leaving a trace. In 1992, subsequently to the change of the regime, Mrs. Vasilescu brought a legal action requiring the return of items she had been deprived of. The First Instance Court and the Appellate Court decided in her favour, but the Public Prosecutor lodged an extraordinary legal remedy with the Supreme Court of Justice. The court of the highest instance quashed previous decisions, and the applicant lodged an application with the Strasbourg Court.

In this case the Court established a violation of the right to peaceful enjoyment of property under Article 1 of the First Protocol.¹⁴ In its reasoning the Court referred to the judgements passed in cases *Loizidu* and *Papamichalopoulos*, which have been previously discussed. In its reasoning, the Court stated the following:

“The applicant’s application concerns a continued situation, which still persists.”¹⁵

It is clear from this reasoning that the Court upheld its own case-law expressed in the mentioned range of judgements, which in the process of deciding take as their point of departure a continuing violation of rights or, as it was expressed by the Court, a continuing situation.¹⁶ The applicant lost ownership of the items the return of which she had demanded decades before its case was brought before the Court, which established that due to this, her right of ownership was permanently violated.

In another case in which the state concerned was Romania, the Court took fundamentally the same position. It considered the decision in the case of *Brumarescu v. Romania*¹⁷. The applicant had been successful before

13) *Vasilescu v. Romania*, Reports of Judgments and Decisions, 1998-III

14) *Vasilescu v. Romania*, para 54

15) *Vasilescu v. Romania*, para. 49

16) For more on this, see S.Djajic, “The Right to Property and the *Vasilescu v. Romania* case”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 27-2/2000, 364-369; E.Reininghaus, *Eigriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK*, Berlin 2002, 8-16

17) *Brumarescu v. Romania*, Reports of Judgments and Decisions, 1999-VII

the domestic judiciary with the requirement for restitution, but the Public Prosecutor of Romania filed an extraordinary legal remedy against the final decision, based on which it was quashed. In the Court's view such a quashing of the judgment constituted a violation of peaceful enjoyment of property, and therefore constituted a violation under Article 1 of the First Protocol to disadvantage of the applicant.¹⁸ The Court took a standpoint that the decision made upon an extraordinary legal remedy upset the balance of public and private interest, and expressed its position on the nature of a violation of the applicants' rights in the following way:

"There has existed and continues to exist the violation under Article 1 of the First Protocol."¹⁹

It is clear, from this wording that the Court opted for the concept of a continuing violation of the provision considering the right to peaceful enjoyment of property.

The identical pattern of a continuing violation of the right to peaceful enjoyment of property under Article 1 of the First Protocol runs through a range of judgments passed at the end of the last and the beginning of this century. This pattern, however, is not the only one, nor does a Court's holding always rest upon it. There is another range of judgments and decisions in which the Court took, as the basis of its conclusions, the idea which could be tentatively called instant act doctrine.

3.2. *Instant act doctrine*

The leading case in the range of judgments opting for the understanding that a violation of rights is an instant act was *Malhous v. The Czech Republic*²⁰. The question that emerged in this case was, it could be said, the essential question considering the whole subject-matter of restitution. Czech law envisaged return of land to the previous owner who had been deprived of it, in case it was in possession of the state or legal entities. On the contrary, in case the expropriated land was in a lawful way acquired by a natural person, the law envisaged that the previous owner be compensated with another corresponding piece of land or reimbursed with a corresponding sum for what had been taken away from him.²¹

The applicant of the application in the case of *Malhous v. The Czech Republic* required return of land *in natura*, although the impugned pieces of land were in possession of natural persons. Moreover, he claimed that all

18) *Brumarescu v. Romania*, para. 73

19) *Brumarescu v. Romania*, para. 80

20) *Malhous v. The Czech Republic*, ECHR 2000-XII

21) *Malhous v. The Czech Republic* GC (dec.) Facts

acts of the authoritarian regime were null and void, and that they could not produce valid legal consequences. In other words, in the applicant's view a lawful acquisition of property on the impugned land by third parties (natural persons) was impossible as such.

At this point a remark should be made considering theory and comparative law. The applicant in the case of *Malhous* adopted a position advocated by Gustav Radbruch. He considered that Nazi laws on Jews, enforced back then in Germany, could not be understood and accepted as such, namely, that they could not bear the name of law at all. In the aftermath of the World War II, the German courts shared this view and considered Nazi legislation on Jews null.²² The Court did not go that far and did not recognize the way of reasoning that the applicant seems to have been inclined to adopt.

The Court in this case opted for the approach which differs from the one we have encountered in the decision taken in the case of *Vasilescu*, establishing that the deprivation of property does not constitute a continuing violation for the owners. On the contrary, it is an instant act, which takes place at a certain point in time. This led the Court to question its jurisdiction to decide on the merits of the disputed matter or, as it is also said, whether it has jurisdiction *ratione temporis*? The concrete circumstances were such that the land had been taken away from the previous owner in 1949, that it was lawfully conveyed to another natural person in 1957, whereas the Convention with regard to the Czech Republic started to apply as of March 1992.

The decision in the case of *Malhous* should be carefully analysed. It is often quoted among authors that, based on the instant act doctrine, an application claiming the return of possessions expropriated by the communist regime is inadmissible. Such application is, according to the understanding expressed in the doctrine, inadmissible *ratione temporis*.²³ According to this understanding, the right to property on a deprived land is extinguished by expropriation, i.e. nationalisation.²⁴ To this it is added by some authors, among which also judges, that this right can be at the basis of a new right, as created by the legislation of the state signatory to the Convention, created upon ratification of this Act.²⁵ The Court, indeed, took a position in the case of *Malhous*, that the applicant had neither a protected right nor a

22) T.Allen – B.Douglas, “Closing the door on restitution: the European Court of Human Rights“, in: A.Buyse – M.Hamilton (eds.) *Transitional Jurisprudence and the ECHR – Justice, Politics and Rights*, Cambridge 2011, 227-228.

23) Cf. Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford – New York 2009, 803

24) *Ibid*, 660-661

25) For example, judge Casadevall in his textbook, V. J.Casadevall, *El Convenio europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia 2012, 413

legitimate expectation with regard to the concrete piece of land the return of which he had demanded.²⁶

The applicant did not, however, brought before the Court a request on the basis of the entitlement which he could have according to domestic law of the state concerned.²⁷ Due to this, one should not overlook the fact that the Court's final holding was that the application in the case considered was in fact declared inadmissible *ratione materiae*. Namely, the Court took into account the state of Czech legislation and expressly stated that the right to compensation for deprivation of possessions, which was the applicant's right according to the Law on ownership of land from 1990, "can be considered property in the sense under Article 1 of the First Protocol". The applicant, however, did not complain of the violation of this right, which ensues from the valid domestic law, but of the possession of items which had been nationalised.²⁸ Due to this, the final ruling of the Court was that the application was inadmissible *ratione materiae*, under Article 35 of the Convention.²⁹

The doctrine of deprivation of possessions as an instant act, which happened in the past, ensued from the Court's ruling in the case of *Malhous*. Though it could not be said that it is generally acclaimed, it has been embraced by the judges of the Strasbourg Court.³⁰ On the other hand, some of the opponents of this concept claim that the Court, by not accepting the idea that deprivation of possessions constitutes injustice, went to extremes in the Radbruch's sense of the word.³¹

The doctrine of instant nature of the act of deprivation of possessions and accordingly corresponding nature of a violation of the right to peaceful enjoyment of property, which negates the existence of a continuing violation, has found its expression in other judgments, as well. One of them was delivered in the case of *Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Germany*³². An 18th century painting, which used to belong to the prince's family, was expropriated in 1946 by the Czech authorities and was kept in the museum in Brno. The museum allowed for the painting to be exhibited in Cologne, Germany. The Prince of Liechtenstein took legal action, demanding that the

26) *Malhous v. The Czech Republic* GC (dec.), The Court's assessment, (c)

27) *Ibid.* Eodem loco.

28) *Malhous v. The Czech Republic* GC (dec.), The Court's assessment, (c), last but one paragraph.

29) *Malhous v. The Czech Republic* GC (dec.), The Court's assessment, (c) in fine

30) For example, L.Garlicki, "L'application de l'article 1 du Protocole No 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'Europe centrale et orientale" ; in: H.Vandenberghe (ed.) *Property and Human Rights*, Brugge 2007, 131-138

31) T.Allen – B.Douglas, "Closing the door on restitution: the European Court of Human Rights", in: A.Buyse – M.Hamilton (eds.) *Transitional Jurisprudence and the ECHR – Justice, Politics and Rights*, Cambridge 2011, 228

32) *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, ECHR 2001-VIII

painting be returned to his possession. Having lost the case before German courts, he addressed the Court in Strasbourg. The Court rejected to apply the precedent from the *Loizidou* case, and sided with the ruling in the decision of *Malhous*. Here the Court expressly stated there was no continuing violation of the right to peaceful enjoyment of property, at the same time drawing the conclusion that it did not have jurisdiction, *ratione temporis*, to consider the circumstances under which the expropriation had taken place.³³

It is not easy to comment on this ruling, either. It has to be borne in mind that the application was filed against Germany, the country in which the painting was exhibited, and not against the Czech Republic, the legal successor of Czechoslovakia, the country which had expropriated the owner. This gives a special tone to the whole case. The Court established that, as the applicant filed his application complaining of German judiciary, and not against the Czech Republic, considering the jurisdiction *ratione temporis* against the latter country was not excluded in principle.³⁴ Here the Court referred to the precedent in the case of *Malhous*. Once again referring to the same precedent and stating that the applicant did not have property in the sense of Article 1 of the First Protocol, the Court made a statement as follows:

“Hope for recognition of survival of an old right of ownership, which could not have been exercised for long, cannot be considered property in the sense of Article 1 of the First Protocol.”³⁵

In its final decision, the Court stated that in this case there was no violation under Article 1 of the First Protocol. Return of the painting to the Czech Republic did not constitute a violation of the right to peaceful enjoyment of property, which the applicant invoked.³⁶ It seems that the instant act doctrine in this judgment served the Court to base its own ruling on it, though it was not of paramount importance under the circumstances of the case. It is important to notice that the Court interpreted the precedent of *Malhous* as the basis for making the conclusion on its own jurisdiction *ratione temporis*, though, as we have seen, the judgment in this case was actually based on the conclusion that in its final outcome relied on jurisdiction *ratione materiae*.³⁷ It had to do with one dictum, i.e. one part of the judgment in the Czech case, which would become very important for the Court’s jurisprudence on these matters.

33) Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, para. 85

34) Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, para. 81

35) Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, para. 83

36) Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, para. 86 and 87

37) See D.Popović, Protecting Property in European Human Rights Law, Utrecht 2009, 137-138

Another instance in this range of decisions is the decision in the case of *Blečić v. Croatia*.³⁸ The Grand Chamber of the Court resolved this case by applying an approach considering jurisdiction *ratione temporis*. The matter in issue was the termination of tenancy rights. The applicant was the holder of tenancy rights since 1953, in a flat in Zadar that was public property. In 1991, she left the town and moved to live with her daughter in Italy. Since November of the same year, an illegal occupant was the lodger of the place. The municipality initiated proceedings in 1992 for depriving the applicant of the right to tenancy. These proceedings were finished in 1994. Her right of tenancy was terminated. On appeal, however, the Second Instance Court found in favour of the applicant. The Supreme Court quashed the judgment of the Second Instance Court and upheld the one of the First Instance Court. The applicant filed a constitutional complaint with the Constitutional Court of Croatia. The constitutional complaint was dismissed on 8 November 1999.³⁹

To comment on this case, it is important to note that the Republic of Croatia incorporated the Convention into its own legal order by an act of ratification on 5 November 1997. As it can be seen, this date falls between the dates on which the judgments of the Supreme Court and the Constitutional Court were issued. The issue at stake was the question when exactly the legal matter according to domestic Croatian law became *res iudicata*? The Court took a stand that this was on the day when the Supreme Court decision was given.⁴⁰ It was indisputable that the right of tenancy constituted property within the meaning of Article 1 of the First Protocol, but the Court posed a question whether it had jurisdiction *ratione temporis* to decide on a possible violation of the right to peaceful enjoyment of property. A Chamber of the Court, composed of seven members, gave an affirmative answer to the posed question.⁴¹ The Grand Chamber ruled differently.⁴² The Grand Chamber reached its conclusion after extended discussion on jurisprudence of the Court, which extends in some thirty or so paragraphs of the decision, in which a great number of precedents was subject to analysis.⁴³ The key argument from the point of view of our interest in this instance, is to be found in the standpoint of the Court, where it invoked the *Malhous* precedent, saying that

“if an individual is deprived of a flat or property it is in principle an instant act, which does not create a permanent situation.”⁴⁴

38) *Blečić v. Croatia*, ECHR 2006-III

39) *Blečić v. Croatia*, para. 12-33

40) *Blečić v. Croatia*, para. 84

41) *Blečić v. Croatia*, para. 62

42) *Blečić v. Croatia*, para. 92

43) *Blečić v. Croatia*, para. 63-92

44) *Blečić v. Croatia*, para. 86

Thus also in this judgment the doctrine of an instant act served as the grounds for making the final judicial conclusion, i.e. for passing the judgment. It was adopted by a majority of eleven votes to six. Judges who remained in minority unanimously disputed the conclusion of the Court's jurisdiction *ratione temporis*, but were not expressly inclined to primarily emphasise the possibility that a violation of the applicant's right should be understood as a continuing violation of her rights under Article 1 of the First Protocol.⁴⁵

Observing the two ranges of judgments concerned, a fundamental dilemma remains considering the nature of a violation of the right under Article 1 of the First Protocol. On the one hand, in the judgments of *Papamichalopoulos* and *Loizidou*, as well as in those which side with these judgments, the Court adopted a standpoint that deprivation of property is an act which constitutes a continuing violation of the right. On the other hand, as we have seen, the Court saw expropriation as an instant act, which took place in a point in time in the past. Hence, according to this second understanding, the question arises whether the Court is at all competent to proceed in such situation, i.e. to assess the effect of such instant act which extends in time. It could be added, here, that the instant act doctrine has found its application primarily in the circumstances in which the Court declares an application inadmissible. Absence of temporal jurisdiction prevents the Court from dealing with the merits of the disputed matter, which is aptly illustrated by the case of *Blečić*.

3. The present position of the case-law

European human rights law is to a considerable extent, by its nature, judge made law. It has been formed on the basis of the Convention, but through creative acting of the Court in its judgments, where it is contained.⁴⁶ The Court is guided by its own previous judgments, upholding the doctrine of the binding force of precedent, though not being constrained by it.⁴⁷ This is why it is of a paramount importance to establish the present standpoint of the Court on the matters which are dealt with herein. One of the signposts when looking for an answer to the abovementioned question can be found in the judgment adopted in the case of *Maria Atanasiu and Others v. Romania*.⁴⁸ The judgment became final on 12 January 2011.

45) See the dissenting opinions of judges which remained in minority. They were judges Loukaides, Rozakis, Zupančič, Cabral Barreto, Pavlovski and Björgvinson.

46) In more detail on this, see D.Popović, *The Emergence of the European Human Rights Law*, The Hague 2011

47) For more on this, see D.Popović, "The Role of Precedent in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights" in: *The European Convention on Human Rights, a living instrument*, Essays in Honour of Christos L. Rozakis, Bruxelles 2011, 467-483

48) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), judgment of 12 October 2010.

In order to sum up this case, disregarding the complexity of detail, it is sufficient to say that the core of the factual situation is as follows: based on a decree from 1950, a building was nationalised, the return of which was sought before national courts starting from 1996. The building, as it was established before a domestic court, had been unlawfully nationalised from the point of view of Romanian national law. The applicant was asking that the building, in which there were unsold flats, be returned to her possession. Although the First Instance Court found for the applicant, until 2010 the execution was not achieved, nor was there restitution.⁴⁹

The two basic positions of the Court in this judgment were: (a) restitution legislation of a state which has ratified the Convention does not automatically re-establish the ownership of the previous owner to the possessions he had been deprived of; and (b) this legislation can be considered as such that it creates new property rights for the persons which meet the requirements.⁵⁰ It would seem that in the process of deciding the Court moved within the limits set by the precedent of *Malhous*, though the Court did not make any reference to it. The Court, actually, in paragraph 136 of the judgment, invoked the precedent from the case *Kopecky v. Slovakia*, where in paragraph 35 of the judgment, the case of *Malhous* is referred to. It was an instance of indirect citation. It should be mentioned that the formerly mentioned case of *Vasilescu* preceded introduction of the restitution legislation in Romania, so the situation which was considered at this point was different from the one we find in the case of *Maria Atanasiu and Others*.

The second of the two mentioned positions, derived from previous precedents of *Malhous* and *Kopecky*, is hardly sustainable logic-wise if taken in isolation. Namely, for a person to meet the requirements for return of property according to domestic law, he has to prove that the property was, at some point, taken away from him by an act of an authoritarian regime. In other words, new property law stipulated in paragraph 136 of the judgment is unimaginable without the old, extinguished entitlement, an automatic revival of which is not possible, as established in paragraph 127 of the judgment.

The Court established, in the concrete case, that the applicants had property interest which could be considered adequate to attract the protection of Article 1 of the First Protocol, for according to domestic law they were at least entitled to ask for compensation for the nationalised property.⁵¹ As it, in this way, declared the application admissible, the Court proceeded to decide on the merits.

49) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 14-43

50) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 127 i 136

51) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 146

The basic position of the Court considering the merits rests on the precedent in the case of *Malhous*. The Court established that there was no continuing situation and that the expropriation of property was an instant act.⁵² This position was lapidarily communicated, with reference to the mentioned precedent. The Court did not elaborate its reasoning any further. This is why it is interesting to notice that in the judgment in which the respondent state was the Czech Republic, the instant act doctrine actually served the purpose of declaring the application inadmissible. On the contrary, in the case that is the object of our observation, the Court adopted the instant act doctrine, but it did engage in ruling on the merits. It seems that the Court accepted one component of the precedent of *Malhous*, but not entirely the reasoning expressed therein. Here one has to bear in mind somewhat radical requirement expressed by the applicant in the case of *Malhous*. The Court did not, in this judgment either reject the possibility of adopting the reasoning that can be found in the judgment of the Romanian case, which is before us.⁵³

In its further reasoning, the Court invoked the fact that an infringement of peaceful enjoyment of property has to be based on law. It has to have a legitimate aim and take into account political, economic and social conditions that are present in the state signatory to the Convention.⁵⁴ The Court thus stated that a member state has a wide margin of appreciation. The margin is wide, but according to the understanding of the Court, it cannot be unlimited.⁵⁵ The Court especially emphasised that the compensation for the property that had been expropriated by the state had to be “in a reasonable relationship” with the value of the possessions one was deprived of.⁵⁶

On the basis of what has been laid down so far, the Court stated that in the case at hand there was a violation of Article 1 of the First Protocol. On the basis of Article 41 of the Convention, the Court ordered the respondent state to reimburse the applicant with an adequate amount, while at the same time, according to Article 46 of the Convention, it ordered taking of general measures with the aim of preventing the appearance of new cases of the same sort before the Court.⁵⁷

52) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 163. In this paragraph the reference to *Malhous* is direct.

53) *Malhous v. The Czech Republic GC (dec.)*, The Court’s assessment, (c), para. last but one.

54) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 165-167

55) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 173

56) *Maria Atanasiu and Others v. Romania*, 30767/05; 33800/06 HUDOC (2010), para. 174

57) For Article 41 see the wording of the judgment, 8 (b), and for Article. 46 paragraph 210-242 see the judgment *Maria Atanasiu and Others*.

5. Conclusion

Among the authors dealing with restitution there is an attempt to derive some principles from the Court's jurisprudence, according to which in these matters European human rights law proceeds. Such action is found in the latest, fifth edition of the standard textbook by Jacobs and White, edited by Robin White and Claire Owey.⁵⁸ The mentioned authors established two basic principles considering restitution which, in their opinion, could be formulated on the basis of judicial decisions.

The first principle states that the Court has jurisdiction to decide only on the deprivation of possessions which took place after ratification of the Convention by the respondent state. The second principle rests on the understanding that the Court will take into consideration the procedure for recovery of property, which has taken place on the national level. This second principle has been accompanied by additions, and it shall be effective only if the applicant could, before the Court in Strasbourg, invoke provisions of domestic law of the state in which restitution is sought. The Court shall not engage in independent assessment of whether the applicant meets the conditions set by the national law, as a national instance is better placed to do that.

It could be said that this summary of the case-law faithfully depicts the present position of the Court. According to the aforementioned, the Court's holding in the judgment of the case of *Maria Atanasiu and Others* is on all accounts consistent with doctrinal conclusions that can be found in White and Owey. It should be mentioned, however, that the principles that the mentioned authors lay emphasis on are based on the instant act doctrine. They were formed, first of all, under the influence of the precedent in the case of *Malhous*, but also according to a whole cluster of judgments and decisions of the Court, which side with this precedent. Among these are the judgments in the cases *Gratzinger and Gratzingerova v. The Czech Republic*, *Jantner v. Slovakia*, *Kopecky v. Slovakia*, *Viasu v. Romania*.⁵⁹ In all of these cases, the essential question concerns the implementation of the national legislation on restitution. The judgment in the case of *Vasilescu* was made on the basis of the factual situation which had come into being before corresponding laws were adopted in Romania. In judgments in the cases of *Blečić* and *Prince of Liechtenstein*, the implementation of restitution laws

58) Jacobs, White & Owey, *the European Convention on Human Rights*, Oxford – New York 2010, 495. In the book published in 2010, these writers could not take into account the judgment in the case *Maria Atanasiu and Others*, which was passed in October of the same year.

59) *Gratzinger and Gratzingerova v. The Czech Republic*, ECHR 2002-VII, *Jantner v. Slovakia*, 39050/97 HUDOC (2003), *Kopecky v. Slovakia*, ECHR 2004-XI, *Viasu v. Romania*, 75951/01 HUDOC (2008)

was not of primary importance. The Greek and Cypriot cases also were not about the implementation of the domestic law on restitution.

Due to all that has been said, a question can be raised considering the nature of the jurisprudence of the Court, based on the two ranges of judgments that have been the object of our observation herein. What is the Court's position on the legal nature of an infringement of the right to peaceful enjoyment of property? Has instant act doctrine completely prevailed?

It seems most straightforward to claim that the old right, the right of the person whose property had been expropriated, was irrevocably quashed. What has been protected in the order of the European human rights law through the provisions on peaceful enjoyment of property is, in fact, the new right, which means legal entitlement derived from the legislation of the state signatory to the Convention, created subsequent to ratification. Though sustainable in an exclusively legal construction, this conclusion is somewhat in conflict with the mere facts of life. The legislation on restitution, as the basis of a new subjective right of a person, cannot be seen as exclusively the fruit of the legislator's creative endeavour. This legislation is specific; it has been immersed in history and enacted in every state that resorted to it, as a kind of response to the challenge of specific social conditions and circumstances. Restitution represents a social effort to overcome the past and achieve justice by means of cancelling the consequences of certain acts of the once authoritarian system. The past can be overcome by exclusively legal remedies, which are not only indispensable, but are also, by all means, adequate for this purpose. It is in this light that the efforts of the Court, to respond to the mentioned challenge in restitution cases by applying a special technique of judgments, should be seen.

The possibility of the Court's implementation of a continuing violation of the right to peaceful enjoyment of property as the basis of future judgments cannot entirely be excluded. Instant act doctrine is especially effective when the problem of restitution is considered in a state signatory to the Convention, which had adopted special legislation on the subject. In light of domestic law, the question of remedying past injustices is transformed into, one could almost say, a technical question ensuing from the law in force. The essential problem still remains. Domestic law was passed in order to remedy past injustices and cannot be understood out of the context in which it was created. Turning the question of old injustice into a problem of implementation of the provisions of positive law therefore represents primarily a technical operation, which the Court adopts for practical reasons. This action does not cancel the principle dilemma on the legal nature of a violation of the right to peaceful enjoyment of property, which despite the present condition of jurisprudence of the Court, survives in European human rights law.

POSITION AND PROSPECTS OF CONSTITUTIONAL JUSTICE IN THE SLOVAK REPUBLIC

At the present time, the importance and impact of judicial power are growing in the whole of our geopolitical sphere. This is the consequence of various external but also internal factors. The external factors include mostly intensifying globalization, integration or continuing federalization of the European Union. Not only in the Slovak Republic, the institutions traditionally responsible for reviewing constitutionality of legal norms or for protection of fundamental human rights and freedoms, may experience a reduction of their authority and importance due to these processes, because the scope of matters which they used to factually influence is becoming more and more narrow. Potential discordance of constitutional and integrating rules is excluded due to the preferential application of the integrating treaty or legal enactment issued on its basis; real conflict therefore cannot occur.

On the basis of the above, it is possible to deduce the equality of integrating treaties with constitutional law, i.e. their placing at the level of constitutional law. Union (integrating) law is indeed “*integrated into the legal systems of member states*” and therefore forms part of the legal order applying in the Slovak Republic; however, it is not part of domestic law because it constitutes a distinct legal order¹. The application of union law within the state is unconditional and guaranteed by the principle of its priority. Any potential decision of the Constitutional Court which stated that the application of a Union norm infringed the Constitution and this norm could not therefore be domestically applied, would not provoke any effects in Union law. However, there are no doubts that in potential subsequent proceedings on an action for violation of the state’s commitments due to failure to apply a Union norm, the Court of Justice of the European Union would take into consideration in its decision-making not only the principles of subsidiarity and proportionality, in conformity with which the content or form of European Union activities do not exceed what is necessary for achieving the aims of the European Union (Art. 5 of the Treaty on European Union), but

1) The judgment of the Court of Justice of the European Communities in the case 6/64 Costa/ENEL from 15th July 1964.

also the principle which obliges the European Union to esteem “the national identity” of member states (Art. 4 Sec. 2 of the Treaty on European Union).

The internal factors mentioned above include in particular the reduction of significance and prestige of the Constitutional Court in favour of ordinary courts, which have become equivalent courts with the Constitutional Court in the application of Union law. These national courts are required to interpret domestic rules to the maximum extent possible, in accordance with Union rules. The Court of Justice of the European Union rests this argument on the provision of Art. 4 Sec. 3 of the Treaty on the European Union, which enshrines the general principle of loyal cooperation².

The constitutional principle according to which national legal norms, including the Constitution, are to be interpreted in conformity with the principles of European integration and cooperation of Union authorities and the authorities of member states, results from Art. 1 Sec. 2 of the Constitution, in connection with the principle of loyal cooperation.

In the Slovak Republic, the Constitutional Court carries out a wide range of competences in protecting constitutionality. In terms of the Constitutional Court’s powers, it is necessary to distinguish preventative from subsequent review of constitutionality. The differential criterion between them is the validity of legal norms. The Constitutional Court exercises preventative review of constitutionality only in two cases: conformity of international treaties which require the consent of the National Council of the Slovak Republic with the Constitution and constitutional laws, and conformity of the subject of a referendum with the Constitution and constitutional laws. In both cases it is the Plenum which decides, and it has a time-limit of 60 days from the delivery of a motion for issuing its decision. In both cases the President of the Republic is the person entitled to file a motion, whereby the Government is also entitled to do so in proceedings on conformity of international treaties. If the Constitutional Court decides that an international treaty or the subject of a referendum is in contradiction with the Constitution, the treaty cannot be ratified or the referendum cannot be held.

The most important powers of the Constitutional Court with regard to subsequent constitutional review include proceedings on conformity of legal standards with the constitutional order under Art. 125 of the Constitution (so-called abstract and specific control of constitutionality). In these proceedings, the Constitutional Court decides in the Plenum; the only exception concerns proceedings on the constitutionality of generally-binding regulations of municipalities and self-governing regions (in these cases the Court decides in Senates).

2) The Judgment of the Court of Justice of the European Union in the case 14/83 Von Colson from 10th April 1984.

A legal enactment which is the subject of constitutional review must have been promulgated and published in the Collection of Laws of the Slovak Republic. At the same time the Constitutional Court can also decide on invalid legal enactments when exercising specific control³, and for this reason it is necessary to differentiate in this sense between validity, effect and application of challenged legal enactments. In proceedings on conformity of legal enactments, the Constitutional Court can temporarily suspend the effect of challenged legal enactments.

If the Constitutional Court is in doubt whether to suspend the effect of an enactment or maintain the status quo (retain the current legal regulation), it tends generally to leave in place the original regulation, so it suspends the effect of the new legal regulation.⁴ Each decision concerning temporarily suspended effect is published in the Collection of Laws of the Slovak Republic.

In this type of proceedings the so-called *presumption of constitutionality* of legal enactments is applied, which means that legal enactments are considered to be in conformity with the Constitution, constitutional laws and international treaties, unless the contrary is proved.⁵ The Constitutional Court also issues so-called *interpretative verdicts*, which on the one hand retain the challenged legal enactment in validity and effect, but on the other hand also state how this legal enactment should be understood and applied by other public authorities.⁶ This is a demonstration of the so-called *self-restraint* of the Constitutional Court, if a decision on unconstitutionality is the last possible solution (*ultima ratio*).

Nevertheless, if the Constitutional Court comes to the conclusion that a legal enactment (or its part) is in discordance with the Constitution, constitutional law or international treaty, on the day of promulgation of this finding in the Collection of Laws of the Slovak Republic, the challenged legal enactment loses its effect. At the same time the authority that issued the unconstitutional enactment is obliged to bring it into conformity with the decision of the Constitutional Court within 6 months of the promulgation. If the authority does not do so, the legal enactment loses its validity after the expiration of this period. Decisions in proceedings on conformity of legal enactments are generally binding and applicable *pro futuro*, and therefore even in the future it will not be possible to issue legal enactments which have been proclaimed unconstitutional by the Constitutional Court.

Another important type of proceedings are those on interpretation of the Constitution or constitutional law, in cases of dispute between two

3) The decision ref. no. PL. ÚS 1/2010 was the breakthrough in this field.)

4) Compare for instance the resolution on admission ref. no. PL. ÚS 13/2012, § 7.

5) Compare the decision ref. no. PL. ÚS 17/08, § 9.

6) Compare the decision ref. no. PL. ÚS 1/2010 (on the presumption of paternity), PL. ÚS 6/09 (the principle “three times and enough”).

authorities. The existence of a dispute means that each authority interprets the same provision of the Constitution or constitutional law in a different way. The Constitutional Court decides this type of dispute in the Plenum, namely by a ruling, which is binding *pro futuro*. The interpretation of the Constitutional Court is valid until the provision in question is changed, or until social reality markedly changes, to the extent that the Constitutional Court accepts a proposal to change its previous interpretation.

Within its scope of powers the Constitutional Court also decides if a decision on declaration of a state of emergency under constitutional law no. 227/2002 Coll. as well as any subsequently issued decisions are in conformity with the Constitution and constitutional law. It also follows from this law *a contrario* that the Constitutional Court cannot review the constitutionality of a declaration of war or martial law. A motion in this matter may be filed within 10 days from the issuing of such a declaration, whereby the Constitutional Court decides in the Plenum by a finding, which is also published in TASR (the News Agency of the Slovak Republic).

The Constitutional Court decides on conflicts of powers between central state authorities, unless they are decided by another authority. Equally the Constitutional Court decides if the Supreme Audit Office of the Slovak Republic has the supervisory power. In both cases it is a Senate which decides and issues a finding when deciding on merits.

With regard to the protection of fundamental rights and freedoms, the Constitutional Court has significant powers to decide in proceedings on complaints of natural persons and legal entities. In this type of proceedings, the Constitutional Court protects the subjective fundamental rights and freedoms included in the Constitution, Charter of Fundamental Rights and Freedoms, and international treaties ratified by the National Council and promulgated in the Collection of Laws of the Slovak Republic. At the same time though, it is necessary to stress the subsidiary competence of the Constitutional Court, which means that the Court may commence proceedings only if no other court is empowered to decide on merits. This signifies that ordinary courts or other public authorities are primarily obliged to protect fundamental rights and freedoms.

There is a two-month period established by law for filing a constitutional complaint. Establishing the time period represents the significant principle of legal certainty and stability of legal relations. For determining the beginning of the period, it is important to know when the complainant could possibly have obtained knowledge of the measure/encroachment which is the subject of the complaint, and not when s/he factually got this knowledge. In this case the rule *iura vigilantibus* (rights belong to those who care for them) is applied.

The proceedings commence upon the filing of a motion to the Constitutional Court. The general requirements for a motion are as follows:

a motion must be submitted in writing; it must include the signature of the complainant (or his/her legal representative), and a power of attorney must be attached enabling him/her to be represented before the Constitutional Court. In addition, it must be clear from the motion who is submitting it, the matter to which it relates, the person whom the motion is directed against, what decision the complainant is challenging, the reasoning and the evidence.

Special requirements include the specification of the fundamental rights or freedoms which have been violated, the final decision (or its copy) or measure which has violated human rights, identification of state authority against which the complaint is raised, as well as the extent of and reasons for financial satisfaction, if the complainant requires it.

Moreover, in the motion the complainant can also demand that the Constitutional Court issue a *temporary measure* which suspends the enforceability of the challenged final decision. The temporary measure is lifted if the reasons for its issuing ceased to exist, or if the Constitutional Court decides on the merits of the case.

The Constitutional Court does not take evidence or prove the factual circumstances of the case as an ordinary court of first instance does, due to the fact that the Constitutional Court is a court of rights and not of facts (unless, however the facts relate to electoral matters). In other words, the Constitutional Court reviews whether the fundamental rights and freedoms protection provided by ordinary courts is sufficient from the point of view of constitutional guarantees of human rights, including cases of conflict between two rights (individual right and public interest), and whether an ordinary court has properly determined the balance between them, or for instance has unreasonably preferred one right to another. The Constitutional Court also considers whether the conclusions of an ordinary court are arbitrary (wilful), unjustified from the constitutional point of view or manifestly unwarranted, as well as whether the violation of human rights and freedoms has occurred.

The Constitutional Court also reviews the legality and constitutionality of all types of election in the Slovak Republic, decides on dissolution or suspension of activities of a political party or movement, the results of a referendum, recall of the President of the Republic, protection of public interest, impeachment of the President of the Republic, and whether the Court itself has disciplinary or other powers regarding the President or Vice President of the Supreme Court or the General Prosecutor, or gives its consent to their criminal prosecution and taking into custody.

This makes the Constitutional Court not only the final designator of constitutionality of laws, but also the court which in fact supervises not only the Supreme Court but also all public authorities. It maintains this institutional position by its daily decision-making activity, which is carefully

and duly set up to a certain measure of abstention or self-restraint, to the extent that when in doubt, or in complicated cases of application of law, it accepts the decisions made by public authorities whether these concern laws adopted by the legislature or judicial decisions adopted by ordinary courts. The conservative judge usually prefers the values forming the starting-point of those who have adopted the reviewed decisions to the values forming his/her own starting-point.

I presume that the Constitutional Court of the Slovak Republic will always strive to be cautious rather than overactive, so that it does not become engaged in judicialisation of politics (or *vice versa*), but will always act as a rigorous defender of the principle of citizens' priority over the state.

V

**INSTEAD OF
A CONCLUSION**



The Conference Working Committee



The Conference participants in front of the General Assembly

CONCLUDING REMARKS

Prof. Dr. Marija Draškić*

Vice-President of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

The question this Conference has attempted to answer is whether it is possible to talk about a European model of constitutional justice. From what has been said, it can be concluded that there is no doubt at all that it is possible, and that there are two aspects to this concept, manifested as follows:

On the one hand, this model has been manifesting through efficient, mutual, bilateral and international cooperation of constitutional courts, through a judicial dialogue as well as the dialogue by means of decisions, for which relying on comparative case-law is crucial. This cooperation may lead to an alliance of constitutional courts or a European net of constitutional justice, requiring us to build a common European legal awareness. This common European legal awareness would imply multilayered cooperation, primarily between national laws, then also with conventional law and finally, for the European Union member-states, with European law.

On the other hand, this concept of European constitutional justice requires acceptance of and respect for differences. They include, first of all, social, economic and cultural context all national constitutional courts are part of. Other elements that should be added here are, by all means, the challenges posed by such a serious phenomenon as is the global economic crisis, contradictions and tensions which periodically take place between national constitutional courts and the European Court of Human Rights in Strasbourg, the importance of legal tradition and legal culture which is an expression of self-awareness, respect for national identity, and finally, different approaches to overcoming our authoritarian past.

*) Vice-President of the Constitutional Court of the Republic of Serbia in the period 2011–2014.

Садржај

I

ПРЕДГОВОР

Весна Илић Прелић , председник Уставног суда Републике Србије	9
---	---

II

ПОЛА ВЕКА УСТАВНОГ СУДСТВА СРБИЈЕ

Др Драгиша Б. Слијепчевић , председник Уставног суда Републике Србије (2011-2014).	15
Томислав Николић , председник Републике Србије.	21

III

ЗВАНИЦЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ О УСТАВНОМ СУДУ СРБИЈЕ

Gianni Buquicchio , председник Венецијанске комисије	29
Michael Davenport , шеф Делегације Европске уније у Србији.	31
Др Brigitte Bierlein , потпредседница Уставног суда Аустрије, представница Европске конференције уставних судова	33
Peter Burkhard , амбасадор ОЕБС у Србији.	35
Др Stefan Pürner , представник IRZ, руководилац одељења за БиХ, Македонију, Црну Гору и Србију	37

IV

ТЕМАТСКИ РЕФЕРАТИ УЧЕСНИКА КОНФЕРЕНЦИЈЕ

Др Brigitte Bierlein , потпредседница Уставног суда Аустрије <i>Положај и њерсијектйива устйавној судсйива</i>	43
Др В. Д. Зорькин , председник Уставног суда Руске Федерације <i>Устйавно судсйиво земаља нове демократије: изазови и њерсијектйиве</i>	47

Проф. др Оливера Вучић, судија Уставног суда Републике Србије
Проф. др Драган М. Стојановић, судија Уставног суда Републике Србије
Европски модел уставној правосуђа – Постојање и перспективе . . . 69

Проф. др Péter Raczolay, председник Уставног суда Мађарске,
почасни председник Венецијанске комисије
*Нови правци у функционисању уставних судова Европе – улога
правне традиције и континуитета у тумачењу уставности* 83

Валерија Галић, потпредседница Уставног суда Босне и Херцеговине
Положај и перспектива уставној судства 89

Бранко Наумоски, председник Уставног суда Републике
Македоније
Улога и перспектива уставној судства 97

Др Боса М. Ненадић, судија Уставног суда Републике Србије
Општи осврт на контролу уставности судске власти 101

Проф. др Владимир Оганесян, заменик председника Уставног
суда Републике Јерменије
*Проблем правне снаге аката међународној права примениваних
у уставном правосуђу* 121

Проф. др Jan Filip, судија Уставног суда Чешке Републике
*Положај и перспектива уставној судства. Улогај уставној
судства бивше Југославије на Републику Чешку* 125

Проф. др Милан Марковић, председник Уставног суда Црне Горе
Положај и перспектива уставној судства 143

Шапталы Н.К., судија Уставног суда Украјине
*Актуелна питања рада Уставној суда Украјине
у савременој епизи* 153

Проф. др Toma Birmontienė, судија Уставног суда Републике
Литваније
*Изазови пред Уставним судом Литваније за време глобалне
економске кризе* 167

Проф. др Красен Стойчев Стойчев, судија Уставног суда
Републике Бугарске
Надлежности и контрола уставности у Републици Бугарској. 193

Др Ката Сењак, председница Уставног суда Федерације Босне
и Херцеговине
*Упоредној равни основи надлежности уставних судова у Босни
и Херцеговини.* 199

Проф. др Драгољуб Поповић, судија Европског суда
за људска права
Респицијација у европском праву људских права. 209

Др Milan Galík, потпредседник Уставног суда Републике Словачке
Положај и перспектива уставној судства у Републици Словачкој . . 225

V

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Проф. др Марија Драшкић, заменица председника Уставног
суда Републике Србије (2011–2014)
Закључне оцене 235

Contents

I FOREWORD

Vesna Ilić Prelić , President of the Constitutional Court of the Republic of Serbia	243
---	-----

II HALF A CENTURY OF CONSTITUTIONAL JUSTICE IN SERBIA

Dr. Dragiša B. Slijepčević , President of the Constitutional Court of the Republic of Serbia (2011-2014)	249
Tomislav Nikolić , President of the Republic of Serbia	255

III CONFERENCE INVITEES ON THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

Gianni Buquicchio , President of the Venice Commission	265
Michael Davenport , Head of the European Union Delegation in Serbia .	267
Dr. Brigitte Bierlein , Vice-President of the Constitutional Court of Austria, the Conference of European Constitutional Courts Representative.	271
Peter Burkhard , Ambassador of the OSCE Mission to Serbia	273
Dr. Stefan Pürner , Head of the IRZ Division for BiH, Macedonia, Montenegro and Serbia	275

IV PAPERS ON THE CONFERENCE TOPIC

Dr. Brigitte Bierlein , Vice-President of the Constitutional Court of Austria <i>Constitutional Justice – Position and Perspective</i>	281
---	-----

Dr. Valery Zorkin , President of the Constitutional Court of the Russian Federation <i>Constitutional Justice of Countries of the New Democracy: Challenges and Prospects</i>	285
Prof. Dr. Olivera Vučić , Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia Prof. Dr. Dragan M. Stojanović , Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia <i>European Model of Constitutional Justice – Its Existence and Perspective</i> .	307
Prof. Dr. Péter Paczolay , President of the Constitutional Court of Hungary, Honorary President of the Venice Commission <i>New Trends in the Functioning of Constitutional Courts in Europe - the Role of Legal Tradition and Continuity in Constitutional Interpretation</i> . .	321
Valerija Galić , President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina <i>Position and Perspective of Constitutional Justice</i>	327
Branko Naumoski , President of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia <i>The Function and Perspective of Constitutional Justice</i>	337
Dr. Bosa M. Nenadić , Judge of the Constitutional Court of Serbia <i>On Constitutional Review of Judicial Power (General Overview)</i>	343
Prof. Dr. Volodya Hovhannisyan , Vice-President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia <i>The Issue of the Legal Power of International Law Acts Applied in Constitutional Justice</i>	365
Prof. Dr. Jan Filip , Judge of the Constitutional Court of the Czech Republic <i>Position and Perspective of Constitutional Justice and the Influence of Constitutional Justice of the Former Yugoslavia in the Czech Republic</i> . .	371

Prof. Dr. Milan Marković , President of the Constitutional Court of Montenegro <i>The Position and Perspective of Constitutional Justice</i>	391
Natalia Shaptala , Judge of the Constitutional Court of Ukraine <i>Topical Issues of the Activities of the Constitutional Court of Ukraine in the Current Context</i>	403
Prof. Dr. Toma Birmontienė , Judge of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania <i>The Challenges Faced by the Constitutional Court of Lithuania during the Global Economic Crisis</i>	419
Prof. Dr. Krassen Stoichev , Judge of the Constitutional Court of Bulgaria <i>Jurisdiction and Constitutional Review in the Republic of Bulgaria</i>	445
Dr. Kata Senjak , President of the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina <i>Comparative Analysis of the Legal Basis for the Jurisdiction of the Constitutional Courts in Bosnia and Herzegovina</i>	451
Prof. Dr. Dragoljub Popović , Judge of the European Court of Human Rights <i>Restitution in European Human Rights Law</i>	461
Dr. Milan Lalík , Vice-President of the Constitutional Court of the Slovak Republic <i>Position and Prospects of Constitutional Justice in the Slovak Republic</i> . . .	477

V

INSTEAD OF A CONCLUSION

Prof. Dr. Marija Draškić , Vice-President of the Constitutional Court of the Republic of Serbia (2011–2014) <i>Concluding Remarks</i>	487
---	-----

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

342.565.2(497.11)"1963/2013"(082)
342.565.2(082)

ПОЛОЖАЈ и перспектива уставног судства : Република
Србија, Уставни суд [1963-2013] / [приредили Агнеш Картаг
Одри ... и др.]. - Београд : Уставни суд Републике Србије :
Службени гласник, 2014 (Београд : Гласник). - 495 стр. ; 24 cm

На спор. насл. стр: The Position and Perspective of Constitutional
Justice. - Текст ћир. и лат. - Текст упоредо на срп. и енгл. језику. -
Тираж 400. - Напомене и библиографске референце уз текст.

ISBN 978-86-519-1887-5 (SG)

1. Stv. nasl. na upor. nasl. str.

а) Уставни суд Србије (Београд) - 1963-2013 - Зборници

б) Уставно судство - Зборници

COBISS.SR-ID 211903244