Универзитет у Београду
Правни факултет

Ђорђе Д. Марковић

ПРИРОДА УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ

докторска дисертација

Београд, 2023.

University of Belgrade

Faculty of Law

Đorđe D. Marković

THE NATURE OF JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONALITY

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2023

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

Ментор:

др Владан Петров

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

др Владан Петров

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Танасије Маринковић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Тамаш Корхец

редовни професор Факултета за правне и пословне студије „Др Лазар Вркатић“ у Новом Саду Универзитета УНИОН

Датум одбране:

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Наслов: ПРИРОДА УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ

Сажетак: На примерима трију држава, САД, Немачке и Француске, у раду је учињен покушај да се из новог угла осветли природа уставносудске функције. Аутор то чини из неколико различитих перспектива. Најпре је дат кратак историјски осврт на појаву и еволуцију институција које у поменутим државама врше ову функцију (Врховни суд, Савезни уставни суд и Уставни савет). Потом је анализиран њихов положај у релевантним важећим прописима у контексту начин избора, делокруга послова и начина њиховог одлучивања. Нормативна анализа је допуњена оценом деловања самих институција којима је уставносудска функција поверена, посебно када је реч о одређивању опсега и мерила за вршење њихових надлежности, као и стварању и прецизирању дејства њихових одлука. Значајан део рада заузима приказ сложених односа који постоји између чувара устава и других уставних и политичких актера, као што су уставотворац, законодавац, егзекутива и судови. Коначно, завршни део рада је теоријске природе. Он садржи целину која се тиче теорија о државним функцијама, као и део посвећен сагледавању различитих схватања о природи и улози уставног судства, с нагласком на новија гледишта која се труде да проблему приступе синергијски, интегришући супротстављене ставове са налазима новије правне и политичке доктрине.

Упоредна анализа ових, на први поглед, веома различитих система, помогла је аутору да дође до вредних закључака о суштини уставносудске функције. Иако су немале разлике присутне, пракса анализираних институција (пре свега контрола уставности општих аката – нормативна контрола), показала је висок ниво сличности. Аутор тежи да покаже да, иако заогрнута у различиту форму, уставносудска делатност има јединствен скуп карактеристика, без обзира на (уставно)правни систем којем припада, а да је с теоријско-правног аспекта њена основа судска, са значајним политичким елементима.

Кључне речи: Судска контрола уставности. – Нормативна контрола. – Уставни судови. – Државне функције. – Врховни суд САД. – Савезни уставни суд. – Уставни савет. – САД. – Немачка. – Француска.

Научна област: Право.

Ужа научна област: Уставноправна.

INFORMATION REGARDING THE DOCTORAL DISSERTATION

Title: THE NATURE OF JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONALITY

Abstract: At the examples of three countries, the United States, Germany and France, an attempt was made to cast light at the nature of judicial review of constitutionality. The author does it from several different perspectives. The dissertation begins with a brief historical overview of the creation and evolution of institutions, which perform this function (Supreme Court, Federal Constitutional Court and Constitutional Council), and then analyzed their position in the relevant regulations in the context of the election method, scope of thier jurisdictions and the scope of ways of their own decision-making. The normative analysis is supplemented by the evaluation of the activities of the institutions that the constitutional review is entrusted, especially when it comes to determining the scope and measures to perform entrusted competencies, creating and specifying the effects of their decisions. Significant part of the work occupies a presentation of complex relationships, which exists between the guardinas of the constitution and other constitutional and political actors, such as the constituent, legislator, executive and courts. Finally, the final part of the paper is the theoretical nature. It contains a whole for theory of the state functions, as well as part of considering different understandings about the nature and role of the constitutional judiciary, with an emphasis on the newer views that try to access synergistic, integrating opposing courts with findings newer legal and political doctrines.

Comparative analysis of these, at first glance, very different systems, helped the author to reach valuable conclusions about the essence of the constitutional court function. Although they have no differences present, the practice of analyzed institutions (above all normative control) showed a high level of similarity. The author tends to show that, although bound in different form, the constitutional complexity has a unique set of characteristics, regardless of constitutional and legal system, and that from the theoretical and legal aspect, its basis, but with extremely significant political elements.

Key words: Judicial review of constitutionality. – Normative control. – Constitutional courts. – Branches of government. – Supreme Court of the United States. – Federal Constitutional Court. – Constitutional Council. – USA. – Germany. – France.

Scientific field: Law.

Scientific subfield: Constitutional Law.

САДРЖАЈ САЖЕТИ

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ i
ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ ii
INFORMATION REGARDING THE DOCTORAL DISSERTATION iii
САДРЖАЈ САЖЕТИ iv
САДРЖАЈ vi
СПИСАК НАЈВАЖНИЈИХ СКРАЋЕНИЦА xi
I УВОД 1
II ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ 6
II 1. ЗАЧЕЦИ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ: ОД ПРАПОЧЕТАКА ДО 1803. 6
II 2. РАЗВОЈ И ПОСТЕПЕНО ШИРЕЊЕ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ: ПЕРИОД ОД 1803. ДО ПРВОГ СВЕТСКОГ РАТА 10
II 3. НАСТАНАК УСТАВНИХ СУДОВА: ОД ПРВОГ СВЕТСКОГ РАТА ДО ПОЧЕТКА СЕДАМДЕСЕТИХ ГОДИНА XX ВЕКА 13
II 4. „ПРОЦВАТ“ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ: ОД СЕДАМДЕСЕТИХ ГОДИНА XX ВЕКА ДО ДАНАС 18
II 5. ЗАКЉУЧАК ДРУГОГ ДЕЛА: ЕВОЛУТИВНИ РАЗВОЈ ЧУВАРА УСТАВА 22
III ЧУВАРИ УСТАВА У САВРЕМЕНИМ УСТАВНИМ СИСТЕМИМА 23
III 1. СТРУКТУРА УСТАВА И (НЕ)ЖЕЉЕНА ПОРУКА УСТАВОТВОРЦА 23
III 2. САСТАВ ЧУВАРА УСТАВА 30
III 3. О НАДЛЕЖНОСТИ ЧУВАРА УСТАВА 50
III 4. ПОСТУПАК ПРЕД ЧУВАРИМА УСТАВА 90
III 5. ОДЛУКЕ ЧУВАРА УСТАВА 108
III 6. ЗАКЉУЧАК ТРЕЋЕГ ДЕЛА: (ГОТОВО) НЕОГРАНИЧНА МОЋ КОЈА ЧЕКА АКТИВАЦИЈУ 131
IV ОДНОС ЧУВАРА УСТАВА ПРЕМА ДРУГИМ АКТЕРИМА 134
IV 1. ОДНОС ПРЕМА УСТАВОТВОРЦУ 134
IV 2. ОДНОС ПРЕМА ЗАКОНОДАВЦУ 151
IV 3. ОДНОС ПРЕМА ЕГЗЕКУТИВИ 173
IV 4. ОДНОС ПРЕМА СУДСТВУ 187
IV 5. ЗАКЉУЧАК ЧЕТВРТОГ ДЕЛА: КОУСТАВОТВОРАЦ У НАСТАЈАЊУ ЧИЈИ ЈЕ ГЛАВНИ „ТАКМАЦ“ ЕГЗЕКУТИВА 202
V ПРИЛОГ ТЕОРИЈИ О УСТАВНОСУДСКОЈ ФУНКЦИЈИ 204
V 1. ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВНИМ ФУНКЦИЈАМА (ВЛАСТИМА) 204
V 2. ОДРЕЂЕЊЕ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ 221

V 3. ЗАКЉУЧАК ПЕТОГ ДЕЛА: УСТАВНОСУДСКА ФУНКЦИЈА КАО ДЕО СУДСКЕ ВЛАСТИ КОЈА НЕПОСРЕДНО ПРИМЕЊУЈЕ УСТАВ 248
VI ЗАКЉУЧАК 250
ЛИТЕРАТУРА 255
БИОГРАФИЈА 270
ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ 271
ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКОГ РАДА 272
ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ 273

САДРЖАЈ

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ i
ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ ii
INFORMATION REGARDING THE DOCTORAL DISSERTATION iii
САДРЖАЈ САЖЕТИ iv
САДРЖАЈ vi
СПИСАК НАЈВАЖНИЈИХ СКРАЋЕНИЦА xi
I УВОД 1
II ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ 6
II 1. ЗАЧЕЦИ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ: ОД ПРАПОЧЕТАКА ДО 1803. 6
II 2. РАЗВОЈ И ПОСТЕПЕНО ШИРЕЊЕ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ: ПЕРИОД ОД 1803. ДО ПРВОГ СВЕТСКОГ РАТА 10
II 3. НАСТАНАК УСТАВНИХ СУДОВА: ОД ПРВОГ СВЕТСКОГ РАТА ДО ПОЧЕТКА СЕДАМДЕСЕТИХ ГОДИНА XX ВЕКА 13
II 4. „ПРОЦВАТ“ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ: ОД СЕДАМДЕСЕТИХ ГОДИНА XX ВЕКА ДО ДАНАС 18
II 5. ЗАКЉУЧАК ДРУГОГ ДЕЛА: ЕВОЛУТИВНИ РАЗВОЈ ЧУВАРА УСТАВА 22
III ЧУВАРИ УСТАВА У САВРЕМЕНИМ УСТАВНИМ СИСТЕМИМА 23
III 1. СТРУКТУРА УСТАВА И (НЕ)ЖЕЉЕНА ПОРУКА УСТАВОТВОРЦА 23
III 1. 1. САД 23
III 1. 2. Немачка 25
III 1. 3. Француска 27
III 1. 4. Уместо закључка: „Ово није оно што смо имали на уму.“ 29
III 2. САСТАВ ЧУВАРА УСТАВА 30
III 2. 1. Поступак избора 30
III 2. 1. 1. САД 30
III 2. 1. 2. Немачка 35
III 2. 1. 3. Француска 38
III 2. 2. Услови за избор 39
III 2. 2. 1. САД 40
III 2. 2. 2. Немачка 42
III 2. 2. 3. Француска 43
III 2. 3. Трајање и престанак мандата 46
III 2. 3. 1. САД 46

III 2. 3. 2. Немачка 48
III 2. 3. 3. Француска 48
III 2. 4. Уместо закључка: стручност и политичко-идеолошка „обојеност“ чувара устава 49
III 3. О НАДЛЕЖНОСТИ ЧУВАРА УСТАВА 50
III 3. 1. О надлежности уопште 50
III 3. 1. 1. САД 53
III 3. 1. 2. Немачка 54
III 3. 1. 3. Француска 58
III 3. 2. Конкретна контрола 61
III 3. 2. 1. Конкретна контрола: Покретање поступка 61
III 3. 2. 1. 1. САД 61
III 3. 2. 1. 2. Немачка 64
III 3. 2. 1. 3. Француска 66
III 3. 2. 2. Конкретна контрола: Предмет контроле 67
III 3. 2. 2. 1. САД 67
III 3. 2. 2. 2. Немачка 68
III 3. 2. 2. 3. Француска 69
III 3. 2. 3. Конкретна контрола: Моменат контроле 70
III 3. 2. 3. 1. САД 70
III 3. 2. 3. 2. Немачка 70
III 3. 2. 3. 3. Француска 71
III 3. 2. 4. Конкретна контрола: Мерило контроле 72
III 3. 2. 4. 1. САД 72
III 3. 2. 4. 2. Немачка 73
III 3. 2. 4. 3. Француска 74
III 3. 3. Апстрактна контрола 75
III 3. 3. 1. Апстрактна контрола: Покретање поступка 75
III 3. 3. 1. 1. САД 75
III 3. 3. 1. 2. Немачка 76
III 3. 3. 1. 3. Француска 77
III 3. 3. 2. Апстрактна контрола: Предмет контроле 78
III 3. 3. 2. 1. САД 78
III 3. 3. 2. 2. Немачка 79
III 3. 3. 2. 3. Француска 80

III 3. 3. 3. Апстрактна контрола: Моменат контроле 81
III 3. 3. 3. 1. САД 81
III 3. 3. 3. 2. Немачка 82
III 3. 3. 3. 3. Француска 83
III 3. 3. 4. Апстрактна контрола: Мерило контроле 84
III 3. 3. 4. 1. САД 84
III 3. 3. 4. 2. Немачка 85
III 3. 3. 4. 3. Француска 87
III 3. 4. Уместо закључка: (не)предвиђена слобода деловања – апстрактна конкретност 90
III 4. ПОСТУПАК ПРЕД ЧУВАРИМА УСТАВА 90
III 4. 1. Поступак у конкретној контроли 91
III 4. 1. 1. САД 91
III 4. 1. 2. Немачка 95
III 4. 1. 3. Француска 97
III 4. 2. Поступак у апстрактној контроли 100
III 4. 2. 1. САД 100
III 4. 2. 2. Немачка 100
III 4. 2. 3. Француска 103
III 4. 3. Закључна разматрања: уставносудски поступак као „најсудскији“ елемент чувара устава 107
III 5. ОДЛУКЕ ЧУВАРА УСТАВА 108
III 5. 1. Врсте одлука 108
III 5. 1. 1. Одлуке о уставности 109
III 5. 1. 1. 1. Одлуке о простој (чистој) усклађености 109
III 5. 1. 1. 2. Одлуке о условној усклађености (интерпретативне одлуке) 110
III 5. 1. 1. 2. 1. Конструктивне интерпретативне одлуке 113
III 5. 1. 1. 2. 2. Упућујуће интерпретативне одлуке 114
III 5. 1. 1. 2. 3. Неутрализујуће интерпретативне одлуке 116
III 5. 1. 2. „Виртуелна“ цензура – одлуке о неуставности без поништавања 117
III 5. 1. 3. Одлуке о неуставности 119
III 5. 1. 3. 1. Одлуке о потпуној неуставности (неуставност закона као целине) 119
III 5. 1. 3. 2. Одлуке о делимичној неуставности 121
III 5. 1. 3. 3. „Временска“ неуставност 122
III 5. 2. Дејство одлука 123

III 5. 2. 1. Француска 123
III 5. 2. 2. Немачка 127
III 5. 2. 3. САД 129
III 5. 3. Уместо закључка: одлуке чувара устава као средство за вршење козаконодавства 130
III 6. ЗАКЉУЧАК ТРЕЋЕГ ДЕЛА: (ГОТОВО) НЕОГРАНИЧНА МОЋ КОЈА ЧЕКА АКТИВАЦИЈУ 131
IV ОДНОС ЧУВАРА УСТАВА ПРЕМА ДРУГИМ АКТЕРИМА 134
IV 1. ОДНОС ПРЕМА УСТАВОТВОРЦУ 134
IV 1. 1. Контрола уставности уставних амандмана (уставних промена) 137
IV 1. 1. 1. Контрола уставности уставних амандмана у САД 139
IV 1. 1. 2. Контрола уставности уставних промена у Немачкој 142
IV 1. 1. 3. Контрола уставности уставних промена у Француској 144
IV 1. 2. Уставотворац *vs* чувар устава 146
IV 1. 2. 1. Уставотворац vs чувар устава у САД 146
IV 1. 2. 2. Уставотворац vs чувар устава у Немачкој 148
IV 1. 2. 3. Уставотворац vs чувар устава у Француској 149
IV 1. 3. Уместо закључка: рађање нових коуставотвораца 151
IV 2. ОДНОС ПРЕМА ЗАКОНОДАВЦУ 151
IV 2. 1. Парламентаризација чувара устава: самоограничење и креативно деловање 152
IV 2. 1. 1. САД 153
IV 2. 1. 2. Немачка 155
IV 2. 1. 3. Француска 157
IV 2. 2. Јудикализација парламента: аутолимитација и корективна ревизија 160
IV 2. 2. 1. САД 162
IV 2. 2. 2. Немачка 167
IV 2. 2. 3. Француска 171
IV 2. 3. Уместо закључка: „од мржње до љубави“ – партнерски однос чувара устава и парламента 172
IV 3. ОДНОС ПРЕМА ЕГЗЕКУТИВИ 173
IV 3. 1. САД 173
IV 3. 2. Немачка 177
IV 3. 3. Француска 182
IV 3. 4. Уместо закључка: обуздавање Левијатана – егзекутива као главни „ривал“ чувара устава (и обрнуто) 185

IV 4. ОДНОС ПРЕМА СУДСТВУ 187
IV 4. 1. САД 187
IV 4. 2. Немачка 192
IV 4. 3. Француска 196
IV 4. 4. Уместо закључка: судови и чувари устава као невољни партнери 201
IV 5. ЗАКЉУЧАК ЧЕТВРТОГ ДЕЛА: КОУСТАВОТВОРАЦ У НАСТАЈАЊУ ЧИЈИ ЈЕ ГЛАВНИ „ТАКМАЦ“ ЕГЗЕКУТИВА 202
V ПРИЛОГ ТЕОРИЈИ О УСТАВНОСУДСКОЈ ФУНКЦИЈИ 204
V 1. ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВНИМ ФУНКЦИЈАМА (ВЛАСТИМА) 204
V 1. 1. Теорије о две функције (дуалистичке) 204
V 1. 2. Теорије о три функције (тријалистичке) 206
V 1. 3. Теорије о четири функције (квадријалистичке) 211
V 1. 4. Теорије о пет и више функција 218
V 1. 5. Уместо закључка: наглашавање разлике између установљавајуће и установљених власти, ограничавање броја установљених власти 220
V 2. ОДРЕЂЕЊЕ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ 221
V 2. 1. Ко треба да цени уставност: зачеци 222
V 2. 2. Ко треба да цени уставност: расправа Келзен – Шмит 224
V 2. 3. Правни (судски) карактер чувара устава 228
V 2. 4. Политички карактер чувара устава 235
V 2. 5. „Шмителзенов суд“ 241
V 2. 6. Уместо закључка: без политике не може, без права не сме – и Шмитов и Келзенов суд 247
V 3. ЗАКЉУЧАК ПЕТОГ ДЕЛА: УСТАВНОСУДСКА ФУНКЦИЈА КАО ДЕО СУДСКЕ ВЛАСТИ КОЈА НЕПОСРЕДНО ПРИМЕЊУЈЕ УСТАВ 248
VI ЗАКЉУЧАК 250
ЛИТЕРАТУРА 255
БИОГРАФИЈА 270
ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ 271
ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКОГ РАДА 272
ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ 273

СПИСАК НАЈВАЖНИЈИХ СКРАЋЕНИЦА

ЕКЉП – Европска конвенција о људским правима

ЕСЉП – Европски суд за људска права

ЕСП – Европски суд правде

ЕУ – Европска унија

ЗоСУС – Закон о Савезном уставном суду

ОЗ – Основни закон (Немачка)

ППУ – Приоритетно питање уставности

САД – Сједињене Америчке Државе

СУС – Савезни уставни суд (Немачка)

УС – Уставни савет (Француска)

I УВОД

На постављено питање – *о чему пишете*, одговарали бисмо навођењем наслова нашег рада. Пошто би обично уследио упитан поглед, додали бисмо: *шта је уставни суд*. Ни то не би много помогло. Зашто би неко писао о нечему што делује поприлично очигледно – то је суд који има неке везе с уставом. Разумевање одређене појаве, превасходно зависи од наше представе о њој, јер наизглед једноставне ствари, често крију читав засебни универзум. Када бисмо нашем читаоцу поставили питање шта је љубав, вероватно бисмо подстакли вишесатну дискусију о овој теми, о којој сви мислимо да смо довољно компетентни да износимо судове. Али и када бисмо само покушали да одредимо на коју љубав мислимо (родитељску, родбинску, партнерску, према Богу, према послу, родној земљи итд.) и како бисмо је описали, отиснули бисмо се на дуго путовање, на којем бисмо се сусрели са многим изазовима. Том приликом уочили бисмо многе погрешне представе о љубави.[1] На сличан начин, формирају се (погрешне) представе и о правним институтима. Када је реч о уставносудској функцији, најчешћа су три поједностављена приступа: први, истиче се да је једноставно реч о суду, па самим тим и вршењу судске функције; други, (пре)наглашава се политички карактер чувара устава, па се они називају четвртом влашћу/функцијом; и трећи, који прихвата особеност ових институција и њихову мешовиту природу, али без прецизног одређења, чувари устава се сврставају под категорију органа *sui generis*. Циљ овог рада је да покушамо да укажемо на постојеће странпутице и да понудимо наше виђење суштине ове државне функције.

Уставносудска функција је англосаксонска творевина. Као и енглески устав, она је настала праксом. Нећемо погрешити ако кажемо да су и уставност и судска контрола уставности настали у Енглеској, иако она ни данас формално нема устав, а ни контролу уставности (мада се креће ка томе).[2] Сједињене Америчке Државе, као културни и правни изданак Енглеске (Британије), имају устав у формалном смислу, али контрола уставности у њему нигде није експлицитно прокламована, дакле ни она, попут енглеског устава „није теоријска творевина“, већ практична.[3] С друге стране, уставни суд као специјализовани орган за вршење контроле уставности јесте теоријски продукт европске правне мисли, пре свега Ханса Келзена (*Hans Kelsen*). Опет је енглеска уставна и политичка пракса послужила као инспирација Монтескјеу (*Montesquieu*) приликом теоријског формулисања његовог учења о државним функцијама. Због тога и данас, још увек, улажемо велике интелектуалне напоре да опишемо судску контролу уставности, која, као и већина англосаксонских института, не дозвољава да лако буде укалупљена и положена на одговарајућу теоријско-правну „витрину“. Као парадокс, или као одлична илустрација, може да нам послужи пример британске институције лорда канцелара (*Lord Chancellor*). Овај инокосни орган до недавно се налазио на челу судске власти, обављао је улогу министра правде, председавао седницама Дома лордова, као и седницама Апелационог одбора Дома лордова и Правосудним одбором

[1] Zoran Milivojević, *Formule ljubavi*, Psihopolis, Novi Sad, 2016, str. 17–22.

[2] Успостављање Врховног суда, усвајање Акта о људским правима и све чешћа употреба „декларације о инкомпатибилности“, су кораци ка томе. Видети више: Владан Петров, Ђорђе Марковић, „Врховни суд у Уставу Уједињеног Краљевства“, Зборник радова: *Национално и међународно право - актуелна питања и теме*, Том 2, ур. О. Јовић Прлаиновић, Кварк, Краљево 2017, стр. 191–208.

[3] Владан Петров, *Енглески устав*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, стр. 15.

Тајног савета.[4] Све те функције биле су у рукама једног човека, у држави која се узима као пример успешно ограничене (и подељене) власти.

На самом почетку, потребно је да укажемо на тачан предмет дисертације и пружимо неколико терминолошких напомена. У овом раду бавићемо се првенствено контролом уставности општих аката (нормативна контрола), на првом месту усклађености закона са уставом, јер је сматрамо за *conditio sine qua non* уставносудске функције. Због особености и значаја уставне жалбе у Немачкој, дотаћи ћемо се и овог института. Просторно и институционално, наше истраживање смо ограничили на три државе, односно три органа: САД и Врховни суд (као најважнији суд међу свим судовима који врше судску контролу уставности у САД), Немачку и Савезни уставни суд, и на послетку Француску и њен Уставни савет. САД смо одабрали као суштински прво и право извориште уставносудске функције, Немачку као државу која представља најрепрезентативнији модел за ефикасно организован и делотворан уставни суд, и коначно Француску, која поседује орган под називом „савет", који супротно називу, како то воле да истакну француски аутори – никога не саветује, већ доноси општеобавезујуће одлуке. Неко можда може да приговори да смо по страни оставили бројне државе које такође успешно развијају контролу уставности. Сматрали смо да су амерички и немачки пример довољно репрезентативни за сагледавање оба уставносудска света (децентрализованог и централизованог), а да ће француски послужити да својом особеношћу појача, и из другачијег угла осветли, оно што постоји у другим двема државама.

Када је реч о називу делатности коју чувари устава врше, у САД се за контролу уставности закона користи израз *constititutional review*, за разлику од *judicial review* под којом се подразумева контрола „административне делатности". Као синоним, претежно на европском тлу, користи се синтагма *judicial control of constitutionality*.[5] На немачком тлу се користи израз *Verfassungsgerichtsbarkeit,* а у Француској *contrôle de constitutionnalité*, али и *contentieux constitutionnel* у једном ширем смислу. За именовање делатности поменутих органа користили смо изразе уставносудска функција и (судска) контрола уставности, а за уопштено означавање институција које је врше, најчешће смо посезали за синтагмама чувар(и) устав(а), уставносудство или уставни судови, као синонимима. Органе судске власти називали смо једноставно судови, а само изузетно смо додавали атрибуте „обични" или „редовни", углавном када је било неопходно да се истакне разлика у односу на уставне судове, односно када смо парафразирали или цитирали друге ауторе.

Проучавање сложене, правно-политичке природе уставносудске функције изискује употребу више различитих метода. На првом месту свакако је правни, али одмах до њега се налази и политиколошки метод. Нашим истраживањем, поред поменута два, доминира и упоредни метод, потпомогнут историјским. Од како је током двадесетог века почело ширење уставносудске функције, посебно на европском тлу, оснивањем специјализованих органа који ће је вршити, чини се да је у континенталном правном кругу, расправа о њеној природи била утихнула. После дискусије на релацији Келзен–Шмит и позитивних примера које су својом праксом ширили Уставни суд Аустрије и Савезни уставни суд Немачке, током друге половине двадесетог века непрестано се повећавао број држава које су уводиле ову нову функцију. Ту експанзију је пратила углавном позитивна мисао о неопходности институције која ће допринети стабилизовању демократског поретка, посебно у тзв. транзиционим друштвима, али без

[4] *Ibid.*, стр. 177-178.
[5] Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2014, str. 40.

претераног задирања у питање њеног карактера и положаја у систему тродеобе власти. Фокус је углавном био и остао, на делокругу послова, начину избора, стварању и очувању њеног независног положаја, начину одлучивања и сл. Као последица, данас је у већини европских држава, а у значајном броју и светских, присутно постојање засебне институције, док је у већини преосталих, функција контроле уставности по правилу поверена свим редовним судовима или само оним највишим (као што је случај на Кипру, Мексику, Индији, итд.). Због тога, иако се у САД уставносудска функција врши више од два, а у посматраним европским државама, више од пола века, сагласности о томе шта је у бити њене делатности још увек нема.

Такође, да би се дошло до што прецизнијег одговора на постављено питање, потребно је да се изврши преиспитивање и теорија о државним функцијама. Чињеница је да је са ширењем уставносудске функције и јачањем угледа и значаја уставних чувара, дошло и до поремећаја у равнотежи (макар теоријској, ако је икада практично и била у потпуности успостављена) између државних власти. Ово је веома важно, јер то може да услови ревизију начела о тродеоби власти, које је заједно са начелом правне државе (владавине права), уставноправни темељ већине држава, чији се правни пореци ослањају на западну правну традицију.

Иако неспорно занимљива, овој теми би се могла упутити и критика њене претеране доктринарности, једног својеврсног научног „ларпурлартизма“. Ипак, пажљивим посматрањем, уочавају се конкретне последице које теоријски налази имају на праксу органа којима је ова функција поверена. Када упознамо њену природу, лакше је пронаћи одговоре на то какав и колики степен утицаја чувари устава треба да имају, и на који начин треба да обављају свој посао (да ли њихове седнице треба да буду јавне или тајне, да ли и колики степен активизма је пожељно да преузимају, које параметре, могу и смеју да користе у свом одлучивању и сл.). Такође, лакше би се одредила правила за избор њихових чланова, као и прописивање квалификација које треба да поседују. Дакле, питање природе уставносудске функције далеко превазилази оквире једне чисто академске расправе. Оно има суштински практични значај за начин деловања институције којој је она поверена. И више од тога. Уколико би се дошло до једног конзистентног става о њеном карактеру, он би служио као недвосмислени оријентир онима који је врше, како би у потпуности били свесни значаја и одговорности своје улоге у савременој држави.

Литература која се бави контролом уставности уопште, веома је богата. Међутим, када је реч конкретно о нашој теми, ситуација је у многоме другачија. Чак и монографије или радови чији наслови обећавају много, више се баве описом институционалних механизама путем којих чувари устава одлучују, него што истински дају одговор на питање каква је то природа уставносудске функције. Као сликовит пример такве праксе може да послужи књига америчког аутора Хола (*M. E. K. Hall – The Nature of Supreme Court Power*). Ипак, постоје аутори који су протеклих деценија учинили значајан квалитативан искорак. На првом месту реч је о Алеку Стоуну Свиту (*Alec Stone Sweet*) и његовом делу *Governing with Judges*. Међутим, нама се чини да су два његова рада неправедно скрајнута, а да и те како завређују пажњу. Реч је о одличној монографији *The Birth of Judicial Politics in France* и чланку *Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why It May Not Matter*. Такође, треба поменути капитална дела *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (D. Kommers, Miller R.)* и *Droit du contentieux constitutionnel (D. Rousseau et. al)*. Коначно, одличне теоријске расправе доносе О. Бо (*O. Beaud*) у добро познатој *Држави и њеној власти (La puissance de l'État)*, али и Рознаи (*Y. Roznai*) у *Unconstitutional Constitutional Amendments*.

Када је реч о нашој уставноправној науци, чини се да су све дилеме везане за уставносудску функцију развејане онога тренутка када је давне 1963. године, институција уставног суда уведена у уставни систем тадашње Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. После Крбековог *Уставног судовања*, Стојановићеве *Судске контроле уставности* (оба дела из 1960. године) и Мијановиће *Контроле уставности закона* (1965.), на нашем језику релативно дуго није било студије која би се искључиво бавила овим питањем. Континуирано су се појављивали радови који се тичу материје уставног судства, али тема њене природе је углавном била обрађивана секундарно и парцијално. Од новијих и систематичнијих радова свакако треба издвојити дела К. Чавошког, Р. Марковића, В. Чок, О. Вучић, Д. Стојановића, Б. Ненадић, М. Станковића, С. Орловића и других.

Коначно, може да се јави дилема о значају овакве теме за развој уставног права и уставног судства у Србији. Иако је историјски посматрано, Уставни суд Србије једна од најстаријих институција такве врсте на Старом континенту, он се у нашем правном и политичком систему још увек није у потпуности изборио за своје место. Данашњи Уставни суд, настао под утицајем немачког (надлежности) и италијанског модела (избор), недвосмислено припада породици европских уставних судова. Као такав, сви закључци до којих будемо дошли у овом раду, тицаће се и њега. Надамо се да ће то допринети његовој активнијој и одлучнијој улози у изградњи Србије као модерне демократске државе, заснованој на владавини права и људским правима.

Спроведено истраживање заснива се на седам научних хипотеза, од којих се прва издваја као главна, док су остале помоћне хипотезе.

Основном хипотезом тврди се да уставносудска функција не може да се поистовети ни са једном од постојеће три државне функције.

Друга хипотеза гласи да „припремни радови", садржина и распоред материје у уставима посматраних земаља, представљају извор сазнања о намерама и односу уставотвораца према природи уставносудске функције.

Трећа хипотеза гласи да хетерогеност правних режима и особеност институција које обављају уставносудску функцију не утичу на њену суштину, под условом да је реч о истинским системима поделе власти и владавине права.

Четврта хипотеза полази од тога да је основа уставносудске функције судска.

Пета хипотеза наглаша да начин настанка и састав органа који врше уставносудску функцију, као и велики број различитих врста одлука које они доносе, представљају основу за постојање специфичног легитимитета уставносудских органа.

Шеста хипотеза полази од тврдње да је тежиште деловања органа који врше уставносудску функцију усмерено ка егзекутиви, а не ка парламенту.

Седма хипотеза гласи да савремене теорије о државним функцијама морају да уваже реалност постојања уставносудске функције.

Поред увода (I део) и закључка (VI део), наш рад има четири велике целине. На самом почетку налази се историјат развоја уставносудске функције (II део). Централни део рада заузима анализа пет значајних питања за поимање контроле уставности: однос уставотворца према чувару устава кроз призму његовог уставног положаја, начин избора чланова уставносудских органа, делокруг и услови за обављање поверених надлежности, уставносудски поступак, врсте и дејство одлука као крајњи резултат његовог деловања (III део). У четвртом делу (IV део) пажња је посвећена међуинституционалним односима чувара устава с другим уставним актерима, на првом

месту с уставотворцем и законодавцем, али и с егзекутивом (владом и/или шефом државе) и судством. Коначно, последња целина (V део) је посвећена теоријским разматрањима природе уставносудске функције. У њој је дата анализа места којег контрола уставности заузима унутар теорија о државним функцијама, и коначно, одређење њеног карактера.

II ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ

Развој светске уставности одвијао се постепено, у више етапа, односно циклуса.[6] Уставносудска функција је углавном пратила овај процес, растући и добијајући данашњу физиономију. У зависности од аутора и географског простора који се разматра, постоје и различите хронолошке поделе еволуције уставног судства.[7] За потребе нашег истраживања, чинило нам се најподесније да историјат уставносудске функције поделимо на четири велика периода, односно епохе: први, од најранијих времена до одлуке Врховног суда САД у случају *Marbury v Madison*; други, од поменуте одлуке до Првог светског рата; трећи, од 1919. године до седамдесетих година XX века[8] и коначно, наступа четврти период до данашњих дана. Током првог периода дошло је до развоја идеје и првих рудиментарних облика контроле уставности, који су временом добијали све пунији облик, да би резултирали проглашењем неуставности савезног закона у САД. Потом је уследио развој и постепено ширење тзв. америчког модела контроле. Крај Првог светског рата донео је рађање посебног органа који је задужен за њено вршење и развитак неколико узоритих чувара устава на европском тлу, те појаве немачког и француског модела контроле уставности. Коначно, последње деценије XX и почетак XXI века, доносе снажну експанзију уставносудске функције у читавом низу држава. У овом кратком историјском осврту, детаљније ћемо се позабавити развојем судске контроле уставности у САД, Немачкој и Француској, док ћемо узгредно споменути институције у другим државама, које су се током времена истакле својом праксом или неком другом особеношћу.

II 1. ЗАЧЕЦИ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ: ОД ПРАПОЧЕТАКА ДО 1803.

Прапочетке контроле уставности, засноване на идеји о супериорности вишег закона у односу на нижи, налазимо још у античком и средњовековном периоду.[9] О томе детаљно пише француски правник Тисо (*Tusseau*).[10] Ипак, фокусираћемо се на Нови век и Енглеску, тј. на оно што поменути аутор назива „настанком судске контроле закона“, јер је из ње потекла клица онога што се појавило у САД.[11] Строго посматрано, Енглеска (данас Уједињено Краљевство) никада није имала судску контролу уставности закона, јер нема устав у формалном смислу, а нема ни уставом гарантована права и слободе грађана[12], али има развијену праксу контроле законитости аката извршне власти. Из ње проистиче судско тумачење закона које води ка „ономе што је

[6] Ратко Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд, 2015, стр. 59 и даље.

[7] Петров и Станковић се позивају на поделе које су направили француски аутори. Вид. више: Владан Петров, Марко Станковић, *Уставно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020, стр. 534-536.

[8] Ову временску одредницу користи Д. Русо (*D. Rousseau*). Наведено према: В. Петров, М. Станковић, стр. 535.

[9] Guillaume Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, LGDJ, 2021, стр. 43.

[10] *Ibid.*, стр. 39-103.

[11] *Ibid.*, стр. 89.

[12] Што се тиче овог другог предуслова, ствари су се релативизовале доношењем Закона о људским правима од 1998. године (почео да се примњује 2000.), који је у енглески (британски) систем увео Европску повељу о људским правима, као својеврсни устав у области људских права. Детаљније: В. Петров (2007), стр. 124–128.

Дајси називао судским законодавством“.[13] Израз „судско законодавство“ треба схватити у контексту места које у англосаксонском систему судска пресуда као извор права има, па не чуди што се она сматра основним извором права и што јој се даје примат.[14] За овакав положај судске одлуке се током векова борио и изборио судијски сталеж у Енглеској, који се сматра истинском влашћу у овој, али и другим земљама англосаксонског правног круга. У том смислу не треба да чуди изјава судије Коука (*Coke*), који је у случају *Dr. Bonham* из 1610. године, прогласио краљеву повељу ништавном, јер је била супротна *common law* начелима.[15] О „правом домашају“ овог Коуковог става мишљења су подељена. Постоје докази да су се енглеске судије барем наредних неколико деценија позивале на поменуту одлуку, а изгледа да се став да судови имају право да врше контролу не само извршних већ и законодавних аката, појављује у њиховим одлукама све до почетка америчке борбе за независност, „тако да су Американци имали могућност непосредног сазнања ове особене правне установе“.[16] Занимљиво је да оно чега није било у метрополи, постојало је у колонијама. Наиме, Британија је даровала својим северноамеричким колонијама повеље, које су вршиле функцију својеврсних писаних устава, јер су њима биле успостављене локалне скупштине, које су имале пренету и ограничену законодавну надлежност. Контролу усклађености аката које су ове скупштине доносиле с повељама, контролисали су судови у колонијама (као судови првог степена) и најпре Лордови за трговину и насеобине (*Lords of Trade and Plantations*), а потом Тајни савет (*Privy Council*), као другостепена инстанца. Чак и по данашњим критеријумима, Тајни савет је био респектабилна институција која је вршила уставносудску функцију, те је од 1696. до 1782. поништено 7% од укупног броја аката колонијалних скупштина поднетих на разматрање.[17]

Више новијих америчких студија показују да је пракса судске контроле уставности у другој половини 18. века на територији колонија које ће касније формирати САД, била „драматично чешћа“, него што се то до недавно мислило. У периоду непосредно пре доношења Устава САД и првим годинама његове примене, забележен је одређени број случајева у којима су судови савезних држава и федерални судови примењивали ову праксу. Она се може сврстати у неколико категорија: касирање закона који утичу на судске надлежности, касирање закона савезних држава од стране судова савезних држава или федералних судова, уколико су они у супротности с Уставом САД. Судови на америчком тлу су још тада имали „структурални приступ“ судској контроли.[18] Одлуку у случају *Rutgers v. Waddington* од 1784. године (коју је донео *Mayor's Court* града Њујорка) се међу америчким ауторима истиче као прецедент којим је успостављена основа за судску контролу уставности,

---

[13] *Ibid*., стр. 64.

[14] Драгољуб Поповић, *Увод у упоредно право*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2011, стр. 156.

[15] Он је том приликом изјавио: „да ће у многим случајевима *common law* контролисати акте парламента, а понекад пресудити да су потпуно ништавни; јер када је акт парламента противан општем праву (*common right*) и разуму или опречан, или се не може извршити, *common law* ће га контролисати и пресуђивати да је такав акт ништаван“. Kosta Čavoški, *Ustavnost i federalizam*, Savremena administracija, Beograd 1982, стр. 45.

[16] Иако је у самој Енглеској овакав њихов став био у сенци начела супрематије парламента, које је заживело од Славне револуције од 1688. године. *Ibid*., стр. 46.

[17] *Ibid*., стр. 48.

[18] У првим годинама примене Устава САД расте активност судова по овом питању, па је тако забележено 15 случајева у којима су судови савезних држава укидали њихове законе, а у седам случајева су то чинили окружни федерални судови (*circuit courts*). William Michael Treanor, “Judicial Review Before Marbury”, *Stanford Law Review* 58/2005, стр. 456, 560 и 561.

односно да је значајан као „пример судске контроле“ (*an example of 'judicial review'*).[19] После овог је уследило неколико важнијих одлука у случајевима који се могу сматрати потврдом вршења судске контроле уставности: *Symsbury's Case* од 1785. у држави Конектикат, случајеви који су се водили у држави Њу Хемпшир у периоду 1786–1787. познати под називом *Ten-Pound Act Cases*, случај *Trevett v. Weeden* од 1786. у Род Ајленду и *Bayard v. Singleton* од 1787. у Северној Каролини. Дакле судови у будућим савезним државама су утрли пут контроли уставности у САД, али се они нису бавили теоријским уобличавањем овог питања, него су „просто решавали спорове“.[20]

У прилог томе да је у САД постојала развијена свест о неопходности контроле уставности сведоче и следећи примери. К. Чавошки пише да су у Пенсилванији и Њујорку постојала специфична тела, која наликују на данашње уставне судове. Пенсилванија је у свом Уставу од 1776. године предвидела постојање Савета цензора (*Council of Censors*), а држава Њујорк је годину дана касније донела свој Устав који је познавао установу под називом Ревизиони савет (*Council of Revisors*). У Савет цензора улазила су по два представника сваког града и среза који су се бирали на мандат од седам година, а ово тело је између осталог могло да препоручи скупштини државе Пенсилваније да укине законе за које је сматрало да су неуставни. Ово је била и његова највећа слабост, пошто његове одлуке о неуставности нису биле обавезујуће, а с обзиром на састав, често је био под утицајем страначких размирица. Ревизиони савет су чинили гувернер, канцелар и судије Врховног суда државе Њујорк. Његова надлежност је била најближа суспензивном вету, мада у неким сегментима подсећа и на претходну контролу уставности која постоји у савременој Француској. Могао је да разматра све прописе оба дома њујоршког парламента, и да их са примедбама врати дому који их је донео, при чему су његове примедбе могле да буду прегласане двотрећинском већином у овим домовима. Од 128 закона на које је Ревизиони савет уложио примедбе, само је њих 17 поновно изгласано.[21] Приликом доношења Устава САД, држава Вирџинија је била предложила да се по угледу на овај њујоршки Савет, установи Ревизиони савет на нивоу САД, у који би улазиле судије Врховног суда и председник САД и који би имао сличне надлежности. Пошто је овај предлог одбијен, право суспензивног вета је поверено само савезном председнику.[22]

Када је 1787. усвојен Устав САД, остала је дилема, да ли он регулише питање судске контроле уставности, и шта су „очеви оснивачи“ заиста хтели. Аргументи за њено постојање у САД су неколики. Најпре, у различитим америчким истраживањима, истиче се да сâм Устав садржи прећутни основ[23] за њу. Реч је најпре о чл. 3 ст. 2 (посвећен надлежностима федералних судова), али и чл. 6 ст. 2 (тзв. *supremacy clause*, тиче се важења највиших правних аката), као и да читава „уставна структура са владом ограничених овлашћења“ (*government of limited powers*) омогућава да све три гране

[19] Професор Хофер (*Hoffer*) је посветио читаву књигу овом случају. Вид. Peter Charles Hoffer, *Rutgers v. Waddington – Alexander Hamilton, the End of the War for Independence, and the Origins of Judicial Review*, University Press of Kansas 2016, стр. 113.
[20] *Ibid*., стр. 114–116. Чавошки пише да је *Trevett v. Weeden* био најзначнији случај. К. Čavoški, стр. 50.
[21] К. Čavoški, стр. 51–52.
[22] *Ibid*., стр. 54.
[23] Код нас је о овоме писао Чавошки, који сматра да прећутни извор судске контроле уставности садрже чл. 3 ст. 2 и чл. 6 ст. 2 Устава САД. Такође, он истиче да су се Хамилтон и Медисон залагали за њу, иако се концепцијски у одређеним сегментима разилазили. К. Čavoški, стр. 55 и 57–59. Детаљније о Хамилтоновом ставу у Федералистичком спису бр. 78. видети: Марко Станковић, *Уставно судство у савременим федерацијама*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, стр. 22–23.

власти у остваривању својих уставних функција морају да тумаче и спроводе Устав.[24] Такође, та истраживања америчких аутора показују да, поред праксе држава на коју смо указали, да су и они који су састављали и гласали за Устав САД, веома добро разумели да ће судови спроводити контролу савезних закона. Истовремено, изостављање других предложених видова контроле доказује да су њено постојање „очеви оснивачи" подразумевали, а да су то знали и противници, па су се зато током уставотворне расправе њој и противили. Додаје се и да су у првим годинама постојања САД, и судије и конгресмени схватали да постоји уставно овлашћење за контролу уставности и савезних и закона држава, а да су се „интелектуални напади" на ову установу поклапали са периодима великих уставних и политичких конфликата (*Early Republic, Civil War, New Deal, Civil rights movement*) у којима би Врховни суд САД играо значајну опонирајућу улогу.[25] И други амерички аутори се слажу да су амерички лидери у раном периоду третирали постојање судске контроле као подразумевајућу надлежност савезних судова (*judicial review as an assumed power of the federal courts*).[26] Хофер (*Hoffer*) истиче да је тачно да Хамилтон у дискусији током заседања њујоршке конвенције о ратификацији Устава САД (*New York ratification convention*) приликом излагања о чл. 3 Устава, није помињао право судова да врше контролу уставности, јер није хтео додатно да провоцира противнике усвајања Устава, већ је то учинио накнадно у Федералисту бр. 22.[27] Шта год да су оснивачи заиста мислили, постепено су и судови новостворене федерације почели да развијају праксу којој су темеље поставили судови савезних држава. Тако Дионизопулос (*Dionisopoulos*) и Петерсон (*Peterson*) истичу да су први случајеви у којима су федерални судови, тачније Врховни суд, вршили контролу уставности, настали непосредно по доношењу Устава САД.[28] Они помињу да су то биле одлуке Врховног суда у следећим случајевима: *Hayburn's Case* из 1792, *Chandler v. Secretary of War* и *United States v. Yale Todd* из 1794.[29] Према Делингеру (*W. E. Dellinger*) Врховни суд се у случају *Hollingsworth v. Virginia* из 1798. године, чак упустио и у оцену XI уставног амандмана.[30] Дакле, ако узмемо у обзир сва дешавања од времена судије Коука, до почетка XIX века, намеће се закључак да одлуку у случају *Marbury vs Madison* треба схватити, пре као плод једног природног процеса, као логичну последицу, неголи као уставноправну револуцију.

Појава контроле уставности у Француској условљена је њеним особеним уставноправним развојем. У Француској дуго није било праве писане уставности, а претечу модерног устава у средњем веку чинили су тзв. основни закони или основни закони краљевства (*lois fondamentales du royaume*), које је Боден изворно називао *leges imperii*. Они су били уставни обичаји монархије, „скуп разноврсних правила којима се ограничавао и сам суверен".[31] Њихов предмет је суштински био веома узак, тицао се односа владара и сталежа, док је њихов прави разлог постојања био

[24] Saikrishna B. Prakasht, John C. Yoott, "The Origins of Judicial Review", *The University of Chicago Law Review*, 70:887, 2003, стр. 981.
[25] *Ibid*., стр. 982.
[26] Allan P. Dionisopoulos, Paul Peterson, "Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Other Schools", *J. Marshall L. Rev.* 49/18: 1984, стр. 75.
[27] P. C. Hoffer, стр. 117–118.
[28] *Ibid.*
[29] A. P. Dionisopoulos, P. Peterson, стр. 75.
[30] Walter E. Dellinger III, "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process", *Harvard Law Review* 97/1983, 386-432. Наведено према: Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin Press, Bursa – 2008, стр. 29.
[31] Оливије Бо, *Држава и њена власт*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, стр. 176-177. Упор. Svetislava Bulajić, *Čuvar francuskog ustava*, Službeni glasnik, Beograd 2006, стр. 28.

„институционализација краљевске власти“.[32] Разлика између Боденове концепције суверености и онога што се у то доба и касније развијало у Енглеској, лежи у томе што „*Common Law* укључује идеју о 'основном закону' који судија открива и јемчи“, док је у Француској све било подређено „апсолутистичкој идеји о политичкој власти“, што је за последицу имало „непостојање судске контроле над нормом“.[33] Свој велики допринос очувању „старог режима“ имали су и краљевски судови (*Parlements*), који су злоупотребљавајући своју власт паралисали и „најумереније реформе монарха“, чиме је „пропуштена и последња прилика да се силина буржоаске револуције амортизује“.[34] Стога не треба да чуди што је Француска револуција с једне стране, ставила устав на пиједестал правних вредности, али с друге, донела изразити одијум ка судовима, а самим тим и према њиховој укључености у контролу уставности. Тако је Уставом од 1791. судовима било забрањено било какво мешање у вршење законодавне и извршне власти, па самим тим и оцена њихових аката, најпре закона, док је према чл. 127 Кривичног законика овакво понашење било и кажњиво.[35] Уставом од 1795. као део законодавне власти био је установљен *Tribunal de cassation,* који је имао задатак да контролише и укида судске одлуке које су у „очигледној супротности са законом“. Ово је вршено у координацији с парламентом, који је издавао тумачења закона која су била обавезујућа за све. Као контролор егзекутиве, била је успостављена мрежа управних судова на челу са *Conseil d'Etat*.[36] Ипак, идеја о потреби контроле закона, односно заштите устава, провејавала је и током револуционарних година. Тако су предлози за никада заживели Монтањарски устав, имали у виду две варијанте контроле: „одозго“ и „одоздо“. Контролу одозго би вршило колегијално тело које не би припадало ни једној од три гране власти, и у различитим предлозима је носило разне називе (Трибунал цензора, Национални трибунал цензуре, Савет цензуре, *Уставни савет* и сл.). Контрола одоздо је била замишљена као део природног права на отпор упереног против угњетавања, која би се реализовала путем опозива представника или својеврсне уставне жалбе – „права рекламације против опресивних закона“.[37] Ниједан од ових предлога није био реализован, а пропале су и Сјејесове (*Sieyès*) идеје из 1795. за успостављање тзв. Уставног жирија, који је био замишљен као посебно скупштинско тело које је требало да „усавршава текст устава“.[38]

II 2. РАЗВОЈ И ПОСТЕПЕНО ШИРЕЊЕ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ: ПЕРИОД ОД 1803. ДО ПРВОГ СВЕТСКОГ РАТА

Одлука Врховног суда САД *Marbury vs Madison* из 1803. године, сматра се „једном од најзначајнијих одлука у америчком уставном праву”, јер је њоме недвосмислено установљена надлежност судова да врше контролу извршних и законодавних аката.[39] Видели смо у претходним редовима да су амерички судови ову

[32] О. Бо, стр. 178.
[33] О. Бо, стр. 76.
[34] S. Bulajić, стр. 29.
[35] Alec Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford University Press 1992, стр. 25.
Занимљиво је да је ова одредба укинута тек 1992. године (односно 1994. када је измена ступила на снагу). Вид. Code pénal (ancien),
https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000006490119/1983-06-27, 5. април 2023.
[36] A. S. Sweet (1992), стр. 26.
[37] S. Bulajić, стр. 30–31.
[38] *Ibid.*, стр. 31. Упор. A. S. Sweet (1992), стр. 30.
[39] Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law,* Wolters Kluwer 2015, стр. 74.

контролу обављали и раније, те поменута Одлука представља својеврсни граничник који означава крај једне, а почетак друге епохе. Њен значај се огледа најпре у томе што је њоме, највиши савезни суд, по први пут, један савезни закон прогласио неуставним: „судска контрола уставности није била аксиоматична, нити неприкосновена, она је морала да буде установљена од стране Врховног суда и Џон Маршал је искористио идеалну прилику“.[40] У наредних педесет и више година, у САД је наступило својеврсно затишје. Врховни суд од 1803. године до Америчког грађанског рата, тачније до 1857. и Одлуке у случају *Dred Scott v. Sandford*, није утврдио неуставност ниједног закона, пошто се то питање пред њим није ни постављало.[41] Међутим, то није било сметња да током друге половине XIX века, дође до ширења тзв. децентрализоване контроле уставности, односно до појаве тзв. америчког модела. Код овог система контроле уставности, сви судови једне државе овлашћени су да, између осталог, испитују уставност закона. То је уједно и његова основна карактеристика и кључна разлика у односу на централизовани модел.[42]

Према М. Фромону (*M. Fromont*), прва држава која је прихватила овакав тип контроле уставности била је Грчка (од 1847. постојала је формална контрола уставности, а од 1871. године и материјална).[43] Иако је од 1854. до 1890. контрола уставности постојала и у Норвешкој, Фромон сматра да се истинска контрола у Европи појавила тек 1874, и то у Швајцарској.[44] Упркос честом приговору о мањкавости швајцарског решења, јер није постојала контрола савезних прописа, готово сви важнији прописи били су кантоналног порекла, а они јесу представљали предмет контроле Савезног трибунала.[45] У другој половини XIX века, у појединим земљама Латинске Америке (Мексико, Боливија, Колумбија, Бразил, Аргентина), контрола уставности се развијала по узору на амерички модел, али ипак на својствен начин, донекле одступајући од њега.[46]

Врховни царевински суд Аустријског царства је од 1849. године био надлежан (у веома ограниченом облику) да решава сукобе између Царства и крунских земаља и између земаља међусобно. Од 1867. држава мења име и постаје Аустроугарска монархија, а Царевински суд поред поменутих, добија и надлежност испитивања уставности аката извршне власти, пре свега уредби.[47] Ове институције представљале су најаву настанка првог уставног суда.

Истовремено, у Немачкој и Француској јављају се прве назнаке о препознавању потребе о оправданости увођења оцене уставности. Немачки правни теоретичари „традиционално“ праве разлику између уставносудске (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) и

[40] *Ibid.*, стр. 82. О Одлуци *Marbury vs Madison*, вид. детаљније: E. Chemerinsky (2015), стр. 73-82; Hall, Kermit L. (Editor in Chief), James W. Ely, Jr. Joel B. Grossman (Editors), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Second Edition, Oxford University Press, New York 2005. стр. 605-607; Savage, David G., *Guide to the U.S. Supreme Court*, CQ Press, Washington, 2010, стр. 10-11. Kommers, Donald P., Miller Russell A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press 2012, стр. 61-63.

[41] Jovan Stefanović, *Ustavno pravo FNRJ I i II*, Školska knjiga, Zagreb, 1956, стр. 78. Упор: E. Chemerinsky (2015), стр. 82. За даљи историјски развој праксе Врховног суда САД: М. Станковић, стр. 23-28.

[42] Вид. Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1988, стр. 132-133.

[43] Michel Fromont, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013, стр. 23.

[44] *Ibid.*, стр. 24.

[45] *Ibid.*, стр. 26.

[46] *Ibid.*, стр. 20,

[47] Оливера Вучић, *Аустријско уставно судство – чувар федерације и устава* (Одбрањена докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, 1995, Београд, стр. 150-151. Упор. M. Fromont, стр. 25.

судске контроле (*richteliches Prüfungsrecht*). Прва је старија и шира. У периоду од 1815. до 1918. она је обезбеђивала „механизам за дефинисање права суверених држава и њихових односа“ унутар уније чији су саставни део биле, а све на темељима концепата о држави и суверености. Судска контрола се односила пре свега на заштиту људских права која су своје утемељење имала у републиканској традицији која се појављивала у више наврата током историје.[48] Први слободно изабрани парламент свих немачких држава је заседао нешто више од годину дана, од маја 1848. до маја 1849. године, у Франкфурту на Мајни. Круна његовог рада био је тзв. Франкфуртски устав (званично Устав Немачког Рајха – *Verfassung des Deutschen Reiches*, назван још и Устав из цркве Св. Павла – *Paulskirchenverfassung*), који никада није ступио на снагу, али је свој напредни утицај ширио деценијама касније, тако да су многи, ако не и већина принципа које је он прокламовао, касније примењени у Вајмарском и важећем Бонском уставу. За његов неуспех највише су заслужни канцелар Бизмарк, који је „презирао“ тзв. професорски парламент (*Professorenparlament*), како су називани они који су заседали у Франкфурту, али можда још више због тадашњег пруског краља који је одбио да прихвати скупштину и њен устав, јер је он своју власт вршио на основу „божанског права и божје милости“.[49] Франкфуртским уставом је било предвиђено постојање Врховног суда Немачког Рајха који је требало да одлучује о сукобима надлежности између органа, као и о својеврсној уставној жалби (тужби), која је могла да се изјави због повреде уставом заједмченог људског права.[50]

У француским уставима од 1799, 1804. и 1852. неке од претходно описаних Сјејесових идеја биле су остварене, иако у пракси из различитих разлога нису дале жељене, односно готово никакве резултате. Тако Свит истиче да је у империјалним периодима у Француској од 1799. до 1814. и од 1852. до 1875. (односно 1870.) постојала једна врста „политичке уставносудске контроле“ (*political constitutional review*).[51] Улога контролора је поверена Сенату, као једном од парламентарних домова, са циљем да чува – конзервира устав, па отуда и назив Сенат конзерватор. Он је могао да поништава законе, после њиховог усвајања а пре проглашења, могао је чак и да тумачи, па и да под одређеним условима мења устав. Сенат по Уставу од 1852. је вршио претходну контролу свих аката, а не само закона.[52] О њиховој природи Свит пише: „Овим институцијама је изричито негирана судска функција и оне нису подривале доктрину о подели власти – оне су радиле у оквиру законодавног простора и никакво прожимање са судским системом није било ни намеравано ни жељено“.[53] Резултати те праксе нису били похвални: „Империјални Сенат никада није касирао закон или извршни акт. Он никада није испољио, ни учествовао, ни у једној позитивној функцији“.[54]

---

[48] Donald P. Kommers, Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press 2012, стр. 4.

[49] Justin Collings, *Democracy's Guardians – A History of the German Federal Constitutional Court 1951–2001,* Oxford University Press 2015, стр. xxxiii.

[50] Jutta Limbach, *Savezni ustavni sud Njemačke*, University Press, Sarajevo, 2012. стр. 33.

[51] A. S. Sweet (1992), стр. 30

[52] S. Bulajić, стр. 31–33.

[53] A. S. Sweet (1992), стр. 31.

[54] *Ibid.*

О раду Сената током првог периода, за време Наполеона Бонапарте, сликовито говори податак да док је он био на власти није поништен ниједан акт, а када је 1814. цар био свргнут, Сенат је ту чињницу констатовао и нашао да су сви акти донети за време његове власти били неуставни. Наведено према: S. Bulajić, стр. 32.

У Трећој француској републици, уместо уставне, владала је парламентарна супрематија, јер је парламент био једини овлашћен да представља нацију, па самим тим и њену општу вољу. Зато је ту, по мишљењу Де Малбера (*De Malberg*), по среди била реч о законској, а не правној држави.[55] Упркос томе што у оваквим околностима није било готово никаквог простора за развој контроле уставности, Свит пише да је током трајања друге половине Треће републике, француско јавно право доживело „изванредну ренесансу“, која је изнедрила „уобличену аргументацију судске аутономије. Она је била заснована на одбацивању идеологије опште воље и законодавне супрематије“.[56] Он је ову аргументацију поделио на три кључна елемента: убеђење о супрематији устава као вишег закона, које је своје упориште налазило још у ставовима теоретичара пре Револуције; да је амерички облик судске контроле уставности једина прихватљива форма контроле, и да су судије морално и професионално, способне да је врше; напори да се докаже не само да је контрола уставности „природна и нужна“, већ да она заправо увелико и постоји.[57] Таман када су ова схватања почела постепено да придобијају своје присталице у све већем броју и када је Државни савет 1909. донео одлуку у случају *Winkell* (иако недоречена, тумачена је као својеврсни доказ постојања пређутне контроле уставности закона), једна књига је довела до заокрета који је Француску удаљио од увођења контроле уставности за безмало 30 година.[58] Под промењеним друштвеним и политичким расположењем према контроли уставности, и Државни савет се, овог пута недвосмислено, у Одлуци *Arrighi* од 1936. оглашава ненадлежним да се бави питањем уставности закона.[59]

Почетком XX века, у Португалу (1911) и Румунији (1912), јавља се судска контрола уставности, уређена на начин који је био ближи америчком моделу.[60]

II 3. НАСТАНАК УСТАВНИХ СУДОВА: ОД ПРВОГ СВЕТСКОГ РАТА ДО ПОЧЕТКА СЕДАМДЕСЕТИХ ГОДИНА XX ВЕКА

Амерички модел наставља да се умереним темпом шири и током овог периода. Прве државе *common law* система које су увеле судску контролу уставности по узору на овај модел, биле су Ирска и Канада. Ирска је то учинила Уставом од 1937. године, а канадски парламент је формално признао право судовима да врше контролу уставности 1949. године, иако је она у специфичном облику постојала и у претходним деценијама.[61] Правни системи који су се такође развијали под утицајем *common law* традиције су индијски и кипарски, а у овим државама су се од 1949, односно 1960. постепено развијали респектабилни судови, нарочито врховни, који врше контролу уставности.[62]

---

[55] Танасије Маринковић, *Устав као конвенција – Еволуција Пете француске републике* (Одбрањена докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, стр. 161–162.

[56] Alec Stone Sweet, “Why Europe Rejected American Judicial Review - And Why It May Not Matter”, *Michigan Law Review* 8/2003, стр. 2750 и 2751.

[57] *Ibid.*

[58] Реч је о књизи која је оцењивала рад Врховног суда САД као „владу судија“, а њени главни налази су били да су судије увек реакционарне и да судска контрола уставности нужно води ка судијском уставу, чиме судије добијају ефективну власт. Édouard Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Legislation Sociale aux Etas-Unis*, Giard, Paris 1921. Наведено према: *Ibid.*, стр. 2757.

[59] *Ibid.,* стр. 2758.

[60] M. Fromont, стр. 23 и 24.

[61] *Ibid.*, стр. 32.

[62] *Ibid.*, стр. 36 и 38.

Главна новина читаве епохе, а посебно међуратног периода, дешава се на тлу Европе. Појављују се први уставни судови – институције специјализоване за контролу уставности. Због централизованости контроле у једном органу, контрола коју врше ови органи назива се централизованом, за разлику од поменуте децентрализоване, америчке варијанте. Пошто се уставно судство најпре појавило у Аустрији, за све институције које су се развиле по узору на овај уставни суд, истицало се да припадју аустријском, тј. Келзеновом моделу.[63]

С обзиром на тадашњу изразиту политичку нестабилност, сви уставни судови који су се појавили у овом периоду били су кратког даха и нису могли да се похвале претерано развијеном праксом. Поред Аустрије, Чехословачка почетком 1920. године такође уводи институцију уставног суда, а 1923. године то чини и Румунија, односно Шпанија 1931. Најреспектабилнију праксу имао је аустријски уставни суд, па ћемо њему посветити нешто више пажње.

Крај Првог светског рата доноси нестанак неколико царстава са европске мапе. На развалинама некадашње моћне државе, Аустрија доноси нови устав, који ступа на снагу 10. новембра 1920. године. Он је у научним круговима познат као један од „професорских устава“, пошто је његов творац био Ханс Келзен (*Hans Kelsen*). Један од најпрепознатљивијих елемената овог Устава свакако је био нови орган – савезни уставни суд. Ипак, треба напоменути, да је орган под оваквим називом уведен годину дана раније. То је учињено Законом о успостављању немачко-аустријског уставног суда од 25. јануара 1919. године.[64] Због надлежности које су се углавном тицале федералних спорова унутар новонастале сложене државе, током првих година свог постојања, Уставни суд Аустрије носио је епитет „чувара аустријске федерације“.[65] После уставних измена од 1929. и проширења његових надлежности, он постаје „чувар аустријског устава“.[66] Једна од кључних новина које се везују за ову институцију, представљало је увођење апстрактне контроле уставности – влада (савезна или државна) могла је да тражи оцену уставности закона или уредбе, невезано од њихове примене у конкретном спору.[67] Због дубоке политичке кризе, како у самој Аустрији, тако и читавој Европи тога доба, Устав од 1920. и уставни суд који је њиме успостављен, фактички су престали да важе/постоје већ током 1933, а формално, доношењем новог ауторитарног Устава, почетком 1934. године.[68] Ове историјско-политичке турбуленције биле су праћене веома динамичном научном расправом између два великана правне и политичке мисли, Ханса Келзена и Карла Шмита (*Carl Schmitt*). Кључна тачка размимоилажења састојала се у одређивању „чувара устава“ – којем органу треба да буде поверена контрола уставности и законитости. Келзен је заступао тзв. „правосудну концепцију“, тј. да чувар устава треба да буде посебно одређен суд, док је Шмит био ближи томе да одреди контролу уставности као политичку активност, па је стога сматрао да је једино извршна власт (у његовом случају оличена у шефу државе) подобна за вршење такве функције.[69]

О вртоглавом развоју уставносудске функције у Европи у периоду после Другог светског рата, најбоље сведочи следећи цитат из књиге америчког професора Орфилда

[63] Р. Марковић (2015), стр. 545.
[64] О. Вучић (1995), стр. 151.
[65] Оливера Вучић, Владан Петров, Дарко Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република – теорија, норма, пракса*, Досије студио, Београд, 2010, стр. 43.
[66] *Ibid.*
[67] M. Fromont, стр. 42.
[68] О. Вучић (1995), стр. 129-130.
[69] Детаљније вид. *infra*: *V 2. 2.*

(*Orfield*) написане давне 1942. године: „Континенталном правнику навиклом на правни систем у којем судови не могу да прогласе неважећим чак ни закон, идеја о томе да судови утврђују да ли је уставни амандман ваљан или не, изгледа задивљујуће“.[70] Дакле, крајем прве половине 20. века, за континенталног правника чак је и контрола уставности закона била нешто готово незамисливо, док је данас, нпр. немачки Савезни уставни суд отишао даље и од самог Врховног суда САД. До таквог исхода је дошло после познатих бурних историјских догађаја и уз много труда и знања.

Италија је била једна од првих европских држава која је својим Уставом од 1947. године (ступио на снагу 1. јануара 1948.) увела институцију уставног суда, који је са радом отпочео тек 1956. године, по усвајању неопходних закона и превазилажењу првобитних тешкоћа.[71] Италијанско решење, иако прописује постојање једног специјализованог органа, уставног суда, предвиђа значајну укљученост и „редовних“ судова. Они су веома ангажовани у одлучивању који предмет заслужује да буде разматран пред уставним судом. *Via incidentale* подразумева да се питање уставности, по правилу (постоје малобројни изузеци), најпре мора јавити у спору пред обичним судовима.[72] Уставносудска контрола се у Италији своди на контролу уставности, док је контрола законитости препуштена судовима. Нема уставне жалбе, а право покретања уставноправног спора је резервисано за судове и државне/покрајинске органе.[73]

Немачка је имала свој особен развојни пут (*Sonderweg*). За разлику од САД и Француске које су углавном имале прогресиван еволутивни развој, „закаснела нација“ (*Verspätete Nation*), а са њом и добар део Европе и света, је прошла трновит пут „илиберализма, ауторитаризма, војне агресије, диктатуре, тоталног рата и незамисливих ужаса Холокауста“.[74] Вероватни узрок тога, представљају пропуштене прилике у двема кључним годинама: 1848. да се оживотвори релативно напредни устав, а 1933. да се избегне долазак Хитлера на власт.[75] Упркос овом бременитом наслеђу, почевши од 1949, а посебно од 1951, Немачка (најпре њена западна половина) је релативно брзо изградила оно што је данас можда и једна од најреспектабилнијих институција контроле уставности уопште, која је утицала на стварање посебног – немачког модела уставног судства.[76]

Ипак, рођењу Савезног уставног суда претходио је неуспешни међуратни покушај увођења ограничене контроле уставности. Идеје које је садржао Устав из цркве Св. Павла заживеле су у Вајмарском уставу из 1919. (такође „професорски“ устав). У складу са његовим одредбама, постојале су две занимљиве институције. Прва, Државни суд Вајмарске Републике, који није стално заседао, а решавао је о одговорности високих државних функционера, давао мишљења о уређивању националног права и решавао конфликте између држава и између држава и Рајха.[77] Друга институција био је Царевински суд, као највиши редовни суд, који је био надлежан за контролу уставности закона немачких земаља, а који се 1921. изјаснио да су судови „у начелу овлашћени да испитују уставност закона и уредби“. Овде се мисли

[70] Lester B. Orfield, *The Amending of the Federal Constitution*, The University of Michigan Press – Callaghan & Company 1942. стр. 7.
[71] Maartje De Visser, *Constitutional Review in Europe – A Comparative Analysis*, Oxford: Hart Publishing, 2014, стр. 66-67.
[72] Valerio Onida et. al., *Constitutional Law in Italy*, Wolters Kluwer, 2013, стр. 208-209.
[73] О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, стр. 54-55. Упор. V. Onida, стр. 209-212.
[74] J. Collings, стр. xxxiii.
[75] *Ibid*.
[76] M. Fromont, стр. 63.
[77] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 5

на федерално право.[78] Због њихових надлежности, Државни суд је био ближи уставној контроли, а Царевински суд судској контроли. У складу са тим, Комерс и Милер (*D. Kommers, R. Miller*) наводе „три тихе одлике уставне контроле у Немачкој“: уставну контролу спроводи институција која је независна од редовног судства; надлежност је особена и поступак мање формалан у односу на судски; спорови се тичу власти, влада се штити сама од себе као и од ексцеса егзекутиве; грађани су изузети из ове контроле.[79] Упркос ставу Царевинског суда да судови могу да оцењују уставност савезних закона, и решењу из Устава Баварске, које је изричито предвиђало могућност да судови ове немачке државе могу да контролишу усаглашеност земаљског права и са земаљским и са савезним уставом, до краја постојања Вајмарске републике, оваква гледишта нису постала општеприхваћена. Такође, током овог периода постојали су и предлози да се установи посебан суд, састављен од редовних и управних судија, који би се бавио само контролом уставности закона.[80] Комбинација ова два става је заправо оваплоћена после Другог светског рата, јер су се суочени са неминовношћу судске контроле уставности, писци Основног закона од 1949. определили за успостављање „контроле уставности као посебне, четврте државне функције“.[81]

За боље разумевање устројености и функционисања данашњег Савезног суда, осврнућемо се на занимљивост о томе како је дошло до тога да он буде организован у два сената, фактички у два засебна суда. У лето 1948. на Кимском језеру (*Chiemsee*) у Баварској, окупљени су немачки правни зналци да саставе нацрт онога што ће наредне године постати Основни закон. Док су осмишљавали институцију која би се бавила контролом уставности, као узор им је служио поменути Државни суд Вајмарске Републике, с тим да је нова институција требало да разматра и жалбе грађана поводом повреда њихових права од стране државних органа. Плашећи се да институција која би имала све ове надлежности не буде исувише јака, писци нацрта су покушали да ову бојазан превенирају начином избора њених чланова, али нису успели да реше дилему да ли ће то бити потпуно независна институција или један од највиших федералних судова. Дилема је решена тек у Парламентарној скупштини, која се определила за институцију независну од других судова, али се истовремено појавила нова дилема: да ли да „политичка улога“ уставног суда и „објективна“ улога коју судови имају приликом тумачења закона буду спојене у једну институцију или да буду раздвојене у две. Немачке судије су се оштро противиле „било каквом мешању права и политике“, па је изнађено соломонско решење: једној независној институцији поверена су сва планирана овлашћења (осим уставне жалбе, која је уведена тек касније), али је она подељена на два дела (Сената).[82] Тако је рођен Савезни уставни суд. Видећемо у наставку да је пракса довела до тога да се данас разлика у надлежностима између сената смањи, односно да буде помешано све оно што „очеви оснивачи“ немачког Устава никако нису желели.

Иако је резултат формално другачији, између америчког и немачког случаја постоји сличност у начину настанка контроле, с обзиром да су обе државе федерације које су настале агрегацијом. У обе је у њиховим државама чланицама заживела контрола уставности закона, пре него што се то десило на савезном нивоу. У САД, као што смо видели, вршена је од стране редовних судова, а у Западној Немачкој су савезне државе пре формирања Савезног уставног суда биле организовале посебне

[78] М. Станковић, стр. 41 и 42.
[79] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 5.
[80] М. Станковић, стр. 43.
[81] М. Станковић, стр. 43.
[82] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 7-8.

институције за контролу уставности под различитим називима: Уставни суд, Врховни суд и Суд правде.[83]

Видели смо да је у Француској током читавог XIX века, као и на почетку XX постојао снажан отпор увођењу судске контроле уставности. Тек по окончању Другог светског рата, уз много муке, Француска 1946. године добија необичну институцију контроле уставности, ако се она тако уопште може назвати. Уставни комитет је у погледу свог састава и процедуре за покретање поступка оцене био у највећој мери повезан (или боље речено зависан) од парламента, али делом и од извршне власти. Поврх тога, његов задатак је био да испитује да ли је због садржаја закона који му је поднет на разматрање, потребно да се мења устав или не, а ако би утврдио несагласност, није могао одмах да дела, него је морао да позове домове на усаглашавање. Дакле, логика института контроле је била потпуно преокренута. Тако и не чуди његова више него скромна пракса, заседао је само једном 1948, а „спор" је решен споразумом парламентарних домова.[84] Уставом од 1946. Француска је испунила један од два предуслова за постојање контроле уставности, добила је чврст писани устав, али у њега није била инкорпорирана повеља о људским правима. Све што је могло и требало да се нађе у тексту Устава, завршило је у преамбули, за коју су се доносиоци Устава сагласили да неће имати обавезујуће дејство. Међутим, француска доктрина, предвођена Веделом (*Vedel*) и Валином (*Waline*) је одбила да прихвати овакав став, и залагала се за то да преамбула Устава од 1946. има правну снагу једнаку остатку текста. Судови нису, на адекватан начин пратили, овај својеврсни покрет за судску контролу уставности, али је Државни савет почео постепено да се позива на уставне и надуставне принципе у својим одлукама које су биле усмерене ка актима извршне власти, да би коначно 1956. у предмету *Amicales* прогласио примењивост Декларације о правима човека и грађанина од 1789. године.[85]

Без ових сазнања, „данашњем, у историју неупућеном посматрачу институција Пете републике" било би тешко да докучи суштину „правног преврата" и „размере менталне акробатике" које је Устав од 1958. са собом донео.[86] Зато Устав Пете републике није контролу уставности поверио судској власти, већ је креирао посебан орган, који је био „замишљен тако да допринесе успешнијој равнотежи између политичких грана власти – владе и Парламента".[87] „Оно што уставотворци свакако нису могли да предвиде 1958. године јесте да ће се Уставни савет, од простог надзорника строге поделе уредбодавне и законодавне власти, уздићи до нивоа уставносудског тела, које, у пуном смислу те речи испитује усклађеност закона с Уставом."[88] Такође, они нису могли да предвиде, да ће тим чином бити рођен нови модел уставносудске контроле, онај који је, како истиче Фромон, у односу на немачки „мање судски", са снажним утицајем претходне контроле уставности.[89]

Пред крај овог периода, долази до појаве још неколико уставних судова. Устав Турске од 1961. поставља нормативне темеље за успостављање уставног судства у тој држави, чији је уставни суд отпочео са радом 1962. године. Социјалистичка Федеративна Република Југославија била је прва социјалистичка држава која је Уставом од 1963. увела институцију уставног судства (који је отпочео са радом наредне године).

[83] J. Stefanović, стр. 90.
[84] S. Bulajić, стр. 34-36.
[85] A. S. Sweet (2003), стр. 2762, 2763 и 2765.
[86] Т. Маринковић, (2008), стр. 161.
[87] *Ibid.* стр. 163.
[88] *Ibid.*
[89] M. Fromont, стр. 63.

Све чланице југословенске федерације су имале своје уставне судове, а од 1972. године они су постојали и у аутономним покрајинама, али између њих и Уставног суда Југославије није постојао „хијерархијски однос“, савезни уставни суд није представљао „највишу уставносудску инстанцу“, већ је сваки од уставних судова имао свој опредељени домен.[90] Због релативно ограничених надлежности и специфичног политичког система у којем су ове институције функционисале, уставно судство у Другој Југославији није дало жељене резултате. Ипак, одређени допринос стварању свести о важности овог органа за јачање правне државе је остварен. Коначно, Устав Чехословачке од 1968. предвиђао је постојање уставног суда, како на савезном тако и на републичком нивоу, али до операционализације његових одредаба никада није дошло у пракси, тј. ови органи никада нису били формирани.[91] Ова три уставна решења током шездестих година, на својеврстан начин представљала су најаву онога што ће у наредним деценијама уследити.

II 4. „ПРОЦВАТ“ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ: ОД СЕДАМДЕСЕТИХ ГОДИНА XX ВЕКА ДО ДАНАС

Крајем шездесетих и почетком седамдесетих година XX века, развој уставносудске функције улази у нову етапу. Постојећи чувари устава постају снажнији, а истовремено долази до рађања уставносудских органа у државама које их никада нису имале, или до замене старих, неефикасних институција новим. Под снажним утицајем немачког Савезног уставног суда, с једне, и француског Уставног савета с друге стране, данас се све чешће пише о немачком и француском моделу уставног судства, као две подваријанте европског модела, које обе имају заједничког „претка“ у лику Уставног суда Аустрије. Француски модел је извршио утицај на већину франкофонских држава Африке (бише француске колоније), као и на поједине азијске државе попут Либана, Камбоџе и Бахреина.[92] Грубо говорећи, све остале државе које поседују институцију уставног судства, дакле централизовани облик уставносудске контроле, углавном се подводе под немачки модел.[93]

Симболично, на почетку овог периода, уставна жалба, институт који је у Немачкој постојао већ више од две деценије, 1969. уставном реформом бива конституционализован. Две године касније, у Француској се одиграва права мала уставна револуција. Године 1971. Уставни савет је на преторски начин установио да се тзв. 'блок уставности' односи и на преамбулу Устава од 1958 (вид. *infra III 3. 3. 4. 3.*). После три године, већ 1974. реаговао је и француски уставотворац. Тада се десила уставна промена којом је проширен круг овлашћених предлагача и на парламентарну мањину. Коначно 2008. године, Устав је поново промењен тако да је уведено приоритетно питање уставности (у даљем тексту: ППУ). О свим тим изузетно важним догађајима, више речи биће на одговарајућим местима у раду.

Новим уставом од 1975, Грчка је установила Специјални врховни суд, а у Португалу је 1982. отпочео са радом Уставни трибунал. Фромон истиче да обе

[90] О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, стр. 81.
[91] Constitutional Court of the Czech Republic – History, *https://www.usoud.cz/en/history*, 10. јун 2023.
[92] M. Fromont, стр. 63-65.
[93] *Ibid.*, стр. 66-68.

институције имају хибридни карактер, јер обједињавају у себи елементе и децентрализоване и централизоване контроле.[94]

После кратког периода током тридесетих година када је имала уставни суд, Шпанија је већи део XX века провела без ове институције. Коначно, по завршетку ауторитарне епохе, 1978. године, она добија ову институцију, која је временом постала једна од угледнијих на Старом континенту. Творци Уставног суда Шпаније били су инспирисани решењима која су у моменту његовог стварања постојала у Немачкој и Италији. Тако је круг овлашћених покретача поступка шири него у Италији, али је ампаро институт постављен нешто уже у односу на његов немачки пандан – уставну жалбу.[95] Када је реч о улози „редовног" судства у заштити уставности (инцидентна контрола), Д. Стојановић истиче да је Шпанија изабрала „средњи пут": поводом покретања уставносудског поступка који се тиче конкретног спора, шпански судови имају више слободе у односу на немачке, али су спутанији у односу на своје италијанске колеге.[96] Иако је од свог успостављања, Уставни суд учинио доста на развоју и заштити уставности и правне државе у Шпанији, последњих година он се налази под „опсадом".[97] С једне стране, преплављен је великим бројем предмета који стижу у виду ампаро тужби, а с друге, његов однос према политичким властима, као и према судовима, испуњен је „тензијама и конфликтима".[98]

Доневши самостално Устав, Канада је своју независност у потпуности заокружила тек 1982. године. Баштинећи англосаксонску правну традицију, а пре свега угледајући се на Врховни суд САД, канадски Врховни суд је данас једна од уставносудских институција чије се одлуке неретко коментаришу на позитиван начин. Као и у САД, контрола уставности представља само једну од његових делатности, а поред тога, он нема ексклузивно право да је обавља, већ то чине и сви остали канадски судови. Ипак, уставноправни спорови чине незанемарљив део предмета у раду пред Врховним судом и на „суптилан али значајан начин" утичу на његов рад.[99] За разлику од њихових америчких колега, судије канадског Врховног суда мање зазиру од упуштања у разматрање случајева који у себи садрже политичка питања. Овај Суд може да одређени (микро)сегмент проблема препусти на решавање влади, али због тога неће да пропусти да реши правна питања која су у њему садржана.[100]

Падом Берлинског зида отпочео је процес убрзаног увођења судске контроле уставности у некадашњим социјалистичким државама Централне и Источне Европе. Процес који се одвијао током деведесетих година прошлог века је особен по свом обиму, јер је распадом Совјетског Савеза, СФРЈ и Чехословачке, дошло до стварања значајаног броја нових држава које су једна за другом, унутар својих система оснивале институцију уставног суда, углавном по угледу на немачки модел (Молдавија и Румунија су ближе француском моделу).[101] Потпуни изузетак је Естонија, која је вршење уставносудске функције поверила свим судовима.[102] Осим СФРЈ и неуспешног чехословачког покушаја (и кратке чешкословачке епизоде са уставним судом из 1992), ваља напоменути, да су Пољска и Мађарска, међу првима у тзв. социјалистичком блоку

[94] *Ibid.*, стр. 40.
[95] О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, стр. 59-60.
[96] Драган Стојановић, *Уставно правосуђе – Уставно процесно право*, Свен, Ниш, 2016, стр. 28.
[97] M. de Visser, стр. 69.
[98] *Ibid.*, стр. 69.
[99] Jeremy Webber, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2015, стр. 126.
[100] *Ibid.*, стр. 127.
[101] M. Fromont, стр. 65-66.
[102] *Ibid.*, стр. 49.

отпочеле са увођењем чувара устава. Најпре је Пољска, 1976. године Државном савету (тадашњој влади) доделила надлежност „мотрења на уставност закона“.[103] Пошто је овај покушај практично остао без резултата, 1982. године је основан Уставни трибунал с ограниченим надлежностима (чланови овог Трибунала су почели са радом тек 1986. године). Ипак, он је утро пут снажењу уставносудске функције у овој земљи, па су надлежности поменутог тела проширене током 1989. године, да би своје коначно заокружење овај орган добио уставном реформом из 1997. године.[104]

Мађарска је 1983. у виду парламентарног тела, основала Савет за уставно право. Слично као и у Пољској, ово тело није превише учинило на развоју контроле уставности, али је представљало корак ка увођењу уставног суда, што се и догодило 1989. године.[105] Те године, Мађарска је значајано новелирала свој постојећи Устав (тзв. Стаљинов устав из 1949. године), а власт и опозиција су биле сагласне да им је обема потреба независна и непристрасна институција, која би их штитила од насртаја друге стране.[106] Уставни суд Мађарске је отпочео са радом 1990. године и све до недавно, био препознат као један од најактивнијих судова на простору некадашњег Источног блока. После уставних реформи од 2012, слично као и у Пољској последњих година, активизам уставног суда је опао.

Судије Уставног суда Јужне Африке изабране су током 1994, а овај Суд је почео са радом 1995. године.[107] Занимљиво је да Устав Јужне Африке ступио на снагу почетком 1997, тек пошто је у децембру 1996. године, Уставни суд заузео став да је нацрт Устава у складу са претходно договореним уставним принципима.[108] Тиме је јужноафрички Уставни суд постао један од уставотвораца у правом смислу те речи. Јужноафричко право се сматра најочигледнијим примером хибридног права, јер је плод преплитања континеталног права и *common law*.[109] Када је реч о уставном праву, оно је било под снажнијим утицајем англосаксонског правног круга.[110] Ипак, Фромон Уставни суд Јужне Африке сврстава у категорију оних уставних судова који су устројени по немачком моделу.[111] Овај Суд је, поред учешћа у доношењу демократског Устава, постао познат и по томе што је у једној од својих првих одлука установио да је постојање смртне казне неуставно и тиме је она престала да постоји.[112]

Држава Израел је настала 1948. године и њен устав је пример некодификованог устава, другим речима, никада није донет јединствени акт који би носио такав назив. Географски положај и бурна историја, утицали су да се данашње изреалско право сврства ближе англосаксонској, неголи континенталној правној породици.[113] Онда не треба да чуди смелост Врховног суда Израела да установи своју надлежност да оцењује уставност обичних закона, тј. њихову сагласност са Основним законима који чине некодификовани устав. Предвођен дугогодишњим судијом и правним теоретичарем, Ароном Бараком (*Aharon Barak*), који се у том тренутку налазио на месту председника Суда, израелски Врховни суд је Одлуком у случају *United Mizrahi Bank v. Migdal*

[103] M. de Visser, стр. 71.
[104] *Ibid.*, стр. 72.
[105] *Ibid.*, стр. 73.
[106] *Ibid.*, стр. 74.
[107] History of the Court, *https://www.concourt.org.za/index.php/about-us/history*, 10. јун 2023.
[108] The history of the Constitution, *https://www.concourt.org.za/index.php/constitution/history*, 10. јун 2023.
[109] Д. Поповић, стр. 187.
[110] *Ibid.*
[111] M. Fromont, стр. 68.
[112] Реч је Одлуци у случају *S v Makwanyane and Another* од 1995. године. Вид. детаљније: Heinz Klug, *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2010, стр. 289 и 239.
[113] Д. Поповић, стр. 190.

Cooperative Village од 1995. године, себе начинио уставносудском институцијом, налик онима које постоје у другим земљама *common law* правног система.[114] Због тога се ова Одлука сматра „израелском Марбери против Медисона“.[115] Од тада је уследио период његовог изразитог уставносудског активизма. Почетком 2023. године, израелска влада је предложила, а Кнесет је усвојио Закон о реформи правосуђа, којим се ствара основ за ограничење деловања Врховног суда.[116]

На европском континенту, судска контрола уставности осим на националном, у једном ограниченом и особеном облику, постоји и на регионалном, односно наднационалном нивоу. Реч је о судовима унутар Европске уније, односно Савета Европе. Када је реч о Европској унији, Европски суд правде (званично само Суд правде, даљем тексту: ЕСП) је основан 1952. године. Како се Европска економска заједница, касније Европска унија, ширила и јачала, тако је и њен Суд добијао на значају. Ипак, у значајној мери се и он сâм својим деловањем изборио за статус какав данас ужива, учинивши то пре свега чувеним одлукама *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* од 1963. године (омогућио директну примену комунитарног права) и *Costa v ENEL* од 1964. (установио супрематију комунитарног права). Суд правде може да укида акте органа Европске уније који нису у складу са правом ЕУ, али то не може да чини са актима појединачних држава чланица. Међутим, због значаја који његова пракса има, фактички, државе чланице и њихови органи, пре свега судови, веома воде рачуна о ставовима које овај Суд заузима. Уколико то није случај, углавном бивају изложене притиску других чланица, као и саме ЕУ, да своје акте ускладе с праксом Суда.[117] Од 2009. почела је пуна примена Повеље Европске уније о темељним правима, чиме је постављена основа за делатност Суда и на директнијој заштити основних права грађана Уније. Због свега овога, данас се Суд правде дефинише као суд који, поред својих других функција, обавља и уставносудску функцију.[118]

Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП), као институција Савета Европе, почео је са радом 1959. године. Основу за његово одлучивање представља Европска конвенција о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП), која је ступила на снагу давне 1953. године, када је била ратификована од стране само десет европских земаља. Постепено се број држава које су приступиле конвенцији повећавао, тако да су данас готово све европске државе њене потписнице. Нови живот Конвенцији и Суду удахнут је 1998. године. Тада је Протоколом 11 појединцима омогућено да се директно обраћају Суду, уколико сматрају да им је неким општим или појединачним актом повређено неко од права гарантовано Конвенцијом. Од тада до данас, Суд у Стразбуру је постао значајан чинилац изградње европског права људских права и јачања идеје о владавини права. У својој Одлуци *Loizidou v Turkey* од 1995. године, Суд је Конвенцију окарактерисао као „уставни инструмент европског јавног реда“, док га је један од његових некадашњих председника назвао „*sui generis* квази-уставним судом“.[119] За разлику од Суда правде, овај Суд не може да укида акте за које установи да повређују

[114] M. Fromont, str. 38.
[115] Budimir P. Košutić, „Vrhovni sud i doktrina *status quo* u pravnom sistemu Izraela“, *Aron Barak – sudija i teoretičar prava* (ur. B. P. Košutić, et. al.), IVR Srbija i Dosije studio, Beograd, 2016, стр. 36.
[116] Reversing the ‘Constitutional Revolution’, *https://en.idi.org.il/articles/47916*, 10. јун 2023. Netanjahu: Reforma pravosuđa nije slabljenje već jačanje izraelske demokratije, *https://www.danas.rs/svet/netanjahu-reforma-pravosudja-nije-slabljenje-vec-jacanje-izraelske-demokratije/*, 10. јун 2023.
[117] M. Fromont, стр. 56.
[118] M. de Visser, стр. 90.
[119] *Ibid.*, str. 91.

права из Конвенције, али његове одлуке имају велики ауторитет и снажно утичу на развој уставног и свеопштег права унутар држава потписница Конвенције.[120]

II 5. ЗАКЉУЧАК ДРУГОГ ДЕЛА: ЕВОЛУТИВНИ РАЗВОЈ ЧУВАРА УСТАВА

У многим државама које данас поседују институције које обављају уставносудску функцију, претходи богата предисторија. Она је најразноврснија и најдужа у САД. Развој контроле уставности у тој држави је особен, јер је неопходно да се у обзир узме деловање и британских судова из 17. и 18. века, а посебно Тајног савета, као специфичног уставног суда за колоније. Новији налази у радовима америчких аутора указују на то да је током читавог XVIII века, у пракси судова северноамеричких колонија постојала свест о нужности постојања контроле уставности и да се они нису либили да врше ту државну функцију. Идеја о потреби заштите устава и уставности, у Француској се појавила у оном тренутку када се појавила и истинска уставност. Од времена Сјејеса и Француске револуције, па све до средине XX века, ова држава је покушавала да пронађе сопствени, задовољавајући модел уставности, а с њим и одговарајући модел заштите устава. Од тада, на сваких пар деценија, Француска је правила крупан искорак ка ширењу и јачању уставносудске контроле. Коначно, немачки развојни пут је најкраћи, али најексплозивнији. Контрола уставности се у Немачкој развијала попут бамбусовог дрвета: после садње, током првих неколико година, на површини се не дешава апсолутно ништа, а онда напрасно, за неколико месеци дрво достигне висину од неколико метара. Изгледа да је доношење Франкфуртског устава представљало садњу уставносудског семена, које је скоро читав век развијало дубоко и разгранато корење, да би се онда за пар деценија развио вероватно и најмоћнији орган уставносудске контроле у свету. Дакле, искуство све три државе, са свим својим појединачним особеностима, упућује на то да се уставносудска функција развијала еволутивно. Са јачањем свести о значају и неопходности поштовања устава, формирала се и идеја о нужности уобличавања његове ефикасне заштите. У прилог овој тези сведочи и настанак првог уставног суда – Уставног суда Аустрије, коме су претходили органи ограниченог уставносудског домета (у аустријском, односно аустроугарском царству), а у једном ограниченом облику о еволутивном развоју сведочимо и државама попут Грчке, Швајцарске, Шпаније, па и појединих постсоцијалистичких држава попут бивших југословенских република, Чешке и Словачке, Пољске и др.

Као што смо видели, до данас су се развила два велика система судске контроле уставности, децентрализовани – амерички и централизовани – европски. У оквиру европског разликују се два модела: немачки и француски. Оба европска модела су потекла од истог „претка“ Уставног суда Аустрије, с тим да му је немачки остао привржењији, док код француског постоје унеколико већа одступања. С обзиром да су под утицајем наше три одабране државе настала поменута три модела контроле уставности, оне ће нам послужити као иделни типови, у Вебером смислу[121], за одређивање језгра уставносудске функције.

[120] M. Fromont, стр. 54.

[121] „Идеални тип је назив за методу којом се на апстрактан начин описује друштвена стварност ради што бољег разумевања њене сложености.“ Ову методу развио је немачки социолог Макс Вебер (*Max Weber*). Idealni tip, *https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=26904*, 10. јун 2023.

III ЧУВАРИ УСТАВА У САВРЕМЕНИМ УСТАВНИМ СИСТЕМИМА

Пред читаоцем се налази део рада који се бави актуелним стањем законодавства у нашим трима државама. На првом месту биће речи о томе како се уставни и законски текстови односе према институцијама које врше уставносудску функцију, шта су уставотворци желели, а у шта су се данас ове институције изродиле. Потом ћемо се бавити питањима начина на који се ови органи формирају и како се према њима односе органи који у том поступку учествују. Трећи и на одређени начин, централни део резервисан је за делатност, односно за послове које ове институције обављају, а превасходно ће бити анализирана нормативна контрола уставности. Природно, у наставку ћемо се осврнути на поступак пред овим органима, и на самом крају на производ њиховог рада, акте које доносе, на првом месту одлуке, њихове врсте и дејства. Током већег дела ове главе држаћемо се успостављене хронолошке структуре излагања – САД, Немачка, Француска. Само ћемо у последњем делу, који се тиче одлука, из практичних и методолошких разлога редослед преокренути, па ћемо почети са Француском, а завршити са САД. На одређени начин, овом променом желимо да додатно истакнемо сличност која међу посматраним институцијама постоји и којим год редоследом да вршимо анализу, резултати ће бити исти или слични.

III 1. СТРУКТУРА УСТАВА И (НЕ)ЖЕЉЕНА ПОРУКА УСТАВОТВОРЦА

Наше излагање о положају чувара устава у савременим уставним системима почећемо онако како је најприродније – од почетка. Прецизније, од става уставотвораца или „очева оснивача“, америчког, немачког и француског устава према органима који данас врше уставносудску функцију. Овај однос може да се сагледа на два начина. Први, нормативни, је онај који полази од самих уставних текстова, од тога шта је у њима о чуварима устава написано и које и какво место им је додељено у целокупној уставној структури. Други, друштвено-политички, представља анализу тзв. припремних радова, тј. стања политичких односа и ставова поводом одређеног уставноправног феномена у моменту доношења устава, конкретно о чуварима устава. У наредним редовима потрудићемо се да се осврнемо на оба ова момента, пошто тек њихова заједничка анализа може да пружи целовит одговор на питање какве су институције тадашњи уставотворци желели да створе.

III 1. 1. САД

С обзиром на дуговечност америчког Устава и његову сумарност, веома мали круг питања која су у нашем фокусу је регулисан тим актом на изричит начин. Чланом 3 Устава САД судска власт је поверена Врховном суду и нижим судовима.[122] Врховни суд САД је највиши амерички суд, који поред осталих „класичних“ судских функција, обавља и уставносудску функцију, што је у складу с његовом улогом у оквиру децентрализоване контроле уставности.[123] Уколико се поменути члан посматра строго формално-правно, као текст, он одређује „врло мало“. Та празнина или недореченост је

[122] Вид. детаљније: Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi*, IRO Svetozar Marković, Beograd, 1984, стр. 465.
[123] О разликама између централизоване и децентрализоване контроле, вид. M. Cappelletti, стр. 132 и даље.

створила потенцијал за „оно што се у ствари развило“, а то је „можда најмоћнији правосудни систем у историји света“.[124]

Надлежности Врховног суда САД су на крајње „лаконски“ начин такође прописане чл. 3 Устава. Овакав однос уствотворца указује на компромис који стоји иза тих одредаба. Стога не изненађује што у Уставу нигде није предвиђена судска контрола уставности као таква, иако се из Федералиста 78, који је написао Хамилтон, може закључити да су „очеви оснивачи“ били наклоњени тој активности.[125] Ипак, амерички Устав поседује одредбу из које се посредно извлачи оправдање и својеврсни основ за судску контролу уставности. Реч је о чл. 6 ст. 2 који се тиче извора права у САД и везаности судова „врховним законом“ (Устав, закони и међународни уговори). Стога је упркос недостатку недвосмислене одредбе о контроли уставности, преовлађујући став у америчкој теорији да су „очеви оснивачи“ желели да је заснују. О овоме сведочи и богата традиција како колонија на америчком тлу, тако и Тајног савета у Лондону, који је био нека врста врховног суда за колоније, о чему смо детаљније писали у претходном делу рада (вид. *supra II 1.*).[126]

Од преко осам хиљада жалби годишње, Суд одлучи у око стотинак предмета, јер је његова одлука који ће предмет да узме у разматрање „потпуно дискрециона“. Важно је да се напомене да они предмети који нису узети у разматрање, нису аутоматски и потврђени (у смислу да је Суд потврдио налазе нижег суда). Они једноставно нису размотрени и то не носи са собом никакву „прецедентну вредност“.[127] Дакле, од неколико хиљада предмета, Суд отприлике одлучи о једном проценту. Од тих стотинак предмета, око 30% су они који садрже уставноправна питања. И то су углавном тзв. тешки случајеви (*hard cases*).[128] Занимљиво је да се по аутоматизму истиче да је Врховни суд једноставно суд, па да онда не би требало да постоји ни спор о функцијама које врши, односно и када врши оцену уставности, он је само суд. Уколико се узме у обзир податак да безмало једна трећина његових судија нису били правници по образовању,[129] поставља се питање какав је то суд, или ко треба да седи у суду да би се он тако звао.

Рад највиших судова савезних држава и федералних апелационих судова није занемарљив и они се сматрају „веома значајним уставним судовима“, јер се у многим ситуацијама њихове одлуке јављају као коначне, пошто је шанса да оне буду преиспитане пред Врховним судом веома мала.[130] Ипак, Врховни суд је и даље „у значајној мери уставни суд“, на првом месту из разлога што је готово свака трећа одлука коју донесе из уставне материје, односно тиче се директно политике егзекутиве,

---

[124] Kermit L. Hall, (Editor in Chief), James W. Ely, Jr. Joel B. Grossman (Editors), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Second Edition, Oxford University Press, New York 2005, стр. 56

[125] *Ibid.*

[126] David G. Savage, *Guide to the U.S. Supreme Court*, CQ Press, Washington, 2010. стр. 93.

[127] K. L. Hall, стр. 47.

[128] Robert A. Kagan, Gregory Elinson, “Constitutional Litigation in the United States”, in: *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Ralf Rogowski and Thomas Gawron (Eds.), Berghahn Books 2016, стр. 32 и 40. Одлика тзв. тешких случајева је да Устав САД не садржи прецизну норму, већ да суд у конкретном случају може да је протумачи на више различитих начина. Који од путева тумачења (односно креације) ће да изабере, зависи од принципа који се налазе ван самог текста Устава. Вид. детаљније: K. L. Hall, стр. 218.

[129] Klaus Stüwe, “The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court - Selection, Nomination and Election of Justices”, *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Ralf Rogowski and Thomas Gawron (Eds.), Berghahn Books 2016, стр. 242.

[130] R. A. Kagan, G. Elinson, стр. 32.

како савезне, тако и федералних јединица. Такође, ти предмети обично привлаче велики публицитет, политички су контроверзни и имају далекосежне последице.[131] Дакле остаће енигма шта је амерички уставотворац тачно желео, односно какву је улогу судству, а најпре Врховном суду хтео да намени. Тај огроман брисани простор, искористиле су судије тог суда и протумачиле текст Устава онако како су оне сматрале да треба, а остали политички актери су то прихватили. О детаљима више у наставку овог дела.

III 1. 2. Немачка

„Ово није оно што смо имали на уму.“ Овако је гласила реченица коју је на самом почетку рада Савезног уставног суда Немачке (у даљем тексту: СУС) изговорио бивши немачки председник, Конрад Аденауер, давне 1952. године.[132] Насупрот овоме, Свит истиче да су за разлику од француских „очева оснивача“, немачки врло добро знали да ће оснивањем СУС створити трећи дом парламента, јер ће без обзира на „играње различитим правним концептима“, уставносудске одлуке и одлучивање бити истоврсно као код законодавца.[133]

У складу с чл. 92 Основног закона (у даљем тексту: ОЗ) судска власт је поверена судијама, а њу врше Савезни уставни суд, савезни и судови земаља. Иако је сврстао СУС у судску власт, уставотворац му је дао првенство, помињући га у овом уводном члану деветог одељка Устава.[134] Због тога Шарчевић истиче да је СУС „један *суд*“ (одлучује само на основу захтева, везан је искључиво за право и дела у складу са судском независношћу), али истовремено признаје да политички значај Суда не треба да буде потцењен и да поводом политички „спорних и рискантних питања“ његове одлуке „представљају својеврстан 'политички став'“. Ипак, овај аутор сматра да то не умањује његов правосудни квалитет, јер су одлуке засноване на Уставу.[135] Видећемо касније да овом одређењу треба додати једно прецизирање – одлуке СУС су засноване на немачком уставу, али онаквом каквим га он протумачи.

Што се тиче организације СУС, немачки Устав је крајње сумаран, у овој области већина питања је препуштена законодавцу, што је и изричито наведено у другом ставу чл. 94 ОЗ. За разлику од америчког, немачки уставотворац је СУС у неколико различитих чланова недвосмислено доделио велики број послова, а пре свега онај посао да оцењује сагласност закона с Уставом. Због ове веома широко постављене надлежности, у почетним годинама његовог рада, истицан је и отворени страх, да не само да може да дође до „владавине суда“, него и до стварања „ауторитарне судске државе“.[136] Закон о Савезном уставном суду (у даљем тексту: ЗоСУС) у свом првом члану одређује СУС као савезни суд, који је у односу на све друге уставне органе самосталан и независан. Комерс и Милер о овоме пишу да СУС стоји одвојено и независно од свих осталих савезних судова, обављајући своју надлежност „не само као чувар уставних вредности, него и као кормилар који води и усмерава политички систем као целину“.[137] Они се позивају на друге немачке ауторе када истичу да је у свести

[131] *Ibid.*
[132] Werner Heun, *The Constitution of Germany*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2011, стр. 179.
[133] A. S. Sweet (1992), стр. 252.
[134] Edin Šarčević, *Ustav Savezne Republike Nemačke*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2019, стр. 178.
[135] Edin Šarčević, *Ustavno uređenje Savezne republike Nemačke*, Kult, Sarajevo, 2005. стр. 73 и 74.
[136] О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, стр. 53.
[137] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 54.

континенталног правника укорењена мисао о судској контроли уставности у ширем смислу (*judicial review*), пошто на другом месту праве разлику између *judicial review* и *constitutional review* – као политичкој активности, јер је уставно право у својој основи политичко. Ово је био један од главних разлога за оснивање посебног трибунала који би се бавио питањем уставности закона, уместо да се та надлежност повери врховном суду с више различитих јурисдикција.[138] Када је стваран важећи немачки Устав, Парламентарно веће (савезна уставотворна скупштина) је пошло од претпоставке да ће „задаци Савезног уставног суда у суштини бити политичке природе и да ће његове одлуке имати значајне политичке последице". То је био разлог што није дошло до спајања судства и уставног судства у једну институцију – Врховни савезни суд, већ је „политички акцентуирани суд" постављен на прво место (у оквиру дела Устава који се бави судством), чиме је Суду указан „највећи дигнитет".[139]

Савезни уставни суд је и уставни орган. Овако је он сам себе окарактерисао у свом *Меморандуму*[140] од 27. јуна 1952. године. Поједини аутори иду толико далеко да му због његових надлежности признају „специјални статус изнад свих осталих уставних органа".[141] Дакле, када пише о самом себи Суд истиче да је и суд и уставни орган. Као суд, он је „чувар Устава" и има „последњу реч" у његовом тумачењу. Ипак, други савезни судови у Немачкој немају статус уставних органа, док СУС стоји у истој равни с Бундестагом, Бундесратом, председником Републике и Савезном владом. Његов председник има истакнуто протоколарно место (пету најистакнутију позицију у Немачкој, после председника поменутих органа), судије нису подређене ниједном савезном министру, и нису савезне судије, већ имају статус чланова других савезних органа.[142] Међутим, оваква позиција му није „дарована" првобитном вољом уставотворца, већ се он за њу борио од почетка свога рада и постепено изборио. Наиме, Основни закон је био „амбивалентан у односу на статус Суда", те је тиме његов однос према осталим савезним судовима био нерешен.[143] Уз то, парламент је могао да регулише његову организацију и процедурална питања, док је сам Суд био под влашћу савезног министра надлежног за правду. СУС се није мирио са оваквим својим положајем. Као последица тога у јуну 1952. објављен је поменути меморандум, који је саставио судија Герхард Лајбхолц (*Gerhard Leibholz*), у којем је између осталог тражено да буде укинута подређеност у односу на министарство правде, потпуна буџетска аутономија, потпуна самосталност у интерним питањима Суда – на првом месту могућност самосталног бирања судске администрације и судијских помоћника. Коначно, у меморандуму је захтевано и то да се Суду призна статус уставног органа, у нивоу највиших савезних органа. После политичких надметања која су уследила по објављивању тог документа, већ 1953. изменом ЗоСУС прекинуте су везе с министарством, а до 1960. остварени су сви захтеви. Изменом Основног закона од

[138] Немачки аутори истичу да је овоме додатно допринело и то што у немачком систему не постоји један врховни суд као у САД, већ више савезних судова који су специјализовани за различите области, а с друге стране да су утемељитељи Основног закона одустали од старе позитивистичке идеје о одвојености права, морала и правде, и уместо ње одредили уставну моралност као владара над правом и политиком. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 1 и 3.

[139] J. Limbach, стр. 17.

[140] Комерс и Милер користе израз *memorandum*. Вид. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 17, а Хојн *status report*, вид. W. Heun (2011), стр. 168.

[141] W. Heun (2011), стр. 168.

[142] 2021 Annual Report Federal Constitutional Court, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/jahresbericht_2021.pdf?__blob=publicationFile&v=8*, 20. новембар 2022. Един Шарчевић, *Изабране одлуке немачког Савезног уставног суда*, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. 2010, стр. 31. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 18.

[143] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 17.

1968. (чл. 115 ОЗ) уведена је забрана промене ЗоСУС, чак и у стању непосредне ратне опасности, без сагласности СУС.[144]

Данас СУС самостално креира и доноси свој буџет уз директне консултације с парламентом и министарством финансија, а његов председник поседује снажну власт поводом питања унутрашње администрације. Председник Суда је први међу једнакима кад је реч о „судовању", али је најважнија фигура у вези са руковођењем, у административном смислу.[145] У тој својој улози се ослања на пленум свих судија, који доноси пословник о раду и њиме регулише значајна питања и врши поделу посла, па се у ту сврху оганизују посебна радна тела надлежна за буџетска, кадровска, питања архиве, библиотеке и сл. Незанемарљиву позицију има и секретар суда, који мора да буде правник. Сваки судија може да има четири помоћника.[146] Организација, поступак и надлежности Суда су прецизиране ЗоСУС, док су питања унутрашњег уређења попут буџета, административне дужности судија, послови и регрутација особља суда, функције и поступак пред пленумом, рад на седницама Суда, припрема мишљења, јавне расправе и сл., регулисане Пословником о раду Савезног уставног суда.[147] СУС самостално доноси свој пословник о раду (чл. 1 ст. 3 ЗоСУС).

III 1. 3. Француска

Глава VII Устава Француске носи назив – Уставни савет. У њој се налазе одредбе које прописују начин избора и положај саветника, основне надлежности Савета, дејство његових одлука, и сл., али се одредбе о раду Савета могу пронаћи и у другим деловима Устава, у зависности од врсте питања. Уставотворац је даљу разраду положаја овог тела резервисао за посебан органски закон (донет у форми ордонансе).[148] Поменути део Устава о Савету се налази после делова који се тичу суверенитета, председника Републике, Владе, парламента, као и међународних уговора и споразума, а пре делова у којима су обрађени положај судске власти, Високог суда, Заштитника права итд. Дакле, уставотворац је јасно издвојио Уставни савет од других уставних органа, како од политичких власти, тако и од судова, чиме је ставио до знања да се ради о посебном и другачијем органу, али је остало упитно о каквој је тачно институцији реч. Француски аутори истичу да „свечаност оснивачких текстова" не може да нас натера да „заборавимо оклевање и потешкоће првобитних конституената да имају јасну представу о институцији коју су створили".[149] Те давне 1958. године, француски уставотворци „свакако нису желели да створе прави врховни суд, чак ни уставни суд".[150] Увидом у „припремне радове", закључује се да Савет „није био замишљен као фер и независан судија"[151], с обзиром на додељену надлежност да

[144] *Ibid.*, стр. 18.
[145] *Ibid.*, стр. 25.
[146] *Ibid.*
[147] *Ibid.*, стр. 733.
[148] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, Journal officiel du 9 novembre 1958 p. 10129. Доступно на интернет презентацији Уставног савета: *https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/ordonnance-n-58-1067-du-7-novembre-1958-portant-loi-organique-sur-le-conseil-constitutionnel*, 15. октобар 2022.
Интересантно је да се Уставни савет првобитно о њему није изјашњавао, али о свим његовим накнадним изменама јесте, пошто је мењан више пута. Вид. Louis Favoreu, *et. al., Droit constitutionnel*, Dalloz – 2019, стр. 339.
[149] Dominique Rousseau *et. al., Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, Paris 2020, стр. 29.
[150] Didier Maus, „1958-2013: Čudnovata pustolovina Ustavnog saveta", *Uvod u pravo Francuske*, ur. O. Nikolić, V. Petrov, Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2013, стр. 22.
[151] A. S. Sweet (1992), стр. 48.

испитује само законодавне, али не и акте извршне власти. О томе сведочи и начин избора његових чланова, као и чињеница да је Уставни консултативни комитет у завршни нацрт Устава од 1958. уврстио механизам покретања поступка од стране парламентарне мањине, али да Влада није усвојила овај предлог. „Ни Комитет ни Влада нису имали намеру да од Савета направе суд“.[152] Франсоа Лишер (*Francois Luchaire*) је тада истицао да Савет „неће бити чувар Устава“, већ ће омогућити решавање „спорова правне природе између великих државних органа“.[153]

Позивајући се на француске ауторе Свит истиче да је функција Савета била да „олакша централизацију извршне власти и да обезбеди да се систем на неки начин не врати на традиционалну парламентарну догму“.[154] Француски аутори су поводом тога још јаснији, с једне стране, циљ је био да се оконча „парламентарна хегемонија“, а с друге, да се избегне „успостављање стварног уставног суда, супротно француској политичкој традицији“.[155] Бранећи се од владиних напада током 1986. године[156], Уставни савет је изашао у јавност са саопштењем у којем је изнео и следећи став о себи: „Уставни савет у складу с Уставом има судску мисију да испитује уставност закона који су му упућени. Он [Уставни савет] одбија да учествује у тренутној расправи која је суштински политичка“.[157] Дакле, с једне стране, Савет истиче своју политичку непристрасност позивајући се на свој правни метод рада (*juridique, juridical*), али с друге стране опстаје стара дилема, шта је заправо Уставни савет. Његов некадашњи председник, Роберт Бадентер (*Robert Badinter*), је током расправе о ревизији Устава од 2008. године у Сенату (увођење приоритетног питања уставности – *QPC*) предложио промену назива Савета у „Уставни суд“, желећи да се „право усклади с фактичким стањем“.[158] Предлог није изгласан јер парламентарци нису сматрали да је промена имена нарочито „корисна“, а постоје и тумачења да се иза овог одбијања крије жеља Парламента да очува свој положај, који је увођењем ППУ већ значајно угрожен.[159] Сам Бадентер истиче да творци Устава нису осмислили Уставни савет по угледу на европске уставне судове, већ само као гаранта који треба да обезбеди да „Парламент не проширује своје прерогативе занемарујући уска правила 'рационализованог парламентаризма'“, те зато сматра да је на почетку Савет био „подјармљен“, а да се постепено ослобађао стега.[160]

„Уставни савет данас није оно што је требало да буде за своје оснивaче.“ Он је постао управо супротно од њихове намере: „Чувар Устава и права и слобода грађана“.[161] Стога је главна дилема: „Да ли је Савет постао оно што јесте, силом или једноставно кроз развој институционалне логике која је претходила његовом проналаску? Другим речима, да ли је текст од 1958. садржао, без знања својих аутора, услове за успостављање стварне уставносудске надлежности која контролише општу

[152] *Ibid.*
[153] D. Rousseau *et. al.*, стр. 30.
[154] A. S. Sweet (1992), стр. 47.
[155] D. Rousseau *et. al.*, стр. 29.
[156] Поводом делимичне неуставности закона који се тицао слободе медија, тадашњи француски министар правде је у јавности оптужио Савет да поседује превише „дискреционе власти“, да се понаша као трећи парламентарни дом и да то угрожава позицију саме Владе. Вид. детаљно: A. S. Sweet (1992), стр. 87.
[157] A. S. Sweet (1992), стр. 100.
[158] D. Rousseau *et. al.*, стр. 89.
[159] *Ibid.*
[160] Robert, Badinter, “Une longue marche Du Conseil à la Cour constitutionnelle”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 25/2009, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/3062/pdf*, 17. фебруар 2021.
[161] D. Rousseau *et. al.*, стр. 31.

усклађеност закона с Уставом?“.[162] Француска теорија на ово питање покушава да пружи одговор дајући три аргумента. Први, правни, представља став да Устав не садржи забрану да се Савет позива на Преамбулу и Декларацију од 1789. године, за разлику од Устава од 1946. који је ту могућност изричито искључио. Други, социолошки, ослања се на Тукидидове речи, да свака институција „настоји да повећа своје надлежности и максимизира своју моћ“, па тако није зачуђујуће да је Савет тумачио уставни текст „у свом најбољем интересу“.[163] У прилог томе да је овакав развој догађаја какав имамо данас, на одређени начин био сагледан још те давне 1958, говори податак да је један од нацрта уставног текста садржао механизам сличан данашњем ППУ, као и могућност покретања поступка пред Саветом од стране трећине чланова сваког од парламентарних домова – ово би био трећи, историјски аргумент. Ипак, већина у том тренутку није желела „владу судија“, већ само надзор над парламентом како би се „ставила тачка на хегемонију скупштина“.[164] О томе у шта је Савет временом еволуирао и како данас изгледа, више речи у наставку овог дела рада.

III 1. 4. Уместо закључка: „Ово није оно што смо имали на уму.“

Када је реч о органима којима је уставносудска функција у посматраним државама поверена, оно што данас постоји у реалности и оно што се налази у уставним текстовима, не кореспондира једно са другим. Уставни текстови пружају углавном делимичан и недоречен одговор на питање каква је улога и природа ових органа. Устав САД је у том погледу најмагловитији. Све што се током протеклих више од два века дешавало на пољу контроле уставности је углавном последица (широког) тумачења његових одредаба. Ипак, у претходном, историјском делу рада, видели смо да данас преовлађује схватање да су амерички уставотворци („очеви оснивачи“) имали на уму да ће амерички судови, а пре свих Врховни суд, поред својих уобичајених судских дужности, вршити и судску контролу уставности, јер је она постојала и пре доношења федералног Устава. Два су могућа разлога зашто то није учињено на експлицитан начин. Први, мање вероватан, да су сматрали да је то толико очигледно и подразумевајуће, те да не постоји потреба да се ова делатност изричито помиње. Други, вероватнији, да је реч о својеврсној уставној „подвали“, односно политичком компромису приликом доношења америчког Устава – одредбе су срочене тако да касније могу да буду допуњаване у складу с потребама тренутка у којем се примењују. Када је реч о два европска уставотворца, ситуација је доста конкретнија. Јасно је да ни немачки, ни француски уставотворац нису желели органе у какве су се Савезни уставни суд, односно Уставни савет, данас развили. Ово посебно важи за француски случај. Проширивши 1971. године мерила на основу којих одлучује, Уставни савет је суштински позвао будућу ревизиону власт да ову промену потврди или одбаци. У наредним деценијама, француски уставотворац се определио за прву опцију, пошто је континуирано радио на јачању положаја Савета. Због тога се он данас готово у потпуности разликује од оног Уставног савета с почетка шездесетих година 20. века. С друге стране, у Немачкој, слично као и у САД, на делу имамо уставне одредбе које су последица релативно широког политичког компромиса, који је постојао у моменту доношења Основног закона. Подвођењем Савезног уставног суда под судску власт, покушано је да се умањи, или макар да се замаскира, оно што је већ тада било очигледно, да је на помолу институција огромног политичког утицаја. Временом је,

[162] *Ibid.*
[163] *Ibid*. стр. 31.
[164] *Ibid*., стр. 32.

највише захваљујући његовим члановима, овај суд додатно оснажио свој ионако важан положај у немачком уставном систему.

III 2. САСТАВ ЧУВАРА УСТАВА

На претходним страницама сагледали смо шта су уставотворци имали на уму приликом креирања чувара устава, а у шта су се оним временом развили. На овом месту, осврнућемо се на питање састава ових органа (начин избора њихових чланова, услове које они морају да испуњавају, трајање и престанак мандата). Анализа ових питања је за тему нашег истраживања веома значајна. Откривањем процеса који се одвијају приликом избора чланова чувара устава, долазимо до вредних сазнања која нам омогућавају да укажемо на све особености њиховог састава. Чувари устава неретко носе назив „суд“ (САД и Немачка), односно веома често се са судом изједначавају (Француска), што може да доведе до поједностављених и непрецизних одређења њихове природе. Проучавање поменутих питања помоћи ће нам да сагледамо структуру ових органа у њеној пуноћи. Управо у специфичности начина одабира чланова чувара устава, њихових квалификација и дужине мандата, лежи клица оног политичког елемента који они несумњиво носе у себи. Дакле, проучавање састава ових органа пружиће нам увид у њихову правно-политичку природу, која ће се касније одразити и на начин њиховог деловања, односно крајњи производ – одлуке, а на послетку ће нам помоћи и да одгонетнемо природу саме уставносудске функције.

III 2. 1. Поступак избора

Поступак избора чланова чувара устава веома добро осликава њихову особену природу. Он је неупоредиво више под утицајем политике, него што је то случај код „обичних“ судова. Видећемо да чак и у САД, земљи у којој Врховни суд органски припада судској власти, поступак избора његових чланова подсећа на председничке изборе. У Немачкој и Француској медијска помпа није у толикој мери присутна, али је утицај политичког чиниоца такође изражен.

III 2. 1. 1. САД

Амерички Устав не говори ништа о броју судија Врховног суда. Он се током 19. века више пута мењао, а коначно је утврђен Законом о судству (*Judiciary act*) од 1869. године. Од тада највиши амерички суд броји девет судија. Чланом 2 Устава предвиђено је да судије именује председник САД уз претходно мишљење и одобрење Сената. Пошто комбинује систем избора с постављењем, тј. потврдом од стране другог органа, амерички систем избора судија Врховног суда би се могао сврстати у хибридни или мешовити.[165] Пошто ни Устав ни закони не садрже разраду одредбе о избору, ова празнина је омогућила да се еволутивним путем развију сложене, али углавном

[165] Улога Сената у овом процесу је више од формалне, пошто одбијање предложених кандидата нису реткост. Renata Uitz, “Judicial Appointments to Supreme Courts and Constitutional Courts: What Do We See and What Are We Fated to Miss?”, *Arguments that Work: Strategies, Contexts and Limits in Constitutional Litigation*, ed. Renata Uitz, Eleven International Publishing, The Hague, 2013, стр. 150.

неформалне процедуре.[166] Тако се током протекла два века развила богата пракса и велики број уставних конвенција које детаљније уређују избор судија највишег суда.

Председникова улога у процесу селекције судија би се могла означити као активна, а улога Сената као „реактивна“.[167] Председник САД у сарадњи са својим кабинетом и многобројним сарадницима проналази одговарајућег кандидата, кога предлаже Сенату. У овом чину огледа се његова проактивна улога, јер Сенату преостаје или да потврди или да оспори председников избор. Процес у којем председник именује кандидата, којег је Сенат већ потврдио, своди се на пуку формалност, што имплицира да је тежиште поступка у претходна два корака: предлагању и потврђивању. У овом процесу се сучељавају све три власти америчког уставног поретка, он представља њихову „спону“ (*nexus*).[168]

Начелно, председник би могао да сâм донесе одлуку, али ће најчешће она бити плод „квази-колегијалног одлучивања“, у коме ће учествовати многобројни саветници, при чему ће председникова реч ипак бити пресудна.[169] Поред чланова председничког кабинета, важну, мада и даље неформалну улогу могу имати: сенатори, активне судије, различити спољни играчи, итд. Број актера и снага њиховог утицаја зависиће, између осталог и од дужине трајања процеса селекције (од момента упражњавања места у Суду до момента објаве имена кандидата).[170] Посебно је занимљиво што и актуелне судије Врховног суда могу да остваре значајан утицај на председника, иако избегавају јавну укљученост. Тако је познато да је Џон Ф. Кенеди (*John F. Kennedy*) затражио савет од судија приликом једног именовања 1962. године.[171]

Током одабира кандидата, председник САД мора да води рачуна о интересима свих наведених група као и да предвиди реакцију Сената, јер успешно окончавање читаве процедуре додатно ојачава председников положај пред бирачима и уопште у јавности.[172] У овој замршеној политичкој игри кључно је да се процени како ће се Сенат односити према одређеном кандидату, јер су сенатори двоструко везани, с једне стране према својој странци, а са друге према бирачком телу државе из које потичу. Дешава се да и пре самог обелодањивања имена конкретног кандидата, председникова администрација ослушкује расположење јавног мњења, тако што у јавност пушта списак могућих кандидата, што је 2016. године урадио тада још увек само председнички кандидат Доналд Трамп (*Donald Trump*).[173] Амерички аутори истичу да председнику на располагању стоје две могуће стратегије изласка пред Сенат с предлогом кандидата за судију. Прва, која обухвата оштру и ризичну политичку борбу између две партије, чији ће исход зависити од односа снага у Сенату. Друга представља тзв. консензуални приступ, тј. предлагање кандидата који би могао да

[166] Амерички аутори истичу да Устав не говори ништа о томе шта одредница *advice and consent* тачно значи. Истраживања указују да идеологија предложених кандидата игра одлучујућу улогу. Richard Davis, *Electing Justice – Fixing the Supreme Court Nomination Process*, Oxford University Press, New York, 2005, стр. 16 и 21.

[167] О улози председника и његовим мотивима приликом предлагања кандидата, вид. више: K. L. Hall, стр. 691.

[168] Richard Davis, стр. 16.

[169] *Ibid.*, стр. 54.

[170] *Ibid.*, стр. 59.

[171] *Ibid.*, стр. 58.

[172] У случају номинације судије Р. Борка (*R. Bork*) по први пут је дошло до опсежне примене мерења степена подршке јавног мњења, јер је јавност била изузетно заинтересована за овај поступак, о чему сведочи податак да је у коалицију која се супротстављала његовом именовању било укључено више од 300 интересних група. *Ibid.*, стр. 100, 122 и 130.

[173] Ђорђе Марковић, „Trampova reforma Vrhovnog suda“, *Pravni život*, Том IV, 12/2019, стр. 655.

одговара обема странама. Иако се друга варијанта „чини логичнијом“, она не иде увек у прилог председнику, нарочито ако је притисак његовог бирачког тела и интересних група велики, посебно ако се налази на истеку првог мандата и очекује га кампања за реизбор.[174] Новија политичка пракса у САД нас учи да стриктног правила нема, да може да пропадне и кандидат који представља средњу идеолошку опцију (попут Мерика Гарланда – *Merrick Garland*) или да буде изабран онај који се суочио са снажним противљењем како опште јавности тако и сенатора (Брет Кавено – *Brett Kavanaugh*).

Пошто Устав не пружа никакве смернице о томе како Сенат одлучује, овај орган је био приморан да током вишедеценијске праксе развије сопствена (не)писана правила. Једно од најважнијих формалних правила новијег датума је оно које се тиче учешћа сенатског Одбора за правосуђе у процесу тријаже кандидата, који после „формалних и исцрпљујућих јавних слушања“ подноси предлог Сенату у пленарном заседању.[175] Овај предлог се обично подноси седам дана касније, по окончању јавног слушања. Одбор за правосуђе гласа за предлог резолуције којом предлаже Сенату да (не)прихвати предложеног кандидата. Овај предлог Одбора се разматра на пленарној седници Сената која је увек отворена за јавност, а од 1986. се и преноси путем телевизије. Након расправе следи гласање, простом већином (до недавно одлука се доносила тропетинском већином – 60 гласова).[176]

Током друге половине 20. века и нарочито последњих двадесетак година, америчку политичку историју је обележила све чешћа појава „подељене владе“ (*divided government*). У конкретном случају то значи да председникова странка нема већину у Сенату, чиме настаје „институционална основа за оне који се опиру предложеном кандидату“.[177] Због овога је веома важно како Сенат одлучује, тј. којим се правилима руководи током читавог процеса и где се она могу пронаћи. Нека од њих су записана у сенатском пословнику, док су многа неписана, у облику уставних конвенција. Последњих неколико година процес избора судија Врховног суда је претрпео драматичне промене. Смрт судије Антонина Скалије (*Antonin Scalia*) је означила почетак догађаја који ће несумњиво утицати на ток америчке историје барем у наредних неколико деценија. Најпре је у јеку председничке кампање, тадашњи кандидат, а потоњи председник САД, Доналд Трамп (*Donald Trump*), онемогућио избор кандидата – судије Гарланда (*Garland*), којег је предложио још увек актуелни председник Барак Обама (*Barack Obama*). Ово је учињено с позивом на релативно непрецизна и неписана правила – „Турмондово“ (*Thurmond rule*) и „Бајденово“ (*Biden Rule*) правило, чија је суштина да током изборне године Сенат не треба да разматра судијске номинације.[178] Како је оваквим политичким потезом судијско место остало

---

[174] R. Davis, стр. 61-64.

[175] *Ibid.,* стр. 65.

Јавне расправе о кандидатима су уведене тек почетком 20. века. Прва која је тако одржана десила се 1916., а потом су се оне усталиле, посебно у другој половини тог века. Norman Dorsen, “The Selection of U.S. Supreme Court Justices”, *INT'L J. CONST. L.* 4/2006, стр. 658.

[176] K. Stüwe, стр. 232–233.

[177] R. Davis, стр. 78–79.

[178] Амерички аутор Халс, истиче да није постојала „формализована пракса“ која би потврђивала постојање ове конвенције (мислећи на Турмондово правило). Carl Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, Harper-Collins Publishers, New York, 2019, стр. 21.

Бајденово правило заправо представља један говор сенатора Бајдена, тадашњег председника одбора за правосуђе, који је указао на „праксу свих ранијих председника САД, који су избегавали да номинују судије у изборној години“. Joe Biden Argued for Delaying Supreme Court Picks in 1992,

упражњено, републиканци на челу с новоизабраним председником Трампом су 2017. године поставили судију Нила Горсача (*Neil Gorsuch*) за новог судију Врховног суда. Пошто су демократе сматрале да су игнорисањем Гарландове кандидатуре републиканци вештачки стекли право да именују судију, жестоко су се опирали Трамповом кандидату. Због тога је у Сенату дошло до примене тзв. нуклеарног правила, тј. до снижавања прага који је неопходан да се постигне како би се истовремено окончала сенатска расправа и прешло на гласање о кандидату (са 60 на 51 глас). Ово правило су најпре увеле демократе 2013. године, приликом избора судија нижих федералних судова, док је 2017. оно проширено и на избор судија Врховног суда.[179] Занимљиво је да је члан XXII сенатског Пословника остао непромењен, а да је до промене већине неопходне за затварање дебате дошло посредно: позивањем на члан XX Пословника, који омогућава да се о сваком питању које се тиче повреде Пословника одлучује гласањем, без дебате, што имплицира апсолутну већину, уместо тропетинске већине.[180] Тако је већина којом се затвара расправа о кандидату за судију Врховног суда и прелази на гласање, одређена једним сенатским прецедентним правилом.[181] Све ово је последица оштрих страначких борби или тзв. „рата за судове" који у САД тиња последњих двадесетак година, а корене вуче још од краја осамдесетих година прошлог века. Демократе и републиканци у овој борби покушавају да доскоче једни другима не бирајући средства којим ће се служити. Али да је процес потврђивања предложеног кандидата много сложенији него што на први поглед делује, сведочи и чињеница да сенатори поред свог страначког опредељења, бивају вођени и другим мотивима, тј. сликом која ће се створити о њима у јавности с обзиром на њихов избор. Изразит пример је гласање Лизе Мурковски (*Lisa Murkowski*) сенаторке која представља Аљаску, која није гласала 2018. године за судију Брета Кевена, упркос томе што је припадала републиканском табору. Она се водила „парохијалним разлозима", тј. више се старала о својим гласачима у држави коју репрезентује, неголи о потенцијалном гневу самог председника државе и страначке централе.[182] Поједини аутори указују да су последице оваког стања толико далекосежне, да онемогућавају председника САД да „испуњава своју уставну дужност да именује најбоље судије", као и да утичу на сам Суд да „ефективно функционише".[183]

„Очеви оснивачи" су сматрали да се, када је судска власт у питању, мора одступити од строгог поштовања правила да „сва постављења највиших магистрата извршне, законодавне и судске власти потичу од истог извора – народа" стога „јер је неопходно пронаћи такав начин избора којим би се најбоље обезбедиле судије одговарајућих способности".[184] Како истичу поједини аутори, позивајући се на истраживања јавног мњења, амерички грађани верују у дуго „неговани идеал" да судије Врховног суда долазе на своје позиције у процесу који је заснован на „систему заслуга и објективности", у процесу у којем председник бира најквалификованије, а

---

https://www.nytimes.com/2016/02/23/us/politics/joe-biden-argued-for-delaying-supreme-court-picks-in-1992.html, 04. јануар 2020.

[179] Вид. Cloture Motion, Congressional Record Vol. 159, No. 167 (Senate - November 21, 2013), *https://www.congress.gov/congressional-record/2013/11/21/senate-section/article/s8418-1?s=8&r=52*, 4. јануар 2020. PN55-Neil M. Gorsuch-Supreme Court of the United States 115th Congress (2017-2018), *https://www.congress.gov/nomination/115th-congress/55?s=6&r=3932*, 4. јануар 2020.

[180] Rules of the Senate, *https://www.rules.senate.gov/rules-of-the-senate*, 4. јануар 2020.

[181] C. Hulse, стр. 108–171.

[182] R. Davis, стр. 151. и C. Hulse, стр. 247.

[183] S. G. Calabresi, L. James, "Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered" *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 29, 3/2006, стр. 814.

[184] Aleksandar Hamilton, Džejms Medison, Džon Džej, *Federalistički spisi*, Radnička štampa, Beograd, 1981, стр. 347.

Сенат те особе „хитно потврђује“.[185] Ипак, оно што се дешава у пракси последњих деценија веома се разликује од модела који су творци америчког устава имали на уму – процес који се заснивао на инволвираности релативно малог круга људи, углавном политичке елите.[186] Укључивањем „спољних сила“[187] у поступак селекције судија највишег суда, настао је „хибридни систем“ који се разликује од онога што слово Устава предвиђа.[188] Зато се као право питање не намеће дилема зашто је дошло до веће транспарентности, већ зашто је „систем којим су доминирале елите трајао тако дуго“.[189] „Демократизација процеса именовања је иронична, ако се у обзир узме јасна намера писаца америчког Устава да из њега искључе јавност“.[190] До тога је дошло када је укључивање спољних играча, као што су интересне групе, медији и јавност, прихваћено као легитимно. Разлог за учешће различитих спољних играча у процесу избора судија јесте перцепција да Суд креира политику која директно утиче на њихову сферу деловања, тј. интересовања. Тако се нпр. после чувеног случаја *Roe v. Wade* активирао покрет који се противио абортусу.[191] За медије је избор судија постао „медијски догађај потврђене вредности“ са свим елементима коју једна вест треба да садржи – сукоб, драматичност, јединственост и присуство добро познатих лица.[192] Медијско извештавање директно утиче на учешће јавности, што је већи степен медијске пропраћености, то је јавно мњење више ангажовано.[193]

Спољни чиниоци процеса су ретко неутрални, посебно када се ради о интересним групама. Оне су, приликом помагања председнику, најпре вођене сопственим циљевима у одабиру одговарајућег судијског кандидата.[194] Њихов утицај нарочито долази до изражаја приликом одређивања ужег списка кандидата за судију Врховног суда, па тако у зависности да ли кандидата предлаже демократски или републикански председник, активирају се групе које се баве женским правима, правом на избор (па и на абортус), синдикалне организације, расне и етничке групе, с једне, и привредници, анти-абортус покрет, као и верски конзервативци, с друге стране.[195] Због свега овога „одабир судија Врховног суда представља изборе без гласача“.[196] За разлику од 19. века када се овај процес одвијао брзо и само уз учешће председника САД, данас Бела кућа мора да „прода“ кандидата како Сенату, тако и нацији.[197] Некада је отпор у Сенату био минималан и председникови кандидати су „глатко“ пролазили ову етапу, међутим времена су се променила. Данас је овај процес постао „исцрпљујуће путовање за кандидате“, с обзиром да се детаљно претресају не само сва

[185] Richard Davis, стр. 4.
[186] Дејвис истиче да је у доба очева оснивача јавност минимално била укључена у политику, о избору председника САД одлучивале су елите, које су биле изабране у парламентима федералних јединица. Једино је Представнички дом био демократски изабрано тело, али на изборима на којима је право гласа имао узак круг белих мушкараца који су били власници одређене имовине. *Ibid.,* стр. 86.
[187] То је довело до тога да поступак избора судија добије квази-изборна обележја. *Ibid.,* стр. 10.
[188] *Ibid.,* стр. 158.
[189] *Ibid.,* стр. 178.
[190] *Ibid.,* стр. 125.
[191] *Ibid.,* стр. 87–94.
[192] *Ibid.,* стр. 97
[193] *Ibid.,* стр. 102.
[194] Дејвис наводи шест улога које интересне групе имају у овом процесу: успостављање стандарда, предлагање кандидата председнику, оцењивање кандидата који су доспели у ужи избор, истраживање о кандидату, предвиђање питања која би могла да буду постављена у Сенату и презентација кандидата у јавности. *Ibid.,* стр. 106.
[195] *Ibid.,* стр. 108–109.
[196] Дејвис истиче да постоји видљива сличност између председничких и избора за судије Врховног суда. *Ibid.,* стр. 9.
[197] *Ibid.,* стр. 20.

јавна деловања кандидата, попут одлука, чланака, говора и сл., већ и њихов приватан живот, брачни статус, финансије, па чак и преференције које се тичу гледања видео садржаја.[198] С обзиром на политички карактер органа који доминирају, овај поступак је одувек имао одређену дозу политичког, али данас је то постало више него „упадљиво".[199]

Процес избора судија Врховног суда САД укратко се може описати као високо персонализован и „огољено" политички, у коме не побеђује најкомпетентнији, већ „најмање споран кандидат".[200] Политичка димензија процеса може се сагледати из два различита угла. По својим особинама он се приближава политичким поступцима који се тичу избора носилаца извршне и/или законодавне власти, с тим да је јавности посао додатно олакшан с обзиром на његов „плебисцитарни карактер" – реч је о једној личности и питање је само да ли је грађанин подржава или не.[201] Други аспект политизације огледа се у томе што предлагач (председник САД) представља свог кандидата уз одређену друштвено-занимљиву тему.[202] Поред тога, веома је битно и пожељно да животна прича потенцијалног судије буде што ближа стереотипу о „америчком сну" – о некоме чији су преци (или још боље ако је то његово сопствено искуство) прошли трновит пут до успеха: од потпуне оскудице до успешних грађана, победили расну, етничку, полну или другу дискриминацију, и сл. Пун ефекат се посебно постиже у ситуацијама када је кандидат веома мало, или готово у потпуности непознат широј јавности, па је остављен велики маневарски простор да се он представи у што бољем светлу – „платно је чисто тако да се може насликати пожељна маркетиншка слика".[203]

III 2. 1. 2. Немачка

Основни закон Немачке веома штуро регулише начин избора судија Савезног уставног суда. Чл. 94 ст. 1 само предвиђа да једну половину, од укупно 16 чланова, бира Бундестаг, а другу Бундесрат. Детаљно регулисање поступка препуштено је савезном законодавцу (чл. 94 ст. 2 ОЗ). До 2015. године, Бундестаг је индиректно бирао судије.[204] Парламентарна група Алијанса 90/Зелени се више од 20 година залагала да се измени овај начин избора у Бундестагу. Тако је 2015. године, на предлог свих парламентарних група усвојен закон којим је промењен начин избора,[205] иако је и сам

[198] *Ibid.,* стр. 33–31.
[199] *Ibid.,* стр. 33.
[200] R. Davis, стр. 136.
[201] R. Davis, стр. 126.
[202] За Никсона је то био „строги конструктионизам", односно дословно тумачење текста Устава у односу на време када је донет; Реган и Буш су обећали да неће да именују судије које би водиле законодавну политику са судијског места (*justices who would not legislate from the bench*); док је за Трампа то била дерегулација тржишта. Детаљније: *Ibid.*, стр. 137
[203] *Ibid.,* стр. 132, 133 и 135.
[204] Све до 2015. године и измене појединих одредби ЗоСУС, део судија СУС-а биран је на посредан начин. Уместо читавог Бундестага, избор је вршио посебан парламентарни одбор састављен од 12 парламентараца, који су били предлагани од стране посланичких група, а бирани у складу са пропорционалним системом (Д'Онтов метод). Овакав начин избора је издвајао овај, од других парламентарних одбора, који су били пресликана копија посланичких група према њиховој снази. Због тога је било важно да свака парламентарна група (фракција) обездбеди што веће присутсво својих чланова у дану за гласање, како би била сигурна да ће обездбедити место у овом одбору. Парламентарци су били бирани на само један мандат и нису могли да буду смењени, а одлучивали су на седницама одбора које су биле затворене за јавност. Вид. K. Stüwe, стр. 235.
[205] *Ibid.*, стр. 236. Вид. Neuntes Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes Vom 24. Juni 2015, *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2015 Teil I Nr. 24*, Vom 29. Juni 2015.

суд 2012. оцењивао начин на који су се до тада бирали његови чланови, и нашао да нема ничега спорног у томе.[206]

Поступак избора је веома комплексан и регулисан је ЗоСУС (чл. 5-10). Оба дома немачког парламента учествују у избору судија и то тако што и Бундестаг и Бундесрат бирају по четири судије у сваки од сената по следећој формули: дом који бира једног судију из редова највиших судова, бира преосталу тројицу (који обављају нека друга занимања у тренутку избора попут професуре и адвокатуре), док дом који бира двојицу судија из редова највиших судова, бира преосталу двојицу који обављају друга занимања (чл. 5 ст. 1). Начин на који ће се ова алтернација одвијати зависи од неформалног договора између домова. Видети приложену табелу у наставку.

Табела 1. Формула за избор судија према ЗоСУС[207]

ДОМ ПАРЛАМЕНТА (зависно од неформалног договора)	Бундесрат (Бундестаг)	Бундестаг (Бундесрат)	Бундесрат (Бундестаг)	Бундестаг (Бундесрат)
БРОЈ ПРЕДЛОЖЕНИХ СУДИЈА ЗА ЈЕДАН СЕНАТ (сваки дом предлаже по четири)	1	*2*	3	*2*
ПОРЕКЛО СУДИЈА	Из редова највиших федералних судова		Остала занимања	

Извор: Табелу је направио аутор, на основу анализе законских извора и стручне литературе.

Почетак поступка иницира Министар за правосуђе, који две листе кандидата који испуњавају услове, шаље председницима Бундестага и Бундесрата (чл. 8 ЗоСУС). Министарство за послове правосуђа саставља једну од двеју кандидатских листа и њу чине судије из редова федералних судова, док се на другој налазе кандидати које заједно предлажу парламентарне групе доњег дома савезног парламента, савезна влада и земаљске владе.

Читав Бундесрат разматра предложене листе и доноси одлуку двотрећинском већином свих чланова овог дома (чл. 7 ЗоСУС). За разлику од Бундестага, Бундесрат је одувек на овај начин бирао судије СУС. Избор се одвија без учешћа јавности, која суштински и није потребна, јер се листа кандидата саставља или од стране конференције 16 министара правосуђа (из сваке савезне државе по један) или као резултат неформалних договора између лидера земаљских влада. Гласање на пленарној седници Бундесрата углавном пролази без дискусије и једногласно.[208]

Ситуација је много компликованија када је реч о Бундестагу. Посебан парламентарни одбор (Изборни одбор који се формира само за ову прилику) сачињава финални предлог кандидата. Одбор има 12 чланова, посебно изабраних за овај важан посао. Посланичке групе предлажу кандидате за његове чланове, а потом читав Бундестаг гласа применом пропорционалног изборног система, у Д'Онтовој варијанти.

[206] Ово је у складу са оним што је раније истицао Хојн, да је тешко замислити да би СУС сам „исекао грану на којој седи". Другим речима, да СУС неће бити спреман да прогласи начин вишедеценијског избора његових судија неуставним, чиме би посредно негирао сам себе. Вид. W. Heun (2011), стр. 169.

[207] У реалности, у складу са договором двеју највећих партија из 1971. године, Бундестаг бира по двоје, а Бундесрат по једног судију у сваки сенат. K. Stüwe, стр. 242. и 248.

[208] *Ibid.,* стр. 236. и 237. У оквиру Бундесрата постоји саветодавна комисија која припрема скраћену листу кандидата подобних за избор. Потребно је да постоји добра комуникација између ове комисије и Изборног одбора Бундестага, како би се избегло појављивање истих кандидата на различитим листама и како би се договорио партијски распоред седишта у Суду. Упор. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 24. и G. Vanberg, стр. 84 и 86.

Предлог кандидата за судије усваја најмање осам чланова Одбора (двотрећинска већина) тајним гласањем, без претходне расправе (чл. 6 ст. 1 и 2).[209] Тек онда се Бундестаг на пленарној седници изјашњава о овом предлогу двотрећинском већином, на којој истовремено мора да изражава већину од укупног броја чланова Бундестага (чл. 6 ст. 1).[210] Уколико поменути поступак не доведе до избора судија ни по протеку два месеца од истека мандата судије чије се место попуњава, ЗоСУС (чл. 7а) предвиђа резервно решење. У том случају најстарији посланик Изборног одбора или председник Бундесрата позива СУС да предложи кандидата за судију. Суд у пленуму, простом већином, саставља листу кандидата (ако се бира један онда предлаже тројицу, а ако се бира више судија, онда предлаже дупло више од потребног броја). Овом листом ни Изборни одбор, ни Бундесрат нису везани.[211] Поступак се завршава полагањем заклетве пред председником Републике, јер он формално врши именовање судија. Акт о именовању премапотписују федерални канцелар или федерални министар (ЗоСУС чл. 10). Председника и потпредседника Суда бирају Бундестаг и Бундерсат наизменично (ЗоСУС чл. 9).

Поучени историјским искуством с почетка рада Суда (први избор из 1951. године, када је дошло до блокаде у договорима, па и самом избору), немачки политички актери су установили неформалну поделу места према страначкој припадности. Половина је резервисана за демохришћане, а половина за социјалдемократе.[212] Овакав начин избора је приморао две највеће партије на сарадњу, тако да су створиле својеврсни „дуопол“, мада су и мале странке посредно (преко великих партија, у складу са коалиционим споразумима), попут странке Зелених (*Bündnis 90/Die Grünen*) или Слободне демократске партије (*Freie Demokratische Partei – FDP*), добиле свој део „колача“.[213] Из тих поверљивих договора проистекло је и незванично четворочлано веће, састављено од по два представника највећих партија из оба дома парламента (како би се очувало федерално начело). Суштински ова „радна група“ представља тело које ефективно доноси одлуку о избору, док органи које смо претходно навели само формално учествују у читавом процесу.[214] Због тога Комерс и Милер читав поступак избора оцењује као „високо политизован“.[215] Изборни одбор је сачињен од високих партијских функционера и врхунских правних експерата, али се сви унутародборски договори, као и они са Бундесратом, одвијају у тајности. Пошто две највеће партије демохришћани и социјалдемократе, могу да ветирају једна другу, компромиси су нужност. Ипак, за разлику од избора судија у САД, у Немачкој управо

[209] Упор. чл. 7. ст 2-5 ЗоСУС.

[210] Првобитна верзија Закона о СУС је предвиђала трочетвртинску већину која је 1956. године замењена данашњом двотрећинском. *Ibid.,* стр. 238. Ово је у директној супротности с оним што постоји у Француској, јер су тамо због одсуства квалификоване већине приликом избора чланова Савета, могућа страначка именовања која значајно утичу на састав Савета. Упор. G. Vanberg, стр. 85 и A. S. Sweet (1992), стр. 50.

[211] Као ни листама које шаље министар правде. Вид. G. Vanberg, стр. 83. Било би веома занимљиво ако би дошло до реализације овог решења, јер упркос непостајању обавезе да се држе листе коју би саставио СУС, може се претпоставити да би она имала одређену политичку тежину. Тако бисмо могли да дођемо у ситуацију да сам Суд утиче на избор макар дела својих чланова.

[212] *Ibid.,* стр. 83.

[213] Због овакве расподеле места у сенатима, први се колоквијално назива црним (демохришћани – *CDU*), а други црвеним (социјалдемократе – *SPD*), због боја партија које њима доминирају, што имплицира да је састав Суда као целина избалансиран главним друштвеним кретањима, артикулисаним кроз ове две партије. G. Vanberg, стр. 85 Последњих година ова „обојеност“ је нарушена учешћем судија и нестраначких личности, које су кандидовале мање странке. Упор. J. Limbach, стр. 22-24.

[214] K. Stüwe, стр. 238-240.

[215] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 23.

због одсуства јавности, нема скандала, персонализације, ни медијског сензационализма, који постоје с друге стране Океана.[216]

III 2. 1. 3. Француска

Поступак избора чланова Уставног савета је у највећем делу прописан у чл. 56 Устава Француске. Састав Уставног савета може се описати формулом: 9 + *x*. Девет чланова се поставља, а *x* представља варијаблу, односно увек промењив број чланова „по праву". У тзв. чланове по праву спадају бивши председници Републике, који могу, ако то желе, да постану чланови Савета. Девет чланова се одређује по моделу директног или „дискреционог" постављења, где по три кандидата именују председник Републике и председници оба дома француског парламента (Националне скупштине и Сената). На сваке три године, врши се избор троје нових чланова Савета. Изменама француског устава од 2008. године уведене су новине у њихов избор. Надлежни скупштински одбори Сената и Националне скупштине морају да буду упознати с предлозима председника својих домова и да о њима изнесу мишљење које није обавезујуће.[217] Председник Републике мора да затражи мишљење о својим предлозима од надлежних скупштинских одбора оба скупштинска дома, који могу да одбију његов предлог тропетинском већином (чл. 13 ст. 5 Устава Француске). Француски аутори су, с једне стране, сагласни да овакав вид парламентарне контроле „несумњиво представља корак напред", јер ће се предлагачи трудити да њихови кандидати имају особине које неће довести до вета.[218] С друге стране, истиче се да ова новина представља „стидљиви напредак", јер је готово немогуће да се високо постављени праг (тропетинска већина) оствари истовремено у оба дома, те да би боље решење било оно које би предвиђало исту, али позитивну већину (да тропетинска већина подржава кандидата).[219] Како сада ствари стоје, веће су шансе да предлог председника Сената/Националне скупштине буде ветиран, неголи предлог председника Републике. За успешност вета поводом председниковог предлога, неопходна је тропетинска већина у оба парламентарна дома, док је за вето на предлог председника Сената/Националне скупштине иста већина потребна само у оном дому од чијег је председника предлог и потекао (чл. 56. ст. 1 Устава).

Положај бивших председника Републике у Савету је у најмању руку специфичан. Онај ко је некада постављао, сада се налази раме уз раме са постављеним, или сликовито, како то истиче Патрик Ваксман (*Patrick Wachsmann*): „Ко те је поставио за краља?" или „Зар и ти сине Бруте!".[220] Бивши председници Републике, сада у улози чланова Савета, ретко бивају именовани за известиоца у поједином предмету и утисак је да се они „не истичу жељом да своје дужности извршавају с великом ревношћу", тако да се поставља питање, осим части која им се указује уласком у Савет, шта је „добит" коју он из њиховог присуства добија.[221] „Присуство бивших председника

---

[216] *Ibid.,* стр. 24.
[217] M. de Visser, стр. 208.
[218] Како би избегли да њихови предлози буду одбијени, три председника ће несумњиво обезбедити да скупштинским одборима доставе имена личности признатих по својим правним вештинама и моралним квалитетима. Поготово што ће ове личности бити изложене питањима парламентараца током јавних слушања које би могле да се преносе на телевизији. D. Rousseau *et. al.*, стр. 69.
[219] *Ibid.,* стр. 69.
[220] Patrick Wachsmann, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", *Jus politicum* 5/2010, стр. 7.
[221] *Ibid.*
Стога не чуди што је у више наврата било покушаја да се укине ова категорија чланова, али до сада ти покушаји нису уродили плодом. Упор. D. Rousseau *et. al.*, стр. 71.

Републике представља суштински проблем у контексту накнадне контроле, они су сада позвани да суде о законима које су сами донели.“[222] Ово утиче како на њихову објективну непристрасност, јер председавају владиним седницама на којима се разматра предлог закона, а и касније учествују у његовом проглашењу; тако и на њихову субјективну непристрасност, уколико су раније јавно подржали конкретну законодавну реформу.[223] Нису сви бивши председници оптирали да буду чланови Савета. То је учинило њих неколико.[224]

Посматрано са строго формалног аспекта, Уставни савет нема никаквог утицаја на избор својих чланова. Ипак, постоје специфичне институционалне „праксе и конвенције“. Оне подразумевају да чланови Савета могу у неформалним разговорима с овлашћеним предлагачима да изнесу своје мишљење о неком будућем кандидату/кандидатима.[225] Од недавно би чак могло да се говори о успостављању својеврсне контроле именовања саветника коју спроводи сам Савет. Наиме, 2017. године, на упражњено место члана Уставног савета именован је сенатор Мишел Мерсије (*Michel Mercier*), против кога је покренута истрага због сумње да је проневерио одређена буџетска средства. Одмах по његовом именовању (наредног дана), Савет је издао саопштење за јавност којим је јасно ставио до знања да се због истраге која је против новопостављеног саветника покренута, неће либити да га разреши с тог места, а због кршења чл. 1 Декрета о обавезама чланова Уставног савета.[226] Мерсије је четири дана након овог саопштења изјавио да одустаје од вршења функције саветника, тако да упркос именовању, никада није положио заклетву, нити је ступио на функцију.[227] Још је рано да се говори о пракси Савета да врши утицај и својеврсну контролу именовања својих чланова, али овај догађај је свакако корак ка томе, и сигурно ће имати одређени одвраћајући ефекат – у будућности ће они који именују саветнике, морати добро да размисле о угледу својих кандидата.[228]

III 2. 2. Услови за избор

За разлику од поступка избора, услови које кандидат за члана једног од наших уставних чувара мора да испуни, више иду у прилог тези о правном, односно судском елементу уставносудске функције. Иако се и овде јавља одређени политички валер, чланови уставносудских органа су данас доминантно правничког образовања и неретко са радним искуством у правосудним институцијама. Редови Врховног суда и СУС су у потпуности попуњени правницима, док је код Уставног савета ситуација нешто другачија.

---

[222] Pierre Esplugas-Labatut, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris 2020, стр. 21.
[223] *Ibid.*
[224] Бивши председници у Савету: Венсен Оријол (*Vincent Auriol*), Рене Коти, (*René Coty*), Валери Жискар д’Естен, (*Valéry Giscard d'Estaing*), Жак Ширак (*Jacques Chirac*), и Никола Саркози (*Nicolas Sarkozy*). *Ibid.*, стр. 15. Упор. L. Favoreu, *et. al.*, стр. 335.
[225] D. Rousseau *et. al.*, стр. 73.
[226] *Ibid*. Вид. Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel, *Journal officiel du 15 novembre* 1959, p. 10818.
[227] Michel Mercier, *https://fr.wikipedia.org/wiki/Michel_Mercier*, 20. фебруара 2023.
[228] Ово нас наводи на повлачење паралеле с критикама које у нашој јавности постоје поводом недовољно дефинисаног услова за избор судија уставног суда – истакнути правник. У прилог тој расправи, француски пример нас учи да чак и у готово потпуном одсуству прецизних критеријума за вршење функције саветника, Савет успева да одржи висок степен „истакнутости“ својих чланова. Више о овоме код нас: Vladan Petrov, „'Istaknuti pravnik' - poseban uslov za izbor sudija Ustavnog suda ili prazna ustavna norma?” *Nauka, bezbednost, policija* 3/2013, стр. 41-52.

III 2. 2. 1. САД

Прецизни писани критеријуми за избор судија Врховног суда САД не постоје. Услед постојања овако велике правне празнине, временом су се у пракси развила бројна неписана правила, односно услови које би „идеални кандидат“ за судију Врховног суда требало да испуни: 1) поседовање правничке вештине (одлично образовање), 2) одлична судијска „нарав“, 3) колегијалност, 4) поседовање вештине писања, 5) професионално искуство, 6) интегритет и карактер и 7) да буде одређене старосне доби.[229] Пракса показује да се ипак на првом месту јавља идеологија, у виду страначке припадности или блискости, јер председници очекују да ће кроз идеолошки адекватан избор судије, дугорочно моћи да усмере начин на који ће Суд одлучивати.[230] Подједнако битна, или тик испод идеологије је стручност. Ипак, као и за остале услове, нема прецизних одређења шта то тачно кандидати треба да испуне да би заслужили место у највишем америчком суду. У том празном простору, током последњих пола века, важну и ,,квази-званичну улогу“ стекла је Америчка адвокатска комора (*American Bar Association* – у даљем тексту: *ABA*). Упркос непостојању формално прецизиране обавезе да председник уважи мишљење ове организације, она ипак спроводи оцењивање кандидата током процеса избора, и то: веома квалификован, квалификован и неквалификован. Њен утицај у процесу би могао да се окарактерише као промењив, посебно у овој почетној фази у којој доминира председник, с обзиром на уврежено мишљење да је *ABA* наклоњенија демократским председницима. Ипак, због репутације, њеним мишљењем неретко се служе и сенатори.[231] На овом месту треба указати на једну занимљивост. Наиме, иако је процес именовања судија Врховног суда у очима јавности и истински недвосмислено политички, шансе да неко с политичке сцене постане макар кандидат за судију Врховног суда су значајно смањене, пошто његови чланови углавном постају бивше судије виших савезних судова. Изузетак би могао да представља недавни избор судије Кевена, који је претходно имао динамичну и запажену политичку каријеру.[232] Тако је дошло до необичне трансформације читавог процеса. Раније су, док је сам поступак био мање политички обојен, шансе да неко из политичких кругова постане судија биле веће, док је данас обрнуто. Процес именовања личи на предизборну трку, али се у њој готово без изузетка налазе правници и то углавном судије.[233] Током дуге историје, нешто мање од 40 судија нису били дипломирани правници (последњи такав служио је до 1957), али су све судије имале правничко искуство (*juridical experience*), радећи најчешће као *attorneys*.[234] Од почетка осамдесетих година прошлог века, више од половине судија је завршило универзитете Харвард или Јејл. Доња старосна граница не постоји, али од 1852. године, није изабран судија који је имао мање од 40 година.[235]

---

[229] Michael J. Gerhardt, “Merit v. Ideology, University of North Carolina School of Law”, *Cardozo Law Review* 2/2005, стр. 371.

[230] Председници ретко предлажу кандидате који су ближи другој политичкој опцији. Од 1961. до 2004. од 13 изабраних судија, само један није био близак председниковом политичком опредељењу. R. Davis, стр. 41. и 42.

[231] *Ibid.*, стр. 44.

[232] Вид. детаљније: C. Hulse, стр. 155-160.

[233] *Ibid.*, стр. 39. Да претходно судијско искуство није нужно за добро обављање функције, сведочи пример једног од најпознатијих судија, који је био председник Врховног суда Ерла Ворена (*Earl Warren*). Некадашњи гувернер Калифорније није вршио судијску функцију пре избора у ВС. *Ibid.*, стр. 43.

[234] *Attorney* представља правника, који поседује положен стручни испит и заступа странке пред судом, због тога се код нас најчешће преводи као адвокат, иако то није најпрецизнија паралела. Вид. Д. Поповић, стр. 181-182.

[235] K. Stüwe, стр. 242 и 243.

Некада чак и блискост с председником може да представља препоруку за место судије.[236] Током 19. века, све до грађанског рата, важан критеријум приликом одабира судија била је регионална припадност, која се показала пресудном у чувеном случају *Dred Scott* од 1857. у коме су превагу однеле судије из јужњачких држава.[237] И питање религијске[238] припадности кандидата је у неким епохама било од значаја, али га је последњих деценија заменило оно које се тиче демографске представљености или „разноликости" у смислу расе, етницитета или пола.[239] Тако је век после поменуте одлуке у којој је Суд нашао да ропски положај није противуставан, 1967. године судија Маршал (*Thurgood Marshall*) изабран за првог афроамеричког судију (1967-1991), док је 2009. године судија Сотомајор (*Sonia Sotomayor*) постала прва хиспано судија. Први пут је тек 1981. године једна жена ушла у састав Суда – Сандра Дај О'Конор (*Sandra Day O'Connor*).[240] Ако је судећи по интересовању медија за ово питање, етнички критеријум ће још дуго бити важан фактор, тако да се може очекивати да ће наредних година и деценија, расти притисак оних група које још увек нису имале своје представнике у Суду, као што су оне које заступају америчке грађане азијског порекла или припаднике староседелачких народа.[241]

Значај спољних играча и медија истиче се и у фази јавних слушања, јер Сенат између осталог, своју одлуку доноси и на основу њиховог истраживачког рада.[242] У сваком случају, највећи терет и својеврсни шок од превелике јавне изложености трпи сам кандидат, пошто остали учесници (председник, Сенат, интересне групе итд.) већ имају искуства са сличним јавним наступима. Због тога Бела кућа организује симулацију ових јавних слушања, познатију као „одбор за убиство" (*murder board*), у којима припрема кандидата за вишечасовна испитивања пред Одбором за правосуђе и пред телевизијским камерама.[243] Иако на први поглед делује да оваква процедура повећава транспарентност читавог процеса, она више подсећа на „шараду у високом стилу", јер чланови Одбора готово да не сазнају ништа ново о кандидату што до тада већ нису знали.[244] Ово посебно у контексту тога да и сами кандидати за судије знају, поучени ранијим искуствима, попут случаја неуспелог избора судије Борка (*Bork*), да морају да воде рачуна како о сенаторима, тако и о широј публици, те да стога не треба претерано да улазе у стручне дискусије и да избегавају строго правничку терминологију, јер то просечном посматрачу може бити неразумљиво.[245] Какав ће став Сенат заузети према одређеном кандидату зависи од много фактора, од којих су најважнији: институционална (не)трпељивост између извршне и законодавне власти, Беле куће и Конгреса; страначка припадност и идеологија; моменат у коме се процес

[236] Тако су некадашњи председници Труман (*Harry Truman*) и Џонсон (*Lyndon Johnson*) кандидовали своје пријатеље. R. Davis, стр. 45.
[237] Петоро од деветоро судија је било из јужњачких држава, укључујући и председника Суда (*Roger Taney*). *Ibid.*, стр. 47.
[238] Први судија јеврејског порекла био је *Louis D. Brandeis* (1916-1939). Supreme court, *https://www.supremecourt.gov/about/faq_justices.aspx*, 20. октобар, 2022.
[239] R. Davis, стр. 47 и 48.
[240] Supreme court, *https://www.supremecourt.gov/about/faq_justices.aspx*, 20. октобар, 2022.
[241] R. Davis, стр. 50.
[242] *Ibid.*, стр. 111.
[243] *Ibid.*, стр. 119.
[244] Дејвис разматрање неких питања из прошлости кандидата пореди са инквизицијом. *Ibid.*, стр. 160, 161 и 165.
[245] Као један од разлога пропасти судије Борка се наводи да се превише упустио у расправу пред сенатским одбором о сложеним питањима из области правне филозофије, при чему је био недовољно јасан широј публици. Данас се процес његове номинације посматра као модел за „избегавање", уколико кандидат жели да оствари успех. *Ibid.*, стр. 166 и 167.

одиграва, тј. моменат појављивања упражњеног судијског места; као и личност самог кандидата и његово понашање током процеса потврђивања.[246] Поред личних особина самог кандидата, важне су и вредности самих сенатора, јер уколико су већ били укључени у процес саветовања председника, онда су нужно жртвовали своју објективност и из „етичких разлога“ не би смели претерано да се мешају током процеса потврђивања. Једноставно не могу истовремено да буду и „инсајдери током процеса селекције и да касније делују као независни фактор током процеса потврђивања“.[247]

III 2. 2. 2. Немачка

Поводом услова које кандидат за судију треба да испуни, ОЗ (чл. 94 ст. 2 тач. 1) предвиђа само то да у састав Суда улазе судије федералних судова и други чланови. ЗоСУС доноси читав низ доста прецизнијих услова. Тако је прописано да судије које долазе из редова највиших федералних судова морају да имају најмање три године радног искуства у тим институцијама (чл. 2 ст. 3 ЗоСУС). Све судије морају да имају навршених 40 година живота, да имају пасивно бирачко право (да могу да буду бирани у Бундестаг), да се писмено изјасне да желе да постану судије СУС, као и да буду квалификовани да буду судије у складу са немачким законом о судијама – да имају положена оба правосудна испита (чл. 3 ЗоСУС). У немачком систему постоји строги инкомпатибилитет. Судије не смеју да буду чланови Бундестага, Бундесрата, ни Савезне владе, као ни органа који су њихов пандан унутар федералних јединица (ОЗ чл. 94 ст. 1). Ниједна функција осим професуре није спојива са функцијом судије (чл. 3 ЗоСУС), при чему судијска функција има првенство.[248] Поводом неспојивости функција, Шарчевић истиче да је Суд својим тумачењем законских одредаба ипак дозволио да судије буду и уметници, писци, издавачи, научници, итд., уз ограду да се те делатности морају обављати уз „изузетну уздржаност“, како независност и непристрасност судија и Суда не би били доведени у питање.[249]

За разлику од САД, у Немачкој нема јавних слушања, односно интервјуа с кандидатима, те многи који су изабрани, уопште нису познати широј јавности. Први пут су посланичке групе имале прилику да се упознају с кандидатима тек 2010. године.[250] Стога се овај процес оцењује као повољнији за судије од америчког, јер нису изложени превеликом публицитету и не могу лако бити лично и професионално дискредитовани, али је за то плаћена велика цена – „јавност је искључена из процеса“.[251] С друге стране, Комерс и Милер истичу да би многи Немци амерички стил избора судија Врховног суда сматрали за „напад на институционални интегритет самог Уставног суда“.[252] Ипак, и у Немачкој се повремено догоде таласања у овом тајновитом процесу, па су тако познати случајеви неуспелих номинација Херте Дојблер-Гмелин (*Herta Däubler-Gmelin*) од 1993. и Хорста Дриру (*Horst Drier*) од 2008. године.[253] Због свих тих карактеристика изборног поступка, неретко се могу чути веома оштре оцене да је чак и „папин избор демократичнији“, него што је то случај са судијама Савезног

[246] *Ibid.*, стр. 66-72.
[247] *Ibid.*, стр. 164.
[248] Детаљније, K. Stüwe, стр. 241.
[249] Е. Шарчевић, стр. 37.
[250] K. Stüwe, стр. 240.
[251] *Ibid.*, стр. 236.
[252] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 735
[253] Посебно је други случај био контроверзан и непријатан, како за јавност, тако и за самог кандидата, те је тако однос према Дриру описан као „репутационо убиство“. *Ibid.*, стр. 736-737.

уставног суда.[254] Ипак, због нужности да дође до страначких договора,[255] предност имају кандидати који су „високо цењени правни стручњаци“, при чему се води рачуна и о томе за шта су тачно специјализовани, како би Суд могао успешно да се носи с питањима из најразличитијих правних области. Кандидати чија биографија садржи „проблематичне моменте“ имају много мање шанси за успех, јер су веће шансе да ће се политички чиниоци разићи у својим ставовима. Због тога је „кандидовање најстручнијих кандидата у најбољем интересу свих актера“.[256] Временом је удео кандидата који су бивши чланови партија почео да се смањује, па су постепено почеле да се појављују и нестраначке личности, тако да данас тек двоје-троје судија има у својој прошлости страначку припадност.[257] Ландфрид овај процес описује као „јудикализацију“ и „бирократизацију“ читавог изборног поступка (вид. *infra IV 2.*), који узима све више замаха.[258] Дакле, упркос свим замеркама које постоје, до Суда на крају углавном доспеју веома квалитетни кандидати, који имају одређене идеолошке и страначке преференције. Француска ауторка Донкен (*Denquin*) овакву ситуацију описује као највиши домет када је реч о избору уставних судија. Наиме, она истиче да упоредно право показује да никада није могуће да се пресеку све везе између демократски изабраних лидера и будућих носилаца уставносудске функције, већ да у најбољем случају може да се очекује систем који је ограничен на правнике као кандидате за судије, уз сагласност различитих политичких фактора (оличен у скупштинским изборима приликом којих се одлучује двотрећинском већином).[259] Уз повећање транспарентности, немачки модел избора у будућности може да се приближи овом „идеалном“ поступку избора.

III 2. 2. 3. Француска

Попут САД, ни у Француској нема норми, ни уставних, ни законских, које би прописале ближе услове које би будући саветници требало да испуњавају. Поједини француски аутори истичу да би могла да се примени општа одредба чл. 6 Декларације о правима човека и грађанина од 1789. године, према којој се једнакост грађана пред законом огледа и у томе да су „сва јавна достојанства, места и запослења“ свима доступна „у складу с њиховим способностима и без икаквог разликовања осим оног према њиховим врлинама и талентима“. Томе иде у прилог чињеница да за позицију саветника није неопходно правничко предзнање, за разлику од некога ко жели да постане судија.[260] Пракса показује да су у највећем броју саветници до сада били правници, тј. долазили су из редова правничких професија (њих око три четвртине)[261], али је важан и податак да је у периоду од 1958. до 1988. године, чак 59% саветника (од

[254] Christine Landfried, “The Selection Process of Constitutional Court Judges in Germany”, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, (eds. K. Malleson and P. H. Russell), University of Toronto Press, Toronto 2006, стр. 196.

[255] Ванберг истиче да готово једнака расподела места у суду између великих партија осигурава „избалансираност“ у односу на интересе и визије двеју највећих партија. G. Vanberg, стр. 85.

[256] K. Stüwe, стр. 242-243.

[257] K. Stüwe, стр. 244.

[258] C. Landfried, стр. 202.

[259] P. Wachsmann (2010), стр. 3.

[260] О овоме пише и Ваксман, истичући да се „посебност француског случаја“, огледа у томе да је Француска (и делимично Белгија), једина од чланица Савета Европе које имају уставне судове, а да нема прописане услове њихове стручности. Вид. P. Wachsmann (2010), стр. 5.

[261] D. Rousseau *et. al.*, стр. 74. Други француски аутори истичу да је око 90% чланова Савета који су од 1959. именовани, поседовало квалификације које су им омогућавале судске каријере. L. Favoreu, *et. al.*, стр. 336.

укупно 41) долазило из редова бивших парламентараца и/или владиних министара.[262] Од 26 саветника које је именовао председник Републике, само четворица нису имала претходни политички ангажман. Председник Националне скупштине је именовао укупно 28 саветника, од тога осморицу без претходних политичких активности, док је овај број највећи када је реч о председнику Сената – од 28 именованих, девет раније није било политички ангажовано. Дакле, од укупног броја чланова Савета који су до сада именовани (82) само 21 саветник, дакле четвртина, није имала директне везе са политиком пре ангажмана у Савету, сви остали су обављали некакву политичку функцију, те су тако „одлично упућени у политичку игру".[263] Због такве историје Савета, постоје доста гласне критике да су у одсуству јасних и прецизних критеријума до сада преовладавала именовања „политичких пријатеља"[264], а уплив политике посебно је присутан када је реч о председнику Националне скупштине, док је председник Сената испољавао већи „степен независности", држећи се „виших стандарда правничке стручности".[265] На другој страни, постоје и мање критички опредељени ставови. Тако Пјер Есплугас-Лабату (*Pierre Esplugas-Labatut*) истиче да се „именовање људи с великим искуством и без икаквих брига о каријери може схватити као предност", и да то што у Савет не улазе искључиво правници, већ и они који то нису, такође може да буде његова додатна снага, јер „познају функционисање политичког живота".[266] Сличан став имају и други аутори: „Али подједнако је важна и чињеница да често чланови Уставног савета имају искуство у управљању јавним пословима и познају зупчанике политичког живота, јер Уставни савет неретко мора да одлучује о питањима функционисања државне машине".[267]

Као што је донекле показала пракса и у САД и Немачкој, веза између судија/саветника и политике не мора нужно да буде доминантна. Идеолошко-политички утицај није присутан одмах после смене власти на изборима, већ он има одложени ефекат због „трогодишњег ритма обнове" Савета, када свако именује своје (према подели десница, левица). Међутим, увек је непознаница како ће се овако именовани саветници понашати када ступе на функцију, јер не морају нужно да следе идеологију и политику оних који су их именовали. Како је то давно истакао Мирабо – „јакобински министар, није нужно јакобински министар".[268] Есплугас-Лабату сматра да је ризик од тога да ће саветници бити „верни" онима који су их именовали прецењен и да су они претежно поштовали своју функцију у складу са Бадентеровим речима: „Саветници имају дужност незахвалности према онима који су их именовали". Он даље додаје да саветници, у складу са тзв. теоријом консеквенцијализма, своје одлуке заснивају на праву, али су истовремено „загледани" и у њихове последице.[269]

Од увођења ППУ могуће је замислити ситуацију да члан Савета, који је претходно с неке политичке функције одлучивао о одређеном закону, нпр. као посланик или министар, сада поново одлучује о њему с места саветника. Савет је у свом Пословнику о раду у ППУ поступку заузео став да „чињеница да је члан Уставног савета учествовао у изради законске одредбе која је предмет питања уставности, сама

[262] A. S. Sweet (1992), стр. 50. Иако формални услови не постоје, готово је незамисливо да предложени кандидат буде „очигледно неподесан" (*manifestement inadaptées*) за вршење неке од судијских функција. D. Rousseau *et. al.*, стр. 73.
[263] D. Rousseau *et. al.*, стр. 76-82.
[264] *Ibid.*, стр. 74.
[265] A. S. Sweet (1992), стр. 52.
[266] P. Esplugas-Labatut, стр. 17 и 18.
[267] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 337.
[268] D. Rousseau *et. al.*, стр. 75.
[269] P. Esplugas-Labatut, стр. 19.

по себи не представља разлог за изузеће“.[270] Ваксман критикује то решење с аспекта принципа непристрасности (онако како га у својој пракси схвата ЕСЉП). Овај аутор сматра да је и самим регулисањем ситуације у којој члан Савета може поново да се изјашњава о норми у чијем је настанку учествовао, Савет показао извесну дозу разумевања потенцијалних проблема који се у будућности могу јавити, сликовито: „ципела је почела да стеже“. Ипак, ништа конкретно није учинио да их предупреди или макар ограничи.[271]

Просечна старост именованих саветника је око 70 година, тако да је Савет био „најмлађи“ 1992. године с просеком од 65 година, а „најстарији“ 1986. са 74 године.[272] Свит истиче да су још доносиоци важећег француског Устава предвидели да ће у Савету преовлађивати пензионери, и то они политички, па да ће уместо владавине судија, на сцени бити владавина пензионера (*gouvernement des retraités*).[273] Прва жена именована у Савет 1992. године била је Ноел Леноар (*Noëlle Lenoir*). До данас је функцију вршило десетак жена, од нешто више од 80 саветника који су до сада били на тој функцији.[274]

Поједини француски аутори критикују одсуство прецизно прописаних критеријума приликом избора саветника, истичући да то представља „главнуману која онемогућава легитимитет, кредибилитет и ауторитет Савета“.[275] Истовремено, они сматрају да се иза тога што у Савет углавном долазе бивши политичари крије „нехотична“ порука – да се ова институција пре може сматрати „политичком него судском“, што кореспондира с оним за шта се и Келзен залагао – избором уставних судија у парламенту.[276] На истом трагу се налази и Есплугас-Лабату, који налази оправдање за начин именовања чланова Уставног савета у политичкој природи спора који се пред њим води, јер ту није реч „о стварном суђењу личности, већ о одлучивању у спору о еминентно политичком акту, тј. закону“.[277] Као што ћемо видети у наредним деловима рада, нарочито оним који се тичу поступка, француска теорија је поводом природе овог тела дубоко подељена. У зависности који аспект разматрају, наглашавају час његову политичку, час судску природу.

Неспојивост функције чланова Уставног савета предвиђена је чл. 57 Устава – члан Савета не може да буде министар или парламентарац, а додатно прецизирана чл. 4 Ордонансе о Уставном савету, која је више пута мењана, тако да је од 2013. функција саветника постала неспојива с било којом јавном функцијом или било којом професионалном или плаћеном делатношћу. Од овог правила изузето је бављење научним, књижевним или уметничким радом.[278]

---

[270] Вид. чл. 4 ст. 4. Пословника: Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, доступно на: *https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/reglement-interieur-sur-la-procedure-suivie-devant-le-conseil-constitutionnel-pour-les-questions*.

[271] P. Wachsmann (2010), стр. 9.

[272] D. Rousseau *et. al.*, стр. 74.

[273] A. S. Sweet (1992), стр. 53.

[274] D. Rousseau *et. al.*, стр. 75. Ваксман критикује тенденцију да зарад испуњења захтева за једнаком заступљености полова у Савету више нема „искусних правника“, пре свега професора права – „*a fortiori* јавног права“. P. Wachsmann (2010), стр. 6.

[275] D. Rousseau *et. al.*, стр. 69.

[276] *Ibid.*, стр. 70.

[277] P. Esplugas-Labatut, стр. 19.

[278] Чл. 57 Устава Француске, и чл. 4 Органског закона о Уставном савету. Вид. и: Conseil constitutionnel, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/statut-des-membres*, 20. октобар 2022.

С друге стране, док је на функцији у Савету, саветник може да буде изабран за министра или парламентарца.[279] Одлуком Савета од 1984. године, решена је дилема изборности саветника и истакнуто је да је „логика неспојивости либерална“, јер не спречава саветника да се кандидује за било коју изборну функцију (парламентарну или неку другу), већ је онемогућен да истовремено обавља обе. Другим речима, не постоји инелигибилитет (*inéligibilité*), неподобност за избор, већ инкомпатибилност – уколико се саветник кандидовао и буде изабран, дужан је да поднесе оставку у Савету. Односно, уколико је реч о саветницима по праву, тј. бившим председницима Републике, пошто они не могу да поднесу оставку, њихово место саветника се „замрзава“, тј. они су на „одсуству“ из Савета док обављују ту другу функцију.[280] С друге стране, забрањено је да саветници буду именовани на неку другу јавну функцију или да напредују (уколико су већ функционери).[281]

III 2. 3. Трајање и престанак мандата

Питања трајања и престанка мандата чланова чувара устава су у тесној вези са начином њиховог избора, јер приказују крај једног процеса. Правила која ћемо разматрати указују на висок степен отпорности на дневно-политичке упливе, готово да се ради о својеврсној недодирљивости. Норме и пракса у овој области указују на преплитање правног и политичког у природи уставносудских институција.

III 2. 3. 1. САД

Питање трајања мандата судије Врховног суда САД је увек питање краја и почетка (једног живота). На крају мандата судије највишег америчког суда налази се почетак процеса именовања његовог наследника. Специфичност америчког система огледа се у неизвесности када ће до тог краја доћи. С обзиром на познату формулацију чл. 3 Устава САД, да судије остају на својој функцији све „докле год се добро држе“, моменат престанка функције практично зависи од воље самог судије или од једине неизбежне животне чињенице.[282] Зато се, иако то нигде није изричито прописано, може говорити о неограниченом, фактички доживотном трајању мандата судија Врховног суда. Неизвесност по питању момента када ће се појавити упражњено место у Суду директно се одражава и на поступање председника САД, тј. неки председници су у правом смислу речи „имали среће“ да именују чак шест судија током свог четворогодишњег мандата (*William Howard Taft*), а некима, који су имали мање среће, ова се прилика није указала ни једном (*Jimmy Carter*).[283] Због ове чињенице у америчким академским круговима се води оштра дебата да ли доживотни мандат треба

[279] D. Rousseau *et. al.*, стр. 82.
[280] *Ibid.*, стр. 83.
Посебан положај чланова по службеној дужности, који не могу да поднесу оставке, већ само иду на одсуство, омогућила је Николи Саркозију да буде председник републиканаца између 2014. и 2016. То најбоље осликава зашто бивши председници не треба буду чланови савета Савета. P. Esplugas-Labatut, стр. 24.
[281] Чл. 5. Органског закона о Уставном савету. Упор. Rousseau *et. al.*, стр. 83.
[282] Уколико би судија скривио кривично дело, постоји могућност покретања поступка импичмента. То се десило само једном на самом почетку рада Суда. Против једног судије Врховног суда (*Samuel Chase*) је током 1804-1805. био покренут поступак импичмента, али он није резултирао његовим разрешењем, пошто га је на крају Сенат ослободио оптужби. Elizabeth B. Bazan, *Impeachment: An Overview of Constitutional Provisions, Procedure and Practice*, Congressional Research Service 2010, доступно на: *www.crs.gov*, стр. 115.
[283] R. Davis, стр. 51.

укинути, тј. увести временско ограничење или не. Тако поједини аутори указују на неминовност да се мандат судија Врховног суда ограничи и упућују озбиљне критике на рачун постојећих одредаба. Тако Калабрези и Линдгрен (*Calabresi, Lindgren*) желе да избегну ситуацију да се Врховни суд претвори у „геронтократију" и позивају се на став професора Пракаша (*Prakash*), да је доживотни мандат „уставна аберација" коју би требало „одстранити".[284] Њихов рад је изазвао велику пажњу, јер су на основу опсежних истраживања трајања судијских мандата, дошли до закључка да од 1970. године судије Врховног суда остају на својој функцији „дуже него икада пре", што доводи до тога да се обнављање састава Суда одвија сувише ретко и нередовно. Та нередовност доводи до тога да Суд постаје „демократски неодговоран": процес именовања се додатно политизује, повећавају се шансе да судије временом због својих година фактички постану неспособне за рад (пре свега у менталном смислу), а на крају се претварају у високе функционере који „обављају значајну власт, потпуно неконтролисано, током периода од 30–40 година, што је суштински реликт пре-демократских времена".[285] Други аутори сматрају да у трајању функције судија највишег суда нема ничег „драматичног", да се она временом продужава (од 1951. до 2006. у просеку је трајала око 20 година), али да је тај тренд „постепен" и „сталан",[286] или пак наводе да је чак 10 сенатора имало дужи мандат од судије Врховног суда са најдужим мандатом у Суду[287]. У нашем контексту посебно је занимљиво ово поређење мандата сенатора са судијским, што имплицитно указује да и у САД, попут Немачке, Врховни суд ужива својство уставног органа највишег ранга.

Током већег дела 19. века, судије нису имале посебне бенефиције ако раније оду у пензију, па су тако остајали на функцијама упркос лошем психофизичком стању. Први помаци ка побољшању њиховог пензионерског положаја учињени су 1869. године, а након тога и 1954, да би коначно, 1984. било усвојено тзв. Правило 80. Судије Врховног суда могу да оду у пензију када напуне 65 година живота и стекну минимално 10 година службе у Суду, тако да у збиру број година и службе буде најмање 80.[288] То решење иако наизлед добро, има и своје наличје, јер ствара могућност за тзв. страначки мотивисано или планирано напуштање функције, једноставно да судије могу да планирају сопствени одлазак у пензију у складу с идеолошким и страначким циљевима. Ипак, налази америчких аутора показују да таква могућност није „ни универзална ни уобичајена пракса у модерном добу", већ да на ту одлуку најпре утичу „унутар-институционални односи и осећај судија о сопственој моћи и положају унутар Суда".[289] Коначно, треба поменути и оставку као један од

[284] S. Calabresi, J. Lindgren, стр. 875.
[285] *Ibid.*, стр. 811, 809 и 772.
[286] David R. Stras, Ryan W. Scott, "An Empirical Analysis of Life Tenure: A Response to Professors Calabresi & (and) Lindgren", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 3/2007, стр. 801.
Други амерички аутори такође негирају тврдње Калабрезија и Линдгрена, о „неверовантом повећању просечног мандата судија". Они наводе да је просечна дужина трајања мандата у периоду 1789-2009 износила 16,1 годину. Они закључују да се трајање функције незнатно променило у односу на скору прошлост, тако да „не постоји ургентна потреба да се доживотни мандат укида". Bernard Grofman, Reuben Kline, "A New Measure for Understanding the Tenure of U.S. Supreme Court Justices 1789-2009", *Judicature* 6/2010, стр. 248, 250 и 252.
[287] Kevin T. McGuire, "Are the Justices Serving Too Long - An Assessment of Tenure on the U.S. Supreme Court" *Judicature* 89/2005-2006), стр. 14.
[288] Terri Peretti, Alan Rozzi, "Modern Departures from the U.S. Supreme Court: Party, Pensions, or Power", *Quinnipiac Law Review*, 1/2011, стр. 135.
[289] Судије су подстакнуте да остану, тј. да не напусте Суд у ситуацијама када воде „свети рат" у циљу да испуне идеолошку мисију, када доприносе стварању одлуке која обликује одређено правно схватање или у случају наступајућих председничких избора, а да би избегли потенцијално оспоравање или политизацију новог именовања после њиховог пензионисања. Уколико пак судије и покушају да се

могућих разлога за престанак судијске функције. Ипак, она остаје у домену теорије, с обзиром да је само један судија отишао из Суда на тај начин. Реч је о судији А. Фортасу (*A. Fortas*), који је 1968. поднео оставку како би избегао могућност покретања импичмента, који му је претио због оптужби за политичку корупцију.[290]

III 2. 3. 2. Немачка

У складу с чл. 4 ЗоСУС, мандат судија траје 12 година, или до навршених 68 година живота, без права на реизбор (ни непосредни, ни накнадни). Немачка је првобитно експериментисала с временом трајања функције уставних судија, те је ЗоСУС од 1951. предвиђао три типа мандата: доживотни, осмогодишњи и четворогодишњи, са могућношћу реизбора. Тек 1970. ово решење је промењено и уведен је дванаестогодишњи мандат без реизбора.[291] Радноправни статус судија СУС је веома детаљно регулисан одредбама ЗоСУС (чл. 98-105). Функција судије престаје истеком дванаестогодишњег мандата, испуњавањем услова за старосну пензију (68 година) или у случају трајне спречености за обављање функције. Судије могу да се пензионишу на лични захтев, а без доказа о неспособности, ако су функцију обављале најмање шест година и навршиле шездесет пет година, или су навршиле шездесет година, али потпадају под категорију тешких инвалида (чл. 4 и 98). Оставка као лични чин није предвиђена, али би требало да постоји.[292]

Савезни уставни суд може да овласти савезног председника да разреши судију, уколико је трајно спречен за рад, или је правоснажном пресудом осуђен за дело којим се вређа углед Суда или на казну затвора у трајању дужем од шест месеци, или пак ако је судија починио тешку повреду дужности, која је таква да је његов останак на функцији немогућ. Одлуку о покретању поступка разрешења доноси Пленум Савезног уставног суда двотрећинском већином својих чланова (чл. 105). По истеку мандата, ако се нису пензионисали, бивше судије се обично враћају на своја судијска или професорска места, а само мањи број одлази на политички атрактивне функције. Тако је куриозитет случај бившег председника Суда, Романа Херцога (*Roman Herzog*), који је по окончању функције, постао председник Немачке.[293]

III 2. 3. 3. Француска

Мандат саветника траје девет година, без могућности реизбора (чл. 56 ст. 1 Устава). Он може да траје дуже само у ситуацији када је лице које је одређено да замењује саветника, који је преминуо или поднео оставку, било на функцији мање од три године, а потом поново именовано на читав период. Тада може да се догоди ситуација у којој мандат траје безмало дванаест година.[294] Председници Републике доживотно врше саветничку функцију (чл. 56 ст. 2 Устава Француске). Због различитог

„стратешки пензионишу“, неретко се суочавају с озбиљним препрекама у остварењу ове замисли. Постоје фактори на које они никако не могу да утичу. Први су природни, изненадни здравствени проблеми или смрт, док су други друштвени, односно политички, немогућност утицаја на сам избор њиховог наследника, који пре свега зависи од резултата избора за председника и Сенат. *Ibid.*, стр. 134, 158 и 159.

[290] N. Dorsen, стр. 658.

[291] Ванберг, стр. 85.

[292] Е. Шарчевић, стр. 37.

[293] G. Vanberg, стр. 85.

[294] Чл. 12. Органског закона. Упор. D. Rousseau *et. al.*, стр. 83. и P. Esplugas-Labatut, стр. 22.

трајања мандата чланова првог састава Уставног савета (чл. 2 Органског закона), сваке три године долази до обнављања његовог састава. Предности оваквог решења су што се избегавају „груби ломови“ у корист „мирне еволуције“, стари чланови преносе знање на нове, док нови уносе нове идеје које доводе до преиспитивања праксе коју би стари чланови могли да сматрају неупитном.[295]

Класичног разрешења уставних саветника у француском систему нема.[296] Мандат саветника може да престане само услед смрти, оставке (као личног чина) или тзв. „службене оставке“. Члан по праву не може да напусти функцију, иако се то у пракси дешавало, а не може ни да му буде „суђено“ пред Саветом, за разлику од осталих чланова.[297] Службена оставка (*la démission d'office*), о којој Савет одлучује већином од укупног броја својих чланова, заправо представља специфичну врсту разрешења до којег долази због трајне физичке неспособности да се обавља мандат, због тога што саветник не поседује грађанска и политичка права или због инкомпатибилитета.[298] Ипак, у пракси је долазило до одступања од правила, па је тако бивши председник Републике, Валери Жискар д'Естен (*Valéry Giscard d'Estaing*), „активно водио кампању“ за усвајање Устава за Европу, док је поводом исте ствари, саветница Симон Веј (*Simone Veil*), замрзла своју функцију док се бавила референдумском кампањом.[299] До овог разрешења, односно службене оставке, би могло да дође и због кршења заклетве, коју пред председником Републике, осим чланова по праву, полажу сви саветници.[300] Такође, кршење обавеза из чл. 1 и 2 Декрета о обавезама чланова Уставног савета[301], може да буде предмет одлучивања Савета. О кршењу заклетве или поменутих обавеза, одлучује Савет простом већином својих чланова, у коју улазе и чланови по праву (чл. 5 и 6 Декрета).[302] Сама претња да би ова процедура могла да се спроведе, изнудила је током 2000. године оставку председника Савета – Ролана Диме (*Roland Dumas*), због наводне умешаности у привредни преступ.[303] Као што смо раније видели, ова претња је 2017. ефикасно спречила ступање на функцију већ именованог саветника. О значају поступка утврђивања одговорности саветника пред самим Саветом, пише и Ваксман, истичући да је уз оставку, ово ефикасан механизам који обезбеђује како независност саветника, тако и читавог Савета.[304]

III 2. 4. Уместо закључка: стручност и политичко-идеолошка „обојеност“ чувара устава

Упоредна анализа поступка и услова избора чланова органа који врше уставносудску функцију доводи нас до закључка о преплитању политичких и правних

[295] D. Rousseau *et. al.*, стр. 83.
[296] „Нити Уставни савет, нити и један други орган власти Републике може да разреши уставног саветника његове функције против његове воље.“ Т. Маринковић (2008), стр. 169.
[297] Лабату наводи случај Николе Саркозија. P. Esplugas-Labatut, стр. 23.
[298] Чл. 10 и 11 Органског закона.
[299] D. Rousseau *et. al.*, стр. 84. Т. Маринковић (2008), стр. 169.
[300] P. Esplugas-Labatut, стр. 24.
[301] У најкраћем, реч је о обавезама уздржавања од активности које би угрозиле независност и углед Савета.
[302] Чл. 6 Декрета. Décret n°59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel, доступно на: *https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000850747/*.
[303] P. Esplugas-Labatut, стр. 25. Слично и: L. Favoreu, *et. al.*, стр. 340.
[304] P. Wachsmann (2010), стр. 7.

критеријума. У све три државе, политички моменат је веома снажан. У САД поступак избора чланова ових органа наликује на политичке изборе. У Немачкој преговори међу странкама личе на оне који се тичу формирања владе, а у Француској поступак избора чланова Савета, с обзиром на доминантну улогу председника Републике, на доношење кључних политичких одлука. Када је реч о условима за избор, идеолошка припадност будућих чланова ових тела је један од кључних услова. То ипак не значи да ће се они који буду изабрани и касније понашати у складу с тим својим уверењима, односно да ће приликом доношења одлука превагнути политичко, над правним мерилом. С друге стране, та идеолошка обојеност касније ће оставити трага макар у оној мери у којој је потребно да се одлучи о различитим тумачењима исте норме, тако да је не треба занемаривати. Иако у САД и Француској нема јасних критеријума за избор, за разлику од Немачке, чланови ових тела су махом правници, по образовању или по искуству. Они који нису били правници углавном су се налазили на истакнутим политичким функцијама, тако да су макар искуствено спознали део уставне материје. Тенденција је да се последњих година, па и деценија, удео неправника смањује. Иако звучи помало парадоксално, чињеница је да сва три органа, у одређеној мери, (могу да) утичу на то ко ће седети у њиховим редовима. Формално, поводом овога се најдаље отишло у Немачкој. У овој држави је Законом о Савезном уставном суду предвиђен, као алтернативни поступак избора судија, да пленум СУС може да предложи будуће судије. Ипак, у пракси се ова одредба до сада показала само као куриозитет. На средокраћи се налази Врховни суд САД. Упркос одсуство било каквих писаних правила, његове судије могу да добију својство неформалних предлагача, или у најмању руку саветника у процесу одабира, али под условом да председник САД сматра да је корисно да чује њихово мишљење. Чини се да је најдаље отишао француски Уставни савет, који је већ неколико пута успео или да спречи именовање новог саветника или да примора постојећег да поднесе оставку. Уколико узмемо у обзир да су у САД судије Врховног суда практично несмењиве с функције, а да у Немачкој и Француској постоје изузетно компликовани поступци за разрешење чланова ових тела (у Француској у веома ограниченом облику), у којима они самостално одлучују, долазимо до следећег закључка. Престанак функције је готово у потпуности у надлежности тих тела (или/и њихових чланова), а долазак на њу још увек не, али се ствари крећу ка томе. Дакле, ради се о органима који се по свом начину настанка и саставу разликују од свих других политичких и/или судских органа, што може да нам представља одређену смерницу приликом одређивања природе функције коју они врше.

III 3. О НАДЛЕЖНОСТИ ЧУВАРА УСТАВА

III 3. 1. О надлежности уопште

Једно од главних питања када је реч о уставносудској функцији јесте шта ради орган којем је та функција поверена. Ови органи могу да имају бројне и различите функције, али се једна сматра есенцијалном, а то је контрола усаглашености нижег правног акта с вишим – на првом месту закона, као израза опште воље и народне суверености, с уставом, као еманацијом уставотворне власти. Стога, нормативна контрола права представља основну уставносудску надлежност.[305] Она обухвата

[305] „Могло би се рећи да је надлежност правни основ који омогућава појединцу да врши власт, па посредно и да предузима неко деловање. Надлежност је дакле, основ власти, док је власт овлашћење или

контролу усаглашености закона и подзаконских општих правних аката с уставом (контрола уставности) и контролу усаглашености подзаконских и других нижих општих правних аката са законом (контрола законитости).[306] Пре пола века, у својој магистарској тези која је касније објављена, Р. Марковић је дао језгровито одређење нормативне контроле (уставног спора о уставности нормативних аката) као најважније надлежности уставних судова (уставни суд схваћен у функционалном смислу). Све остале надлежности су „изведене и не чине суштину уставног судства" и представљају „специфичност одређеног система контроле уставности".[307] На сличан начин и Стојановић истиче да је нормативна контрола права „језгро уставносудске функције".[308] Крбек иде толико далеко да оцену уставности закона изједначава са „уставним судовањем".[309]

С обзиром на врсту спора, односно на начин како се контрола врши, разликују се две врсте контроле: конкретна (посредна или акцесорна) и апстрактна (непосредна). У апстрактној контроли, предупређује се самовоља законодавца, док се у конкретној, законодавац штити од судова.[310]

Када се контрола уставности спроводи поводом конкретног спора (спора између странака у кривичном, грађанском или неком другом поступку), па суд на сопствену, или на иницијативу странке, застане с главним поступком, да би решио претходно питање усаглашености закона с уставом, реч је о конкретној (инцидентној) контроли уставности. Она се најпре развила у САД, у којој странке постављају питање уставности пред судом пред којим се води главни спор. Да би решио спор, суд мора прво да реши претходно питање – питање уставности закона, да би знао коју норму може да примени, а од чије примене да одустане (ексцепција противуставности). Дакле, нема касације (укидања или поништавања), већ закон остаје на снази, али се не примењује.[311]

У Европи такође постоји тај вид контроле, али са значајним особеностима. У европској варијанти конкретне контроле (*konkrete Normenkontrolle*), покретачи поступка нису учесници спора (у Француској они „сигнализирају" суду у оквиру приоритетног питања уставности), већ суд пред којим се то питање појавило као претходно. Оно што једино упућује на њену конкретност је постојање судског процеса, односно примена одређене норме у пракси. Због тога, европски модел остаје и даље доминантно „апстрактан" јер се врши оцена одредбе/прописа са обавезујућим ефектом према свима, али без решавања конкретног случаја. Суд пред којим се води спор треба да утврди да ли чињенице оправдавају покретање поступка уставности, да на одговарајући начин обликује свој захтев и да на крају, примени одговор о (не)уставности на одговарајући начин у конкретном спору.[312] Другим речима, СУС и УС разматрају конкретан случај на апстрактан начин.[313] Због тога, поједини аутори европски модел конкретне контроле називају и „номинално конкретном", неки иду

више овлашћења предвиђених надлежношћу." Оливије Бо, *Држава и њена власт*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр. 164.

[306] О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, стр. 121.

[307] Ratko Marković, *Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata*, Savremena administracija, 1973, стр. 15.

[308] Д. Стојановић, стр. 24.

[309] Ivo Krbek, *Ustavno sudovanje*, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1960, стр. 6.

[310] Д. Стојановић, стр. 27 и 28.

[311] I. Krbek (1960), стр. 43.

[312] A. S. Sweet, (2003), стр. 2771.

[313] На овом месту се Петров позива на Садурског. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, стр. 65.

дотле да је и не подводе под инцидентну контролу него је називају главном или принципијелном (енг. *principal judicial review*, нем. *prinzipale Normenkontrolle*).[314] Комерс и Милер је називају још и *collateral judicial review*.[315] Код нас, Стојановић прави разлику између „чисте апстрактне нормативне контроле“ и конкретне у немачкој и француској верзији, а коју он назива инцидентном.[316]

У оквиру конкретне контроле, позабавићемо се проучавањем и института уставне жалбе у Немачкој. Као што ћемо видети у наставку, у овој држави, она може да буде уперена према свим актима јавних власти, како према општим, тако и према појединачним. Чак и када је уставна жалба уперена против појединачних аката (најчешће судских одлука), неретко се иза захтева за утврђивање повреде одређеног уставног права суштински крије напад на закон. Чак и ако овај прикривени напад изостане, поводом предмета по уставној жалби СУС је развијао и развија тзв. објективно уставно право, односно тумачи и развија уставне принципе, као што је био случај у чувеном предмету Лит (*Lüth*) од 1958. године.[317] Под конкретну контролу у наставку рада подвешћемо већи део америчког система уставности, приоритетно питање уставности у Француској, уставну жалбу и конкретну контролу у Немачкој (када су судови покретачи уставног спора), коју ћемо због прегледности називати инцидентном контролом, како би се разликовала од појма конкретне контроле у ширем смислу.

Уколико се оцена уставности врши у спору који је независан од било ког другог спора, реч је о апстрактној контроли (*abstrakte Normenkontrolle*). Одлика апстрактног спора је да се заштита тражи од норме саме по себи, а не од повреде права која је настала њеном применом, те је довољна само сумња уставних актера који су овлашћени да покрену ову контролу уставности.[318] Једина сврха апстрактне контроле је утврђивање значења устава.[319] „Питање уставности није прејудиционо, него главно и једино питање. Апстрактни уставни спор је објективни спор који настаје онда када се појави разумна сумња о сагласности неке законске норме с уставном.“[320] С обзиром да је предмет овог уставног спора оцена уставности одређеног општег правног акта, он је објективан и није страначки, те стога користимо израз учесници у поступку, а не странке.[321]

Иако је та подела незаобилазна у свим радовима који се тичу уставносудске функције, строга граница између конкретне и апстрактне контроле не постоји, и разлике (контраст) између њих не треба преувеличавати.[322] Управо се у различитим приступима приликом одабира мерила за њихово разликовање (карактер спора, начин покретања, карактер санкције, циљ) огледа узајамна испреплетеност, па у зависности који од критеријума применимо, добићемо нешто другачији резултат. Критеријум циља на најбољи начин показује њихово прожимање: конкретна контрола има за примарни циљ заштиту права странке у конкретном спору, па је оцена уставности

[314] W. Heun (2011), стр. 173.
[315] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 13.
[316] Д. Стојановић, стр. 27 и 28.
[317] СУС је у овом предмету одредио домашај права на слободно изражавање мишљења и дао му предност у односу на материјално-правни интерес друге стране. Вид. R. Marković (1973), стр. 67. Према немачким ауторима, неки од најзначајнијих случајева су настали поводом уставне жалбе. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 13.
[318] R. Marković (1973), стр. 45 и 46.
[319] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 15.
[320] Д. Стојановић, стр. 25.
[321] R. Marković (1973), стр. 16,
[322] О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, стр. 121.

узгредна, док је код апстрактне обрнуто, заштита кохерентности уставног поретка је примарна сврха поступка. Ипак, када се боље погледа, тај се циљ постиже и код конкретне контроле, само је он у другом плану, и обрнуто, и код апстрактне се врши заштита људских права и слобода, тиме што је неуставна норма која је/би могла да проузрокује повреду права отклоњена или адекватно протумачена.[323] Ова теоријска подела је настала на основу анализе америчког и европског модела контроле уставности. У америчком, по правилу, контролу врше сви судови, док је у европском (уз ограду да је ова одредница условна, јер неке европске државе уопште немају судску контролу уставности или је имају у веома специфичним облицима) врше посебни и за то специјализовани органи. Тако се амерички модел одређује као предоминантно конкретан, а европски апстрактан.[324] Ипак, видећемо у наставку да постоје немали изузеци од ових одређења. Тако Свит упућује да је европски модел временом постајао све конкретнији (нпр. применом теста пропорционалности приликом заштите људских права), док је амерички попримао обележја апстрактности.[325]

На страницама које предстоје сагледаћемо најпре све надлежности које се јављају у САД, Немачкој и Француској , а потом ћемо се усмерити само на оне које се тичу конкретне и апстрактне нормативне контроле права. Показаћемо ко може да је започне, шта је њен предмет, односно објекат, у ком тренутку се обавља, као и која су њена мерила.

III 3. 1. 1. САД

У складу с Уставом САД и савезним законима, надлежности Врховног суда се деле на примарне и апелационе/жалбене. Закон САД број 28 који се тиче судова и судске процедуре, у чл. 1251 прецизира првостепену (примарну) искључиву и првостепену неискључиву надлежност Врховног суда. Првостепена надлежност, у обе варијанте, односи се на оне случајеве у којима он поступа као суд прве и последње инстанце, а апелациона када разматра случајеве који су приспели до њега на основу жалбе на одлуке федералних и државних судова.[326]

Упркос томе што је веома ретка, примарна надлежност је и даље присутна у његовој пракси (од једног до пет случајева годишње). Као куриозитет стоји податак да је најпознатији случај у његовој историји *Marbury v. Madison* (1803) потекао управо из те надлежности.[327] Као што је добро познато, том одлуком је преторски установљена надлежност Врховног суда да преиспитује акте Конгреса, пре свега савезне законе, док је за испитивање уставности уставних амандмана, сам себе овластио неколико година раније (вид. *infra IV 1. 1.*).[328] Надлежност да испитује уставност закона држава чланица му је додељена доношењем Правосудног закона од 1789. године.[329]

---

[323] *Ibid.*, стр. 123.

[324] Европски уставни судови су дизајнирани као „релативно прави пророци уставног права“. A. S. Sweet (2003), стр. 2771.

[325] *Ibid.*, стр. 2772.

[326] Чл. 1251. U.S. Code, Title 28 – Judiciary and Judicial Procedure, доступно на: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1251.

[327] K. L. Hall *et. al.*, стр. 47.

[328] *Ibid.*

[329] *Ibid.*, стр. 56.

The Judiciary Act; September 24, 1789, 1 Stat. 73. An Act to Establish the Judicial Courts of the United States, Sec. 25, доступно на: *https://avalon.law.yale.edu/18th_century/judiciary_act.asp*. У одлуци *Fletcher v. Peck* од 1810. Суд је додатно прецизирао ову надлежност.

Апелациона надлежност (*appellate jurisdiction*) Врховног суда је „централна“. Постоји неколико начина на који му се нижи судови обраћају. Директне жалбе (*direct appeals*) су изузетно ретке и јављају се у ситуацији када то закон изричито предвиђа (нпр. *Voting Rights Act*).[330] Уколико се ради о питању од великог значаја за ширу јавност, окружни федерални судови (*circuit court*) самостално одлучују да ли ће се обратити Врховном суду како би предмет био хитно размотрен.[331] Обавезне или жалбе по праву (*mandatory appeals/appeals by right*) су се по сили закона појављивале пред Врховним судом уколико су одређени услови бивали испуњени, али пошто се њихов број временом увећавао а значај опадао, Конгрес је 1988. изменио Правосудни закон доделивши Врховном суду „практично потпуну контролу“ над предметима који пристижу путем посебног захтева – „налога за информисање/разматрање*“* (*writ of certiorari*, *certiorari* или само *cert*).[332] Данас се било која странка у парничном или кривичном поступку који се води пред неким апелационим судом (*courts of appeals/circuit*) може обратити путем тог поднеска Врховном суду.[333]

III 3. 1. 2. Немачка

Немачки Савезни уставни суд је један од органа контроле уставности с најбројнијим надлежностима. Оне нису наведене у једном члану, већ се налазе на више места у Основном закону, па чак и у Закону о Савезном уставном суду. Велики број надлежности довео је и до особеног уређења немачког чувара устава. СУС је подељен на два сената, као последица првобитне замисли уставотворца да сенати треба да обављају другачије функције, да под једним кровом функционишу два органа с различитим задацима. Први сенат је требало да се бави питањима „објективне уставне интерпретације“, попут уставних жалби и конкретне контроле уставности, док је Други сенат требало да настави традицију вајмарског Врховног суда, да решава политичка питања у споровима међу различитим државним органима, да одлучује о федералним споровима, да врши апстрактну контролу, да оцењује уставност политичких партија итд. Ипак, пошто се врло брзо показало да је Први сенат због великог броја уставних жалби знатно оптерећенији послом него Други, већ 1956. дошло је до прерасподеле надлежности, тако да је Други сенат задржао све своје надлежности, али је у одређеним областима преузео и одлучивање по уставној жалби, док се Први сенат углавном бави питањем заштите људских права, али и апстрактном контролом, која му првобитно није била намењена.[334] Данас је подела надлежности између сената максимално релативизована, јер иако се у чл. 14 ст. 1–3 ЗоСУС прописује шта који сенат ради, СУС на пленарној седници може да изврши реалокацију предмета како би се постигла већа ефикасност у раду (чл. 14 ст. 4 ЗоСУС).[335] У случају сумње о томе која

---

[330] Чл. 1253 U.S. Code, Title 28 – Judiciary and Judicial Procedure, доступно на:*https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1253*. Амерички аутори описују ову надлежност као „сертификацију“ (*certification*).
Апелациони судови могу да се обраћају Врховном суду поводом неког сложеног питања. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 17.

[331] Чл. 1254 ст. 2 U.S. Code, Title 28 – Judiciary and Judicial Procedure, доступно на: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1254.

[332] Од латинског: *certioro, certiorare* – информисати. K. L. Hall *et. al.*, стр. 47.

[333] Чл. 1254 ст. 1 U.S. Code, Title 28 – Judiciary and Judicial Procedure, доступно на: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1254

[334] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 18-19. Упор. J. Limbach, стр. 22.

[335] На седници пленума крајем 1993. СУС је усвојио став да независно од одредбе 14 ЗоСУС, и Други сенат може да буде надлежан за одређене области поводом којих пристижу уставне жалбе. Детаљније о овоме вид. Е. Шарчевић, стр. 34.

надлежност коме припада, формира се посебно тело састављено од председника и потпредседника Суда, као и од четири судије (из сваког сената по двојица), које одлучују о надлежности (чл. 14 ст. 5 ЗоСУС). Ова релативизација се најбоље уочава у годишњим прегледима рада Суда. Суштински, „сваки сенат је Савезни уставни суд“, а једина институционална повезница је пленум, у којем се поред реалокације предмета, одлучује и о одступању од праксе коју је један од сената успоставио. Читањем ЗоСУС, стиче се утисак да један сенат може да приволи други да се састану у пленуму. Међутим, дешавали су се случајеви (Одлука о нежељеној трудноћи од 1997, *BVerfGE* 96, 375) да други сенат то одбије, уз одговарајуће оправдање (које понекад подсећа и на изговор), што може да доведе до отворене тензије.[336]

Као што истиче и Шарчевић, иако су надлежности тог органа енумеративно наведене, њихова систематизација није нимало лак задатак.[337] У нашој старијој литератури, М. Стојановић је извршио занимљиву поделу функција СУС на две велике групе или две велике улоге које овај орган обавља: а) вршење судске делатности; и б) тумачење Устава и заштита уставности правног поретка.[338] Она нам је била занимљива јер може да буде схваћена тако да одсликава ситуацију када један орган врши више различитих функција (интерференција функција), што нас подсећа и на случај Врховног суда када обавља своје различите функције. Комерс и Милер наводе 16 надлежности које се налазе у Основном закону и једну која се налази у ЗоСУС, а тиче се доношења привремених мера у посебним случајевима (чл. 32).[339] На основу те поделе и других извора, у следећој табели дајемо преглед свих функција СУС.[340]

[336] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 19-20.
[337] Е. Шарчевић, стр. 38.
[338] Mihailo Stojanović, *Sudska kontrola ustavnosti, uporednopravni pogled na neke probleme ustavnosti*, Savremena administracija, Beograd, 1960, стр. 75. Овде ваља успоставити једну ограду. Наиме, путем судске делатности такође може да се тумачи устав и штити уставност правног поретка, али овде мислимо на судску делатност у ужем смислу, те стога користимо ову Стојановићеву поделу, иако смо свесни њених ограничења, која уосталом готово свака теоријска класификација поседује.
[339] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 10.
[340] Вид. D. P. Kommers-a, R. A. Miller, стр. 10, M. Stojanović, стр. 75, Р. Марковић (2015), стр. 550-566. Коришћен је и годишњак СУС од 2019. године, доступан на линку: Federal Constitutional Court – Annual Statistics 2019, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=3*.

Табела бр. 2. Надлежности Савезног уставног суда Немачке

РБ	НАДЛЕЖНОСТИ	СЕНАТ	УЛОГА СУС
1.	Врши апстрактну контролу закона (чл. 93 ст. 1 тач. 2 ОЗ)	Оба сената	СУС као контролор уставности и тумач устава (контрола уставности у ужем смислу)
2.	Врши конкретну контролу закона (чл. 100 ст. 1 ОЗ)	Оба сената	
3.	Уставне жалбе (чл. 93 ст. 1 тач. 4а и 4б ОЗ)	Оба сената	
4.	На захтев суда доноси одлуку о томе да ли нека одредба међународног права представља део савезног права (чл. 100 ст. 2 ОЗ)	Други сенат	
5.	Одлучује о важењу тзв. старог права (оног које је постојало пре 1949) у случају да постоје различита гледишта о његовом важењу (чл. 126 ОЗ)	Други сенат	
6.	Суди председнику републике због повреде Устава (чл. 61 ОЗ)	Други сенат	СУС као „специјални суд“ за уставна питања (наликује кривичном суду)
7.	Суди савезним судијама због повреде Устава (чл. 98 ст. 2 и 5 ОЗ)	Други сенат	
8.	Одузима уставом зајемчена права појединцима због повреде Устава (чл. 18 ОЗ)	Други сенат	
9.	Забрањује рад политичких странака (чл. 21 ст. 2 и 3 ОЗ)	Други сенат	
10.	Решава сукобе надлежности између највиших државних органа (чл. 93 ст. 1 тач. 1 ОЗ)	Други сенат	СУС као „специјални суд“ за уставна питања (наликује конфликтном суду)
11.	Решава федералне спорове (између федерације и федералних јединица или између федералних јединица међусобно) (чл. 93 ст. 1 тач. 3 и чл. 84 ст. 4, чл. 93 ст. 1 тач. 2а и чл. 93 ст.21 ОЗ)	Други сенат	
12.	Решава спорове унутар федералне јединице ако му је законом земље ова надлежност поверена (чл. 99 ОЗ)	Други сенат	
13.	Решава јавноправне спорове (чл. 93 ст. 1 тач. 4 ОЗ)	Други сенат	
14.	Доноси одлуке на захтев земаљског уставног суда (у случају да он жели да одступи од неке одлуке СУС-а или другог земаљског суда) (чл. 100 ст. 3 ОЗ)	Други сенат	СУС као „специјални суд“ за уставна питања
15.	Решава жалбе у изборним споровима (чл. 41 ст. 2 ОЗ)	Други сенат	СУС као „специјални суд“ за уставна питања (наликује на другостепени суд)
16.	Изриче привремене мере (чл. 32 ЗоСУС)	Оба сената	СУС као „специјални суд“ за уставна питања
17.	Решава друге спорове (поверене савезним законима) (чл. 93 ст. 3 ОЗ)	Други сенат	/

Извор: Табелу је направио аутор на основу анализе правних извора и стручне литературе.

Као што се види из приложене табеле, СУС има бројне и разноврсне надлежности. Поред оних које су већ наведене Уставом и законом, постоји могућност да се федералним, а у одређеним случајевима и земаљским законима, успостављају и нове. Надлежност за испитивање уставних жалби најпре је нашла своје место у ЗоСУС 1951. године, па је тек касније, 1969. године, унета у Устав (чл 93 ст. 1 тач. 4а).[341] Иако су наведене енумерацијом, Шарчевић истиче да то не ограничава делатност Суда, те да „практично не постоји ни један уставни спор који би унапред био изузет из могуће надлежности Савезног уставног суда“.[342]

[341] За историјат уставне жалбе вид. J. Limbach, стр. 33.
[342] Е. Шарчевић, стр. 38.

Од свих надлежности, три су доминантне[343]: апстрактна нормативна контрола, конкретна нормативна контрола (инцидентна) и институт уставне жалбе. Статистички посматрано, уставна жалба (*Verfassungsbeschwerde*) представља свакако најбројнију групу предмета пред СУС. Од увођења, број уставних жалби је непрестано растао, а врхунац је била 2014. година с преко 6.500 уставних жалби, да би потом њихов број почео постепено да опада, те је 2021. године било поднето 5.059 жалби. Међутим, проценат оних које су успешне је изузетно мали, и креће се испод 2% (тачније 1.85%), те је 2021. године било 67 предмета у којима су усвојени жалбени захтеви, тј. утврђена повреда уставних права (број решених предмета по овом основу је много већи и износи 5.569, док је предмета у раду, тј. нерешених предмета 2.997). У истој години СУС је решио један предмет у апстрактној контроли (остало још 6 предмета у раду) и 20 у конкретној контроли (уставност закона покренута од стране судова, с тим да је у раду још 101 предмет).[344] Стога апстрактна и инцидентна контрола делују статистички занемарљиво у односу на број уставних жалби. Ипак, бројни су аутори који сугеришу да статистика замагљује право стање ствари, а то је да су ова два вида контроле далеко значајнија него што то на први поглед изгледа. СУС је у периоду 1951–1987. испитивао уставност око 12,6% свих усвојених закона, а од тога је сваки трећи делимично или потпуно касиран. Новије истраживање потврђује континуитет тих налаза, па је тако у периоду 1949–2009, од укупног броја донетих закона (7.036) СУС у потпуности или делимично касирао 306 закона, што представља 4,4%.[345] Дакле, грубо посматрано, може да се изведе закључак да сваки десети закон бива оцењиван, а да сваки двадесети буде делимично или потпуно проглашен неуставним. Занимљиво би било да се утврди удео интерпретативних одлука у којима је СУС законе прогласио у складу са Уставом, али под резервом свога тумачења. Тада би се проценат суштинске интервенције у законодавчеву делатност засигурно повећао.

Поводом односа броја уставних жалби с бројем предмета у поменуте две области нормативне контроле, немачки аутор Хојн износи занимљиве закључке. Он наводи да се простим увидом у статистику Суда лако може извући погрешан закључак да је акценат на односу између државе и појединца, а да су сви остали односи мање значајни, што није случај из неколико разлога. Први, изузетно је мали проценат усвојених уставних жалби, што условно може да се пореди с селективношћу коју исказује Врховни суд САД приликом одабира предмета (*certiorari*).[346] Друго, значај и ширина правне области коју захватају поједини предмети проистекли из апстрактне и инцидентне контроле, неретко је неупоредив у односу на неке од жалби које се тичу одређених, за појединце битних, али уопште узев мање значајних питања. Треће, од релативне (не)одређености норми зависи и учесталост и могућност за њихову интерпретацију. Тако су оне које се тичу људских права генерално подложније интерпретацији у односу на норме које регулишу организцију државе и њених

[343] Упор. G. Vanberg, стр. 87.

[344] Годишњи извештај о раду Савезног уставног суда, доступан на: *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/jahresbericht_2021.pdf?__blob=publicationFile&v=8*, стр. 37 и 38.
Комерс и Милер истичу да је број покренутих поступака од стране судова изузетно мали, с обзиром на чињеницу о постојању преко 20.000 судија у Немачкој. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 31.

[345] Thomas Gawron, Ralf Rogowski, "Implementation of German Federal Constitutional Court Decisions - Judicial Orders and the Federal Legislature", *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (Eds. Ralf Rogowski and Thomas Gawron), Berghahn Books 2016, стр. 214.

[346] „Оба суда запарaво 'пецају праве предмете'". Ralf Rogowski, Thomas Gawron, "Constitutional Litigation as Dispute Processin: Comparing *the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (Eds. Ralf Rogowski and Thomas Gawron), Berghahn Books 2016, стр. 6.

институција, али када се СУС активира у овој другој области, та одлука ће засигурно имати снажан политички одјек. Четврто, неретко се и у оним случајевима који се тичу директне или индиректне повреде права као истински „тужени“ јавља управо законодавац (иако је жалба номилно уперена ка одлуци другог државног органа). Од тога су изузете оне ситуације када СУС поступа по уставним жалбама које се тичу процесних права у поступку пред судовима, када се суштински претвара у „супер-апелациони суд који пружа 'хитну помоћ'“. Пето, иако се СУС може окарактерисати као институција за остваривање права „обичних“ грађана, путеви који воде ка њему нису за све исти. За разлику од политичких институција и актера, који имају директну проходност да му се обрате, па самим тим и веће шансе да успеју у спору, спор који покрене грађанин, нема превише шанси пред Судом.[347]

III 3. 1. 3. Француска

Надлежности француског Уставног Савета могу да се поделе на три велике групе: прва, уставни спорови који се тичу конституисања и функционисања државних институција; друга, одређивање хијерархије правних аката и трећа, заштита људских права.[348] Поводом друге и треће групе спорова, истиче се да Савет углавном поступа као уставни суд или уставни ауторитет *par excellence*.[349]

Поводом прве групе уставних спорова, када углавном поступа као изборни суд,[350] Савет решава изборне спорове (везано за председничке и парламентарне изборе, чл. 58 ст. 1 и 2 Устава), врши контролу спровођења референдума и проглашава његове резултате (чл. 60 Устава), врши оцену уставности и законитости пословника Националне скупштине, Сената (чл. 61, ст. 1 Устава) и Конгреса,[351] констатује спреченост председника Републике да врши своју функцију (чл. 7 ст. 4) и даје необавезујуће мишљење о испуњености услова за проглашење ванредног стања (чл. 52 ст. 1 Устава), као и о мерама које се у том стању доносе (чл. 16. ст. 3 Устава).[352]

Друга група спорова се односи на контролу хијерархије правних аката у француском правном систему. Реч је „формалној контроли нормативне активности јавних власти“ приликом које Савет обавља улогу „скретничара“ усмеравајући ка „нормативном колосеку којим се треба упутити“.[353] Реч је о четири врсте односа међу правним актима различите снаге: односу између закона и аутономне уредбе, устава и органског закона, устава и међународног уговора, као и закона и аката територијалних заједница.[354] О неким од ових поступака детаљније ће бити речи у делу који се тиче односа органа.

За нас је најзанимљивија трећа група спорова, оних који се тичу заштите људских права. Они не представљају посебне надлежности Савета, већ се одвијају у оквиру спорова из друге групе, пре свих оних који се тичу односа закона и органских

[347] Werner Heun, “Access to the German Federal Constitutional Court”, *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (Eds. Ralf Rogowski and Thomas Gawron), Berghahn Books 2016, стр. 82-86.
[348] Т. Маринковић (2008), стр. 170.
[349] S. Bulajić, стр. 63.
[350] *Ibid*.
[351] Уставни савет, упркос непостојању изричитог уставног овлашћења, упуштао се у контролу пословника француског Конгреса. *Ibid*., стр. 60.
[352] Т. Маринковић (2008), стр. 171-175.
[353] *Ibid*., стр. 176 и 177.
[354] *Ibid*., стр. 179 и 180.

закона с Уставом. У ширем смислу, под ову групу спорова би могла да се подведе и најмлађа надлежност Уставног савета – приоритетно питање уставности.

За разлику од САД и Немачке, нормативна контрола Уставног савета је специфична из два разлога. У односу на правни основ она може да буде обавезна и факултативна, а према моменту вршења претходна и накнадна (у односу на моменат проглашења закона).[355] Обавезна контрола је увек претходна и њен предмет су, у складу са чл. 61. ст. 1 Устава, пословници оба дома француског парламента, органски закони, а од 2008. и референдуми чији је иницијатор једна петина чланова парламента, подржана једном десетином бирача уписаних у бирачки списак. Факултативна контрола може да буде претходна или накнадна. Претходна се може тицати „обичних" закона (чл. 61 ст. 2 Устава), „закона земље" – *Loi du pays de Nouvelle-Calédonie*, (чл. 77, ст. 2, тач. 2 Устава) и међународних уговора (чл. 54 Устава). Накнадна контрола се врши у посебном поступку – приоритетно питање уставности. Њен предмет, у складу са чл. 61 ст. 1 Устава, могу да буду закони, како органски, тако и обични, као и ордонансе потврђене од парламента и закони Нове Каледоније.[356] Специфичан вид накнадне контроле јавља се у виду „делегализације" у ситуацијама када парламент доношењем закона задре у уредбодавну надлежност Владе (чл. 37 Устава), или када на сличан начин наруши статутарне надлежности прекоморских заједница (чл. 74 ст. 3 тач. 2 Устава).

Од 1958. до 2010. Француска је имала особен систем „изузетног превентивног надзора", али је 2010. (Устав је промењен 2008., док је пратеће законодавство донето и почело да се примењује тек 2010. године) овај систем „преображен у сустав који одговара уставносудској контроли уставности закона".[357] Тада је уведена велика новина, специфичан облик накнадне конкретне контроле, с снажним елементима апстрактног разматрања уставног спора – приоритетно питање уставности (фр. *question prioritaire de constitutionnalité – QPC*).

Два пута (1990. и 1993.) је француски парламент расправљао о увођењу накнадне контроле уставности, али је у оба случаја преовладао страх сенатора да ће горњи дом изгубити „улогу самопрокламованог чувара основних права" па до уставне промене није дошло.[358] Приоритетно питање уставности је по први пут у француској историји дало могућност грађанима да се макар индиректно обрате Уставном савету, па се овај институт тумачи као средство за јачање њихових права.[359] Француски аутори истичу два аргумента за увођење те накнадне контроле. Први, правни, донекле је критика претходне контроле која доводи до несавршене заштите основних права јер оставља могућност за примену неуставног закона без могуће санкције.[360] Други, политички, је критика савременог парламентаризма, у коме су представници отуђени од суверена – грађана. Због тога је оправдано да се грађанима дозволи да контролишу законодавни рад парламентараца кроз право да оспоравају уставност закона које они састављају и усвајају у име грађана.[361]

---

[355] Обавезна контрола не постоји у САД, а ни у Немачкој, док се претходна веома ретко јавља у Немачкој, док је у САД као такве нема (закон бива нападан тек пошто ступи на снагу).
[356] M. de Visser, стр. 136.
[357] Branko Smerdel, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013, стр. 136.
[358] Sophie Boyron, *The Constitution of France*, Hart Publishing, 2013, стр. 111.
[359] Први пројекат се везује за некадашњег председника Савета, Бадинтера, а други за тзв. Веделов комитет. *Ibid*. Упор. D. Rousseau *et. al.*, стр. 53.
[360] D. Rousseau *et. al.*, стр. 52.
[361] *Ibid.*

Ова нова надлежност је „увећала радно оптерећење Уставног савета, приморавајући га да организује прави јавни и контрадикторни поступак, да уведе адвокате у суднице, али је и омогућила да се Устав оснажи као врховна норма“.[362] О значају удела те надлежности у раду Савета довољно говори податак да је закључно с 2021. годином, у претходној контроли донео 729 одлука (555 поводом обичних, а 174 поводом органских закона), а поводом ППУ укупно 851 одлуку.[363] Треба узети у обзир да временски период за сагледавање учинка ППУ износи 11 година, а за претходну контролу више од пола века.

Оцене тог института после нешто дуже од деценије његове примене су опречне. Део француске теорије, попут Фавореа оцењује га позитивно.[364] Тако се истиче да је ППУ променио однос грађана према уставом гарантованим правима, а да је улогу Савета допунио, па је од заштитника егзекутиве постао прави уставни суд јер се нашао у средишту дијалога између странака, адвоката и највиших судова.[365] С друге стране, постоје и оштре критике на рачун рада Савета поводом приоритетног питања. Тако се истиче да је у појединим одлукама Савет одбио да уважи истинске аргументе поводом практичне примене нападаних одредаба, што резултира лошим образложењем одлука и одсуством истинске контроле *in concreto.* Због тога поједини аутори закључују да се ППУ „своди на апстрактну контролу премештену у времену изван проглашења закона, уз ризик да 'уставом загарантованим правима и слободама' одузме њихову делотворност”.[366]

Све поменуте надлежности су уставна категорија. Међутим, постоји и једна коју је Савет креирао самостално, у преторском стилу, као коректив тадашњем непостојању накнадне контроле. Наиме, од 1985. године, Уставни савет развија тзв. новокаледонску јуриспруденцију (*jurisprudence néo-calédonienne*),[367] којом је увео правило да приликом испитивања новог закона може да испитује и онај закон који је на снази, ако га нови закон „мења, допуњује или утиче на поље његове примене“ (*des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine*).

Вредно помена је и деловање Савета по службеној дужности односно његово „самосазивање“ (*l'autosaisine*), када своје поступање проширује и на оне одредбе обичних[368] закона које нису наведене у захтеву за оцену уставности. Савет је ову праксу успоставио у Одлуци од 18. новембра 1982. године[369] и задржао је до данашњих дана, упркос увођењу ППУ.[370] Овакав став правда тиме да је у претходној контроли

---

[362] D. Maus, стр. 29.

[363] Bilan statistique, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique*, 15. новембар, 2023.

[364] Он се позива на велики број захтева који су у овом периоду упућени (више од 10.000), те да је четвртина од укупног броја донетих одлука резултирала касирањем закона. L. Favoreu, *et. al.*, стр. 366.

[365] Damien Chamussy, “Le Parlement et la QPC”, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 47/2015, доступно на: *https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-parlement-et-la-qpc*, стр. 50.

[366] Patrick Wachsmann, “Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l’incrimination des clients des prostitués”, Blog Jus Politicum 2019, *https://blog.juspoliticum.com/2019/02/21/misere-du-controle-de-constitutionnalite-des-lois-en-france-la-decision-relative-a-lincrimination-des-clients-des-prostitues-par-patrick-wachsmann/*, 21. децембар 2022.

[367] Темеље овој пракси Савет је поставио Одлуком бр. 85-187 *DC*, од 25. децембра 1985. (*État d’urgence en Nouvelle-Calédonie*).

[368] Не односи се на испитивање органских закона, парламентарних пословника и међународне обавезе. P. Esplugas-Labatut, стр. стр. 46.

[369] Одлука бр. 82-146 *DC*, од 18. новембра 1982.

[370] У посебном параграфу у оквиру својих одлука (*paragraphe balai*), Савет истиче да ли је по службеној дужности покренуо оцену уставности и оних одредби које нису наведене у захтеву овлашћених покретача. P. Esplugas-Labatut, стр. 45.

спор по својој природи објективан, па чак и ако је предлагач оспорио само један члан „циљ одлуке је да очисти закон у целини од било које неуставности“.[371] Ту контролу Савет посебно користи да би одстранио одредбе закона које се не тичу директно његовог циља тзв. *cavaliers législatifs*. После увођења ППУ поступка, Савет је „суздржанији“ него раније,[372] те ређе врши такву контролу у претходном поступку, али је задржао могућност да је обавља и у накнадној контроли, јер сматра да је фаза ППУ поступка у којој је питање уставности стигло до њега, такође објективна по својој природи.[373]

III 3. 2. Конкретна контрола

Пошто је историјски конкретна контрола настала прва, наше излагање почећемо управо од ње, и то од „праве“ или изворне конкретне контроле у америчкој варијанти. Потом ћемо прећи на њену европску верзију. Овим настављамо праксу насталу у старијој југословенској литератури, да се најпре приказује конкретна, па потом апстрактна контрола.[374] У све три државе приказаћемо услове под којима поступак контроле може да се покрене, шта је њен предмет, у ком тренутку се она одвија, и у складу са којим мерилима се врши.

III 3. 2. 1. Конкретна контрола: Покретање поступка

III 3. 2. 1. 1. САД

С обзиром да у САД контролу врше сви судови, прво питање које се намеће јесте оно које се тиче овлашћена да се покрене поступак. Питање ко је овлашћен да поднесе приговор неуставности у америчком систему је колоквијално речено – питање од милион долара. Врховни суд ово право утврђује у сваком конкретном случају, применом самостално развијеног принципа, који се назива *standing*.[375] Овај назив потиче од латинског *locus standi,* које може да се дефинише као право појављивања пред судом, односно као врста страначке легитимације, док Р. Марковић пише о „праву предстајања“.[376] Странка мора да буде лично повређена конкретним законом да би могла да поднесе приговор (*injury-in-fact*, стварно или да макар буде у истинској опасности да ће бити повређена). Такође, мора да се докаже да је законским актом заиста проузрокована одређена штетна последица (*actual government causation of that injury*).[377] Порекло те доктрине је „нејасно“, и може да се схвати као покушај Суда да исправи своју грешку начињену почетком 20. века, када је од случаја *Lochner v. New York* од 1905. године, отпочео с кочењем прогресивних закона у економској области и директно се мешао у економску политику земље (*the Lochner era*). Странка не може да

[371] То поступање је видљиво у одлукама Савета у посебном параграфу (*paragraphe balai*): „Уставни савет није аутоматски поставио било које друго питање сагласности с Уставом и стога се одлука не односи на уставност других одредаба осим оних који су испитиване у тој одлуци.“ *Ibid.*, стр. 46.
[372] Посебно када су у питању тзв. бели захтеви (*saisine blanche*), који не упућују ни на једну конкретну норму, већ циљају на закон као целину. Савет тиме не жели да себи веже руке за поступање у накнадној контроли. *Ibid.*
[373] *Ibid.*, стр. 47.
[374] I. Krbek (1960), стр. 43-51. Слично о овоме: Гашо Мијановић, *Контрола уставности закона* (Докторска дисертација брањена на Правном факултету Универзитета у Сарајеву 1965. године), Правни факултет Универзитета у Српском Сарајеву, Српско Сарајево 2000, стр. 98-114.
[375] Детаљно о стендингу вид. Е. Chemerinsky (2015), стр. 101 и даље.
[376] R. Marković (1973), стр. 96.
[377] *Ibid.*, стр. 97. Упор. K. L. Hall *et. al.*, стр. 957.

се позива на неуставност закона, а да је претходно имала некакве користи од његове примене – *estoppel doctrine*.[378]

Важно питање је прецизирање својства странке. „Очигледне странке“ су лица која су „објекти“ закона, односно чија су права и обавезе предмет законодавног регулисања, као и њихови супружници, лица која имају неки економски интерес (нпр. конкуренти и потрошачи), лица која трпе „изведену штету“.[379] Савезне државе као такве немају својство странке, али могу да се обрате суду уколико су савезним законима повређени неки њихови економски интереси, као нпр. својинско право. С друге стране, савезна власт има својство странке уколико напада законе савезних држава, без испуњавања икаквих посебних услова, јер САД имају „очигледан интерес да свим својим грађанима осигурају уживање њихових права“.[380] Због тога је страначка легитимација савезне власти „неопходан услов за оживотворење уставних одредаба о супрематији савезне власти над влашћу државе чланице (*Supremacy Clause*)“.[381] И савезна држава и федералне јединице могу да се појаве у улози „пријатеља суда“ и да доставе своје поднеске, уколико се предмет спора тиче њихових интереса. Конгрес и председник САД не могу директно да покрену поступак један против другог, јер „америчко уставно право не познаје концепт 'највишег уставног органа'“, али је посредно могуће, тако што би неко физичко или правно лице покренуло поступак који је у интересу једне од страна.[382]

Суд је у предмету *Tileston v. Ullman* од 1943. установио правило да само онај чија су права повређена може да учествује у поступку. То становиште је потврђено у потоњим предметима *Warth v. Seldin* од 1975. и *United Food and Commercial Workers v. Brown Group* од 1996.[383] Ипак, од тог правила постоје изузеци. Допуштено је да удружење заступа своје чланове; у једном другом случају (*Barrow v. Jackson*) Суд је допустио да неко трећи заступа интересе једне стране, уколико је „тешко ако не и немогуће за лица чија су права повређена да поднесу тужбу било ком суду“. Трећи изузетак се односи на лица са којима су друга лица прекинула „своје лукративне односе“, јер је закон од њих то захтевао, па су та прва претрпела штету.[384] *Standing* може да буде додељен и законом, тако да се и тада одступи од правила о лично повређеним правима. У тој ситуацији и савезна држава може да поведе спор поводом уставности савезног закона, или Конгрес може да овласти одређеног државног службеника или једно или више неслужбених лица да поднесу приговор неуставности (уз услов да спор заиста постоји – *case of controversy*), тзв. приватни јавни тужилац, уколико се на тај начин штити јавни интерес.[385]

Важан предуслов у америчком систему јесте постојање стварног спора (*case of controversy*) који представља одраз „веровања да је улога суда само да спречава и отклања конкретне повреде права које појединци трпе“.[386] Апстрактни, хипотетички, привидни и унапред уговорени спорови нису погодни за разматрање и њима се по правилу, од којег постоје немали изузеци (вид. *infra III 3. 3. 2. 1.*), Суд не бави.[387]

---

[378] R. Marković (1973), стр. 97.
[379] *Ibid.*, стр. 101 и 104
[380] *Ibid.*, стр. 108.
[381] *Ibid.*, стр. 109.
[382] *Ibid.*, стр. 110 и 111.
[383] E. Chemerinsky (2015), стр. 129.
[384] R. Marković (1973), стр. 112-114. Упор. E. Chemerinsky (2015), стр. 130-131.
[385] R. Marković (1973), стр. 115 и 116.
[386] E. Chemerinsky (2015), стр. 147.
[387] Вид. детаљније: R. Marković (1973), стр. 94.

Потребно је да буде наведена уставна норма која је повређена и на основу које ће закон евентуално бити оглашен неуставним, као и да је питање уставности „суштинско питање спора“. Суд се не бави ни фактичким питањима, већ само правним.[388]

Један од важних предуслова за заснивање надлежности Врховног суда по уставним питањима, истовремено и принципа самоограничења, јесте доктрина по којој се Суд не упушта у политичка питања (*political questions doctrine*). Њене основе изразио је још председник Маршал у предмету *Marbury v. Madison* од 1803: „Питања која су по својој природи политичка никада не могу да буду решавана пред овим судом“.[389] Ипак, бројни амерички аутори сматрају да је доктрина политичких питања само параван којим се Суд служи да избегне упуштање у „неистражене политичке воде“ и да он заправо може да заснује надлежност и у таквим случајевима. Они такође подвлаче и да је иронија те погрешно назване доктрине, која упућује на закључак да Суд никада не решава политичка питања, управо то што се њеним постојањем „ван сваке разумне сумње доказује да је судски процес по својој природи суштински политички“.[390] Све до средине 20. века, та доктрина је готово у потпуности била магловита, а онда је 1962. у случају *Baker v. Carr*, Суд покушао да је ближе одреди. Р. Марковић наводи да је применом доктрине политичког питања из расправљања пред Судом најпре изостављена област спољних послова, у оквиру које се посебно истичу питања признања страних држава и влада, употребе оружане силе у иностранству, међународних уговора и сл.[391]

Питање уставности међународних уговора у САД је у најмању руку контроверзно. Године 1888., у случају *Whitney v. Robertson*, Врховни суд је одредио да се међународни уговори налазе испод Устава САД, у рангу са законима Конгреса. В. Ђурић истиче да је „у пракси Врховног суда начелно призната могућност контроле уставности међународних уговора“, али и да је та пракса веома колебљива. У неколико наврата, Суд се заклањао иза те доктрине. Тако је 1939. у предмету *Eastern or Emigrant Cherokees and Western or Old Settler Cherokess v. United States* закључено „да су међународни уговори који важе између нација политичка, а не правна питања“, а 1979. године, у предмету *Goldwater v. Carter*, да се ради о спору који није погодан за судско разматрање (*nonjusticiable*).[392] Суд сматра да је доктрина примењива и у сфери унутрашње политике, па су њоме обухваћене области које регулише чл. 4 Устава САД (републикански облик владавине и спречавање унутрашњег насиља), као и питања унутрашње организације законодавних органа (начин доношења закона, статусна и организациона питања, као и она која се тичу законодавног поступка).[393] Позивајући се на ту доктрину Суд је одбио да цени уставност уставних амандмана, сматрајући то питањем законодавног процеса.[394] Видећемо касније да је у Француској Уставни савет изричито овлашћен да контролише парламентарне пословнике, и да се то не сматра нападом на аутономију парламентарних домова.

Поједини амерички аутори истичу да се под том доктрином не подразумева да се Суд уопште не упушта у разматрање питања која нису погодна за судско

[388] *Ibid.*, стр. 117 и 118.
[389] K. L. Hall *et. al.*, стр. 754.
[390] *Ibid.*, стр. 755.
[391] R. Marković (1973), стр. 119.
[392] Извршни споразуми које закључује председник САД у међународним односима сматрају се једнаким по правној снази са законима и међународним уговорима. Владимир Ђурић, *Устав и међународни уговори*, Институт за упоредно право, Београд 2007, стр. 319, 334, 341-342.
[393] R. Marković (1973), стр. 119.
[394] D. G. Savage, стр. 372.

одлучивање, јер су „високо политизована“, већ да је потребно да се она посматрају у „техничком смислу у складу са својом вишеслојном природом“, у складу са смерницама које је Врховни суд пружио у предмету *Baker v. Carr*.[395] Ипак и они признају да Суд није доследан у својој пракси, па тако некада питања која по правилу припадају другој грани власти (*commitment to a coordinate branch*), одбија да решава, као у случају *Nixon v. United States* од 1993, а некада не, нпр. у *Bush v. Gore* од 2000. Други покушаји прецизирања те доктрине су још нејаснији и недореченији (*nebulous and open-ended*).[396] Тако се у америчкој литератури подвлачи да је та доктрина пре „дискрециони инструмент који судовима омогућава да избегну 'незгодна' питања“, него што је „уставом одређена линија разграничења између прикладних и неприкладних питања“,[397] док Р. Марковић износи још оштрију оцену, називајући је „аномалијом“ у систему у којем иначе „акти државних органа начелно подлежу судској оцени са гледишта њихове уставности“.[398] Он се позива на Шварца (*Schwartz*) када истиче да је доктрина политичких питања изузетак од принципа законитости, „пошто има за последицу да извесна питања, која улазе у оквир те доктрине, учини имуним од судске контроле уставности“. Управо у томе лежи велика опасност, јер чим се направи један преседан, отвара се пандорина кутија: „Направити такав изузетак значи учинити фатални први корак према тоталитаристичкој држави и рећи да је држава изнад сваког принципа законитости“.[399]

III 3. 2. 1. 2. Немачка

Конкретна (инцидентна) контрола и њено покретање релативно је штуро регулисано чл. 100 ст. 1 ОЗ и чл. 13 ст. 11 и 80 ЗоСУС. Због тога је СУС својом праксом прецизирао услове под којима је могуће да се она оствари. Конкретну контролу могу да покрену сви судови пред којима се појави закон упитне уставности, с тим да они морају да имају „уверење“ да закон није у складу с уставом. То значи да они морају детаљније да се позабаве тим питањем, да узму у обзир схватања стручњака која постоје у научној литератури, као и утврђена правна мишљења.[400] Замисливе су три ситуације у којима се та контрола јавља: а) суд сматра један закон неуставним зато што крши савезни устав; б) суд сматра да земаљски закон или устав крши савезни устав; и в) суд сматра да земаљски закон или устав крши савезни закон, односно савезно право.[401] Додатно, питање које се поставља, на основу сопственог правног схватања суда који одлучује, мора да буде „битно“ за доношење пресуде у конкретном случају. Поступак пред судом који је покренуо питање уставности закона се обуставља

---

[395] Нпр. када не постоје стандарди за решавање одређеног питања и који се не могу судски путем открити нити употребити; када су политички актери пропустили да изврше неопходна претходна прецизирања одређеног питања, итд. Детаљније: Norman Dorsen *et al.*, *Comparative constitutionalism – cases and materials*, Thomson/West 2010, стр. 171.

[396] *Ibid*., стр. 172.

[397] K. L. Hall *et. al.*, стр. 755

[398] R. Marković (1973), стр. 120.

[399] *Ibid*., стр. 121.

Немачки правник Лајбхолц је о овоме писао на следећи начин: „Оправдано је свуда где се политичко може мерити правом, да ово и треба да буде мерено правом. Спорна правна питања, додуше, могу својим ауторитетом решити они који су у датом тренутку политички јачи. Међутим, у интересу слободе, боље је да се правни спорови политичког карактера не решавају искључиво политичким путем, тј. боље је када о њима одлучује независна инстанца, оријентисана на право.“ Наведено према: R. Marković (1973), стр. 21.

[400] Е. Шарчевић, стр. 43.

[401] *Ibid.*

све док СУС не донесе одлуку о томе у „објективном међупоступку“.[402] Поменути услов „важности“ уставног питања за поступак који је у току није лако достићи, односно, он је испуњен само када би суд дошао до „другачијег закључка“ пошто је претходно исцрпео „све очигледне могућности“. Иако је у начелу мишљење суда који се обраћа СУС „одлучујуће“, СУС је својом праксом створио велики маневарски простор, тако да не прихвата оне захтеве чије је мишљење „неодрживо“ или где нема уставног питања, а с друге стране прихвата оне који имају „општи и фундаментални значаја за општу добробит, те је због тога ургентно“.[403] Циљ конкретне контроле уставности у Немачкој, огледа се у онемогућавању судова да се поставе изнад земаљског или савезног законодавца.[404] Видећемо касније да слични услови постоје и у Француској (веза са предметом спора, озбиљност питања, да је ново или може да буде и старо, али под промењеним околностима), с тим да су за разлику од Немачке, они прописани органским законом.

Као што смо видели, у САД у конкретном спору свако може да постави питање уставности закона, уколико су испуњени бројни строги и често недовољно дефинисани услови. Другим речима, с једне стране је појединац (удружење грађана и сл.), а с друге стране појединачни акт који се напада (судска пресуда), јер уколико он за своју основу буде имао закон сумњиве уставности, може да дође до повреде неког људског права, или генерално повреде устава. У Немачкој је, *уставном жалбом*, та могућност истовремено постављена и шире и уже. Шире, пошто предмет напада могу да буду сви акти јавних власти, а уже јер је акценат само на повреди људских права, док остале области ОЗ могу да се штите на друге начине.

Круг лица која могу да поднесу уставну жалбу у Немачком систему је постављен веома широко, пошто према чл. 93 ст. 1 тач. 4а ОЗ и чл. 90 ст. 1 ЗоСУС то може да учини „свако“. То су на првом месту физичка лица, како домаћи тако и страни држављани (ако се ради о универзалном људском праву), потом правна лица (домаћа и страна) у која спадају и „недржавни субјекти“ попут факултета, универзитета, радио установе и сл., али и држава, тј. њене творевине – правна лица јавног права. Политичке странке као удружења грађана, такође могу да поднесу уставну жалбу, што могу да учине и слободни посланици.[405]

Жалбена легитимација има два вида: процесни (правно-релевантна веза жалиочевог права с потенцијалном повредом) и материјални (постојање повреде уставом гарантованог права или слободе).[406] Први вид је испуњен уколико подносилац повреду основног уставног права учини вероватном[407]. То значи да мора да буде реч о актуелној повреди права, тј. да постоји у садашњости, да је повреда непосредна, односно да није потребан неки додатни акт за спровођење закона – „осим у случају када закон обавезује управну власт на мере које представљају повреду основних права“ и коначно, да је подносилац жалбе погођен лично, што значи да је циљ жалбе „исправљање сопственог правног положаја“.[408] Други вид, постојање повреде, тј. тврдња о њеном постојању се доказује ако је она „супстанцијална“ и да је захват у људска права као такав могућ.[409] Слично као и код инцидентне контроле, већину тих

[402] *Ibid.*
[403] W. Heun (2016), стр. 65-66.
[404] Е. Шарчевић, стр. 44.
[405] Vladimir Đurić, *Ustavna žalba*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2000, стр. 147-151.
[406] *Ibid.*, стр. 146.
[407] Е. Шарчевић, стр. 47. Упоред. W. Heun (2016), стр. 66.
[408] V. Đurić (2000), стр. 158-159.
[409] *Ibid.*, стр. 157.

услова је одредио и прецизирао сам СУС, док је уставна и законска регулатива веома оскудна.

Комунална уставна жалба, као посебна подврста уставне жалбе према чл. 93 ст. 1 тач. 4б ОЗ, резервисана је за општине и њихове савезе, а може бити уперена само на законе (у року од годину дана од ступања закона на снагу), због повреде права на самоуправу из чл. 28 ОЗ.

III 3. 2. 1. 3. Француска

Уставном променом од јула 2008. године, поред постојећег чл. 61 уведен је чл. 61-1 који у свом првом ставу кратко предвиђа да „уколико неко током поступка пред судом тврди да одредба закона крши Уставом зајемчена права и слободе, пред Уставни савет случај могу да изнесу Државни савет или Касациони суд, у прописаном року". Разрада те одредбе остављена је законодавцу, на шта упућује ст. 2 поменутог члана. Органски закон је донет у децембру 2009. године, а почео је да се примењује у марту 2010. године, тако да од тог момента треба рачунати да је отпочео истински живот новог института. Иначе, тај органски закон заправо представља допуну Ордонансе од 1958. која се тиче Уставног савета.[410]

Грађани не могу директно да се обрате самом Савету. Систем је постављен тако да се „заснива на два једноставна принципа: индиректном упућивању и двоструком филтрирању".[411] Правно средство које има карактер својеврсне иницијативе[412] за покретање поступка оцене уставности, мора да прође претходну судску тријажу. Поступак има више корака. Захтев за оцену уставности закона (органских, обичних, потврђених ордонанси и закона Нове Каледоније) истиче једна од странака у спору и при томе се с главним поступком привремено застаје. Потом долази до стадијума „филтрирања". Први филтер је суд пред којим се води поступак (грађански, кривични или управни) који испитује три услова који морају кумулативно да буду испуњени: одредба закона чија се уставност доводи у питање мора да буде у вези с предметом спора или да представља основ за одлучивање, да Уставни савет о њој није раније одлучивао (осим ако се околности нису промениле), и да је питање озбиљно. Уколико су ти услови испуњени, поступајући суд у зависности од своје надлежности предмет прослеђује Касационом суду или Државном савету, који примењују идентичне критеријуме провере, уз додатак да питање може да буде или озбиљно или ново.[413] То би био други филтер. Коначно, уколико Касациони суд или Државни савет нађу испуњеност тих услова, питање се прослеђује Уставном савету. Уколико Савет не установи повреду Устава, поступак пред судом се наставља. У супротном, поступак се обуставља, а Савет одређује услове и границе дејства које ће његова одлука да произведе на односе на које је неуставна одредба утицала.[414]

Скоро дупло више захтева за оцену уставности поводом ППУ добија Касациони суд у односу на Државни савет, и они се претежно односе на законе из кривичне материје, али се исто тако чини и да он има строже критеријуме приликом филтрирања. Када се упореди број упућивања та два органа ка Уставном савету,

[410] Loi organic n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 (Applicable à partir du 1er mars 2010).
[411] D. Rousseau *et. al.*, стр. 53.
[412] Француски аутори је називају системом „посредне жалбе" (*recours indirect*). *Ibid.*, стр. 54.
[413] Вид. чл. 23-1, 23-2 и 23-4 Ордонансе о Уставном савету. Питање је ново када Савет још увек није био у позицији да о њему расправља или када се поводом оспорене одредбе појавило више захтева за оцену уставности. Упор. M. de Visser, стр. 137.
[414] D. Rousseau *et. al.*, стр. 54.

Касациони суд је у релативно благој предности – 571 захтев, у односу на 454 захтева које је поднео Државни савет у периоду 2010 – средина 2022.[415]

III 3. 2. 2. Конкретна контрола: Предмет контроле

III 3. 2. 2. 1. САД

У оквиру инстанционе контроле Врховног суда САД над пресудама апелационих судова, због њеног значаја посебно се истиче контрола уставности федералних закона. С друге стране, надлежност Суда да „тумачи федералне законе", односно да врши контролу и свих подзаконских општих аката, неретко остаје у сенци.[416] Заправо, „контрола уставности у САД је по својој природи истоветна с контролом законитости", јер је Врховни суд контролу коју је вршио над подзаконским прописима „само проширио на законе".[417] У тој ситуацији много ће се лакше догодити да Конгрес измени појединачни закон који је Суд протумачио на одређени начин, него што је то случај с Уставом.[418] Врховни суд врши контролу и свих појединачних аката „свих органа који врше функције власти, односно јавне функције уопште".[419]

Суд врши контролу како закона, тако и устава држава чланица америчке федерације.[420] О контроли међународних уговора и контроверзама које је прате, више речи је било у делу који се тиче заснивања надлежности Врховног суда. У начелу она је могућа, али с обзиром да се до сада није десило да један међународни уговор буде поништен, остаје дилема како би се Суд заиста понашао у тој ситуацији.

Оцена уставности уставних промена, односно уставних амандмана је ништа мање контроверзно питање. Иако начелно постоји став да је уставна промена и сама део устава, „те да суд који би устав прогласио неуставним не би више ни постојао (пошто је и сам креација устава)", постоје и ставови да уколико би се уставном ревизијом променили одређени делови америчког устава, нпр. слободе гарантоване Првим амандманом, да би то довело до „нелегитимног уставног самоубиства".[421] Разрешењу тих теоријских дилема, својом праксом није допринео ни Врховни суд, већ је додатно закомпликовао, упустивши се неколико пута у разматрање њихове и формалне и материјалне сагласности са Уставом, али без јасно изграђеног теоријског упоришта.[422] О тој пракси ће више речи бити у наредном поглављу.

Иако ни за њу не постоји изричито уставно овлашћење, Суд врши и надлежност преиспитивања одлука судова савезних држава у односу на савезно законодавство, али се она сматра последицом федералног уређења државе.[423]

---

[415] Bilan statistique, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique,* 15. Новембар, 2022. и L. Favoreu, *et. al.*, стр. 364.
[416] Овде се најпре мисли на регулативе агенција. A. S. Sweet (2003), стр. 2772.
[417] M. Stojanović, стр. 54.
[418] K. L. Hall *et. al.*, стр. 47.
[419] Гашо Мијановић, „Судска контрола уставности у САД", *Едиција „Два вијека савремене уставности"*, Српска академија наука и уметности, Београд, 1990, стр. 41.
[420] *Ibid.*, стр. 41 и 43.
[421] Рознаи се позива на Фримана (*Freeman*). Вид. Roznai Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, 2017, стр. 145.
[422] Г. Мијановић (1990), стр. 42.
[423] K. L. Hall *et. al.*, стр. 48.

III 3. 2. 2. 2. Немачка

СУС је у једној од својих првих одлука утврдио да само закони у формалном смислу, укључујући и законе донете за време законодавне кризе (у складу с чл. 81 ОЗ) могу да буду предмет *конкретне (инцидентне) контроле*.[424] Поред њих предмет може да буде и право (устави и закони) савезних држава.[425] Конкретном контролом у ширем смислу може да се сматра и поступак „верификације норми“, у којем СУС одлучује о томе да ли одређена одредба међународног права представља део савезног права, а поводом захтева који је стигао од суда пред којим се то питање поставило.[426] Поступак „квалификације норми“ о важењу тзв. претконститутивног, односно старог права, наликује на конкретну контролу, с тим да тај поступак могу да покрену оба дома федералног парламента, савезна влада, земаљска влада или судови.[427] Поводом та два специфична предмета конкретне контроле у периоду 2010–2019 пред Судом се није појавио ниједан случај.[428]

Предмет *уставне жалбе* у Немачкој су све мере јавних власти, што значи да њоме могу да се нападају законодавни, управни и судски акти. Иако се упоредно посматрано, уставном жалбом и њој сличним институтима углавном нападају само појединачни правни акти државних органа, Немачка је особена јер дозвољава подношење уставне жалбе и против општих правних аката. С тим у вези, Е. Шарчевић истиче да се у немачкој правној литератури, с обзиром на њен предмет, прави разлика између уставне жалбе поводом пресуде и уставне жалбе поводом правног става (оне која се тиче закона у формалном смислу).[429]

Тако предмет уставне жалбе могу да буду савезни и покрајински закони у формалном смислу, али и материјални закони оба нивоа власти (у које спадају акти како савезне управе, тако и управâ федералних јединица). Поред тих општих аката, В. Ђурић наводи да се уставном жалбом могу нападати и „промене Основног закона, устави федералних јединица, конкордатски закони федералних јединица, као и закони који трансформишу садржину међународног уговора, код кога је СР Немачка страна уговорница, у унутрашње право (*Vertragsgesetze*)“.[430] Иако поједине одлуке СУС имају снагу закона, оне не могу да се нападају уставном жалбом.[431]

Посебно је занимљиво како је СУС у познатој одлуци о Мастрихтском уговору (*BVerfG* 89, 155), установио право на подношење уставне жалбе и против међународних уговора, на основу тумачења чл. 38 ОЗ који се тиче изборног права грађана на парламентарним изборима и природе мандата савезних посланика. Пошто је право учествовања на савезним парламентарним изборима израз народне суверености, одузимање права грађанима да уставном жалбом оспоравају неки међународни уговор којим се можда смањују ингеренције Бундестага, водило би и ка повреди права гласа као основног права.[432]

---

[424] *BverfGE* 1, 184. Наведено према: Е. Шарчевић, стр. 605.
[425] Чл. 101 ст. 1 ОЗ. Упор. *Ibid.*, стр. 43 и 44.
[426] Чл. 100 ст. 2 ОЗ, ЗоСУС чл. 83 и 84. Упор. *Ibid.*, стр. 44 и 45.
[427] Чл. 126 ОЗ, ЗоСУС чл. 86 и 87 и Одлука *BverfGE* 1, 124. Упор. *Ibid.*, стр. 45 и 606.
[428] Federal Constitutional Court - Annual Statistics 2019, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=3*, 22. децембар 2022, стр. 6.
[429] Е. Шарчевић, стр. 46.
[430] V. Đurić (2000), стр. 53.
[431] *Ibid.*, стр. 54.
[432] M. de Visser, стр. 109.

Предмет контроле су и акти судске и извршне власти. Када је реч о актима судске власти предмет могу да буду акти како федералних тако и државних судова, као и акти уставних судова савезних држава. Акти СУС не могу да буду предмет контроле.[433] Предмет уставне жалбе су и све мере управних власти, али су у односу на судске одлуке, предмети у вези с тим актима далеко малобројнији (због начела супсидијарности, односно потребе да се исцрпу сва предвиђена правна средства).[434]

Чак и када је уставна жалба формално уложена против појединчаног правног акта (судске пресуде, управног решења итд.), неретко је њен крајњи циљ оспоравање уставности закона, на основу кога је тај акт донет, јер подносилац поред напада на појединачни акт „узгредно" помиње да је суштина проблема у неуставности закона. У таквим ситуацијама заправо је реч о „индиректном" оспоравању закона уставном жалбом.[435]

У немачком систему и пропусти јавних власти, односно нечињења, могу да буду предмет уставне жалбе јер се схватају мерама јавних власти. То се закључује на основу одредаба ЗоСУС чл. 92 и 95. Позивајући се на немачке ауторе, В. Ђурић наводи да је уставна жалба против пропуштања законодавне власти допуштена, али је неопходно да постоји „уставна дужност поступања законодавца", која је прописана уставном нормом која „легислативу обавезује на специфично поступање", с тим да се „претпоставке чињеничног налога законодавцу појављују као претходне".[436]

III 3. 2. 2. 3. Француска

Предмет контроле у поступку ППУ су сви проглашени органски или обични закони, ордонансе које је потврдио парламент или закони Нове Каледоније. Супротно, то не могу да буду закони усвојени на референдуму[437], уставни закони, пословници скупштина, међународни уговори, као ни закони који их потврђују, нити подзаконски правни акти.[438]

У две своје одлуке Савет је додатно прецизирао предмет контроле у поступку ППУ. Тако је 2010. године, супротно од Касационог суда, установио да контроли не подлеже само законодавна одредба као таква, већ и њено тумачење које ја настало судском праксом (*interprétation jurisprudentielle*). С друге стране, одлукама од 2010. и 2014. нашао је да странке не могу да нападају пропуштање законодавца да уреди одређено питање (*l'incompétence négative du législateur*).[439]

Можемо да уочимо да је ППУ, за разлику од немачке уставне жалбе (мада ППУ у себи садржи комбинацију елемената и уставне жалбе против закона и инцидентне контроле), којом може да се напада сваки акт јавне власти, па и пропуштање односно нечињење, скројено доста уже. Ипак, у одређеној мери, Савет је проширио домет ППУ

[433] Чл. 93 ст. 1 тач. 4а ОЗ и чл. 90 ст. 1 ЗоСУС и V. Đurić (2000), стр. 45-47.
[434] *Ibid.*, стр. 50.
[435] M. de Visser, стр. 144.
[436] *Ibid.*, стр. 56-57.
[437] На самом почетку свог рада, Савет је установио правило да не врши контролу закона који је усвојен на референдуму. У поступку ППУ, он је то правило потврдио. Одлука бр. 2014-392 *QPC* од 25. априла 2014.
Детаљније у: Marc Guillaume, "Le traitement des saisines parlementaires par le Conseil constitutionnel depuis la QPC", *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 48/2015, 127-142, стр. 130.
[438] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 363. Упор: M. de Visser, стр. 136.
[439] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 363.

својим ставом да контроли не подлеже само законодавна одредба као таква, већ и њено тумачење које ја настало судском праксом.

III 3. 2. 3. Конкретна контрола: Моменат контроле

С обзиром на то да ли је општи правни акт ступио на снагу или не, разликујемо два вида контроле: претходну и накнадну контролу. Претходна контрола је у Француској дуго била једини облик контроле. Ипак, накнадна је најчешће основни облик контроле или „права нормативна контрола“ и теоријски је „више у духу поделе власти“, али до релативизовања поделе власти долази и код ње. Оно што је можда најзначајнија разлика, или особина, јесте да се накнадна контрола углавном јавља као „одговор на примену правног акта“, а и круг субјеката који могу да иницирају поступак је код ње обично шире одређен.[440]

III 3. 2. 3. 1. САД

По логици ствари, у САД је потребно да је закон ступио на снагу и да се примењује. Поред тога, важно је и да се испуни услов зрелости за одлучивање (*ripeness of constitutional issues*), да оспоравани закон наноси штетне последице.[441] Овде се прави разлика између закона за чије спровођење су потребни и подзаконски прописи који би их разрадили и оних који су „самоизвршни“. Код тих других, сама чињеница њиховог постојања „наноси штетне последице приватним правима и интересима“, а најчешће се ради о законима који „садрже санкције за неизвршење“ и онима који проузрокују непосредне последице на права и дужности адресата који су захваћени њиховим одредбама. Пре него што се обрати Врховном суду, странка мора да исцрпи сва предвиђена правна средства.[442]

III 3. 2. 3. 2. Немачка

Пошто *инцидентну контролу* покрећу судови пред којима је у току одређени поступак, по природи ствари, акт који се оспорава ступио је на снагу и примењује се. Како овде углавном важе правила која се примењују у апстрактној контроли, нешто више речи о томе биће у наставку.

Важна особина *уставне жалбе* у Немачкој је њено супсидијарно дејство, те је тако за њено подношење против појединачних аката, потребно исцрпљивање свих правних путева (чл. 90 ст. 2 ЗоСУС).[443] Овде је реч о примени начела супсидијарности које се огледа у томе да пре улагања уставне жалбе, жалилац нема више могућност да истиче друга правна средства која су правним поретком предвиђена (односно нормом која предвиђа одређени институциони пут).[444] Због све већег броја предмета, СУС је временом, а посебно од средине осамдесетих година 20. века, почео да пооштрава стандард о исцрпљености правног пута, како би избегао да буде преплављен уставним жалбама.[445] Рок за подношење уставне жалбе против судских и управних аката је месец

[440] О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, стр. 127.
[441] R. Marković (1980), стр. 97
[442] Ibid., стр. 117.
[443] Правни пут се одређује као „сваки, у једној норми предвиђени, институциони пут“. Вид. V. Đurić (2000), стр. 119.
[444] *Ibid.*, стр. 119 и 123.
[445] Детаљније о овоме: W. Heun (2016), стр. 67-70.

дана од дана објављивања одлуке или другог момента прописаног у ЗоСУС (чл. 93 ст. 1).[446]

ЗоСУС (чл. 90 ст. 2) предвиђа два изузетка у којима може да се одступи од начела супсидијарности. Први се тиче уставне жалбе од „општег значаја" – када се њоме „покреће начелно уставноправно питање" и уколико ће њено решавање допринети „јаснији" у другим идентичним случајевима. Други изузетак је могућ уколико је реч о случају у којем се може јавити тешка и неотклоњива штета за подносиоца жалбе.[447] У овом случају, пошто се није дошло до краја правног пута, почетак рока се рачуна од последње одлуке која је донета на том правном путу.[448]

Уколико је реч о акту пропуштања, рок од месец дана почиње да тече од момента када је подносилац жалбе сазнао о завршетку пропуштања.[449] ЗоСУС предвиђа и могућност повраћаја у пређашње стање (чл. 93 ст. 2). Уколико је подносилац уставне жалбе, без своје кривице, пропустио да изјави жалбу у року, то може да учини у року од две недеље од нестанка спречености, али не касније од једне године од истека рока за уставну жалбу.[450]

Када се уставна жалба изјављује против закона тада нема исцрпљивања правног пута, те је суштински овде реч о одступању од начела супсидијарности које иначе важи за појединачне акте.[451] Уставна жалба мора да се поднесе у року од годину дана од дана ступања закона на снагу (чл. 92 ст. 3 ЗоСУС). Пошто је неопходно да је лице непосредно повређено законом, због особине већине закона да се не могу непосредно применити, већ је углавном потребан неки појединачни акт који ће их оживотворити (нпр. пореско решење за порески закон), уставна жалба ће бити прихваћена само онда када је закон могао непосредно да буде примењен као што је нпр. случај са изборним законима.[452] Такође, то ће бити случај и са законима о експропријацији, када није потребан акт за њихово спровођење већ се директно примењују, па у тим ситуацијама, њихова непосредна примена надомешћује одступање од принципа супсидијарности.[453]

У случају да се жалба подиже против међународног уговора, реч је о својеврсној претходној контроли, налик оној у Француској, пошто се ратификациони закон напада у моменту када је изгласан у парламенту, али пре него што савезни председник прогласи. Другим речима, уставна жалба се улаже против *lex contractus nascitura*.[454]

III 3. 2. 3. 3. Француска

Пошто се у ППУ поступку закон оспорава у судском поступку који је у току, подразумева се да је закон проглашен, да је ступио на снагу и да се примењује. Питање уставности се сматра претходним или прејудиционим питањем, које уколико је постављено, мора да буде решено, да би могло да се настави с главним поступком, слично као и у америчком или немачком систему (инцидентна контрола). Управо због

[446] Упор. V. Đurić (2000), стр. 176-177.
[447] О постојању и других изузетака у пракси СУС, видети: *Ibid.*, стр. 124-126..
[448] *Ibid.*, стр. 178.
[449] *Ibid.*
[450] Упор. *Ibid.*, стр. 179.
[451] *Ibid.*, стр. 126.
[452] R. Marković (1980), стр. 67.
Де Визер такође наводи као пример за успешну жалбу, предмет поводом закона који се тицао пописа: *BverfG*, 65, 1 од 1983. M. de Visser, стр. 144.
[453] W. Heun (2016), стр. 67.
[454] V. Đurić (2000), стр. 53.

оваквог процесног статуса, у називу самог института јавља се атрибут „приоритетно“. Дакле, он се не односи толико што брзину његовог решавања, већ најпре због предности која је дата утврђивању уставности оспорене одредбе, над евентуалним (уколико би истовремено и оно било постављено) питањем усклађености законске одредбе с конвенционалним правом (међународним и правом ЕУ).[455] Када је реч о роковима, судија пред којим је истакнут захтев за оцену уставности мора без одлагања – у што краћем могућем времену, да одлучи о њему и да га проследи даље, док Касациони суд и Државни савет имају рок од три месеца да донесу своју одлуку о уставности или о прослеђивању питања Уставном савету.[456]

У наставку ћемо видети (вид. *infra III 3. 3. 1. 3.*) да у Француској рок за вршење претходне контроле уставности закона износи само месец дана. Тако произлази да је тај поступак (антериорне контроле) и питање уставности које се у њему поставља, са аспекта времена „приоритетније“ од приоритетног питања уставности. Пут грађана до Уставног савета је у ППУ поступку и тежи и дужи, него што је то случај с процедуром коју пролазе представници француских политичких институција.

III 3. 2. 4. Конкретна контрола: Мерило контроле

III 3. 2. 4. 1. САД

Мерило контроле уставности у САД за све савезне законе и међународне уговоре (и друге акте који су с њима изједначени) на првом месту је Устав САД са свим амандманима (27). На основу чл. VI ст. 2 Устава САД, с Уставом, савезним законима и међународним уговорима морају да буду у сагласности сви нижи савезни правни акти, као и сви устави и закони савезних држава.

Теорије о природном/надуставном праву оставиле су трага и на доктрину Врховног суда. То је посебно случај с тумачењем уставних одредаба (V и XIV амандман) о законом прописаном поступку (*due process of law*), које су претворене у инструмент за заштиту основних права, а коју је Врховни суд дефинисао као „основне принципе слободе и правде који почивају у темељу свих грађанских и политичких институција у САД“.[457] Суд је могао да се нађе у искушењу да на основу њих оцењује уставност и самог устава. Ипак, зауставио се на становишту да су „основна права *implicite* садржана у Уставу и да не представљају његову протутежу“.[458]

Доктрина законом прописаног поступка има своја два вида: процесни и материјалноправни. Процесни вид доктрине за примарни циљ има обезбеђивање правичног поступка у ситуацијама када држава прописује одређене обавезе појединцу, како би се избегла арбитрерност и обезбедила транспарентност и легитимност званичног поступања власти.[459] Материјалноправни аспект те доктрине своје корене вуче из енглеске теорије о темељном, али неписаном уставу (*fundamental but unwritten constitution*), као и идејама републиканске владе и индивидуалних грађанских права,

---

[455] Чл. 23-2 ал. 2, Ордонансе 58-1067 (Ordonnance n° 58-1067). Упор. L. Favoreu, *et. al.*, стр, 365. и M. de Visser, стр. 138.
[456] Чл. 23-4 Ордонансе 58-1067.
[457] Р. Лукић истиче да посебно у области грађанских права и слобода амерички Устав садржи „низ врло неодређених појмова“, у чијем је уобличавању коришћено и природно право, које представља схватање „самог суда односно јавног мњења о томе шта је праведно и разумно“. Radomir Lukić, *Ustavnost i zakonitost u Jugoslaviji*, Institut političkih nauka Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1966, стр. 105.
[458] Г. Мијановић (1990), стр. 43.
[459] K. L. Hall *et. al.*, стр. 274.

док је њено модерно одређење дао судија Стивен Џ. Филд (*Stephen J. Field*) у предмету *Slaughterhouse Cases* од 1873. године.[460] Он је подвукао да је „једнакост права, уз одстрањивање свих омаловажавајућих и пристрасних аката, у законитом живљењу, посебна привилегија грађана Сједињених Држава".[461]

Стога закони морају да прођу одговарајући тест да ли су у складу с захтевима здравља, морала, благостања и сл. Сваки пут када би из тих разлога закон бивао проглашен неуставним, то је изазивало оштру реакцију јавности, што је посебно било изражено у првој половини 20. века почевши од чувеног случаја *Lochner* до коначног спровођења Њу дила, па је тада Суд и добио не баш ласкави атрибут суперзаконодавца (*super legislature*).[462] Уколико је био „попустљив" према економским прописима дозволивши коначно реформске економске законе, то није био случај када су државе чланице покушале да ограниче бирачко право или када је укинуо „државно спонзорисану или државно одобравану сегрегацију" у области образовања (*Brown* v. *Board of Education,* 1954), запошљавања и сл.[463] У другој половини 20. века, Суд је ширио материјални вид теорије о законитом поступку и на слободу личног избора и приватност, а у светлости „изразитог индивидуализма" и права на „практиковање различитих породичних и личних стилова живота", нпр. *Griswold* v. *Connecticut* од 1965, *Roe* v. *Wade* од 1973.[464]

III 3. 2. 4. 2. Немачка

Мерила за одлучивање која СУС користи приликом оцене уставности аката који су до њега приспели путем *инцидентне контроле* у основи су иста као и она која примењује у апстрактној, зато ће о њима више речи у наставку (вид. *infra III 3. 3. 4. 2.*).

Мерило или основу за одлучивање о *уставној жалби* представља повреда тачно одређеног сета одредаба Основног закона. Тај каталог права утврђују и ОЗ (чл. 93 ст. 1 пара. 4а) и ЗоСУС (чл. 90 ст. 1), наводећи о којим правима је реч и сматра се да је тиме каталог права затворен. У питању су основна права (чл. 1-17 и чл. 19 ОЗ) и права која су с њима изједначена (чл. 20. ст. 4, и чл. 33, 38, 101, 103-104 ОЗ). Позивање на друга права гарантована уставом није допустиво. Тако СУС не разматра жалбе које се заснивају на повреди права које гарантују неке друге одредбе Основног закона, а које не спадају у поменути каталог, или на права која се налазе у међународним изворима права који се примењују у Немачкој.[465]

Пошто СУС схвата Основни закон као „јединствену структуру суштинских вредности", он је приликом његовог тумачења формирао „објективни поредак вредности" (*objective order of values*), који му служи као основа за даљу разраду и држање устава у кораку с временом. У средишту те теорије налази се „достојанство особе која се самостално развила у оквиру друштва".[466] Поред субјективне, основна права (осим достојанства, ту су и слобода, једнакост, неповредивост личности и физички интегритет) имају и своју објективну димензију, која се огледа у томе што она

[460] *Ibid.*
[461] *Ibid.*, стр. 274-275.
[462] *Ibid.*, стр. 275.
[463] *Ibid.*
[464] *Ibid.*, стр. 276. Врховни суд је делимично одступио од својих ставова из 1973, у случају *Planned Parenthood v. Casey* од 1992, а у потпуности у одлуци која се тиче случаја *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* од 2022.
[465] Више о томе: V. Đurić (2000), стр. 96-99.
[466] *Ibid.*

поседују „независну реалност под уставом“, што намеће позитивну обавезу свим органима да прате њихово остваривање у пракси.[467] Објективна вредност „успоставља дужност“ на страни државе, у смислу да држава мора да „креира и одржава окружење које је погодно за остваривање основних права“, у најкраћем, „објективне вредности се односе на организацију државе и друштва као целине“.[468] За разлику од америчког концепта права схваћених као одсуство мешања државе (негативна права), у Немачкој права имају и позитивну димензију – захтев за помоћ државе у њиховом уживању.[469] Поред тог дуалног дејства, у одлуци Лит, СУС је истакао да основна права имају и хоризонтално (радијационо) дејство и на трећа лица. Поред односа на релацији појединац – држава, ту је и однос појединац – појединац, односно Суд наглашава да и приватно право мора да буде тумачено у складу са уставним захтевима.[470]

Слобода коју СУС сâм себи додељује приликом оцене уставности, посебно је видљива код уставних жалби. Његов однос креирања мерила у складу с којима ће оцењивати суштину захтева може да се окарактерише и као сложен. С једне стране, СУС покушава да се одбрани од прилива великог броја уставних жалби, развијајући различите формалне механизме и критеријуме који служе као својеврсни филтер, о чему је више речи било код услова за покретање поступка. С друге стране, посматрано с аспекта мериторне оцене навода из жалбе, СУС покушава да прошири своју надлежност што је више могуће, те на тај начин сам себи одређује надлежност (*Kompetenz-Kompetenz*), чиме у одређеној мери превазилази ограничења која му устав поставља, као нпр. да не може сам себе да стави у погон, већ је потребан спољашњи стимуланс. Конкретно, у једној од својих одлука, Суд је заузео став да приликом „супстанцијалне правне оцене“ није ограничен на утврђивање да ли је наведена повреда основних права примењива или не, већ оспорену норму може да испитује са „свих уставних аспеката“.[471] Маневарски простор СУС се повећава са степеном (не)одређености и ширине норме, тако да не чуди што је он такву праксу развио управо приликом заштите и тумачења основних права.[472]

III 3. 2. 4. 3. Француска

Када поступа у предметима у ППУ, Уставни савет у начелу користи иста мерила као и у претходној контроли, с том разликом што у овој ситуацији има нешто ужу основу за одлучивање. Из блока уставности (вид. *infra III 3. 3. 4. 3.*) изузете су „компоненте“ које се не односе на основна права и слободе.[473] Тако је Савет у својој Одлуци из маја 2014. године утврдио да странка у спору не може да се позива на преамбулу или чл. 6 Повеље о заштити животне средине[474] (статус чл. 5 је остао магловит), јер параграфи повеље који чине својеврсну преамбулу „не успостављају

[467] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 57. Слично о овоме пише и судија Лимбах. СУС основна права схвата не само као „субјективна права одбране појединца против државе, већ истовремено и као објективне принципе који се преносе на укупно законодавство и примену права“. J. Limbach, стр. 37.
[468] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 60.
[469] *Ibid.*
[470] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 61.
[471] Као пример одлуке у којој је СУС заузео овакав став се наводе предмети: *BverfGE* 53, 366 и *BverfGE* 70, 138. W. Heun (2016), стр. 76.
[472] Као пример оваквог деловања може да послужи позната Одлука *Елфес* (BverfGE 6, 32), у којој је СУС проширио сферу заштите права на слободан развој личности (опште право деловања). *Ibid.*, 76 и 77.
[473] M. de Visser, стр. 139.
[474] Charte de l'environnement de 2004, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/charte-de-l-environnement-de-2004*, 25. децембар 2022.

права или слободу гарантоване Уставом“.[475] Такође, не може се оспоравати процедура по којој је закон донет (као што може у претходној контроли), пошто је већ проглашен и ступио на снагу. Странка се не може позивати ни на неке од уставних вредности које је Савет развио у претходној контроли, као што су разумљивост закона, заштита јавног реда, употреба јавних фондова и сл., или на неке од принципа које гарантује сам Устав, али који се не могу подвести под права и слободе, као што је финансијска једнакост међу локалним самоуправама, очување регионалних језика као баштине Републике итд.[476]

Као што ћемо детаљније видети у делу који се тиче апстрактне претходне контроле у Француској, Уставни савет не врши контролу закона у односу на међународне уговоре и право ЕУ. Та контрола позната је под називом „контрола конвенционалности“ (*contrôle de conventionnalité*). Пошто по природи ствари ти извори прво морају да буду ратификовани/транспоновани у домаће право, то значи да је у Француској и пре увођења ППУ постојала (и постоји још увек) својеврсна накнадна контрола конвенционалности, коју није спроводио Савет, већ Касациони суд и Државни савет.[477]

III 3. 3. Апстрактна контрола

Пошто смо сагледали основне елементе конкретне контроле у нашим трима државама, на овом месту прећи ћемо на анализу апстрактне нормативне контроле. Као што смо и указали на одговарајућим местима у раду, у оквиру изглагања о апстрактној контроли више речи биће о оним питањима на која смо се, како бисмо избегли непотребна понављања, тек осврнули на претходним страницама, а која су заједничка за обе врсте контроле (као што су нпр. мерила контроле). Ток излагања биће исти, најпре ће бити речи и покретању поступка, потом о предмету и моменту контроле, а напослетку о њеним мерилима.

III 3. 3. 1. Апстрактна контрола: Покретање поступка

III 3. 3. 1. 1. САД

Иако се готово као аксиом наводи да у САД постоји само контрола уставности у конкретном облику, то није сасвим тачно. „Апстрактно или директно испитивање уставности није се ни у једној земљи у свијету развило судском праксом, већ је за то било потребно изричито уставноправно регулисање“. Тако је Гашо Мијановић пре више од пола века писао у својој докторској дисертацији.[478] Ипак, постоје ситуације у којима амерички судови, на челу с Врховним судом врше и одређене облике контроле аката који веома наликују на апстрактну контролу.

У претходном делу о конкретној контроли, рекли смо да је у САД неопходно постојање стварног спора (*case of controversy*), а да између осталих, апстрактни и хипотетички спорови нису погодни за разматрање, међутим, издвојићемо две ситуације у којима се ипак врши својеврсна апстрактна контрола.

---

[475] Décision n° 2014-394 QPC du 7 mai 2014, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014394QPC.html*, 18. децембар 2022. Упор. L. Favoreu, *et. al.*, стр. 362.
[476] За детаљан преглед и објашњење: L. Favoreu, *et. al.*, стр. 362-363.
[477] M. de Visser, стр. 138. Упор. L. Favoreu, *et. al.*, стр. 146.
[478] Г. Мијановић (2000), стр. 137.

У првој ситуацији, поступак покреће странка у судском поступку путем особених процесних средстава, на један од два начина: захтевом за издавање привремене мере (*injunctive relief)*[479] или захтевом за доношење декларативне пресуде (*declaratory relief* и *declaratory judgment)*[480]. Те институте су судови најпре развили у неким другим гранама права да би последњих деценија они продрли и у уставно право и „постали инструменти за пресуђивање о правима“ (*becoming instruments of rights adjudication*). Приликом разматрања тих захтева судови примењују критеријуме који се тичу тужиочевих уставних права, постојање изгледа да би тужилац победио у меритуму и да би он претрпео непоправљиву штету уколико би мера изостала.[481]

Друга ситуација је повезана с праксом Врховног суда која је отпочела са случајем *Thornhill v. Alabama* од 1940. године. Реч је о тзв. доктрини о прешироко примени (*overbreadth doctrine*), која се односи на прешироко дефинисан обухват закона.[482] Прешироко дефинисан обухват често је повезан са „његовом уставном рођаком – нејасноћом“ (*vagueness*).[483] Уколико просечно разумна особа не може да направи разлику између дозвољеног и недозвољеног изражавања (у контексту слободе изражавања), реч је о уставно нејасном закону.[484] Други амерички аутори инсистирају на постојању разлике између прешироког и нејасног закона и наводе примере за разграничење тих двеју категорија.[485] За разлику од стандардних предмета који се тичу примене закона у конкретном случају (*as-applied challenge*), овде је реч о оспоравању закона на „први поглед“ (*facial challenge; as written/on its face*), без обзира на његову примену. Важно је да се нагласи да до те контроле долази само уколико је реч о закону који задире у слободе гарантоване Првим амандманом, на првом месту задирање у слободу говора.[486] Дакле, у САД постоји развијена пракса оспоравања уставности закона који има „преширок обухват“ односно регулисање материје која задире у област заштићену Првим амандманом, при чијој оцени Врховни суд може да врши оцену оспореног закона иако он није примењен, суштински на апстрактан начин, јер су његове одредбе тако лоше формулисане, да је препоручљиво да до њихове примене уопште и не дође.

III 3. 3. 1. 2. Немачка

Поступак апстрактне контроле (*abstrakte Normenkontrolle*) у Немачкој могу да покрену Савезна влада, земаљска влада и једна четвртина чланова Бундестага (чл. 93 ст. 1 тач. 2 ОЗ).[487] Првобитно је немачки устав предвиђао једну трећину чланова Бундестага као овлашћеног предлагача. Тренутно решење указује на то да је немачки уставотворац ишао у корак с трендом демократизације уставносудског спора (шире доступности). ОЗ у чл. 93 ст. 1 тач. 2 прописује да се формална или стварна сагласност савезног или земаљског права може вршити у случају да постоје „разлике у мишљењима“ или „постојање сумње“ код савезних органа. Конкретно, овлашћени

[479] Injunctive relief, https://www.law.*cornell*.edu/wex/injunctive_relief, 17. децембар 2022.
[480] Declaratory relief, *https://www.law.cornell.edu/wex/declaratory_relief*, 17. децембар 2022. Declaratory judgment, *https://www.law.cornell.edu/wex/declaratory_judgment*, 17. децембар 2022.
[481] A. S. Sweet (1992), стр. 2773. Упор. M. Stojanović, стр. 42.
[482] Overbreadth, *https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1005/overbreadth*, 17. децембар 2022.
[483] *Ibid.*
[484] *Ibid.*
[485] A. S. Sweet (1992), стр. 2775,
[486] Facial Challenges, https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/954/facial-challenges.
[487] Поједини аутори наводе да и Бундесрат може да покрене поступак оцене ратификационог закона. M. de Visser, стр. 109. Супротно: В. Ђурић (2007), стр. 344.

предлагач или сматра нормативни акт неуставним или је мишљења да је он у сагласности с уставом, али други државни орган има другачије мишљење.[488]

Под утицајем апстрактне контроле дешавају се занимљиве ситуације у немачком парламенту (које су упоредиве са сличним превентивним деловањем у САД и Француској): посланици се оријентишу ка будућности, ка покушају предвиђања да ли ће се њихов акт наћи у Карлсруеу. То, по мишљењу појединих аутора, неретко доводи до „аверзије од ризика и мањка иновативности", па је та врста „предвиђајуће послушности [*anticipatory obedience*] погубна за друштвену имагинацију и осакаћује законодавчево задовољство одлучивањем".[489] Због таквих критика и политизације процеса пред Судом, који се највише дешава у апстрактној контроли, јављају се и ставови о потреби њеног укидања.[490] Захтеви за укидање апстрактне контроле говоре у прилог томе да, иако је на први поглед процентуално занемарљива (0,05% од укупног броја предмета),[491] суштински и политички, она је веома значајна надлежност СУС.

III 3. 3. 1. 3. Француска

До 2008. године и увођења приоритетног питања уставности, у Француској је постојала само претходна и апстрактна контрола нормативних аката, која може да буде обавезна и факултативна. Обавезну контролу, у складу с чл. 61 ст. 1 француског устава покреће премијер за тзв. органске законе (*lois organiques*). Дакле, ту је реч о његовој обавези да поменуте законе поднесе Уставном савету, пре њиховог проглашења. Том приликом Савет контролише њихову формалну и материјалну уставност, као и (не)задирање органског у домен редовног законодавца.[492] Обавезној контроли подлежу и предлози закона којима се организује референдум из чл. 11 Устава, као и пословници парламентарних домова (пре ступања на снагу).[493] Факултативну контролу закона (обичних – *lois*)[494] пре њиховог проглашења и међународних уговора[495] пре њихове ратификације, првобитно су могла самостално да покрену само четири инокосна функционера: председник Републике, председник Владе и председници оба парламентарна дома. Уставном променом од 1974, право да покрену контролу закона добило је и 60 сенатора/посланика, а од 1992. парламентарци добијају исту могућност и за међународне уговоре.[496] Контролу тзв. закона земље (*loi du pays*), аката Нове Каледоније могу да покрену Високи комесар Републике и највиши локални политички представници.[497] Специфичан вид контроле разграничења надлежности (*contrôle de qualification*) могу да покрену премијер (поводом чл. 37 Устава – разграничење законодавне и уредбодавне материје), премијер или председник Скупштине (поводом чл. 41 Устава – решавање сукоба надлежности између Владе и парламентарних домова) или власти прекоморских заједница (чл. 74 Устава – самоуправа прекоморских територија).[498] У складу са чл. 61 ст. 3 Устава, рок за вршење претходне контроле

[488] M. de Visser, стр. 116.
[489] *Ibid.*, 116 и 117.
[490] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 33.
[491] M. de Visser, стр. 116.
[492] Т. Маринковић (2008), стр. 178. Упор. L. Favoreu, *et. al.*, стр. 358.
[493] Вид. чл. 61 ст 1 француског Устава. Контрола уставности закона којима се организује референдум је такође уведена уставним изменама од 2008. године.
[494] Чл. 61 ст. 2 француског Устава.
[495] Чл. 54 француског Устава.
[496] S. Boyron (2013), стр. 153.
[497] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 381. Више о овоме: P. Esplugas-Labatut, стр. 33.
[498] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 382.

износи месец дана, осим ако због хитности, Влада не затражи да се он скрати на осам дана.

Као куриозитет стоји податак да се председник Републике, као заштитник устава, изузетно ретко користи својим правом да покрене поступак нормативне контроле пред Саветом. До сада је то учинио свега 14 пута.[499] Франсоа Оланд (*François Hollande*) је први председник Републике икада, који је покренуо поступак контроле уставности закона. То се десило 2015. године поводом закона о обавештајним службама. Када су у питању међународни уговори то се дешавало чешће (поводом Мастрихтског и Лисабонског уговора, Европске уставне повеље и сл.).[500]

Табела 3. Овлашћени покретачи поступка и број поднетих захтева пред Уставним саветом

Р.Б.	ПЕРИОД	ОВЛАШЋЕНИ ПОКРЕТАЧ	БРОЈ ЗАХТЕВА ЗА *DC*[501]
1.	1958. – 30. 6. 2022.	председник Републике	14
2.	1958. – 30. 6. 2022.	председник Националне скупштине	49
3.	1958. – 30. 6. 2022.	председник Сената	52
4.	1958. – 30. 6. 2022.	премијер	207
5.	1974. – 30. 6. 2022.	сенатори	332
6.	1974. – 30. 6. 2022.	посланици	467

Извор: Табелу је саставио аутор на основу података који су доступни на званичној интернет презентацији Уставног савета (*https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique*).

Податак вредан помена јесте да је у периоду 1958–1974, односно до проширења овлашћења за покретање поступка и на парламентарце, само осам закона било упућено уставном Савету на разматрање.[502] Када је реч о парламентарцима као покретачима поступка, они најчешће долазе из редова опозиције, али није неоубичајено ни да представници владајуће већине покрену питање уставности, посебно од како је уведен ППУ – тзв. превентивни захтеви. Број од 60 парламентараца се односи или на 60 посланика или на 60 сенатора (није могуће сабирање чланова двају домова), који заједно или индивидуално треба својим потписом да подрже захтев (писмо) упућено Савету. Постоје предлози да се тај број смањи нпр. на 40, како би се додатно демократизовао приступ Савету.[503]

III 3. 3. 2. Апстрактна контрола: Предмет контроле

III 3. 3. 2. 1. САД

Због особености апстрактне контроле уставности у САД, која посматрачима углавном пролази „испод радара“ и утапа се у конкретну контролу, она има ограничен предмет свог простирања. Углавном је реч о законима, и то специфичне садржине, онима који уређују, и најчешће ограничавају слободе гарантоване Првим амандманом

[499] За период од 1958. до 30. јуна 2022. године, видети статистичке податке на званичној интернет страници Савета: *https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique,* 15. децембар 2022.
[500] P. Esplugas-Labatut, стр. 32.
[501] Та скраћеница се користи да се генерички означи контрола уставности органских и обичних закона, међународних уговора и парламентарних пословника у Француској. Вид. Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet*, L'essentiel du droit du contentieux constitutionnel*, Gualino 2021, стр. 8.
[502] M. de Visser, стр. 102 и L. Favoreu, *et. al.*, стр. 358.
[503] P. Esplugas-Labatut, стр. 35.

америчког Устава. А. С. Свит наглашава да је и сâма конкретна контрола много апстрактнија него што се чини. Тако истиче да су неке од најпознатијих одлука Врховног суда (*Brown v. Board of Education* од 1954, *Roe V. Wade* од 1973. и *Miranda v. Arizona* од 1966) неспорно настале у поступку конкретне контроле, али да „по снази промена које су увеле у сферу јавне политике конкуришу било којој одлуци донетој било где у апстрактној контроли“.[504] Ово због тога што и у „најконкретнијим случајевима конкретне контроле“ амерички судови примењују начело пропорционалности и балансирају између најприкладнијих средстава за ограничавање/остваривања права, што их наводи да изађу далеко ван оквира конкретног случаја и његових чињеница.[505] Такође, Врховни суд, попут законодавца, мора да одмери величину проблема који се јавља у конкретном случају и предвиди какве последице ће његова одлука имати у будућности на целокупан политички живот земље. Тако је у Одлуци од 1966. (*Gideon v. Wainwright*) Врховни суд препознао „огроман политички проблем“ са којим су се суочавали сиромашни учесници кривичног поступка и сугерисао савезним државама „да морају да обезбеде бесплатну правну помоћ“ окривљенима. Свит наглашава да је свима било јасно да одлука неће утицати само на господина Гидиона, већ да ће она у будућности проузроковати огромне буџетске издатке.[506]

Апстрактност је главна одлика контроле законитости подзаконских општих аката управних органа у САД. Свит наглашава, да иако некоме може да звучи парадоксално, америчко управно право је „чврсто одбацило идеју о томе да судије успешно могу да делају само у оним ситуацијама у којима је правна норма већ примењена на конкретну особу“.[507] Наиме, Конгрес неретко у својим законима овлашћује различите агенције да доносе подзаконске акте (који обично имају снагу закона) како би прецизирале и спровеле његове законе на адекватан начин. Ти закони о делегацији обично садрже и посебне одредбе које омогућавају покретање поступка, који суштински представља чисту апстрактну контролу тих „уредаба са законском снагом“ (да употребимо континенталну терминологију), јер он мора да буде покренут пре него што би дошло до примене конкретног подзаконског прописа, заправо одмах после његовог ступања на снагу. Нико не жели да чека да дође „акумулације конкретних примена тих прописа пре него што би се вршила њихова контрола“, јер су улози сувише велики.[508]

III 3. 3. 2. 2. Немачка

У Немачкој, предмет апстрактне контроле могу да буду сви општи правни акти, како савезни тако и земаљски, пошто уставотворац користи израз „право“ – савезно или земаљско (чл. 93 ст. 1 тач. 2 Основног закона). Контрола законитости подзаконских аката одвија се пред свим судовима који те акте примењују.[509] СУС у поступку апстрактне нормативне контроле врши оцену уставности подзаконских аката, закона донетих како после тако и пре[510] ступања на снагу Основног закона, закона о

[504] *Ibid.*
[505] Martin Shapiro, Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford UniversityPress, 2002, стр. 369 и 370.
[506] *Ibid.*
[507] *Ibid.*, стр. 373.
[508] *Ibid.*, стр. 374.
[509] M. Stojanović, стр. 77.
[510] Уколико су они промењени после ступања на снагу, па се сматра да су прихваћени од новог, демократског законодавца. Иначе су судови надлежни за оцену тзв. старог права, који тада оцењују

ратификацији међународних уговора и уставних амандмана. СУС оцењује и уставност земаљских устава и замаљског законодавства.

СУС је сâм себи доделио надлежност да испитује не само форму, већ и садржину уставних промена (уставног закона о изменама и допунама устава), посебно ако се њима нарушавају основни уставни принципи попут људског достојанства и сл. (вид. *infra IV 1. 1. 2.*). Временом је Суд ширио круг заштићених права (тајност преписке и телекомуникација чл. 10, право на азил, чл. 16 и ограничавање права својине, чл. 14), да би 2009 додао и уставни идентитет на ту листу (случај Лисабонског уговора – *BverfGE* 123, 267), који не сме да буде угрожен ни уставним амандманом ни међународним уговором, уколико они нарушавају принцип националног самоодређења или суштину немачке суверене државности.[511] Контрола уставности међународних уговора такође није прописана ОЗ али је СУС, као и код амандмана, у једној од својих првих одлука (*BverfGE* 1, 410, од 1952), утврдио да поседује право да испитује и те акте.[512] Такође, СУС је надлежан и када је у питању примарно законодавство ЕУ – њени уговори.[513]

Секундарно право ЕУ је ван домашаја СУС. За њега је надлежан Европски суд правде, док је СУС једна врста „надзорника над спровођењем права Заједнице", тј. проверава да ли су акти ЕУ у оним оквирима који су пренесени на ЕУ или не.[514] До оваквог става СУС није дошао одмах, већ је према сопственом тумачењу из Одлуке Золанге I од 1974. (*Solange* I, *BverfGE* 37, 27), био надлежан и за секундарно ЕУ законодавство, уколико би у поступку конкретне контроле био покренут поступак оцене уставности тих прописа. Ипак, у предмету Золанге II од 1986. (*Solange* II, *BverfGE* 73, 339), Суд је заузео став да је степен заштите основних права у ЕУ идентичан ономе у Немачкој, и да у будућности неће више контролисати усклађеност секундардног европског законодавства с правима које садржи ОЗ, све док право ЕУ ефективно штити људска права гарантована у ОЗ. Овакав став Суд је потврдио поново у предмету о тржишту банана од 2000. године (*BverfGE* 102, 147).[515]

III 3. 3. 2. 3. Француска

Предмет оцене уставности у Француској јесу, како смо већ помињали, органски закони, акти са законском снагом (међународни уговори у процесу ратификације, закони парламента, хабилитациони закони[516] и потврђене ордонансе[517]), парламентарни пословници и акти (закони) које доноси Конгрес Нове Каледоније. Предмет може да буде и специфична иницијатива за одржавање референдума поводом законâ који

„изворну правоваљаност норме". Вид. II Одлука о контроли норми, *BverfGE* 1, 124. Наведно према: Е. Шарчевић, стр. 606.

[511] Прво узгредно помињање могућности да се врши такав тип контроле датира још од 1951. године, у једној од првих значајнијих одлука Суда (*BverfGE* 1, 14). Наведно према: D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 59 и 747.

[512] Д. Стојановић, стр. 30. Упор. В. Ђурић (2007), стр. 335.

[513] Случајеви од 1993. и 2009. године, поводом оцене Мастрихтског уговора – *BverfGE* 89, 155, и Лисабонског уговра – *BverfGE* 126, 267. Вид. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 69.

[514] Е. Шарчевић, стр. 48.

[515] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 69 и 751.

[516] „Екстензивним тумачењем властите надлежности" Савет се определио да врши контролу и хабилитационих закона. Вид. S. Bulajić, стр. 63.

[517] Занимљиво је да Савет није ценио уставност ордонансе која је уредила материју органског закона везаног за његово функционисање, јер је она била донета пре него што је и био формиран, али се посредно изјаснио тако што је у Одлуци од 15. јануара 1960. „утврдио да [се] уставност тих ордонанси не доводи у сумњу". *Ibid*., стр. 60.

регулишу уставом одређене области, која има форму закона (чл. 11 ст. 1 и 3 Устава). Савет је до краја 2021. године донео 174 одлуке поводом уставности органских закона и 555 одлука поводом уставности обичних закона.[518]

Подзаконски акти које доноси управа предмет су оцене законитости од стране Државног савета, док оцена уставности подзаконских аката у Француској „није институционализована".[519]

Савет је на самом почетку свога рада, 1961. године, заузео став да располаже само оним надлежностима које су му Уставом изричито додељене, јер нема „општу надлежност чувара Устава", полазећи од тога да Устав не садржи никакву „општу клаузулу надлежности", односно да му чл. 61 Устава не поверава општу надлежност испитивања и одлучивања, упоредиву с оном коју има парламент.[520] Сходно томе, поводом оцене уставности уставних амандмана и закона који су потврђени на референдуму, Савет се у одлукама у којима је разматрао та питања огласио ненадлежним.[521] Те две ситуације детаљније ћемо обрадити у наредном делу рада (вид. *infra IV 1. 1. 3.*).

Приликом контроле органских закона, Савет може да установи да је заправо реч о материји која је требало да се уреди обичним законима, те ће у тој ситуацији извршити преквалификацију правног акта – доделити му ниже место на хијерархијској лествици, по принципу ко може више може и мање. Уколико приликом контроле уставности закона, установи да је реч о области за коју је требало донети органски закон, такав закон ће бити проглашен неуставним, јер је реч о прекорачењу надлежности „обичног" законодавца.[522]

Такође, Савет се огласио ненадлежним и поводом контроле уставности закона којима се транспонује право ЕУ унутар француског правног система, како не би залазио у надлежност Европског суда правде. Ипак, он је задржао могућност да огласи неуставним закон о транспоновању који би био отворено несагласан са директивом коју треба да транспонује, осим ако циљеви директиве нису у супротности с француским уставним идентитетом.[523]

III З. З. З. Апстрактна контрола: Моменат контроле

III З. З. З. 1. САД

У САД, предмет оцене је закон који је проглашен и ступио је на снагу, али најчешће није почео да се примењује. Бива нападнут пре него што је примењен на било кога.[524] Као илустрацију навешћемо случај повезан са Законом о пристојности у области телекомуникација (*Communications Decency Act – CDA*), који је 1996. године усвојен као пети део Закона о телекомуникацијама (*Telecommunications Act*). Он је имао за циљ да малолетницима онемогући приступ експлицитним садржајима на интернету.

---

[518] Bilan statistique - 1er juillet au 31 décembre 2021, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2022-04/20211231bilan_statistique_titrevii08.xlsx*, 8, децембар 2022.
[519] Р. Марковић (2015), стр. 553.
[520] Фаворе се овде позива на Ведела. L. Favoreu, *et. al.*, стр. 376. Упоред. Т. Маринковић (2008), стр. 286.
[521] У одлукама од 1962. и 1992. Савет се огласио ненадлежним да контролише те законе, јер га ниједан текст на то не овлашћује, а реч је о законима који су „директан израз националног суверенитета". *Ibid*., стр. 359.
[522] *Ibid*., стр. 358.
[523] *Ibid*., стр. 359.
[524] A. S. Sweet (2003), стр. 2777.

Конгрес је већ приликом израде закона водио рачуна да предупреди евентуалну оцену уставности и да закон учини „имуним“ на нападе, па је тако опонашао стил Врховног суда из одлуке *Miller v. California* од 1973, користећи тзв. Милер тест (*Miller test*) како би дефинисао „очигледно увредљиво“ изражавање које не ужива заштиту Првог амандмана.[525] Овде се уочава утицај самог постојања уставносудске контроле на понашање законодавца. Законодавац превентивно врши одређену врсту самоограничења и самоконтроле како не би дошло до касације закона (вид. *infra IV 2. 2.*). Одмах пошто је тадашњи председник САД, Бил Клинтон (*Bill Clinton*) прогласио закон, неколико организација за заштиту људских права је оспорило уставност закона пред посебно креираним судом (вид. *infra IV 2. 2. 1.*). Сликовито, мастило се на закону још увек није било осушило, а његова сагласност с Уставом је била доведена у питање, тако да о било каквој примени није могло да буде речи. Штавише, трочлано судско веће посебног окружног суда одредило је привремену меру с циљем да се онемогући примена закона, сматрајући да је термин „непристојно“ (*indecent*) сувише широко одређен (*too vague*), да би на основу њега могао да се води кривични поступак. У поступку је утврђена повреда Првог амандмана, што је накнадно у одлуци коју је израдио судија Стивенс (*Stevens*) – *Reno v. American Civil Liberties Union* од 1997. потврдио и Врховни суд, нашавши да је закон прешироко постављен (*unconstitutionally overbroad*). Као одговор на одлуку, следеће године, Конгрес је донео нови закон (*Child Online Protection Act – COPA*), који је такође имао турбулентан живот пред америчким судовима.[526]

III 3. 3. 3. 2. Немачка

У Немачкој се оцењују „живи“[527] тј. важећи правни акти, који су по правилу ступили на снагу. Постоје ситуације у којима СУС испитује и законе који су проглашени али још увек, због одлагања прописаног у самом закону, нису ступили на снагу. У одлуци од 2001. године, СУС је потврдио свој раније заузети став из одлуке *BVerfGE 1, 396* од 1952. године, да Савезни закон који је проглашен, али још није ступио на снагу, може бити предмет (накнадне) апстрактне нормативне контроле.[528]

Иако је у Немачкој контрола уставности по правилу накнадна, и иако сам ОЗ не говори ништа о претходној контроли, СУС је на самом почетку свога рада нашао да је могуће да врши контролу уставности међународних уговора, односно закона којима се врши њихова ратификација, под условом да су они изгласани у парламенту, али још увек нису проглашени.[529] Током процеса европских интеграција, СУС је својим деловањем настојао да очува сопствени и положај Основног закона у односу на трансфер надлежности до којег је долазило у неколико наврата, па се тако развила специфична уставна конвенција. У складу с њом, савезни председник углавном практикује да сачека са проглашењем усвојеног закона о ратификацији, док Суд не одлучи о његовој уставности.[530] С обзиром да нема никаквих рокова у којима је Суд

[525] Facial Challenges, *https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/954/facial-challenges*, 15. децембар 2022.
[526] *Ibid.*
[527] О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, стр. 126.
[528] Вид. Одлуку *BVerfGE 104, 23 – 38*, para. 20, доступно на: *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2001/05/qs20010522_2bvq004800.html*,24. децембар 2022. Упор. W. Heun (2011), стр. 172 и Е. Шарчевић, стр. 43.
[529] Вид. Одлуку *BVerfGE* 24, 33. Упор. M. de Visser, стр. 108 и 109, Д. Стојановић, стр. 30 и В. Ђурић (2007), стр. 335.
[530] Видећемо да слична конвенција постоји и у Француској.

обавезан да донесе своју одлуку, неретко тај процес траје веома дуго.[531] У нашој литератури тај вид контроле се означава као „корак ка превентивној контроли“,[532] док поједини страни аутори немају дилему да је овде реч о претходној контроли.[533]

III 3. 3. 3. 3. Француска

У Француској, претходна контрола може да се врши у изузетно кратком интервалу од момента изгласавања закона у Парламенту, а пре његовог проглашења. У складу с чл. 10 Устава председник Републике проглашава усвојени закон у року од 15 дана. Тачан моменат покретања контроле је „немогуће прецизно одредити“, те он од председника Републике изискује мудрост и разумевање политичког тренутка како не би прибегавао „убрзаним промулгацијама“, посебно када „депоновање иницијативе виси у ваздуху“.[534] Иако је оцена уставности органских закона „саставни елемент правног режима органских закона“,[535] ни овде не постоји прецизан рок у коме председник Владе мора да покрене контролу, с тим да би њено одсуство довело до немогућности проглашења закона, својеврсног застоја у поступку и евентуално до одговорности премијера за нечињење.

У недостатку писаних правила, развила се уставна конвенција (*convention à la Constitution*) о чекању (слично ономе што смо управо описали у Немачкој): председник Републике сачекаће 48 сати да они који су се истакли (изразили своје намере у том смеру) током парламентарне дебате покрену поступак пред Саветом. Било је и случајева, истина ретких, да председник предухитри овлашћеног покретача поступка у његовој намери,[536] па због тога данас Савет пажљиво прати парламентарни дневни ред и одржава близак контакт с представницима парламентарних група.[537] У својој одлуци од 1992. године, Савет је заузео став да контрола међународних уговора може да буде покренута све док не дође до ратификације.[538] Одмах по покретању поступка контроле уставности, Савет о томе обавештава највише државне органе (оне који су овлашћени покретачи поступка), као и парламентарце (чл. 18 Ордонансе). Ово обавештење има суспензивно дејство у односу на поступак проглашења закона.[539]

Као што смо поменули у уводном делу, иако Устав не познаје накнадну апстрактну контролу, Савет ју је самостално увео. Упркос томе што је у одлуци од 1978. године одбио да врши контролу проглашених закона, само седам година касније, 1985. је направио радикалан заокрет, и у Одлуци о ванредном стању на Новој Каледонији (Одлука бр. 85-187 *DC*) установио правило да може да испитује закон који је на снази, уколико га нови закон (поводом чије уставности је и покренут поступак) мења, допуњује или утиче на опсег његове примене – практично су покривене све могуће варијације.[540] У периоду од 1985. до 2012. Уставни савет је новокаледонску праксу применио тек 14 пута, а само је једном, 1999. године, дошло и до утврђивања

[531] M. de Visser, стр. 109.
[532] В. Ђурић (2007), стр. 53. Стојановић се поводом тога такође позива на Ђурића. Вид. Д. Стојановић, стр. 30.
[533] M. de Visser, стр. 108.
[534] S. Bulajić, стр. 65.
[535] *Ibid.*
[536] То је учинио председник Жак Ширак (*Jacques Chirac*) 1997. године, што је приморало Савет да се огласи ненадлежним. P. Esplugas-Labatut, стр. 35.
[537] *Ibid.*
[538] *Ibid.*
[539] *Ibid.*
[540] S. Bulajić, стр. 67.

неуставности закона овим поводом.[541] Иако је могло да се очекује да ће увођење приоритетног питања довести до „напуштања инцидентне контроле уставности преторског порекла“, то се није догодило већ је та пракса доживела „невиђени развој“.[542] Исти број одлука – 14, које садрже ту праксу, настао је у краћем периоду од поменутог, од 2012. до почетка 2021. године.[543] Том развоју је допринео и Савет, удахнувши јој нови живот Одлуком од 9. августа 2012.[544] у којој је „себи дозволио да самостално испита закон који је објављен, док је претходно та контрола била неодвојива од новог закона на који се позива“, што је на својеврстан начин охрабрило и друге учеснике у уставноправном спору да прошире своје захтеве па су тако парламентарци 2013. године[545] „изричито тражили испитивање и цензуру старог закона“.[546]

III 3. 3. 4. Апстрактна контрола: Мерило контроле

III 3. 3. 4. 1. САД

Мерила која ћемо овде приказати примењују се и у конкретној контроли, али пошто је углавном реч о људским правима, која, како смо видели, Суд штити и у особеном поступку апстрактне контроле, приказујемо их на овом месту.

Одредбе америчког Устава (амандмани V и XIV) о „законом прописаном поступку“ (*due process clause*) штите грађане од арбитрерног лишења живота, слободе и имовине, односно јемче им да у сваком конкретном случају мора да буде предвиђен и поштован законски поступак. Р. Марковић наглашава да је та одредба временом постала „средство за заштиту тзв. фундаменталних права (*fundamental rights*)“ која се одређују као „фундаментални принципи слободе и правде“ који се налазе у основи свих америчких институција, али и да је нејасно шта тај концепт подразумева, те да га је стога Врховни суд утврђивао у сваком конкретном случају.[547] Он је временом развио схватање да су та права „имплицитно садржана у Уставу“, а да није реч о принципима којима је он подређен, те да због тога Суд „никада није доводио у питање уставност устава“.[548] Ипак, одређено „рангирање уставних одредаба“ Суд је вршио, посебно у ситуацијама када је правио разлику да ли се законима крше економска или права која оваплоћују различите слободе (говора, религије, штампе), дајући тим другима предност и самим тим, имплицитно им признајући виши ранг.[549] Слично о томе пише и Свит када истиче да Врховни суд третира слободу говора као „омиљену слободу“

[541] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 359.
[542] Вид. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 454-455.
[543] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 60.
[544] Одлука бр. 2012-654 *DC* од 9. августа 2012. (*Loi de finances rectificative pour* 2012 II).
[545] Одлука бр. 2013-672 *DC*, од 13. јуна 2013. (*Droit Social*). Савет је ово додатно је разрадио у тзв. Алијанс одлуци од 2013. године (Одлука бр. 2013-349 *QPC*). D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 60.
[546] По правилу, у претходној контроли, закон који бива оглашен неуставним, неће бити проглашен. У погледу те праксе јавља се занимљиво питање. Проблем са новоколедонском праксом је у томе што је неизвесно шта ће се десити са законом који је ступио на снагу, а чија одредба бива оглашена неуставном: „Проглашен је, постоји и Савет нема овлашћења да делује ни на једну од тих стварности. Другим речима, закони који су проглашени супротним Уставу могли би да наставе да постоје у правном поретку!“. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 454-455.
[547] R. Marković (1973), стр. 31.
[548] *Ibid.*
[549] Р. Марковић се позива на Купера када истиче да судска контрола уставности по својој природи никада не може да буде научна, дезинтересована и неутрална. *Ibid*., стр. 31 и 32.

(*preferred freedom*) која „подупире“ америчку демократију и „ефективно омогућава остварење свих других права“.[550] Због тога можемо да говоримо о некој врсти надпозитивног карактера основних права прописаних у Уставу САД.

III 3. 3. 4. 2. Немачка

Немачки аутори заступају став да се устав на који се може позвати у судском поступку у Немачкој (*judicially enforceable constitution*) састоји од три врсте „докумената“ или извора. По хијерхијској снази, на првом месту, налазе се неписани или надпозитивни принципи којима Суд даје посебно на значају: правда (*justice*), достојанство (*dignity*) и морално право (*moral law*), али и принцип пропорционалности. На другом месту, реч је оном делу устава који је непромењив, односно „неамандибилан“ – клаузула вечности (чл. 79 ОЗ). Трећи део представља промењиви устав, тј. све оно што не дира у основне вредности (*core values*).[551]

Претечу ставова о постојању својеврсног надустава[552] донео је још Уставни суд Баварске у својој одлуци од 14. марта 1951, у којој подвлачи да и „уставотворца обавезује право, што значи да и он мора да поступа по етичким и моралним вредностима људског достојанства и правде и тиме слободе. Целокупна државна власт, па отуда и уставотворна, од самог свог почетка ограничена је идејом права“.[553] Он је истакао и да људска права не потичу од уставотворне власти већ да их она само „затиче“, и да је њена суверености ограничена највишим правним принципима и принципима материјалне правде.[554] СУС се надовезао на такво резоновање и додатно га разрадио. У једној од својих првих одлука од 1951. године (*BVerfGE* 1, 14) СУС је истакао да је „уставотворна скупштина везана надпозитивним начелима правде, која су темељ целокупног писаног права“, да се „ниједна уставна одредба не може издвојити из контекста устава и тумачити независно од других уставних одредаба“, као и да свака уставна одредба треба да се тумачи тако да буде у складу с „фундаменталним принципима устава и с намерама његових твораца“, док „Основни закон обавезује сваког судију да призна надзаконски ранг основним правима“.[555] У Одлуци о једнакости полова од 1953. године (*BVerfGE* 3, 225) Суд је у складу са Радбруховом формулом, одбацио позитивизам који је лишен вредности и прихватио „природно право као независни стандард одлучивања“, али се на њега касније позивао у „увијеној“ форми, кроз стандард правде (*BverfGE* 54, 53 од 1980).[556] Три немачке традиције које су имале утицај на креирање устава су: класична либерална је инспирисала прописивање индивидуалних слобода, тј. класичних личних и политичких права; имплементирање института државе благостања одраз је социјалистичких учења; и напослетку, хришћанска традиција, која се огледа у конституционализацији оних друштвених вредности које се тичу заштите брака и породице, цркава и сл.[557] Због тога

[550] A. S. Sweet (2003), стр. 2773.
[551] Комерс и Милер су те принципе, вероватно из методолошких разлога, навели на другачији начин, али их Суд у пракси примењује према редоследу који смо ми навели. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 46.
[552] Код нас су о томе писали: R. Lukić, стр. 90-94, и Оливера Вучић, *Промена и трајање устава*, Досије, Београд, 2005, стр. 111, 140-146.
[553] R. Marković (1973), стр. 27.
[554] *Ibid.*
[555] *Ibid*., стр, 22, 29 и 54.
[556] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 58 и 746. У нашој теорији Јовичић истиче, позивајући се на Ди Руфију „да се оцена уставности закона мора вршити у односу на устав у целини, тј. на све његове одредбе, па чак и оне програмског карактера“. Miodrag Jovičić, *O ustavu*, Savremena administracija, Beograd, 1977, стр. 218.
[557] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 45.

је немачки Устав посебно занимљив јер је недвосмислено подвео позитивно право под виши систем моралних вредности. Сходно томе, СУС не прихвата „вредносно-неутрални појам државе“, већ се у својим одлукама залаже за „објективни систем вредности“.[558] Он мора да води рачуна о неколико концепција државе које су разрађене у Основном закону и да их одржава у животу у „креативном балансу“, односно да сваку одредбу мора да тумачи у складу с целином уставног текста, тако да буду очувани његова „кохерентност“ и „структурално јединство“.[559] Укратко, људско достојанство, принципи демократије, државе благостања, правне државе, као и републиканско и федерално уређење државе јесу „суштинско језгро“ немачког Устава, хијерархијски се налазе изнад самог устава те чине својеврсни надустав, који има супраконституционалну правну снагу. Ови принципи се сматрају и немачким уставним идентитетом који је Суд прецизирао у одлуци о Лисабонском уговору.[560] Ипак, Комерс и Милер истичу да и даље није јасно где се тачно надпозитивне норме налазе. Да ли је њихово изворište изван текста Устава, да ли су оне одраз вредности садржаних у тексту или су оне верзија хијерархијског система који је Суд препознао у вредностима које су оснивачи конституционализовали.[561]

На другом месту у хијерархији налази се тзв. непромењиви део устава, у којем су у одређеној мери изражена начела која смо у претходним редовима навели. „Клаузула вечности“ односно чл. 79 ст. 3 ОЗ забрањује промену ОЗ која би се тицала поделе Немачке на федералне јединице, начелног учешћа федералних јединица у законодавству или начела која су прописана чл. 1 и 20 ОЗ. Члан 1 немачког Устава гарантује неприкосновеност људског достојанства, његову, неповредивост и неотуђивост и других уставом зајемчених основних права, као и везаност државних власти тим правима. У виду додатне заштите јавља се чл. 19 којим се прописује могућност ограничења људских права, али се у његовом ст. 2 уводи забрана повреде „сржи права“. Чл. 20 ст. 1 дефинише Немачку као демократску, социјалну и савезну државу, док је ст. 3 предвиђено да је законодавство везано уставним поретком, а извршна и судска власт законом и правом. Комерс и Милер објашњавају да је ту реч о разради принципа правне државе, схваћене у много ширем контексту него што је то био случај с међуратном Немачком. Данас се тај принцип приближава англосаксонском принципу владавине права и обухвата „супрапозитиван појам права“, онај који обухвата и „неписане норме уставног значаја“.[562] Члан 80 представља додатну заштиту принципа правне државе од арбитрарних одлука извршне власти, када она доноси уредбе са законском снагом – њиме се предвиђа обавеза савезног законодавца да законом о хабилитацији предвиди садржај, сврху и обим овлашћења које делегира на Владу. Додатно, уставност таквих уредаба може да буде оспорена у поступку инцидентне контроле.[563]

---

[558] *Ibid*., стр. 46.

[559] На првом месту је принцип правне државе, у ширем смислу од позитивистичког (*Rechsstaat*), потом социјалне државе (*Sozialstaat*), федералне државе (*Bundessttaat*), принципа демократије (*Demokratieprinzip*) и партијске државе (*Partieenstaat*) као његовог изданка. *Ibid*., стр. 48, 56 и 57.

[560] M. de Visser, стр. 239 и 240.

[561] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 58.

[562] Посебно је важно да је принцип правне државе у савременом немачаком Уставу и уставноправном поимању неупоредиво шире постављен него што је то било раније. Као пример разлике између америчког и немачког поимања слободе у правној држави може да послужи поређење бившег судије Бокенфордеа (*Böckenförde*): када се у Немачкој нађу у сукобу слобода и правда (социјална држава), ова друга односи превагу, док ће у САД најчешће слободи бити дат примат. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 43, 48 и 49.

[563] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 44. Упор. David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago 1994, стр. 126.

Испод Основног закона, у рангу обичних савезних закона налазе се међународни уговори, и међу њима и Европска конвенција о људским правима, тако да они не чине мерило за оцену уставности закона. У познатом предмету од 2004. године (*BverfG, 2 BvR 148/04 – Görgülü*), СУС је утврдио да су ЕКЉП и пракса ЕСЉП само „помоћно средство за тумачење домета, садржаја и значаја основних права Устава Немачке“.[564]

III 3. 3. 4. 3. Француска

Назив за изворе на основу којих одлучује Уставни савет Француске – блок уставности (*bloc de constitutionnalité*) сковао је Луј Фаворе (*Louis Favoreu*) по угледу на сличан израз који је већ постојао у француском управном праву (*bloc de légalité administrative utilisé par le juge administratif*).[565] Због хетерогености извора и неукључивања праксе Уставног савета у „блок“, француска теорија данас трага за прикладнијим изразима као што су „извори“ (*sources*) или „референтни стандарди“ (*normes de référence*).[566] Одлуком од 16. јула 1971. о изменама Закона о удружењима, Савет је почео да гради оно што ће се касније звати „блоком уставности“. У релативно краткој и штуроj одлуци, Савет се издигао на ранг коуставотворца[567] и преамбули Устава од 1958. удахнуо правну снагу, упркос изричитом и супротном ставу оних који су донели Устав.[568]

С обзиром да Устав од 1958. и његова преамбула представљају „први спрат“ и темељ за изградњу сложене правне грађевине, одлука од 1971. године, била је кључ који је отворио простор за нове „нивое“ или „спратове“ блока уставности.[569] Преамбула Устава од 1958. упућује на Декларацију о правима човека од 1789. године (лична и политичка права и слободе), као и на преамбулу Устава од 1946. Преамбула Устава од 1946. упућује на политичка, економска и социјална начела „посебно нужна у наше време“ (*principes comme "particulièrement nécessaires à notre temps" – PPNT*), као и на „општа начела призната законима Републике“ – основна начела наведена у законима Републике који су постојали пре 1946. године (*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République – PFRLR*). Та последња се описују као „најконтроверзнија“ и „енигматична“ категорија, а која је настала као резултат „политичких погодби“ приликом доношења Устава од 1946. и поводом које Савет поседује „значајну дискрециону слободу у одређивању њиховог значења“.[570] Временом, Савет је развио одређене критеријуме за њихову идентификацију, и до 1989. године установио „релативно мали број тих принципа“, а од тада више ниједан такав принцип није установљен.[571] Уставном ревизијом од 2005. године допуњена је преамбула Устава од 1958. тако да се она сада позива и на Повељу о заштити животне средине, која се односи на права тзв. треће генерације. Иако је било теоријских спорења о њеној правној природи јер садржи одредбе углавном програмског карактера, Савет јој је недвосмислено признао правну снагу у Одлуци од 19. јуна 2008. године (Одлука бр.

[564] Упор. Е. Шарчевић, стр. 48. M. de Visser, стр. 243.
[565] P. Esplugas-Labatut, стр. 76.
[566] *Ibid.*, стр. 77.
[567] Т. Маринковић (2008), стр. 275.
[568] Током расправе о нацрту устава од 1958. године, поверенику Владе, Рејмону Жаноу (*Raymond Janot*) било је постављено питање да ли прембула има уставну вредност, на које је он категорички одговорио одрично: „Не, свакако“. Вид. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 31. Упор. M. de Visser, стр. 244.
[569] D. Maus, стр. 26-27.
[570] M. de Visser, стр. 245. и Т. Маринковић (2008), стр. 275.
[571] M. de Visser, стр. 246.

2008-564 *DC*).[572] Највећу слободу, Савет је себи дао приликом формулисања тзв. начела (циљева и захтева) уставне вредности (*les principes, objectifs et exigences de valeur constitutionnelle* или само *objectifs de valeur constitutionnelle – OVC*). Они се као такви изричито не помињу ни у једном од текстова блока уставности, али их Савет преторијански из њих излучује.[573] Због таквих околности њиховог настанка, Савет је релативно суздржан и „не злоупотребљава тај метод“[574], те је својим одлукама креирао ограничен број тих начела: лична слобода запосленог, јасноћа закона, доступност јавности судских поступака у кривичној материји, једнакост пред законом и сл.[575] Део француске теорије не сматра та начела саставним делом блока уставности.[576] Због тога су подељена мишљења да ли она могу да буду основа за доношење одлуке о неуставности (као што је Савет чинио у одређеним ситуацијама – одлуке од 29. јула 1986. бр. *86-210 DC* и од 28. јула 2011. бр. *2011-639 DC*), или су она само смернице за оправдавање постављених ограничења људских права и слобода (нпр. одлуке од 29. јула 1998. бр. *98-403 DC*, од 18. октобра 2010. бр. *2010-55 QPC*, итд.). Због тога поједини аутори извлаче закључак да је истина негде на средини, и да су та супротстављена мишљења доказ „оригиналности“ начела, која по потреби могу да буду и основа за одлучивање и доношење одлука о неуставности и средство којим се оправдавају законодавчева задирања у област људских права и слобода.[577] Дакле истовремено и казна и оправдање, која пружају Савету додатан маневарски простор за његово деловање.

Већи степен сагласности постоји поводом тога шта не спада у блок уставности, иако ни овде не изостају бројне дилеме. Акти домаћег права који не улазе у блок уставности су органски закони и парламентарни пословници. Органски закони имају „надзаконску“ али „подуставну“ снагу, те због тога не могу да буду придружени изворима који имају уставну вредност,[578] јер и када Савет утврди да обичан закон повређује органски, основ за доношење одлуке је повреда уставне одредбе која прецизира делокруг рада органског законодавца.[579] Парламентарни пословници такође нису део блока уставности јер слично као и код органских закона, чак и ако Савет утврди да закон није формално донет у складу с процедуром, основ представља уставна норма која је само разрађена путем пословничке.[580] Акти међународног права такође не спадају у блок уставности. Овде се мисли на међународне уговоре и право ЕУ, које Савет не користи као мерило за своје одлуке. Наиме, прави се разлика између усклађености с Уставом (*contrôle de constitutionnalité*) и усклађености с конвенцијама, односно међународним уговорима, тзв. контрола конвенционалности (*contrôle de conventionalité*). Прву контролу врши Уставни савет, а другу обављају судови. Према правилу које је сам установио, Савет не користи међународне уговоре као основу за своју контролу, мада у пракси постоје изузеци. Тако се у одлуци од 3. септембра 1986. о праву на азил, позвао на Конвенцију Уједињених нација о статусу избеглица од 1951. године, а слично је резоновао и у одлуци од 25. фебруара 1992, која се тицала закона који је регулисао улазак странаца у Француску.[581] Због тих одступања, као и услед

[572] *Ibid.*, стр. 247.
[573] Упор. P. Esplugas-Labatut, стр. 85 и D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 23.
[574] P. Esplugas-Labatut, стр. 85.
[575] За детаљан списак вид. D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 23. и 24.
[576] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 146.
[577] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 25
[578] *Ibid.*, стр. 26.
[579] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 145.
[580] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 27.
[581] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 290.

могућности да један исти закон буде проглашен сагласним уставу (контрола Уставног савета), и као такав примењен и коришћен као основа за појединачни акт (судску одлуку), а да истовремено буде у супротности с међународним изворима, у пракси може да дође до неуједначене примене права. То се и десило у једном случају од 1999. године, када је Европски суд за људска права нашао да постоји повреда Европске конвенције о људским правима, и због тога осудио Француску.[582] Услед некохерентности која може да настане, односно да закон буде у складу са једним, али у супротности са другим извором, пошто контролу врше различите институције, у француској теорији постоје недвосмислени позиви да Савет преузме и ту надлежност, односно да уврсти међународне уговоре у блок уставности. Још је бивши председник Савета, Жан Луј Дебре (*Jean-Louis Debré*), истицао да је неопходно да Савет врши како накнадну контролу уставности, тако и контролу конвенционалности.[583] Као што видимо, један од ова два циља је испуњен, вероватно је питање времена када ће бити и други.

Савет не врши контролу ни у односу на право Европске уније. Попут међународних уговора, и њу је препустио судовима и у коначници Европском суду правде.[584] Ипак, тумачећи широко чл. 88-1 Устава, Савет је задржао право за себе да контролише да ли је закон којим се врши транспоновање ЕУ директива у домаће законодавство у складу с директивом чије транспоновање се врши. Дакле, на тај начин не контролише све законе, већ само оне који су инструмент за претварање ЕУ права у домаће, чиме се заправо спроводи уставни налог који произлази из уставне одредбе која Француску одређује као део ЕУ.[585] Савет је темеље таквој пракси поставио својим одлукама од 2004. и 2006. године. У одлуци од 2018. године је потврдио постојање два критеријума којима се води приликом поменуте оцене: поштовање уставног идентитета Француске и постојање очигледне супротности између закона и директиве (*disposition législative manifestement incompatible avec la directive*).[586]

Као што ћемо детаљније сагледати у наредном поглављу, Уставни савет се огласио ненадлежним по питању уставности уставних амандмана. Тиме је индиректно одбацио тезу о постојању надустава, која се заснива на одредби о забрани промене републиканског уређења (чл. 89 ст. 5 Устава). Есплугас-Лабату правилно упућује да постоје одредбе Устава које су јаче од других, и да се републикански облик владавине може схватити у ужем (проста супротност монархији) и ширем смислу (вредносно опредељеном, који се заснива на подели власти, недељивости Републике, универзалном праву гласа и сл.). Истовремено, чини се да овај аутор прави грешку када истиче да се Савету не може доделити надлежност контроле уставне промене (пошто не може установљена власт да контролише установљавајућу), јер власт која би поштовала ревизиони поступак не би била установљавајућа, већ ревизиона уставотворна власт (вид. *infra IV 1.*). Тиме је дошао и до погрешног закључка о одбацивању тезе о постојању надуставности у француском позитивном праву.[587] Наше мишљење је да је то питање тренутно склоњено с дневног реда, али да ће дилема о надуставу, као и међународним изворима као основи за вршење уставносудске функције, у будућности поново бити актуелизована.

---

[582] *Ibid.*, стр. 291.
[583] *Ibid.*, стр. 292.
[584] Ипак, било је осцилација у његовом ставу, па је најпре, 1992. уз доста правно-логичке вратоломије вршио оцену усклађености једног органског закона са међународним уговорима. Одлука од 2. септембра 1992. (бр. 92-312 *DC*). D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 30.
[585] M. de Visser, стр. 249.
[586] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021). 32.
[587] P. Esplugas-Labatut, стр. 94-95.

III 3. 4. Уместо закључка: (не)предвиђена слобода деловања – апстрактна конкретност

Надлежности органа који врше уставносудску функцију нам показују да многе генерализације које постоје у уџбеницима уставног права заправо нису сасвим тачне, или да барем у значајној мери могу да буду релативизоване. До тог одступања углавном долази због занемаривања праксе тих органа, која је више него богата. Чувари устава су истовремено, у доброј мери и господари своје надлежности. Било да је стварају *de novo*, било да је постављају на шире основе од онога што је уставним текстовима прописано или да се самоограничавају. Првенствено од њих зависи шта ће, како и колико да раде. Чак и да се уставотворна власт активира и „казни“ их прописивањем другачијих правила, та претња остаје исувише далека, а и остаје неизвесност како ће чувари интерпретирати те новодонете норме.

С тога не треба да чуде неки од закључака до којих смо дошли. Апстрактна контрола постоји, додуше у предметно веома ограниченом облику, и у САД. Поред накнадне, у Немачкој постоји и претходна контрола – оцена ратификационих закона. У Француској је више од двадесет година пре увођења приоритетног питања уставности постојала и накнадна контрола. Мерило контроле, тј. основу за одлучивање, у све три државе, попут глине, обликују ти органи. С обзиром на лапидарност уставног текста, Врховни суд САД је у томе вероватно најкреативнији, али за њим не заостају ни његове европске колеге. Савезни уставни суд је имао одлично полазиште у Основном закону, па му није било претерано тешко да се усуди да заснује контролу и над ревизионом влашћу. Писци француског Устава вероватно нису могли ни да сањају да ће у 20. и 21. веку и даље да се примењује Декларација о правима човека и грађанина од 1789. године.

Укратко, ништа није баш онако као што делује на први поглед. Или како то сликовито каже Свит: у Европи је контрола конкретнија, а у САД апстрактнија него што на први поглед изгледа.[588] Из ових сличности може да се закључи да, без обзира на разлике између система, уставносудска функција има једну, заједничку основу. У наставку ћемо да анализирамо како чувари устава раде (поступају) и колики степен слободе имају у тој области.

III 4. ПОСТУПАК ПРЕД ЧУВАРИМА УСТАВА

Због значаја апстрактне нормативне контроле и поступка по којем се она спроводи, наше излагање би могло да отпочне управо од ње. У процесноправном смислу, нормативна контрола неретко има статус „општег поступка пред уставним судом“, који се примењује и на друге надлежности које он обавља.[589] У нашем случају та оцена важи само када је реч о Немачкој. У САД је предоминантна конкретна контрола, па је њоме одређен и читав поступак, док се о поступку у апстрактној контроли може говорити у једном веома ограниченом, рудиментарном облику. У Француској је ситуација крајње специфична, јер је апстрактна контрола до недавно била једини облик оцене уставности, али поступак ни до данашњих дана није уређен онако како би то могло да се очекује за земљу континенталног правног круга. С друге стране, иако млађа, конкретна контрола у форми приоритетног питања уставности је

[588] A. S. Sweet (2003), стр. 2779.
[589] О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, стр. 121.

нормирана далеко прецизније и минуциозније. И у самој Немачкој, с обзиром на много већи број уставних жалби и захтева који потичу из инцидентне контроле, правила која регулишу те две надлежности се много чешће примењују и због свог порекла (СУС је најпре самостално развио рад у већима) могу да буду занимљивија. Из тих разлога у наставку ћемо пратити редослед излагања који смо започели у претходном делу овог поглавља. Желимо да нагласимо да то никако не умањује значај процедура које постоје поводом апстрактне контроле. Посебно је у случају Немачке било изазовно направити разликовање између два поступка, с обзиром на сходну примену многих одредаба које доводе до тога да се поступци у одређеном делу сливају један у други, док је у Француској било занимљиво пратити како су искуства претходне контроле утицала на нормирање накнадне, а како сада накнадна повратно утиче на развој претходне контроле.

III 4. 1. Поступак у конкретној контроли

III 4. 1. 1. САД

Поступак пред Врховним судом је углавном регулисан Пословником о раду (*Rules of the Supreme Court*), али и бројним неписаним правилима.[590] Њега може да покрене страна која је изгубила спор пред нижим федералним судом или пред највишим судом савезне државе уколико је тај спор садржао питање из федералног домена. Пристиглу жалбу (*certiorari petitions/cert*)[591] судијски сарадник (*clerk*) прослеђује другој страни на изјашњење. Поднесци обеју страна (*briefs*) – уколико се друга страна изјаснила, бивају прослеђени судијама на разматрање. Прва институционална препрека коју поднесак мора да прескочи је стављање на „листу за дискусију“ (*discuss list*). Од преко 10.000 случајева који доспеју пред Врховни суд, он одлучи у мање од сто случајева.[592]

Иако се Врховни суд налази у склопу америчког судског система, и представља његов најрепрезентативнији део, задаци које обављају његове судије нису сасвим идентични онима које обављају судије нижих федералних судова. И једни и други, пресуђују и образлажу своје пресуде, али судије нижих судова ређе издвајају своје мишљење, а готово све жалбе пред нижим судовима морају да буду размотрене, другим речима немају могућност, попут Врховног суда, да бирају предмете које ће разматрати.[593] Дакле, могућност, а можемо је назвати и привилегијом овог Суда, да врши одабир предмета о којима ће одлучивати, истиче његов значај, а свакако утиче и на формирање његове особене природе, другачије од нижих савезних судова.

Пошто Суд недељно размотри преко 200 жалби, а готово да је немогуће да деветоро људи то самостално уради, судијски помоћници прискачу у помоћ. Материјална средства за ангажовање судијских помоћника, за разлику од немачког

---

[590] Rules of the Supreme Court, *https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2023RulesoftheCourt.pdf*, 26. децембар 2022.

[591] *Cert petition* – представља захтев странке којим тражи од Врховног суда да „учини сигурним“ тј. да провери/испита одлуку нижег суда. Artemus Ward, “Junior Varsity Judges? Law Clerks in the Decisional Process of the U.S. Supreme Court”, in: *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (Eds. Ralf Rogowski and Thomas Gawron), Berghahn Books 2016, стр. 167.

[592] *Ibid.*

[593] Daniel A. Farber, “Supreme Court Selection and Measures of Past Judicial Performance”, *FLA. ST. U. L. REV.* 32/2005, стр. 1176.

СУС и француског Уставног савета, који уживају висок степен финансијске аутономије, у САД обезбеђује Конгрес. Сваки судија може да ангажује по четири, а председник Суда пет судијских помоћника. Они су најчешће свеже свршени правници, с неког од америчких престижних универзитета, који су завршили једногодишњи стаж код неког од окружних федералних судија.[594] Од 1973. године, ради ефикаснијег рада и уштеде у времену, како би се избегло да сваки судија са својим помоћницима прегледа све поднеске, уведена је пракса да се сви помоћници удруже (*cert pool*) и да се онда међу њима деле предмети. Ипак, по неписаном правилу, увек један судија са својим помоћницима остане изван овог круга и разматра жалбе одвојено, чиме се постиже нека врста унутар-институционалне контроле рада. Тако организовани, предмети се деле равномерно између 32 помоћника (пошто један судија са својим помоћницама остаје изван круга) што значи да сваки помоћник у просеку прегледа по шест предмета недељно, стављајући своју белешку (*memo*) на сваки од њих – да ли сматра да треба да се уврсте на списак за разматрање или не.[595] Они помоћници који раде самостално са својим судијом који је остао ван круга, морали би да напишу белешке за преко 50 предмета недељно, те због тога имају обавезу да то учине само за оне за које сматрају да заврђују пажњу.[596]

Одабир предмета о којима ће се одлучивати да ли ће бити разматрани (*deciding to decide*), врши се према следећим критеријумима (помоћници посебну пажњу обраћају на одређену врсту проблема у предметима): постојање сукоба међу судовима, како федералним тако и међу највишим судовима савезних држава; да ли су у предмет укључене/заинтересоване и одређене интересне групе; да ли је неки од органа савезне власти странка у спору (посебно ако се појављује канцеларија Врховног државног правобраниоца – *Office of the Solicitor General*); питања идеологије, када одлука нижег суда одступа у односу на схватања Врховног суда; када се јави важно правно питање о којем би Суд требало да заузме став и сл. Поднесци у којима се јављају два поменута проблема или више њих имају веће шансе да буду узети у разматрање.[597] Председник Суда саставља листу жалби о којима ће се расправљати и гласати. Остале судије не могу да мењају ту листу, већ само могу да је допуне, стављањем својих предлога на дневни ред. Судије приликом одабира предмета воде рачуна о томе који од помоћника је писао белешке, јер у зависности од њихових идеолошких и правних склоности, помоћници могу да имају мања или већа предубеђења. Стога је потребно да се пажљивијим читањем бележака и обраћањем пажње на њиховог аутора, предупреди ситуација у којој би неки предмет био неоправдано изостављен. Они предмети које нико од судија не предложи, аутоматски бивају одбачени (*denied*).[598]

Судија који је уврстио одређени предмет на листу, обраћа се осталима са циљем да придобије њихове гласове како би предмет био касније узет у разматрање. Ове седнице су затворене за јавност. Потребно је да предмет добије четири гласа – тзв. правило четворице (*the rule of four*).[599] „Правило четворице“ је неформално правило које је развио сам Суд током своје двовековне праксе. Нема поузданих података када

[594] A. Ward, стр. 165.
[595] *Ibid.*
[596] *Ibid*. стр. 168.
[597] *Ibid.*
[598] *Ibid*. стр. 169.
[599] Иако је мало података о броју предмета које Суд разматра током једне године, процене су да се тај број креће од пар стотина до око 1000. Вид. Timothy Johnson, Maron Sorenson, "The U.S. Supreme Court's Strategic Decision Making Process", *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (Eds. Ralf Rogowski and Thomas Gawron), Berghahn Books 2016, стр. 120-121.

се оно тачно развило, претпоставља се да је то био случај на прелазу између 19. и 20. века, али се први пут појавило у јавности 1925. у изјави једног од тадашњих судија овог Суда. Иако су мишљења о његовој улози и значају у судској пракси подељена, најчешће се истиче да оно омогућава и мањини у оквиру Суда да контролише агенду, те представља „снажно ограничење над тиранијом већине".[600] У САД су вршена истраживања на основу којих су добијени подаци да је удео случајева који су на овај начин дошли на дневни ред у укупном броју пресуђених предмета нешто већи од петине.[601]

Сви учесници у спору чији су предмети успели да успешно преброде први судски филтер и буду узети у разматрање, имају обавезу да доставе нове обимније поднеске којима аргументују своје тврдње. Пословник Врховног суда (*Rules of the Supreme Court of the United States*) веома детаљно прописује правила о њиховом обиму, роковима, врстама и боји папира на којима се штампају и достављају и сл. У овој фази појављују се и тзв. пријатељи суда (*amici/amicus curiae*), који су најчешће различите регистроване организације или интересне групе.[602] Као што Конгрес привлачи различите лобисте заинтересоване да се одређена питања регулишу на њима прихватљив начин, то је случај са пријатељима суда пред Врховним судом. Њихово појављивање може да се посматра и у светлу ублажавања строгих правила стендинга, а сличан институт постоји и пред француским Уставним саветом (тзв. уска или мала врата – више о овоме у наставку). Бројне су организације и интересне групе које се релативно редовно појављују у својству пријатеља Суда када су у питању уставноправни спорови (нпр. *American Civil Liberties Union, National Association of Criminal Defense Attorneys, U.S. Chamber of Commerce, American Bar Association, AARP, Pacific Legal Foundation*), а поред њих учествују и државни органи попут Врховног државног тужиоца (*Attorney General*) или Врховног државног правобраниоца (*Solicitor General*).[603] Они могу да подрже једну од страна својим поднесцима и иако су заинтересовани за исход спора не постају странка у поступку. Ови поднесци могу бити веома значајни, јер неретко садрже додатне чињенице, пружају ширу слику проблема, упознају судије са начином функционисања одређене друштвене или правне области и сл. Неки случајеви пред Судом су изнедрили велики број поднесака „пријатеља суда" (нпр. *Grutter v. Bollinger* and *Gratz v. Bollinger* од 2003 – 107, *Webster v. Reproductive Health Services* од 1989 – 78, *District of Columbia v. Heller* од 2008. – 67).[604] Поднесци странака и пријатеља Суда имају две сврхе: на првом месту да пруже релеватне информације о случају, али и да „поставе границе политичког простора у којима се одлука може сачинити". Истраживања у којима је коришћен софтер против плагијаризма (за проналажење идентичних формулација) показала су да делови квалитетно аргументованих поднесака завршавају као преузете целине у судским одлукама. Ово значи да поднесци могу директно да утичу на садржину судских одлука.[605]

У првим деценијама рада Врховног суда, јавне расправе су трајале и по десет дана. Од 1849. њихово трајање је било ограничено на два сата, да би коначно, од 1970. свака страна добила по 30 минута.[606] Усмена излагања странака у укупном трајању од

[600] *Ibid.*
[601] *Ibid*. стр. 121-123.
[602] *Ibid.*
[603] *Ibid.*
[604] *Ibid*., стр. 125. О пријатељима Суд, вид. више: D. G. Savage, стр. 992.
[605] T. Johnson, M. Sorenson, стр. 128.
[606] *Ibid.*

сат времена представљају „интегралну улогу у процесу одлучивања“, јер утичу на то како ће судије гласати на крају процеса одлучивања. Квалитетна усмена излагања могу да утичу, чак и да придобију судије које су другачијих идеолошких опредељења, а неретко током ове фазе поступка, у разговору са странкама и међусобним дискусијама, судије откривају или макар дају наговештај како ће гласати када за то дође време.[607]

Коначно, Врховни суд одлучује о предметима који су прошли јавну расправу и о којима треба да се гласа. Јавност је потпуно искључена са ових седница. На њима не могу да присуствују ни судијски помоћници, а везу са спољним светом одржава најмлађи судија. Упркос овоме, председник Суда, судија Робертс (*Roberts*) је у једном телевизијском интервјуу из 2011. године, изјавио да је Суд „најтранспарентнија грана власти“ и да све што судије раде, а има одређену тежину – раде јавно.[608] Ово је тачно само за финални производ – пресуду, што ћемо анализирати нешто касније, док претходне фазе одлучивања, осим јавне расправе, управо сведоче о минималној транспарентности или њеном потпуном одсуству. На овим затвореним седницама, судије прелиминарно гласају о предметима, тако што најпре председник Суда износи своје мишљење и опредељује свој глас за или против, а потом то чине и остале судије у складу са правилом сениората (до шездесетих година 20. века је било обрнуто).[609] Све док одлука не буде написана и Суд је обелодани, судије могу да промене мишљење и дају глас за другу опцију. На седницама се одвија и одређивање судије који ће бити задужен за писање одлуке коју подржава већина. Уколико је председник Суда у већини, онда он врши избор, уколико је његов глас остао у мањини, онда ће то чинити најстарији судија који се налази у већини. Писац одлуке се бира пажљиво, пошто је важно да одлука задржи већину, а и да придобије, по могућству, још некога од судија који су иницијално били против.[610]

Као што смо поменули Врховни суд броји девет судија, што обезбеђује ефикасно одлучивање. Проблем настаје уколико је један од судија спречен да гласа, а не постоји институт судије заменика. У периоду од 1946. до 2010. године, Врховни суд САД је донео око 7.300 одлука, при чему је близу 19% од овог броја донето у саставу који је имао паран број судија. У одређеном броју случајева (око 6%) долази до пат позиције (однос гласова 4:4), што повремено онемогућава Суд да одлучује о важним питањима.[611] Због тога је сенатор Лејхи (*Patrick Leahy*) 2010. године иницирао предлог закона који је требало да омогући ангажовање пензионисаних судија Врховног суда, у случају спречености неког од активних судија да врши функцију (на основу већинске одлуке ВС-а). Предлог ипак није усвојен.[612]

Писање одлуке је „динамичан и промењив процес“, у којем судија који је добио овај задатак мора да учини свој текст прихватљив и осталим судијама који подржавају одлуку. Судија то чини самостално или уз помоћ својих помоћника. Када је нацрт

[607] *Ibid*., стр. 129 и 131. Детаљније вид. A. Ward, стр. 170-172.
[608] T. Johnson, M. Sorenson, стр. 131-132.
[609] *Ibid.*
[610] *Ibid*., стр. 133. Детаљније вид. A. Ward, стр. 173-175.
[611] То се десило у предмету *Jensen v. Quaring* од 1985. Судија Луис Пауел (*Lewis Powell*) је због лошег здравственог стања био изузет из одлучивања, а законом савезне државе је била доведена у питање слобода вероисповести. Ryan C. Black, Amanda C. Bryan, ”Calling in the Reserves: Judicial Replacements on the U.S. Supreme Court”, *Justice System Journal*, 1/2014, стр. 4 и 5.
[612] Пратећи идеју овог законског предлога, поједини амерички аутори се залажу за могућност замене, тј. реактивирања пензионисаних судија у конкретном предмету. Овакав став су заузели на основу сложених статистичких прорачуна, као и праксе која постоји у Уједињеном Краљевству. Они сматрају да би овакво решење имало најмање два позитивна ефекта: „Драматично смањење броја подељених судских већа, као и очување генерално високог мишљења јавности о самом Суду“. *Ibid*., стр. 6 и 19.

одлуке готов, он се шаље осталим судијама, које имају неколико опција на располагању: да се једноставно придруже одлуци, да предложе неку измену, да најаве намеру да желе да сачекају пре него што се изјасне, или да сами напишу сагласно/супротно издвојено мишљење (*concurrence*/*dissent*).[613] Све што није просто придруживање одлуци или сугестија, узима се са посебном пажњом, јер указује да је несагласно издвојено мишљење на помолу, а то значи и опасност да оно преотме већину. Ово је сложен процес унутар-институционалног „преговарања" у којима судије морају да воде рачуна како о својим правним и идеолошким уверењима које су преточили у одлуку, тако и томе да задовоље очекивања „просечног судије" (*median justice*), јер се дешавало да у случајевима у којима постоји тесна већина, добро написано издвојено мишљење преотме већину и постане већинска одлука.[614] Дешавало се и да судија коме је додељено да пише одлуку промени своје мишљење о случају. То се десило председнику Суда Робертсу. Првобитно је хтео да подржи одлуку којом се касира закон о здравственој заштити, да би онда, када је почео да је пише, променио став и подржао закон – тзв. *Obamacare*.[615] Када коначно нацрт одлуке добије већину гласова, одлука се објављује у званичном регистру Врховног суда (*United States Reports*) и на званичној интернет презентацији Суда, као и на још неким местима.[616]

Иако она нису онолико честа као што се можда стиче утисак[617], издвојена мишљења у америчком судском систему, а посебно у случају Врховног суда, имају веома важну улогу и као што смо истакли, представљају једну од две главне разлике између Врховног и нижих савезних судова. Током највећег дела историје Врховног суда, проценат одлука у којима се појављује макар једно издвојено мишљење креће се између 10-20%, али су постојале епохе у којима се овај проценат пео чак и на 80%.[618] Подаци за 2010. годину показују да 54% одлука садржало издвојено мишљење, а 16% издвојено сагласно мишљење.[619] Чак и када издвојено мишљење не постане већинска одлука, нека од њих представљају веснике промена у судској или законодавној пракси. Тако су поједине судије, познате по издвојеним мишљењима, добиле „титулу" – *great dissenters,* међу којима је свакако најпознатији судија Холмс (*Holmes*). Он је ређе од других издвајао своје мишљење, али када је то чинио, то је имало снажне и далекосежне последице.[620]

III 4. 1. 2. Немачка

Поступак по уставној жалби се разликује од свих осталих поступака пред СУС-ом, јер њега покреће појединац (физичко или правно лице), док остале покрећу различити државни органи и парламентарци.[621] Поступак по уставној жалби регулисан

---

[613] D. G. Savage, стр. 995.

[614] То се десило у случају *Gannett Co. v. DePasquale* од 1979). Нав. према: T. Johnson, M. Sorenson, стр. 135-137. Вид. детаљније: *Ibid.*

[615] У случају *National Federation of Independent Business v. Sebelius* од 2012. године. Нав. према: Компарисон, A. Ward, стр. 177.

[616] Нпр. *www.scotusblog.com,* United States Law Week, Supreme Court Bulletin. Вид. D. G. Savage, стр. 1000.

[617] Поједина истраживања показују да се у преко 80% случајева судије одлучују да једноставно придруже свој глас нацрту већинске одлуке. T. Johnson, M. Sorenson, стр. 136.

[618] Robert A. Kagan, Gregory Elinson, "Constitutional Litigation in the United States", *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court,* (Eds. Ralf Rogowski and Thomas Gawron), Berghahn Books 2016, стр. 35. Упор. Katalin Kelemen, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts A Comparative and Legal Perspective*, Routledge, 2018, стр. 76.

[619] R. A. Kagan, G. Elinson, стр. 35.

[620] Детаљно о овоме: K. Kelemen, стр. 63-66.

[621] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 11 и 12.

је чл. 90 – 95 ЗоСУС и бројним одредбама Пословника о раду Савезног уставног суда.[622] Уставна жалба која пристигне у Суд своје „путовање“ отпочиње пред судском администрацијом која представља својеврсни филтер. Ту се „очигледно неосновани“ или случајеви који не испуњавају формалне претпоставке шаљу у Генерални секретаријат (*Allgemeines Register*), где обавештење о неприхватљивости састављају службеници Суда, који нису судије, али јесу правници.[623] Ова „писма објашњења“ Генерални секретаријат шаље свима чији поднесак није успео да прође ову прву контролну тачку.[624] Ипак, иако се он јавља као важан „чувар улаза“ у Суд, с обзиром да мање од једне трећине жалби прође ову степеницу, оваква његова пракса је проблематична, јер одлуке не доносе судије и поменута обавештења се не урачунавају у укупан број одлука.[625]

Оне уставне жалбе које испуњавају минималне услове за поступање по њима, стижу до судије известиоца (*Berichterstatter*) и његових помоћника, који састављају правно мишљење (*Votum*). Он је тај који одлучује да ли ће случај да упути трочланом већу или директно једном од сената. Иако председник и потпредседник Суда одређују судију известиоца према његовој ужој специјалности, њихова одлука у доброј мери зависи од годишњег распореда предмета.[626] Како би се растеретио рад Суда, односно како би се он „одбранио“ од огромног прилива уставних жалби, формирају се трочлана већа, по три за сваки сенат. Већа су „самостална судска тела“.[627] Пошто их Основни закон не познаје, већа су била регулисана најпре Пословником о раду Суда. Због тога је СУС морао да одлучује поводом жалби и на сопствени рад, јер су се жалиоци позивали на кршење права на законитог судију, сматрајући да у складу са ОЗ, само сенат Суда може да доноси одлуке, а не и већа. Међутим, у серији одлука (*Случајеви трочланих већа* од 1958. и 1965) Суд је одлучно бранио своју унутрашњу организацију, коју је претходно самостално успоставио.[628] Овиме је фактички СУС решавао о сопственој ствари, био и тужени и судија и веома рано показао колики степен аутономије поседује, из које извире и његова практична неприкосновеност. Додуше, треба поменути, да је до својеврсног озакоњења његове праксе дошло 1956. године, када су већа унета у ЗоСУС, што је свакако био додатни аргумент у корист Суда. С обзиром да их ОЗ нигде не помиње, остаје чињеница да је успостављањем већа, најпре вољом Суда, а потом и законодавца, у најмању руку попуњена уставна празнина, мада би могло да се говори и о *contra constitutionem* пракси.

У случају једногласне одлуке пред већем, било да је реч о негативном или позитивном исходу, поступак се ту завршава.[629] У случају да се макар један судија не

[622] *Rules of Procedure of the Federal Constitutional Court* (Geschaeftsordnung des Bundesverfassungsgerichts) of 19 November 2014 (Federal Law Gazette 2015 l p. 286).
[623] W. Heun (2016), стр. 71.
[624] *Ibid.*
[625] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 30.
Само уколико подносилац инсистира, жалба ће бити прослеђена у регистар поступака (*Verfahrensregister*), али то неће утицати на крајњи исход, тј. њен неуспех. W. Heun (2016), стр. 71.
[626] Чл. 20 Пословника о раду СУС-а. Упор. Jens Brandenburg, *Lady Justice's Delay: Judicial Policy Bargaining and the Duration of Senate Proceedings at the German Federal Constitutional Court* (Inaugural dissertation), University of Mannheim, 2014, стр. 14 и Uwe Kranenpohl, "Decision making at the German Federal Constitutional Court", *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (Eds. Ralf Rogowski and Thomas Gawron), Berghahn Books 2016, стр. 152.
[627] Чл. 15а ЗоСУС. Упор. Е. Шарчевић, стр. 35.
[628] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 21.
[629] Очигледно неосновани захтеви бивају једногласном одлуком одбачени – обацивање на прагу суда (*a-limine*). Е. Шарчевић, стр. 40.

сагласи, случај ће се пренети на надлежни сенат.[630] У већима се по правилу одлучује на основу размене писмена између судија, а ређе у усменој форми.[631] Због тога правни ставови заузети у већима више личе на нацрте одлука, и не одликује их претерана креативност, већ пре једнообразност и усклађивање са ранијом праксом Суда.[632] Упркос критикама да постоји могућност да свако од већа формира другачије стандарде одлучивања, чиме може да се угрози јединственост судске праксе, већа опстају као неопходан филтер од прилива превеликог броја уставних жалби.[633]

Да би сенат одлучивао о жалби, поред упућивања жалбе од стране већа, потребно је и да најмање троје судија сената сматра да о жалби треба да се одлучује (чл. 93д ст. 3 ЗоСУС). Када бира жалбе о којима треба да се одлучује, попут Врховног суда САД, СУС примењују сличну технику „одлучивања о одлучивању", коју одликује одређени степен арбитрерности због недовољно одређених услова за прихватање жалбе из чл. 93а ст. 2 ЗоСУС. Ипак, сматра се да није реч о ономе што се дешава у Америци – „*case picking*", јер СУС успева да препозна релевантне случајеве о чему сведочи податак да око 2/3 од укупног броја тзв. кључних одлука (*key decisions* – нешто их је више од 200) отпада на уставне жалбе.[634] СУС није везан захтевом из уставне жалбе, већ може да утврди повреду и оних права која у њој нису наведена.[635] Као и код апстрактне и конкретне контроле, СУС је дужан да омогући органу који је акт донео да се изјасни о наводима из жалбе, чиме поступак добија својство контрадикторности.[636] Како бисмо избегли понављања, о начину одлучивања пред сенатима више речи ће бити код апстрактне контроле, јер је принцип рада у оба поступка исти, само се разликују путеви како се до сената стиже – у конкретној контроли индиректно, за разлику од апстрактне контроле.

Када је у питању инцидентна контрола, као што смо раније истакли, захтев за оцену уставности упућује суд пред којим се води поступак. У овом случају, предмет одмах, без првобитног филтрирања, доспева до судије известиоца, који као и код жалбе одлучује да ли га шаље већу или сенату. У случају да је предмет проследио уставни суд једне од савезних држава или један од највиших савезних судова, случај ће директно завршити пред сенатом (дакле у овој ситуацији, због компетентности покретача поступка, прескаче се веће – чл. 81а ЗоСУС). Даље се поступак одвија према правилима која важе у апстрактној контроли уставности.

III 4. 1. 3. Француска

Правила поступка прописана су допуњеном Ордонансом од 1958.[637] и посебним Пословником о раду у вези с приоритетним питањем уставности[638]. Као што смо већ поменули, поступак приоритетног питања уставности покреће странка посебним писаним поднеском, који може да упути суду невезано од инстанце (поступак може да се покрене пред првостепеним, апелационим или највишим судовима). Изузетак представљају посебни виши судови за тешка кривична дела (*Cour d'assises*). Захтев за

[630] Вид. чл. 93д ст. 3 ЗоСУС и чл. 93а-93д ЗоСУС, за услове под којима се жалба (не)усваја.
[631] J. Brandenburg, стр. 14-15.
[632] U. Kranenpohl, стр. 153.
[633] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 21-22.
[634] U. Kranenpohl, стр. 156 и 161.
[635] V. Đurić (2000), стр. 210.
[636] Чл. 94 ЗоСУС, упор. Е. Шарчевић, стр. 47.
[637] Ordonnance n° 58-1067.
[638] Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, Journal officiel du 18 février 2010, p. 2986,.

контролу уставности странка пред њима може да истакне тек у оквиру жалбе на првостепену пресуду овог суда.[639]

Оцена испуњености постављених услова за упућивање предмета Уставном савету је од посебног значаја. На првом месту, Савет је заузео став да је оцена испуњености првог услова – да је потребно да се оспорена норма „примењује у датом спору“ или да „чак чини основу за одлучивање“, спада у искључиви домен суда пред којим се питање поставља и оставља му веома широк простор за оцену. Други услов је да оспорена одредба није већ била оцењивана и проглашена уставном. Ипак, уколико су се околности промениле (правне и чињеничне), једном оцењивана одредба може поново да постане предмет оцене. Савет је у неколико својих одлука покушао да прецизира овај правни стандард. Тако се измена норме која је већ проглашена уставном не сматра промењеним околностима, али супротно, одлука Савета може да представља промењене околности.[640] Трећи неопходан услов се разликује у зависности од тога пред којим судом се питање разматра. Ако је реч о нижим судовима онда они испитују озбиљност питања[641], а ако се ради о Касационом суду или Државном савету, питање мора да буде или озбиљно или ново[642]. Реч је о алтернативним условима, чије постојање у комбинацији са испуњеношћу претходна два, треба да доведе до упућивања предмета. Озбиљност питања се различито цени. За Државни савет довољно је да постоји „разумна сумња“ (*doute raisonnable*), док Касациони суд примењује строжи критеријум „очигледне сумње“ (*doute manifeste*), што се и одражава на број упућених захтева ка Уставном савету.[643] Питање се не сматра новим само зато што није било предмет оцене Савета, али услов јесте испуњен уколико је реч о уставном стандарду или уколико је у пракси постављено више пута. Као што смо поменули два највиша суда одлучују у року од три месеца.[644] Правило је да се са поступком пред судом застаје до доношења одлуке виших инстанци о (не)упућивању Уставном савету или његове одлуке, ако је дошло до упућивања. Међутим, постоје и изузеци, па се тако нпр. хитни поступци неометано настављају. Уколико би у овом случају дошло до одлуке Уставног савета о неуставности, једино средство које би странкама било на располагању је поновно покретање поступка.[645] Уколико суд пред којим се одвија поступак не усвоји иницијативу странке и не проследи предмет вишим инстанцама, не постоји могућност улагања жалбе на ту конкретну одлуку о неупућивању. То је једино могуће да се учини у склопу жалбе поводом мериторне одлуке о главном спору.[646]

Уколико питање стигне до Савета, оно најпре пролази Генерални секретаријат, који га обрађује и о њему одмах обавештава председника Републике, председника Владе и председнике оба парламентарна дома, који могу да се изјасне поводом постављеног питања.[647] Пошто спроведе процедуру која много више наликује на судски поступак, него што је то случај са претходном контролом, Савет мора да донесе одлуку у року од три месеца.[648] Есплугас-Лабату истиче да иако спор поводом ППУ „у принципу остаје објективан“, пошто се као и у претходној контроли „суди акту“, он ипак садржи и дозу конкретности и субјективности, пошто су присутне и странке, што

[639] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 363-364.
[640] *Ibid.*, стр. 364.
[641] Ордонанса о Уставном савету, чл. 23-2
[642] Ордонанса о Уставном савету, чл. 23-4
[643] P. Esplugas-Labatut, стр. 40.
[644] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 364.
[645] P. Esplugas-Labatut, стр. 43.
[646] Чл. 23-2. Ордонансе о Уставном савету. Упор. M. de Visser, стр. 138.
[647] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 364.
[648] Чл. 23-10, Ордонансе о Уставном савету.

даље утиче на физиономију поступка пред Уставним саветом.[649] Самом Ордонансом о Уставном савету (чл. 23-10) предвиђено је да је поступак контрадикторан.[650] То значи да је остављен временски период (око 20 дана) у коме странке могу да одговоре поводом захтева за оцену уставности, а поред њих, као што смо истакли, својим поднесцима, расправу могу да обогате и највиши државни органи. За међусобне одговоре на поднеске, Савет одређује нови рок за изјашњење у трајању од 10 дана.[651] Важну улогу има саветник – известилац (*rapporteur*) кога одређује председник Савета. О његовој улози више речи ће бити у делу о претходној контроли, пошто су задаци које обавља углавном слични.

У циљу прикупљања свих релеватних чињеница, Савет може да организује усмену расправу, на коју не позива саме странке, већ њихове правне заступнике, како би укратко могли да изнесу своја гледишта. Као и у поступку претходне контроле, и оспорена одредба може да има свог „заступника" – представника генералног секретаријата Владе (*secrétariat général du Gouvernement*), с тим да је у овом случају ситуација много занимљивија, јер је мала шанса да ће представник нове владе да брани закон који је донела нека стара влада, најчешће другачијег политичког опредељења.[652] Усмена расправа је по правилу отворена и за јавност, али у изузетним случајевима може да се одржи иза затворених врата.[653] Увођењем ППУ, рад Савета је постао далеко транспарентнији, па се тако расправе снимају и преносе преко видео линка на интернет страници Уставног савета.[654]

По окончању усмене фазе поступка, Савет на седници затвореној за јавност доноси одлуку, која се најпре саопштава странкама, па тек потом поставља на званичну интернет страницу и објављује у службеним новинама.[655] Занимљиво је да је према првој верзији пословничких правила, име известиоца требало да се појављује на крају одлуке, али је Савет избрисао ову одредбу већ у јуну 2010. године.[656] Иако је поступак ППУ уопште узевши транспарентнији, у овом делу се отишло корак уназад, с обзиром да се потпис известиоца појављује на крају одлука које проистичу из претходне контроле (чл. 12-2 ст. 2 Ордонансе о Уставном савету).

Још једна од новина које је ППУ унело у поступак је да, у циљу постизања стандарда непристрасног трибунала, постоји могућност да неки од чланова Савета буде изузет из поступка, на захтев странке или на сопствени захтев.[657] Ипак, поједини француски аутори доводе у питање непристрасност Савета, посебно у светлости правила ЕКЉП и стандарда о правичном суђењу које је поставио ЕСЉП, а који се односе и на Савет када поступа по ППУ. Они изражавају бојазан да појединци који су можда учествовали у креирању закона или су већ једном (у претходној контроли) вршили оцену његове уставности, не могу да буду сасвим непристрасни. Скепса је посебно изражена у погледу пословничке одредбе коју је Савет сам донео, а у којој је заузео став према коме не сматра проблематичном чињеницу да је члан Савета раније учествовао у креирању оспорене законодавне одредбе.[658]

---

[649] P. Esplugas-Labatut, стр. 52.
[650] Чл. 23-10, Ордонансе о Уставном савету.
[651] P. Esplugas-Labatut, стр. 53. Упор. D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 112.
[652] P. Esplugas-Labatut, стр. 53.
[653] Чл. 23-10 Ордонансе о Уставном савету.
[654] P. Esplugas-Labatut, стр. 54. Упор. G. Drago, стр. 727.
[655] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 112.
[656] *Ibid.*, стр. 112.
[657] P. Esplugas-Labatut, стр. 54. и чл. 4 Правилника о раду Уставног Савета.
[658] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 113-114.

III 4. 2. Поступак у апстрактној контроли

III 4. 2. 1. САД

Као што смо већ истакли, апстрактна контрола закона у САД представља значајно одступање од класичног схватања судске функције у овој држави. По правилу, судови би требало да решавају само стварне спорове (*cases and controversies*). Али пошто не постоје прецизни и јасни критеријуми шта потпада под категорију спора подобног да се нађе пред судом, „судови одлучују онако како сматрају да треба“, односно у складу прецедентним правом које они стварају, али које је некохерентно и зависи од „судијског каприца“.[659] Речима некадашњег председника Суда Ворена (*Warren*), доктрина *cases and controversies* једним својим делом дефинише „улогу додељену правосуђу у оквиру тродеобе власти, како би се осигурало да се савезни судови неће уметнути у области намењене осталим гранама власти“, а другим, она је концепт „спорног значења и обима“, јер је постала „мешавина уставних захтева и схватања политике“. Стога подобност за судско одлучивање (*justiciability*) представља „уметност“ одређивања домета ограничења која су савезним судовима постављена.[660] Као што видимо, постоји огроман маневарски простор за најразличитије деловање Врховног суда, који он обилато и користи. Суштински, под окриљем поступка који се спроводи у конкретној контроли, помаљају се обриси нечега што личи на оно што се преко Океана дешава у поступку апстрактне контроле. Врховни суд ће укинути закон под условом да нађе да он „својим обимом погађа активности које су заштићене Првим амандманом, тако да их онемогућава на 'суштински' и 'друштвено значајан начин'“ и уколико не може или није спреман да пружи уже тумачење оспорених одредаба или да спречи потенцијалну неуставну примену закона. Најчешће ће циљ бити постигнут делимичном неуставношћу – „реконструктивном хирургијом“, али ако је реч о одредби кључној за читав закон (баш као и у европском моделу), Суд ће читав закон прогласити неуставним.[661] Уколико жели да „одбрани“ закон, влада (у најширем смислу) мора да докаже да „ефекат застрашивања“ који би одредба потенцијално произвела на упражњавање права, није суштински ни вероватан, а није ни друштвено значајан. Уз то, влада мора да докаже да закон није могао да буде срочен на ужи начин, да не постоји алтернатива која би мање утицала на заштићена права.[662] Дакле, и пре примене закона који повређује неко од права из Првог амандмана, Суд ће ценити његову уставност на апстрактан начин.

III 4. 2. 2. Немачка

Поступак апстрактне контроле у Немачкој је најпре регулисан чл. 76-79 ЗоСУС, али и другим одредбама овог Закона, као и Пословника о раду СУС.[663] С обзиром да њега покрећу овлашћени предлагачи, судија известилац нема могућност избора, већ свој извештај шаље директно пред надлежни сенат.[664] Седнице сената се обично одвијају уживо и затворене су за јавност (чл. 30 ст. 1 ЗоСУС). На њима учествују само

[659] A. S. Sweet (2003), стр. 2775.
[660] Наведено према: A. S. Sweet (2003), стр. 2775 и 2776.
[661] *Ibid.*, стр. 2775.
[662] *Ibid.*, стр. 2774.
[663] Тако нпр. чл. 28 ЗоСУС прецизно предвиђа у којим ситуацијама се сходно примењују Законик о кривичном и Законик о парничном поступку, најчешће када је потребно да се испитују одређени сведоци или вештаци.
[664] J. Brandenburg, стр. 14.

судије, њиховим сарадницима није дозвољен приступ. Судије одлучују како о формалним, тако и материјалним аспектима предмета. Сенатима председавају председник и потпредседник Суда, свако у оном сенату за који је изабран. Кворум за доношење одлука је шест од осам судија, одлуке се доносе обичном већином присутних, с тим да у тачно наведеним случајевима, од којих се ни један не тиче нормативне контроле, нити уставне жалбе, сенат одлучује 2/3 већином од укупног броја својих чланова. У хитним случајевима, може да дође до „позајмљивања" судија из једног Сената у други, уколико један од сената услед спречености, нема довољан број судија за одлучивање. Пошто сваки сенат има паран број судија, може да се догоди тзв. пат одлука, тј. исти број гласова и за и против, и у тој ситуацији ће захтев бити проглашен неоснованим. Ова, као и ситуација да у доношење одлуке не морају да буду укључене све судије једног сената су „специфичности Савезног уставног суда", јер други немачки судови имају непаран број судија у својим већима и они су увек сви укључени у доношење одлука.[665] Ванберг (*Vanberg*) истиче да у Немачкој председник/потпредседник Суда немају ни приближно тако велики значај као у САД, дакле нема златног гласа.[666] Све судије Суда чине Пленум, на којем се доносе одлуке од значаја за деловање читавог Суда, као што је ситуација када један сенат жели да одступи од правног схватања другог сената. За пуноважно одлучивање на пленарној седници потребно је да постоји кворум који чини 2/3 већина судија сваког сената.[667]

Одлучивање пред сенатом је подељено у две фазе: консултације о одлуци или фаза одлучивања (*Entscheidungsberatung*) и консултације о читању или фаза читања (*Leseberatung*).[668] У првој фази, кључну улогу има судија известилац који израђује посебан документ – *Votum* (анализа случаја који му је додељен, који ће презентовати пред сенатом и који ће бити основа за даље одлучивање). Стога долазе до изражаја и његове личне способности да придобије остале колеге да гласају за његову верзију одлуке.[669] Судија известилац је углавном, али то не мора увек да буде случај, стручњак за питања која се постављају у датом предмету, али пошто и остале судије долазе веома добро припремљене на седнице, та његова стручност не мора нужно да однесе превагу приликом одлучивања.[670] Када је реч о политички и друштвено осетљивом случају, судија известилац може да одложи његово стављање на дневни ред.[671] *Votum* је више саветодавни и сумарно састављен документ, него што је нацрт одлуке. У њему се пажљиво приказају релеватно право, пракса Суда, као и ставови у научној литератури.[672] За разлику од чланова Врховног суда САД који су усмерени на аргументовање и међусобно преговарање/погађање (*bargaining*) приликом одлучивања, судије немачког суда су више окренуте ка решавању проблема и пажљивом промишљању о њему. Такође, потпуно одсуство јавности са седница на којима се одлучује, према схватању појединих немачких аутора, доприноси иновацијама и „мудрим одлукама", јер се спречава да јавност неког од судија доживи као „победника" или „губитника".[673] Посебно је занимљиво да поменути процес доношења одлуке није нормативно регулисан, већ чини „организациону културу Суда", која се преноси са

[665] Вид. ЗоСУС чл. 15 ст. 1-4 и Е. Шарчевић, стр. 39-40.
[666] G. Vanberg, стр. 81.
[667] На седници Пленума од 15. 11. 1993, СУС је самостално „дописао" чл. 14 ЗоСУС (који се тиче расподеле надлежности између сената). Вид. чл. 16 ст. 1 и 2. ЗоСУС и Е. Шарчевић, стр. 34.
[668] J. Brandenburg, стр. 16.
[669] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 28
[670] *Ibid.*, стр. 27. Упор. J. Brandenburg, стр. 17.
[671] J. Brandenburg, стр. 17.
[672] U. Kranenpohl, стр. 153.
[673] *Ibid.*, стр. 154.

старијих судија (по стажу) на млађе, при чему ови други имају озбиљне потешкоће да докуче ова неписана правила (постоје процене да више шанси за избор у СУС имају кандидати који покажу спремност да прате ова правила). А управо се приликом овог магловитог процеса дешава „транспоновање политичких и друштвених питања у правна“, како би се применила правила „правно-језичке игре“.[674] Судија Лимбах (*J. Limbach*) правда већање које са одвија унутар СУС-а „специфичношћу судијских задатака“.[675] Без детаљног разрађивања ове идеје, она истиче да уставне судије својим одлучивањем треба да „створе мир“, а да при томе истовремено буду свесни да нису „власници неке апсолутне објективности“, што „на отвореном форуму демократије“ не би прошло без губитка ауторитета.[676] У овој фази је могуће и одржавање јавне расправе. На веома исцрпан начин је предвиђено када и под којим условима је омогућено присуство јавности.[677] Јавна расправа пред СУС је реткост, али у случају апстрактне нормативне контроле представља обавезу, осим ако учесници у поступку не затраже другачије. И у овој фази судија известилац има значајну улогу, јер својим питањима доприноси „утврђивању истине“ током усмених излагања која могу да потрају и читав дан. Овакав вид поступка доприноси отворености и повећању легитимитета суда, али је и даље медијима приступ веома ограничен – доступан је само њен почетак. Суд је у одлуци од 2001. нашао да у овако рестриктивном схватању слободе говора и медија нема повреде устава, јер је потребно да се очува „огромна важност Суда и његових седница“.[678] Прва фаза се завршава гласањем о одлуци, кад на сцену поново ступа судија известилац који има задатак да састави нацрт коначног текста одлуке. Он овај задатак обавља без обзира на исход, односно и када је његов иницијални предлог добио већину гласова и када није. Пошто учествује непосредно у писању одлуке, судија известилац има значајан утицај на њен коначни изглед, чак и када је остао у мањини, уколико је успео да помири „политичку проницљивост“ и „вешто перо“. Ипак, постоји могућност, што се ретко практикује, да на његово инсистирање, састављање одлуке буде поверено другом судији, уколико нацрт известиоца није добио већину.[679]

Када је нацрт коначног текста одлуке готов, отпочиње друга фаза у којој се одвија његово читање и сређивање, односно усаглашавање. Иако би на први поглед могло да делује да се она одвија лакше и брже, управо је супротно. У њој се претреса свака реченица, па чак и реч, односно употребљени израз, одлука се бруси до најситнијих детаља, до те мере да поједини аутори ову фазу називају „најдраматичнијим моментом“ у одлучивању Суда. Ова фаза се коначно завршава гласањем о одлуци у целини, дакле и о изреци и о образложењу.[680]

У складу са чл. 25 ст. 4 ЗоСУС, одлуке се објављују „у име народа“. Име судије известиоца се не наводи. По правилу је потребно да се већина судија изјасни о објављивању резултата гласања, али од њега се неретко одступа, па је довољно да и мањински део судија изрази жељу да се открије њихов идентитет и однос гласова, посебно када постоје озбиљнија размимоилажења.[681] Према чл. 30 ст. 2 ЗоСУС, уколико се судија не слаже са изреком или образложењем одлуке, може да издвоји

---

[674] О предностима и недостацима оваквог процеса, формализовању проблема и стварању „групног мишљења“. *Ibid.*, стр. 154 и 155.
[675] J. Limbach, стр. 74.
[676] *Ibid.*
[677] Вид. чл. 25 ст. 1 и чл. 17а ЗоСУС, као и чл. 24 Правилника о раду СУС-а.
[678] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 27 и 738.
[679] *Ibid.*, стр. 28.
[680] J. Brandenburg, стр. 16.
[681] Чл. 30 ст. 2. ЗоСУС Упор. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр, 29.

своје мишљење (*Sondervotum*). Издвојена мишљења су у немачки систем уведена 1970. године, а до 2015. их је укупно објављено 158 – нешто више од 7% у укупном броју донетих предмета у овом периоду, или једном до три пута годишње.[682] Пошто су одлуке суда најчешће производ компромиса, чак и када се не слажу са одлуком, судије неретко не желе да јавно објаве своје издвојено мишљење, иако су упознале своје колеге о њему, како не би крњили ауторитет суда. Комерс овакву праксу налази у разлозима „дубоко укорењене традиције", у складу са којом Суд наступа као институционална целина, а не као скуп појединаца.[683] За разлику од САД, име судије који је дао кључан допринос у писању одлуке (судија известилац) остаје скривено од очију јавности, он је само један од потписника одлуке, као и све остале судије. Упркос њиховом малом броју, остаје чињеница да су у Немачкој издвојена мишљења дозвољена само пред СУС, што га додатно издаваја од осталих судова. Иако су релативно малобројна, издвојена мишљења се обично јављају поводом научно значајних или друштвено осетљивих питања.[684] Тако се повремено дешава да издвојено мишљење буде весник промена у пракси Суда (као у случају *Золанге*). Додатно, њихова анализа баца ново светло на начин одлучивања и политичку димензију Суда: с једне стране, у већини случајева (77%) у којима се она појављују, судија који је његов потписник био је кандидат странке која је изгубила спор, док са друге стране, никада се није десило да мишљење издвоји онај судија који је био кандидован од странке која је добила спор.[685] Пошто судије могу да промене свој став у било ком тренутку пре него што одлука буде објављена, тек се њеним објављивањем у посебној збирци одлука СУС (*BVerfGE*), може сматрати да је процес одлучивања завршен.

III 4. 2. 3. Француска

За разлику од Немачке, у Француској је поступак претходне контроле уређен некодификованим (у више аката) и делимично неписаним правилима. Ово је последица „иницијалног неформалног приступа институцији и касније изражене радне систематичности и стабилне праксе".[686] На овај поступак се сходно примењују одредбе пословника који се тичу изборних спорова, референдума, о архивама Савета, а од 2010. и правила о поступку поводом ППУ.[687] Ова сходна примена је регулисана чл. 56 Ордонансе о Уставном савету, која у оквиру другог одељка (*Titre II : Fonctionnement du Conseil constitutionnel*) садржи још неколико чланова који се тичу процесних питања уопште. Иако Ордонанса пружа могућност да се донесе унутрашњи акт којим би се прецизирало и питања процедуре поводом претходне контроле, позивајући се на Лишара (*Luchaire*), Фаворе истиче да је Савет проценио да ову област не треба додатно да регулише.[688] Ово недоношење прописа којим би додатно прецизирао процедуру је још један од аргумената о степену аутономије Савета.

---

[682] K. Kelemen, стр. 86-87.
[683] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 29.
[684] J. Brandenburg, стр. 17.
[685] K. Kelemen, стр. 88.
[686] S. Bulajić, стр. 52.
[687] *Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs* (publié au JO du 31 mai 1959 et modifié en mars 86, novembre 1987, juillet 1991, 28 juin 1995), *Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les réclamations relatives aux opérations de référendum* (5 octobre 1988), *Règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel* (Décision du 27 juin 2001), *Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité* (Décision du 4 février 2010 modifiée ; publié au JO du 18 février 2010 et modifié les 24 juin 2010 et 21 juin 2011).
[688] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 383.

Дакле, у поступку који се тиче претходне контроле Савет поступа слично као и амерички Врховни суд. Креће се у оквирима малобројних писаних норми (ко су овлашћени покретачи поступка, рок за одлучивање, именовање известиоца), а празнине попуњава својом праксом, развијајући мрежу неписаних правила.[689] Када неко од овлашћених предлагача поднесе захтев за оцену уставности и када се пошаље обавештење поводом овога председницима скупштинских домова и Влади, именује се члан Савета који ће бити известилац (*rapporteur*)[690]. Поред саветника известиоца, још две личности имају велики значај на рад Савета. На првом месту то је председник Уставног савета. Он се описује као дипломатски, уставни и правни представник Савета, који је много више од првог међу једнакима. Са аспекта функционисања Савета, председник води седнице, усмерава читав ток поступка, одређује известиоца и сл. Он је и главни администратор, предлаже генералног секретара, којег именује шеф државе, врши селекцију запослених у администрацији, а управљајући његовим новчаним токовима остварује финансијску аутономију Савета.[691] Друга личност која има огромни значај за рад Савета је генерални секретар. Он се стара о томе да Савет нормално функционише у свим својим активностима, помаже у руковођењу финансијама, помаже члановима Савета у прикупљању материјала, приликом писања одлука и сл. Један од секретара током чијег мандата је 1988. по први пут издата збирка свих дотадашњих одлука Савета, Бруно Женвоа (*Bruno Genevois*) је описиван као „најбистрији и најстручнији“ познавалац праксе Државног савета, Касационог суда, Уставног савета и Европског суда правде. Он је имао веома важну улогу у представљању Савета пред стручном и политичком елитом тог времена.[692]

Известилац припрема материјал за остале чланове Савета који садржи анализу законског и текста захтева, записнике са скупштинских заседања, претходну праксу Савета, ако је потребно и судску, управну и праксу ЕУ, па чак и праксу других уставних судова. Он може да прибави писано образложење Генералног владиног секретаријата (*secrétariat général du gouvernement*), али и писма и друга документа која се тичу парламентараца, синдиката, удружења, ставове доктрине из научне литературе и сл. Дакле, он има широку слободу да прибави све оно што сматра да ће користити доношењу што поткованије одлуке.[693] Овај немали посао мора да буде обављен у кратком временском периоду, пошто одлука мора да се донесе у року од месец дана, или чак за осам дана, уколико Влада то затражи због хитности питања. Зато Савет пажљиво прати дешавања у јавности, а пре свега у парламенту, те није реткост да његова администрација почне са прибављањем материјала и пре него што поступак званично отпочне, а на основу процене да ће доћи до упућивања захтева.[694]

Кворум за одлучивање постоји уколико је на пленарној седници, како Савет иначе ради, присутно најмање седам чланова Савета (осим у случају више силе).[695] Седницама присуствује и генерални секретар. Иако председник Савета руководи седницом, улога известиоца је веома значајна, јер он представља налазе до којих је дошао, као и предлог одлуке, о чему се по завршетку расправе гласа. За разлику од праксе у САД и Немачкој, известиочев предлог не подлеже већим изменама, већ се

[689] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 101.
[690] Када су случајеви посебно сложени, дешава се да буду именована и два известиоца. То се десило у предмету поводом тзв. *CETA* споразума (Одлука од 31. јула 2017. бр. 2017-749 *DC*). D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 101.
[691] S. Bulajić, стр. 50 и 51.
[692] A. S. Sweet (1992), стр. 129-130.
[693] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 101 и 102.
[694] *Ibid.*, стр. 102.
[695] Чл. 14 Ордонансе о Уставном савету.

усваја као такав. За усвајање одлуке је потребна проста већина, а у случају поделе гласова председник располаже тзв. златним гласом. Занимљиво је да за разлику од Врховног суда САД и СУС, одлуке Савета не потписују сви његови чланови, већ председник Савета, саветник известилац и генерални секретар. Одлука се објављује у службеном гласилу (*Journal officiel*).[696] У Француској не постоји могућност да неко од чланова Савета издвоји мишљење.[697]

Иако се по правилу, због тајности, писане и делимично контрадикторне форме, поступак пред Саветом описује као судски, он то није у потпуности. Уставни савет има потпуну слободу како ће да третира поднете захтеве, стога је он „несумљиви господар процедуре", који одлучује да ли ће поступати и како (нпр. иђи и преко захтева – *ultra petita*).[698] Приликом одређивања карактера поступка пред Саветом, Фаворе истиче да иако нису у потпуности испуњена три критеријума која се сматрају традиционалним карактеристикама судског поступка (контрадикторност, учешће странака у поступку, начело јавности), треба бити обазрив у оценама. Треба имати у виду да ни пред француским управним судовима начело јавности није спроведено у многим случајевима, а ни контрадикторност, ни учешће странака нису заступљени пред неким од највиших судова (*Cour des comptes* и *Tribunal des conflits*), што опет не угрожава њихову судску природу.[699]

Контрадикторност поступка претходне контроле развијала се постепено. Најпре је 1983. Савет почео да објављује збирку предлога за покретање поступка (*Journal officiel des textes des saisines*), а потом је од 1994. Генерални секретаријат Владе почео да објављује збирке својих одбрана закона пред Саветом (*Journal officiel des observations en défense de la loi*).[700] Председник Савета, Бадентер, је 1986. предложио да се контрадикторност поступка и формално уведе, тако што би се у предлогу за оцену уставности наводио један од парламентараца који би требало да има улогу заступника „тужиоца", како би се олакшала комуникација између учесника у уставноправном спору.[701] Међутим, још увек је било рано за овакав предлог. До промене је дошло путем праксе, без нормативног уобличавања. У фебруару 2004. године, поводом захтева за оцену уставности закона о организованом криминалу (*loi Perben 2*), по први пут у историји Савета одржан је неформални састанак између саветника известиоца са једне стране, и групе парламентараца предвођене председницима оба парламентарна дома са друге стране, у својству „тужиоца".[702] Под председавањем Дебреа (*Debré*), Савет је почео да шири круг лица чије мишљење жели да чује и на правне експерте, који би говорили пред читавим Саветом, а не само пред известиоцем (нпр. у предметима из 2007. године о ДНК тестовима и Лисабонском споразуму). Од 2009. године контрадикторност постаје одлика и поступка обавезне контроле органских закона. У овој ситуацији, Савет пружа прилику сенаторима и посланицима да „заступају" закон у односу на захтев који по сили Устава подноси премијер (у случају органских закона). У неким случајевима Савет је позивао и Владу да објасни домет одређених законодавних решења, како би му помогла у одмеравању евентуалног обима касирања, а ти ставови Владе би после били објављени као додатак уз одлуку.[703] Ипак,

[696] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 102. и S. Bulajić, стр. 57.
[697] Ово генерално важи и пред судовима у Француској. Упор. L. Favoreu, *et. al.*, стр. 382 и K. Kelemen, стр. 82.
[698] S. Bulajić, стр. 53 и 55.
[699] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 383.
[700] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 105.
[701] *Ibid.*
[702] *Ibid.* стр. 104
[703] *Ibid.*, стр. 105. Упоред. L. Favoreu, *et. al.*, стр. 383.

присуство поменутих актера и даље остаје „неформално, незванично и смештено у фазу прикупљања чињеница“.[704]

Иако је и тајност поступка, као једна од његових главних особина у француском систему, почела да се смањује, кључне фазе одлучивања остају и даље недоступне за јавност (дискусије међу члановима Савета, гласање, поједини прикупљени документи и сл.). Крупни искораци ка већој транспарентности учињени су 1995, када се почело са праксом објављивања имена чланова Савета који су учествовали у доношењу одлука, а Органским законом од 2008. године је предвиђено да ће записници са седница Савета бити доступни јавности по истеку 25 година.[705] Упркос томе што се у претходној контроли не одржава јавна расправа попут оне у Немачкој, постоји пракса слична оној која се јавља у САД. Наиме, поменули смо да у поступку пред Врховним судом, своје поднеске, осим странака у спору могу да доставе и тзв. пријатељи суда. С обзиром да током деценија приступ Савету није био дозвољен појединцима, од краја седамдесетих година прошлог века (после проширења права на покретање поступка на парламентарце), постепено се развијала пракса да Савет узима у разматрање и различите „поднеске“ који су пред њега дошли на „мала врата“ (*portes étroites*).[706] Реч је о белешкама, правним схватањима и сл., која Савету може да упути свако ко је заинтересован за поступак који је у току. Реч је о „спонтаној и неформалној“ пракси, чији су актери синдикати, удружења, професионалне групе, компаније и сви они који се Савету обраћају на индиректан начин.[707] С озбзиром на веома кратак рок у којем Савет мора да одлучи, француски аутори истичу да су „потенцијални адресати закона [су] у веома доброј позицији да саставе мишљење о уставности закона, чији ниво прецизности може да надомести недостатке предлога који су упутили парламентарци, или чији аргументи могу да укажу на нове разлоге неуставности“. Дуго није било никаквог доказа о учесталости и степену утицаја оваквих поднесака на праксу Савета, али су постојала сведочанства бивших чланова Савета о томе.[708] Последњих година десиле су се крупне промене, па је тако по први пут у једном саопштењу за јавност из фебруара 2017. године, Савет обелоданио имена оних који су му индиректно приступили на „мала врата“. Од тада је свака одлука из домена нормативне контроле (тзв. *DC* контрола) праћена подацима о правним и/или физичким лицима која су се на овај начин обратила Савету.[709] Додатно, у мају 2019. Савет је објавио податке о „спољним доприносима“ (*contributions extérieures*), те од тада практикује да на својој интернет презентацији уз одлуку, објављује и документа која су приложена на „мала врата“, уз ограду да није у обавези да се изјашњава о овим необавезујућим поднесцима.[710]

Када чланови Уставног савета заврше са већањем, коначно се о читавом процесу обавештава и јавност. У овој завршној фази поново (као што важну улогу има и на почетку поступка) на сцену ступа генерални секретар Уставног савета. Он је задужен за обликовање коначног текста одлуке, за њено достављање уставним властима (*autorités constitutionnelles*), председницима Републике, Владе, Националне скупштине и Сената, покретачима поступка, ако је реч о посланицима, односно, Државном савету, Касационом суду и странкама (у ППУ поступку). Према потреби,

[704] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 106.
[705] *Ibid.*, стр. 106.
[706] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 130.
[707] *Ibid.*
[708] *Ibid.*, стр. 132.
[709] *Ibid.*, стр. 133.
[710] *Ibid.*, стр. 134.

ако је реч о ППУ, одлука се доставља и суду пред којим је поступак започет. Коначно, секретар излази у јавност саопштењем.[711] Одлуке Уставног савета се објављују у Службеном гласнику, с тим да се то данас врши само у електронској форми. Савет је постепено, почео да усваја и нове технологије. Од 1997. има своју интернет презентацију, од 2011. Твитер и Фејсбук налоге. Од марта 2018. године, поред службе за односе са јавношћу, формирана је посебна служба за одржавање друштвених мрежа. Овим Савет жели да његова пракса буде доступнија, те да се путем ње истакне институционална политика коју води, а тиме и да се ојача његова видљивост и легитимитет у широј јавности.[712] Са тим циљем, скоро све одлуке донете поводом оцене уставности пропраћене су саопштењем за јавност, пратећим документима и званичним коментаром.[713]

III 4. 3. Закључна разматрања: уставносудски поступак као „најсудскији“ елемент чувара устава

Као један од главних аргумената за тезу о уставносудској функцији као судској или њој најсличнијој функцији, истиче се начин рада органа којима је уставносудска функција поверена. Другим речима, сматра се да је уставносудски поступак суштински судски поступак. На основу изнетих анализа ми бисмо заузели нешто резервисанији став и истакли да уставносудски поступак највише наликује судском. Овде ћемо само истаћи и јасније означити закључке до којих се долази проучавањем поступака пред чуварима устава у државама које анализирамо. Иако се на први поглед чини да о деловању Врховног суда САД не треба трошити речи, јер је он само један од федералних судова, те као такав и сам само суд, није све тако једноставно. На првом месту, судије нижих федералних, али и судова унутар савезних држава, немају могућност да попут Врховног суда бирају предмете које ће разматрати. Такође, они много ређе издвајају своје мишљење у односу на судије Врховног суда, чија су издвојена мишљења понекад изазивала већи одјек у јавности од самих судских одлука. Додатно, бројна неписана правила и конвенције, сведоче о високом степену аутономије ове институције (правило четворице – *the rule of four,* правила о „пријатељима суда“ као израз ублажавања строгих правила стендинга, апстрактна оцена закона и сл.). Напоменули смо да сличан институт поменутим „пријатељима суда“ постоји и у Француској – „захтеви“ који доспевају пред Савет на „мала врата“. У Немачкој и према слову Устава и према свом називу, СУС је један од највиших судова, који је тек накнадно проглашен уставном институцијом у рангу са другим уставним органима. Ипак, у читавом немачком систему, само судије СУС-а могу да издвоје своје мишљење. Слично као и у САД, када је реч о уставним жалбама, па донекле и о инцидентној контроли, СУС суштински бира предмете о којима ће да одлучује. Формално, овај избор се обавља применом уставних и законских правила о дозвољености ова два механизма, а практично, уз оправдање да СУС треба растеретити у односу на велики број предмета који стално пристижу. Дакле, реч је о одлучивању о томе о чему ће бити одлучивано. Француски Уставни савет је у овом погледу можда најспутанији, с обзиром да поменути избор у поступку поводом ППУ уместо њега врше судови, мада он свакако настоји да својим тумачењима процесних правила утиче на њихову праксу. Међутим, када је реч о Савету, не треба сметнути са ума да је поводом претходне контроле, самостално одбио да донесе пословник којим би

[711] Чл. 18 и чл. 23 ст. 11 Органског закона. Упор. G. Drago, стр. 727 и 728 и Т. Маринковић (2008), стр. 196.
[712] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 98.
[713] *Ibid.*, стр. 99.

прецизирао поступак, већ је очито из разлога опортунитета, сматрао да му више одговара да то чини развојем неписаних правила. У сличној равни се налазио и СУС у првим данима свога рада, када је самостално увео трочлана већа како би се боље организовао, што је касније натерало законодавца да их унесе у Закон о СУС. Слично се понаша и Савет када поводом тзв. „белих захтева“ (захтева који нису упућени ни на једну конкретну норму, већ на закон у целини) оставља могућност да тај закон буде поново оспораван у накнадној контроли. Из ових најупечатљивијих примера који сведоче о степену слободе деловања институција уставносудске контроле, можемо да закључимо да уколико прихватимо тезу да су ове институције у својој бити судови, онда је реч о судовима са изузетно великом, готово неспутаном слободом – они самостално уређују правила по којима поступају.

III 5. ОДЛУКЕ ЧУВАРА УСТАВА

Крајњи производ деловања органа који врше уставносудску функцију представљају акти које ћемо на генерички начин звати одлукама. У нашој старијој теорији, Чок је, полазећи од схватања италијанских аутора, заузела став да уставни суд „не припада ни судској ни законодавној власти“, а да су ове „традиционалне власти представљене у њему у једнакој сразмери“.[714] Због тога је он „изван и изнад њих“, а његове одлуке не могу да се изједначе ни са актима судске ни са актима законодавне власти, али су упоредиве са „пресудама правосудних органа“, а ми бисмо додали у одређеној мери и са законима.[715] Када је реч о правној природи одлука уставносудских органа, општеприхваћено становиште је да су оне, по правилу, обавезне, коначне и извршне.[716] Ипак, ово је само полазна основа, од које у пракси постоји немали број изузетака. На овом месту нећемо се превише задржавати на овим особинама засебно, већ ћемо приликом анализе врста и дејства одлука, као и њихове извршности кроз призму односа са другим властима (вид. у IV делу рада) приказати да се у пракси дешава, да неке одлуке остану (неблаговремено) (не)извршене, што повлачи и питање њихове обавезности, као и да упркос њиховој коначности, увек постоји могућност да буду промењене потоњом праксом или пак вољом уставотворца/законодавца.

Пошто је пракса органа који врше контролу уставности богата, а они су у њеном стварању били веома креативни, дошло је до теоријског уобличавања различитих врста одлука. Поред врста обрадићемо и питања која се тичу различитих дејстава одлука, као што је њихово деловање са аспекта учесника у спору, временско важење и сл. У наставку ћемо пратити поменути редослед излагања, те ћемо најпре говорити о врстама, а потом и о дејству одлука уставносудских органа.

III 5. 1. Врсте одлука

Нормативни акти ни једне од трију држава, које су предмет нашег проучавања, не познају поделу одлука на врсте. Оне су плод теоријског уобличавања и класификовања богате праксе, коју су институције које врше уставносудску функцију својим преторским деловањем развиле. Ми ћемо покушати да на обједињени начин прикажемо да институције које у раду проучавамо, иако међу њима несумњиво постоје одређене разлике, примењују веома сличне технике приликом доношења и

[714] В. Чок је користила назив уставни суд, као генерички, иако је у својој анализи обухватила и амерички Врховни суд.
[715] Vida Čok, *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1972, стр. 39.
[716] *Ibid*.

уобличавања својих одлука. За нашу класификацију користићемо се у основи поделама које су установили француски аутори, а које смо допунили радовима који обрађују ову тематику у немачкој и америчкој варијанти.[717] Због тога ћемо одступити од досадашњег редоследа излагања (САД, Немачка, Француска), па ћемо анализу вршити обрнутим редом (Француска, Немачка, САД), у нади да ће ова промена додатно нагласити сличности које у уставносудском деловању постоје, без обзира на редослед.

Француски аутори наводе у основи четири главна типа одлука. Реч је о одлукама о простој уставности (*une déclaration de conformité pure et simple à la Constitution*); интерпретативним одлукама (*une déclaration de conformité sous réserves*); одлукама о потпуној неуставности (*une déclaration de non-conformité totale*) и коначно, о одлукама о делимичној неуставности (*une déclaration enfin de conformité partielle*).[718] Пошто и у самој Француској постоје многе варијације на тему и одлуке које се налазе у „сивој зони", ми ћемо ову поделу проширити и одлукама о тзв. виртуелној цензури, односно одлукама о неуставности без поништавања, како се називају у Немачкој.[719]

Цртеж 1. Графички приказ различитих врста уставносудских одлука и њиховог међусобног односа

Извор: Цртеж је сачинио аутор.

III 5. 1. 1. Одлуке о уставности

III 5. 1. 1. 1. Одлуке о простој (чистој) усклађености

Одлуке о „простој"[720] или „чистој" усклађености (*pure conformité*), како их назива Г. Драго (*G. Drago*), су оне у којима се проглашава усклађеност или несупротност закона са уставом. Иако у теорији постоје различити ставови о значају семантичких исказа „закон је у складу" (*la loi est conforme à la Constitution*) и „закон

[717] G. Drago, стр. 708 и даље; D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 413 и даље. J. Brandenburg, стр. 19-20; Lothar Determann, Markus Heintzen, "Constitutional Review of Statutes in Germany and the United States Compared", *Journal of Transnational Law & Policy* 28/2018-2019, 95 и даље; Т. Маринковић (2008), 188-195.
[718] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 415.
[719] *Ibid*., стр. 419. W. Heun (2011) стр. 178.
[720] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 386.

није у супротности“ *(la loi est non contraire à la Constitution*), практичне правне последице изостају, пошто такав закон у Француској касније бива проглашен у целини.[721] Такође, исту правну последицу производи и случај када се Савет изјасни о усклађености одредаба које су биле оспорене, али не и о осталима. С тим у вези, неспорна је ситуација када се Савет у посебном параграфу „*considérant-balai*“ осврне и на чланове закона које није непосредно анализирао, али се у теорији јављају дилеме ако Савет ћути о њима, тзв. питање „ауторитета ћутања“.[722] У пракси и такав закон бива проглашен – сматра се да је читав закон у складу са уставом. Иако су постојала и раније, ова питања су у француској теорији добила посебан значај после увођења ППУ, пошто од одговора који усвоји, зависи да ли ће се упустити у анализу уставности закона који је већ био оцењиван, нпр. под оправдањем да су се околности промениле. Због тога Драго критикује ову врсту „самонемарности“ Савета (*d'auto-négligence*) и подвлачи важност прецизнијих изрека, у смислу недвосмисленог означавања одредаба које су биле оцењиване.[723]

Уколико установи да не постоји повреда Основног закона, односно да је оспорени закон уставан, СУС ће то углавном недвосмислено нагласити у својој одлуци. Некад ће успут (*obiter dicta*) да се изјасни и о неком питању ван граница случаја, што ће личити на „квази-одлуку“.[724] Ипак, када је реч о уставним жалбама или инцидентној контроли, дешавају се случајеви да једноставно одбаци случај без улажења у меритум (*unbegründet*), и тада не наводи изричито да је закон у сагласности са уставом.[725]

Овакав тип одлука је најређи у САД. Пошто Врховни суд врши строгу селекцију случајева о којима ће расправљати, он већ у тој почетној фази бира оне предмете код којих се наслућује да ће се појавити неко спорно правно питање. Из тог разлога, углавном ће бити потребе да се макар пружи нова интерпретација закона у виду интерпретативних одлука, а без његовог оглашавања неуставним.

III 5. 1. 1. 2. Одлуке о условној усклађености (интерпретативне одлуке)

Одлуке о условној усклађености – дословно одлуке о усаглашености под резервом тумачења (*décisions de conformité sous réserve d'interprétation*) или интерпретативне одлуке (*décisions interprétatives*) су посебна врста одлука којим се потврђује уставност закона. Оне се у јуриспруденцији Уставног савета развијају од самих почетака његовог рада „као израз опште власти тумачења која је укључена у процес оцене уставности“, а која је касније добила на замаху под утицајем немачке, италијанске, али и шпанске уставноправне јуриспруденције.[726] Овим одлукама закон

[721] *Ibid.*
[722] *Ibid.*
[723] G. Drago, стр. 709 и 703. Т. Маринковић (2008), стр. 191 и 192. Параграф „метла” је измењен одлуком (nº 2016-738 *DC* од 10. новембра 2016). Од сада, на дну одлука о редовним законима појављује се следећа формула: „Уставни савет није по службеној дужности покренуо ниједно друго питање усклађености са Уставом и стога није одлучивао о уставности одредаба осим оних које су испитиване у овој одлуци“. Вид. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 468.
[724] J. Brandenburg, стр. 20.
[725] *Ibid*. Упор. Wolfgang Zeidler, “Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms”, *Notre Dame Law Review* 62/1987, стр. 508.
[726] Де Висер пише да је зачетак (*birthplace*) ове праксе настао у одлуци од 1981. (Одлука 80-128 *DC,* од 20. јануара 1981.). Њом је Савет прогласио неуставним само четири члана закона, али је многима дао своја тумачења и тако унапредио квалитет законског акта који се тицао кривичног поступка. Поред тога

бива проглашен уставним, али под условом поштовања одређених резерви тумачења, изражених у изреци и образложењу одлуке. Виала (*Viala*) истиче да ове одлуке представљају „трећи начин одлучивања“, јер не представљају ни одлуке о сагласности, ни супротно.[727] Драго је свестан да коришћење резерви представља „исувише згодан поступак за Уставни савет“, којим се избегава цензурисање законодавчевог деловања, али упозорава да овим одлукама не би требало сувише често да се прибегава, јер Савет нема могућност да обезбеди њихово правилно спровођење, већ на својеврстан начин долази до „препуштања уставне одговорности другим властима, претварајући их у судије за оцену уставности спровођења закона“.[728] Због тога сматра да би било боље да се Савет чешће опредељује за или против касирања закона, уместо бирања овог средњег пута.[729] Код интерпретативних одлука „сама форма одлучивања [је] плод искључиво преторског рада поменутих уставних судија, с обзиром да ниједан устав, нити пратећи законски акти, њих не предвиђају, те да је још спорнија њихова садржина, која се више састоји у *ius dare* неголи у *ius dire*“.[730]

Уколико су резерве тумачења које Уставни савет изриче у претходној контроли пожељан инструмент који омогућава да касније не дође до „подривања“ већ проглашених закона, то не мора да буде случај код накнадне контроле, јер се том приликом „нарушава правна сигурност оспоравањем већ успостављених тумачења или судске или управне праксе“.[731] Не обазирући се превише на ове бојазни, Савет је већ у јуну 2010. године донео прву интерпретативну одлуку у поступку ППУ (Одлука бр. 2010-8 *QPC*, од 18. 6. 2010).[732] Драго овакво поступање оправдава чињеницом да када је у питању закон са чијом се применом већ започело (за разлику од закона који су предмет претходне контроле), просто утврђивање неуставности читавог закона или једног његовог дела, није довољно, јер је он већ произвео одређена правна дејства. Тако је из ових разлога, али и због примене уставотворчевог налога из чл. 61 ст. 1, у складу са којим је Савет властан да утврди „услове и границе под којима се могу довести у питање ефекти које је та одредба произвела“, дошло до још веће експанзије ових одлука од како је уведен институт ППУ.[733] У својој досадашњој пракси, уколико је желео да законодавцу остави времена како би исправио недостатке у закону, а да би се избегло стварање правног вакуума док он то не учини, Савет је у изреци прописивао непосредне ефекте својих одлука: с једне стране би налагао обустављање поступка који је у току, а са друге им давао одложено дејство, тј. упркос проглашеној неуставности одређене одредбе, закон би важио док се не донесу нова законска решења која ће је заменити (Одлука, бр. 2019-786 *QPC*, од 24. маја 2019).[734]

што је појединим одредбама дао тумачење које у складу са уставом и јасније прецизирао обавезе државних органа, Савет је упутио и инструкцију судству и управи на који начин треба да се старају о спровођењу закона. Вид. више: M. de Visser, стр. 298-299.

[727] Наведено према: D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 421. Упор. Т. Маринковић (2008), стр. 192, G. Drago, стр. 711, Dominique Turpin, *Contentieux constitutionnel*, Presses Universitaires de France-PUF, 1986, стр. 342.

[728] *Ibid.*

[729] G. Drago, стр. 712.

[730] Танасије Маринковић, „Интерпретативне одлуке уставних судова“, *Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу* (ур. Боса Ненадић), Уставни суд Републике Србије, Београд 2004, стр. 252 и 255.

[731] *Ibid.*

[732] Julien Mouchette, “The French Constitutional Council as a law-maker: from dialogue with the legislator to the rewriting of the law”, *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (ed. Monika Florczak-Wator), Routledge, London and New York 2020, стр. 20.

[733] *Ibid.*

[734] G. Drago, стр. 720-721.

Пошто у Немачкој СУС увек полази од тога да када је закон такав, да се може протумачити на више начина, треба га тумачити тако да буде у сагласности са Уставом, уз поштовање текста закона и законодавчеве воље, односно циљева које је желео њиме да постигне.[735] Тако су и у овој држави настале одлуке о сагласности под резервом (интерпретативне одлуке – *verfassungskonforme Auslegung*).[736] Немачка теорија овакву врсту одлучивања назива „тумачењем у сагласности са уставом", а дефинише је као „хибрид декларације о уставности и неуставности".[737] По свом карактеру ове одлуке се приближавају квалитативној делимичној неуставности, тако да је разлика само у томе што је тумачење у сагласности позитивна верзија суштински исте медаље.[738] Као и у Француској, СУС прибегава овој врсти одлука када је реч о закону који изазива повећану пажњу јавности, а како би смањио политичке тензије.[739] Приликом креирања резерви Суд поред тога што води рачуна да тумачење законске одредбе „не буде у супротности са њеним текстом и недвосмислено израженом вољом законодавца", разматра и „историју закона", која указује на његове штетне последице које је изазвао, али не користи изјаве и ставове парламентарних одбора или парламентараца о оспореној одредби. У тим случајевима СУС полази од претпоставке да би и законодавац тако срочио одредбу, да је био свестан своје грешке.[740]

Овакву врсту одлучивања налазимо и у САД. Врховни суд је у одлуци *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* од 1936. установио седам правила по којима би требало да одлучује, тзв. *Ashwander rules*.[741] За нас је најзначајније оно према којем увек када је исказана сумња у уставност неког закона, Суд најпре мора да испита да ли је могуће његово другачије тумачење (*any reasonable interpretation*) како би се избегло проглашење неуставности.[742] Овом одлуком су постављени темељи пракси која ће се наредних деценија додатно развијати.

У Француској постоје одлуке које су по својој садржини у сивој зони. Оне не представљају праве интерпретативне одлуке, пошто се у њиховој изреци не упућује на резерву у тумачењу, па се у теорији називају интерпретативним смерницама (*directives interprétatives*) или имплицитним резервама (*réserve implicite*). Други назив је мање прихватљив, јер ствара забуну и доводи до мешања са правим интерпретативним одлукама. Пошто је реч о одлукама о усклађености, које у изреци не спомињу никакву резерву, не постоји уставна обавеза из чл. 62 ст. 3 Устава о поштовању одлука Уставног савета, тако да је њихово поштовање и спровођење препуштено слободном нахођењу државних органа. Савет овде користи „институционалну дипломатију", те даје или само подсећа на тумачење закона, најчешће у ситуацијама када већ постоји изграђена судска пракса или усклађеност са националним или европским законодавством.[743] На одређени начин, Савет шаље поруку државним органима, најпре судовима, да је задовољан њиховом применом спорне одредбе, те да због тога не мора

[735] W. Zeidler, стр. 509. Ruth Weber, "Law-making activity of the German Federal Constitutional Court: A case-law study", *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (ed. Monika Florczak-Wator), Routledge, London and New York 2020, стр. 41.
[736] J. Brandenburg, стр. 19. W. Heun (2011), стр. 177.
[737] L. Determann, M. Heintzen, стр. 116-117.
[738] *Ibid*., стр. 117.
[739] W. Zeidler, стр. 509.
[740] Детаљније о овоме и за примере из праксе вид. *Ibid*., стр. 510.
[741] Судија Луј Брандајс (*Louis Brandeis*) као преовлађујући писац ове одлуке, сматрао је да Врховни суд треба да избегава да одлучује о питањима уставности, па је тако и тих седам правила веома рестриктивно скројио. Вид. детаљно: K. L. Hall *et. al.*, стр. 60.
[742] L. Determann, M. Heintzen, стр. 116.
[743] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 425-427.

да користи теже „оружје“ у виду касације или резерве, већ да пружи тумачење као неку врсту подсетника и признања да се налазе на добром путу. Ипак, француски аутори износе забринутост због оваквог начина одлучивања, посебно у контексту све већег броја оваквих одлука. Тако се наводи пример одлучивања Савета у ППУ поступку о одредби која се тиче кућног притвора у ванредном стању.[744] У овој Одлуци од 22. децембра 2015. Савет упућује управном судији „једноставну уставну жељу“ о примени троструког теста пропорционалности – да мера буде „прикладна, неопходна и сразмерна сврси којој тежи“, али пошто ова „жеља“ није наведена у изреци, управни суд нема обавезу и да је заиста примени, иако је то у овом случају урадио. [745]

Када је реч о интерпретативним одлукама чувари устава су отишли веома далеко у својој креативности, па су се временом појавиле бројне варијације овог типа одлука. Тако се интерпретативне одлуке могу поделити на конструктивне, упућујуће и неутрализујуће. Тим редоследом ћемо их у наставку укратко и приказати.

III 5. 1. 1. 2. 1. Конструктивне интерпретативне одлуке

Конструктивним одлукама (*interprétations constructives*) Савет додаје тексту оспореног закона оно што му недостаје да би био у складу са уставом, а све под „плаштом његовог тумачења“.[746] Поједини француски аутори ове резерве називају „онима које омогућавају додавање“ (*réserves permettant d'ajouter*). Као илустрација може да послужи одлука од 25. јула 1989. којом је Савет фактички прописао обавезне елементе писма, које синдикат упућује запосленом који је постао технолошки вишак. Законодавац је предвидео само постојање препорученог писма и потврду о његовом пријему, без икаквих детаља, док је Савет таксативно навео о чему све синдикат мора да обавести запосленог, у циљу боље заштите његових права.[747] Као један од најсликовитијих примера ове праксе издваја се одлука од 9. новембра 1999. у коме је Савет релативно детаљно дефинисао тзв. грађански пакт солидарности (*PACS – pacte civil de solidarité*) као заједницу живота двоје људи, иако то законодавац претходно није учинио. Приликом доношења овог закона било је тешко постићи политички консензус, па се зато на крају појавио текст који је обиловао недореченостима. Савет је под маском политичке неутралности, и у мирнијој атмосфери, могао да несметано допише оно што је тексту закона недостајало, па зато Драго закључује да „Одлука садржи велики број елемената који корисно допуњују недореченост закона који је било тешко усвојити“.[748] Слично о овоме пише и Мушет (*J. Mouchette*): „Уставни савет је дописао многе одредбе Закона, које би тешко могле да се примене без ослонца на одлуку Савета“.[749] Те због тога ова ауторка закључује да су и конструктивна тумачења по својој природи заправо неутрализујућа и оцењује овакву активност Савета „претераном“, истичући да је „стваралачка природа ове технике очигледна“, јер се граничи са изменом закона и то против воље самог законодавца.[750]

У својим интерпретативним одлукама (*verfassungskonforme Auslegung*) и СУС уме да иде веома далеко, па је тако у одлуци о финансирању политичких партија од 1966. године (*BvergGE* 39, 1) самостално одредио проценат (смањио га са 1,5% на

[744] *Ibid.*
[745] *Ibid.*
[746] G. Drago, стр. 717.
[747] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 423.
[748] G. Drago, стр. 718.
[749] J. Mouchette, стр. 18-19.
[750] *Ibid*. стр. 19.

0,5%) који партија мора да добије на изборима да би стекла услов за финансирање из буџета. Поводом тзв. Одлуке *Абортус* 1 од 1975. године (*BvergGE* 20, 56), Комерс и Милер истичу да је Суд фактички написао нови закон, који је потом парламент морао да усвоји као такав.[751]

Да је ова пракса веома жива и у САД потврђује тзв. *Obamacare* случај из 2012. (*National Federation of Independent Business v. Sebelius*). У овом предмету Врховни суд је казну за неизвршавање обавезе плаћања здравственог осигурања „окарактерисао као порез", иако је Конгрес избегао да је назове порезом и „описао је управо као казну". Међутим, да се држао законодавчеве замисли (да је реч о новчаној казни) морао би да установи повреду устава, а овако је закон одржао на снази под претпоставком да буде схваћен у складу са његовом интерпретацијом.[752] Овакво поступање је блиско и упућујућим одлукама, и као што може да се примети, међу њима нема увек јасних граница, већ једна одлука може да има карактеристике више различитих категорија.

III 5. 1. 1. 2. 2. Упућујуће интерпретативне одлуке

Одлуке које садрже упућујућа тумачења (*interprétations directives*), за своје адресате могу да имају различите државне органе: владу, парламент, управу и судове. Поједини француски аутори овакве резерве називају „прецизирајућим" (*réserves permettant de préciser*).[753] Њихова суштина се огледа у томе да се одређеном органу издаје упутство како да поступи како би примена закона била у складу са Уставом. Тачније, Савет „дефинише и прецизира" недовољно јасне норме, како би органима одговорним за њихово спровођење указао на који начин је потребно да примене закон како би он био у сагласности са уставом.[754] Када је реч о Влади, Савет јој приликом оцене закона о хабилитацији указује на шта треба да обрати пажњу када доноси ордонансу, па тако у одлуци од 1986. о Закону о приватизацији Савет истиче: „Одредбе [закона] морају се схватити тако да се Влади налаже да ордонансом донесе одредбе по којима ће процену вредности предузећа која се преносе вршити компетентни стручњаци потпуно независни од могућих купаца".[755] Управне и судске органе, Савет у оваквим одлукама подсећа на њихову дужност да обезбеде потпуно поштовање уставних принципа, уз адекватну примену оспорених законских одредаба у будућности.[756] Увођењем ППУ, упућујуће смернице добиле су потпуно нову димензију. С обзиром да је конкретни поступак у току и да се са њим застало док Савет не донесе одлуку, онога момента када прогласи закон уставним, али под резервом његовог тумачења, то тумачење добија „тренутни ефекат" (*un effet immédiat*).[757]

Упућујуће одлуке чији адресат је парламент су вероватно најзанимљивије. Овде се Савет заиста јавља као врста позитивног законодавца. Дешава се да у одлуци у којој је одређену одредбу закона прогласио неуставном (комбинација одлуке о делимичној неуставности и упућујуће интерпретативне одлуке), истовремено упути и прецизно упутство како би закон требало да се допуни/измени, како би у целини био у складу са уставом. Тако у једној одлуци од 1983. године ауторитативно налаже: „Да би се

[751] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 37.
[752] L. Determann, M. Heintzen, стр. 116.
[753] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 423.
[754] *Ibid.*
[755] G. Drago, стр. 714. Свит пише да су у овом познатом случају Закона о национализацији „комплексне одлуке" довеле до законодавства чији је писац Савет. A. S. Sweet (1992), стр. 203.
[756] Упор. Т. Маринковић (2008), стр. 193 и G. Drago, стр. 713.
[757] G. Drago, стр. 714.

обезбедило пуно и изричито право како захтевима слободе појединца и неповредивости дома, тако и захтевима борбе против утаје пореза, требало је да одредбе [закона] буду пропраћене упутствима и појашњењима која забрањују свако тумачење или било какву злоупотребу".[758] Савет се овим одлукама меша и у интерна парламентарна питања, када налаже да се са посебном пажњом врше измене пословника, како би се нпр. поштовала права посланика и Владе или очувала „јасноћа и веродостојност парламентарне дебате".[759]

Посебно је занимљива ситуација у којој Савет одређује резерве у поступку по ППУ. Тада може да се деси да Савет доноси нова тумачења о већ изреченим резервама или да резерве служе као прелазно решење док законодавац не отклони уочену неправилност.[760] Наиме, у складу са чл. 62 ст. 1 Устава, у поступку поводом ППУ, одлука којом је одређена одредба стављена ван снаге може да производи правно дејство од дана објављивања или од каснијег датума који је у одлуци одредио Савет. Он у изреци своје одлуке одлучује да ли одлука има непосредно или одложено дејство: „Функција одложеног дејства може бити да законодавцу остави време да исправи тако утврђену неуставност, понекад уз императивне елементе које треба поштовати како би нова одредба била у складу са Уставом".[761] Овакве ситуације веома подсећају на оно што ради СУС када оставља рок законодавцу у коме треба да поступи.

Дешавају се и обрнуте ситуације, да Савет установи да је одредба или закон у сагласности са Уставом, али да их потом фактички „суспендује" (*suspension de la loi*), условљавајући њихову примену, неком активношћу законодавца, нпр. доношењем другог закона. Тако је у одлуци од 29. августа 2002. установио да се локални судови за спорове мале вредности (*le tribunal de proximité*) могу оснивати, али „тек када се прогласи закон којим се утврђују услови за именовање и статус њихових чланова". Ове одлуке су веома блиске неутрализујућим интерпретативним одлукама (вид. *infra III 5. 1. 1. 2. 3.*), али пошто се опиру прецизној класификацији, француски аутори их називају „практичним одлукама" (*les décisions „pratiques"*).[762]

У Немачкој СУС такође доноси одлуке веома сличне упућујућим (*Appellentscheidung*/*Admonitory decisions*), које се називају и одлуке о одложеном поништавању, код којих оспорена норма остаје на снази, али се законодавцу оставља рок да је коригује, тј. донесе нову норму у складу са некада веома прецизним упутствима Суда како да то уради. Упркос томе што повреда устава постоји, закон се не поништава нити се оглашава неуставним, али Суд на својеврстан начин опомиње законодавца, да ће, уколико у одређеном року не отклони уочену неуставност која је констатована у образложењу одлуке, закон постати неуставан.[763] Дакле, у овој ситуацији закон је привремено уставан, а ако би се законодавац оглушио на упутства Суда, онда би дошло до његовог поништавања. СУС дакле позива законодавца да се активира и истовремено одређује правац будуће законодавне политике, пошто ће тренутна постати неуставна.[764] Због тога су ове одлуке неретко и предмет критике у немачкој теорији. Суду се спочитава да се понаша као „резервни законодавац".[765] Недавна пракса упућује на то да се СУС на ово превише не обазире, јер је у одлуци о

[758] *Ibid.*
[759] *Ibid.*, стр. 715.
[760] *Ibid.*, стр. 719.
[761] G. Drago, стр. 716 и 719.
[762] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 420.
[763] Т. Маринковић (2004), стр. 251.
[764] L. Determann, M. Heintzen, стр. 114.
[765] J. Brandenburg, стр. 20.

порезу на имовину од 2018. године нашао да постоји неједнакост приликом одмеравања висине пореза. Ипак, закон није прогласио ништавим јер би то изазвало велике административне потешкоће (управа би требало да врши исправку свих до тада наплаћених такси), већ је оставио рок законодавцу да коригује закон до краја 2019. године, а управи да спроведе све измене до краја 2024. године.[766] Комерс истиче да СУС веома често Бундестагу оставља прецизан рок за „корективну законодавну акцију“ и даје или упутства за усвајање „специфичног решења“ или „опште смернице“ по којима он треба да делује. Оваквим одлукама избегавају се „веће тешкоће или непријатности“.[767]

Занимљиво је да готово идентична пракса постоји и у САД. Разлика је у томе што нема прецизних рокова као у Немачкој, а ни тако прецизних упутстава као у Француској. Ипак, суштина је иста. Врховни суд не проглашава повреду устава, али указује или опомиње законодавца да уколико закон не буде промењен (а на трагу онога што је утрђено као спорно), следећи пут неће „преживети оцену уставности у својој садашњој форми“.[768] Због тога Конгресу „шаље сигнал“ да треба да предузме одговарајућу промену закона. Суд је овако поступио у једној од својих одлука од 2009. године (*Northwest Austin Municipal Utility District Number One v. Holder*).[769] Када је реч о одлучивању у „апстрактној контроли“, Врховни суд је установио одређене смернице када је реч о доктрини о прешироког примени или неуставности на први поглед/спољној неуставности (*facial overbreadth*). У случају *Brockett vs. Spokane Arcades* од 1985. Суд је заузео став да у случају да је оспорени закон у значајној мери прешироко постављен (*if the overbreadth is "substantial"*), он мора да се сузи да би се свео на ону област која није заштићена Уставом, или законодавчевом активношћу или судским деловањем – тумачењем или парцијалном неуставношћу.[770] У пракси, Суд делује на неколико начина. На првом месту, као и уставносудски органи у Немачкој и Француској, Врховни суд САД спроводи тест пропорционалности (*balancing test*), у којем нема ничега „конкретног“ осим што ће одлука да „реконфигурише законодавчев уставни амбијент за будућност“.[771] Потом, терминологијом француске доктрине, Суд може да доносе одлуку о уставности са резервом, односно интерпретативну смерницу, која се у САД назива *saving construction*. Дакле, закон се не проглашава неуставним, јер одлука садржи тумачење закона које обавезује све судове да га примене на начин како је то прописао Врховни суд. Због свега овога, Свит износи закључак да америчке судије, баш као и европске, „рутински учествују у вршењу законодавне функције“.[772]

III 5. 1. 1. 2. 3. Неутрализујуће интерпретативне одлуке

Да су интерпретативне одлуке прикривене одлуке о неуставности најјасније се види у случају тзв. неутрализујућих одлука. Закон се проглашава уставним, али се проблематичним одредбама даје оно тумачење које је према оцени Савета једино у складу са уставом. При томе се смањује обим норме или надлежности која је законом утврђена – минимализујуће тумачење (*interprétation minorante*), или још даље, оспореној одредби се у потпуности одузима њен нормативни ефекат, уклањањем „сваког обавезујућег дејства“ или лишавањем значења, тако да остане без свог

[766] L. Determann, M. Heintzen, стр. 115.
[767] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 36.
[768] L. Determann, M. Heintzen, стр. 115.
[769] *Ibid.*
[770] Наведно према: A. S. Sweet (2003), стр. 2774.
[771] *Ibid*., стр. 2774 и 2777.
[772] *Ibid*., стр. 2774 и 2778.

„првобитног смисла“ (*interprétation neutralisante, déclaration d'inopérance*). Због тога, ова метода се налази „у центру спорних техника“ које Савет примењује.[773] Тако је у Одлуци од 6. јуна 2018, Савет испитивао да ли је законодавац једном одредбом кривичног законика нарушио уравнотежени однос који постоји између начела братства (*le principe de fraternité*) и уставне вредности очувања јавног реда (*le valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public*). Том приликом је одредби чији је циљ да се спречи трговина људима и незаконит улазак у земљу, дао тумачење да су сви они који помажу лицу да уђе у Француску, са циљем да се очува обезбеђивање достојанствених и пристојних услова живота тог лица (*des conditions de vie dignes et décentes*) и очување његовог достојанства или физичког интегритета (*la dignité ou l'intégrité physique*), изузети од кривичног гоњења. Како би предупредио односно неутралисао сужавање ових правних стандарда, Савет је, с позивом на начело братства или солидарност, дао налог судовима да поменуту одредбу тумаче тако да се искључење одговорности примењује и „на било који други чин помоћи који се пружа у хуманитарне сврхе“.[774] Под резервом овакво „широког тумачења“, Савет није нашао да постоји „неуравнотежено помирење“ међу наведеним принципима.[775]

У Немачкој се под ову категорију могу подвести одлуке о делимичној неуставности, али у варијанти тзв. квалитативне делимичне ништавости или одлуке о ништавости с обзиром на посебне околности (*soweit*). Као и у Француској, текст закона остаје потпуно нетакнут, а оспореној одредби се одузима једно значење или више њих, односно, одлуком се одређена примена норме проглашава неуставном. Тако је нпр. порески закон предвиђао ослобођење од плаћања пореза за политичке партије, али не и за локална удружења грађана. СУС је нашао да се оваквом нормом нарушава уставни принцип једнакости и прогласио је неуставном, на такав начин да је и удружења грађана изузео од плаћања пореза, иако се то нигде у закону не види, јер је текст остао непромењен. Због тога се као и у Француској, оваква пракса критикује, јер јој са једне стране недостаје транспарентност, а са друге, СУС излази из своје улоге „тела задуженог за супервизију над законодавцем“ и почиње „активно да креира закон“.[776]

Ову технику у својој пракси примењује и Врховни суд. Као примери за овакво поступање могу да послуже случајеви *Ayotte v. Planned Parenthood* од 2006. и *FEC v. Wisconsin Right to Life, Inc* од 2007. године.[777] У првом је Суд фактички дао инструкцију судовима како да на ужи начин примењују оспорену одредбу, да би била у сагласности са Уставом. Суд је истовремено „неутралисао“ одређене варијанте примене норме, што је сврстава у ову категорију одлука, али пошто је њено спровођење препустио другима, можемо да је подведемо и под упућујуће.

III 5. 1. 2. „Виртуелна“ цензура – одлуке о неуставности без поништавања

Француски аутори сликовито подвлаче да „типологија [одлука] задовољава теорију и студенте“, али да нема посебног утицаја на деловање Уставног савета, јер он „прагматично, проналази нове типове у складу са својим потребама“. Тако се у његовој пракси проналазе одлуке веома специфичног образложења и дејства, које доводе до „виртуелне цензуре“ закона (*censure „virtuelle“*).[778] Упркос томе што је утврдио

[773] Т. Маринковић (2008), стр. 193 и 194 и G. Drago, стр. 718.
[774] Одлука бр. 2018-717/718 *QPC* од 6. јула 2018, параграфи 14 и 15.
[775] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 423.
[776] L. Determann, M. Heintzen, стр. 110. Упор. M. de Visser, стр. 314.
[777] L. Determann, M. Heintzen, стр. 110. и 111.
[778] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 419.

неуставност одређене одредбе, Савет је оставља на снази, правдајући овакав став владиним „покајањем“ (Одлука од 30. децембра 1997) или „општим интересом уставне вредности“ (Одлука од 15. децембра 2005). Поводом овог другог случаја, иако је Савет прогласио неуставном оспорену одредбу о обавези уплате здравственог осигурања у посебан државни фонд (*fonds de concours*), истовремено ју је оставио на снази до краја наредне године – 2006, пошто то оправдава „општи интерес уставне вредности који је усмерен на здравствену заштиту опште популације“ (*l'intérêt général de valeur constitutionnelle*).[779] Ако се присетимо да су уставне вредности најфлуиднији део уставних мерила које Савет примењује у својој пракси, који је овде комбинован са преторски насталом „виртуелном цензуром“, произлази да је овај орган потпуно самостално одредио и мерило за оцену уставности и начин на који ће је спровести.

У појединим одлукама Савет констатује да одређеној одредби није место у закону, али да ипак не треба да се прогласи неуставном, јер има одређену сврху, треба да остане због „околности случаја“ (*circonstances de l'espèce*) или посебних околности случаја (*circonstances particulières de l'espèce*), или је пак потребно дати примерен рок законодавцу до када ту одредбу треба да измени. Оваква домишљатост Савета назива се „уставним покрићем“ (*la couverture de constitutionnalité*), које се такође подводи под поткатегорију „практичних одлука“.[780]

У Немачкој се готово идентичне одлуке називају одлукама о неуставности без поништавања, односно одлукама о неспојивости/неусклађености (*Unvereinbarkeitserklärung*). Основ за доношење ових одлука налази се у разлици коју је СУС установио између закона који је ништав (*nichtig/null and void*) и који је неспојив/супротан уставу (*unvereinbar/incompatible*).[781] Ове одлуке су испрва настале преторски, па је тек под утицајем праксе Суда реаговао и немачки законодавац, те је данас законска основа за њихово доношење прописана чл. 31 ст. 1 ЗоСУС.[782] Ове одлуке су суштински одлуке о неуставности, само без поништавања у тренутку доношења одлуке. Оно ће уследити накнадно, у прецизно дефинисаном року, због чега СУС опомиње законодавца да поступи у складу са његовим тумачењем, уколико жели да то избегне.[783] Разликујемо две групе случајева поводом којих СУС доноси овакве одлуке. Код првих, закон се не поништава, јер би то довело до веће штете, него да се настави са његовом применом. У таквој ситуацији СУС оставља рок законодавцу у коме треба да усклади закон са уставом. То је нпр. био случај са кривичним законима двеју федералних јединица, а који су се тицали лишења слободе високоризичних лица. Савезне државе су прекршиле федерални устав, јер нису биле власне да донесу ове законе. Пошто би поништавање ових закона довело до тога да се таква лица нађу на слободи, СУС је законе прогласио неусклађенима и оставио законодавцу рок од шест месеци да изврши одговарајуће измене. Слична ситуација се одиграла и поводом одредаба којима су на неадекватан начин биле регулисане плате државних службеника.[784] У другом случају, овакве одлуке СУС најчешће доноси када је дошло до повреде начела једнакости или неког основног људског права које је у тесној вези са овим начелом. То је углавном ситуација у којој је законодавац неоправдано лишио привилегија одређену групу грађана, а постоји неколико начина како ова неуставност

[779] Одлука бр. 2002-461 *DC* од 29. августа 2002, Упор. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 419-420.
[780] *Ibid.*
[781] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 35.
[782] Т. Маринковић (2004), стр. 250. Упор. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 36. и L. Determann, M. Heintzen, стр. 111.
[783] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 36.
[784] L. Determann, M. Heintzen, стр. 112.

може да буде исправљена: да се и тој групи додели идентична привилегија; да се привилегија укине за све или да се пронађе други критеријум који би био основа за њихово одмеравање (доношење новог закона).[785] Комерс и Милер овај тип одлука називају „мудрим пресудама“ (*prudential judgments*), јер се њима оставља додатан временски период законодавцу да отклони неуставност и смањује могућност стварања „политичког или економског хаоса“, који би иначе донела одлука о поништењу закона.[786] Осим што оставља рок у коме легислатива треба да реагује, СУС ређе и сам доноси „провизионе норме“ које, до доношења нових, треба да премосте новонасталу ситуацију, или захтева да се застане са поступцима који су у току, док се не донесе нови закон.[787]

На мање стриктан начин и Врховни суд САД је у својој чувеној одлуци, спровео просто констатовање неуставности, али без њене ексцепције, прописујући флексибилни рок измене. У првој одлуци *Brown v. Board of Education* (*Brown 1* од 1954) најпре је нашао да постоји повреда уставом гарантоване једнакости, али није експлицитно прогласио законе савезних држава неуставним. То је учинио тек у другој одлуци (*Brown 2* од 1955), када је заузео став да би сегрегација требало да се оконча „што пре је могуће“, али и изразио разумевање да је то изузетно тешко због контроверзности и политичког карактера питања, па је на крају првобитни став ублажио и изрекао суд да је неопходно да се она сузбије „у разумном року“.[788] Готово идентично немачком СУС-у, Врховни суд је одлучио у једном предмету из 2010. када је декларативно установио повреду устава, али је уместо да дође до непримењивања закона федералних јединица, Суд оставио њиховим властима да спроведу законе на уставан начин, пошто је у тој ситуацији било могуће да се они спроведу на више различитих начина, а да истовремено буду у складу са савезним уставом.[789]

III 5. 1. 3. Одлуке о неуставности

III 5. 1. 3. 1. Одлуке о потпуној неуставности (неуставност закона као целине)

Драго прави разлику између две врсте одлука о неусклађености: на оне о потпуној неуставности закона (*les décisions de non-conformité totale*) и на оне о делимичној неуставности (*les décisions de non-conformité partielle*). Одлуке о потпуној неуставности јављају се као последица неуставности закона као целине или као последица утврђене неуставности једне његове одредбе или више њих које нису одвојиве од целине закона (*déclaration d'inséparabilité*). Одлуке о делимичној неуставности настају у ситуацијама када је једна (или више њих) одредба неуставна, али одвојива од других одредаба (*séparabilité*), или неодвојива од појединих других одредаба (релативна неодвојивост – *inséparabilité relative*), али тако да су ипак одвојиве

[785] Т. Маринковић (2004), стр. 250. L. Determann, M. Heintzen, стр. 112. Z. Wolfgang, стр. 517.
[786] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 37.
[787] *BverfG*, 1BvL 11/14 од 2018. и *BverfG*, 1BvL 10/10 од 2012. Наведено према: Armin von Bogdandy, Davide Paris, "Building Judicial Authority: A Comparison Between the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court" (eds. Vittoria Barsotti and *et. al*), *Dialogues on Italian Constitutional Justice – A Comparative Perspective*, Routledge and G. Giappichelli Editore, 2020, доступно на: SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3313641*, стр. 5.
[788] L. Determann, M. Heintzen, стр. 113.
[789] *Ibid.*

од целине закона, па он остаје на снази, уз изузетак тих неуставних одредаба.[790] О овој другој групи више речи биће у наставку.

Неки од најчешћих разлога због којих долази до касирања читавог закона су непоштовање процедуралних правила, када парламент не делује у складу са сопственом надлежношћу, тј. излази из уставних оквира прописаних чл. 34 Устава, као и из материјалне неусаглашености закона са Уставом.[791] Ако је некада важила оцена да се Савет суздржава, и да су одлуке о потпуној или тоталној неуставности ретке, то данас више није случај. Од увођења ППУ њихов број је дословно експлодирао. Тако је у периоду од 1958. до краја 2021. у поступцима нормативне контроле (тзв. *DC* поступцима) број одлука о тоталној неуставности износио свега 20. Међутим, у неупоредиво краћем периоду, од 2010. (од када је институт ППУ заживео) до краја 2021. број одлука о потпуној неуставности у ППУ је 203.[792] Есплугас-Лабату закључује да је ово логична последица природе овог поступка.[793] Највише одлука о несагласности, па тако и о потпуној несагласности, јавља се у областима кривичног, социјалног, пореског и јавног права.[794] Исти ефекат као и када је читав закон неуставан, имају и одлуке о неодвојивости, којима се утврђује да је једна или више одредаба неуставно и уз то неодвојиво од целине закона (чл. 22 Ордонансе) – читав закон не може да буде проглашен.[795] Када утврди да је само једна (или више њих) одредба неуставна, Савет се налази на раскрсници: треба да утврди да ли је та одредба одвојива од целине закона или не. Овај задатак није лак, јер од његовог исхода зависи како судбина закона, тако и суптилни однос Савета са законодавцем. Уколико је реч о суштинској одредби која даје смисао читавом закону, онда та одредба повлачи неуставност и осталих одредаба, јер оне немају смисла без ње, што води касацији читавог закона. Ипак, ова ситуација се разликује од тога када је Савет иницијално установио да читав закон није у сагласности, јер тада, законодавни поступак треба да крене од почетка, фактички од писања новог закона. Насупрот томе, у случају одлука о неодвојивости, парламент у новој процедури, може да искористи текст оспореног закона, осим оних одредаба које су проузруковале неуставност, тако што ће њих изоставити или усвојити неке нове.[796]

Поступак оцене одвојивости, Савет спроводи у два корака. У првом, испитује да ли закон може да се примењује без тих одредаба.[797] У познатој одлуци о национализацији од 16. јануара 1982, Савет је утврдио да су три члана закона неуставна, али да су остале одредбе неодвојиве од њих, тј. да закон у целини не може да буде спроведен без тих одредаба. Радило се о одредбама које су се тицале накнаде која се давала као обештећење акционарима национализованих компанија. Ова одлука је чувена и по томе што је Савет отишао дотле да је установио параметре за одређивање висине те накнаде, као и то што је одредио датум који представља референтну тачку за трансфер имовине.[798] Други корак представља „вежбу

[790] G. Drago, стр. 722. Т. Маринковић (2008), стр. 189.
[791] G. Drago, стр. 722-723.
[792] Bilan statistique - Mise à jour du 31 décembre 2021, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique*, 4. октобар 2022.
[793] P. Esplugas-Labatut, стр. 59.
[794] QPC 2020: Les statistiques du Conseil constitutionnel, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/qpc-2020-les-statistiques-du-conseil-constitutionnel*, 4. октобар 2022.
[795] G. Drago, стр. 723.
[796] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 416. Т. Маринковић (2008), стр. 189.
[797] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 416.
[798] Одлука бр. 81-132 *DC*, од 16. јануара 1982, пара. 44-46. Упор. Т. Маринковић (2008) стр. 296 и A. S. Sweet (1992), стр 285.

ретрофикције“ у којој Савет настоји да замисли „шта би било кад би било“ и да на основу парламентарних записника извуче непроверљиви закључак о мисаоном току парламентараца, покушавајући да утврди да ли би закон уопше био донет без касираних одредаба.[799] Иако ју је тешко засновати на објективним критеријумима, „декларација неодвојивости“ доприноси избегавању сукоба са законодавцем, јер Савет на овај начин „регулише интензитет своје контроле у складу са правним и политичким ограничењима“, чиме на исходишту обезбеђује добар пријем својих одлука – без превеликих критика, уз јачање сопственог легитимитета.[800]

Уколико СУС установи да је закон у супротности са Основним законом, прогласиће га ништавим (*Nichtigkeitserklärung,* чл. 78 ЗоСУС ст. 1). Ово је у складу са немачком доктрином према којој је свака норма која повређује вишу норму сама по себи ништава, те се узима да никада није ни постојала. Пошто постоји могућност да СУС прогласи и ништавост само неких одредаба закона (чл. 78 ЗоСУС ст. 2), касација читавог закона се дешава ретко. То ће најчешће бити случај када орган уопште није био надлежан да донесе оспорени закон (погрешно протумачена подела надлежности с обзиром да је реч о федералној држави), или када је реч о неодвојивости оспорених одредаба од целине закона.[801] Слично важи и за САД, с тим да ће у одсуству прецизних законских норми, Врховни суд прогласити неуставност читавог закона, тек уколико оспорена одредба не прође тест одвојивости (видети у наставку).

III 5. 1. 3. 2. Одлуке о делимичној неуставности

Уколико Савет питање одвојивости неуставне одредбе реши тако да утврди да је она одвојива од остатка закона, реч је о одлукама о делимичној неуставности (***décisions de non-conformité partielle***). То отвара ново питање, шта даље са остатком текста закона. Утврђивањем одвојивости неуставне одредбе, клатно одлучивања се пребацује на друге актере у законодавном поступку, првенствено на председника Републике. Сходно члану 23. ст. 1 Ордонансе, који представља разраду чл. 10 ст. 2 Устава (одложни вето), председник има две могућности: да прогласи нецензурисани део закона или да га врати парламенту на поново разматрање.[802] О овом занимљивом односу Савета, председника и парламента, који се јавља у овој ситуацији, више речи биће у делу који се тиче односа између различитих власти (актера).

Релативна неодвојивост (***inséparabilité relative***) се од претходне ситуације разликује по свом обиму. Овде је реч о томе да је утврђено да једна одредба није у складу са Уставом, али да је она повезана „уредничком структуром текста“ или „унутрашњом логиком“ са другим нормама, најчешће најближим, те да због тога и те друге норме морају да буду проглашене неуставним.[803] Њихова неуставност се утврђује по аутоматизму, без посебног испитивања њихове (не)усаглашености. У случају релативне неодвојивости, закон може да буде проглашен (остане на снази у ППУ), само без неуставних, и са њима повезаних, одредаба.[804] Ова техника је посебно занимљиву примену доживела у поступку поводом ППУ. Соломонски, Савет истовремено поштује своју раније успостављену праксу да не испитује законе и

[799] Овде се Русо позива на Веделов рад о „ретрофикцији“ у петој Републици. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 416.
[800] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 417.
[801] W. Zeidler, стр. 508.
[802] G. Drago, стр. 725. и Т. Маринковић (2008), стр. 190.
[803] G. Drago, стр. 723.
[804] *Ibid.*

одредбе донете пре 1958. године (ступање на снагу важећег Устава), али истовремено врши контролу таквих закона/одредаба примењујући релативну неодвојивост. Тако је у одлуци од 4. децембра 2015, најпре заузео став да не може да испитује чл. 56 Законика о кривичном поступку (пошто је донет 1957. године), а потом је утврдио да је овај члан неодвојив од неуставног члана 57 (који је мењан после доношења Устава од 1958). Овакво резоновање му је отворило пут да на послетку утврди неуставност и самог чл. 56.[805] И на овом примеру се потврђује, да иако границе у деловању Савета постоје, Савет је њихов неприкосновени господар.

Када је реч о делимичној ништавости закона у Немачкој, правимо разлику између њене квантитативне и квалитативне варијанте. Прва се може сматрати „класичном“ и примењује се уколико су члан закона или његов део (једна реч или више њих) одвојиви од остатка закона. Тада ће СУС прогласити ништавост само тог члана или његовог дела. При томе СУС мора да дође до недвосмисленог закључка да је само део „лингвистички дељиве одредбе“ неуставан. Због другачијих процедуралних правила, ово се чешће дешава у поступку инцидентне контроле. [806] У другој ситуацији, реч је о томе да норма остаје нетакнута, а да СУС одређује на који начин и у којим ситуацијама она може да се примени, при чему се одређене примене конкретне норме проглашавају неуставним. Ова друга техника је позната и као „редуковање смисла норми“ (*reduction of the wording of the norms/Reduzierung des Wortlauts des Normen*), њен пример се среће у Одлуци од 1982. године (*BVerfGE* 62, 117).[807]

У САД, Врховни суд је развио савремени тест „одвојивости“ у предмету *Alaska Airlines, Inc. v. Brock* од 1987. године, у складу са којим је делимична неуставност могућа уколико ће преостали део закона бити „у потпуности оперативан као закон“ и да закон који би тако настао, не представља акт који Конгрес иначе не би донео. Због овог другог услова, стиче се утисак да Врховни суд има нешто мањи маневарски простор него што је то случај са СУС и Саветом, јер мора да води рачуна и о „законодавчевој (хипотетичкој) вољи у вези са питањем одвојивости“,[808] мада смо видели да веома сличну технику користе и ова два органа.

III 5. 1. 3. 3. „Временска“ неуставност

Као трећа категорија одлука о неуставности, која се налази на средокрађи између тоталне и парцијалне неуставности, у Француској се јавља и тзв. временска или неусклађеност „од датума до датума“ (*non conformité de date à date*).[809] Као пример може да послужи занимљива ситуација која се одиграла поводом оцене Закона о животној средини (*Code de l'environnement*). Он је донет 2000. године, а потом је 2005. усвојена Повеља о животној средини (*Charte de l'environnement*) са којом Закон у једном делу није био у сагласности. Коначно, закон је измењен 2010. тако да је постао усклађен са Повељом. Због тога је Савет нашао да Закон није био у сагласности са Уставом од 3. марта 2005. до 13. јула 2010. године. Иако одредница „од тада до тада“ на сајту Савета стоји испод наслова одлуке тј. закона на који се одлука односи, њено одређивање Савет је извршио у образложењу, а не у изреци одлуке. Ово се правда тиме што је реч само о „временском оквиру за дотичну одредбу“ и „прецизирање њене верзије“, што се разликује од одлука у којима Савет прилагођава њихово дејство

[805] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 418.
[806] W. Zeidler, стр. 509
[807] M. de Visser, стр. 314.
[808] L. Determann, M. Heintzen, стр. 109.
[809] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 418

одређеним временским оквиром – модификује темпоралност. Овим одлукама Савет може да „нациља неуставност“ на најпрецизнији могући начин.[810]

III 5. 2. Дејство одлука

Поступак пред органом оцене уставности, односно уставни спор који је вођен, може да се заврши одлуком о уставности, констатацијом неуставности (и ексцепцијом противуставности, тј. непримењивањем неуставне одредбе/акта) или касирањем акта. Касација може да буде спроведена у виду укидања акта (конститутивно дејство одлуке о неуставности) или поништавања (декларативно дејство одлуке о неуставности). У нашем случају, начелно посматрано, констатација се јавља у случају САД и у претходној контроли пред француским Уставним саветом, док је касирање присутно у Немачкој и у поступку по приоритетном питању уставности у Француској. Ово је почетна тачка анализе дејства одлука, али као што ћемо видети, номинални и стварни ефекти се неретко не поклапају.

III 5. 2. 1. Француска

За одлуке Уставног савета важи начело ефективности односно делотворности (*principe d'effectivité*) – оне производе дејство саме по себи, самим тим што су донете и објављене. Дакле, оне су извршне самим својим постојањем без икакве посебне „формуле“ или „метода за извршење“.[811] Француски устав у чл. 62 ст. 1 предвиђа да одредба за коју је у поступку претходне контроле утврђено да је неуставна не може да буде ни проглашена ни примењена. Језгровито, француски уставотворац у чл. 62 ст. 2 Устава утврђује да су одлуке Уставног савета донете у поступку ППУ коначне, јер нису „подложне било каквој жалби“ и да имају *erga omnes* дејство, тј. да су „обавезне за све јавне власти и за све управне и судске органе“. Поједини француски аутори сматрају да је оваква „гломазна“ (*lourde*) одредба последица невољности уставотворца да се јасно изјасни о правној природи Савета, па самим тим и његовим одлукама.[812] Због тога је Уставни савет морао да изврши прецизирање својом јуриспруденцијом. Драго подвлачи да због поменуте уставне одредбе, као и због саме природе спора пред Саветом (и у претходној и у накнадној контроли) може да се говори о „апсолутном ауторитету одлука Уставног савета“, што на најбољи начин указује на јавноправну природу овог спора (он користи нешто другачији израз – *caractère d'ordre public*).[813] Овај њен апсолутни ауторитет се простире како на изреку, тако и на образложење, у делу у којем је оно неопходна подршка изреци, што је Савет утврдио још у Одлуци од 16. јануара 1962. Резерве на које се Савет изричито позива у изреци, су такође обухваћене дејством одлуке.[814] Коначност одлука Савета се огледа у томе што не постоји могућност жалбе. Савет дозвољава само могућност жалбе за исправку материјалне грешке (*erreur matérielle*), с тим да је још 1993. у једној од својих одлука заузео став да та жалба не може да има за циљ „оспоравање чињеница предмета, правне квалификације и процедуралних правила у складу са којима је одлука

[810] Добар пример ове праксе у поступку ППУ је Одлука од 18. фебруара 2022. (бр. 2021-971 *QPC*). Вид. *Ibid.*, стр. 419.
[811] G. Drago, стр. 728.
[812] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 449.
[813] G. Drago, стр. 729.
[814] Драго посебно истиче сличност која постоји између образложења Саветових одлука и образложења у одлукама које доноси Државни савет – одлуке Уставног савета су „снажно инспирисане одлукама управног судије“. *Ibid.*, стр. 698. Упор. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 451. и 453.

донета“.[815] Својство извршности или спровођење одлука Уставног савета зависи од воље других институционалних актера, о чему ће више бити речи у следећем поглављу.

На овом месту осврнућемо се и на питање о томе да ли одлуке Савета имају снагу пресуђене ствари (*autorité de chose jugée*),[816] односно када овај орган сматра да постоји тзв. аналогија циљева оспорених закона. Савет је у Одлуци од 8. јула 1989. формулисао принцип да се дејство одлуке којом је проглашена неуставност једног закона не простире на други, који је формулисан на другачији начин. Ово правило важи, али уз значајну ограду, која је своју пуну афирмацију задобила у Одлуци од 19. децембра 2013, а која се односи на то да правило о ограниченом дејству одлуке не делује у случају да је предмет оцењивања закон, који иако користи другачију терминологију, суштински има исти циљ као и онај који је проглашен неуставним.[817] Тада ће Савет да изврши оцену „механички“.[818] Због ове „велике еволуције“, Драго истиче да се тежиште контроле са формалног, померило на материјални аспект, на садржај закона, што омогућава Савету да проверава да ли се „принципи идентификовани у претходној одлуци у вези са законским одредбама које имају 'сличан циљ' поштују“, јер он „не може да пристане да у новом закону пронађе оно што је већ прогласио неуставним“.[819] Француски аутори истичу да Уставни савет приликом утврђивања степена сличности објекта закона има „стриктан приступ“ (*approche stricte*).[820] Овиме се избегава да се сличност јавља сувише често, што би могло да доведе до законодавчеве правне и политичке парализованости, а Устав је „жив акт и степен усклађености закона не може бити вечан“. Оваквим елиминисањем „нејасно сличних објеката“ контроле, Савет избегава да буде оптужен за судократију.[821] Коначно, Драго закључује да је ауторитет одлука Савета много шири од ауторитета пресуђене ствари, и да се уставне одредбе пре свега односе на обим дејства саветских одлука али не и на њихову природу, а она је таква да их доноси установљена власт, и да све остале уставне власти морају да их поштују, али да интервенцијом уставотворне власти може да дође до њихове дерогације.[822]

Поред ове, Савет настоји да својим одлукама додели и снагу протумачене ствари (*autorité de chose interprétée*).[823] Међутим, француски аутори истичу да је „Упркос доктринарним апелима“ протумачена ствар добила само „'убедљив' ауторитет, који варира у складу са својом унутрашњом аргументативном снагом“, и да њено

[815] G. Drago, стр. 741.
[816] Драго се позива на одлике пресуђене ствари које постоје у француском парничном поступку: потребно је да постоји аналогија предмета, циљева, странака и односа. *Ibid*., стр. 729.
[817] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 456-457.
[818] Русо истиче да проширење ауторитета одлука по аналогији предмета представља „оживљавање прошлости“. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 456.
[819] G. Drago, стр. 730-731.
[820] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 458
[821] *Ibid*., стр. 459. Дакле, до 2013. године Савет је имао такав став да није допуштао примену правила *res iudicata* у ситуацијама у којима је нови закон терминолошки различит, али суштински сличан ономе који је већ био оцењиван, док је са већом применом ППУ дошло до промене. Савет је стао на становиште да новооспорене одредбе „иако су сачињене у другачијој форми, имају суштински сличан циљ законским одредбама које су проглашене супротним Уставу“, а почевши од 2020. године, чак очекује и од инстанци које филтрирају предмете поводом ППУ да препознају садржински исте случајеве, и да не дозволе да такви захтеви уопште дођу пред Савет, осим ако је дошло до промене у околностима. Занимљива је ситуација кад је парламент новим законом пробао да превазиђе последице неуставности утврђене у поступку ППУ. Савет је поново одлучивао по истој ствари, само у априорној контроли. Детаљније: D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 469-470.
[822] G. Drago, стр. 732.
[823] Т. Маринковић (2008), стр. 198.

поштовање, иако не тако ретко, зависи од добре воље судија који треба да је примене.[824]

Одређивање домета пресуђене и протумачене ствари зависи од врсте одлуке. Важно је да се напомене да овде није реч о адресатима, већ о томе какво је садржинско простирање одлуке. Дејство одлука о несагласности у претходној контроли је апсолутно, јер закон или неуставна одредба не могу да буду проглашени, и недвосмислено је јасно на шта се одлука односи. Код одлука о усклађености, дејство пресуђене ствари је „релативно" у смислу да се односи само на онај део закона који је био предмет испитивања. Ово је посебно важно ако се део тог закона поново напада у поступку ППУ, јер Савет најпре мора да провери да ли је већ испитивао уставност закона у том делу, јер ако јесте, закон је у складу са Уставом, те ће важити принцип пресуђене ствари, осим ако се околности нису промениле. Најпроблематичније су интерпретативне одлуке, и то у оном делу у којем се јављају тумачења која нису обухваћена изреком. Поводом овог питања, ставови француске доктрине су подељени. Тако за једне протумачена ствар црпи свој ауторитет из самог Устава, док други сматрају да Уставни савет није једини тумач Устава и да се ауторитету протумачене ствари не може ући у траг (*introuvable*).[825] Драго, пак, заступа став да упркос томе што „обичне судије могу да развију аутономно тумачење Устава", неопходно је да се обезбеди његово јединствено тумачење, које треба да припадне Уставном савету.[826] Позивајући се на Зенатија (*Zénati*), он истиче да је обим дејства саветских одлука најшири могући јер поред тога што мора да услиши захтев странке, Савет има мисију и да тумачи Устав, а члан 62. Устава „намеће државним органима како јуриспруденцију тако и изреку одлука уставног судије и у томе се ова јуриспруденција може квалификовати (*lato sensu*) као законодавна".[827]

У жељи да дејство његових одлука буде додатно оснажено – „освештано" (*consacrée*), а посебно оних код којих би могли да се јаве проблеми, Савет може да унесе и додатну забуну. Наиме, у Одлуци Алијанс (*Allianz*) од 18. октобра 2013. донетој у поступку ППУ, Савет је установио да нема потребе да одлучује о овом приоритетном питању, јер је о оспореној одредби већ одлучивао у Одлуци од 16. јуна исте године (а не може да се води поступак два пута о истој одредби), те да се од датума објављивања те одлуке оспорена одредба више не примењује.[828] Треба нагласити да је у тој првој одлуци (из јуна месеца), Савет применио „новокаледонску" праксу (испитивање непроглашеног закона којим се мења или допуњује постојећи) и прогласио неуставном одредбу која је већ проглашена. Дакле у поступку претходне контроле је извршио и накнадну контролу – „трансформисање априорне контроле у апостериорну контролу преко заступника".[829] Одредба која је проглашена неуставном у јуну и чија је неуставност потврђена у октобру, је остала и даље у законском тексту (јер је Савет није касирао, већ само продужио дејство своје раније одлуке донете у претходној контроли), али се не примењује. На тај начин остао је један „правни дух" (*fantôme juridique*), који чека брзу интервенцију законодавца.[830]

[824] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 453 и 454.
[825] G. Drago, стр. 733.
[826] *Ibid*., стр. 735.
[827] *Ibid*., стр. 736.
[828] Занимљиво је да испод наслова одлуке, у њеном опису стоји одредница – „Autorité des décisions du Conseil constitutionnel". Вид. Одлуку 2013-349 *QPC* од 18 октобра 2013.
[829] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 455
[830] *Ibid*., стр. 456.

Питање временског важења одлука Уставног савета од увођења приоритетног питања уставности, постаје много комплексније у односу на пређашњи период. Датум доношења (објављивања у службеном гласилу) и датум од којег одлука Уставног савета почиње да производи дејство, не морају нужно увек да се поклопе. Постоје случајеви у којима је период између ова два момента износио безмало годину дана.[831] Поменути чл. 62. француског Устава у другом ставу даје могућност Савету да својој одлуци, којом врши контролу уставности у конкретном случају, одреди временско важење, онако како он сматра да треба, тј. да је „модулира", померајући курсор на „линији живота" касираног закона, према потребама датог случаја.[832] Занимљиво је да је Савет себи ово право доделио и пре него што му је то Устав омогућио. Уставна промена се одиграла 23. јуна 2008, а Уставни савет је 19. јуна исте године донео одлуку о неуставности чије је дејство одложио до 1. јануара 2009. године. [833]

На основу поменутог чл. 62, Савет може да одреди важење одлуке на четири различита начина: неуставна одредба укида се одмах након доношења одлуке о неуставности; укидање одредбе може се извршити на „одложеној" основи, неколико дана, неколико недеља или чак неколико месеци након доношења одлуке; може да одлучи да „модулира" будуће ефекте цензурисане одредбе, продужавајући њене ефекте за одређене ситуације и одређено време; може да одлучи да „модулира" прошле ефекте цензурисане одредбе, уклањањем ефеката које је она произвела.[834]

У прва два случаја Савет одлучује да ли ће и за који будући моменат, предложити ступање на снагу одлуке о укидању. Он тако може да „замрзне" постојеће правне ситуације до ступања на снагу одлуке или да „напише закон који ће важити у прелазном периоду".[835] Понекад када је неопходно да касиране одредбе одмах престану да важе, Савет ће прописати прелазни режим, који ће се окончати када законодавац донесе нове одредбе које су усклађене са уставом.[836] Ово деловање нас наводи на закључак, да се Савет у прелазном периоду понаша као истински законодавац, а истовремено и као својеврсни предлагач, јер даје прецизне смернице законодавцу како будући закон треба да изгледа.

Друге две ситуације помажу да се понуди одговор на питање да ли одлуке Уставног савета које доноси поводом приоритетног питања уставности делују проспективно или ретроактивно. За њих поједини француски аутори користе израз „прелазни режим" (*régime transitoire*)[837] и истичу да је он подеснији, него синтагма „транзиционе/прелазне резерве тумачења" (*réserve d'interprétation transitoire*).[838] Чим Савет створи јаз између момента доношења одлуке о неуставности и момента њеног спровођења, неопходно је да се дефинише правни режим који ће бити применљив у овом међупериоду. Из перспективе закона, сва ова решења имају „барокни карактер" јер Савет приликом успостављања овог прелазног режима, дела много више него код интерпретативних одлука. Фактички, ствара потпуно ново право које није постојало

[831] У случају Одлуке бр. 2019- 828/829 *QPC* од 29. фебруара 2020, која је ступила на снагу тек 31. децембра 2020, тај период је „износио скоро годину дана". *Ibid*., стр. 435.
[832] *Ibid.*, стр. 433.
[833] Одлука бр. 2008-564 *DC*, од 19. јуна 2008. Вид. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 433.
[834] „Тиме што одлаже ступање на снагу укидања норме, Савет сматра да би непосредна примена цензуре имала далеко штетније последице него привремено одржавање неуставности". Сличност са поступањем СУС је очигледна. *Ibid*., стр. 434 и 435.
[835] *Ibid*., стр. 439.
[836] *Ibid*., стр. 440.
[837] *Ibid*., стр. 439.
[838] G. Drago, стр. 564.

пре његове интервенције чекајући законодавчев одговор.[839] Уколико је укинути закон био извор за неки правни однос који по природи ствари наставља да траје у времену, као што је нпр. случај са склопљеним уговорима, зарад правне сигурности, Савет продужава „временску линију“ закона ка будућности, омогућава да закон „преживи” још неко време како би тиме заштитио настале правне односе.[840] Дакле, могли бисмо да кажемо да одлуке УС у принципу делују проспективно (*ex nunc*), само је питање да ли ће њихово дејство почети одмах по доношењу одлуке или ће уследити нешто касније.

Међутим, Савет понекад, у зависности од случаја, а нарочито у кривичној материји, „осети потребу“ да утиче и на прошле догађаје које је укинути закон произвео. Тако може да наложи брисање осуде из казнене евиденције или да укине спровођење изречене казне, при чему у другој ситуацији доводи у питање судску пресуду. То нас наводи на закључак да одлуке Савета могу да имају и дејство које се приближава ретроактивности.[841] Због тога Доминик Русо (*Dominique Rousseau*) назива Савет „господаром сатова или времена“ (*maître des horloges*), који је приграбио значајну политичку моћ, правдајући се да модулирањем дејства својих одлука поштује законодавца.[842]

III 5. 2. 2. Немачка

У зависности да ли је одржана јавна расправа или не, у Немачкој се прави формална разлика између одлуке (*Urteil*) и решења (*Beschluss*). С обзиром да су све одлуке обавезујуће, ово разликовање нема велики суштински значај, иако благу превагу са аспекта веће политичке и друштвене тежине могу да имају *Urteil*.[843] Ми ћемо стога користити генерички израз одлука. Одлуке се доносе „у име народа“ (чл. 25 ст. 4 ЗоСУС). Иако у немачком правном систему судске одлуке нису извор права, одлуке Савезног уставног суда су обавезујуће за све судове и уставне органе.[844] Ово је још једна разлика у односу на судове. Дејство одлука СУС је прописано чл. 31 ЗоСУС. У првом ставу је прописано да су оне обавезујуће за све органе са јавним овлашћењима, како на савезном тако и на нивоу федералних јединица. У другом ставу истог члана је прецизирано у којим све случајевима одлука СУС има снагу закона. За нас је посебно важно да овде спадају одлуке произашле из поступака апстрактне и инцидентне нормативне контроле, као и поводом уставне жалбе у којој се одлучивало о уставности закона.

Формално посматрано, начело *stare decisis* не важи у немачком правном систему, иако су му „практични ефекти одлуке веома слични“.[845] Упкос томе што у Америци начело *stare decisis* има ширу примену него на европском континенту, много чешће ће се десити да Врховни суд одступи од своје праксе него што је то случај са СУС-ом. Заправо, он ће од своје раније одлуке да одступи само уколико је уверен у

[839] Dominique Rousseau, “Le Conseil constitutionnel, maître des horloges”, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 54/2017, доступно на: *https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-maitre-des-horloges*, стр. 2.
[840] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 441.
[841] D. Rousseau (2017), стр. 3.
[842] D. Rousseau (2017), стр. 4.
[843] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 26. Упор. Е. Шарчевић, стр. 40.
[844] Упор. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 72.
[845] W. Heun, стр. 176.

„сопствену грешку“ или ако су се промениле друштвене околности од значаја за тумачење норме.[846]

Обавезујућу снагу имају изрека и они „суштински“ (*essential*) делови образложења (*ratio decidendi*) на којима је изрека заснована, иако одређивање овог суштинског дела образложења „није увек јасно“.[847] Ово по обиму недефинисано проширење дејства одлуке се у немачкој теорији критикује, посебно што су се дешавали случајеви да СУС прошири обавезујуће дејство на читаво образложење.[848] Иако Основни закон не помиње нигде да одлуке СУС производе ништавост,[849] СУС прави разлику између закона који је ништав (*nichtig/null and void*) и који је неспојив/некомпатибилан са уставом (*unvereinbar/incompatible*). У случајевима кад је закон „само“ неспојив, он наставља свој правни живот под условима које је Суд одредио, али ће судови морати да застану са свим случајевима који су у току, а у којима се тај закон примењује, док се он не усклади са уставом.[850]

Када у апстрактној или инцидентној контроли (сходна примена чл. 79 ЗоСУС који се тиче апстрактне контроле) СУС касира одредбу закона, дејство одлуке се разликује у односу на област коју закон регулише. Одлука ће имати ретроактивно (*ex tunc*) дејство поводом кривичних закона, што омогућава понављање кривичног поступка у коме је лице оглашено кривим (чл. 79 ст. 1 ЗоСУС). Међутим, ако је реч о грађанској или управној материји, акти против којих су исцрпљена сва правна средства и који су извршени, остају на снази и не могу се мењати. Уколико ови акти још увек нису извршени, онда извршење више неће бити могуће (чл. 79 ст. 2 ЗоСУС). Коначно, једино ће моћи да се побијају појединчани акти код којих поступци још увек нису до краја окончани, односно они који се увек могу мењати. Ови изузеци су усвојени како би се ублажила строгост начела ретроактивности.[851] Дакле, у овим ситуацијама се дејство одлука СУС-а приближава проспективном (*ex nunc*) дејству. Ова правила важиће и у поступку по уставној жалби која је уперена против закона или чак и ако је уперена против појединачног акта, ако се он заснива на неуставном закону (чл. 95 ст. 3 ЗоСУС).[852]

У поступку по уставној жалби, а поводом појединачног акта, дејство одлуке СУС, је такво да се њоме укида тај појединачни акт, најчешће судска одлука. У овој ситуацији СУС делује као касациони суд, укида судску одлуку због повреде уставних права и враћа предмет суду који је последњи о њему одлучивао, речју на делу је „касација без преиначавања“.[853]

Уколико се одлука тиче закона, њена изрека се објављује у федералном службеном гласилу (чл. 31 ст. 2 ЗоСУС). Комерс и Милер истичу да се овиме наглашава улога Суда као негативног законодавца.[854] Супротно о овоме пише Шарчевић, који истиче да одлука Суда о ништавости једног закона „ступа на место закона и не преводи Савезни уставни суд у законодавца“, већ је она сама општеобавезна, као и сам закон.[855] Сличан став износи и Хојн, који подвлачи да упркос

[846] Ibid. Упор. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр, 37. и 72.
[847] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 37.
[848] W. Heun, стр. 176.
[849] L. Determann, M. Heintzen, стр. 106.
[850] Чл. 79 ЗоСУС. Упор. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр, 37.
[851] Г. Мијановић (2000), стр. 164.
[852] Упоред: V. Đurić (2000), стр. 219.
[853] Чл. 95 ст. 2 ЗоСУС и *Ibid*., стр. 218.
[854] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 72.
[855] Е. Шарчевић, стр. 48.

томе што СУС поништава законе то га не чини „законодавном влашћу“, нити му даје виши ранг у односу на њу; СУС није ни негативни законодавац, већ „остаје суд“.[856]

III 5. 2. 3. САД

Уколико утврди постојање неуставности (*invalidation*), Врховни суд САД то само констатује, дакле реч је о ексцепцији противуставности.[857] М. Стојановић прави веома корисно разликовање између формалног и фактичког дејства одлука Врховног суда. Формално-правно посматрано, из одлука о неуставности закона произлази „да се такав пропис не примењује на решавање спора који је изазвао покретање питања уставности“.[858] Ово значи да одлука производи дејство, односно обавезује само странке у спору (релативно дејство – *inter partes*) и нижи суд. Пошто судови у САД само констатују неуставност закона, њихова одлука има декларативно дејство и не поништава закон, јер је он фактички ништав од самог почетка и узима се као да никад није ни постојао. Из овога произлази да би одлуке по правилу требало да имају ретроактивно дејство (*ex tunc*).[859] Са друге стране, практично дејство одлуке (фактичко стање ствари) је „много шире него њено формално“.[860] Због специфичности англосаксонског система права,[861] она постаје извор права као ауторитативно тумачење устава, те као таква, у складу са начелом *stare decisis* (дословно: нека одлука стоји), обавезује како ниже судове тако и све државне органе, те суштински делује *erga omnes*. Ово начело ипак „нема апсолутно дејство“. Сам Врховни суд повремено одступа од своје раније утврђене праксе, те заступа став да ово „правило треба мудро примењивати и да је оно превасходно у служби владавине права“[862], док ако је предмет тумачења био закон, онда Конгрес може да донесе нови закон којим би „ветирао“ одлуку Врховног суда, а ако је предмет тумачења био Устав, онда да је потребно да се активира уставотворни поступак. Дакле, иако је формално посматрано, реч о констатацији неуставности, фактички и суштински, одлуке Врховног суда САД имају касаторно дејство, и то у варијанти ништења неуставног закона. Апсолутно дејство контроле уставности у САД је још израженије у случају „контроле на први поглед“ (*facial challenge*), које је према свима, а не само према учесницима у спору, јер тужилац може да заступа и права трећих лица, која можда у „нормалним околностима“ не би стигла пред Суд.[863] Одлука о неуставности ствара простор да Врховни суд преко института судске забране (врста привремене мере) спречи примену неуставног закона од стране државних органа.[864]

Пошто се узима да је закон фактички ништав од самог почетка те да као такав никада није ни постојао, одлуке би по правилу требало да имају ретроспективно, *ex tunc* дејство. Доследно поштовање правила о ретроактивности довело би до многих тешкоћа, па је Суд развио различите механизме за његово ублажавање. Проспективно или ретроактивно дејство одлуке зависиће најпре од правне области и процене самог Суда. Одлуке које се тичу закона из кривичноправне материје, а којима настаје

[856] W. Heun, стр. 178.
[857] Вид. V. Čok, стр. 47.
[858] М. Станковић, стр. 87.
[859] *Ibid.*
[860] M. Stojanović, стр. 43.
[861] Д. Поповић, стр. 138 и даље.
[862] R. Marković (1973), стр. 118. и М. Станковић, стр. 86.
[863] A. S. Sweet (1992), стр. 2773. Упор. Facial Challenges, *https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/954/facial-challenges*, 25. децембар, 2022.
[864] M. Stojanović, стр. 43.

повољнији положај за појединца, углавном имају апсолутно ретроактивно дејство.[865] То није случај са одлукама које се тичу права на приватност и одређених полицијских радњи. Такође, у области грађанског права, одлуке делују за будућност, јер се тиме обезбеђује правна сигурност и поштовање закључених уговора и стечених својинских права. Суд одређује проспективно дејство својим одлукама и када би „ретроактивно дејство произвело 'неразумно оптерећење'".[866] Осим Суда, и Конгрес покушава да умањи последице дејства *ex tunc*, уношењем у законе клаузула којима се уклања одговорност државне администрације за акте који се доносе на основу неуставних закона или тзв. клаузула о раздвојености – да се одлука тиче само оних одредаба закона које су изричито оглашене неуставним, а не и осталих.[867] Дејство одлуке Врховног суда се пре свега односи на њену изреку, али се суштински протеже и на њено образложење, у зависности од тога колико су нижи судови привржени начелу поштовања прецедената.[868]

III 5. 3. Уместо закључка: одлуке чувара устава као средство за вршење козаконодавства

Орган који спроводи контролу уставности наизглед се налази пред не превише сложеним задатком: да испита да ли је оспорени закон у складу са уставом или не. Дакле, треба да се определи за једну од две опције, позитивну или негативну и да тај исход унесе у своју одлуку. У САД, пошто ни сама контрола уставности није дефинисана нормативним актима, ни њен производ, односно одлуке, нису прецизно нити недвосмислено нормиране. Нешто је боља ситуација у Француској и Немачкој, али је и тамо правно уређење одлука чувара устава крајње штуро. То практично значи да је Врховни суд имао неограничену слободу приликом уобличавања својих одлука и дејства које ће да произведу, док су СУС и УС имали благо трасирани пут по којем треба да се крећу. Сва три органа су максимално искористили прилику која им је указана. Због тога се данас срећемо са најразличитијим могућим варијацима у њиховом одлучивању. Од „беле" (одлуке о уставности) до „црне" (одлуке о потпуној неуставности), налази се читав спектар боја (одлука). Занимљиво је да се ипак у ова три, по много чему различита система, сусрећемо са готово идентичним начином резоновања, наравно са одређеним нијансама.

Видели смо да ови органи у својим одлукама најчешће под максимом поштовања законодавца,[869] заправо постају и сами прави, позитивни законодавци. Поред изреке, проширили су дејство својих одлука и на образложење. Па тако у образложењу могу да се пронађу „квалитативна делимична неуставност",

[865] Ипак, у својој новијој пракси (*Montgomery v. Louisiana* од 2016.), Врховни суд је заузео став да се ово односи пре свега на неуставност која је у вези са материјалним уставним правилима, а не и на оне која се тичу процесних права. L. Determann, M. Heintzen, стр. 107.

[866] Суд је доктрину о неретроактивности усвојио у предмету *Stovall v. Denno* од 1967. године и потврдио у наредним годинама. Вид. М. Станковић, стр. 89.

[867] M. Stojanović, стр. 43 и 44. Р. Лукић пише да се дешавало да Врховни суд и ове клаузуле проглашава неуставним, тако да превентивна делатност Конгреса није била претерано учинковита. R. Lukić, стр. 103.

[868] Tanasije Marinkovic, "Effects of Unconstitutionality of Statute", *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* (eds. M. Sellers, S. Kirste), Springer 2023, https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_1129-1#citeas, стр. 4.

[869] Интерпретативним одлукама се „релаксира напети однос између уставних судова и парламента – јер уставни суд овим одлукама не доводи у питање ауторитет и углед законодавца [...] ни интегритет закона [...] јер га уставни суд тумачењем доводи у склад са уставом као највишом нормом". Боса Ненадић, „Утицај уставносудског делања на вршење законодавне власти", *Номотехника и правничко расуђивање*, (ур. Р. Васић), Програм Уједињених нација за развој у Србији – Правни факултет, Београд 2018, стр. 264

„интерпретативне смернице“, „виртуелна цензура“, итд., а у изрекама, између осталог, више или мање прецизни рокови у којима законодавац треба да поступи. Такође, домети проспективног или ретроактивног дејства одлука зависиће најпре од њихове процене, чак и када постоје одређена нормативна правила. У многим ситуацијама они су доносили „привремене“ законе, или макар њихове делове. Било је и случајева у којима су поступали и као прави законодавци, налажући парламентима какво законодавство треба да донесу, како се не би сусрели са уставносудским „гневом“. Неко може рећи да ипак, макар формално, они не доносе законе, јер и када парламент стриктно поштује уставносудске налоге, он је тај који коначно усваја закон. То је свакако тачно. Али склони смо да закључимо да су органи уставносудске функције и предлагачи (измењеног) закона, макар онолико колико је то у законодавном поступку извршна власт. У неколико је њихов положај чак и супериорнији, јер уколико је одлуком прописана уставносудска препорука, која више личи на налог у ком смеру законодавац треба да поступи како би се одређено питање довело у склад са уставом, парламент готово да нема никакав маневарски простор да одступи од њега.

III 6. ЗАКЉУЧАК ТРЕЋЕГ ДЕЛА: (ГОТОВО) НЕОГРАНИЧНА МОЋ КОЈА ЧЕКА АКТИВАЦИЈУ

Оно што су уставотворци желели, знатно се разликује од онога што се у пракси десило. Градацијски, највећим „изненађењем“ би могао да се сматра Врховни суд САД, потом следи Уставни савет Француске и на послетку Савезни уставни суд Немачке. Шта је тачно желео амерички уставотворац нећемо никада сазнати, али чак и да је желео да судовима, на челу са Врховним судом, повери уставносудску функцију, вероватно није могао ни да слути како ће се она током векова развијати и које ће димензије задобити. Када је у питању француски случај, засигурно знамо да Уставни савет каквог га данас познајемо, није оно што је његов творац желео. Што својом праксом, што вољом ревизионе власти, Савет је из деценије у деценију постајао све значајнији орган у сложеном француском политичком систему. Сличног става су били и они који су учествовали у писању немачког Устава. Непосредно по успостављању Савезног уставног суда, васпостављен је орган какав они нису имали на уму. Строгим језичким тумачењем немачки уставотворац је овом органу наменио улогу суда. Ипак, сопственим залагањем, он је постао равноправни уставни чинилац, раме уз раме са највишим политичким органима, а можда и степеник изнад њих. Дакле, у све три државе, орган који врши уставносудску функцију постао је снажнији и има запаженију улогу од оне која му је првобитно била намењена (ако је у случају САД и била намењена).

Када је реч о саставу и начину избора ових органа чини нам се да доминирају две кључне карактеристике: политизација процеса избора и претежна стручност њихових чланова. Политизација је свакако највећа у америчком систему. Један од њених узрока је и недовољна нормираност тог питања, као и осталих питања која се тичу постојања и рада Врховног суда. Довољна је илустрација да од воље и/или здравља самих судија зависи колико ће дуго вршити своју функцију. Француски и немачки пример су нешто блажи, али је уплив политике значајан. Када је реч о стручности, последњих година су се органи у све три државе прилично приближили, што раније и није био случај, посебно ако се у обзир узме Француска. Ипак, и даље су по овом питању САД и Немачка за нијансу испред Француске. Уплив политике која се у одређеној мери одражава и на идеолошку „обојеност“ чланова уставносудских

органа, показује да су сви важни политички чиниоци свесни значаја и улоге ових органа. Као заједничка црта, у све три државе, стоји чињеница да се по начину креирања и свом саставу ове институције разликују од свих осталих.

Поводом послова које они врше, тј. о њиховим надлежностима – кључни закључак је да су они господари своје надлежности. Другим речима они, у већој или мањој мери одређују шта ће да раде. Тако је Врховни суд, с обзиром да је пред собом имао брисани простор, сам одлучивао шта, како и колико треба да ради. Доктрина о судском самоограничењу би могла да се сматра замаскираном доктрином судског активизма. Јер и када одлучује да нешто не ради, Врховни суд је тај који је то одлучио, односно себе ограничио, што значи да у сваком тренутку у будућности може да престане са самоограничавањем. Ово мање-више важи и за европске органе. Наравно, за разлику од америчког примера, у Немачкој и Француској су уставотворци ипак прописали одређени круг надлежности, али смо видели да он није коначан, односно да је било потребно да се у пракси одреде границе деловања СУС, односно Савета. Под плаштом тумачења уставних норми, СУС је суштински својевољно одлучио да не треба да контролише секундардно право ЕУ или „старо“ немачко право, док је Савет нпр. одбио да контролише законе потврђене на референдуму. Још занимљивије је питање како се или на основу чега уставносудска надлежност врши. Наравно, одговор је на основу устава, али оног и онаквог каквог га они који га чувају сами протумаче. Тако Врховни суд САД из једног старог и релативно кратког текста црпи инспирацију и у данима када се све чешће говори о креирању људских колонија на Марсу. Савет је креирао „блок уставности“ и тиме себи обезбедио непресушан извор из којег може да захвата онолико колико му у датом тренутку треба, док СУС одређује да ли ће да контролише уставне амандмане, и која ће све мерила за њихову контролу да примени.

У уставносудском поступку и процесним питањима, највећу слободу свакако има Врховни суд САД. Кроз правила *standing-a* он врши фина подешавања која се тичу права на обраћање и подношење захтева. Дакле, не само што одлучује о томе шта ће (доктрина о политичким питањима) и колико да ради, већ одређује и ко и под којим условима може да му се обрати. Савет и СУС су више спутани, с обзиром да постоје правила која су им наметнута од стране других политичких актера, али ипак су и они задржали сасвим солидан степен процесне аутономије. Овоме треба додати и потпуно независно креирање и располагање сопственим буџетом које имају СУС и Уставни савет, као и административну аутономију кроз самостално решавање кадровских питања, у сва три случаја.

Кроз своје одлуке и њихове различите варијације, органи које смо посматрали као да једногласно поручују: ми имамо последњу реч, али не желимо да то буде исувише очигледно, па покушавамо да истину ублажимо кроз различите правне вратоломије, како би оно што вам налажемо лакше било примењено. Чини нам се да се у овоме крије сва суштина уставносудских одлука и одлучивања, као и толико наглашаваног „судског метода“ приликом процеса одлучивања. И овде је реч о својеврсном самоограничавању. Интерпретацијом уставних и законских норми, неретко и писањем или дописивањем закона, уставносудски органи се постављају као прави законодавци, а неретко и као уставотворци, али то вешто прикривају. Видели смо на немачком и француском примеру до којих граница и прецизности ове одлуке могу да иду, док смо закључили да и амерички Суд неретко апстрактно одлучује и директно се меша у посао Конгреса. Дакле, ови органи су у највећој мери господари свог поступка, којим доминирају судски елементи, али са значајним примесама законодавства.

Због свега овога, један од главних аргумената за сврставање уставносудске функције под судску – да је она пасивна јер чека сигнал од овлашћеног покретача/странке у поступку, да би се активирала – треба узети са крајњом резервом. Нама се чини да је та њена „пасивност“ заправо једина преостала и ефикасна брана од својеврсног свевлашћа (не рачунајући далеко и мало вероватно оживљавање уставотворне власти). Заправо, деловање уставносудске функције нас подсећа на причу о духу из чаробне лампе. Власник лампе мора да ослободи духа из ње, али када то учини, моћ духа је готово неограничена. Тако је и са органима који врше уставносудску функцију. Једном када се активирају, никада се не зна какав ће бити исход њиховог деловања.

IV ОДНОС ЧУВАРА УСТАВА ПРЕМА ДРУГИМ АКТЕРИМА

Пред читаоцем се налази део рада који је посвећен односима који су се временом развили између органа који врше уставносудску функцију у САД, Немачкој и Француској с једне, и разних органа у овим државама, с друге стране. Прецизније под „другим актерима“ мислимо на органе који представљају носиоце различитих државних функција: уставотворне, законодавне, извршне и судске. Анализа ових сложених и динамичних односа треба да нам осветли колико и на који начин, чувари устава својим деловањем задиру у делокруг ових актера. Последично, закључци до којих будемо дошли, представљаће основ за завршну, теоријску целину рада, у којој ћемо покушати да одговоримо на главно питање о природи уставносудске функције.

IV 1. ОДНОС ПРЕМА УСТАВОТВОРЦУ

Пре него што почнемо да анализирамо однос између органа који врше уставносудску функцију и уставотворне власти, пар речи о овој потоњој. Порекло идеје о разликовању између „извора власти“ (суверенитета) и њене институционализоване форме у виду њеног титулара (тада је то најчешће био монарх), везујемо за 16. век и Жана Бодена (*Jean Bodin*). У наредном, 17. веку, на сличној основи Џорџ Лосон (*George Lawson*) је правио разлику између „*real Majesty*“ и „*personal Majesty*“.[870] Њено уобличење коначно се јавило крајем 18. века. Крбек пише да разликовање „посебне уставодавне власти“ идејно потиче од Устава САД, као устава северноамеричких „државица“ које су му претходиле. Ту идеју је онда преузела француска теорија на челу са Сјејесом.[871] Вероватно је исправније да се каже да је Сјејес теоријски био поткован Боденовим схватањима, а да је онда загледан у северноамеричку револуцију, доктринарно обликовао француску. У сваком случају захваљујући њему и његовом делу од 1789. године, по први пут је на недвосмислен начин учињено разликовање између установљавајуће (*pouvoir constituant*) и установљене власти (*pouvoir constitué*). „Нација постоји изнад свега, она је порекло свега. Њена воља је увек легална, она сама је закон. Пре ње и изнад ње постоји само природно право.“[872] Тридесетих година 20. века, модерни израз овој идеји даје К. Шмит. Он дефинише устав као акт који представља израз деловања уставотворне власти. Устав не важи због своје „нормативне исправности“ или „систематске потпуности“, већ због постојања „политичке воље“ која му претходи и која га ствара.[873] Дакле, „устав не установљава сам себе“ већ се то дешава вољом установљавајуће власти, односно уставотворне власти, а то је политичка воља која је у стању да то уради.[874]

За разлику од овог приступа, Х. Келзен је утемељење уставотворне власти нашао у примени тзв. основне норме. Он сматра да „није правилно класификовати правне акте као акте стварања и примене права; јер, остављајући по страни два гранична случаја сваки акт је, нормално, у исто време и акт стварања и акт примене

[870] Y. Roznai, стр. 107.
[871] Ivo Krbek, *Dioba vlasti*, HIBZ, Zagreb 1943, стр. 80.
[872] Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état*?, Éditions du Boucher, Paris 2002. стр. 53. Детаљније о разлици између установљавајуће и уставновљене власти. Y. Roznai (2017), стр. 77.
[873] Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke University Press Durham and London 2008, стр. 75 и 76.
[874] Y. Roznai (2017), стр. 109.

права“.[875] Један од та два гранична случаја је основна норма (други је извршење санкције), а доношење првог устава се може схватити као примена основне норме. „Само акти којима није прописана никаква норма могу представљати просту примену права. Она [основна норма] одређује стварање првог устава; али пошто њу претпоставља правно мишљење, њено претпостављање само није одређено ниједном вишом нормом и зато не представља примену права.“[876] Дакле, основна норма сама ствара право, али пошто њој не претходи ништа, она сама не представља примену. Приликом стварања ове правно-логичке заврзламе, Келзен је пропустио да каже где или код кога се налази кључ за примену те основне норме, односно стварање устава. Основна норма можда и може да постоји, али неко мора да је примени, а то је по својој прилици уставотворна власт.

Проблем са уставотворном влашћу је тај што је она кратког даха. Живи попут тиског цвета.[877] Доносећи устав, установљавајућа (уставотворна) власт „копа сопствени гроб“ или се „пензионише у облацима“.[878] Као и свака људска творевина, да би се устав одржавао, потребно је да се повремено поправља или просто унапређује у складу са промењеним друштвеним приликама. Кључно питање које се овде поставља је да ли су власт која доноси нови устав (уставотворна), и власт која мења постојећи устав (ревизиона), идентичне. Власт која мења устав, која доноси амандмане, ревизиона власт (*amendment power*) разликује се од обичне законодавне власти и „насељава сиву зону између установљених и установљавајућих власти“.[879] Због тога је нарочито у француској теорији одомаћено разликовање између изворне (*pouvoir constituant originaire/framing power*) и изведене уставотворне власти (*pouvoir constituant dérivé/amending power*).[880] Амерички аутор Орфилд (*Orfield*), сматра амандмане „уставом у малом“, ипак, главна разлика између устава и амандмана је та што амандмани не производе тако далекосежне и озбиљне ефекте на „постојећи систем власти“.[881]

Рознаи (*Roznai*) наводи три приступа у разумевању ревизионе власти: први, преовлађујући за америчке конституционалисте, да је ревизиона власт заправо установљавајућа власт или са њом изједначена, јер су уставотворци оставили део своје власти и за будуће генерације; други, да је она установљена власт и да мора да се креће у оквиру ограничења која су постављена уставом; и трећи, да она садржи својства и једне и друге власти, те је стога *sui generis*.[882] Он се суштински опредељује за други приступ, да је власт која доноси уставне амандмане – изведена уставотворна власт, слабија од изворне, али јача од законодавне. На основу теорије коју је преузео од Гозлера (*Gözler*), разлике између њих сврстава на формалне и супстанцијалне (материјалне). Са формалног аспекта, изворна уставотворна власт делује у правном вакууму, изван уставних норми, процедура и ограничења, док је ревизиона ограничена

[875] Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, стр. 221.
[876] *Ibid.*, стр. 220.
[877] Инсект који живи само један дан.
[878] Y. Roznai (2017), стр. 110.
[879] *Ibid.*, стр. 110.
[880] *Ibid.*, стр. 120.
[881] Lester B. Orfield, *The Amending of the Federal Constitution*, University of Michigan Press, 1942, стр. 12.
[882] Y. Roznai (2017), стр. 111-113. За амерички приступ је још карактеристично да се подводи под теорију о делегираној власти, да су уставотворци (’*the people’*) кроз чл. 5 Устава делегирали власт за доношење амандмана на „обичну владу“ (*ordinary government*). Рознаи пак одбацује овакав приступ, јер сматра да и ако се прихвати ова теорија, „агент никада није једнак са принципалом“. *Ibid.*, стр. 120.

поступком за промену устава. Материјална теорија ставља акценат на „различит степен њихових способности да утичу на суштину устава“.[883]

У нашој теорији, Р. Марковић се позива на Мортатија (*Mortati*) када истиче да се ревизиона власт „мора кретати у уставним границама кад је реч о основним начелима која се односе на облик државе, јер би се ова могла променити само потпуно новим уставом или само фактичким револуционарним путем“.[884] Слично становиште заузима и Т. Корхец. Он истиче да ревизиона власт не може да „руши устав“, односно да ревизиона власт не може да утиче на његову суштину. Додатно, овај аутор гласно се залаже за контролу уставности уставних амандмана, те предлаже да уколико чувари устава нису овлашћени за њихову контролу, они би могли да не примењују неуставне уставне амандмане.[885] Са друге стране, В. Петров се позива на француске ауторе, пре свега на Ведела (*G. Vedel*), када истиче да је „у суштини, реч о истој власти, која се разликује у неким обележјима“, да је ревизиона власт „установљавајућа у односу на предмет, али је у односу на процедуру коју јој одређује устав она установљена“, те да стога „суштинске разлике између тих власти нема“ и да је у садржинском смислу ревизиона власт исто онолико неограничена колико је то и уставотворна.[886]

Рознаи износи критику и на рачун постојеће терминологије. Сматра да су оба термина непрецизна јер су обе власти, и изворна и изведена, суштински установљавајуће, јер установљавају нова уставна правила, али да ипак међу њима постоје разлике. Такође, истиче и нешто што се често превиђа, да ни изворна уставотворна власт заправо никада не делује ни из чега „*de novo*“, и никада није потпуно „оригинална“.[887] Чак и када постоји револуционарни раскид са старим режимом, сама чињеница да уставотворац жели да раскрсти са прошлошћу је полазна основа за нови устав, јер ће он онда вероватно бити супротност у односу на свог претходника. Због свега овога он предлаже да се изворна уставотворна власт назива „примарном“, јер је хронолошки прва и старија, и у улози принципала и хијерархијске надређености, а да се ревизиона назива „секундарном“, јер долази касније и налази се у статусу подређености у односу на примарну.[888]

Нама се чини да је теза о ревизионој власти која је ограничена у формалном, али и у материјалном смислу, најпрецизнија. Носиоцу ревизионе власти није дозвољено да спроводи „било какву“ уставну промену и „треба да буде ограничен било експлицитно или имплицитно“, јер одређене уставне промене изискују поновно буђење уставотворне (изворне или примарне) власти – што имплицира да уколико постоји, забрана промене устава не може да буде вечна.[889] Укратко, уставотворац може да се јави у два облика. У првом, као ревизиона власт, која мора да врши „уставну“ уставну промену, и у другом, као изворна уставотворна власт, која је практично неограничена.

Овакво схватање уклапа се у идеју о демократији у више трака или колосека. Само би уместо Акерманове (*Ackerman*) тезе о дуалистичкој или двоколосечној

[883] *Ibid.*, стр. 117-118.
[884] Р. Марковић (2015), стр. 55.
[885] Tamás Korhecz, „Ustavna revizija i manjinska prava – u kojoj meri je reviziona vlast slobodna da menja posebna prava manjina“, *Reviziona vlast u Srbiji* (ur. E. Šarčević i D. Simović), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2017, str. 128, 136 и 140.
[886] Владан Петров, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, стр. 47 и 48.
[887] Како сам истиче, свестан је да је „тешко изменити старе навике“, али да је оваква терминологија више у складу са природом ових власти. Y. Roznai (2017), стр. 121.
[888] *Ibid.*, стр. 122.
[889] *Ibid.*, стр. 134.

демократији (*two-track democracy*), према којој у првој траци стоји обична законодавна власт, док се суверен (*'the people'*) налази у другој, постојала својеврсна демократија у три колосека. На првом се налази подуставни односно законодавни ниво, други колосек је намењен за ревизиону уставотворну власт – уставни ниво, а трећи, за изворну уставотворну власт – надуставни ниво.[890] Ову идеју смо надоградили у завршном делу рада (вид. *infra V 3.*).

IV 1. 1. Контрола уставности уставних амандмана (уставних промена)

У техничком смислу, промена устава може да се врши на два начина: путем уставних амандмана и путем уставног закона и изменама и допунама устава. Прва техника је уобичајена у САД, а друге две су карактеристичне за Немачку и Француску. Под утицајем англосаксонске литературе, термин амандман користили смо у ширем смислу, као назив за уставну промену уопште. Ипак, на одговарајућим местима, посебно када је било речи о Немачкој и Француској, писали смо о контроли уставности уставних промена, како бисмо доследније истакли терминолошку разлику између двеју поменутих техника.

Пошто смо одредили да је место ревизионе власти испод уставотворне, а изнад законодавне, односно да се налази на „уставном нивоу", то отвара питање њене неприкосновености, односно да ли над њом може да се спроводи контрола. Орфилд разликује настанак устава револуционарним и нереволуционарним путем, те наводи да је у првом случају незамисливо да судови врше контролу уставности самог устава, док је у другом то замисливо, јер су судови као и сви остали органи власти старији од самог устава. Он наглашава да је Устав САД „производ револуције" јер није поштован поступак за промену Чланова о конфедерацији (*Articles of Confederation*), пошто су они практично били непромењиви.[891]

Дакле, уколико устав настаје „нереволуционарним" путем, уколико се поштује тзв. уставни континуитет,[892] како у формалном, тако и у материјалном смислу, замислива је његова контрола уставности. Овде се пре свега мисли на мање парцијалне промене, најчешће у облику амандмана или уставног закона о промени устава. Иако може да се постави питање оправданости контроле уколико постоји уставни континуитет, носиоци ревизионе власти могу и нехотично да га наруше, посебно материјалну компоненту, што указује на потребу на непрестано мотрење на уставност уставних промена. Због тога „власт која проглашава уставни амандман неуставним није ништа мање значајна него сама ревизиона власт".[893] Са друге стране, степен легитимитета ревизионе и власти која је контролише, обрнуто је пропорционалан.[894] Односно, уколико се још доводи у питање и оспорава контрола уставности закона, онда ће тим пре, то да буде случај са контролом уставности уставне промене, као акта ревизионе власти.[895] О утемељености и легитимитету контроле уставности амандмана сликовито пише судија Арон Барак. Он сматра да уколико се прихвата као оправдана, контрола уставности закона који повређују устав, то исто мора да се примени и за амандмане који нарушавају „клаузулу вечности", односно забране промене устава, онде где оне постоје. Контрола уставности амандмана је заправо пуно оживљавање

[890] *Ibid.*, стр. 127 и 128.
[891] L. Orfield, стр. 9. Слично о овоме и: Y. Roznai (2017), стр. 126.
[892] Р. Марковић (2015) стр. 51 и 54.
[893] Y. Roznai (2017), стр. 198.
[894] *Ibid.*
[895] *Ibid.*

онога што је уставотворац (изворна/примарна уставотворна власт) хтео, а то је ефикасна заштита устава, како од недозвољених насртаја законодавца, тако и од ревизионе власти. Сликовито: „Судска контрола уставности обезбеђује (правне) 'зубе' клаузули вечности“.[896]

На овом месту указаћемо и на дилему која се односи на питање да ли је могуће ограничити изворну/примарну уставотворну власт. Поводом овога, немачки устав садржи две занимљиве одредбе. Пре уједињења две Немачке, Основни закон је у чл. 146 садржао одредбу о сопственом „самоуништењу“, односно о престанку свога важења када дође до уједињења немачког народа. Немачка се ујединила, али Основни закон није престао да важи, пошто је одредба измењена тако да се њено важење наставило и после уједињења. Првобитна одредба је дакле препознала суверена, али није садржала никаква ограничења која би му се наметала, па постоје мишљења да је то доказ њеног „екстра-легалног карактера“.[897] Друга ситуација се везује за тзв. клаузулу вечности, тј. питање да ли чл. 79 ст. 3 садржи ограничења за (неку нову) примарну уставотворну власт или не. СУС је у предмету поводом Лисабонског споразума оставио ово питање отвореним. Ипак, у теорији преовлађује схватање да се овом одредбом може ограничити само ревизиона, али не и изворна уставотворна власт.[898] Због тога Рознаи сугерише да ју је правилније називати „окамењујућом“ или „петрификујућом“, него вечном, како би се нагласила њена чврстоћа, али да се не изгуби из вида да се и стене топе под вулканском магмом, односно да је примарна власт суштински незаустављива.[899]

Да би се избегли овакви драматични сценарији, и снажни друштвени потреси, М. Ташнет (*M. Tuchnet*) предлаже да ревизиону власт (у најширем смислу) треба схватити као право на револуцију. Другим речима, ако суверен може да се пробуди у сваком тренутку и да се „разгоропади“ попут успаваног вулкана који се одједном активирао, онда је боље да се допусте повремене промене устава мирним путем, како би се поменути сценарио избегао. Тако може да буде схваћена и одредба чл. 20 ст. 4 ОЗ која гарантује немачком народу право на отпор, у случају да неко жели да наруши уставни поредак.[900] Дакле, грађанима као суверену, правно је признато да могу да се побуне против онога ко жели да сруши постојећи уставни поредак. Стога је и у овој одредби могуће да се пронађе оправдање за контролу уставности ревизионе власти, како се она под велом промене устава не би претворила у изворну уставотворну власт, односно у својеврсног узурпатора. Контрола уставности уставних промена може да буде схваћена као заштита истинског примарног/изворног уставотворца од лажног. А уколико се он (изворни уставотворац, односно народ) не слаже ни са вршењем саме контроле, увек може да се пробуди из сна, и реши питање онако како он то жели.[901]

Многи устави „ћуте“ по овом питању. Стога је неопходно да органи који врше контролу уставности заузму став о овој „тишини“, да је протумаче и да попуне постојећу празнину.[902] Најдаље у томе је отишао СУС, који је себе прогласио

[896] Aharon Barak, “Unconstitutional Constitutional Amendments”, *Israel Law Review*, 44/2011, стр. 333.
[897] Y. Roznai (2017), стр. 128.
[898] Слично о овоме: О. Вучић (2005), стр. 142-143.
[899] Y. Roznai (2017), стр. 129.
[900] *Ibid*., стр. 133.
[901] Приликом контроле уставности амандмана, уставни судови делују тако да дају предност суверену и његовој истинској вољи записаној у уставу, као супериорнијој норми у односу на тренутну политичку већину оличену у лику ревизионе власти, тако да, ако и када се деси проглашење неуставности амандмана, долази до „одбране, а не пораза воље суверена“. *Ibid*., стр. 193.
[902] *Ibid*., стр. 202 и 203.

надлежним да врши контролу и ревизионе власти. Врховни суд још увек лавира, а Уставни савет се за сада прогласио ненадлежним. На наредним страна биће више речи о томе.

IV 1. 1. 1. Контрола уставности уставних амандмана у САД

Позивајући се на америчког професора Делингера (*Dellinger*), турски аутор Гезлер (*Gözler*), истиче чињеницу која се ретко наводи, да је контрола уставности уставних амандмана старија од контроле уставности закона. Пет година пре чувеног случаја *Marbury v. Madison*, године 1798, Врховни суд се у случају *Hollingsworth v. Virginia* упустио у оцену XI амандмана и нашао да је он усвојен у складу са Уставом.[903] Овом приликом је вршена оцена само формалне уставности амандмана, а не и његове материјалне компоненте.[904]

Иако чл. 5. Устава САД не говори ништа о контроли уставних амандмана, Орфилд сматра да би ово требало да се посматра као правно, а не политичко питање.[905] Током 19. века, Врховни суд је разматрао формалну уставност амандмана, односно да ли је начин њиховог доношења у складу са Уставом. У литератури се помиње предмет *Luther v. Borden* од 1849. као важан за дефинисање америчког уставног поретка, републиканског облика уређења и његове промене, у којем се Суд огласио ненадлежним, позивајући се на доктрину политичког питања.[906] Слично је учинио и у случају *White v. Hart* од 1871. (о важењу тзв. *Civil War Amendments*).[907] О уставности уставних амандмана, Суд је поново имао прилику да се огласи тек после неколико деценија, тачније у предметима који су се тицали XVIII и XIX амандмана: *National Prohibition Cases* од 1920. (*Rhode Island v. Palmer* као водећи случај) и *Leser v. Garnett* од 1922.[908] У оба случаја Врховни суд се упустио у оцену формалне уставности амандмана, и нашао да су у складу са уставом, али је пропустио да развије икакву доктрину.[909] Поводом XVIII амандмана, у предмету *Dillon v. Gloss* од 1921, разматрао је да ли Конгрес може да пропише рок за ратификацију амандмана и нашао да он поседује то право.[910]

Што се тиче материјалног аспекта, односно садржинске оцене амандмана, ситуација је још замршенија. Пошто је 1915. у случају *Myers v. Anderson* „потпуно игнорисао“ захтев за оцену уставности XV амандмана, Врховни суд је тек 1920. године по први пут контролисао уставне амандмане са супстанцијалног становишта у *National Prohibition Cases*, и том приликом нашао да „нема недостатака у садржини амандмана“, али без посебног образложења.[911] До истог закључка је дошао и приликом оцене уставности XIX амандмана у предмету *Leser v. Garnett* од 1922, с тим да је у овој

[903] Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin Press, Bursa – 2008, стр. 29.
[904] L. Orfield, стр. 7. Суд је нашао да председников потпис није неопходан за пуноважност амандмана. K. L. Hall *et. al.*, стр. 208.
[905] L. Orfield, стр. 13.
[906] У овој одлуци Суд се узгредно (*in dictum*) осврнуо и на питање валидности усвајања амандмана. Орфилд, стр. 8. У овом случају Суд је поставио и низ питања: да ли је он одговарајућа институција да одређује суштину републиканског облика владавине, да ли Американци имају неку алтернативу осим „револуционарног насиља“, уколико не успеју да промене Устав у предвиђеној процедури, и сл. Суд је закључио да на сва ова питања одговоре треба да пружи политичка власт. K. L. Hall *et. al.*, стр, 599.
[907] *Ibid*., стр. 16.
[908] L. Orfield, стр. 14
[909] *Ibid*., стр. 17.
[910] K. Gözler, стр. 30.
[911] L. Orfield, стр. 23.

одлуци образложио да постоји „легитимно вршење ревизионе власти“ (*legitimate exercise of the amending power*).[912] Још један занимљив случај се везује за XVIII амандман. Врховни суд је 1931. године у случају *United States v. Sprague* заузео став да Конгрес има право да бира начин ратификације амандмана и одбио да се упушта у оцену његове материјалне уставности.[913] Орфилд сликовито наводи да је у овој одлуци „језик суда такав да наводи на закључак да Суд приступа процесу амандирања устава као генерално подобном за суђење“.[914] У веома критикованој одлуци[915] у случају *Coleman v. Miller* (1939), Суд је одбио да се упушта чак и у формалну оцену амандмана,[916] иако је то у претходним деценијама радио. За овај случај Орфилд истиче да треба „пажљиво нагласити да он [Суд, *Ђ. М*] не сматра сва питања амандманске процедуре политичким“, док Барак цитира судију Блека (*Black*) када подвлачи да се процес у целости може сматрати политичким питањем.[917] Орфилд сматра да одлуке у којима се Суд упустио у разматрање XVIII и XIX амандмана не утичу на то да је оцена материјалне уставности амандмана ипак политичко питање. Другим речима, када је реч о примени поменуте доктрине, поменуте одлуке су изузетак од правила.[918] Он додатно наводи да XI и XVIII амандман сведоче о томе, да када је у питању промена Устава САД нема никаквих ограничења, јер се XI амандман примењивао ретроактивно, а XVIII је предвидео своје одложено дејство по ратификацији.[919]

Да сумирамо, контрола уставности уставних амандмана у САД (макар у формалном смислу) је старија од контроле уставности закона. У својој дугој историји, Врховни суд се у неколико случајева упустио у оцену формалне уставности уставних амандмана и увек је налазио да су они у складу са Уставом. У једном или два случаја, Врховни суд је спровео нешто што наликује материјалној контроли уставности амандмана, али је на крају нашао да је овде реч о „политичком питању“, другим речима да није надлежан да врши ову врсту контроле. Орфилд сматра да је ово правилно гледиште Суда, јер нису и тешко да ће „икада бити постављена“ ограничења за супстанцијалну оцену амандмана.[920] Коначно, у последњем случају (*Coleman v. Miller*) у којем се експлицитно бавио питањем уставности амандмана (*Child Labor Amendment*), Суд је проширио важење доктрине о политичким питањима и на формалну контролу уставности.[921]

Ако прихватимо гледиште да чл. 5 Устава САД, који иначе уређује поступак сопствене промене, у делу који се тиче равномерне заступљености савезних држава у Сенату (свака по два сенатора без обзира на број становника) представља „клаузулу вечности“ или „окамењену одредбу“, односно непромењиви део Устава, поставља се питање њене ефикасности. Због тога Рознаи истиче да непромењиве уставне одредбе не могу да буду спроведене у дело, уколико нема њихове уставносудске заштите (он сматра да то важи и за француски и за амерички систем). Зато се залаже за постојање ове контроле.[922] Слично пише и Барак, који на питање да ли у САД треба да постоји контрола уставности амандмана који се тичу „клаузуле вечности“ одговара потврдно, а

[912] *Ibid*. Упор. K. L. Hall *et. al.*, стр, 210.
[913] K. Gözler, стр. 31 и L. Orfield, стр. 23.
[914] L. Orfield, стр. 18.
[915] K. L. Hall *et. al.*, стр. 208.
[916] K. Gözler, стр, стр. 32.
[917] L. Orfield, стр. 18. Aharon Barak (2011), 321-341, стр. 330. Слично о овоме и Y. Roznai (2017), стр. 208.
[918] L. Orfield, стр. 26.
[919] *Ibid.*, стр. 25.
[920] *Ibid.*, стр. 23.
[921] Упор. K. Gözler, стр, 33, L. Orfield, стр 23, R. Marković (1973), стр. 37. D. G. Savage, стр. 189.
[922] Y. Roznai (2017), стр. 208.

при томе наводи да му и судска пракса Врховног суда иде у прилог.[923] Ипак, амерички аутори пишу да је Врховни суд у више предмета (које смо углавном поменули) тумачио чл. 5 Устава „као и било коју другу одредбу“.[924] Из њиховог излагања се чини да су ближи ставу да Суд не врши контролу уставности амандмана и да не треба то да ради (да је то ван његовог делокруга), али да је Конгресу поставио значајна ограничења поводом њиховог спровођења.[925]

Иако не прихвата да врши контролу уставних амандмана, Врховни суд понекад делује као коуставотворац, јер својим тумачењем мења и допуњава одредбе амандмана, али и самог устава. Реч је о ситуацији када Суд формално не укида одредбу амандмана или Устава, али је практично мења или допуњава својим тумачењем. Проблем са овим неформалним уставним променама је што Врховни суд „није специјализовани суд који некако може да одлучи поводом сваког важног уставног случаја“, нити је он икада покушао да развије „материјалну доктрину о свакој уставној одредби“.[926] Поред тога, судови су, у америчком систему, предодређени да тумаче, а не да мењају Устав. Ипак, Врховни суд својом праксом врши промене уставног поретка које наликују амандманима (*amendment-like*), при чему је кључно питање да се идентификују оне одлуке које изазивају „сталне“ и „структуралне“ уставне промене. Тако се најпре издвајају случајеви у којима је Суд направио заокрет поводом тзв. Њу Дил законодавства, омогућавајући стварање „ограничене државе благостања“.[927] У почетку, Суд је имао изразито негативан став према осавремењивању радног законодавства, између осталог и по питању дечијег рада. То је исказао у одлукама *Hammer v. Dagenhart* од 1918. и *Bailey v. Drexel Furniture Co.* од 1922, проглашавајући најпре *Keating-Owen Act* од 1916. неуставним, а потом је то учинио и за *Child Labor Tax Law* од 1919. Пошто је законодавац изгубио битку, на сцену је ступио уставотворац. Његов покушај је такође остао неуспешан. Наиме, иако је изгласан у Конгресу 1924. године, *Child Labor Amendment* никада није ратификовао довољан број савезних држава, тако да је он званично још увек у процедури. Тек пошто је дошло до промена у саставу Суда[928], дошло је и до промене става и тумачења Устава, те је тако 1941. године, Суд у случају *United States v. Darby Lumber Co.* прогласио „последњи велики примерак Њу Дил законодавства“ – *Fair Labor Standards Act* од 1938, уставним, чиме је одступио од сопствене праксе коју је поставио у поменутој одлуци *Hammer v. Dagenhart*.[929] Другу групу одлука које су биле весници већих уставних промена чине оне које се тичу људских права, односно најпре тумачења Првог амандмана, као и оне које прецизирају федералистичко начело.[930] Тако је Врховни суд донео неколико значајних одлука којима је сузио смисао XIV амандмана који је био у „тензији са федералним системом“: *Slaughterhouse Cases* од 1873.; *Civil Rights Cases* од 1883.; *Plessy v. Ferguson* од 1896.[931] У овом контексту, посебно је занимљив однос Врховног суда и уставотворца током прве половине 20. века. Током прогресивне ере (*Progressive Era*) амерички законодавац је покушавао да унесе хуманији приступ у радно и социјално

[923] A. Barak (2011), стр. 330.
[924] Вид. детаљније: Donald P. Kommers, John E. Finn, Gary J. Jacobsohn, *American Constitutional Law*, Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2010. стр. 74.
[925] *Ibid.*, стр. 75.
[926] Stephen M. Griffin, "The United States of America", *How Constitutions Change: A Comparative Study* (Ed. Dawn Oliver and Carlo Fusaro), Hart Publishing Bloomsbury Collections, London 2011, стр. 361-362.
[927] *Ibid*., стр. 363.
[928] Вид. Јован Ђорђевић, *Контрола уставности закона и америчка демократија*, Београд 1937, стр. 50 и даље.
[929] K. L. Hall *et. al.*, стр. 210 и 249.
[930] S. M. Griffin, стр. 364.
[931] K. L. Hall *et. al.*, стр. 210.

законодавство, али се Врховни суд као што је познато, томе жестоко опирао, те је описиван као тврђава „социјалног конзервативизма и застарелог индивидуализма усред савремених преображаја економског и социјалног живота“.[932]

Односи нису увек били овако заоштрени, као током двадесетих и тридесетих година прошлог века. Постоје случајеви у којима се Суд понашао као партнер уставотворне власти и истакао „у одређивању тачног обима уставних амандмана“,[933] пошто је Конгрес то пропустио (или није желео) да учини приликом њиховог доношења. Тако је Конгрес XXIV амандманом забранио таксе на федералним изборима, а Врховни суд у својој Одлуци *Harper v. Virginia State Board of Elections* од 1966. проширио забрану и на савезне државе (протумачио амандман тако да се постигао поменути ефекат).[934] Дешавале су се и обрнуте ситуације, да Суд утре пут одређеном решењу, али да га не спроводе до краја. То је учинио у одлуци *Oregon v. Mitchell* од 1970, дозволивши Конгресу да може да спусти старосну границу за остваривање бирачког права на 18 година, само за савезне изборе. Наредне године уставотворац је XXVI амандманом ово правило проширио и на савезне државе. Зависно од тумачења, овај случај може да се посматра као превазилажење судске одлуке амандманом, или само као надопуњавање контролора устава и уставотворца.[935]

IV 1. 1. 2. Контрола уставности уставних промена у Немачкој

Као што смо поменули у трећем делу, упркос непостојању експлицитне уставне одредбе, СУС је самостално себи доделио надлежност да испитује и формалну и материјалну уставност уставних амандмана. Оправдање је нашао у неопходности да заштити „објективни поредак вредности“ на којима почива немачки устав. Назнаке да ће се осмелити да се бави овим питањем, Суд је показао већ у првих неколико година рада (предмети о југозападним државама – *BverfGE 1, 14;* једнакости полова – *BverfGE 3, 225;* Комунистичкој партији – *BverfGE 5, 85*).[936] Када је реч о уставним амандманима, СУС у својој пракси примењује тзв. *стандард фундаменталног одступања* (*fundamental abandoment standard*). Реч је о томе да ће до касирања уставног амандмана доћи само у случајевима изузетног одступања или повреде непромењивих уставних принципа. Овде се на делу јавља ситуација о којој пише Баршак (*Barshack*): „Што је већи степен остварења суверености, то је акција суверена мање подложна процени“.[937]

СУС се у неколико случајева упуштао у оцену материјалне уставности амандмана, али ни у једном није пронашао постојање повреде Основног закона. Најближи да то учини, био је одлуци од 1970. (*Klass Case*, *BverfGE* 30, 1). Поводом уставне промене од 24. јуна 1968. године, Суд је потврдио њену уставност, уз три издвојена мишљења. Применом стандарда фундаменталног одступања, Суд је дао и тумачење принципа поделе власти који не треба да буде „стриктан“, односно да је могућа интерференција функција и органа. С друге стране, Суд је веома уско тумачио „клаузулу вечности“ из чл. 79 ст. 3, која забрањује укидање „суштине постојећег

[932] Ђ. Ђорђевић, стр. 64.
[933] K. L. Hall *et. al.*, стр. 210.
[934] *Ibid.*
[935] *Ibid.*, стр. 211.
[936] Jasna Omejec, „Veliki njemački ustav i nepromjenjiva ustavna načela u praksi Saveznog ustavnog suda“, *Pravo i pravda 2015* (ur. J. Hasanbegović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, доступно на: *https://www.bib.irb.hr/792156*, стр. 20-23.
[937] Y. Roznai (2017), стр. 221.

уставног поретка и стварање тоталитарног режима амандманским формалним правним средствима“ (вид. *supra III 3. 3. 4. 2.*). Нашао је и да су материјална ограничења садржана само у члановима који регулишу основне слободе, а да њима није обухваћен принцип владавине права.[938]

После уједињења две Немачке, СУС се 1991. (*Land Reform I Case*, BverfGE 84, 90) и 1996. (*Land Reform II*, BverfGE 94, 12) сусрео са два занимљива случаја. Наиме уставном променом од 23. септембра1990. године је у чл. 143. ст. 3 ОЗ унета одредба из чл. 41. ст. 1 Анекса III Уговора о уједињењу Немачке, која је предвиђала да имовина која је у периоду 1945-1949. одузета власницима и прешла у колективну својину неће бити враћена. Овај случај доспео је пред Суд посредством уставне жалбе, коју су подигли некадашњи власници експроприсане земље. Ова одлука се карактерише као израз „судског прагматизма“, јер је Суд поступио одлучно, како би „подстакао велику политичку одлуку током периода реунификације“.[939] Суд је најпре установио формалну уставност амандмана, а потом и његову супстанцијалну уставност, иако је на први поглед изгледало да је повређен чл. 14 ОЗ. СУС је пронашао соломонско решење. Најпре је негирао право на реституцију имовине онима којима је она одузета у периоду од 1945. до 1949, а потом заузео становиште да ОЗ штити власнике од експропријације државе која је тај Устав и донела – некадашња Западна Немачка (Савезна Република Немачка), али не и од експропријација које би могле да се припишу страним државама, у конкретном случају Источној Немачкој (Демократска Република Немачка).[940] Сличним резоновањем Суд се послужио и у другом случају, тако да је уставна промена проглашена у складу са Уставом и са формалног и са материјалног становишта.[941]

У одлуци од 1996. године (*Asylum Case*, *BverfGE* 94, 115) СУС је ценио уставност уставне промене од 28. јуна 1993. године, којом је било ускраћено право на азил лицима која долазе из земаља у којима су на снази међународне конвенције о статусу избеглица и о заштити људских права и слобода. У овом случају, СУС је нашао да право на азил не потпада под принцип људског достојанства, и да самим тим не спада у ред непромењивих одредби Устава, те да није реч о неуставности ове промене.[942]

СУС је 2004. године одлучивао о уставности уставне промене од 26. марта 1998. године (*Acoustical Surveillance of Homes, BverfGE* 109, 279), којим је промењена једна од одредаба која спада у ред основних права – чл. 13 ст. 3. Суд је установио да звучни надзор (прислушкивање) домова у склопу кривичног поступка не представља повреду људског достојанства те да стога амандман не крши ОЗ.[943]

Овај кратак приказ историјата контроле уставних промена у Немачкој, наводи нас на закључак да је Савезни уставни суд себи дао одрешене руке, није се либио да их оцењује, али је истовремено био веома суздржан. Доделио је себи „мач“ којим може да одстрањује потенцијалне неуставне уставне промене, али га до сада није вадио из корица.

[938] K. Gözler, стр. 56-59. Упор. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 174-175.
[939] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 693.
[940] *Ibid*., стр. 693. Упор. K. Gözler, стр. 60.
[941] K. Gözler, стр. 61. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 695.
[942] Гозлер наводи да је Суд на сличан начин резоновао у још два случаја која је решио у истом дану као и поменути случај из текста (2 BvR 1507/93 и 2 BvR 1508/93), K. Gözler, стр. 62. Упор. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 747.
[943] K. Gözler, стр. 63.

IV 1. 1. 3. Контрола уставности уставних промена у Француској

Иако француски Устав у чл. 89 садржи одредбу о забрани промене републиканског уређења (пандан немачкој *клаузули вечности* или америчком чл. 5 Устава), француска теорија је била подељена о значају ове одредбе и њеној ефикасности.[944] То је био случај све док 2003. године Уставни савет није заузео став да није надлежан да спроводи контролу уставности уставног закона за измену и допуну устава. Ова одлука има своју предисторију.

Деценију раније, председник Републике је покренуо оцену уставности Споразума о Европској унији (познатији као споразум из Мастрихта) о чему је Савет донео одлуку познату као Одлука Мастрихт I *(DC* 92-308 од 9. марта 1992). У њој је УС нашао не само да неке од одредаба овог споразума нису у сагласности са француским Уставом, већ и да „непосредно угрожавају народну сувереност".[945] Пошто је ова Одлука представљала „препреку ратификацији споразума", дошло је до промене француског Устава тако што су неке од његових одредби унете уставним законом у Устав у јуну 1992. године. Дакле, у овом случају проглашење неуставности међународног уговора ставило је у погон и самог уставотворца, како би се превазишла одлука о неуставности. Група парламентараца је поново поставила питање уставности Мастрихтског споразума, тражећи да се изврши његова оцена у односу на промењени Устав. О одлуци Мастрихт II (*DC* 92-312 од 2. септембра 1992) Савет заузима став да одредбе које је неколико месеци пре тога прогласио неуставним више то нису. Како то језгровито истиче Оливије Бо (*Olivier Beaud*), пошто се променио основ одлучивања, променила се и одлука Савета.[946] Он истиче да је овом приликом, „готово случајно" Савет по први пут фактички контролисао и уставност једног уставног закона.[947] Тако се Савет посредно изјаснио о његовом материјалном аспекту и помало контрадикторно „утврдио уставност серије одредаба за које је претходно сматрао (одлука Мастрихт I) да угрожавају суверености француске државе".[948] Бо поставља питање којим је то „чудом" једна „проста уставна ревизија сама по себи имала моћ да учини уставним (у складу са уставом) акт угрожавања суверености државе који је претходно утврђен неуставним". Он сматра да се „чудесност" Одлуке Мастрихт II огледа у „легализовању преображаја низа одредаба које су мало пре ње биле проглашене неуставним (Мастрихт I) у низ одредаба које ће убудуће бити сматране уставним, односно у легализовању нечега што се претходно сматрало 'угрожавањем' суверености". Тиме се испољава класична формална концепција у складу са којом „неуставност неког редовног закона увек може бити превладана његовим уношењем у уставну норму као вишу и неспорну норму. Другим речима, у складу са формалном визијом устава, свака материја може постати уставна простим ефектом конверзије изведене у *форми уставне ревизије*".[949] Други француски аутори додају да је одлука Мастрихт II проблематична и због тога што је Савет пропустио да одреди врсту уставотворне власти чије је деловање условио постојањем уставних ограничења из чланова 7, 16 и 89 Устава. Непрецизна конструкција „*le pouvoir constituant est souverain sous réserve*"[950] оставила му је отворен

[944] Y. Roznai (2017), стр. 207.
[945] О. Бо, стр. 447.
[946] *Ibid.*, стр. 447-448.
[947] *Ibid.*, стр. 462.
[948] *Ibid.*
[949] *Ibid.*
[950] Поводом доношење уставних амандмана, Савет је заузео становиште „да је уставотворна власт суверена под условом", да је потребно да се поштују временска и ограничења која се тичу промене републиканског облика владавине. Одлука 92-312 *DC*, од 2. септембра 1992, параграф 19.

маневарски простор да уколико то некад буде потребно, заснује своју надлежност поводом оцене уставних амандмана.[951] Слично пише и Бо, који заступа тезу да је омогућавање ратификације Мастрихтског споразума представљало „уставотворни акт, односно акт изворне/примарне уставотворне власти, а никако акт уставне ревизије“, јер се њиме француски Устав променио у суштинском смислу (дошло је до преноса власти, а не само њеног ограничења или делегације).[952] Због овога он оштро критикује одлуку Мастрихт II, истичући да „пати од тешке унутрашње противуречности“, јер је Савет допустио да ревизиона власт има „слободну могућност укидања уставних норми“, за шта је заправо био надлежан само народ, јер само суверен може да „отуђи суверености“ у корист неке наднационалне инстанце.[953] Коначно, у септембру 1992. године, грађани Француске су на референдуму гласали за ратификацију Мастрихтског споразума, што је формално преточено у закон. И овај референдумски закон је био предмет оцене пред Саветом, који се у тзв. Одлуци Мастрихт III (*DC* 92-313 од 23. септембра 1992), према Боовој оцени „правилно огласио ненадлежним“, да разматра споразум који је потврђен од народа на референдуму, али не због тога што га је потврдио народ, већ зато што је ту реч о уставотворном акту.[954]

У марту 2003. од Савета је затражено да изврши оцену уставности уставне промене (усвојене у форми уставног закона), која се тицала децентрализације Француске. Сенатори који су покренули поступак, сматрали су да се уношењем одредбе о децентрализацији у Устав, наруша недељивост Републике и тиме угрожава републиканско уређење, које ужива посебну уставну заштиту.[955] У року од осам дана од момента покретања поступка, Савет је донео одлуку у којој се огласио ненадлежним да врши оцену уставности уставних промена (Одлука *DC* 2003-469 од 26. марта 2003). Пошто је раније Савет већ био заузео став о принципу недељивости државне територије у предметима о Корзици (Одлука *DC* 91-290 од 9. маја 1991) и Европској повељи о мањинским језицима (Одлука *DC* 99-1412 од 15. јуна 1999), покретачи, а и добар део јавности су очекивали да би уставна промена могла да буде проглашена неуставном. Ипак, у веома кратком року Савет се огласио да нема ненадлежност, јер ни у једном члану Устава није пронашао упориште за њено заснивање.[956] Француски аутори сматрају да ова одлука није кохерентна ни у односу на ставове који су заузети у Одлуци Мастрихт II и да је њено доношење можда било условљено унутрашњим разлозима, односно да је постојала дубока подељеност унутар Савета. Због постојања дилеме да ли је децентрализација добро или лоше решење за француску државу, проглашење ненадлежности било је нека врста средњег пута. Због тога, у француској теорији преовлађује став да ово питање није коначно решено.[957] Укратко, заступа се теза о разликовању примарне и секундарне, односно оригинерне и ревизионе уставотворне власти: „Промена Устава је дело установљене власти која је стекла своју надлежност од изворне уставотворне власти. Њено деловање није слободно, већ је условљено различитим правилима форме наметнутим од стране изворне уставотворне власти; с тога она може да буде контролисана. За разлику од изворне, ревизиона власт је јавна власт, а Савет је сам себе одредио као регулаторно тело за активности јавних

[951] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 185-186.
[952] О. Бо, стр. 448, 449 и 455.
[953] *Ibid.*, стр. 463.
[954] *Ibid.*, стр. 466, 473 и 474.
[955] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 186.
[956] *Ibid.*, стр. 187.
[957] *Ibid.*, стр. 187-188. Слично о овоме пише и Мушет. Она истиче да се Савет ове контроле дефинитивно одрекао у Одлуци 2003-469 *DC* од 26. марта 2003, али да дебата у француској уставноправној науци није затворена. J. Mouchette, стр. 11.

власти“.[958] Упркос ставу који је УС заузео, идентично питање ће вероватно поново бити постављено у будућности, а не стиче се утисак да ће „одговор бити идентичан“.[959] У прилог овој тези сведочи и део Одлуке Мастрихт II, који се тиче проширења временског ограничења промене француског устава. Наиме, поред забране промене Устава током спречености председника Републике да обавља своју функцију, која је предвиђена чл. 7 ст. 11 Устава, Савет је установио и забрану промене Устава „све док Председник Републике користи овлашћења у случају нужде из чл. 16“.[960]

IV 1. 2. Уставотворац *vs* чувар устава

У наставку нас очекује целина која је посвећена односу између уставотворца и чувара устава, тј. реакцији уставотворца на деловање чувара устава. Ваља напоменути да о уставотворцу пишемо у једном ширем смислу, у којем под овим изразом подразумевамо и ревизиону, а не само изворну (примарну) уставотворну власт. Овај однос је занимљив, јер истиче нарочити значај појединих одлука чувара устава. Оне су повремено такве да изискују интервенцију и ове власти. Реч је о односима који се не одвијају тако често (као они када је реч о законодавцу), али који свакако имају делекосежне последице.

IV 1. 2. 1. Уставотворац vs чувар устава у САД

Одлуке Врховног суда које се тичу интерпретације уставних одредаба могу да буду превазиђене само уставним амандманом. Иако теоријски оне увек могу да буду превазиђене уставном променом, због тежине ревизионог поступка, то се у САД дешава веома ретко и уз доста тешкоћа. То је најчешће случај када су у питању „очигледне структурне промене“, што са једне стране оставља огроман брисани простор за судове и њихова тумачења, али их са друге стране истовремено излаже додатном притиску да прилагођавају своја тумачења Устава крупним друштвеним променама. Речју, у Америци постоји „непрестана тензија и константно међуделовање између формалних уставних амандмана и судски иницираних промена у уставној интерпретацији“.[961] Од укупно 27 амандмана колико је до сада донето, тек је њих неколико (од четири до осам у зависности од аутора) настало као директан одговор на четири одлуке Врховног суда. Бројни су били покушаји да се и друге његове одлуке на овај начин превазиђу, али су из различитих разлога пропали. Један од преовлађујућих је свакако и изузетна чврстина америчког Устава, предвиђена његовим чл. 5.[962] Практично, у огромној већини случајева Врховни суд је коначни тумач устава. Ради прегледности, у наставку дајемо табелу која приказује које одлуке су узроковале доношење одређених амандмана.

[958] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 184.
[959] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 74.
[960] Sophie Boyron, “France”, *How Constitutions Change: A Comparative Study* (Ed. Dawn Oliver, Carlo Fusaro), Hart Publishing Bloomsbury Collections, London 2011, стр. 127-128.
[961] K. L. Hall *et. al.*, стр. 211.
[962] *Ibid.*, стр. 851.

Табела 4. Превазилажење одлука Врховног суда САД уставним амандманима

ОДЛУКА	АМАНДМАН И ГОДИНА РАТИФИКАЦИЈЕ	РЕЗУЛТАТ
Chisholm v. Georgia 1793.	XI 1795.	Установљен имунитет држава пред федералним судовима.
Scott v. Sandford 1857.	XIII 1865.	Забрана ропства.
Scott v. Sandford 1857.	XIV 1868.	Установљено добијање држављанства за све, без обзира на боју коже.
Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co. 1895.	XVI 1913.	Установљено право Конреса да уводи порез на доходак.
Minor v. Happersett, 1875	XIX 1920. (посредно и XV 1870.)	Забрана негирања женског права гласа.
Minor v. Happersett, 1875 (*због уског тумачења*)	XXIV 1964.	Забрана увођења пореског цензуса за гласање на федералним изборима.
Oregon v. Mitchell 1970 (*Minor v. Happersett 1875*)	XXVI 1971.	Снижавање старосног цензуса на 18 година.

Извор: Табелу је направио аутор на основу података из цитиране литературе.

Табела је урађена према анализи коју је извршио амерички аутор Лоренс Баум (*Lawrence Baum*).[963] Други амерички аутори имају шире или уже схватање о томе колико је амандмана настало као последица превазилажења одлука Врховног суда, али колико год да је амандмана донето, углавном се као узрок помињу четири одлуке које смо навели у табели. Размимоилажење је само у оном делу који се тиче броја амандмана поводом једне одлуке, али поводом сваке је донет бар један амандман како би се њене последице анулирале.[964]

Механизам којим се превазилазе одлуке Врховног суда, а самим тим ограничава његово деловање, успостављен је XI амандманом, тако да је он значајнији због ове чињенице него због своје садржине.[965] Амерички аутор Орт (*J.V. Orth*) истиче да су XI и XVI амандманом измене Устава извршене на два различита начина. У првом случају, одлука Врховног суда превазилази се амандманом тако да се Суду пружи „инструкција о правилном конструисању одређене одредбе". У другом случају, XVI амандманом је фактички промењена одредба Устава (чл. 1 секција 9 – *Direct Tax Clause*) коју Суд није протумачио на задовољавајући начин. Посебно је занимљиво то што Орт наводи да се доношењем XVI амандмана уставотворац посредно сагласио и прихватио тумачење Суда, али да му то није одговарало, па уместо да сам интерпретира поменути члан, он се одлучио да га промени уставним амандманом.[966] Иако је XVI амандман имао несумњиви значај за јачање федералног центра, Одлука *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.* од 1895. (касиран закон о порезу на доходак као непропорционалан) никада

[963] *Ibid.*

[964] Аутор Вард Елиот (*Ward E. Y. Elliott*) наводи да је због уског тумачења XIV амандмана у предмету *Minor v. Happersett*, било потребно да се донесу XIX, XV, XXIV и XXVI амандман који Баум не наводи. С друге стране, Валас Менделсон (*Wallace Mendelson*) сматра да је уставотворна власт морала да реагује само у четири случаја, поводом XI, XIV, XVI и XXVI амандмана. Вид. детаљније: K. L. Hall *et. al.*, стр. 640 и 906. С друге стране, Орфилд помиње само XI, XIV и XVI амандман, као оне који су донети како би се превазишле одлуке Врховног суда САД. L. Orfield, стр. 12.

[965] K. L. Hall *et. al.*, стр. 209

[966] John V. Orth, "Shall Not be Construed: Reversal of Supreme Court Decisions by Constitutional Amendment Constitutional Amendment", *Florida Law Review* 72/2020, стр. 112.

није престала да буде прецедент, она и даље „живи“, о чему сведочи позивање судије Робертса (*Chief Justice John Roberts*) у недавном предмету *NFIB v. Sebelius* из (2012).[967]

Посебно је занимљива историја XIII амандмана. Најчешће се наводи да је он уследио као одговор на једну од „најгорих одлука“ коју је Врховни суд у својој дугој историји донео, која се чак сматра једним од окидача за Амерички грађански рат.[968] Ипак, одлука Суда је најпре последица дубоких подела које су у то доба постојале у америчком друштву и на политичкој сцени, те постоје мишљења да су политичари само пренели своје проблеме које нису успели да реше у законодавном телу на Врховни суд. Тако је Суд 1857. године одлучио у предмету *Scott v. Sandford*, који је познатији као *Dred Scott Case* (по робу *Dred Scott*-у), да Конгрес нема право да ограничи ропство на нивоу савезних држава и да црнци не могу да добију америчко држављанство.[969] Занимљиво је да је XIII амандман првобитно требало да има потпуно супротну садржину и сврху. Пошто одлука Суда није задовољила политичке кругове који су се залагали за очување ропства, јавила се идеја да се у Устав унесе забрана укидања ропства, што је довело до тога да у Конгресу 1861. буде усвојен Корвинов амандман (по представнику Охаја у Представничком дому). Њега су ратификовале само три савезне државе. Пошто је недуго потом отпочео Грађански рат, у коме је победила страна која се залагала за укидање ропства, коначна верзија овог амандмана је измењена и уместо да одржи ропство на снази, он га је укинуо. Да је првобитни садржај амандмана био усвојен, поједини аутори истичу да би могло да се заузме становиште да је реч о својеврсној клаузули вечности, и да као такав он не би могао да се мења.[970] По завршетку Грађанског рата, донети су измењени XIII амандман којим је укинуто ропство и XIV амандман којим је држављанство САД дато свима који су се на њиховој територији родили без обзира на боју коже или статус.[971]

Мали број амандмана који су у САД донети, доводи до тога да се амерички устав мења фактичким путем – посредством судског тумачења. Из овог разлога М. Јовичић назива Врховни суд „сталном уставотворном скупштином“.[972] То ствара све дубљи јаз између самог текста и његовог значења, који једино може да се превазиђе прихватањем теорије о еволуирајућем уставу, који се обликује путем серије прецедената.[973] Док мењају (тумаче) амерички устав, судови, а пре свега Врховни суд, као установљена власт, би требало да се понашају онако како се понаша ревизиона власт, дакле да поштују границе које је поставила изворна уставотворна власт.[974]

IV 1. 2. 2. Уставотворац vs чувар устава у Немачкој

Турски држављанин, иначе сунитски муслиман, држао је месару у Немачкој, за коју је имао посебно одобрење у складу са Законом о заштити животиња, да у складу

---

[967] The Sixteenth Amendment, Common Interpretation, *https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-xvi/interpretations/139*; 14. јануар 2023.

[968] Амерички аутори наводе да су историчари обиљем материјала документовали улогу Суда у „формирању ставова који су одвели у рат“. K. L. Hall *et. al.*, стр, 889.

[969] Ibid., стр. 209 и 878-888.

[970] Y. Roznai (2017), стр. 138.

[971] K. L. Hall *et. al.*, стр. 889.

[972] M. Jovičić (1984), стр. 103.

[973] John V. Orth *et al*., "No Amendment? No Problem: Judges, 'Informal Amendment', and the Evolution of Constitutional Meaning in the Federal Democracies of Australia, Canada, India, and the United States", *Pepperdine Law Review*, 48/2021, стр. 365.

[974] Y. Roznai, "Unconstitutional Constitutional Change by Courts", *New England Law Review*, 3/2018, доступно на: https://ssrn.com/abstract=3273956, стр. 569.

са шеријатским правом може да убија животиње без претходног омамљивања. Када му је та посебна дозвола истекла, затражио је њено продужење/обнављање, али без успеха, па је због тога поднео уставну жалбу, како би могао да настави са радом.[975] СУС је у јануару 2002. године донео одлуку (Одлука о обредном клању животиња, *BVerfG* 104, 337/1 *BvR* 1789/99) којом је усвојио његов захтев као основан, јер је утврдио постојање повреде права на избор професије у оквиру ширег тумачења права на слободан развој сопствене личности (чл. 2 ст. 1 ОЗ) и слободе вероисповести (чл. 4 ст. 1 и ст. 2 ОЗ).[976] Као последица ове одлуке, у јавности се повела дебата о потреби да животиње добију општу уставну заштиту, што је резултирало доношењем уставног амандмана у јулу исте године. Тако је чл. 20а ОЗ допуњен тиме што су му додате речи „и животиње“.[977] Поједини немачки аутори доводе у питање домет ове уставне промене, пошто је реч о генералној заштити животиња као врста, а не појединачних животиња које се нађу у опасности, као и да ће ова одредба само допринети да се пажљивије „балансира“, односно одмеравају два циља: првог, заштите животиња, и другог, заштите права мањина, у овом случају верских.[978]

У другом случају, Бундестаг је Законом о социјалном осигурању предвидео поделу надлежности између федерације и локалних самоуправа по питању исплате социјалне помоћи. Неколико општина се удружило и поднело комуналну жалбу, што је довело до Одлуке од 2007. године (*BVerfGE* 119, 386-394/ *2 BvR* 2433/04), којом је СУС поништио ову законску одредбу. У изреци је својој одлуци доделио одложено дејство, како би оставио простора законодавцу да је усклади са ОЗ (био је остављен солидан временски период – рок је био до краја 2010. године).[979] Уместо да измени донети закон, како би отклонио уочену неуставност, законодавац се одлучио за тежи пут, да измени Устав. Тако је шест месеци пре истека остављеног рока, у Основни закон унет чл. 91е, чији став 1 успоставља сарадњу између државе, земаља, општина или савеза оштина у области „осигурања егзистенцијалног минимума незапослених“.[980]

Ови примери су индикативни из најмање два разлога. У оба случаја реакција уставотворца је представљала одговор на уставноправна питања која су била покренута уставном жалбом (у другом случају њеном подврстом), што додатно сведочи о значају овог института. Сликовито, „грудва“ је покренула „лавину“. Такође, наглашен је значај уставносудског деловања. Чак и када тумачи „обичан“ закон, далекосежност последица делатности чувара устава никада до краја није предвидљива. Њихове одлуке могу да резултирају не само темељном променом оцењиваног закона, већ и самог устава.

IV 1. 2. 3. Уставотворац vs чувар устава у Француској

На сликовит начин, поредећи их са средњовековном установом „кревета правде“ (*lit de justice*), француски аутори истичу да одлуке Савета нису обавезујуће (немају снагу пресуђене ствари – *la chose jugée*) за уставотворну власт (*pouvoir*

[975] Е. Шарчевић, стр. 221-222.
[976] Christine Langenfeld, “Germany”, *International Journal of Constitutional Law*, 1/2003, 141–147, доступно на: *https://doi.org/10.1093/icon/1.1.141*, стр. 143.
[977] *Ibid*., стр. 146.
[978] *Ibid.*
[979] Urteil vom 20. Dezember 2007 - 2 BvR 2433/04, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2007/12/rs20071220_2bvr243304.html;jsessionid=3DD9EACC9E0CE2CF4B2957686699654D.2_cid344*, 15. јануар 2023.
[980] M. de Visser, стр. 363. и Е. Šarčević (2019), стр. 176.

constituant).[981] Први случај да је уставотворац морао да интервенише како би се „заобишла“ (*contourne*) одлука Уставног савета је забележен 1993. године. Реакција уставотворца дошла је као одговор на Одлуку Савета од 13. августа 1993. (*DC* 93-325) којом је проглашена неуставном одредба закона која се тицала права на добијање азила. Влада и председник Републике су желели да се право на азил постави уже, не као људско право (усудили бисмо се да кажемо надуставно или природно право) како га је Савет одредио, већ као право признато позитивно-правним поретком (*un droit de l'État*). Тако је у новембру исте године донет Уставни закон (бр. 93-1256 од 25. 11. 1993) којим је у француски Устав унет чл. 53-1, који је фактички садржао одредбу која је проглашена неуставном неколико месеци раније.[982]

Други случај „кревета правде“, се везује за 1999. годину када је француски парламент изменио чл. 3 Устава како би женама и мушкарцима обезбедио једнак приступ изборним позицијама у оквиру различитих органа. Пре тога је у два наврата, најпре 1982. (Одлука *DC* 82-146 од 18. 11. 1982), а потом и 1999. (Одлука *DC* 98-407 од 14. 01. 1999), Савет утврдио неуставност законских одредби које су уводиле родне квоте. Када је по усвајању уставне промене којом је допуњен чл. 3 Устава (Уставни закон бр. 99-569 од 8. 11. 1999), донет закон који промовише родну равноправност у обављању јавних функција, оспорена је и његова уставност, али Савет овога пута није нашао постојање повреде Устава (Одлука *DC* 2000-429 од 30. 05. 2000), заузевши становиште да уставотворна власт може да измени устав тако да тиме одступи од принципа *res judicata* који иначе важи за његове одлуке.[983]

Трећи случај се десио 2003. године, када је измењен чл. 72 Устава (Уставни закон бр. 2003-276 од 28. 3. 2002), како би се омогућило француским прекоморским територијама да могу да одступе од закона којим се угрожава њихово право на територијалну децентрализацију. Поводом за интервенцију уставотворца представљала је одлука Савета у којој је прогласио неуставном одредбу Закона о Корзици (Одлука *DC* 2001-454 од 17. 01. 2002).[984] Касније је била оспорена уставност и самог уставног закона, о чему смо писали у претходним редовима овог дела рада.

Поред ова три, у француској литератури се помиње још неколико случајева у којима је уставотворац морао да интервенише како би се заобишле одлуке Савета.[985] До сада није забележен ни један случај да је „кревет правде“, односно активирање уставотворне власти забележено поводом превазилажења неке одлуке Уставног савета која је настала у поступку поводом приоритетног питања уставности. Разлози за то вероватно леже у томе што се у накнадној контроли Савет бави питањима „микро-уставности“ (*micro-constitutionnalité*), односно „прецизним законодавним режимима“, а не читавом законодавном реформом, што је случај код претходне контроле. Такође, закони који се оцењују у оквиру ППУ приписују се „вечном и безличном законодавцу“, пре него оном политичком, који је још увек присутан у претходној контроли, те због тога ове одлуке, уопште узев, прати нижи степен политизације.[986]

---

[981] „Кревет правде“ је представљао краљево појављивање у „парламенту“ (заправо пред судовима у феудалној Француској), под посебно свечаним и формалним условима, како би се донеле важне одлуке (у форми краљевских декрета) за функционисање француске државе. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 466. Упор. L. Favoreu, *et. al.*, стр. 358.

[982] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 466.

[983] M. de Visser, стр. 358-359

[984] *Ibid.*, стр. 360.

[985] Реч је о уставним законима од 25. јуна 1992, од 25. јануара 1999. и од 23. јула 2008. године. Вид. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 466.

[986] *Ibid.*, стр. 467.

IV 1. 3. Уместо закључка: рађање нових коуставотвораца

Када је реч о односу уставотворне власти и органа који врше контролу уставности, кључно је разликовање између изворне/примарне и ревизионе/секундарне уставотворне власти. Прва се сматра установљавајућом, а друга установљеном влашћу. Због тога је замислива контрола уставности деловања ове друге. Пракса Врховног суда по овом питању је у најмању руку некохерентна. Разликујемо два њена вида, експлицитну и имплицитну контролу. Када је реч о првој, Врховни суд је у више наврата вршио оцену формалне уставности уставних амандмана, али је одбијао да се упушта у оцену њихове материјалне уставности. С обзиром да више од седамдесет година није било случајева у овој области, може се очекивати нова одлука којом ће Суд ово питање можда сагледати из другог угла. Пракса поводом имплицитне контроле уставних амандмана, односно уставносудског тумачења Устава, је богатија и веома значајна за развој конституционализма у САД. Француски Уставни савет је био на корак да успостави контролу уставности уставних амандмана, али је ипак почетком 21. века од тога одустао. С обзиром на ставове које је раније изнео и на околности под којима је донео одлуку од 2003. године, можда би могло да се очекује да ће будућност донети заокрет поводом овог питања. Најдаље је отишао немачки СУС. Без много оклевања, од самог почетка свог рада, утирао је пут ка овом виду контроле. Још увек се није десило да СУС прогласи неуставност уставног амандмана, иако је у одређеним ситуацијама био веома близу. Ипак, ова надлежност коју је преторски, екстензивним тумачењем немачког устава, сам себи доделио, остаје као светионик за уставносудске институције и у другим државама, којим путем би могле да се запуте. У другом делу ове целине рада разматрали смо случајеве у којима је дошло до активирања уставотворне власти као последице вршења уставносудске функције. У све три државе, у више наврата, у ситуацијама када је законодавац остајао немоћан, како би одлуке органа који врше уставносудску функцију биле заобиђене, морао је да се активира уставотворац. С обзиром на сложеност поступка за промену америчког Устава, донето је тек неколико амандмана којима би се превазишле одлуке Врховног суда, што практично значи да је у многим случајевима његова реч о тумачењу устава (неки би рекли да је заправо реч о својеврсној промени) последња. У Немачкој и Француској су у питању нешто једноставније процедуре, па је промена лакше достижна, али је учесталост промена устава овим поводом и у овим државама релативно мала.

IV 2. ОДНОС ПРЕМА ЗАКОНОДАВЦУ

Парламенти доносе законе чију ће сагласност са уставима (можда) оцењивати органи којима је поверена уставносудска функција. Одлуке ових органа делују двојако на законодавца. Најпре, оне делују тренутно (непосредно и негативно) на оцењивани закон, углавном тако што он бива касиран, делимично или потпуно. Поред овог, оне могу да имају и одложени ефекат који је „проспективан, посредан и стваралачки (креативан)“, углавном када се њима закони тумаче на одређени начин, тако да буду у складу са уставом.[987] Дакле, поред садашњег, њихово дејство се простире и на будућег законодавца, који ће морати добро да промисли какав ће закон донети, у страху да и његов акт не доживи сличну или гору судбину. Међутим, и контролор уставности промишља и одмерава, како би обезбедио да његова одлука буде у целости, или макар у што већем делу спроведена од стране законодавца (парламента). Свит истиче да

[987] Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford, 2000, стр. 73.

приликом вршења апстрактне контроле уставности, уставни судови (мисли на СУС и УС) делују као „специјализовани парламентарни дом“.[988] Ми бисмо важење ове тврдње проширили и на Врховни суд, с обзиром да се и сам Свит у неколико наврата у својим радовима својски потрудио да покаже да и овај Суд врши апстрактну контролу уставности.[989] Ипак, између парламента (и владе) и уставног суда (органа који врши уставносудску функцију) приликом вршења законодавне функције постоје одређене разлике. Тако парламент има могућност да се самоактивира, док су наши органи пасивни – потребна им је спољна активација. Такође, парламент и влада („изабрани политичари“) доносе одлуке на основу својих страначких интереса и идеолошких убеђења, док контролори уставности своје одлуке (претежно) заснивају на правним утемељењима и образложењима.[990]

IV 2. 1. Парламентаризација чувара устава: самоограничење и креативно деловање

У одлучивању чувара устава, не треба прецењивати правни елемент. Ванберг истиче да је погрешно да се искључиво наглашава да су органи (назива их судовима, пошто у цитираном раду претежно анализира рад СУС) који врше уставносудску функцију „неспутани“ учесници политичког процеса, који су у стању да намећу своје преференције другим доносиоцима одлука, већ да и они морају да се прилагођавају (политичком) окружењу. Дакле, њихове одлуке не зависе само или искључиво од правних чињеница датог случаја, уставног текста и судијских преференција, већ и од степена јавне подршке, сагледавања датог проблема из перспективе јавности, али и интереса политичких партија и интересних група.[991] Пошто контролори уставности приликом одлучивања нису имуни на спољне утицаје, њихова моћ не само да ће бити другачија у другачијим околностима и временима, већ ће се разликовати и у истом тренутку, а поводом различитих предмета. Њихова снага да наметну уставна ограничења владајућој већини иако значајна, ипак је ограниченог домета, јер зависи од спремности грађана да подрже њих и њихове одлуке, а да са друге стране казне оне који игноришу њихово деловање.[992] Овај процес, у коме се види доминација, или утицај политичког и друштвеног елемента на рад чувара устава, назваћемо „парламентаризацијом“ процеса контроле уставности.

Уколико поштује законодавца као демократски изабраног представника народа, орган који врши уставносудску функцију приступа свом послу са одређеном дозом опрезности, која се још назива и „реториком суздржаности“ (*deference rhetoric*).[993] Овакав приступ су СУС и УС усвојили веома рано у својим одлукама од 1954. (*BvferGE* 4, 7), односно од 1975. (бр. 74-54 *DC*), када су заузели становиште да они не могу да цене законодавчеву вештину, односно да не поседују исту власт одлучивања као законодавац, већ да могу само да испитују да ли је он прешао уставом постављене

[988] *Ibid.*, стр. 62.
[989] Један смо већ цитирали у претходном делу (вид. *supra III 3. 3. 2. 1.*), а други ћемо делимично обрадити у наставку овог дела рада (*infra IV 2. 2.*).
[990] A. S. Sweet (2000), стр. 62. Свит сматра да што је одлука више образложена, тиме је већи степен стваралачке активности ових органа, као и да су детаљније образложене одлуке о парцијалној или тоталној неуставности, него оне о уставности или са интерпретативним резервама. *Ibid.*, стр. 73 и 74.
[991] G. Vanberg, стр. 169 и 170. О томе да и уставне судије доносе одлуке у складу са сопственим политичким преференцијама слично пише и Свит. A. S. Sweet (1992), стр. 241 и даље.
[992] G. Vanberg, стр. 171 и 172.
[993] M. de Visser, стр. 282.

границе својих надлежности.[994] Да ли је овде реч о истинским (само)ограничењима, или само привидном поштовању, размотрићемо у наредним редовима. У зависности од тога да ли је норма преширока (*over-inclusive*) или преуска (*under-inclusive*), орган који врши контролу може да је прилагоди у зависности од потреба случаја, што доводи до развијања уставно-конформне методе, односно технике тумачења у складу са уставом (*constitutional-conform interpretation, Verfassungskonforme Auslegung, reserves d'interpretation*), односно појаве интерпретативних одлука о којима смо већ детаљно писали (вид. *supra III 5. 1. 1. 2.*). Подсетићемо само да у овом контексту Врховни суд примењује тзв. *Ashwander rules*, СУС принципе које је поставио давне 1953. (*BvferGE* 2, 266), а УС развојем својих интерпретативних одлука покушава да ублажи „оштрицу свог мача". Свима им је заједничко то, да када год су у могућности, покушаће да оспорени закон протумаче у складу са уставом како би избегли директан сукоб са законодавцем, односно парламентом.[995] Тако се у Немачкој од самих почетака, а у Француској од 2002. године, СУС и УС позивају на интерпретативне резерве у изрекама својих одлука, што омогућава да се на бољи начин постигне њихова обавезност, као и да се њиховим адресатима омогући да се лакше сналазе и препознају праве намере које су ова тела изнела у својим резервама.[996] Поред тога што се овиме избегава или смањује шанса за отворени сукоб са законодавцем, постоје и други позитивни ефекти овакве праксе. Уколико се ради о некој одредби која није од суштинског значаја, или једноставно законодавчевом превиду, много је економичније и једноставније да поправку или „корекцију" закона изврши орган који врши контролу уставности, уместо да парламент поново ангажује сав свој гломазни апарат, како би извршио жељену промену.[997] У овој ситуацији видимо да у односу између чувара устава и парламента не мора увек да постоји тензија, већ да се они често и надопуњују, те је интервенција чак и добродошла и прихваћена са одобравањем. Овде у пуној мери долази до изражаја Свитова теза о уставном суду као трећем или специјализованом парламентарном дому.[998]

IV 2. 1. 1. САД

Приликом одређивања надлежности Врховног суда, дотакли смо се одређених принципа самоограничења које је овај Суд током своје дуге и богате праксе развио (принцип постојања спора, постојање *standing*-а, итд.). Некада их он примењује врло волунтаристички – најчешће у случајевима које не жели да разматра, а то су углавном они у којима претеже политичка димензија. На основу радова америчких аутора, Р. Марковић је побројао чак 16 принципа самоограничења, које је Врховни суд самостално формулисао. На овом месту нама су најзанимљивији они који се тичу односа Суда према Конгресу, у којима се огледају његова настојања да поштује поделу власти и ауторитет законодавца: постојање претпоставке о уставности закона, све док се „ван сваке сумње" не докаже супротно; из поменутог се развија и принцип по којем уколико спор може да се реши на неки други начин, а да не мора да улази у оцену уставности закона, Суд ће спор на тај начин и решити; Суд се не упушта у испитивање законодавчевих мотива (*motives*), док намеру (*intent*) проучава веома пажљиво, најчешће на основу историје настанка закона; уколико дође до проглашења неуставности закона, Суд се труди да је ограничи на једну или што мањи круг

[994] *Ibid*., стр. 284.
[995] *Ibid*., стр. 291, 292 и 293.
[996] *Ibid*. стр. 302.
[997] *Ibid*. стр. 303.
[998] A. S. Sweet (2000), стр. 62.

законских одредаба, како би се закон као целина очувао; закон може да буде оглашен неуставним само из правних разлога, али не и из разлога неразумљивости, нецелисходности, непромишљености, недемократичности и сл, Суд није властан да васпитава и поправља „неспретног, неразумног, емоционалног и нерепрезентативног законодавца“. [999]

Ипак, и поред свих ових самоограничења и напора који Врховни суд улаже да би остао у оквирима судске функције, неспорна је његова политичка улога, односно и у САД је присутна парламентаризација органа уставносудске контроле: „Без обзира на то колико је формално њихова контрола конкретна, амерички судови су у потпуности свесни да њихове најзначајније одлуке не представљају само спровођење правде на основу чињеница које су се догодиле, већ да оне уводе норме опште политике које су примењиве на много различитих и не до краја предвидљивих ситуација у будућности“.[1000] Однос између Суда и Конгреса подсећа на „игру“ (*game*), која из перспективе правника није превише судска (*unjudicial*), али из перспективе политиколога и економиста није толико изненађујућа (*remarkable*). Наиме, када доноси одлуку, Суд најчешће води рачуна о интенцијама законодавца који је донео закон (у ближој или даљој прошлости), али и циљевима актуелног законодавца, који може да му буде претња (уколико му се не допадне одлука Суда).[1001] Питање је, да се изразимо колоквијално, ком царству ће се Суд приклонити. Тако, амерички професор Ескриџ (*Eskridge*) истиче да Суд, попут осталих грана власти „игра посебну улогу у целокупном процесу стварања права“, и да при томе он више олакшава него што опструише рад система. Суд има важну улогу приликом тумачења Устава, али можда и још важнију када тумачи законе, када се јавља као агент од поверења политичке већине (*faithful agent of majoritarian policymaking*) који спроводи законодавну политику. Због тога, Суд мора да уважи интересе оба сазива Конгреса. Оног који је изгласао закон, јер су интересне групе које су утицале на његово доношење вероватно још увек активне и заинтересоване за поштовање тог и таквог закона, али још више мора да ослушкује политичке циљеве и преференције актуелног сазива, уколико не жели да му одлука буде кратког века.[1002]

Пошто смо се интерпретативним одлукама Врховног суда бавили у другом делу, на овом месту посветићемо више пажње утицају Врховног суда на Конгрес, а у светлости апстрактне контроле уставности коју овај суд спроводи. Америчка доктрина и судство не користе израз „апстрактна контрола“, па чињеницу да судови у САД повремено врше и овај облик контроле правдају на два начина. На првом месту, категорички се одбацује апстрактност, уз објашњење да се ради о спору (*cases and controversies*) између појединаца којима је деловањем егзекутиве наводно угрожено неко право и егзекутиве. Други, за нијансу умеренији приступ, који не негира постојање праксе апстрактног одлучивања (нпр. поређење привремених мера са недозвољеним саветодавним мишљењем или да је *facial challenge* „у завади са функцијом савезних судова“), али са нагласком да је овде реч о „релативном изузетку од уобичајених правила или да се ради о патологији америчког прецедентног права“.[1003] Свит тврди, да како год да је схватимо, односно оправдавамо, апстрактна контрола закона у САД „цвета“ – она је постала „нормални“ и прихваћени начин

[999] R. Marković (1973), стр. 94-123.
[1000] M. Shapiro, A. S. Sweet, стр. 372.
[1001] William N. Jr. Eskridge, “Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions”, *Yale Law Journal* 2/1991, стр. 405-406.
[1002] *Ibid*.
[1003] A. S. Sweet (2003), стр. 2776.

пресуђивања у областима слободе говора и слободе рађања (*reproductive rights*), а сви важни закони који можда угрожавају ове слободе „рутински се оспоравају“ на поменути начин. Он подвлачи да се у тој ситуацији амерички судови (и судови у савезним државама), а на првом месту судије Врховног суда, понашају као и њихове европске колеге – „износе ауторитативне претпоставке о будућности“ (нпр. о томе како ће се закон примењивати), само што Европљани „не морају да спроводе доктринарну гимнастику да би оправдали своје понашање“.[1004] Ако прихватимо овакав приступ сагледавању активности Врховног суда онда све оно што важи за немачки СУС и француски УС, када је реч о апстрактној контроли, односно њиховој улози специјализованог трећег дома, важи и за Врховни суд САД. Било би замагљивање истине ако бисмо пошли од претпоставке да Врховни суд није био у стању да сагледа далекосежност појединих својих одлука када је нпр. 1954. утро пут укидању расне сегрегације у школама, када је 1973. легализовао приступ контроли рађања или када је тридесетих година 20. века укидао прогресивно радно законодавство. Већ смо поменули Одлуку *Gideon v. Wainwright* од 1966. којом је, попут својих европских колега, упутио сугестију законодавцима у савезним државама да би требало да обезбеде „сиромашко право“ у оквиру кривичног поступка. Дакле, с једне стране, Врховни суд је свестан своје снажне улоге у политичком систему, а са друге, тежи да укаже поштовање и осталим актерима, на првом месту Конгресу. Тако и он, да би сачувао дигнитет законодавца, користи интерпретативне одлуке и/или смернице (*saving construction*), као и „реконструктивну хирургију“ или „уклањање сувих грана са дрвета“, када касира само одређене одредбе уместо, читавог закона.[1005] Ескриџ истиче да, уколико данас Хамилтонове речи ишта значе, њих треба тумачити тако да Суд игра улогу „савести“ америчког плуралистичког друштва, јер у фокус политичке дебате ставља питања и интересе оних који су „потпретстављени“ у савезним органима.[1006] Тиме значајно „утиче на обликовање политике“ у САД, пошто се до уобличавања питања законодавне политике долази на другачији начин, уз посебно истицање становишта оних, чији се глас не чује у политичком процесу. Чињеницом да се понекад одупире тренутним политичким кретањима, он управо подстиче дебату, која може да резултира променом преференција политичких учесника.[1007]

IV 2. 1. 2. Немачка

Савезни уставни суд примењује различите технике самоограничења. Немачки аутори сматрају да СУС примењује принципе које је развио амерички судија Луј Брандајс (*Louis Brandeis*) у случају већ помињаних Ашвандер принципа (*Ashwander maxims*). Тако немачки Суд одбија да се бави неважним питањима (*moot questions*) или уставним питањима која још увек нису „сазрела“ за одлучивање; одбија да успостави привремену меру владиним агенцијама пре него што одлучи о суштини питања или тиме што законодавцу даје доста простора за грешку (тумачећи закон када год је то могуће у складу са уставом – осим ако он недвосмислено не крши принцип пропорционалности или правне државе, или принципе правне сигурности, јасноће или предвидљивости). Са друге стране, са аспекта процесног права, СУС од 1998. године одступа од самонаметнутог ограничења – да се поступак обуставља уколико учесник у спору повуче своју уставну жалбу. То је чувени случај правописне реформе (*Spelling Reform Case*) у којем је Суд стао на становиште да „општа важност“ случаја за

[1004] A. S. Sweet (2003), стр. 2777.
[1005] M. Shapiro, A. S. Sweet, стр. 365.
[1006] W. N. Jr. Eskridge (1991), стр. 413.
[1007] *Ibid.*, стр. 414.

тумачење и развој уставног права надилази важност саме уставне жалбе и њен значај за заштиту уставних права жалиоца.[1008]

Немачки устав је онакав како га СУС протумачи, што овај орган чини „легитимним учесником у широј заједници у процесу одлучивања“, због чега се повремено дешава да се он нађе у „средишту политичке олује“, те да због тога и његове одлуке добијају специфичне облике, а сам Суд постаје „квази-законодавна институција“.[1009] Гарлицки (*Garlicki*) истиче да уставни судови (мислећи углавном на немачки СУС) не користе касацију закона као „главни алат“, већ чешће посежу за интерпретативним тумачењима како би законе одржали на снази, због чега они остају у животу, али са значајно измењеним значењем и обимом важења, што доводи до тога да „уставни судови више делају као позитивни него негативни законодавци“.[1010] Ово се у одлукама Суда посебно уочава у оквиру параграфа *C.I*, у оквиру којег СУС даје инструкције и законодавцу, али и друштву као целини о „водећим уставним принципима у конкретној правној области“, те је због свог „призвука и апстрактности“ овај параграф сличнији „уставноправном чланку него судској одлуци“.[1011] Оваква активност Суда доводи до тога да само његово присуство „инхибира одређене видове законодавне активности“, због чега га неомарксистичка критика представља као „кочничара друштвених промена“ и главну снагу која је одговорна за одбрану постојећег поретка, јер се дешавало да Суд спречи реформе које су у немачком друштву биле доживљене као прогресивне и либералне.[1012] Поред тога, помињали смо да се СУС сам прогласио „господарем извршења“ својих одлука и да „поседује слободу да сваки пут достигне циљ одлуке на најпогоднији, најбржи, најједноставнији и најефикаснији начин“.[1013] Због тога се и у правној литератури означава „господарем поступка“, што се посебно испољава у ситуацији када Суд доноси прелазни пропис, чиме постаје „резервни законодавац или законодавац за нужду“.[1014] Кристина Ландфрид (*Christine Landfried*) овакву активност СУС оцењује као прекорачење његових уставних овлашћења.[1015] Као пример овакве активности, ова ауторка истиче Одлуку од 1986. године (*BverfGE* 70, 324) у којој је СУС без уставног основа искључио партију *Зелених* из рада у парламентарном одбору задуженом за контролу рада тајних служби. Она сматра да то што тадашња већина није имала поверења у *Зелене*, није смело да се оправда натегнутим уставним тумачењем чл. 38 ст. 1 Основног закона, који баш супротно поменутој Одлуци, омогућава свим народним представницима да учествују у процесу одлучивања, посебно у контроли рада служби безбедности, као једној од централних парламентарних функција.[1016]

[1008] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 34 и 35.

[1009] Комерс наводи низ случајева у којима је то видљиво: Abortion I, Party Finance II, Census Act cases, East-West Basic Treaty Case, Numerus Clausus II Case, Aviation Security Act Case. *Ibid*., стр. 38. и 39.

[1010] Lech Garlicki, “Constitutional courts versus supreme courts”, *International Journal of Constitutional Law* 5/2007, стр. 66.

[1011] A. von Bogdandy, D. Paris, стр. 10.

[1012] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 39.

[1013] Е. Шарчевић, стр. 41, 160 и 163.

[1014] *Ibid*. и чл. 35 ЗоСУСС.

[1015] Као очигледни примери за овакву праксу, између осталих, су и Одлука о приговору савести (*BVerfGE* 48, 127) и Одлука о абортусу (*BverfGE* 39, 1). Christine Landfried, “Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany”, *Constitutional Review and Legislation* (ed. Christine Landfried), Nomos, Baden-Baden, 1988, стр. 157 и 161.

[1016] *Ibid*., стр. 162-163.

IV 2. 1. 3. Француска

Поменули смо да је на самом почетку свог рада, Савет заузео релативно суздржан став према осталим властима (што је поновио у једној одлуци од 2003), ограничивши своје поље деловања заузимањем става да му устав не даје одрешене руке, већ да му је надлежност ограничена. Француски аутори у овом самоограничавању виде његов судски карактер, јер се „као и сваки суд", а за разлику од политичких власти, позива на одредбе које дефинишу његову надлежност.[1017] Тако се Савет веома брзо (већ 1961. године), огласио ненадлежним да контролише уставност закона потврђених на референдуму, о чему ћемо детаљније писати у наставку. Тако би могло да се закључи да се његова контрола, када је реч о законодавној власти, простире само ка парламенту, али не и ка грађанима, када се они непосредно јављају као законодавна власт.

У познатој одлуци о закону о абортусу од 17. јануара 1975. године (Одлука бр. 74-54 *DC*), Савет заузима став да му чл. 61 Устава не даје општу власт процењивања и одлучивања, као што је има и парламент (*l'article 61 de la Constitution ne confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement*), већ само ону која му омогућава да оцењује уставност оспорених закона. Овај став (формулу) је потврђивао и у својим каснијим одлукама поводом претходне контроле, а у одлуци од 2010. овај став је проширио и на питања која потичу из ППУ (Одлука бр. 2010-92 *DC*).[1018] Пракса ће показати да од овог правила постоје бројни изузеци, а да је он (Савет), тај који одређује ширину сопствене надлежности, те је у складу са тим веома флексибилно приступао примени овог сопственог правила. Тако је Савет прихватио могућност да његове надлежности буду проширене органским законом, који би се сматрао продужетком самог устава. Још занимљивије су ситуације у којима широко тумачи норме о својим надлежностима, као што је то учинио 1963. године (Одлука бр. 63-24 *DC*) проширивши своју контролу пословника оба дома француског парламента и на пословник Конгреса (заједничку седницу оба дома).[1019] Због тога, француска ауторка Талон (*Talon*) „формулу о самоограничењу" коју је Савет усвојио 1975. назива „митском фразом", и подвлачи да се она не примењује систематично, јер настаје само у одређеном контексту и јавља се тек у свакој десетој Саветовој одлуци, те се „не може поистоветити са општом суздржаношћу уставног судије јер је он секторски користи и бира", и тако само у одређеним случајевима истиче разлику између своје и власти одлучивања коју поседује парламент.[1020] Она истиче да ова формула самоограничења има два својства. Прво, суптилност, јер се односи само на парламент, а не на законодавца у целини, и друго, да има карактер „стратешког повлачења" (*repli stratégique*), јер на први поглед указује на својеврсну аутолимитацију која би требало да „слаби и обуздава Савет пред парламентарним прерогативима", а заправо, она на прикривени начин помаже његовом јачању.[1021] У прилог овоме говори и статистика, према којој је већи степен цензурисаних одредби (и у претходној и накнадној контроли) у одлукама у којима се Савет позива на ово самоограничење, него у оним у којима то не чини.[1022] Додатно, од 2000. године, Савет мења стил у својим

[1017] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 376.
[1018] *Ibid*., стр. 377 и 378.
[1019] *Ibid*., стр. 379.
[1020] Mélissandre Talon, "Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement: un mythe du droit constitutionnel", *Revue du droit public* 1/2020, стр. 137 и 138.
[1021] *Ibid*., стр. 140 и 141.
[1022] *Ibid*., стр. 143.

образложењима и уместо раније формулације да нема „исту власт процењивања“ (*d'un pouvoir d'appréciation*), истиче да нема власт исте природе (*d'un pouvoir de même nature*) као парламент. Овде је наизглед реч о привржености „доктрини модерног природног права“, по којој „по природи“ одређени случајеви „припадају Парламенту“ а не Савету, због њихове различите суштине.[1023] Али и овде је Савет тај који одређује шта њиховој природи одговора, а шта не. Због свега овога, Талон закључује да ова формула има само „реторичку снагу“ (*la force rhétorique*), јер делује сасвим супротно од онога што формално прокламује: да Савет управо има, њему својствену, општу моћ процењивања и одлучивања. Такође, она има и „креативну функцију“ (*une fonction créatrice*), пошто је део „операције квалификовања овлашћења уставног судије“.[1024] Због тога ово разликовање између природе овлашћења Уставног савета и парламента не слаби Савет, већ јача његову институционалну позицију и омогућава му да спроводи, своју политику по свом нахођењу.[1025]

Уколико председник Републике приступи проглашењу закона (у наставку ћемо размотрити које све опције има на располагању, вид. *infra IV 3. 3.*), припрему за тај чин обавља Генерални секретаријат Владе, с тим да се истовремено објављује и одлука Савета. Занимљиво је да од 1990. године, закони који су били предмет уставне контроле, садрже визу: „С обзиром на одлуку Уставног савета бр. ... од датума ...“ (*vu la décision du Conseil constitutionnel no… en date du…*), која је до тада гласила: „Уставни савет је прогласио да је у складу са Уставом“ (*le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution*). Ова потоња је сада резервисана само за органске законе који подлежу обавезној контроли. Драго сугерише да овај незанемарљив детаљ треба сагледати у светлу намере Савета да престане да унапред издаје „патент о уставности“ читавом закону који контролише, у случају да је контролисао само неке његове одредбе, већ да за себе оставља могућност да у будућности може да преиспита одредбе о којима се „није изричито изјаснио“.[1026] До 2010. ово разликовање је могло да представља пуки формализам, али са појавом ППУ, реч је о суштински важној огради и поруци коју Савет шаље читавој политичкој заједници.

У неким ситуацијама, које смо код типологије одлука поменули, Уставни савет својим одлукама успоставља тзв. институционални дијалог или институционалну дипломатију. За то, између осталог, користи и контроверзне интерпретативне смернице. Поједини аутори истичу да екстензивном употребом ове технике, Савет долази у искушење да „поучним ћаскањем“ (*bavardages instructifs*) даје савете законодавцу и безмало креира будућу законодавну политику, иако он њоме формално није обавезан.[1027] У одлуци коју смо већ помињали (о кућном притвору у ванредном стању од 22. 12. 2015) Уставни савет је безрезервно потврдио уставност одредбе којом се уређује установа кућног притвора (*l'assignation à résidence*), али је истовремено одредио границе будуће законодавчеве активности. Пошто ову меру изриче министар унутрашњих послова, према мишљењу Савета она може да траје максимално 12 сати у оквиру од 24 часа, а све преко тога би се претворило у меру притвора, који би онда морао да буде регулисан у складу са чл. 66 Устава – одлуком суда.[1028] Слично, у Одлуци од 2. марта 2018. Савет не налази повреду Устава поводом одредбе која се односи на забрану присуства новинара приликом претреса, али истовремено појашњава

[1023] *Ibid*., стр. 141.
[1024] *Ibid*., стр. 142.
[1025] *Ibid*., стр. 146.
[1026] G. Drago, стр. 728.
[1027] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 427.
[1028] Одлука бр. 2015-527 *QPC* од 22. децембра 2015, пара. 6 и 7.

свој став да законодавац може, под посебним условима, да пропише могућност да се у одређеним фазама истраге трећим лицима одобри снимање звука и слике.[1029] Дакле, у првом примеру Савет законодавцу поручује шта не сме, у другом шта сме, а у примеру који следи, шта би требало (или чак морао) да уради. Тако интерпретативном смерницом у Одлуци од 28. фебруара 2020. Савет поручује да би била оправдана законодавчева активност у циљу успостављања процедуре за враћање части лица погубљених пре укидања смртне казне, због новонасталих законских измена, а коју би могли да користе наследници тог лица.[1030] Ово веома подсећа на својеврсни законски предлог. Коначно, дешава се и да Савет техником „узгред речено“ (*obiter dictum*), „малим фразама“ (*petites phrases*), установљава или проглашава важне правне принципе, који нису у директној вези са правним питањем због којег је одлука донета. Тако је познат став о општој вољи и закону – „изгласани закон изражава општу вољу само уколико је у складу са Уставом”, који је управо настао на овај начин, у оквиру Одлуке о Новој Каледонији од 1985, или став о сврси кривичног кажњавања из Одлуке од 20. јануара 1994, чији циљ није само казнени и друштвено-заштитни, већ треба да подстакне промену осуђеника и припреми га за његову могућу реинтеграцију у друштво.[1031]

Поменути дијалог се развија и кроз „праве“ интерпретативне одлуке. Француски аутори истичу да њима Савет избегава директан сукоб са законодавцем, који је неминован у случају доношења одлука о неуставности, односно исказују тежњу да се поштује законодавчева воља, јер се закон проглашава уставним, наравно под условом да се поштују његова упутства, односно резерве тумачења. То је једна страна медаље, а друга је та да Савет фактички „преобликује“ закон онако како он сматра да треба како би био у складу са уставом. У многим случајевима то више није онај закон који је законодавац усвојио. Тако је у Одлуци од 15. новембра 2007. године, Савет начелно дозволио (односно није прогласио неуставним) коришћење ДНК тестова приликом утврђивања биолошких родитеља детета, али је истовремено њихову употребу до те мере ограничио, да су практично постали непримењиви.[1032]

Овако посматрано, делује да је стваралачка активност Савета директно уперена и супротстављена законодавцу. Међутим, рекли бисмо да француски аутори правилно указују да сукоб између законодавца и Савета постоји само на први поглед, или и ако постоји, да је преувеличан. Пажљивијим посматрањем и проучавањем читавог процеса уочава се друга релација. Наиме, многи закони после исцрпљујућих парламентарних дебата „губе јасноћу, прецизност и правну густину“ и постају „филозофске дисертације или програмске декларације“, чиме се ауторитет закона подрива, на шта у Француској указују и сами парламентарци, али и Државни савет.[1033] Уколико је закон недовољно прецизан, они који су задужени за његову примену имају већи маневарски простор за одлучивање, односно овакви закони немају потребне квалитете да ограниче одлуке управних власти у складу са начелима владавине права. Доносећи одлуке о уставности са резервама тумачења, Савет заправо доприноси јачању ауторитета закона, па последично томе и самог законодавца. Дакле, „жртва“ његових одлука није парламент, већ они органи, најчешће управни, а донекле и судски, који треба да примене закон. Са повећањем Саветове креативности у писању одлука, смањује се степен дискреционе

[1029] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 428.
[1030] *Ibid*., стр. 428.
[1031] *Ibid*.
[1032] *Ibid*., стр. 430.
[1033] *Ibid*., стр. 431.

примене закона.[1034] Тако Маринковић истиче да Савет „приморава управу да се повинује закону“ који је обогаћен уставносудским тумачењем, уместо да управа „својим слободним и широким тумачењима заобилази и изиграва вољу законодавца“, због тога је он ко-законодавац који има циљ да помогне народном представништву како би заштитио његов рад од „различитих и међусобно супротстављених тумачења судских и управних органа“.[1035] Ипак, дешава се да Савет и претера са овом праксом, па је тако у неким одлукама користио двоцифрен број резерви. У таквим ситуацијама његове одлуке постају „циркулари о примени“ (*circulaires d'application*), смањеног дејства него иначе, јер постају непрактичне за примену, па стога француска теорија упућује подсетник Савету да би некада пожељније било да укаже на постојање неуставности, уместо што бира да донесе одлуку о уставности са многобројним резервама.[1036]

IV 2. 2. Јудикализација парламента: аутолимитација и корективна ревизија

Пошто контролори устава користе нешто другачију технику одлучивања него класични парламентарни домови (ако прихватимо тезу да су они „специјализовани дом“), на страни парламента одвија се процес „јудикализације“ или „посудовљавања“ (*judicialization*) законодавног процеса.[1037] Овај процес се одвија на два начина, кроз аутолимитацију, односно самоограничавање парламента и кроз тзв. корективни ревизионизам.

Свит аутолимитацију описује као процес у коме, законодавац (парламент, односно политичка већина која њиме доминира) због самог постојања институције која врши контролу уставности, делимично одустаје од својих политичких циљева, како би се смањила могућност активирања контроле (покретања поступка уставности, а потом и евентуалног проглашења неуставности).[1038] Тако парламентарна већина (влада, извршна власт) под присмотром опозиције, неретко уноси делове уставносудских одлука у нацрте закона, како би се осигурала од потенцијалног напада. При томе она подједнако страхује како од апстрактне, тако и од конкретне контроле.[1039] Дакле, у настојању да избегне оцену уставности и касацију, парламент се труди да резонује како би то радио и чувар устава. То изискује политичке компромисе, удео политичког у законима се смањује, а повећава се удео правног елемента. Тако контролори уставности имају и својеврсну „педагошку улогу у законодавном процесу“, али то не мора нужно да доведе до „пацификације“ унутар парламента, јер ће често „уставни

[1034] *Ibid*.
[1035] Т. Маринковић (2004), стр. 252. Слично о овоме пише и Талон, истичући да приликом доношења интерпретативних одлука или „трећег пута одлучивања“, Савет „редовно превазилази своју улогу скретничара и привремено преузима одећу законодавца“ односно постаје „бис законодавац“ (*législateur bis*). M. Talon, стр. 145.
[1036] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 433.
[1037] Ванберг се у овом делу слаже са другим ауторима, као што су Свит и Ландфрид (*C. Landfried*). Вид. G. Vanberg, стр. 169.
[1038] Свит је овај назив преузео од Фавора (*L. Favoreu*) и Ландфрид. A. S. Sweet (2000), стр. 75.
[1039] У Француској сви буџетски закони после 1974. и сви важнији закони после 1981. били су предмет контроле Уставног савета, док је у Немачкој апстрактна контрола релативно ограниченог дејства, али „утицај Суда не може да се мери само анализом поднесака и самих одлука. Истраживач мора да буде спреман да загази у расправе у потрази за аутолимитацијом“. A. S. Sweet (1992), стр. 237 и 239.

текст бити предмет страначке борбе“, али ће тиме у процесу стварања уставног права учествовати више актера, чиме ће се повећати његова партиципаторност.[1040]

Одлуке институција за оцену уставности могу да имају улогу својеврсне законодавне иницијативе. Њима може да буде окончан један законодавни поступак, али још чешће оне могу да представљају почетак новог процеса, односно онога што Свит назива: корективном ревизијом или корективним преиспитивањем (*corrective revision*) – поновно разматрање текста закона и његово усклађивање са уставносудском одлуком о делимичној или потпуној неуставности.[1041] Он пише о четири могуће реакције законодавца: а) да при усвајању нових одредаба закона следи уставносудско образложење; б) да се потпуно одрекне оцењиваних законских одредбама, при чему се заправо враћа у положај у којем је био пре доношења прописа за који је утврђено да није у сагласности са уставом; в) да само незнатно преформулише касирану одредбу закона, односно да понови оно што је била садржина одредбе за коју је већ утврђено да је неуставна (чиме провоцира њену поновну контролу); г) да иницира промену устава како би се превазишло дејство одлуке.[1042] Овде треба додати и још једну могућу ситуацију: законодавну инерцију, односно одсуство било какве законодавчеве реакције поводом одлуке о неуставности. До тога може да дође из многих разлога. Касација може да одговара и самом законодавцу (нпр. ако је првобитно невољно усвојио ту норму) или је можда дошло до промене политичке климе у владајућим структурама или/и до промене расположења јавности, што све може да проузрокује немогућност да се досегне потребна већина за изгласавање новог закона/уставне промене.[1043] Процес корективне ревизије поседује две кључне особине. Прву, да његовом применом, законодавац суштински потврђује, односно ратификује правну и уставностваралачку делатност органа који врши контролу (*constitutional rule-making*).[1044] Друга особина је да овај процес може да буде последица и апстрактне и конкретне контроле, односно да „други облици контроле“ (мислећи на конкретну контролу), „ништа мање нису законодавни (*legislative*) нити проспективни“.[1045] Свит је овде пре свега мислио на Немачку (на инцидентну контролу и уставну жалбу), јер ППУ те 2000. године (када је објавио цитирану књигу) још није била уведена, а САД том анализом није ни био обухватио. Ипак, на основу других његових радова, без дилеме под овај став може да се подведе и целокупна контрола у САД, као и ППУ.

Пошто после корективне ревизије поново може да дође до оцене уставности, јасно је да је реч о сложеним институционалним односима, који надилазе оквире права, а који имају и значајну политичку димензију. Белгијска ауторка М. де Висер (*M. de Visser*) их назива „процесима давања и узимања“ (*processes of give-and-take*), желећи да нагласи да односи између институција, поводом одређеног важног питања, временом могу да еволуирају. Тако се најпре деси да орган који врши контролу касира „законодавни покушај да се досегне одређени циљ или да се спроведе одређена политика“, а потом, после одређеног времена, законодавац поново покушава да уреди то питање.[1046] Уколико поново дође до оцене уставности, могуће је да ће нови законодавни покушај бити оцењен позитивно, односно у складу са уставом, али може

[1040] *Ibid*., 204, 207 и 238.
[1041] Наведено према: Б. Ненадић (2018), стр. 255-256. Упор. A. S. Sweet (2000), стр. 83-84.
[1042] *Ibid*.
[1043] M. de Visser, стр. 373 и 374.
[1044] Као примере наводи познате случајеве из праксе СУС, о закону о политичким партијама и аутономији универзитета. Свит додаје да апстрактна контрола продужава законодавни процес тако што додају још једну, финалну фазу – „уставносудско читање“. A. S. Sweet (2000), стр. 50 и 84.
[1045] Свит, 2000, стр. 85 и стр. 91.
[1046] M. de Visser, стр. 334.

да се деси и супротно, да опет дође до касације. Ова ситуација захтева преиспитивање ставова свих актера. Такође, како ће се законодавна реформа даље развијати зависи од много фактора, као што су промена у саставу органа контроле или/и саставу парламента, промене друштвене реалности, социјалних, економских и других односа. Де Висер истиче да процедуре у складу са којима се ови процеси одвијају најчешће нису нормативно уређене, већ да оне имају „органски карактер".[1047] Ипак, одређена институционална правила се помаљају. Тако се поводом превентивне контроле у Француској, сматра да је председник Републике иницијатор накнадних промена, односно ситуација у којој парламентарни одбори анализирају уставносудску праксу, да би закључили да ли је њихова реакција поводом одређене одлуке потребна или не.[1048]

IV 2. 2. 1. САД

Када свака грана власти обавља своју уставну улогу реч је, према схватању судије Барака, о институционалном „дијалогу". Законодавна грана доноси законе, чију уставност цене судови и/или их тумаче на одређени начин. Уколико је закон проглашен неуставним, законодавац је у могућности да донесе нови закон, са истом сврхом, али која се остварује на другачији начин (пропорционалнијим средствима). Уколико се законодавац не слаже са тумачењем закона које су судови усвојили, он може да донесе потпуно нови или да амандира постојећи закон. Тај нови закон „не интерпретира стари", већ он креира „свежу нормативну реалност која је одраз законодавчеве жеље" и не може се сматрати непоштовањем судства.[1049] Уколико дијалог не постоји, долази до „кршења правила игре" што узрокује настанак „монолога".[1050] Амерички законодавац се веома труди да избегне овај монолог, већ да усагласи своје деловање са другим политичким актерима, пре свега Врховним судом.

Утицај постојања Врховног суда и његове активности на Конгрес, свој институционални облик добио је у виду тзв. клаузула о одвојивости (у америчкој литератури се користе различити термини: *separability, severability* или *saving clause*). Реч је о одредбама које Конгрес самоиницијативно и превентивно уноси у законе, са жељом да уколико закон буде подвргнут оцени уставности и један његов део буде проглашен неуставним, то не утиче на остатак закона, тј. да проглашена неуставност утиче само на конкретну одредбу, а не на читав закон. Другим речима, унапред покушава да спасе оно што се спасти може. Пошто се и Суд труди, да увек када је могуће, његова интервенција буде што мање инвазивна, ове клаузуле тумачи на начин да ће закон опстати уколико су његове одредбе одвојиве од оних које су проглашене неуставним. Заправо, Суд се у својим одлукама љубазно захваљује Конгресу на тежњи да му помогне, али ипак наглашава да је он тај који одлучује шта ће и колико из закона да буде одстрањено. Тако је у предмету *Dorchy v. Kansas* од 1924. године, судија Брандајс подвукао да клаузуле о одвојивости представљају само помоћ приликом утврђивања законодавчеве намере, али не и „неизбежну команду" (*inexorable command*).[1051] Неколико година касније, у случају *Williams v. Standard Oil Co. of Louisiana* из. 1929, Суд је додатно разрадио овај став, тако да данас преовлађује уверење да њих треба разумети као помоћ при одлучивању, односно да оне

[1047] *Ibid*. стр. 335.
[1048] *Ibid*. стр. 336.
[1049] Када помиње судове, Барак мисли на њихову функцију да разматрају уставност закона (*judicial review*). A. Barak (2006), стр. 236 и 237.
[1050] *Ibid*., стр. 239.
[1051] K. L. Hall, стр. 904. и D. G. Savage, стр. 151.

успостављају претпоставку о дељивости закона, али да „као и све претпоставке и ова може да буде превазиђена“.[1052]

Као пример очите аутолимитације Конгреса, може да послужи и пример института који се користе за апстракнту оцену подзаконских аката, који смо детаљно описали у трећем делу (вид. *supra III 3. 3. 3. 1.*). Пошто није у стању да предвиди како ће се тачно у будућности одредбе његових закона развијати и у пракси остваривати, Конгрес препушта судовима да му помогну у томе, тако што ће оценити уставност ових прописа и пре него што ће бити примењени.[1053] У зависности од њихове одлуке, може да наступи поновна активација Конгреса, као врста корективне ревизије.

Када је реч о законима, у спорадичним случајевима се дешавало оно што смо код подзаконских прописа описали као уобичајену праксу. Наиме, када Конгрес очекује да ће закон који задире у неку од уставом гарантованих слобода (посебно слободу говора и слободу рађања), пре или касније да буде оспорен, он жели то да предупреди, тако што омогућава да контрола закона на апстрактан начин (*facial challenge*), по његовом ступању на снагу, али пре него што буде примењен, тече по убрзаном поступку. У америчкој литератури је добро познат случај који се везује за доношење закона који је регулисао област телекомуникација од 1996. године (*Communications Decency Act – CDA*). Законом се уређивало питање порнографије на интернету.[1054] У жељи да убрза поступак оцене уставности, законодавац је у *CDA* унео одредбу којом је, у случају да буде нападнут, закон требало да буде оцењиван у посебно дизајнираном поступку, пред трочланим обласним судским већем, на чију одлуку је могла да се изјави жалба директно Врховном суду. Истог дана када га је председник потписао, закон је оспорило више од двадесет интересних и пословних група, истичући да се њиме повређује слобода говора. У Одлуци *Reno v. American Civil Liberties Union* од 1997. Врховни суд је потврдио одлуку нижег суда и нашао да је закон формулисан шире него што је неопходно и да због тога ограничава слободу говора одраслих.[1055] Конгрес је у складу са упуствима Суда усвојио нови закон којим се ово питање регулише, *Child Online Protection Act* (*COPA*) од 1998. године.[1056] На овом примеру сагледавамо утицај контроле уставности на деловање Конгреса на више нивоа. Најпре је током парламентарне расправе била повећана позорност конгресмена да донесу закон који ће бити у складу са уставним критеријумима Врховног суда. Потом су, свесни степена вероватноће да ће закон бити оспорен и пре него што се са његовом применом отпочне, убрзали и поједноставили процедуру за његову оцену (доносећи својеврсни *lex specialis*). Дакле, с једне стране, директно су помогли Суду да приступи оцени закона, а с друге, коначно поступили по налозима Суда, које им је упутио својом одлуком. На једном месту видимо стицај и аутолимитације и корективне ревизије.

Амерички аутор Баум истиче да Конгрес у односу на Врховни суд стоји у „једнакој“ или „чак супериорнијој“ позицији, за шта наводи неколико разлога. Уколико није задовољан неком одлуком Суда, Конгрес може да усвоји уставни амандман (што смо обрадили у претходном делу), може да донесе нови закон којим замењује онај који

[1052] *Ibid.*

[1053] M. Shapiro, A. S. Sweet, стр. 373.

[1054] *CDA* је заправо донет као део већег закона који је на свеобухватан начин уређивао област телефоније, радија, телевизије и интернета. Title V of the Telecommunications Act of 1996, *https://transition.fcc.gov/Reports/tcom1996.pdf*, 20. јануар 2023.

[1055] M. Shapiro, A. S. Sweet, стр. 353-355. Упор. K. L. Hall, стр. 846.

[1056] Communications Decency Act of 1996, *https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1070/communications-decency-act-of-1996*, 20. јануар 2023.

је проглашен неуставним (*rewriting*), а може и да користи тзв. технику ускраћивања Суда (*Court curbing*), тако што мења (смањује) буџет Суда и тиме утиче и на судијске плате, да утиче на број судија, па чак и да мења надлежности Суда. Због свега овога законодавци немају утисак да су они „субординирани у односу на Суд".[1057]

Када је реч о „ускраћивању Суда", једна од потенцијално најинванзивнијих могућности је промена његове надлежности. Упориште за овакве тенденције налази се у чл. 3 ст. 2 америчког устава који прописује да Врховни суд има апелациону надлежност, али под условима које пропише Конгрес. У америчкој теорији постављају се питања тумачења ове одредбе и њених правих домета, јер протумачен на екстреман начин, овај члан би могао да води чак и до укидања ове надлежности, па тиме и поступања самог Суда.[1058] Током његове дуге историје, било је много покушаја да се поље деловања Суда ограничи (*court-curbing movements*), па је тако амерички аутор Стјуарт Нејџел (*Stuart Nagel*) за интервал од 1802-1959. идентификовао седам таквих периода, од којих су четири била „релативно успешна".[1059] Приликом настојања да се путем федералног закона сузи надлежност Суда, у фокусу су се налазиле оне области у којима је он доносио одлуке које нису биле превише популарне. Занимљиво је да је Суд у случају *United States v. Klein* од 1872. осујетио покушај Конгреса да му ускрати могућност да одлучује у споровима у којима се странке позивају на акт помиловања који је учинио председник САД.[1060] Ово се директно коси са теоријом Паулсена (*Paulsen*), који тврди да Конгрес (као ни председник САД) нису везани тумачењима Устава које даје ВС, као што ни он није њиховим, а према његовом мишљењу сви они су у једнакој мери позвани да тумаче Устав, те да је „сваки законодавни акт који донесе Конгрес [је], у извесном смислу, акт уставног тумачења".[1061]

За разлику од оних одлука којима се тумачи устав (углавном се тичу области људских права), одлуке Врховног суда које се тичу интерпретације савезних закона (углавном у областима као што су радно, пореско, антимонополско право и др), Конгрес може релативно лако да превазиђе (*reverse, override*), тако што ће донети нови закон другачије садржине у односу на одлуку. Тако у другом случају Конгрес има снажнију позицију у односу на Суд, него у првој ситуацији.[1062] Ипак, америчка политичка пракса показује да Конгрес може да се суочи са озбиљним потешкоћама када жели да промени одлуку Суда са којом се не слаже.[1063] Видели смо са каквим се тешкоћама суочава америчка власт када жели да уставним амандманом превазиђе одлуку којом се тумачи Устав, али није једноставан задатак за Конгрес ни да донесе нови закон којим се обара одлука Суда којом се тумачи одређени закон. Најпре, Врховни суд ужива већу подршку америчке јавности у односу на Конгрес, па његови чланови зазиру од „снажних напада на Суд" и углавном се задржавају само на претњама, како се не би суочили са јавном осудом. Такође, код конгресмена и сенатора

[1057] Lawrence Baum, "The Implementation of U.S. Supreme Court Decisions", *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (Eds. Ralf Rogowski and Thomas Gawron), Berghahn Books 2016, стр. 203.
[1058] Ово може да изазове сукоб два важна начела: демократске одговорности и судске независности. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 17.
[1059] K. L. Hall *et. al.*, стр. 231.
[1060] *Ibid*., стр. 232.
[1061] Michael Stokes Paulsen, "The Irrepressible Myth of Marbury", *Michigan Law Review*, 8/2003, стр. 2728-2731.
[1062] K. L. Hall *et. al.*, стр. 852
[1063] Постоји богата историја неуспешних покушаја да се судске одлуке превазиђу. То је био случај са законодавним предлозима који су били уперени против одлуке *Feres v. United States* (1950). *Ibid*., стр. 852.

је присутно и поштовање Суда као једне од највиших институција у САД (ово важи и обрнуто, пошто Врховни суд седам пута чешће проглашава неуставним законе савезних држава него федералне законе).[1064] Оно је у углавном истинско и суштинско, али се некада иза спољашњег поштовања Суда и његових одлука, крије и лукава намера пребацивања проблема у туђе двориште. Наиме, када су у питању високо контроверзна и политизована питања, која изазивају поделе у јавности, чланови Конгреса ће под паролом поштовања Суда, радије њему да препусте да донесе одлуку и уместо њих реши спорно питање. Овиме се постижу две „победе", с једне стране поштују ауторитет и дигнитет Суда, а са друге избегавају стигму јавности којом би били изложени, да су они сами донели одлуку (*blame avoidance*).[1065] Овде можемо да уочимо неку врсту неформалне делегације законодавне надлежности са Конгреса на Суд, када он постаје тзв. невољни законодавац.

Неколико је основних разлога за превазилажење судских одлука путем закона.[1066] На првом месту, реч је о промени политичке климе у Конгресу (мењање преференција чланова Конгреса и/или интересних група).[1067] Потом, могуће је да Суд погрешно интерпретира ове преференције или не буде довољно убедљив у својој одлуци, што углавном доводи до готово тренутне реакције Конгреса (у року од једне до две године) уз опаске да „Суд не ради свој посао".[1068] Трећа, према Ескриџовим речима најважнија, а нама свакако најзанимљивија ситуација, је она у којој Суд у својој одлуци сâм сугерише Конгресу промену закона. У одлуци *TVA v. Hill* од 1978. године, Суд је први пут протумачио Закон о угроженим врстама (*Endangered Species Act* од 1973). Поред тога што је овом одлуком у циљу заштите посебне врсте рибе, зауставио градњу бране вредне 110 милиона долара, Суд је послао и једну институционалну поруку: да нема јасне оквире за спровођење политике за заштиту угрожених врста и установљавање одређених изузетака, као и да нема одговарајуће информације нити знања да самостално креира изузетке од правила, нити неки од судија то уопште желе да раде (*and some of us do not wish to do so*).[1069] Због тога су све судије (и оне које су подржале одлуку и оне које су издвојиле мишљење) позвале Конгрес да донесе закон којим би анулирао ефекте поменуте судске одлуке („*to override the Court's decision by statute"*), што је он убрзо и учинио.[1070] Овакво поступање Суда веома подсећа на тзв. упућујуће одлуке о којима смо писали у претходном делу, с тим да овде Суд позива законодавца на деловање како би испунио налог Суда, али не у смислу спровођења његовог тумачења већ више у циљу отклањања својеврсне правне празнине. Зато бисмо овде могли да говоримо и о својеврсној корективној ревизији. Слична овој је и ситуација у којој Суд одбије да закон протумачи широко, јер би таква активност више приличила законодавцу. Тако је у случају *Westfall v. Erwin* од 1988. године, судија Маршал „снажно сугерисао" Конгресу да донесе нови закон, што се у року од годину

[1064] L. Baum, стр. 202.
[1065] *Ibid*., стр. 205.
[1066] Када је реч о карактеру одлука које најчешће бивају прегласане, занимљиво је да су опсежна емпиријска истраживања судских одлука и закона Конгреса којим се оне превазилазе, показала да нема јасних показатеља да различит идеолошки састав ових институција утиче на учесталост овог феномена, али да са друге стране, подељеност Суда приликом доношења одлука (5-4 или 6-3), као и исход одлуке који је супротан интересима локалних самоуправа, савезних држава, а посебно интересима савезне владе, значајно повећава шансу да ће она бити промењена новим законом. Matthew R. Christiansen, William N. Jr. Eskridge, "Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967-2011", *Texas Law Review* 6/2014, стр. 1387.
[1067] W. N. Jr. Eskridge (1991), стр. 387.
[1068] *Ibid*., стр. 388.
[1069] *Ibid*.
[1070] *Ibid*.

дана и десило, јер тумачење Суда није водило ка „задовољавајућем резултату“.[1071] Суд је у својој одлуци поручио да је у конкретној области Конгрес тај који је „у најбољем положају да пружи смернице за комплексна и често врло емпиријска питања“.[1072] Дакле, овде можемо да констатујемо процес јудикализације парламентарног поступка, иницираног од стране Суда, јер иако Суд одбија да одлучује у конкретној ситуацији, он истовремено подучава Конгрес како би уставноправно то требало да уради. Конгрес је углавном пратио ова судска упутства, али су се дешавали и изузеци.[1073] Сликовит пример непоштовања одлуке Врховног суда представља случај тзв. законодавног вета, који потиче од једног дома Конгреса. Наиме, у Одлуци *INS v. Chadha* од 1983. Врховни суд је прогласио неуставном праксу да само један дом Конгреса може простом резолуцијом да ускрати надлежност која је претходно делегирана некој од владиних агенција. Суд је истакао да то морају да учине оба дома у процедури за доношење закона (и у форми закона), како би се између осталог омогућило и председнику САД да оспори или подржи такав закон. Конгрес је на одлуку реаговао на амбивалентан начин. Најпре је из многих закона уклонио одредбу о овом вету, и заменио је оном која је у складу са ставом Суда, али је потом у наредним годинама наставио са неуставном праксом, доневши у периоду од 1983. до 1992. преко 200 закона који су садржали овај контроверзни институт.[1074]

Према налазима америчких професора, број одлука које су превазиђене законом, у периоду од 1967. до 2011, износи 275.[1075] Пошто релативно велики број одлука бива превазиђен на поменути начин (ако се има у виду да Суд годишње одлучи око стотинак предмета), овај процес се сматра више рутинским „него питањем конфронтације између две гране власти“. Извор ове рутине лежи у томе што јавност најчешће није превише заинтересована за одређену одлуку и њено превазилажење законом. Као супротан пример може да послужи доношење закона од 1987. године (*Civil Rights Restoration Act*), којим је промењена одлука *Grove City College v. Bell* (1984), а која је била проширила важење федералног закона којим се забрањује полна дискриминација и на приватне образовне установе.[1076] Свакако један од најпознатијих случајева у којем је Конгрес променио неку одлуку Врховног суда, представља доношење *Civil Rights Act* од 1991. године. Овај закон је представљао свеобухватну реформу америчког радног права, која је за циљ имала јачање права радника (посебно у области дискриминације и сексуалног узнемиравања у вези са радом). Непосредан повод за његово доношење представљао је низ одлука Врховног суда, донетих углавном током 1989. године, којима је Суд настојао да ограничи право радника да туже своје послодавце по основу дискриминације. Амерички аутори истичу да је овај Закон представљао „огромно превазилажење“ (*jumbo override*), којим је промењено више од 12 истакнутих одлука Врховног суда, које су се углавном тицале области радне дискриминације. Овде је посебно занимљиво то, што до промене углавном долази по протеку више од десет година од доношења одлуке, а овде је осам од дванаест одлука било донету у периоду 1989-1991.[1077]

Пошто се однос Конгреса и Врховног суда поводом (не)придржавања одлука овог суда током последњих педесетак година мењао, издвајају се три периода: први,

[1071] K. L. Hall *et. al.*, стр. 852
[1072] Westfall v. Erwin, 484 U.S. 292 (1988), доступно на: *https://supreme.justia.com/cases/federal/us/484/292/*, 15. јануар 2022.
[1073] W. N. Jr. Eskridge (1991), стр. 399.
[1074] G. Vanberg, стр. 5.
[1075] M. R. Christiansen, William N. Jr. Eskridge (2014), стр. 1329.
[1076] K. L. Hall *et. al.*, стр. 852 и 410 .
[1077] M. R. Christiansen, William N. Jr. Eskridge (2014), стр. 1353, 1354 и 1356.

1975-1990. када је пракса промене одлука Врховног суда доживела експанзију (*Override Boom*); потом други од 1991. до 1999. који се назива *Златним добом* ове праксе (*Golden Age of Overrides*), и трећи 1999-2011. у коме долази до пада учесталости (*Decline of Overrides*).[1078] Иако нису доступни подаци за последњу деценију, тенденције и прогнозе су такве да ће број промена наставити да се „драматично смањује", услед оштре страначке подељености унутар Конгреса, што умањује „могућност постизања договора између домова и председника".[1079] Метју Хол (*Matthew E. K. Hall*) истиче да је Врховни суд институција, која као и већина других политичких власти (*political authorities*) зависи од других када је реч о спровођењу својих одлука (*implementer-dependent institution*). Због тога он мора да пази и на њихове преференције, као и на подршку јавности.[1080] Пошто је Конгрес дестабилизован унутрашњим поделама, овакво стање доводи до тога, да се петоро судија (колико износи већина у Суду) све мање плаши могуће реакције Конгреса коју би њихова одлука могла да произведе.[1081] Са смањеним деловањем Конгреса, расте моћ Суда, јер судије добијају више простора да путем одлука изнесу и успоставе сопствена гледишта, која су се показала углавном као либералнија или антирегулаторна (*libertarian or antiregulatory*) у односу на она која заступа Конгрес. Насупрот томе, Суд се понекад не либи да користи веома уска (или чак контрапродуктивна) тумачења закона, како би осујетио потенцијалну реакцију Конгреса, што је на пример био случај у предмету *Recall Vance v. Ball State* од *2012.* у којем је отежао могућност жртвама сексуалног узнемиравања да туже своје послодавце.[1082]

IV 2. 2. 2. Немачка

Када је реч о јудикализацији рада немачких законодаваца, током последњих деценија они доносе одлуке какве не би доносили да уставносудска контрола не постоји. Они покушавају да предвиде одлуке ових институција и тиме спутавају своје деловање, а уз то усвајају речник и стил самог уставног права, као и начин понашања уставносудских институција. Ова јудикализација законодавног поступка доводи до тога да он постаје „преплављен правним аргументима", јер се у дебату укључују и правни експерти, што исходује и нову врсту законодавне политике. Стога Ландрфид овај процес тумачења смисла одлуке СУС, како би се избегло доношење нове касирајуће одлуке, односно предвиђања будућег понашања Суда, назива „Карлсруе астрологијом".[1083]

Као сликовит пример јудикализације у виду аутолимитације у Немачкој, може да се наведе процес доношења законодавства које је уређивало положај радника у органима управљања у оквиру привредних друштава, током седамдесетих година 20. века. Парламентарна дебата о томе да ли приватна својина има апсолутни карактер или је потребно да се балансира између права радника и интереса друштва као целине, трајала је скоро две године, и том приликом је позвано чак 11 стручњака из области уставног права, који су имали опречне ставове о овом питању. На крају, одредба о радничком паритету у органима управљања је изостављена из закона, чију је уставност СУС касније потврдио. У теорији постоје ставови да је управо изостављање ове

[1078] *Ibid*., стр. 1333-1340.
[1079] *Ibid*., стр. 1473
[1080] Matthew E. K. Hall, *The Nature of Supreme Court Power*, Cambridge University Press, 2011, стр. 15.
[1081] M. R. Christiansen, William N. Jr. Eskridge (2014), стр. 1476.
[1082] *Ibid.*, стр. 1474.
[1083] Ландфрид се поводом ове занимљиве кованице заправо позива на Мартина Хирша (*Martin Hirsch*). Ландрфрид. C. Landfried (1988), стр.161. Детаљније о овоме: A. S. Sweet (1992), стр. 202 и 203.

одредбе сачувало закон од касирања и да је дебата о овом питању и јудикализација читавог парламентарног процеса, помогла (или је натерала) тада владајућу партију социјалдемократа да одустане од својих првобитних предизборних обећања.[1084]

Још један случај може да послужи као илустрација овог процеса. Реч је о реформи законодавства о високом образовању. Почетком седамдесетих година 20. века, тадашња савезна влада коју су чинили социјалдемократи је хтела да „демократизује" управљање на универзитетима, тако што је план био да се смањи утицај редовних професора у органима одлучивања. Док је на савезном нивоу трајала дебата, у једној савезној држави (Доња Саксонија) у којој су социјалдемократе такође имале већину, усвојене су сличне законске промене. Близу 400 професора оспорило је новодонети закон федералне јединице путем уставне жалбе. СУС је нашао да закон није у складу са чл. 5 Устава који прокламује слободу научне делатности и нашао је да професори увек морају да имају превагу у органима управљања. Двоје судија који су издвојили своје мишљење истакли су да се СУС поставио у улогу законодавца. У сваком случају, одлука је снажно утицала на доношење савезног закона, тако што су под будним оком опозиције (Демохришћана) ставови које је СУС у одлуци заузео били „ископирани" у закон.[1085] Овде је на нивоу федералних јединица на делу била реч о корективној ревизији, а на савезном о аутолимитацији.

Већ у првој години свог рада, у тзв. Југозападном случају од 1951. године (*BverfGE* 1, 14), СУС је прецизирао да законодавац не може поново да донесе закон који је оглашен неуставним.[1086] Као што видимо, макар у формалном смислу, уочава се разлика у односу између законодавца и контролора устава у Немачкој и САД, док ћемо у наредним редовима видети да у практичном погледу разлике и нису тако велике, ако их уопште и има. Ландфрид истиче да је немачки парламент одувек поштовао одлуке СУС и да готово никада није било отвореног сукоба између ове две институције, јер по њеном мишљењу парламентарци понекад исказују и претерану послушност према Суду. Као пример доследног поштовања праксе Савезног уставног суда, истиче се Одлука о неуставности закона о попису од 1983 (*BVerfGE* 65, 1). Суд је нашао да је неуставно омогућавање преноса овлашћења за обраду личних података, са пописних органа на друге органе управе. Посебно су занимљиви ставови који су том приликом изношени у парламентарној дебати. Секретар парламента је изјавио да је новим законом „до детаља" испоштовано оно што је Суд прописао, на шта су поједини парламентарци реплицирали да одлуке Суда могу да се тумаче на више начина, те да и поједине судије СУС заузимају став да одлуке не треба тумачити дословно.[1087]

Ипак, дешавала су се и одступања од овог идиличног односа. Позната сага о законодавству које се тицало политичких партија и њиховог финансирања представља добар пример како за аутолимитацију парламента, тако и за корективну ревизију, али и као пример релативног непоштовања одлука Суда. Савезни законодавац је почетком педестих година 20. века прописао да појединци и предузећа могу део својих примања (максимално до 5%), односно прихода (максимално до 2%), да донирају политичким партијама, при чему би се тај проценат одбијао од њиховог опорезивог прихода и тиме би добијали одређено пореско ослобођење. Године 1958. СУС је донео Одлуку (*BverfGE* 8, 51) у којој је нашао да су ове законске одредбе неуставне јер се прави

[1084] A. S. Sweet (1992), стр. 79 и 80.
[1085] A. S. Sweet (2000), стр. 86.
[1086] „Пресуда којом се један закон проглашава ништавим не само да има снагу закона (чл. 31 ст. 2 ЗоСУС), него према чл. 31 ст. 1 у смислу кључних образложења обавезује и све уставне органе Савезне државе (*Bund*), тако да савезни закон истог садржаја не сме бити поново донесен." Е. Шарчевић, стр. 80.
[1087] C. Landfried (1988), стр. 159.

разлика између богатијих и оних са мањим примањима, али је са друге стране признао уставну улогу политичких партија у немачкој држави и друштву, и предложио да се успостави систем државног финансирања политичких партија, а у складу са подршком коју би оне добиле на изборима. Законодавац је са радошћу дочекао овај предлог и веома брзо, већ наредне, 1959. године донео нови закон о финансирању политичких партија.[1088] Наредних година је висина средстава која су се издвајала из буџета расла, али су од тога користи имале само веће партије, пошто је законодавац прописао да оне које освоје мање од 5% подршке на изборима, неће више моћи да примају буџетска новчана средства. СУС је у Одлуци од 1966. године (*BverfGE* 20, 56), нашао да је овакво решење неуставно, али није био довољно прецизан, јер је између осталог, прописао да број гласова који је партија освојила на изборима мора да буде „значајно испод“ прага од 5% да би јој било ускраћено јавно финансирање. Законодавац је искористио ову недореченост, и наредне године изменио закон тако да је праг спустио на 2,5%. Закон је био поново оспорен, и у новој Одлуци од 1968. (*BverfGE* 24, 300) СУС је био прецизнији и експлицитно спустио праг на 0,5%. Ова Одлука је имала делимичан успех, законодавац (односно парламентарне партије) су се повиновале „најтранспарентнијим налозима Суда“, али су са друге стране нашле начин да себи обезбеде нове изворе финансирања из јавних средстава. Дакле, 1968. пропао је покушај Суда да вишим степеном разумевања за потребе партија и транспарентнијим ограничењима, постави „ефективне границе“ нарастајућим финансијским потребама партија.[1089] Овакво стање је 1979. исходовало нову Одлуку (*BverfGE* 52, 63) у којој је Суд поновио своје налазе из Одлуке од 1966. године, али је суштински устукнуо пред све већим партијским захтевима.[1090] Почетком осамдесетих година 20. века, немачку политичку сцену су потресали скандали везани за нелегалне начине партијског финансирања (*Flick scandal*), што је резултирало доношењем новог закона 1983. године, који је повећао буџетска давања, као и одбитке од пореза за партијско финансирање. Током коначног уобличавања овог закона, парламентарци, али и комисија експерата која је припремала извешатај о финансирању партија, морали су да се крећу кроз „лавиринт“ бележака и успутних ставова Суда (*obiter dicta*).[1091] Тако се главно питање током парламентарних дебата није односило на то да ли ће закон бити у складу са Уставом или не, већ да ли ће СУС оспорити његову уставност. Пошто су поново добростојећи донатори били привилеговани у односу на оне друге, Ландфрид прихвата став да овај закон представља пример непоштовања поменуте Одлуке Суда, због чега су га неки окарактерисали као „провокацију“.[1092] Године 1986. СУС доноси Одлуку (*BverfGE* 73, 40) којом је генерално подржао закон, а прогласио неуставност само једне одредбе. Ванберг пише да је тада Суд био у изузетно лошој позицији, што је резултирало одлуком која се описује као потпуна „капитулација“, јер се у њој позвао на темељна ограничења која је партијама поставио још у својој првој одлуци од 1958, али их је у истом параграфу сам заобишао, сликовито: „Суд је једном руком вратио, оно што је управо другом био узео“.[1093] Немачки аутори истичу да је у ранијим одлукама СУС непрекидно покушавао да одбрани „грађанску демократску партиципацију“ насупрот партијској владавини, док је у овој одлуци поклекао пред „'представничким апсолутизмом' и партијским олигополом“ прилагођавајући своју

[1088] Детаљно: D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 271-274.
[1089] G. Vanberg, стр. 148, 151, 152, 153 152.
[1090] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр., 280.
[1091] C. Landfried (1988), стр. 159 и 160.
[1092] *Ibid.*, стр. 160.
[1093] G. Vanberg, стр. 158 и 159.

праксу неуставној партијској пракси.[1094] У складу са Одлуком Суда од 1986, законодавац је извршио одређене корекције, те је закон измењен 1988. године. Коначно, СУС се и о њему изјаснио 1992. године (*BverfGE 85, 264*). У овој Одлуци Суд се вратио на чвршћи став који је био заузео у својој одлуци од 1968. Војним речником, СУС је „скратио фронт", напустивши неке своје раније заузете принципе, желећи тиме да одобровољи законодавца, а са друге стране одустао од гломазних и релативно непрецизних конструкција, тежећи концизности и прецизности, које би повећале транспарентност одлуке, односно јасно указао на ограничења која жели да наметне. Законодавац је на ту Одлуку одговорио слично као и на ону од 1968. године. Нови закон је донет 1994. године, у коме су спроведени они најексплицитнији захтеви Суда, али је са друге стране, законодавац поново покушао да подрије одређене делове одлуке.[1095] Ово је чак довело до тога да и савезни председник невољно прогласи закон, изражавајући став да су одређене одредбе закона „на самој граници уставности".[1096]

На основу анализе серија поменутих одлука и закона, Ванберг је дошао до два закључка који се тичу односа између СУС и немачког парламента. Првог, да ће Бундестаг одступити од одлуке Суда увек када се она тиче „фундаменталних интереса политичких партија", и другог, да је СУС „осетљив" у односу на циљеве политичке већине, што утиче на степен пажње са којим креира своје одлуке, те да ће, уколико се одлучи да поништи закон, учинити све да повећа видљивост одлуке у јавности, како би задобио подршку грађана и тиме повећао шансе да она преживи нови талас парламентарног одлучивања о том питању.[1097] Упркос формалним разликама, описани односи имају сличну динамику оној која постоји и у САД.

На трагу Ванбергових налаза, као илустрација нешто складнијих односа (*processes of give-and-take*) може да послужи веза поменутих актера која се јавила поводом регулисања слободе рађања. У интервалу краћем од 20 година СУС је два пута одлучивао о закону који је на сличан начин регулисао питање абортуса, али под знатно промењеним околностима. Наиме, године 1974. немачки законодавац доноси релативно либералан закон који регулише ово питање, да би следеће године СУС генерално подржао реформу, али је у својој одлуци (*BverfG* 39, 1) детаљним упутствима наложио законодавцу да је потребно да формулише одредбе на строжи начин него што је то примарно учинио, јер држава има „позитивну обавезу да заштити основно право на живот".[1098] На рачун ове одлуке, Ландфрид износи оштру критику. Она истиче да је СУС занемарио „социјалне проблеме абортуса", прекорачивши своје надлежности и решивши питање које је „дефинитивно" било у надлежности парламента, што је и истакнуто у два издвојена мишљења, која се сматрају „најреалистичнијим уставносудским одлукама о абортусу".[1099] Бундестаг је 1976. имплементирао у нови закон све оно што је СУС у својој одлуци навео, те је за наредних петнаестак година ово питање било решено. Међутим, „ветар промена" који је захватио Европу почетком деведесетих година прошлог века, довео је до уједињења две Немачке. С обзиром да је у Источној Немачкој постојала либералнија пракса по овом питању, поново се појавила потреба за законодавним регулисањем овог питања, што се и догодило 1992. године, доношењем закона којим је та област унификована на територији читаве новостворене државе. СУС је током 1993. године вршио оцену и

[1094] *Ibid.*, стр. 160 и 162.
[1095] *Ibid*., стр. 162, 165.
[1096] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 284.
[1097] G. Vanberg, стр. 143.
[1098] M. de Visser, стр. 338-340
[1099] C. Landfried (1988), стр. 162.

овог закона (*BverfG* 88, 203), за који се истиче да је представљао „реминисценцију“ првобитног закона од 1974. Поново је касирао одређене одредбе, уз прецизна упутства како закон треба поправити, али је тада заузео далеко либералнији став. Немачки законодавац је 1995. донео нови закон, који је већим делом био усклађен са налозима СУС-а, али је од неких и одступао, или их само „формално“ спроводио. Ипак, његова уставност није поново оцењивана.[1100]

IV 2. 2. 3. Француска

У Француској је постојао страх да ће се применом ППУ, претходна контрола уставности изобичајити. То се није десило, већ је дошло до супротног процеса. Овај вид контроле је доживео својеврсну реафирмацију, јер су овлашћени предлагачи почели да се користе својим овлашћењима у већем обиму него раније, желећи да предупреде интервенцију Савета у вези са ППУ. Аутор Е. Тјер (*Éric Thiers*) то назива „превентивним захтевима“ или ефектом „Френклиновог громобрана“ и наводи неколико занимљивих случајева када су овакви захтеви били упућени.[1101] Сваки од њих је особен на свој начин. Поводом Закона о ношењу вела од 2010. године, председници оба парламентарна дома покренули су поступак пред Саветом, док су посланици из редова парламентарне већине тражили оцену Закона о геолокацији 2014. године. Можда и најзанимљивији пример представља случај када су посланици власти и опозиције заједнички покренули претходни поступак оцене закона о спречавању негирања геноцида над Јерменима, јер су били уверени да ће он бити оспорен у ППУ поступку – Савет је закон прогласио неуставним због повреде слободе изражавања (Одлука бр. 2012-647 *DC*, од 28. фебруара 2012).[1102] Јасно је да се овде ради о својеврсном облику самоограничења парламента, који надилази оквире онога што постоји у САД и Немачкој. У овим државама, парламентарци се труде да саставе закон најбоље што умеју, како би избегли његову уставносудску оцену, а и ако би до ње дошло, да закон „преживи“. Француска парламентарна пракса, под утицајем ППУ је отишла и корак даље. Не само што се парламентарци самоограничавају током законодавног процеса, већ додатно, резонују да је боље да сами покрену поступак оцене уставности, када им то систем већ омогућава, како би избегли да неко други, односно грађани то учине касније, када закон већ ступи на снагу и почне да се примењује. Због тога се повремено у самом парламенту јављају гласови о томе да је сувереност овог органа угрожена, па се неки од француских парламентараца опиру оваквој пракси и постављају питање: Шта би остало од суверенитета парламента, ако би он оставио утисак да тражи дозволу од Уставног савета за доношење одређеног закона?[1103]

Када је то крајње неминовно, Савет оспорени закон или један његов део проглашава неуставним. Уколико је обим касације толики, да закон без тих одредаба нема смисла да буде проглашен, вероватно ће бити враћен парламенту на поновно разматрање, а уколико би се законодавац дрзнуо да усвоји идентичне одредбе, био би подвргнут поновној контроли, тзв. контрола двоструког окидача (*à double détente*).[1104] Упркос повременим несугласицама, до сада се није десило да парламент у

[1100] M. de Visser, стр. 341-342.
[1101] Éric Thiers, “Le syndrome ‘Benjamin Franklin’ ou comment la question prioritaire de constitutionnalité détermine, parfois, la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel”, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 48/2015,* стр. 115.
[1102] *Ibid.*
[1103] D. Rousseau et. al. (2020), стр. 462. Упор. É. Thiers, стр. 116.
[1104] G. Drago, стр. 738.

„корективној ревизији“ усвоји нови закон који садржи идентична решења, као и онај који је Савет претходно оценио неуставним.[1105] Иако ретко, дешава се да се парламент не повинује у потпуности захтевима које је Савет у одлуци изнео, па су се последњих година дешавала кашњења, односно непоштовање рокова које је Савет предвидео за усвајање исправки контролисаних закона, а било је и случајева да парламент само делимично прихвати и примени оно што је одлуком прописано.[1106]

Однос парламента и Савета је посебно сложен када се одређена одредба прогласи неуставном у поступку ППУ. Динамика њиховог односа зависиће од тога који ефекат ће својој одлуци Савет да додели. Уколико је реч о одложеном укидању, Савет неретко прописује прелазни режим (чиме барем за кратко, отворено преузима улогу законодавца), што смањује напетост у њиховом односу, јер парламент има више времена да учини потребне измене. Међутим, уколико се ради о укидању закона или његовог дела, које почиње да делује одмах, парламент мора готово у истом тренутку да интервенише. Скупштински дневни ред ће се пореметити и у случају да Савет донесе одлуку о одложеном укидању, која захтева од парламента да донесе нови закон у тачно прописаном року.[1107] Слика парламента који је „сломљен под теретом спровођења одлука које потичу из ППУ“ је донекле претерана и погрешна, јер се управо дешава супротно. Укидање закона, којим ни парламент није био задовољан, али је морао да га усвоји под притиском већине, омогућава му да се ослободи ритма који му парламентарна већина намеће, а иза које стоји влада.[1108]

Међутим, постоји још један угао посматрања, можда још занимљивији. Француска теорија тврди да је увођење ППУ „десетоструко повећало присуство и тежину уставних аргумената у парламентарним дебатама“[1109], што је у складу са процесом јудикализације парламентарног процеса о којем смо писали. Такође, не само што је подигнут квалитет парламентарне расправе, већ се тврди да је последњих десетак година Савет у поступку поводом ППУ суштински укидао оне одредбе закона које су накнадно биле додаване у виду амандмана, које влада из политичких разлога није била у стању да спречи. Тако Савет на својеврстан начин одаје признање квалитету владиних текстова закона и штити их „од страначких екцеса парламентараца“.[1110] Помало контрадикторно, укидањем закона, Савет може да штити Парламент од владиног диктата, остављући му могућност да у дневни ред унесе и оно што је можда он желео, док такође, може да чува и целовитост оних владиних одлука, које су „добре“ са аспекта уставности, од прекомерних страначких уплитања. Дакле, Савет је у одређеним тренуцима чувар парламентарног угледа и суверенитета од насртаја извршне власти, док је у неким другим случајевима, покровитељ владине законодавне иницијативе, штитећи је од ситних страначких подела и размирица.

IV 2. 3. Уместо закључка: „од мржње до љубави“ – партнерски однос чувара устава и парламента

Када је реч о односима између чувара устава и законодавца, прва асоцијација је да је то однос испуњен напетошћу и сукобима. На претходним странама смо покушали да покажемо да је заправо реч о вишеслојном односу, који измиче пред

[1105] D. Rousseau et. al. (2020), стр. 460.
[1106] Детаљније: D. Rousseau et. al. (2020), стр. 463.
[1107] *Ibid*., стр. 462.
[1108] *Ibid*., стр. 463.
[1109] *Ibid*.
[1110] *Ibid*., стр. 465.

поједностављеним одређењима. Реч је о узрочно-последичном односу, у којем оба актера утичу на рад оног другог. Утицај парламента на рад органа који врши уставносудску функцију назвали смо „парламентаризацијом“. Огледа се у већој или мањој креативности, односно стваралаштву приликом писања одлука о (не)уставности. Чувари устава, на тај начин, постају својеврсни трећи (специјализовани) парламентарни дом. У ширем смислу, органи контроле су парламентаризацији подложни и када се самоограничавају. Показали смо да упркос наглашеном правном моменту, не сме да се занемари, или треба много више да се нагласи, улога политичког/друштвеног елемента на деловање уставносудских органа, јер степен њиховог (само)ограничавања зависи и од степена подршке коју у јавности имају. Са друге стране, видели смо да је у све три државе присутна и јудикализација парламентарног поступка. Најпре, уз одређене разлике, свуда је присутна својеврсна аутолимитација законодавца, његово понашање које је у већој или мањој мери ограничено самим постојањем органа контроле. Присуство контролора уставности је законодавни процес учинило динамичнијим. Оба актера промишљају о својим поступцима, одмеравајући их у складу са могућом реакцијом друге стране. Видели смо да у све три државе, органи контроле стратешки доносе своје одлуке, равнајући се не само према правним критеријумима, већ и (или пре свега) према политичком односу снага у друштву. Да ли ће и у којој мери њихове одлуке бити поштоване, највише зависи од политичког улога који оне носе. Тако ће процес корективне ревизије, поступање законодавца у складу са упутствима из уставносудске одлуке, бити путовање пуно неизвесности за оба актера. Ако је закон, као и устав, израз суверености народа, а и парламента који тај народ представља, свој коначни лик он ће добити тек уз сагласност онога ко изриче уставноправну оцену тог закона.

IV 3. ОДНОС ПРЕМА ЕГЗЕКУТИВИ

Однос између чувара устава и егзекутиве је неретко у другом плану. Обично се истичу везе са законодавцем и судовима, а извршна власт некако измакне пред оштрицом анализе. Ипак, због непрестаног јачања положаја егзекутиве у савременој држави, у последње време долази до промене и овај однос добија пажњу какву заслужује. Реч је о релацији која је испуњена константним одмеравањем снага. Утисак је да над њим непрестано бди Шмитова дилема о томе ко је чувар устава – извршна власт (у његовом случају оличена у шефу државе) или орган који врши уставносудску функцију. Због тога ћемо се у наставку потрудити да прикажемо његове кључне и најзанимљиве елементе, и да скренемо пажњу на сву сложеност интеракције која између егзекутиве и чувара устава постоји.

IV 3. 1. САД

Устав САД у свом чл. 2 ст. 1, предвиђа да председник САД на почетку свог мандата полаже заклетву у којој се између осталог обавезује и да ће „чувати, штити и бранити Устав Сједињених Држава“ (*preserve, protect and defend the Constitution of the United States*). Према речима америчког професора Паулсена, поменута одредба упућује на то, да у вршењу својих извршних функција председник мора да укаже предност Уставу, у односу на закон или судску одлуку које су у супротности са њим. Он се позива на пресуду *Marbury v. Madison*, истичући да исти онај аргумент који се користи за оправдање судске контроле уставности важи и за председника (као и за

Конгрес), другим речима да он поседује „извршну контролу уставности“ (*executive review*) на основу које може да врши „независну правну контролу“ активности других двеју власти.[1111] У том смислу треба сагледавати и право председника САД да уложи вето на закон за који сумња да није у складу са Уставом, иако сам текст Устава не прави разлику између правних и политичких разлога већ помиње термин примедбе (*objections*).[1112] Упркос томе што данас председник САД може да одбије да потпише закон из било ког разлога, историја овог института, а и речи самих „очева оснивача“, говоре у прилог томе да је овај институт најпре био замишљен као „средство за заштиту уставности“.[1113] Ако узмемо у обзир да је од доношења Устава САД до данас уложено 2585 вета (и обичних и џепних), а да је Конгрес успео да прегласа (*override*) тек њих 112, онда Паулсенова теза о председнику као равноправном тумачу Устава, има смисла, а такође би могло да се дода и да је председник прави негативни законодавац.[1114]

У прилог овоме, пише и Ескриџ, истичући да у тумачењу закона, председник САД и његова канцеларија – председништво (*Presidency*) имају важну улогу (*critical role*) и да је њихов царски (*imperial*) положај у овој области последица, двају фактора, с једне стране уставних овлашћења председника да именује судије Врховног суда и свих осталих савезних судова, као и да улаже вето, а с друге да посредно, преко различитих агенција спроводи законе у живот.[1115] Занимљиво је да му је ово друго овлашћење, које се тиче агенција, на својеврсан начин доделио сам Врховни суд. Наиме, у Одлуци *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.* од 1984. године, Суд је подржао тумачење измена Закона о чистом ваздуху (*Clean Air Act Amendments*) који је дала Агенција за заштиту животне средине (*Environmental Protection Agency*). Пошто је Конгрес избегао да реши ово питање на адекватан начин, Врховни суд је заузео став да више приличи „политички одговорној агенцији да то учини“, него ли њему као суду, при чему је направио разлику између стручности које агенција поседује и њене политичке одговорности: „Док агенције нису директно одговорне грађанима, шеф егзекутиве јесте и због тога је сасвим прикладно да ова грана власти врши такве политичке изборе“.[1116] Ескриџ истиче да се током времена између идеолошки сличних председника САД и Суда, створила својеврсна веза. Тако председник користи право вета да заштити оне судске одлуке са којима се слаже, чиме спречава или подиже политички „трошак“ евентуалног прегласавања (*overrides*) одлука Суда у Конгресу, а чак и ако би закон преживео, проћи ће кроз „подрезивање“ (*trimming back*) у виду тумачења од стране агенција. Због тога овај аутор наглашава да је у периодима „подељене владе“ у игри између Врховног суда, Конгреса и председника, председник САД највећи добитник.[1117] Ескриџ је ове своје ставове изнете давне 1991. године, потврдио у истраживању из 2014. Он истиче да уколико се пак председник идеолошки разликује од већине у Суду, а у Конгресу је клима таква да није превише успешан у мењању судских одлука (*overrides*), председник ће свој утицај колико-толико успети да

[1111] M. Paulsen, стр. 2725 и 2726.
[1112] Мирослав Ђорђевић, *Суспензивни вето председника републике* (Одбрањена докторска дисертација), Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2020, стр. 99.
[1113] „Познате су тако речи Александра Хамилтона, да је суспензивни вето (који он назива '*Qualified negative*' - квалификовано поништавање, онемогућавање) 'уставна одбрана' и 'одбрана о нецелисходних (неваљаних) закона' (*improper laws*).“ *Ibid.*, стр. 81.
[1114] Vetoes, 1789 to Present, Summary of Bills Vetoed, *https://www.senate.gov/legislative/vetoes/vetoCounts.htm*, 1. април 2023.
[1115] W. N. Jr. Eskridge (1991), стр. 416-417.
[1116] Наведено према: K. L. Hall *et. al.*, стр. 16.
[1117] W. N. Jr. Eskridge (1991), стр. 416.

оствари уместо путем закона, „агресивном законском (ре)интерпретацијом“ коју спроводе агенције.[1118]

Ипак, иако је однос Врховног суда са председником САД, као и у случају Конгреса, пре однос једнаких, него што је хијерархијски уређен, обавеза председника САД да се придржава одлука Врховног суда углавном се не доводи у питање.[1119] Тако су амерички председници у неколико наврата били на корак да се не повинују његовим одлукама, али би на крају ипак попустили. Рузвелт је претио да неће поштовати одлуке Суда уколико би подривале његову реформу, Труман је после оклевања прихватио одлуку која га је спречила да запосадне челичане које су претиле штрајком током Корејског рата, док је Никсон у складу са одлуком Суда обелоданио снимке због којих је касније поднео оставку.[1120]

Пошто област спољних послова, а нарочито командовање војском, углавном потпада под надлежност председника САД, Врховни суд је развио доктрину о политичким питањима (*political question doctrine*), како би „избегао директан сукоб са председником“.[1121] Ова доктрина може да се сматра и другим именом за доктрину недостатка основа за суђење (*doctrine of non-justiciability*), коју Суд такође користи за самоограничавање.[1122] Основ ове доктрине се налази у теорији о подели власти, у складу са којом Суд врши судску власт, па због тога сва политичка питања треба препустити другим двема властима, односно њиховим представницима у виду председника и Конгреса. Иако се њени зачеци јављају још у првој половини 19. века, уобличена је тек у познатој Одлуци *Baker v. Carr* од 1962. године, у којој је Суд истакао да је погрешно да се унапред претпостави да се сва питања из области спољних послова по аутоматизму сматрају ван судског домета, и да између осталог треба водити рачуна о природи питања у сваком конкретном случају и о могућим последицама које би судска одлука имала.[1123] Ипак, Суд је у овој области веома неконзистентан. Тако је у предмету *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* од 1983. заузео став да „питања поделе власти (само) понекад нису погодна за суђење“.[1124] Барак критикује став судије Бренана (*Brennan*) у предмету *Baker v. Carr* да је политичко питање оно које не може да буде спознато и обрађено у складу са судским стандардима, јер он (Барак) сматра да „сваки правни проблем поседује критеријум за своје решење“, као и да не постоји „'правни вакуум'“, јер не постоји област људског деловања која не поседује право и правни критеријум, па тако и акти који су по својој природи „чисто политички“ могу да буду сагледани/испитани (*examined*) помоћу правног мерила. Сажето, „иако све није право, право се налази у свему“ (*although not everything is law, there is law in everything*).[1125] Он се додатно залаже за потпуну контролу аката извршне власти, без обзира да ли их доносе чиновници или председник САД, јер тиме судови остварују владавину права: „Свако ко поседује власт мора да је врши у складу са правом, а ако то није случај, мора да буде подвргнут судској контроли. Тако, уколико председник некога помилује, тај његов акт је предмет

[1118] M. R. Christiansen, William N. Jr. Eskridge (2014), стр. 1478.
[1119] Према речима Паулсена, председник САД, треба, односно мора, да одбије да изврши одлуку Суда која излази из његових уставних оквира, јер тумачења које даје Суд не треба да обавезују председника или Конгрес, ништа више од онога колико њихова тумачења обавезују Суд. M. Paulsen, стр. 2726 и 2727.
[1120] L. Baum, стр. 205.
[1121] D. G. Savage, стр. 256.
[1122] Владимир Микић, *Амерички председник као шеф дипломатије и врховни заповедник – уставноправна анализа*, Службени гласник и Досије студио, Београд 2017, стр. 209 и 211.
[1123] D. G. Savage, стр. 256.
[1124] K. L. Hall *et. al.*, стр. 756.
[1125] A. Barak (2006), стр. 179.

контроле. Нема ничега у природи тог акта или статуса особе, што би спречавало вршење ове контроле".[1126]

Када је реч о ратним овлашћењима, иако постоје опречна мишљења да ли је то искључива надлежност председника или је и Конгрес инволвиран,[1127] Суд „традиционално одлучује повлађујући егзекутиви"[1128], па су покушаји Конгреса да се „испуни намера оснивача", да Конгрес и председник почну заједнички да одлучују у овој области, имали мало успеха.[1129] Без обзира на држање Суда поводом вођења спољне политике, а посебно поводом обима надлежности председника САД, у својству врховног војног команданта, поједини амерички аутори заступају став да је Врховни суд морао да се упусти у решавање „крупних питања америчког уставног права" која су се последњих деценија јавила (случајеви од 2004. године: *Hamdi v. Rumsfeld* и *Rasul v. Bush*).[1130]

Последњих деценија чини се да долази до постепеног заокрета у пракси Врховног суда поводом примене ове доктрине. Тако се 2000. године Суд упустио у разматрање изборноправног предмета *Bush v. Gore*[1131], што Барак поздравља, јер је питање било погодно за судско разматрање.[1132] Пример да Врховни суд не бира увек средњи пут када одлучује је и оцена тзв. Обамакер законодавства (*Obamacare*) у случају *National Federation of Independent Business v. Sebelius* од 2012.[1133] Тако поједини амерички аутори пишу да поред успона који је имала током 19. и почетком 20. века, доктрина је данас у озбиљном паду или да је чак сасвим престала да постоји (*defunct*), па због тога једино решење за „интелектуалну тензију" која постоји између доктрине Суда о његовој супериорности и доктрине о политичким питањима је елиминисање „једне од њих".[1134] Ташнет је нешто умеренији када заговара њену примену, истичући да Суд треба повремено да покаже своју мудрост тако што неће реаговати, јер судско поступање које се верно држи правних принципа некада може да доведе нацију на „странпутицу", док доктрине о погодности за суђење представљају „додатни алат" који омогућава Суду да не повреди себе или нацију. Ипак, он је свестан да у времену „подељене владе", чланови Суда знају да шта год да ураде, „половина нације ће мислити да су урадили добру ствар".[1135] Постоје и они који сматрају да је најгори сценарио да све гране власти могу равноправно да тумаче Устав и да ниједна нема примат (потпуно супротно Паулсеновој тези). Због тога се залажу да Суд треба да буде „ауторитативни тумач значења свих уставних одредаба", јер је сврха уставног

[1126] *Ibid*., стр. 241.
[1127] В. Микић, стр. 213.
[1128] K. L. Hall *et. al.*, стр. 756. У прилог Ванберговој тези да институције контроле уставности ослушкују политички моменат, сведочи податак да су судови у Америци били смелији да одлучују о овим питањима када су ратови у којима су САД учествовале поодмакли или били при крају, него на самом почетку есклације. Вид. В. Микић, стр. 211 и 212.
[1129] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 214.
[1130] В. Микић, стр. 209.
[1131] У овом предмету Врховни суд је наложио обустављање поновног пребројавања гласова, које је претходно био одобрио Врховни суд Флориде. То је довело до Бушове победе на председничким изборима. Овај случај је изазвао велику полемику како у стручним круговима, тако и у општој јавности у САД.
[1132] A. Barak (2006), стр. 188.
[1133] L. Baum, стр. 202.
[1134] Rachel E. Barkow, "The Rise and Fall of the Political Question Doctrine", *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States* (eds. Nada Mourtada-Sabbah, Bruce E. Cain), Lexington Books 2007, стр. 40 и 41.
[1135] Mark Tushnet, "Law and Prudence in the Law of Justiciability", *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States* (eds. Nada Mourtada-Sabbah, Bruce E. Cain), Lexington Books 2007, стр. 73.

регулисања одређене области да се она „изолује од политичког процеса“, па се сврставањем у политичка питања такве уставне одредбе обесмишљавају.[1136] Стога, Суд треба да одлучује о томе да ли председник САД излази из својих уставних овлашћења и неуставно узурпира законодавчева, јер доктрина о политичким питањима само спречава Суд да контролише вршење дискреционих овлашћења, али га не спречава да установи да ли је извршна власт узурпирала овлашћења која јој не припадају.[1137] Због тога амерички аутор Адлер (*Adler*) подвлачи: „Судска абдикација има своју цену. Изнад свега, она подрива уставно опредељење за колективно доношење одлука, и гаји егзекутивни унилатерализам. Нема разлога да се верује да овакво судијско понашање служи интересима конституционализма или ширим интересима нације. Заправо, постоји много више разлога да је управо супротно“.[1138]

IV 3. 2. Немачка

Одређену улогу у процесу контроле уставности у Немачкој, додуше веома ограничену и дискутабилну, поседује и председник Републике. Из прилично штуре одредбе чл. 82 ст. 1 ОЗ према којој савезни председник потписује законе који су донети на основу Устава,[1139] изводи се да он има „право провере“, које се у литератури сматра својеврсним суспензивним ветом. Иако би по природи ствари, и по називу института, требало да буде реч о праву, немачка теорија је ближа томе да је овде реч о обавези и да би дошло до „тешке повреде Устава“, уколико би председник потписао закон, „а да је притом био убеђен у његову неуставност“.[1140] За нас је посебно занимљива ситуација уколико би пред председника стигао закон за који он сумња да је неуставан. Пошто у Немачкој постоји велика правна празнина, а и пракса је крајње скромна (мање од десет случајева), питање је више теоријског карактера.[1141] Уколико председник одбије да потпише закон, требало би неко од овлашћених предлагача да покрене поступак оцене уставности пред Савезним уставним судом, што претпоставља синергијско деловање председника и владе (савезне или замаљске) или једне четвртине посланика Бундестага, јер он то не може да учини самостално. Овде би по среди био изузетак од правила да се у Немачкој контролишу само закони који су ступили на снагу. Ситуација која је била блиска овој, десила се 1994. године. После одлуке СУС од 1992. о Закону о финансирању политичких партија, како би применио одлуку Суда, Бундестаг је приступио промени закона. Пошто су постојале политичке несугласице да ли је то учињено на прави начин, тадашњи савезни председник је одуговлачио са проглашењем закона, што је указивало на степен политичке кризе, јер је овакво председниково понашање веома неоубичајено за немачке политичке прилике, с обзиром на његове претежно протоколарне функције у складу са којима треба и схватити „право провере“.[1142]

[1136] Erwin Chemerinsky, “Why There Should Not Be a Political Question Doctrine”, *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States* (eds. Nada Mourtada-Sabbah, Bruce E. Cain), Lexington Books 2007, стр. 191-195.
[1137] *Ibid*.
[1138] David Gray Adler, „Termination of the ABM Treaty and the Political Question Doctrine“, *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States* (eds. Nada Mourtada-Sabbah, Bruce E. Cain), Lexington Books 2007, стр. 242.
[1139] E. Šarčević (2019), стр. 152.
[1140] Вид. детаљније: М. Ђорђевић, стр. 105-109.
[1141] *Ibid*., стр. 108 и 109.
[1142] Детаљније: G. Vanberg, стр. 4 и 5.

Код типологије одлука помињали смо да СУС одлукама о одложеном поништавању закон не поништава, већ оставља рок и даје својеврсно упутство (налог) законодавцу на који начин да измени закон, како би се избегло његово поништавање. Ове налоге које СУС, као изразе „мудрости“, упућује законодавцу, Гаврон и Роговски (*Gawron, Rogowski*) називају *judical orders,* и истичу да они могу да се нађу у свим врстама одлука, али да доминирају у одлукама о неуставности без поништавања, односно одлукама о неспојивости/неусклађености (*Unvereinbarkeitserklärung*). Њима Суд „наоштрава“ такву своју одлуку као „меки инструмент“ утицаја, како би натерао законодавца да закон прилагоди у складу са издатим упутствима/налозима, чиме избегава касацију.[1143] Међутим, ови аутори истичу да прави, или макар први адресат који ове одлуке треба да спроведе, није парламент, већ егзекутива, оличена у владиним министарствима. Министарство које је било задужено за израду предлога закона, сада ће бити задужено за његову корекцију у складу са налозима Суда, уз будни надзор Министарства правде, које контролише процес спровођења уставносудских одлука. Посебно уставноправно одељење у оквиру Министарства правде прегледа све одлуке које СУС донесе и тражи у читавом тексту да ли постоји налог за корекцију закона (у обзир долазе сви делови одлуке, изрека, образложење, као и делови који се подводе под *obiter dicta*). На основу овог минуциозног рада, саставља се интерни списак са пронађеним налозима, како би могло да се изврши праћење њиховог даљег спровођења.[1144] Поменути аутори истичу да свака одлука Суда има свој „симболички“ и „оперативни“ део. Први је упућен парламенту, а други (у који спадају и налози) министарствима, што доводи до тога да се појачава „бирократска контрола над законодавцем“ и „смањује маневарски простор за политику“.[1145] Стога налози које Суд упућује законодавцу заправо имају тренутни ефекат на савезну владу и њену управу, што доводи до јачања интерних контролних поступака, као што је надзор Министарства правде и Министарства задуженог за унутрашње послове над свим законским предлозима (овде је реч о новим предлозима, а не о корективној ревизији). Уставноправна одељења ових министарстава контролишу усклађеност са уставним захтевима како би превенирали потенцијалну реакцију Суда. Такође, ова одељења су надлежна и за тумачење одлука, која прослеђују другим деловима својих министарстава, те због тога постају „аутентични уставни тумачи“ и „спољни сарадници Суда“.[1146] У њима седе службеници од којих су многи некада били запослени као помоћници у СУС. Оваквим њиховим деловањем, с једне стране, долази до деполитизације и дубље јудикализације законодавног процеса, али са друге, ти делови управе добијају „посебан значај“ и „недодирљиву надлежност“.[1147] Ово нас неодољиво подсећа на тезу о „успону неизабраних“.[1148]

Ипак, односи између егзекутиве и Суда нису увек овако складни и прожети међусобном сарадњом. У познатој Одлуци од 1995. о сценама распећа у учионицама, која се колоквијално назива *Крст* (*Kruzifix, BVerfGE* 93, 1), СУС је ценио уставност уредбе баварске владе, према којој је постојала обавеза, да на зидовима учионица основних школа, буде постављено распеће. СУС је пронашао да постоји повреда чл. 4 ст. 1 устава, који јемчи слободу савести и вероисповести, што је изазвало лавину

[1143] T. Gawron, R. Rogowski, стр. 217.
[1144] *Ibid*., стр. 218.
[1145] *Ibid*.
[1146] *Ibid*., стр. 220.
[1147] *Ibid*., стр. 221.
[1148] Овде се пре свега мисли на различита тела која су изданци егзекутиве, попут централних банака, разних регулаторних агенција, инспекција, независних органа и сл., а у ширем смислу под „неизабране“ потпадају и судови. Детаљније: Frank Vibert, *The Rise of the Unelected*, Cambridge, 2007, стр. 5.

политичког незадовољства, како на земаљском, тако и на савезном нивоу, јер је одлука схваћена као удар на немачку хришћанску традицију. Тако је и тадашњи канцелар Хелмут Кол (*Helmut Kohl*) изјавио да је одлука „несхватљива“. Није помогло ни то што је Суд покушао да објасни да је погрешно схваћен, и да је неуставно само прописивање такве обавезе, а да распећа могу да остану.[1149] У Баварској је прикупљено преко 700.000 потписа против ове Одлуке, а распећа су остала на зидовима и у новој школској години. Крајем 1995. године баварска влада је усвојила нову уредбу, којом је требало да се усвоје налази Суда, али су њене одредбе тако формулисане да су распећа остала, а родитељима деце којима би то сметало, остављена је могућност да се жале, на шта би директор школе требало да им понуди компромисно решење. Немачка штампа је писала, да је у баварским школама више распећа у школама било после доношења поменуте Одлуке, него што је то раније био случај.[1150]

Област вођења спољних, али и послова који се тичу питања одбране, поверена је савезним органима, председнику, канцелару и парламенту. Пошто су председникова овлашћења претежно церемонијална, одлучујућу улогу има канцелар, уз учешће парламента. У одређивању природе, обима и ограничења њихових овлашћења важну улогу има и СУС, који, иако се труди да буде суздржан, заправо је „дубоко инволвиран у праћање ових области“.[1151] Простор за његово креативно деловање оставила је релативно недоречена одредба чл. 59 ст. 2 ОЗ, која се тиче међународноправног заступања савезне државе и предвиђа да се међународни уговори којима се регулишу политички односи или се тичу материје која је предмет законодавног регулисања савезне државе, морају да буду закључени у форми савезног закона, уз сагласност или учешће тела која су надлежна за савезно законодавство. Тако је СУС током протеклих деценија углавном покушавао да утврди природу односа које су оспоравани уговори регулисали, као и да ли извршна власт приликом спровођења излази из њихових оквира.[1152] Пошто за разлику од Врховног суда САД, СУС не може да се огласи ненадлежним поводом неког случаја само зато што га сматра политичким питањем, он ће га узети у разматрање, али ће иза политичког критеријума да се заклони када буде доносио коначну одлуку о уставности неког акта извршне власти.[1153] Иако је покушавао да остане у оквирима права, СУС је несумњиво у одређеним ситуацијама, веома креативним тумачењима, заправо повлађивао савезној егзекутиви, углавном на штету парламента и грађана, што ћемо показати у наредним примерима из његове богате праксе.

Основе за своје даље поступање у овој области СУС је поставио у Одлуци од 1952. године (*BverfGE* 1, 372), поводом трговинског уговора склопљеног две године раније између Немачке и Француске. Он је нашао да уговор нема политички карактер и да за његово спровођење није потребно учешће парламента, између осталог и зато што је тадашњи положај Западне Немачке (још увек под контролом трију савезничких држава) онемогућавао било какво законодавство које би се тицало спољне трговине. Речју, Суд је нагласио примат савезне владе у овој области.[1154] У одлукама о „нормализацији“ односа између две Немачке од 1973 (*BverfGE* 36, 1) и поводом случаја Рудолфа Хеса од 1980 (*BverfGE* 55, 349), Суд је примењивао „занимљиву комбинацију судског активизма и уздржаности“. У обе ситуације је подржао владину политику,

[1149] G. Vanberg, стр. 3.
[1150] *Ibid*. стр. 4.
[1151] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 189.
[1152] *Ibid*. стр. 190.
[1153] *Ibid*. стр. 196.
[1154] *Ibid*. стр. 191-193.

кокетирајући са доктрином о политичким питањима, али и наглашавајући да је ипак његова реч последња и у „осетљивој области међународне политике“.[1155]

Посебно је занимљиво резоновање Суда у два повезана случаја из осамдесетих година прошлог века. Немачка Влада је прихватила, а Скупштина потврдила у форми резолуције, одлуку НАТО органа да се на територији Западне Немачке распореде ракете средњег домета са нуклеарним бојевим главама. У Одлуци од 1983 (*BverfGE* 66, 39), Суд је одбацио жалбе неколико грађана о томе да им таквим актом потенцијално може да буде угрожено право на здравље и живот јер, између осталог, задирање у ова права може да буде учињено само у форми закона. Суд је уставне жалбе одбацио као недопуштене, образложивши свој став на веома необичан начин. Наиме, прихвативши могућност да распоређивање ових ракета може да повећа опасност од совјетског нуклеарног напада на територију Немачке, Суд је истакао да је ту реч о одлуци стране суверене државе, о којој у промењивим политичким и војним односима, не може унапред да донесе „судски утемељене закључке“.[1156] Другим речима, на степен угрожености здравља и живота немачких грађана не утиче одлука немачке владе која дозвољава распоређивање нуклеарног наоружања, које ће контролисати страна држава (САД), већ од одлуке Совјетског Савеза да ли ће да нападне Западну Немачку или не, а пошто ОЗ штити грађане само од одлука немачких власти, уставне жалбе не могу да буду уперене ка одлуци стране државе и зато су одбачене. Као последица тога што парламент ову одлуку није спровео у форми закона већ резолуције (Влада није успела да задобије потребну подршку у парламенту), следеће године је Партија зелених поново оспорила одлуку владе да прихвати распоређивање ракета, тврдећи да су на тај начин „посредно повређена права Бундестага“.[1157] Суд је нашао да нема повреде устава (*BverfGE* 68, 1), јер је сматрао да одлука о распоређивању представља спровођење постојећег Северноатлантског споразума (*North Atlantic Treaty*) и да зато није потребна додатна законска регулатива, а при том је тумачио да он није ни политички споразум, нити потпада под област савезне законодавне надлежности.[1158]

После уједињења, Немачка напушта став да Основни закон дозвољава употребу њених оружаних снага само на територијама држава чланица НАТО и Западноевропске уније (*Western European Union*). Као што се раније дешавало и у Америци између председника и Конгреса, и у Немачкој од тада отпочиње „правни рат“ између извршне власти и парламента, око њихове (пре)власти на пољу безбедносне политике. За разлику од САД, СУС је у овом конфликту одиграо кључну улогу, суштински се сврставши на владину страну. Повод за деловање Суда било је питање уставности ангажмана немачког Авакс авиона (*AWACS – Airborne Worning and Control System*) изнад Босне и Херцеговине током рата на просторима бивше СФРЈ. Суд је у Одлуци од 1994. године (*BverfGE* 90, 286 – *Авакс 1 одлука*) заузео став да синтагма о „заједничкој колективној безбедности“ из чл. 24 ст. 2 ОЗ потпада под уговоре којима је Немачка приступила, како у оквиру УН, тако и у НАТО оквирима, те да је њиховом ратификацијом омогућено да се немачке трупе по потреби ангажују тамо где је неопходно. Ипак, Суд је истакао да је приликом неодбрамбеног ангажмана трупа, неопходна претходна сагласност парламента. Највише дилема је изазвало питање да ли немачке трупе могу да буду ангажоване ван територије НАТО и Западноевропске

[1155] Рудолф Хес је био осуђен на доживотну робију у нинбершком процесу и утамничен у Источном Берлину, те је његов син био уложио уставну жалбу због пропуштања Владе Западне Немачке да ишта учини како би његов положај био поправљен. *Ibid*. стр. 196-197.
[1156] *Ibid*., стр. 199.
[1157] *Ibid*., стр. 200.
[1158] *Ibid*., стр. 195.

уније, што је узроковало поделу Другог сената на два дела.[1159] Пошто у складу са чл. 15 ЗоСУС, у случају поделе гласова Суд не може да прогласи повреду Устава, владина одлука о ангажовању трупа није проглашена неуставном (а ни уставном), те је тако иако упитне уставности, она практично остала на снази. Тиме је преовладао став оних четворо судија које су биле за „динамичнији приступ чл. 59 ст. 2 ОЗ, којим се омогућава измена и примена уговора у складу са промењеним околностима, без проласка кроз мукотрпни процес формалних промена".[1160]

У предвечерје НАТО бомбардовања Савезне Републике Југославије (операција Савезничка сила – *Operation Allied Force*), Бундестаг је усвојио неколико резолуција којима је омогућио ангажовање немачке војске у решавању тзв. Косовског конфликта. У Одлуци од 1999. године (*BverfGE* 100, 266), упркос ставу заузетом у *Авакс 1* одлуци, о неопходности постојања одлуке Савета безбедности Уједињених нација како би немачке трупе биле ангажоване у оквиру система „заједничке безбедносне политике", Суд је стао на становиште да је, у одсуству одлуке УН, довољна резолуција Бундестага од 16. октобра 1998. године, која је представљала правни основ за ангажовање немачке авијације у оквиру НАТО напада на СРЈ.[1161] Ова одлука је утрла пут томе да 2001. године Суд заузме став да за ангажовање немачких оружаних снага више не буде потребна ни одлука парламента. Наиме, месец дана од отпочињања НАТО бомбардовања на СРЈ, ова организација је усвојила нови „Стратегијски концепт" (*Strategic concept*) свога деловања, према коме за ангажовање њених снага није потребна сагласност Савета безбедности УН, за шта је напад на СРЈ послужио као својеврсни преседан или „прототип". Део немачких посланика је сматрао да овај нови концепт суштински представља значајну промену Северноатлантског споразума и да је потребно да се о њему изјасни и Бундестаг, а у складу са чл. 59 ст. ОЗ. У Одлуци од 2001 (*BverfGE* 104, 151), СУС је најпре нашао да „Стратегијски концепт" не представља измену постојећег Споразума, већ да је реч о „документу о сагласности" (*consensus paper*) који доноси његову „конкретизацију и развој". Коначно, Суд је нашао и да принцип поделе власти не изискује „парламентарну контролу детаља о креирању спољне политике".[1162]

Са заокретом политике извршне власти, дошло је и до заокрета у пракси СУС. Америчка инвазија на Ирак из 2003. године није имала подршку јавности, па је тадашњи канцелар одбио да шаље трупе које би непосредно учествовале у ратним дејствима. Ипак, без сагласности парламента, Немачка је у Турску послала један Авакс авион, како би се са њене територије вршило, према речима немачке Владе „рутинско, одбрамбено осматрање" ирачке територије. Парламентарци су се обратили СУС још те 2003, а он је одлучио тек 2008. године. У Одлуци *Авакс 2* (*BverfGE* 121, 135), Суд је нашао да је немачка војска, иако не непосредно, ипак била укључена у оружани конфликт, те је стога било неопходно да се парламент изјасни о овом питању. Дакле, безмало две деценије од краја Хладног рата, и попуштања пред владином агресивнијом спољном политиком, Суд се поново вратио стриктнијем поштовању уставних принципа, као што је то чинио у првим декадама свога рада.[1163]

[1159] *Ibid*., стр. 201-204.
[1160] *Ibid*., стр. 204.
[1161] *Ibid*., стр. 205 и 206.
[1162] *Ibid*., стр. 194 и 205.
[1163] *Ibid*., стр. 207, 209 и 214.

IV 3. 3. Француска

Због особености поступка претходне контроле у Француској, која се дешава после усвајања, а пре проглашења закона, важну улогу у процесу има и председник Републике. У зависности од садржаја одлуке Уставног савета, председник може да се нађе у неколико ситуација. Када је реч о одлукама о потпуној неуставности или одлукама о делимичној неуставности (ако је по среди неодвојивост од целине закона), он може да не прогласи закон, односно не би смео да га прогласи, јер би могло да се ради о повреди Устава. Друга ситуација је да може да прогласи закон уколико је реч о одлукама о усклађености или делимичној неусклађености. Коначно, председник Републике може закон да врати парламенту на поновно одлучивање (одлуке о делимичној неусклађености). Теоријски постоји и могућност да председник врати закон парламенту и када Савет нађе да је он усклађен.[1164]

Практично је најзанимљивија и најкомпликованија ситуација у којој је Савет прогласио неуставним само неке од законских одредаба. Због тога је он у својој познатој Одлуци од 23. августа 1985 (бр. 85-197 *DC, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*) „развио праву теорију одлука о неуставности“, оправдао вршење оцене уставности закона у Француској, и за нас најважније, одредио улогу председника у читавом процесу. Савет је истакао да циљ контроле уставности није да „омета или одлаже вршење законодавне власти, већ да обезбеди њену усклађеност са Уставом“, па уколико закон није у целости проглашен супротним Уставу, а председник Републике донесе одлуку о његовом проглашењу, законодавни поступак се затвара. Уколико влада/парламент жели да допуни закон у оном делу у којем га је Савет „прочистио“ од неуставности, морало би да се прибегне новом поступку и доношењу новог закона.[1165] Председнику, у складу са чл. 23 ст. 1 Ордонансе о УС, на располагању стоји и друга опција, а то је да делимично касиран закон врати парламенту на дораду, на „ново читање“ (*une nouvelle lecture*),[1166] при чему се ту, како је Савет истакао, не ради о доношењу новог закона, „већ о интервенцији у законодавну процедуру која је у току“, „о додатној“ односно, „комплементарној“ фази која проистиче из контроле уставности“.[1167] Добра страна ове друге опције је „драгоцена уштеда времена“ јер читав процес не мора да креће изнова, већ се „скупштинска расправа наставља тамо где је стала у тренутку упућивања Савету“, а једину новину представља одлука Уставног савета у складу са којом треба да се приступи усвајању нових одредаба. Међутим, наставак расправе о целом закону пружа прилику опозицији да поново изнесе амандмане, потенцијално за сваки члан (и за оне који нису били обухваћени саветском одлуком), што може значајно да успори усвајање закона. Због тога се у пракси више примењује прва опција: председник објављује закон без касираних одредаба, а потом у кратком року подноси предлог закона који садржи само оне одредбе које су изостављене из проглашеног закона, формулисане тако да буду у сагласности са

[1164] Т. Маринковић (2008), стр. 196 и 197. Поводом последње „теоријске могућности“, она би могла да се подведе под „политички суспензивни вето“, о коме пише М. Ђорђевић. „Политички суспензивни вето се налази у оквиру одредаба о овлашћењима председника Републике, непосредно после одредбе о промулгацији, док је суспензивни вето из разлога заштите уставности „сакривен“ међу одредбама о Уставном савету“. М. Ђ. Ђорђевић, стр. 112 и 113.

[1165] G. Drago, стр. 725.

[1166] У француској теорији се водила дебата да ли има разлике између „новог читања“ које се јавља у чл. 23 Ордонансе и „новог разматрања“ (*nouvelle deliberation*) из чл. 10 Устава. Савет је заузео став да ови појмови не могу да се тумаче као да имају другачије значење, јер је одредба члана 23. Ордонансе само „метод спровођења“ члана 10. Устава. D. Rousseau et. al. (2020), стр. 461.

[1167] G. Drago, стр. 725.

одлуком Уставног савета.[1168] Пошто из свега произлази да је пројектована уштеда времена један од главних критеријума којим ће се председник водити, Есплугас-Лабату пише да је враћање закона парламенту најређе примењивана опција.[1169] Као куриозитет истиче се потез Жака Ширака (*Jacques Chirac*) из 2006. године, када је прогласио закон чије су само две одредбе проглашене неуставним, али је истовремено затражио од тадашње Владе да ниједан уговор не буде закључен са ослонцем на оцењивани закон. Због тога су француски аутори овом поступку дали карактер „трећег пута", у којем долази до „проглашења-суспензије".[1170]

Упркос тензији која постоји између Савета и органа извршне власти, његове одлуке се ипак на крају поштују и спроводе. До сада се није десило да председник Републике прогласи закон, за који је Савет установио да је неуставан. Само је 2008. поводом делимичне неуставности Закона о превентивном лишењу слободе (Одлука бр. 2008-562 *DC*, од 21. фебруара 2008), Никола Саркози (*Nicolas Sarkozy*) тражио од председника Касационог суда да закон примени упркос одлуци Савета. Председник Касационог суда се оглушио о његов захтев.[1171] Веома ретко се дешавају случајеви да управни органи не спроводе одлуке Уставног савета.[1172] Чешћи су случајеви да због „инерције" ових органа, не буде донет одговарајући акт којим би се одлука Уставног савета спровела у дело, па се дешавало да Француска због тога буде осуђена пред ЕСЉП, као у случају *Aycaguer v. France* од 2017. године.[1173] Због тога Влада неретко издаје циркуларе својим министрима и другим чиновницима, како би их подсетила и позвала да своју делатност врше у складу са уставним тумачењима која даје Савет. Тако је први министар, Мануел Валс (*Manuel Valls*) у циркулару из 2014. године, подсетио министре да „током целе парламентарне процедуре" морају да предвиђају и процењују „ризик неуставности".[1174] Пошто је о томе и у нашој литератури доста писано, само ћемо подсетити да је Савет одиграо веома важну улогу у разграничавању закона и уредбе, односно законодавчевог и владиног домена у нормативној делатности, широко тумачећи чл. 37 ст. 1 Устава и његову формулацију „текстова у законодавној форми" (*les textes de forme législative*).[1175]

Уставни савет се самоограничио у корист егзекутиве на веома необичан и прикривен начин, искористивши институт референдума као елегантно средство за заобилажење контроле оних области које би у једном ширем смислу могле да се подведу под оно што се сматра политичким питањима. Наиме, француски Устав познаје два референдума. Први, који потиче „одозго", претежно од егзекутиве, и други, који се покреће „одоздо", претежно од народа у садејству са његовим представницима.

У складу са чл. 11 ст. 1 Устава, председник Републике је овлашћен да, на предлог Владе, када парламент заседа, или на предлог оба дома парламента изнесе на референдум предлог закона (*projet de loi*)[1176] који се односи на организацију јавних власти, односно уколико је реч о реформама које се тичу економске или социјалне политике, или којима се дају овлашћења за ратификовање неког међународног уговора,

[1168] D. Rousseau et. al. (2020), стр. 461.
[1169] P. Esplugas-Labatut, стр. 59.
[1170] D. Rousseau et. al. (2020), стр. 462.
[1171] *Ibid*., стр. 460.
[1172] За неколико примера вид. *Ibid*. стр. 463-464.
[1173] *Ibid*., стр. 464.
[1174] *Ibid*.
[1175] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 379. Т. Маринковић истиче да је највећи број одлука у овој области Савет је донео у првих 20 година свога рада. Т. Маринковић (2008), стр. 176 и 177.
[1176] М. Ђорђевић истиче да треба водити рачуна да *projet de loi* представља акт владе (односно надлежног министарства) који није ни стављан пред народне посланике. М. Ђ. Ђорђевић, стр. 115.

који би пак, иако уставан, утицао на функционисање институција. Уколико предлог потиче од Владе, у складу са чл. 11 ст. 2 Устава, она га у виду саопштења (*une déclaration*) износи пред оба парламентарна дома, у којима се о њему води расправа. Дакле, овом уставном одредбом је остављена могућност да Влада и председник Републике, поводом одређених важних питања, суштински заобиђу парламент и директно се обрате народу. У познатој Одлуци од 6. новембра 1962 (бр. 61-20 *DC*) Савет је заузео став да није надлежан да спроводи контролу закона усвојених на референдуму сматрајући их „директним изразом националне суверености". Овај став је потврдио и у својој каснијој пракси (Одлука од 23. 09. 1992. бр. 92-313 *DC*).[1177] Део француске теорије сматра је Савет заузео исправан и „мудар" став, јер је устукнуо пред демократским захтевом за поштовањем воље народа.[1178] Други примећују да није направио важну разлику између народа као законодавца и суверена, али је у сваком случају наставио са поштовањем овог „прецедента" и по успостављању ППУ, па је првобитне налазе додатно учврстио „логички кохерентном" Одлуком од 25. априла 2014 (Одлука бр. 2014-392 *QPC*).[1179] Иако наизглед делује да се оваквим тумачењем своје надлежности Савет самоограничио у корист народа, видећемо да је заправо то учинио за рачун егзекутиве.

Занимљиво схватање о томе, ко и на који начин у Француској изражава општу вољу даје Тропер (*M. Troper*). Он истиче да у Петој републици „законодавну функцију врши сложени орган" који се са једне стране састоји од скупа органа сачињеног од Владе и Парламента, а са друге од оних органа који могу да сазову Уставни савет, као и од самог Савета. Стога, уколико је закон заиста израз опште воље, „онда се мора сматрати да су сви који су учествовали у његовом стварању изразили ту вољу, а они који су допринели да се она сачини, допринели су у ствари њеном изражавању", што значи да својом контролом Уставни савет доприноси стварању закона, а самим тим и опште воље. Коначно, контрола усаглашености закона са Уставом представља контролу тога да ли је закон израз опште воље, јер „закон изражава општу вољу само ако је у складу са уставом", а „контрола закона није кочница, нити коректив демократије, већ њен нужни елемент".[1180] Дакле, Уставни савет је и сам део „сложеног законодавног органа", и он учествује у стварању опште воље чији је израз закон, али додатно, он контролише да ли је та општа воља у складу са оном коју је суверен, односно народ испољио приликом доношења Устава. Да је овако резоновао, Уставни савет се не би прогласио ненадлежним приликом оцене закона који су усвојени на референдуму. После уставне ревизије од 2008. године и сам уставотворац му је послао индиректни сигнал, да би своју праксу могао да промени, пошто је од тада учествовање грађана у вршењу суверености подвргнуто уставној контроли.

Променом француског Устава од 2008. године, уводи се други тип референдума, који смо окарактерисали као онај који потиче одоздо, од базе, односно грађана. Чл. 11 Устава је добио нове ставове, па тако ст. 3 предвиђа да расписивање референдума може да затражи 1/5 парламентараца уз подршку 1/10 бирача уписаних у бирачки списак. Ова иницијатива треба да буде поднета у форми законског предлога (*la forme*

[1177] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 376.
[1178] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 71 и 73.
[1179] J. Mouchette, стр. 11. До 2000. године Савет је имао само саветодавну улогу поводом формалне уставности овог типа референдума, али је у Одлуци од 25. јула 2000. (бр. 2000-21 *Ref*) заузео став да треба да контролише и легалност акта којим председник Републике расписује референдум, односно да контролише његову организацију и референдумску кампању. D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 69.
[1180] Мишел Тропер, *Правна теорија државе*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд 2014, стр. 342-343 и 335.

d'une proposition de loi) који може да буде размотрен у оба парламентарна дома, а ако то не би био случај, председник Републике га износи на референдум (чл. 11 ст. 3 Устава). Ставом 3 поменутог члана изричито је предвиђена надлежност Савета да контролише овај референдум, али су детаљи препуштени разради путем органског закона, који је донет тек крајем 2013. године. Уставни савет је овлашћен да контролише и формални и материјални аспект овог референдума. Задатак Савета је у овој ситуацији нешто другачији него у другим приликама, његова контрола је негативна, треба да потврди да „ниједна одредба предложеног закона није у супротности са Уставом“ (*qu'aucune disposition de la proposition de loi n'est contraire à la Constitution.* – чл. 42-2 ст. 1 тач. 3 Ордонансе). Савет не може, као што би иначе могао, да уклони неуставну одредбу од остатка предлога, већ његова одлука о неуставности једне или више одредби прекида читаву процедуру.[1181] До сада је био само један покушај реализације овог типа референдума, који није успео због недовољног броја потписа.[1182] Због ове компликоване процедуре, која се крије иза „лепог назива“ о заједничкој иницијативи (*référendum d'initiative partagé*), француски аутори истичу да су грађани потиснути у други план, а уколико парламент затаји, препушта се вољи председника Републике да ли ће, иницијативу да стави на народно гласање (ако је претходно Савет дао зелено светло).[1183]

Ако изузмемо број гласова који једна десетина уписаних бирача представља у француском систему, и практичне потешкоће које њихово прикупљање може да има, овај тип референдума је подвргнут снажној контроли Уставног савета (у овом случају уставотворац је није сматрао атаком на вршење народне суверености), а у коначници целом поступку снажан печат и овде даје председник Републике. Дакле, иницијатива грађана и њихових представника је подвргнута значајним уставним ограничењима. Са друге стране, код првог типа референдума, који потиче одозго, доминантно од извршне власти, Савет се самоограничио, са позивом на поштовање народне суверености, што значи да важна питања могу да буду регулисана без икакве контроле уставности, а фактички и без суштинске парламентарне контроле. Треба узети у обзир да је круг области за које референдум може да буде расписан проширен уставном ревизијом од 4. августа 1995. године, те је овде заправо реч о „прављењу простора за законодавца, лишеног икакве контроле, посебно оне која потиче од уставног судије“, односно прецизније за владу, која уколико је несигурна поводом уставности својих планова, „може да заобиђе и парламент и Савет, тако што ће своју законодавну политику да спроводи путем референдума“.[1184]

IV 3. 4. Уместо закључка: обуздавање Левијатана – егзекутива као главни „ривал“ чувара устава (и обрнуто)

Претходна анализа води нас ка закључку да између органа који врше уставносудску функцију и органа који врше извршну власт постоји веома динамичан однос, што се можда не би рекло на први поглед, пошто је обично фокус на односима са легислативом. Општи утисак је да је читава релација између егзекутиве и органа

[1181] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 70.
[1182] Видети: Одлуку о Национализацији париског аеродрома од 9. маја 2019 (бр. 2019-1 *RIP*) и D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 71.
[1183] Дакле, одредба чл. 11 ст. 5 тумачи се тако, јер је глагол *поднети* (*soumet*) у садашњем времену. Вид. D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 177.
[1184] J. Mouchette, стр. 12.

уставносудске контроле недовољно истражена, а можда без основа и потцењена, а да завређује, ако не сву, а засигурно много већу пажњу него што је то до сада био случај.

Рекли бисмо да најслабији положај у односу на егзекутиву има амерички Врховни суд. Председник САД на Суд и његову праксу утиче на неколико начина. Најпре посредно, одабиром судија који ће му идеолошки бити блиски. Уколико је задовољан судском праксом која се тиче тумачења закона, може да искористи вето да би осујетио намере Конгреса да превазиђе одређену одлуку Суда. Обрнуто, уколико није задовољан одлуком, а има подршку у Конгресу, може да утиче на доношење закона којим ће се таква одлука променити, а ако му то не би пошло за руком, остаје му на располагању да се ослони на тумачење и примену закона који припадају различитим агенцијама које су под његовом контролом. Са друге стране, позивајући се на теорију о политичким питањима, Суд оклева, односно својевољно се повлачи пред извршном влашћу, односно пред председником. Ово је посебно изражено у осетљивим областима, као што су спољна и војно-безбедносна политика. Општи је утисак да је у САД, председник, а самим тим и читава извршна власт, у бољем положају (можда није претерано да се каже и у супериорнијем) у односу на Врховни суд, него што је то случај са Конгресом.

Снажнији положај у односу на председника Републике, а и на Владу, има француски Уставни савет. Због начина избора чланова Савета, утицај француског председника на његов састав је знатно мањи него што је то случај с односом између председника САД и судија Врховног суда. Такође, председник Француске у претходној контроли има одређени степен аутономије када одлучује шта ће да учини са законом за који је установљена делимична неуставност, као и у својству покретача поступка за оцену уставности. Од како је уведено приоритетно питање уставности, Влада поседује могућност да утиче на сопствене ресоре да тумаче одлуке Савета другачије или екстензивније него што би требало. Ипак, Влада нема превелик маневарски простор, услед постојања ризика да ће Државни савет[1185], или судови, санкционисати такво њено понашање, стриктно се држећи тумачења која је Уставни савет успоставио. Као што смо нагласили, највећи простор за продор (само)воље извршне власти је у оним областима које се могу ставити на онај тип референдума за који се Савет огласио ненадлежним. Рекли бисмо да је то „Ахилова пета“ француског система контроле уставности, јер тај институт омогућава да на „мала врата“, додуше уз својеврсну плебисцитарну подршку грађана, одређена важна питања потпуно заобиђу икакву контролу Уставног савета.

Као заједничка карактеристика, у обе државе се председник јавља и у улози чувара устава и као такав директно конкурише Врховном суду, односно Уставном савету. Такав његов положај донекле кореспондира са Шмитовим схватањем о шефу државе као чувару устава (вид. *infra V 2. 2.*).

Најсамоуверенији пред извршном влашћу стоји Савезни уставни суд. Видели смо да и он узима у обзир очекивања политичких грана власти, и да је у немалом броју случајева који су се тицали спољне и безбедносне политике повлађивао извршној власти. Ипак, за почетак, што није мало, он се не либи да се упушта у оцену било ког питања које се тиче тумачења Основног закона, ма какав његов политички карактер био. До сада је Савезна влада, на челу са канцеларом, односила превагу над

[1185] Државни савет је особена институција, са дугом традицијом у француском уставном систему. Његова улога је сложена и може се окарактерисати као саветодавно-извршно-судска. Вид. детаљније: Jelena Ćeranić, „Francuski Državni savet“, *Uvod u pravo francuske* (ur. O. Nikolić i V. Petrov), Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, str. 121-139.

парламентом, па и над правним аргументима који су пред СУС поводом деликатних питања били изношени, ипак то не значи да се он у једном тренутку неће осмелити, и заузети критичкији став према њој, за шта има упориште и у својој колебљивој пракси, а и у самом ОЗ. Треба имати у виду и прилично ревносан однос који савезна управа има према извршавању упутстава које СУС даје у својим одлукама. У овом контексту, да би обезбедио да се његове одлуке спроводе у дело у што већем проценту, СУС је схватио да некада мора и да попусти пред оним, од чије воље његова ефикасност претежно зависи.

IV 4. ОДНОС ПРЕМА СУДСТВУ

Приказивање и анализа односа између чувара устава и (осталих) судова, требало би да омогући осветљавање оне танане границе која између њих (ипак) постоји. Правилно схватање ове релације, води ка јаснијем теоријском уобличавању природе уставносудске функције у завршном делу рада. Осим односа према другим судовима, у овом делу бавићемо се и „самопоштовањем", односно привржености чувара устава својој ранијој пракси.

IV 4. 1. САД

Као што смо већ помињали, одлуке Врховног суда су коначне, осим ако их, у зависности од предмета оцене, Конгрес не заобиђе доношењем новог закона, уколико не дође до промене Устава или Суд сам промени своју прећашњу праксу. Поштовање прецедентног права, односно доктрине *stare decisis*, повезано је са идејом да у америчком праву судске одлуке „имају историјски континуитет".[1186] Ипак, од овог правила које се истиче као једно од главних обележја англосаксонског правног круга, постоје немали и бројни изузеци. Боље речено, сам Врховни суд, релативно често одступа од своје раније праксе, па је тако од 1810 (када је први пут напустио свој прецедент) до 2003. године, у око 180 случајева одступио од близу 240 прецедената. Правило о поштовању раније пресуђених случајева је „најрањивије када су у питању предмети који се тичу тумачења устава".[1187] Подаци указују на то да је Суд током 20. века био више склон да одступа од своје претходно утврђене праксе, него што је то раније био случај (скоро 75% одлука је из овог раздобља). То се објашњава чињеницом да „савремени" Суд сагледава начело *stare decisis* као водећи принцип (принцип своје политике – *principle of policy*), а не као „механичку формулу".[1188] У овом контексту, посебно је занимљива историја схватања Суда о абортусу. Најпре је у познатој одлуци *Roe v. Wade* од 1973. године, Врховни суд успоставио правило о дозвољености абортуса на територији читавих САД. Упркос томе што се сматра једном од најважнијих одлука које је Суд икада донео, постоје схватања да је она недоречена (*flawed*) од самог почетка, јер је успоставила право на абортус, али није заштитила средства којима му се приступа, због чега је у многим савезним државама ово право

[1186] D. G. Savage, стр. 373.
[1187] Такође, некада је веома тешко утврдити тачан број прецедената од којих се у једној одлуци одступа, јер Суд понекад у својим одлукама истиче да је од одређеног преседана већ одступио у некој од ранијих одлука, а да заправо такав податак не може да се уочи у одлуци на коју се позива као кључну за промену праксе. *Ibid*., стр. 374.
[1188] *Ibid*., стр. 375.

било готово неостваривo.[1189] Чак и тако мањкава је изазивала велику пажњу јавности и опречна схватања, па се Суд у више наврата налазио на прекретници да ли да одступи од прецедента који је њоме успостављен или да је одржи на снази. У случајевима *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* од 1992. и *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* од 2016. године, дошло је до оштрих подела унутар самог Суда, али је у обе ситуације начело *stare decisis* превладало. Заокрет се десио у јуну 2022. године. Суд је у случају *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* одступио од прецедента и на тај начин укинуо право на абортус. Противници ове одлуке истичу да је до промене у ставу Суда дошло због његовог измењеног састава, јер су последњих година за судије бирани они са конзервативним схватањима (*Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett*).[1190]

Поводом предмета *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey,* судија О'Конор (*Sandra Day O'Connor*) је 1992. године писала да, уколико Суд жели да његове одлуке имају „стварни ефекат" (*real effect*), мора да води рачуна и о поштовању својих прецедената, али и о томе да ужива подршку и прихватање јавности: „Суд мора да говори тако да омогућава људима да прихватају његове одлуке као утемељене и обликоване у складу са начелима, а не у смеру дневнополитичких ветрова".[1191] За правнике и њихову анализу биће занимљиво какве ће правне последице Одлуке *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* бити, односно да ли ће њоме и заиста оживети законодавство које је проглашено неуставним Одлуком *Roe v. Wade,* или ће сличне одредбе угледати светло дана у новом законодавном „руху". С обзиром на тренутни степен подељености који постоји у америчком друштву по овом, али и многим другим питањима, одлука Суда да одступи од свог давно успостављеног прецедента можда и не представља изненађење. Правило о поштовању раније праксе служи „очувању стабилности и континуитета и омогућава предвидљивост права", док са друге стране, одступање од начела *stare decisis* је један од начина на који „Суд прилагођава Устав новим и промењеним друштвеним околностима".[1192]

Пошто је Врховни суд највиши суд у САД, поставља се питање његовог односа према нижим судовима, како према федералним, тако и према судовима савезних држава. Према налазима америчких аутора, судови генерално много лакше прихватају и спроводе одлуке Врховног суда, у односу на законодавну и извршну власт. Као разлоге за то наводе да су код нижих судова „практичне тешкоће" много мање, јер они само треба да примене одлуку и доктрину коју она успоставља, док друге две гране власти најчешће треба да мењају успостављене „рутине" и да „успостављају нове", како би спровеле одлуку. Такође, судије нижих судова много лакше разумеју језик одлуке и поруку коју она носи, а поред тога имају и изражену потребу да поштују институционалну хијерархију, односно одлуке Врховног суда, јер и њихов ауторитет зависи од тога колико их поштују како нижи судови, тако и саме странке у спору који се пред њима одвија.[1193] Са друге стране, теорија о циљевима (да свака институција има своју динамику и специфичне циљеве којима тежи), негира постојање икаквог ауторитета Врховног суда над другим актерима, па и нижим судовима, јер према њој, они који треба да спроводе одлуке Врховног суда су првенствено вођени властитим циљевима и политикама, а тек секундардно мишљу да треба да поштују одлуке

[1189] Roe v. Wade Overturned: How the Supreme Court Let Politicians Outlaw Abortion, *https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade*, 20. јануар 2023.
[1190] *Ibid*.
[1191] D. G. Savage, стр. 375.
[1192] *Ibid*.
[1193] L. Baum, стр. 195-196.

највишег суда. Сходно њој, уколико се одлука Врховног суда поклапа са поменутим унутарсудским циљевима, или уколико нижи судови желе да избегну негативне последице (касирање својих одлука), они ће поштовати одлуку, или у обрнутој ситуацији, неће.[1194] Ова теорија донекле кореспондира са оним што се догодило у првим деценијама постојања Суда. Наиме, иако је Конгрес у Закону о судству (*Judiciary Act of 1789*) одредио границе судске надлежности (чл. 3 став. 2 тач. 1 Закона о судству) Суд је ипак морао сâм да се избори за првенство над судовима савезних држава. Ови судови нису били навикли на вишу инстанцу и нису сматрали тумачења Устава које је давао Врховни суд обавезујућим, јер су то доживљавали као атак на њихову „суверености независност".[1195] У једној од „најзначајних одлука коју је икада донео" – *Martin v. Hunter's Lease* од 1816, Суд је заузео став да је неопходно постојање инстанце која ће да врши хармонизацију судских одлука до „униформности", како би се избегла ситуација да „судије истог знања и интегритета у различитим државама, различито тумаче законе, међународне уговоре или чак и сам устав".[1196] Да Врховни суд није одлучио на овај начин, амерички аутори истичу да би свака одредба Устава, закона или међународног уговора, имала другачије значење у свакој савезној држави, што би довело до тога да САД буду јединствене, исто онолико колико су и Уједињене нације.[1197]

Иако по правилу Врховни суд има последњу реч када је у питању интерпретација Устава САД или федералног права уопште, и нижи федерални судови „уживају одређени степен флексибилности у тумачењу одлука Врховног суда".[1198] То је последица промењиве природе прецедената, али и поступања самих нижих судова, које може да се креће од отворене непослушности, односно неприхватања одлука Врховног суда (што је ређе) или до начелног прихватања, али на такав начин да садржај одлуке буде у потпуности испражњен или да њен ефекат буде „поткопан".[1199] Ипак, најчешћа ситуација у којој се судије нижих судова налазе, да су оне заправо препуштене саме себи, јер неретко одлука Врховног суда није довољно конкретна, и не даје „јасне смернице" за поступање.[1200] То је посебно случај са оним одлукама, које смо у трећем делу, у складу са континенталном терминологијом назвали интерпретативним одлукама, било да је реч о њиховој неутрализујућој или упућујућој варијанти (или комбинацији обеју, поменути случајеви *Ayotte v. Planned Parenthood* од 2006. и *FEC v. Wisconsin Right to Life, Inc* од 2007).[1201]

Пракса пак, показује, да је ауторитет Врховног суда и над федералним и над судовима савезних држава „веома снажан".[1202] Када предмет бива враћен нижем суду, он ће најчешће да пресуди онако како је на то Врховни суд указао у својој одлуци.[1203]

[1194] *Ibid*., стр. 197.

[1195] Један од разлога за овакво стање је било и то, што је надлежност да расправљају о савезним питањима у првом степену додељена нижим савезним судовима тек после Америчког грађанског рата. Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge Universlty Press 2005, стр. 29.

[1196] *Ibid*., стр. 30.

[1197] *Ibid*.

[1198] Stefanie A. Lindquist, Susan, B. Haire, Donald, R. Songer, "Supreme Court Auditing of the US Courts of Appeals: An Organizational Perspective", *Journal of Public Administration Research and Theory* 4/2007, стр. 607.

[1199] *Ibid*.

[1200] *Ibid*.

[1201] Детаљније: L. Determann, M. Heintzen, стр. 109.

[1202] Richard L. Jr. Pacelle, Lawrence Baum, "Supreme Court Authority in the Judiciary, a Study of Remands", *American Politics Quarterly* 2/1992, стр. 187.

[1203] *Ibid*.

Ипак, одређене варијације постоје. Степен лојалности је већи код судија нижих федералних судова, у односу на судије судова савезних држава. Такође, поштовање одлука Врховног суда је на вишем нивоу пред судовима који су у хијерархији од њега мање удаљени. Судови који су бар за две степенице удаљени од Врховног суда, приликом примене његових одлука морају најпре да воде рачуна о инстанци која је директно изнад њих, па тек онда и о самом Врховном суду.[1204] Тако се у пракси јављају два занимљива односа. „Слагање" (*congruence*) означава да нижи суд одлучује на исти начин као и Врховни, док „одзив" (*responsiveness*) представља за нијансу виши степен слагања, у смислу да нижи суд прати идеолошке промене у одлучивању Врховног суда и у складу са њима доноси своје одлуке.[1205] Тако М. Хол (*M. E. K. Hall*) за ниже федералне судове истиче да имају „висок степен одзива" (*highly responsive*).[1206] Како ће нижи судови реаговати зависи од много фактора, од којих нису сви још увек разјашњени. Одзив нижих судова зависиће и од врсте правне области, па тако у кривичној материји она „драматично варира", док је он генерално нижи у предметима из области „контроверзних грађанских слобода".[1207] С друге стране, нижи судови ће бити на истој линији одлучивања са Врховним судом, ако су његове одлуке јасне, недвосмислене и релативно једноставне за читање и разумевање. Као и уколико се поклапају са њиховим властитим идеолошким и професионалним преференцијама.[1208] Неке од професионалних преференција су избегавање ситуације да им одлука буде касирана, очекивање напредовања, уклапање у правно-културни миље, поштовање судске хијерархије и сл.[1209] У америчким правним круговима је познат сукоб између Врховног суда и судија федералног апелационог суда Деветог округа (на Западној обали). Пошто су судије овог суда последњих деценија својим одлукама пружале ширу заштиту грађанским правима у односу на Врховни суд, он се није либио да им касира одлуке и да их при томе „оштро критикује" (*Harrington v. Richter* од 2011. и *Cazavos v. Smith* од 2011). Ипак, судије овог федералног суда су наставиле са својом праксом, уверене у њену исправност, чак и по цену наставка конфронтације са Врховним судом.[1210] Други парадигматичан пример пружања отпора одлукама Врховног суда је пресуда *Brown v. Board of Education* од 1954, која се сматра једном од најважнијих и једном од најнепоштованијих (макар у првој деценији свога „живота").

Доследно поштовање прецедената зависи и од степена (не)подељености коју је Врховни суд исказао приликом доношења конкретне одлуке, од начина на који је предмет у процесном смислу решен, као и од „свежине одлуке", односно временског периода који је протекао од момента њеног доношења до спровођења пред нижим судом (може да прође и по неколико година док се испоштује цео процесни пут). Што је ова временска линија дужа, веће су шансе да ће нижи судови одступити од праксе Врховног суда.[1211] Једноставно, доктрина Врховног суда може да се мења услед протека времена и/или промене његовог састава.[1212]

[1204] *Ibid*., стр. 174.
[1205] Donald R. Songer, Jeffrey A. Segal, Charles M. Cameron, "The Hierarchy of Justice: Testing a Principal-Agent Model of Supreme Court-Circuit Court Interactions", *American Journal of Political Science*, Midwest Political Science Association, 3/1994, стр. 675.
[1206] M. E. K. Hall, стр. 16.
[1207] D. R. Songer, J. A. Segal, C. M. Cameron, стр. 676.
[1208] *Ibid*., стр. 677.
[1209] M. E. K. Hall, стр. 16.
[1210] R. L. Jr. Pacelle, L. Baum, стр. 175
[1211] *Ibid*., стр. 176.
[1212] *Ibid*.

Амерички аутори Бенџамин (*S. M. Benjamin*) и Ванберг су анализирали како федерални апелациони судови (*courts of appeals*), који су директно хијерархијски подређени Врховном суду САД, примењују његове одлуке. Њихово емпиријско истраживање је обухватило период од 1953. до 2012. године. Они су на основу статистичких података и сложене математичке анализе дошли до занимљивог закључка: када судије Врховног суда које су учествовале у доношењу одређене одлуке оду у пензију, склоност судија апелационих федералних судова да следе ту одлуку значајно опада, као и обрнуто – „повећава се спремност судија нижих судова да изричито критикују одлуку".[1213] Они истичу да иако Суд себе посматра као тело са континуитетом, промена старог и долазак новог судије на његово место, ипак утиче на поштовање његових прецедената. Судије нижих судова уочавају ове персоналне промене и за њих сваки нови Суд (у смислу промене његовог састава) представља нови ентитет.[1214] Иако судије Врховног суда „можда мисле да ће њихови прецеденти дуго живети после њих", значај ставова које су изнели и које су прикључили прецеденту „опада после њиховог напуштања Суда".[1215] Дакле, пензионисање судија Врховног суда САД утиче на примену постојећих прецедената од стране нижих федералних судова, јер се судије нижих судова понашају рационално. Нове судије Врховног суда, чак и када су сличних идеолошких схватања као што су били њихови претходници који су учествовали у доношењу конкретне одлуке, могу да заузму другачији став поводом тог истог прецедента, јер судије углавном осећају већи степен личне повезаности са одлуком у чијем су доношењу учествовали, него када то није случај.[1216]

Однос између Врховног суда и нижих судова је двосмеран. Не само од врха на доле, већ и одоздо на горе, односно и нижи судови шаљу одређену врсту импулса, који бива регистрован у Врховном суду и исказан у виду начина на који се врши одабир предмета о којима ће одлучивати (*certiorari*). У зависности од сопствене идеологије (конзервативне или либералне) која у у датом тренутку преовлађује, Врховни суд ће бирати поднеске (*writs of certiorari*) оних судова који у том тренутку заступају њему супротну идеологију.[1217] Другим речима, Суд ће своју пажњу фокусирати ка одлукама оних судова чији се ставови налазе у „највећем несагласју са идеолошком већином Суда".[1218] Као што смо видели, промена у саставу Врховног суда може да има далекосежне последице како на њега самог, тако и на однос нижих судова према њему. Слично, промене у саставу нижих судова, последично могу да се одразе на њихову идеологију (на њену промену), што може да повећа пажњу Врховног суда према предметима који пристижу из таквих судова.[1219] Такође, уколико у нижим судовима постоји висок проценат издвојених мишљења, уколико су учестала касирања одлука нижих инстанци или доношење тзв. *en banc decisions* (одлуке које доносе све судије нижих федералних судова у компликованим предметима),[1220] то ће Врховном суду бити показатељи да у таквим судовима вероватно постоји одређени конфликт и стручна или/и идеолошка размимоилажења, па су веће шансе да ће баш њихове предмете узети у разматрање.[1221] „Предност" при одлучивању о томе о чему ће

[1213] Stuart Minor Benjamin, Georg Vanberg, "Judicial Retirements and the Staying Power of U.S. Supreme Court Decisions", *Journal of Empirical Legal Studies* 1/2016, стр. 22.
[1214] *Ibid*.
[1215] *Ibid*., стр. 6.
[1216] *Ibid*., стр. 9.
[1217] S. A. Lindquist, S. B. Haire, D. R. Songer, стр. 611.
[1218] *Ibid*., стр. 612.
[1219] *Ibid*.
[1220] Детаљније: En banc, *https://www.law.cornell.edu/wex/en_banc*, 18. јануар 2023.
[1221] S. A. Lindquist, S. B. Haire, D. R. Songer, стр. 613 и 614.

одлучивати, имаће и они судови поводом чијих одлука пристиже повећан број *certiorari petitions,* односно поднесци који потичу поводом одлука оних судова чије је одлуке Врховни суд у претходном периоду често касирао.[1222]

IV 4. 2. Немачка

Савезни уставни суд није везан својим ранијим одлукама. Још у првој деценији свога рада, тачније 1954. године, СУС је у једној од својих одлука (*BVerfGE* 4, 31) дозволио себи да одступа од својих ранијих ставова, док је у потоњим одлукама поновио да се неће придржавати своје раније праксе (*BVerfGE* 70, 35).[1223] Ипак, иако званично не прихвата принцип *stare decisis* као такав, СУС у реалности веома држи до континуитета у одлучивању, па је тако у познатом предмету о муслиманском велу од 2003. године (*BVerfGE* 108, 282), цитирао чак 26 својих раније донетих одлука.[1224] Као примери доследности и унапређивања сопствене праксе могу да послуже групе случајева које је СУС доносио током неколико деценија. Поводом уставноправног положаја транссексуалних особа, донео је шест одлука у којима је одлучивао о једнакости и слободама оваквих особа.[1225] О радиодифузији, СУС је у периоду 1961-2007. донео десет одлука. Прва одлука у овом низу од 1961. године (*BVerfGE* 12, 205) означава се као „*Magna Carta* немачке телевизије", којом је истакнута посвећеност Суда да слободу која је била гарантована новинама и недељницима, прошири и на телевизију.[1226]

Када је реч о одступању од своје раније праксе, СУС је поставио одређена (само)ограничења (*BVerfGE* 2, 380), па ће тако до промене у значењу уставне норме доћи у случају појаве нових чињеница које раније нису могле да буду сагледане, или ако се постојеће чињенице појаве у новој светлости или добију на значају на другачији начин.[1227] Реч је о „динамичкој интерпретацији основних права" и „предсказујућој доктрини". У првом случају права се тумаче у складу са промењеним околностима, а у другом, СУС испитује да ли „нове прикупљене чињенице могу озбиљно да угрозе првобитну прогнозу".[1228] Као сликовит пример за оправдано одступање од раније праксе могу да послуже одлуке које се тичу права на пензију преминулог супружника (тзв. случајеви о удовчевој пензији). У првој одлуци од 1963. године (*BVerfGE* 17, 1), СУС је нашао да су одредбе Закона о социјалној сигурности, које су се тицале права удовца да наследи пензију преминуле супруге само под условом да је она пре смрти била финансијска окосница породице, док су удовице безусловно наслеђивале пензију преминулог супруга, у складу са ОЗ. Међутим, одредбе Закона су биле поново оспорене после нешто више од десет година, што је био довољно дуг временски период да се значајно повећа удео запослених жена у немачком друштву. Ова чињеница је круцијелно утицала на Суд да промени своје раније заузето мишљење, и да 1975. донесе одлуку (*BVerfGE* 39, 169) о одложеном поништавању – оспорену одредбу закона је прогласио уставном, али је законодавцу оставио рок да до „истека следеће легислатуре" усклади закон са промењеним друштвеним околностима, што је законодавац и учинио.[1229] Као пример сличне праксе могу да послуже и одлуке о

[1222] *Ibid*., стр. 614. и 615.
[1223] W. Zeidler, стр. 521.
[1224] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 72.
[1225] *Ibid*. стр. 421-428 и 843.
[1226] *Ibid*. стр. 512.
[1227] W. Zeidler, стр. 521.
[1228] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 185.
[1229] W. Zeidler, стр. 515-516. Упоред. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 185.

питању абортуса (од 1975. и 1993), о којима смо писали (вид. *supra IV 2. 2. 2.*).[1230] Због тога немачки аутори закључују да чак ни одлуке СУС-а не трају вечно, већ да оне морају да се доносе после „пажљиве оцене“ и да уколико је потребно „буду отворене за одговарајуће исправке“.[1231]

Можемо да кажемо да у Немачкој, начело *stare decisis* на хоризонталном нивоу, формално не постоји (раније одлуке не обавезују сам СУС, иако се оне фактички поштују), док је са тзв. „вертикалним“ дејством нешто другачије. На основу изричите уставне норме (чл. 100 ст. 3) земаљски суд који жели да одступи од праксе СУС-а мора да затражи његово мишљење, док чл. 31 ст. 1 ЗоСУС прописује да се обавезујуће дејство одлука СУС-а простире и на све судове у држави.[1232] Највиши судови у Немачкој „готово без изузетка“ поштују и спроводе одлуке Савезног уставног суда, док се пред нижим судовима одступања дешавају у „изолованим случајевима“ и „спорадично“.[1233]

Овај однос није био одувек овако „идиличан“. На почетку свога рада, СУС се суочио са постојањем неколико федералних судова, специјализованих за различите правне области, који су већ били стекли одређену репутацију међу осталим институцијама, а и друштву уопште. Стога је он као новајлија, морао да се избори за своје место.[1234] Тако је у првим годинама рада, у поступку инцидентне контроле захтев за оцену уставности неки нижи суд могао да поднесе само преко највишег суда у тој правној области. Највиши судови, имали су право да доставе и своје мишљење о конкретном питању, што су они, а посебно Врховни савезни суд (*Bundesgerichtshof*), временом почели да злоупотребљавају. Мишљења су почела да личе на одлуке о (не)уставности и објављивали су их у својим збиркама одлука, некада и пре него што би СУС донео своју одлуку. На тај начин су му се директно супротстављали, односно наметали јавности и своја уставноправна схватања. Као одговор на ову праксу, СУС 1955. године заузима став да највиши судови не смеју да износе своја мишљења, због чега су му председници тих судова упутили протестну ноту. Спор је наредне 1956, у његову корист пресудио законодавац, изменивши ЗоСУС, тако да је од тада свим судовима омогућено да му се директно обраћају, без посредовања највиших судова (самим тим и без могућности да они подносе своја мишљења).[1235]

У оквиру инцидентне контроле уставности, СУС је дозволио судовима да могу поново да поставе питање уставности одређене норме, под условом да су најпре сами утврдили постојање промењених околности које изискују поновну уставну оцену (*BVerfGE* 65, 179).[1236] Суд успешно ограничава број предмета у инцидентној контроли, тако што заузима став да питање неуставних закона мора да буде важно за решавање случаја пред судом који жели да се послужи овим институтом, или да су сви судови овлашћени да испитују уставност предуставног права, јер је оно нижег ранга од оног донетог после усвајања Основног закона.[1237] У једној од својих новијих одлука из 2009. године (*BVerfGE* 124, 251) СУС је заузео становиште да суд који му се обраћа у

[1230] Детаљно о овим одлукама: D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 374-394.
[1231] W. Zeidler, Стр. 521.
[1232] Вид. М. Станковић,стр. 138 и W. Heun (2011), стр. 176.
[1233] Renate Jaeger, Siegfried Broß, *Report of the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courts*, Conference of European Constitutional Courts XIIth Congress, стр. 27.
[1234] Детаљније: L. Garlicki, стр. 50.
[1235] *Ibid*., стр. 50-51.
[1236] W. Zeidler, стр. 521.
[1237] D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 35.

инцидентној контроли, а поводом сумње у неуставност одређене законске одредбе, мора да изврши својеврсно истраживање о статусу те норме, тако што ће да консултује судску праксу, научну и стручну литературу, као и расправе о тумачењима норме која су у складу са уставом. Циљ је да нађе упориште које би његову сумњу учинило оправданом.[1238] Уколико суд који доводи у питање уставност одређене одредбе, ревносно обави поменуто истраживање, и ваљано поткрепи своје ставове, то не мора да буде гаранција да ће СУС засигурно заузети идентично становиште. СУС је себи дозволио велики степен слободе у одлучивању. Тако са једне стране, он поштује праксу судова, посебно ону која се тиче прихватљивости, односно оправданости захтева који се истиче у поступку инцидентне контроле,[1239] али истовремено је у више наврата (у неколико својих одлука: *BVerfGE* 98, 145; *BVerfGE* 7, 45; *BVerfGE* 51, 304; *BVerfGE* 80, 244) подсећао да није везан тумачењем о уставности норме које судови пред њим оспоравају.[1240]

Посебно је осетљив однос између Савезног уставног суда и судова поводом уставних жалби. У чувеним одлукама Елфес и Лит, од 1957. односно од 1958. године, СУС је установио тзв. радијацијско дејство Основног закона ка свим гранама права, односно ка читавом правном систему, чиме је поставио темеље за успостављање тзв. објективног поретка основних права.[1241] Када је реч о разматрању уставних жалби СУС истиче да он није „суперревизиони суд“ (*Superrevisionsgericht*) и да делује пре свега као „координатор“ процеса тумачења Устава, у којем има „усмеравајућу“ и „подстичућу“ улогу, док судови добровољно прате ово његово вођство.[1242] У прилог овој тврдњи сведочи и пракса (вид. табелу ниже у тексту), јер се касације судских одлука дешавају веома ретко. Тако је током 2022. године СУС решио укупно 4.499 предмета поводом уставних жалби и притом је усвојио само 55 жалби, из чега произлази да је проценат њихове успешности износио 1,22%, што је мање од десетогодишњег просека који износи 1,69%. Под највећим ударом су одлуке грађанских и кривичних судова, с обзиром да се против њихових пресуда највише уставних жалби и улаже. Када је реч о највишим савезним судовима, статистика је симболична. Од 326 оспорених пресуда Савезног врховног суда, СУС је касирао само једну.

[1238] M. de Visser, стр. 383.
[1239] R. Jaeger, S. Broß, стр. 28.
[1240] M. de Visser, стр. 379.
[1241] L. Garlicki, стр. 51.
[1242] *Ibid*., стр. 52.

Табела 5. Број решених предмета по уставној жалби и број усвојених уставних жалби којима се оспорава одлука суда у 2022. години (са назнаком суда који је донео оспорену одлуку)

	СУДОВИ ЧИЈЕ СУ ОДЛУКЕ ОСПОРАВАНЕ УСТАВНОМ ЖАЛБОМ	БРОЈ ПРЕДМЕТА РЕШЕНИХ ПО УСТАВНОЈ ЖАЛБИ	БРОЈ ПРЕДМЕТА У КОЈИМА ЈЕ УСВОЈЕНА УСТАВНА ЖАЛБА
НАЈВИШИ САВЕЗНИ СУДОВИ	Савезни врховни[1243]	326	1
	Савезни управни	81	1
	Савезни финансијски	62	0
	Савезни радни	66	0
	Савезни социјални	155	2
НИЖИ САВЕЗНИ СУДОВИ	Грађански	1.448	20
	Кривични	1.103	17
	Дисциплински	26	1
	Патентни	3	0
	Управни	581	10
	Финасијски	123	0
	Радни	106	0
	Социјални	378	3
	Уставни судови земаља	41	0
	УКУПНО	**4.499**	**55**
	Проценат усвојених жалби у 2022: **1,22%**		
	Проценат усвојених жалби у периоду 2013-2022: **1,69%**		

Извор: Табелу је сачинио аутор, према статистичким подацима доступним на званичној интернет презентацији СУС-а.[1244]

Ова изузетна уздржаност по питању касирања судских одлука, последица је одређених самоограничења које је СУС самом себи поставио. На првом месту реч је о коришћењу тзв. формула (*Formels*), Шуманове и Хекове. Шуманова формула (*Schumann'sche Formel*), названа по професору Екехард Шуману (*Ekkehard Schumann*) који ју је осмислио у свом докторату од 1963. године, предвиђа да ће уставна жалба бити основана, уколико оспорена судска одлука производи таква дејства, каква ни законодавац не би смео да пропише. Хекову формулу (*Heck'sche Formel*), формулисао је судија СУС Карл Хек (*Karl Heck*) који је био известилац у предмету о патентима од 1964. године (*BVerfGE* 18, 85). Она предвиђа да ће се СУС бавити само оним случајевима у којима је „погрешно тумачење норме очигледно" и засновано на „фундаментално погрешном схватању основног права, посебно по питању обима његове заштите" и које је од значаја за конкретни случај.[1245] Хекова формула се односи на тзв. специфично уставно право (*Spezifisches Verfassungsrecht*). Дакле, не само што пресуда суда треба да се тиче неправилно протумаченог основног уставног права, већ ће је СУС касирати само ако је „очигледно несхватљива или неодржива" и тиме „објективно арбитрерна". Тако СУС с једне стране, на све начине покушава да не постане „супер суд последње инстанце" (*super court of last resort*), али је с друге,

[1243] За судове који потпадају под јурисдикцију Савезног врховног суда вид.: R. Jaeger, S. Broß, стр. 3.

[1244] 2022 Annual report, Federal Constitutional Court, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/jahresbericht_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=4*, 22. јануар 2023.

[1245] За Шуманову и Хекову формулу вид.: BVerfG als Superrevisionsinstanz? Nicht ohne die Schumann'sche Formel!, *http://www.klartext-jura.de/2015/01/01/bverfg-als-superrevisionsinstanz-nicht-ohne-die-schumannsche-formel/*, 22. јануар 2023.

оставио себи довољан маневарски простор да у свакој ситуацији реагује у складу са њеним особеностима.[1246] Зато Гарлицки подвлачи да ниједна од ових формула није нашла „недвосмислену примену“ у пракси Суда, већ се уместо једне развијене доктрине, оне примењују „од случаја до случаја“.[1247]

Као и у САД, а видећемо касније и у Француској, интерпретативне одлуке су посебно погодно тле за настанак несугласица.[1248] С обзиром на сву њихову сложеност, доста тога зависи од вештине, али и спремности судова да их протумаче на начин на који то упућује СУС. Маринковић истиче да СУС прихвата чињеницу „да се једна законска одредба увек може тумачити на више начина“ и да због тога „апелује“ на „цео судијски сталеж“, да приликом примене закона њему да онај смисао који одговара „духу или изричитом слову Устава“, чиме он „подстиче редовне судове да сами, без његовог сазивања, екстензивним тумачењем ускладе законску норму с уставном, учествујући у свеопштем, и готово невидљивом, исправљању закона и остварењу владавине права“.[1249] Ипак, СУС је мудро поставио релативно јасне услове под којима је могуће примењивати интерпретативне одлуке.[1250] Зато је неопходно да приликом доношења интерпретативних одлука покаже да је могуће другачије тумачење норме, од онога за које тврди да је неуставно. При томе СУС не сме да ограничи судовима могућност да пронађу још неко тумачење које се не би поклапало са његовим, али које истовремено не би било неуставно.[1251] У складу са свим овим самоограничењима, и критеријумима који важе како за њега тако и за друге, однос између СУС и немачких судова често се описује као релативно хармоничан. Ипак, дешавали су се случајеви у којима је долазило до сукоба који су дуго трајали. Такав је пример тумачење чл. 14 устава, тј. тзв. клаузуле о развлаштењу (експропријацији својине). Судови су дуго одбијали да прихвате тумачење које је установио СУС, због чега он није презао да поништава њихове пресуде, док коначно Савезни врховни суд није поклекао, али и тада он није формално прихватио тумачење које је дао СУС, већ се у конкретном случају позвао на постојање обичајног права.[1252]

IV 4. 3. Француска

Поменули смо да су на основу изричите уставне норме (чл. 62 ст. 2 Устава) одлуке Уставног савета обавезујуће за све јавне власти, као и за све управне и судске органе. Ако упоредимо степен самообавезности одлука Уставног савета, са америчким и немачким примерима, овде ћемо уочити можда и највећи степен флексибилности. Нема начела *stare decisis*, а с обзиром да је и поступак нормативне контроле прилично недефинисан, нема ни норми које би се директно односиле на ово питање. Поводом поступка о изборним споровима, чл. 44 Ордонансе о Уставном савету помиње да одлуке које Савет доноси поводом конкретних избора, важе само у тој ситуацији за коју су донете. У претходном делу смо помињали да, иако се начелно дејство одлуке која је донета поводом једног закона, не простире на друге случајеве, Савет је својом јуриспруденцијом постепено развијао поштовање начела пресуђене ствари, чиме је спречавао законодавца да доноси законе који суштински садрже идентичне одредбе,

[1246] W. Zeidler, стр. 523-524, и M. de Visser, стр. 387.
[1247] L. Garlicki, стр. 52.
[1248] Тако се у литератури истиче да све интертпретативне одлуке развијају дијалог, а посебно упућујуће. Вид. D. P. Kommers, R. A. Miller, стр. 37.
[1249] Т. Маринковић (2004), стр. 251.
[1250] *Ibid.*
[1251] W. Zeidler, стр. 510-511.
[1252] Bosa Nenadić, Ustavni sudovi naspram redovnih sudova, *Pravni informator,* 7-8/2014, стр. 4.

само заогрнуте у другачију форму. Ипак, ово начело не иде дотле да би онемогућило Савет да врши заокрете у својој пракси.[1253] Дакле, можемо да изведемо закључак да његове одлуке обавезују све, док њега обавезују само донекле, у једном ограниченом обиму.

Примена одлука Уставног савета у пракси, у доброј мери зависи од тога како ће их прихватити и спроводити Државни савет и Касациони суд. Пошто не постоје никакве норме које би регулисале евентуалне спорове међу овим институцијама, извршавање његових одлука зависи од „добре воље“ поменутих органа.[1254] Најпре ћемо се осврнути на односе који настају поводом претходне контроле закона и контроле конвенционалности, а потом и поводом приоритетног питања уставности.

Државни савет се редовно у својим одлукама позива на тумачења која је установио УС, а постоје и примери у којима је одступао од сопствене, готово деценијске праксе, уколико би Савет о тој правној ситуацији заузео другачији став.[1255] У одлуци из 2006. године, Државни савет је недвосмислено истакао да га приликом примене и тумачења закона обавезују интерпретативна тумачења која је Уставни савет поводом тог закона установио, што је потврдио у једној својој каснијој одлуци: „резерве тумачења помоћу којих одлука Уставног савета установљава сагласност законске одредбе са Уставом имају апсолутну снагу пресуђене ствари и обавезују управног судију на примену и тумачење одредби закона у складу са њима“.[1256] Ипак, однос између два Савета није увек био овако складан. Један од већих и дуготрајнијих сукоба водио се поводом разграничења надлежности законодавца и егзекутиве поводом нормирања прекршајних казни. Уставни савет је првобитно подржао тумачење Државног савета да је ово уредбодавна област, да би потом Одлуком од 28. новембра 1973. на „спектакуларан начин“ одступио од свог ранијег става, и приписао ову надлежност законодавцу. Спор је трајао све док није донет нови законик о кривичном поступку, и сведочио је о „немоћи Уставног савета“ да до краја спроведе у дело своје тумачење Устава. [1257]

Касациони суд је први пут изричито признао дејство пресуђене ствари одлукама Уставног савета у својој пресуди од 1998. године, да би потом то „у свечаном маниру“ учинила Општа седница овог суда у октобру 2001. приликом одлучивања о кривичној одговорности председника Републике.[1258] Што се тиче резерви тумачења, Касациони суд се индиректно придржава ове праксе Уставног савета, коју Државни савет недвосмислено поштује.[1259]

Државни савет и Касациони суд нису у обавези да поштују уставноправно тумачење одређене норме које пружа Уставни савет, уколико треба да је примене на сличну, али ипак другачију правну ситуацију. Ипак, неретко се и у таквим случајевима повинују његовим одлукама. Због тога поједини француски аутори истичу да су разлике у тумачењима између поменутих актера „практично нестале“.[1260] Други пак

[1253] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 388-389 и Т. Маринковић (2008), стр. 197-198.
[1254] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 391 и Т. Маринковић (2008), стр. 199.
[1255] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 392.
[1256] Одлука Државног савета од 15. маја 2013. Наведено према: D. Rousseau et. al. (2020), стр. 452. Другом приликом, Државни савет је прихватио тумачење „основних слобода“ које је Уставни савет одредио шире од онога што је прописао сам уставотворац. *Ibid.*, стр. 392.
[1257] S. Bulajić, стр. 97. Размимоилажење постоји у схватању института ћутања управе. Уставни савет је тумачи као одбијање одлуке а Државни као прихватање. Бонет, стр. 160.
[1258] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 392.
[1259] D. Rousseau et. al. (2020), стр., 451.
[1260] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 393.

наглашавају да примена саветског тумачења, у оваквим ситуацијама зависи од пуке воље ове две институције, о чему сведоче повремена одступања која се у њиховој пракси јављају. [1261]

Као што смо поменули у другом делу, усклађеност закона са потврђеним међународним уговорима и правом ЕУ врше сви судови, на челу са Државним саветом и Касационим судом, свако у својој надлежности. Уставни савет је у познатој Одлуци од 15. јануара 1975. године (Одлука о Закону о добровољном прекиду трудноће, бр. 74-54 *DC*) нашао да му контрола конвенционалности не припада, и препустио је судовима. Касациони суд је веома брзо прихватио додељену надлежност у Одлуци од 24. маја 1975. (*Société des Cafés Jacques Vabre*). Са друге стране, Државни Савет је наставио да се придржава сопствене праксе коју је био успоставио 1968. године, према којој је давао првенство законима у односу на међународне уговоре, уколико су они касније донети. Тек је почевши од 1989. и чувене Одлуке *Nicolo*, почео да врши контролу конвенционалности.[1262] Било му је потребно безмало 15 година да спроведе одлуку Уставног савета. У сваком случају, од момента када се Савет „одрекао" ове надлежности, развија се сложен однос између њега и ова два највиша суда.

До сукоба међу овим органима, најпре долази због примене различитих мерила контроле. С једне стране оних које Савет користи (Устав односно блок уставности) и с друге, међународни уговори и право ЕУ, које судови користе у контроли конвенционалности, која је по својој природи накнадна. Због тога, замисливе су три ситуације: прва, да су мерила у обе ситуације идентична; друга, да Устав садржи специфичности које немају свој еквивалент у конвенцијском праву; и трећа, да конвенцијско право садржи специфичне одредбе, које надилазе уставна решења.[1263] Ова трећа ситуација је најпроблематичнија, јер у најгорем (или правно најмање пожељном случају) може да дође до тога да Државни савет или Касациони суд прогласе одредбу закона супротну међународном или ЕУ праву, иако је њена уставност претходно потврђена од стране Уставног савета. То је управо био случај пре десетак година, када је Касациони суд у пресуди од 5. априла 2013. нашао да законска одредба о социјалној помоћи није у складу са конвенцијским правом, иако Уставни савет 2005. године није нашао постојање повреде уставности. Разлог лежи у томе што се Касациони суд и Државни савет у својој пракси ослањају „на мерила која проистичу из билатералних и мултилатералних уговора, а која немају увек свој уставни еквивалент".[1264] Дакле, случајеви у којима долази до размимоилажења поводом тумачења исте законске одредбе, у претходној контроли уставности коју спроводи Уставни савет и контроле конвенционалности, коју спроводе судови, нису ретки.[1265]

Увођење приоритетног питања уставности је додатно закомпликовало већ сложен однос између Уставног савета и судова. И овде је замисливо неколико ситуација. „Обични судија" (*le juge ordinaire*) може да саветску одлуку о уставности закона потврди и прошири њено дејство и у контроли конвенционалности, коју он спроводи.[1266] Потом, судови могу да користе решење које је претходно установљено у оквиру контроле конвенционалности, како би избегли упућивање спорног питања ка

[1261] D. Rousseau et. al. (2020), стр., стр. 453.
[1262] Le contrôle de conventionnalité, *https://le-politiste.com/le-controle-de-conventionnalite/*, 25. јануар, 2023.
[1263] D. Rousseau et. al. (2020), стр., стр. 482.
[1264] У складу са тзв. Евро-медитеранским споразумом из 2002. између држава чланица ЕУ и Алжира, забрањено је прописивање строжих креитеријума за пружање социјалне помоћи држављанима Алжира, од оних који важе за домаће држављане. D. Rousseau et. al. (2020), стр. 482.
[1265] *Ibid*., стр. 484.
[1266] *Ibid*.

Уставном савету. Такође, приликом контроле конвенционалности, судови могу одмах да искључе примену закона, који је Савет прогласио супротним Уставу, али чије је укидање ставио под одложено дејство, што наравно може да изазове проблеме у примени.[1267] Коначно, могући су и отворени сукоби, односно постојање потпуно опречних ставова, што је био случај када је у одлуци од 18. јуна 2012. године париски управни апелациони суд, на основу ЕКЉП, оспорио примену закона о ратификацији (*loi de validation*) за који је неколико недеља раније Уставни савет установио да је у сагласности са Уставом. Пошто је из ове битке изашао као поражен, Уставни савет је ускладио своју праксу са критеријумима који постоје према конвенцијском праву и од 2014. године више не постоји „материјално разликовање критеријума за оцену уставности и конвенционалности закона о ратификацији".[1268]

Због ове „стимулативне конкуренције" између двају контрола (уставности и конвенционалности), странке добијају више процесних опција, што доводи у питање „привлачност механизма ППУ", због тога може да се очекује да Савет у неком тренутку напусти своју праксу установљену 1975. године, и преузме на себе и контролу конвенционалности.[1269] Заправо, током припремних радова уочи уставне ревизије од 2008. године, тадашњи председник Уставног савета, Жан-Луј Дебре (*Jean-Louis Debré*), предлагао је поред увођења претходног питања уставности и увођење контроле конвенционалности, која би имала ограничено мерило (Европску конвенцију о људским правима, два пакта Уједињених нација и Европску повељу о основним правима).[1270]

Ако је до увођења ППУ, веза између Уставног савета с једне, и Државног савета и Касационог суда с друге стране, била једносмерна, и кретала се само одозго на доле, у смислу наметања саветских правних ставова овим институцијама, од увођења ППУ она постаје двосмерна, јер Државни савет и Касациони суд постају партнери Уставног савета у овом односу, између њих се ствара „формална веза".[1271] На самом почетку примене ППУ дошло је до проблема, пошто је Касациони суд уместо да предмет, који му је упућен у складу са новоусвојеним чланом 61-1 Устава, проследи Уставном савету, проследио Европском суду правде. То је био почетак судско-политичке саге Мелки и Абдели (*Melki et Abdeli*),[1272] која се завршила тако да ЕСП са аспекта ЕУ права није нашао ништа спорно поводом постојања процедуре ППУ. На крају је француски законодавац изменио одредбу која се тицала посебног одељења Касационог суда (које је првобитно било надлежно за разматрање предмета поводом ППУ), те је овај задатак додељен свим постојећим одељењима овог суда.[1273] Овде уочавамо паралелу са радом Савезног уставног суда у његовим првим годинама, када су врховни судови могли да дају мишљење поводом покретања инцидентне контроле уставности, што је изазвало сукоб, који је решен тек када је законодавац изменио законску одредбу и укинуо давање ових мишљења.

[1267] *Ibid*., стр. 485.
[1268] *Ibid*., стр. 485 и 486.
[1269] *Ibid*., стр. 489.
[1270] *Ibid*., стр. 104.
[1271] *Ibid*., стр. 473. Де Висер пише да ППУ „изграђује органску везу између Уставног савета и редовних француских судова". M. de Visser, стр. 138.
[1272] Видети одлуку Европског суда правде од 22. јуна 2010. (*CJEU Joined Cases C188/10 and C-189/10 Melki and Abdeli*).
[1273] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 108. Бојрон пише да се Касацини суд од самог почетка примене ППУ „побунио" и истрајао на „непријатељствима" безмало две године. S. Boyron (2013), стр. 172-173.

Ипак, после ових почетних трзавица, временом су сви учесници поступка ППУ, почели да прихватају уставом додељене улоге. Према статистичким подацима са интернет презентације Уставног савета, Касациони суд прослеђује више предмета поводом ППУ од Државног савета, али иницијално и добија више захтева. Тако је у периоду од 1. 3. 2010. до 31. 12. 2022, Касациони суд упутио Уставном савету 533 предмета, док је Државни савет то учинио у 435 случајева. Тим поводом Савет је донео 592 одлуке о сагласности, 213 одлука о потпуној, а 78 одлука о делимичној несагласности, и 35 „других" одлука.[1274] Касациони суд више оклева када прослеђује предмете, посебно када би одређеним поводом могло да буде доведено у питање његово дотадашње тумачење, тако се дешава да он преузме улогу „уставног судије" уместо Савета.[1275]

После више од деценије примене ППУ, данас је најчешћа ситуација институционалног међуделовања, у којој се Државни савет и Касациони суд директно у својим одлукама позивају на одлуку Уставног савета којом се укида оспорена законска одредба или примењују резерву која намеће одређено тумачење, што им омогућава да „констатују недостатак правног основа за одлуке нижих судова донетих на основу оспорене одредбе".[1276] Такође, Државни савет и Касациони суд примењују јуриспруденцију Уставног савета и у фази оцене испуњености услова за прослеђивање приоритетног питања уставности ка њему. Приликом оцене озбиљности питања уставности законске одредбе, ови органи се углавном руководе принципима које је установио Уставни савет: „Тријажа ППУ се одвија у светлу истог уставног режима који примењује Уставни савет", што практично значи да иако они процењују само озбиљност питања, то мора да буде у складу са „обимом уставних принципа" и „интензитетом контроле" које је установио Савет, што „неминовно доводи до вршења вида негативне контроле уставности закона".[1277] Они тако некада иду и даље од онога што се од њих очекује „добровољном и опсежном применом одлука Уставног савета".[1278] Понекад се позивају и на образложење његових одлука или „преносе" уставна тумачења у другу правну област или у други текст, чиме додатно шире и дејство пресуђене ствари и сам утицај Савета, што доводи до „појашњења", па чак и „хармонизације правног уређења везаног за уставно тумачење".[1279] У великој већини случајева, Државни савет и Касациони суд следе Уставни савет, али не увек. Релативно ретки сукоби последица су најпре у двосмислености онога што се тумачи.[1280] Према схватању других француских аутора, погрешно је пренаглашавати „дијалог" између учесника у поступку ППУ, јер је он ограничен по свом правном обиму. Тако се истиче одлука Државног савета од 5. фебруара 2014. којом се повређује уставноправни режим слободе изражавања и комуникације. Уместо троструког теста пропорционалности који примењује Уставни савет, примењено је просто одмеравање заштите јавног поретка, техничких претпоставки и поштовања ових слобода.[1281] У случају Касационог суда, индикативно је спровођење Одлуке Уставног савета од 25. октобра 2013. године (Одлука бр. 2013-35 *QPC*), приликом којег је на рестриктивнији начин применио „обим укидања", него што је то Савет био установио.[1282]

[1274] Bilan statistique, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique*, 25. јануар 2023.
[1275] L. Favoreu, *et. al.*, стр. 366
[1276] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 473.
[1277] *Ibid*., стр. 480
[1278] *Ibid*.
[1279] *Ibid*., стр. 477.
[1280] *Ibid*., стр. 479 и 480
[1281] бонет, стр. 161.
[1282] D. Rousseau *et. al.* (2020), стр. 481.

Укључивањем судова у тријажну фазу поступка, уставотворац је имао намеру да се избегне преплављеност Савета предметима, али су тиме они стављени у позицију да врше „претходну оцену уставности“.[1283] Приликом оцене критеријума озбиљности, они врше „меку“ уставну контролу и сами постају уставне судије. Они дају прво или ново тумачење закона када испитују озбиљност ППУ, или не користе уставна начела на исти начин као Уставни савет и одступају од његових тумачења. Неретко се дешава да Касациони суд покушава да се меша у делокруг Уставног савета, упућивањем ППУ уз прецизирање аргумената у корист (не)усаглашености одредбе са Уставом. Због тога у оваквом систему међусобних ограничења, Државни савет и Касациони суд поседују средства да успоре или чак зауставе успон Уставног савета ка постајању онога што се може сматрати правим врховним судом.[1284] Због тога постоје предлози да се уклоне ове одредбе о филтрирању, како би Савет имао директну и непосредну везу са нижим судовима и сам одлучивао о прихватљивости жалбе, што би убрзало његов пут ка истинском врховном суду.[1285] Слично о овоме пишу и други француски аутори: „У односу на своје традиционалне делокруге надлежности, овај задатак јасно намеће Државном савету и Касационом суду да постану оно што се данас у доктрини назива 'негативни уставни судија'. Није у надлежности ове две институције, чак и након подробног просуђивања, да неку законску одредбу прогласе супротном Уставу, већ обрнуто, могу да оцене, евентуално, након двоструког тумачења уставне норме на коју се позивају и законске норме која се побија, да озбиљни карактер неуставности није очигледан и да је не треба преусмерити ка Уставном савету“.[1286]

Нама се чини да је њихова улога сличнија брани или филтеру, тј. ономе што у сличним ситуацијама раде стручне службе (уставне жалбе у Немачкој) или судијски сарадници (САД), а то је да спречавају да они предмети код којих нема ни назнака противуставности, тј. који су „очигледно неосновани“ дођу до (уставног) суда. Државни савет и Касациони суд би требало да остану на констатацији да нешто нема ни призвук неуставности, у супротном, мешају се у делокруг самог Савета. Уколико бисмо прихватили тезу о њима као негативним уставним судијама, онда би требало тако да називамо и оне правнике који у СУС врше тријажу пристиглих предмета (пре свих уставних жалби), или сараднике и судије Врховног суда САД када „одлучују о чему ће одлучивати“. С друге стране, неоспорно је да поступак ППУ приближава Савет судовима и обрнуто, при чему хијерархија међу њима није сасвим јасна (за разлику од директног надзора судија Врховног суда и СУС над својим стручним службама), те њихов однос више одговара дијалогу између судија (хоризонталним односима). Ипак, рекли бисмо да се најгласније чује реч Уставног савета, ако ни због чега другог, а онда због тога што управо он одређује мерила контроле за све учеснике тог дијалога.

IV 4. 4. Уместо закључка: судови и чувари устава као невољни партнери

Закључци до којих смо дошли анализом односа органа који врше уставносудску функцију и судова вероватно донекле одступају од онога што се поједностављено мисли о овом односу – или да је реч о органима исте врсте те да између њих влада хармонија, или пак да је реч о супротстављеним и сукобљеним институцијама. Најпре,

[1283] *Ibid*.
[1284] *Ibid*., стр. 116. и 117.
[1285] *Ibid*., стр. 117.
[1286] D. Maus, стр. 28.

чини се да Врховни суд САД, упркос постојању правила *stare decisis* показује најмању привржености својој пракси, док са друге стране и Уставни савет, а посебно СУС, иако нису формално на то обавезани, веома држе до својих ранијих одлука. Такође, по логици ствари, с обзиром на његову интегрисаност унутар судске гране власти, требало би да Врховни суд нема никаквих, или да макар има најмањи степен размимоилажења са нижим судовима. Ипак, као што смо видели, иако се нижи судови истичу као најлојалнији партнери у односу на друге актере, овај однос није увек хармоничан и далеко од тога да се одлуке Врховног суда спроводе *tel quel*. Чини се да у САД постоји тиха борба за престиж унутар ове гране, у којој судије нижих судова добро промишљају и стратешки одмеравају више фактора, пре него што приступе (не)примењивању одлука Врховног суда. Са друге стране, СУС, а посебно Уставни савет, су се средином 20. века појавили као страна тела у уставноправним системима својих држава. Упркос почетним отпорима од стране већ афирмисаних судских институција, чини се да ови органи имају хармоничнији однос са судовима, иако су задржали свој независан и специфичан положај, који није (до краја) интегрисан у судски систем. Ово посебно важи за Савезни уставни суд, упркос изричитој уставној одредби која га подводи под судску власт. Својим промишљеним и крајње суздржаним опхођењем према судовима, он им са једне стране указује поштовање, а са друге не пропушта да истакне да он ипак обавља другачији (и у одређеној мери важнији) задатак од њих. На послетку, однос Уставног савета према Државном савету и Касационом суду је више него динамичан, од почетне удаљености (и поред тога што се Уставни савет угледао на праксу ова два органа), до данашње тесне сарадње у оквиру приоритетног питања уставности. Највећи камен спотицања представља контрола конвенционалности, поводом које је сâм Уставни савет направио збрку када ју је препустио судовима. Пошто у Француској треба очекивати неочекивано, не би било велико изненађење ако у наредним годинама или деценијама, угледамо Уставни савет као контролора конвенционалности и/или јединог контролора уставности и у накнадној контроли.

IV 5. ЗАКЉУЧАК ЧЕТВРТОГ ДЕЛА: КОУСТАВОТВОРАЦ У НАСТАЈАЊУ ЧИЈИ ЈЕ ГЛАВНИ „ТАКМАЦ“ ЕГЗЕКУТИВА

Када сагледамо односе између органа који врше уставносудску функцију и других политичких актера, можемо да изведемо неколико закључака. У све три посматране државе, уз одређене нијансе, чувари устава су респектабилни чиниоци.

Поводом односа са уставотворном влашћу, предуслов за његово разумевање је прихватање разлике између постојања изворне уставотворне власти и ревизионе уставотворне власти. Прва је недодирљива, а друга би могла (морала) да подлегне уставносудској контроли. У овој сфери, СУС се изборио за најснажнију позицију, док се Уставни савет још увек колеба и налази на корак да се придружи немачким колегама. Пошто је до сада показао најмање спремности да се бави овим питањем на јасан и недвосмислен начин, Врховни суд САД је формално најдаље од успостављања ове контроле. Међутим, ако узмемо у обзир колико је захтеван процес промене америчког Устава, као и да је Врховни суд тај који ће својим тумачењем одређивати ширину и домет евентуалног уставног амандмана, свака ревизиона власт је прилично немотивисана да приступи промени Устава САД, како би покушала да се супротстави пракси Суда која јој се не допада. Ипак, то није сасвим немогућа опција, с обзиром да

је готово једна четвртина амандмана у САД донета као одговор на неадекватне одлуке Врховног суда.

Однос са парламентом можда је и најскладнији, што може да укаже и на закључке о природи чувара устава. У свим земљама, између законодавца са једне, и органа контроле са друге стране, развили су се односи који су веома слични. И једни и други наступају са узајамном дозом поштовања и разумевања, и труде се да унапред предвиде акције оног другог, како би се умањиле шансе за потенцијалне сукобе. Тако је кроз процес јудикализације, видљив утицај контроле уставности на рад парламената, али и обрнуто, органи контроле почињу да се понашају и као политички актери, што нас је навело да тај процес назовемо парламентаризацијом њиховог деловања.

(Не)очекивано, најдинамичнији односи постоје са егзекутивом. Најпре, извршна власт свуда, у већој или мањој мери, (не)посредно утиче на састав органа контроле. Потом, она стоји иза највећег броја законодавних предлога, што доводи до инструментализације парламента, али често и самих органа контроле. Није реткост да непопуларна законска решења буду тако срочена, како би испровоцирала реакцију контролора, што би гнев јавности усмерило ка онима који врше контролу, уместо ка онима који могу да буду кажњени на изборима. Са друге стране, спровођење у живот ставова које су органи контроле заузели у својим одлукама, у великој мери зависи од органа извршне власти, тако да однос између два моћна актера мора још више да буде прожет међусобним уважавањем, често и повлађивањем, обично не на штету егзекутиве. Видели смо да се у оним граничним случајевима, који се налазе на пресеку права и политике, а који најчешће спадају у домен извршне власти, органи који врше уставносудску функцију, или либе да се уопште и упуштају у оцену таквих аката, као у САД, или на крају, уз много правничке домишљатости попуштају пред јачим, као у Немачкој. Ипак, не треба заборавити, да онај који се самоограничио, може и да укине баријере које је самостално поставио. Другим речима, можда наши органи, ако их за тренутак изједначимо са судовима, не поседују Хамилтонов мач, али нам се чини да поседују снажне вериге, којима егзекутиву могу да свежу, или макар задрже. Наравно, уколико то желе, или можда пре, смеју.

Коначно, однос према судовима је препун изненађења. Иако је Врховни суд органски инкорпориран у амерички судски систем, видели смо да нижи судови не прате увек његове одлуке, односно да постоје одређене правилности, када и под којим условима они то раде, а када не. Судије нижих судова практично не ризикују ништа и када се стриктно не воде одлукама Врховног суда. Евентуално, то може да буде од утицаја приликом њиховог напредовања, али не нужно, јер ако су опонирали одлукама Суда који је био конзервативан, а у неком тренутку на власт дође либералнија струја (и обрнуто), могу чак и да профитирају од своје „непослушности“. Ипак, било би претерано рећи да нижи судови не поштују одлуке Врховног суда, али се може закључити да они то не чине беспоговорно, и не увек. Када је реч о нашим двеју европским државама, однос према судовима обично се поједностављено оцењује као напет. Видели смо да та напетост није много већа од оне која постоји у САД (ако је уопште већа, посебно у Немачкој). Рекли бисмо да је кључно питање, зашто је она присутна. Да ли зато што су СУС и УС страна тела која утичу на уобичајено вршење судске власти, или их пак судови доживљавају као конкуренцију. Пробаћемо да одговор дамо у наредном делу рада. За сада, истаћи ћемо да су се судови у Француској и Немачкој углавном показали као лојални партнери, што органи контроле, на себи својствен начин, умеју да цене.

V ПРИЛОГ ТЕОРИЈИ О УСТАВНОСУДСКОЈ ФУНКЦИЈИ

Закључци до којих смо дошли у претходним деловима рада, а посебно у четвртој целини – профилисање органа који врше уставносудску функцију као изузетно важних чинилаца, као својеврсних коуставотвораца и законодаваца, односно једине противтеже егзекутиви, трасирали су пут ка одговору за којим трагамо. Пре него што се упустимо у пружање коначних закључака о природи уставносудске функције, осврнућемо се најпре на теорије о државним функцијама, а потом и на схватања која се најдиректније баве одређењем делатности које обављају органи који врше уставносудску функцију.

V 1. ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВНИМ ФУНКЦИЈАМА (ВЛАСТИМА)

У уставноправној науци, као аксиом се узима да је државна власт једна и недељива. Када се говори о подели или јединству власти, заправо је реч о другачијој организацији различитих функција које државна власт обавља.[1287] Како би се избегла концентрација власти на једном месту, данас преовлађује концепт поделе власти, јер како каже С. Јовановић: „У праву нико не може бити ограничен својом властитом вољом него туђом“.[1288] Ипак, наш фокус ће бити на препознавању државних функција, како бисмо одредили природу уставносудске функције. За одређивање функција/власти користе се различита мерила, као што су материјално, органско и формално мерило. Материјално или објективно мерило тичу се онога што улази у домен односно садржину одређене функције, органско или субјективно за свој критеријум узимају врсту органа који дату функцију врши, и коначно, формално мерило полази од врсте акта који приликом вршења одређене делатности настаје.[1289] У трећем делу, исцрпно и из различитих перспектива, а у складу са овим мерилима, показали смо које су то особености функције која се назива уставносудском. На овом месту осврнућемо се на четврто, према речима Р. Марковића, „најједноставније мерило“, које полази од тога колико државних функција постоји. У својој монографији *Извршна власт* из 1973. године, он је анализирао ставове 35 аутора, који су се бавили питањем организације државних функција у складу са овим мерилом.[1290] Ми ћемо указати само на оне које су из перспективе нашег истраживања најзначајније и најзанимљивије, с тим да ћемо анализирати и студије новијег датума.

V 1. 1. Теорије о две функције (дуалистичке)

Чини се да је постојање законодавне функције једино неспорно. Теорије које полазе од тога да постоје само две власти, законодавна и извршна називају се дуалистичким. Њиховим зачетником сматра се Џон Лок (*John Locke*). За њега је

[1287] Слободан Јовановић, *Држава II*, Геца Кон – Просвета, 1936-2005, стр. 7. Р. Марковић одређује државну функцију као „делатност државе, која носи одређена обележја, усмерена на вршење државне власти“. Р. Марковић (2015), стр. 168. Исти аутор власт дефинише на следећи начин: „термин 'власт' узимамо као јединство функционалног, материјалног и органског, организационог момента. То је једна група државних послова која има свог институционализованог носиоца“. Ratko Marković, *Izvršna vlast,* Savremena administracija, Beograd 1980, стр. 78.

[1288] С. Јовановић, *Држава II,* стр. 5.

[1289] Р. Марковић (2015), стр. 168 и 171-177.

[1290] Иако смо истакли у чему се огледа разлика између власти и функције, у теорији се често разлика губи, те ћемо углавном писати о организацији функција, односно власти, као синонимима.

законодавна врховна државна власт, која ствара правила „на основу којих се одлучује о природним правима човека“, док извршна власт извршава прописе и примењује санкције. Дакле, у извршну улази и власт коју врше судови. Лок је власт која се бави одржавањем интереса заједнице као целине према другим заједницама назвао „федеративном“, док је истовремено сматрао да изнад свих ових власти постоји једна виша власт, а то је народ.[1291] Другим речима, иако је препознао две власти, он је извршио дискретно раслојавање унутар извршне (уочавајући „федеративну“ власт) и препознао постојање уставотворне власти. Слично становиште заузимао је и Жан Жак Русо (*Jean-Jacques Rousseau*), који је сматрао да „политичко тело“ има вољу, оличену у законодавној, и снагу, оличену у извршној власти.[1292]

Занимљиву поделу државних функција на „политику“ (*Politics*) и „управу“ (*Administration*) врши амерички аутор Гуднау (*Goodnow*). Прва функција се тиче изражавања државне воље, а друга њеног извршења, при чему он наглашава да органе који врше ове две основне функције није лако одредити, па се уместо поделе, залаже за „хармонију власти“. Поред тога, свестан је да у зависности од сложености политичког система, оне могу да буду подељене на „мање и секундарне“ функције, па тако унутар функције извршења разликује судску, извршну и управну власт.[1293]

Код нас је присталица дуалистичких теорија био Живојин Перић, који је сматрао судску и административну власт деловима „егзекутивне“ власти – власт која „извршује“ законе, које због тога морају да примењују законе које је донела законодавна – власт која доноси законе.[1294]

Ханс Келзен, идејни творац уставног судства, био је такође присталица дуалистичких теорија. Он је заузимао став да се државне функције поклапају са основним функцијама права, а то су стварање и примена права. Сматрао је да „опште правне норме извршава и извршна власт исто као и судска“, а да је разлика између њих само „што се у једном случају извршење општих норми поверава судовима, а у другом – такозваним 'извршним' или управним (административним) органима“, па се тако долази до закључка да је „уобичајена трихотомија, дакле у основи дихотомија, основна разлика између *legis latio* и *legis executio*. Ова последња функција је подељена на судску и извршну функцију у ужем смислу“.[1295] За њега појам 'поделе власти' означава начело политичке организације. Оно претпоставља да три такозване власти могу бити утврђене као три посебне координисане фунције државе, и да је могуће установити граничне линије које одвајају од осталих сваку од тих трију функција: „Као што смо видели, нема три, већ две основне државне функције: стварање и примена (извршење) права, и те функције нису координисане, већ подређене и надређене. Немогуће је доделити стварање права једном органу, а примену (извршење) права другом тако искључиво да ниједан орган не врши обе функције истовремено“.[1296]

[1291] R. Marković (1980), стр. 13-14.
[1292] *Ibid*., стр. 14.
[1293] *Ibid*., стр. 17-18.
[1294] Живојин Перић, *Границе судске власти*, Београд, 1899, стр. 10. Упор. R. Marković (1980), стр. стр. 24.
[1295] За разликовање у оквиру извршне власти на владину (политичку) и административну функцију тврдио је да има „пре политички него правни карактер“. Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 355.
[1296] „Теоретска разлика између трију државних власти мора се посматрати као нешто што почива на политичкој доктрини поделе власти, која је саставни део устава најмодернијих демократија и уставних монархија. Стварање општих норми од стране неког другог а не законодавног органа, наиме, од стране органа извршне или судске власти, обично се схвата као извршна или судска функција. С функционалног гледишта, нема битне разлике између тих норми и 'закона' (општих норми) које доноси заонодавно тело. Са систематског гледишта, нарочито је рђаво убрајати у извршну функцију стварање

Келзен законодавни поступак дели на два стадијума: стварање општих правних норми које се обично зову законодавство и стварање општих норми које регулишу тај законодавни поступак (устав).[1297] За њега сваки законодавни акт представља акт извршења устава, као што и сваки судски акт представља извршење одређене норме.[1298] Он прихвата могућност повреде устава, а власт „испитивања закона у погледу њихове уставности и поништавања неуставних закона“ поверава као искључиву функцију специјалном уставном суду.[1299] Чувен је његов следећи став: „Поништење закона је једна врста законодавне функције, акт – такорећи – негативног законодавства. Суд који је надлежан да поништава законе – индивидуално или генерално – функционише као негативни законодавац“.[1300] Истовремено он је био веома свестан да уколико се судска контрола уставности смести унутар поделе власти у класичном смислу, да представља „очигледну повреду“ тог начела.[1301] Због тога је он ово начело максимално релативизовао и истакао да његов „историјски значај“ лежи баш у чињеници што оно „дела више против концентрације неголи у прилог поделе власти“, а да „контрола судова над законодавном и извршном функцијом значи да су законодавна, извршна и судска функција здружене у надлежности судова“.[1302] Дакле, ако пробамо да сажмемо Келзенову мисао, произлази да све што није законодавство, представља извршење, али и да је законодавство извршење више норме, као што је и судство (као подврста извршења) негативно законодавство, уколико врши контролу уставности. С једне стране, он погађа суштину, а то је да органе који врше уставносудску функцију одликује мешовита и сложена природа, али са друге стране чини се да додатно усложњава читав проблем, замагљујући истински значај чувара устава тврдећи да он „само“ примењује вишу норму.

V 1. 2. Теорије о три функције (тријалистичке)

Теорију од које се данас полази као од општег места, формулисао је Шарл Монтескје (*Charles Montesquieu*). Његово дело је имало изузетан утицај како на развој правно-политичке мисли, тако и на већину устава који су касније доношени. С обзиром да је о Монтескјеовом делу исцрпно писано и код нас и уопште, више пажње поклонићемо неким од интерпретација његове мисли.

Монтескјеова теорија се заснива на анализи реалних политичких односа и историјских збивања.[1303] Не постоји сагласност да ли је држава о којој је писао у књизи

општих норми онда кад их, у изузетним околностима, ствара шеф државе уместо законодавног тела. Функција је овде потпуно иста као и она коју обично врши законодавно тело. Слична нетачност се чини кад се опште норме које ствара суд класификују као судске одлуке и убрајају у судску функцију.“ *Ibid*., стр. 370, 356 и 357.

[1297] *Ibid*., стр. 357.

[1298] *Ibid*., стр. 363.

[1299] „Ако устав прописује известан поступак који треба поштовати при доношењу закона и ако доноси извесне одредбе у погледу њихове садржине, он мора предвидети могућност да законодавац може неки пут и да прекрши те одредбе. Тада устав може одредити орган који има да одлучи да ли су поштоване одредбе које регулишу законодавну функцију. Ако се тај орган не поклапа са законодавним органом, онда он чини једну власт која је изнад законодавца, што политички може бити непожељно, посебице ако тај орган има власт да укине закон који сматра неуставним.“. *Ibid*., стр. 368, 244 и 245

[1300] *Ibid*., стр. 368.

[1301] *Ibid*., стр. 370.

[1302] „Судови врше законодавну функцију кад су овлашћени да пониште неуставне законе. [...] Судови даље врше законодавну функцију кад њихова одлука у једном конкретном случају постане преседент за одлуке у другим сличним случајевима.“. *Ibid*., стр. 383, 384 и 373.

[1303] R. Marković (1980), стр. 25.

XI, глави 6 свог капиталног дела *О духу закона*, која носи назив о „О енглеском уређењу“, заиста Енглеска. Р. Марковић заступа став, ослањајући се на Р. Лукића, да је Монтескје на уму имао слику „једног идеалног устава, а не слику енглеског устава, чак и ако се он њиме често надахњивао“.[1304] Монтескје нигде у свом делу није помињао „поделу власти“ и изгледа да није желео „њихову потпуну функционалну и организациону раздвојеност“, већ је писао о облицима државне власти, те прави разлику између законодавне, извршне у питањима која регулише право народа (извршна, пандан Локовој „федеративној власти“) и извршне у питањима која се тичу унутрашњег права (заправо је реч о судској власти).[1305] Његова мисао је важна зато што је њеним (погрешним?) интерпретацијама, до данас опстала, готово као догма, идеја о постојању три власти (законодавне, извршне и судске), као најпожељнијем механизму за организацију и ограничење власти.

Код нас је Слободан Јовановић у првим деценијама 20. века, био један од главних заговорника теорије о трима државним функцијама. Законодавна или регулативна функција утврђује „шта треба у случајевима једна врсте радити“, извршна (назива је још и управном, односно административном) ради по упуствима законодавне, тако што подводи конкретне случајеве под општа правила. Коначно, судска функција се бавим конкретизовањем, односно остваривањем општих правила у конкретним случајевима.[1306]

Бројни су аутори који у својим делима преиспитују Монтескјеову класичну тродеобу, при чему неки задржавају идеју о тројној власти али потпуно другачије организованој, док други дају мање одређене описе своје организације власти. У наредним редовима указаћемо само на неке најупечатљивије ставове. Према Шарлу Ајзенману (*Charles Eisenmann*) Монтескјеово одређење државних функција је „претежно друштвено-политичко“, те да он „није имао правне преокупације, посебно када је одређивао извршну и судску функцију“.[1307] У овом контексту, Монтескје је сматрао да није потребно да се извршна власт ограничава на било који начин, јер она има „своје природне границе“, док је истовремено био мишљења да извршна власт треба повремено да се супротстави законодавној тако што ће поседовати „право одбацивања“ (*faculté d'empêcher*), да јој треба дати прилику да поништава одлуке законодавне власти, тј. њен закон,[1308] оно што ће се касније изродити у законодавни вето. Савремена политичка пракса, али и наше истраживање учињено на претходним страницама, посебно у делу које се тиче односа извршне власти и органа који врше уставносудску функцију, упућује на то да се у погледу граница извршне власти Монтескје преварио и да је управо према њој потребно да постоји „право одбацивања“. Као потврда може да послужи Јелинекова (*G. Jellinek*) схватање о извршној, односно управној функцији. Овај немачки аутор истиче да је управна функција „централна“ и „најважнија државна функција“, која је и „историјски посматрано“ увек била основна, те да је држава замислива без закона и судија, али не без управе, јер би тада била „чиста анархија“. При томе, Јелинек сматра да је делатност владе – „слободна радња државе у области управе“, потпуно неподобна за правно регулисање.[1309]

Ослањајући се на искораке које су у теорији направили Гуднау, Диги (*Duguit*) и Шнајдер (*Schneider*), Левенштајн (*Loewenstein*) одбацује „класични трипартизам

[1304] *Ibid*., стр. 34. Супротно: М. Тропер, стр. 232.
[1305] R. Marković (1980), стр. 26 и 28,
[1306] Слободан Јовановић, *Држава I*, Геца Кон – Просвета, Београд 1936-2005, стр. 335 и 336.
[1307] R. Marković (1980), стр. 31.
[1308] *Ibid*., стр. 33.
[1309] *Ibid*., стр. 38-39.

извршне, законодавне и судске функције“ као „баласт“, и предлаже „нову трипартицију државних функција“ (*the new tripartism of state functions*).[1310] Он такође разликује три функције које су организоване по материјалном мерилу. На првом месту налази се политичко одлучивање (политички избори, доношење устава, законодавство); на другом, извршење политике (у мањем делу је то и законодавство: утилитаристички и вредносно неутрални закони, који се јављају нпр. у областима као што је регулисање санитарних услова, мерних јединица и сл., управа, судство); и на трећем, контрола политике (супрематија устава, подељена власт, контролисана власт, политичка одговорност).[1311] За Левенштајна функција суђења није ништа друго до извршење политике, а независност судства је више политички, неголи „функционални постулат“, те је због тога у његовој новој подели ова функција доживела значајан губитак свог пређашњег статуса (*significant capitis deminutio*).[1312] Судску контролу уставности у оквиру америчког система назива „потпуном аномалијом“, која „супстанцијално“ припада трећој, контролној грани.[1313] Дакле, Левенштајн измешта „класично“ судство из треће гране, и ставља је на другу, како би трећу ослободио за „најважнију“ контролну функцију. Ипак, он је веома оштар у оцени судске контроле уставности у САД, сматрајући да она структурално не може да се уклопи са расподелом функција између неколико носилаца власти, јер она није демократска и није лишена могућности да се „политички изопачи“, а додатно не подлеже контроли других носилаца власти – „укључујући и бирачко тело“. Због тога је сматра најизраженијом карактеристиком америчког политичког система (*American pattern of government*), и цитира Ламбера када је назива „судократијом“, „владавином судија“, а Врховни суд „трећим законодавним домом“.[1314] Он истиче да рад ове функције зависи од „специфичног обрасца“ по којем је власт у једној држави организована, с тим да се историјски уочава да је првобитни „дуализам“ на релацији влада (круна) – парламент усложњен, односно „трансформисан“, појавом бирачког тела као арбитра између поменутих актера.[1315] У његовој теорији је наглашена разлика између подељене (која претходи) и контролисане власти. Подељена овлашћења једне власти на различите органе доводе до њихове сарадње, односно до њихове узајамне контроле.[1316] Левенштајн пише о томе да постоје „опциона, а не обавезна“ – „специфична права одређених државних органа или оних који имају власт која се врше аутономно, у складу са њиховом политичком дискрецијом“, а међу њих убраја и судску контролу уставности.[1317] При томе, судска контрола уставности излази из „легитимног домена судова“, јер је она „супстанцијално контрола политике“, која се, уколико надилази друге носиоце власти, претвара у „политичку одлуку“. Када судови врше контролу уставности, они „престају да буду прости органи за извршење политике и постају носиоци власти једнаки, ако не и супериорнији, од других политички конституисаних носилаца власти“.[1318] Као једину

[1310] Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, The University of Chicago Press, Chicago, 1957, стр. 413 и 42.
[1311] R. Marković (1980), стр. 46. Упор. K. Loewenstein, стр. 43-52.
[1312] K. Loewenstein, стр. 47.
[1313] *Ibid*., стр. 47-48.
[1314] И поред ових критика, он подвлачи да оне не смеју да буду тумачене као „негирање корисности“ ове институције. Левенштајн, стр. 250. О ситуацији у Европи (на уму пре свега има немачки и француски пример), Левенштајн пише да се уставни судови, ослањајући се на своје право и обавезу да тумаче устав, упуштају и у оцену политичких питања, због чега функција уставног суда „нужно поприма политички карактер иако је прерушена у судску форму“. *Ibid*., стр. 249, 245 и 257.
[1315] *Ibid*., стр. 49.
[1316] *Ibid*., стр. 50.
[1317] *Ibid*.
[1318] *Ibid*., стр. 244.

баријеру потпуној судској супрематији он види самоограничења која Врховни суд сам себи намеће.[1319]

Позивајући се на Ајзенмана, М. Тропер (*M. Troper*) у потпуности одбацује уобичајено тумачење Монтескјеове теорије сматрајући да он није желео поделу власти. Тропер сматра да у XI поглављу *Духа закона* у којем се говори о енглеском моделу устава (овде се разликује од Р. Марковића) нигде нема ни специјализације ни независности, „чак ни у њиховој 'гипкој' варијанти".[1320] Овај француски аутор подвлачи да извршна власт не може да буде противтежа законодавној, „осим ако не располаже и овлашћењима која се разликују од извршне функције". С друге стране, служећи се примером Врховног суда САД, сматра да судска власт може да јој буде противтежа, јер овај суд тумачи уставни текст, дискреционо и не подлеже никаквој контроли у томе.[1321] Тропер редефинише класичну концепцију закона као израза опште воље. У вршењу законодавне функције учествују председник и/или влада на основу функције владања, парламент на основу функције већања, а уставни судија на основу контролне функције. Пошто класична теорија захтева демократски легитимитет за органе који изражавају општу вољу, као и да могу међусобно да се уравнотежавају, он поставља питање оправдања учешћа неизабраног органа, на које даје следећи одговор: „Дилема се може пресећи само ако се искрено напусти традиционални постулат представничке демократије према којем суверени народ изражава своју вољу преко изабраних представника, односно само ако се вратимо теорији представништва револуционарне епохе. Једино сада не треба тврдити да представници изражавају општу вољу, већ да општу вољу изражавају сви који учествују у формулацији закона, без обзира на начин на који су именовани, па су самим тим представници сувереног народа".[1322]

Џереми Волдрон (*Jeremy Waldron*) сматра да су за његову идеју „артикулисане владе" (*articulated government*) најзначајнија Локова и Хобсова теорија, док Монтескјеово и Медисоново стајалиште сматра бескорисним. Описујући поједине власти, Волдрон прихвата уврежено мишљење да је егзекутива „агресор" када су у питању односи у оквиру поделе власти, јер је она та која задире у независност судске власти и интегритет законодавног процеса, док је обрнуто тешко замисливо. Када је реч о „судском стварању права", из перспективе карактеристичне за англосаксонског правника, он подсећа да „сви знамо" да судије стварају право исто као што га и откривају. Као и код поменуте делатности егзекутиве, ова активност суда уноси „тешкоће" у разграничењу функција: странке пред судом који ствара право, суочавају се са чињеницом да су њихова права одређена новим правом које се према њима примењује ретроактивно.[1323]

Враћање класичној тријалистичкој теорији доноси немачки аутор Мелерс (*Möllers*). Он сликовито и недвосмислено подвлачи да је „карактеризација сваке нове форме јавне организације као 'четврте власти'", врста „интелектуалне лењости".[1324] Он одбацује идеју о управи (администрацији) као новој грани, већ истиче медијацијски положај који она поседује унутар тродеобе, вршећи на својеврстан начин све три

[1319] Левенштајн не обраћа много пажње на формално дејство одлуке Врховног суда (непримењивост на дати случај, уместо касирања), већ наглашава да суштински „негативна пресуда убија законодавство". *Ibid*., стр. 248 и 247.
[1320] М. Тропер, стр. 232-233.
[1321] *Ibid*., стр. 238
[1322] *Ibid*., стр. 242.
[1323] Jeremy Waldron, "Separation of Powers in Thought and in Practice?", *Boston College Law Review*, 2/2013, 433-68. стр. 464.
[1324] Christoph Möllers, *The Three Branches*, Oxford Constitutional Theory, Oxford 2013, стр. 232.

функције (стварања, примене права и пресуђивања), док истовремено подвлачи да све три власти учествују у вршењу законодавне функције.[1325] Када је реч о судској контроли уставности, Мелерсова схватања се у многоме подударају са оним што пишу неки други аутори, попут Робертсона (вид. *V 1. 3.*). Он истиче да иако уставни судови покушавају да се понашају као „нормални судови који решавају сукобе између две изоловане странке", они то нису. Због тога их сматра „хибридним институцијама", а функцију коју врше сагледава као „форму за себе".[1326] Мелерс наглашава да не постоји јасна хијерархија између уставносудског тумачења устава и тумачења устава које врши демократски изабрани законодавац, али да је законодавац увек први тумач устава.[1327] Као пример наводи одлуку америчког Врховног суда из 2010. године (*Citizens United v Federal Election Commission*) у којој се он формално посматрано, изјашњавао о сагласности правила о финансирању изборне кампање са Првим амандманом, а суштински о два супротстављена концепта демократије: идеје о слободном тржишту и идеји о демократској републиканској једнакости. Он подвлачи да је Врховни суд, да би решио случај, морао прво да пружи сопствену дефиницију демократије и њеног остваривања: „резултат је судска примена оспореног схватања демократије која не може да буде промењена демократском одлуком".[1328] Мелерс сматра да треба поштовати демократску одлуку о успостављању контроле уставности и да су ретке државе у којима је суд сам себе успоставио као уставни суд, као што је случај са САД и Израелом, али да су због тога ови примери „најспектакуларнији и најпроблематичнији".[1329]

Мађарски аутор З. Балаж (*Z. Balázs*), у својој недавно објављеној књизи износи веома оригиналну и занимљиву реконцептуализацију теорије о подели власти, а истовремено и о државним функцијама. Он сматра да се ред у држави успоставља уколико су остварена два предуслова: минимум личне слободе (*minimum personal autonomy*) и владавина права (*rule of law*). Лична слобода је укорењена у позитивној и негативној страни „друштвене моћи" (*social power*), за чије је остваривање неопходно постојање владавине права, која се заснива на две компоненте: пасивној, природноправној – пристанку појединаца да се над њима налази „политичка власт" (*political authority*) и динамичкој, позитивноправној – непрестаном прилагођавању промењеним околностима које се одвијају у политичкој сфери, реч је о „политичкој моћи" (*political power*).[1330] Он реафирмише, односно брани класичну тријалистичку поделу, али државне власти, односно гране, дефинише као комбинацију поменута три елемента: друштвене и политичке моћи и политичке власти. Законодавну грану види као синергију сва три елемента, која су у овој власти једнако заступљена; извршна власт представља комбинацију политичке власти (*political authority*) и политичке моћи (*political power*), код које није присутна друштвена моћ (*social power*), док је судска грана комбинација политичке власти и друштвене моћи, у којој нема политичке моћи. Балаж наглашава да је за постојање државе и њених грана власти неопходно да у свакој грани буде присутна политичка власт. Комбинација политичке и друштвене моћи је присутна у тзв. сивим зонама (област деловања политичких партија, професионална удружења и коморе, националне банке, системи социјалне и здравствене заштите и сл., „сива зона је огромна").[1331] Балаж одбацује Вајбертову тезу да независне агенције и

[1325] Z. Balázs, стр. 24 и 25.
[1326] C. Melers, str. 142.
[1327] *Ibid*., стр. 128.
[1328] *Ibid*., стр. 130-131.
[1329] *Ibid*., стр. 138.
[1330] Z. Balázs, стр. 102 и 103.
[1331] *Ibid*., стр. 122, 150,154.

друге сличне институције представљају нову грану власти (вид. *infra V 1. 3.*). Он сматра да једина заједничка логика која стоји иза њих представља јавни интерес, што их опет усмерава ка извршној власти (која се њиме руководи), а не чини их сличним судству, како то Вајберт наглашава.[1332] Када судови врше контролу уставности, они залазе на терен на којем доминира политичка моћ. Балаж ово сматра отвореном претњом његовој концепцији поделе власти. Вршење контроле уставности доживљава као политичку улогу, јер судови морају да у јавност изнесу такве аргументе који ће да је убеде у исправност њиховог схватања уставних принципа.[1333] Његова анализа природе уставносудске функције зависи од тога који орган је врши. Уколико је реч о судовима, као у САД, овде се на већ постојећу политичку власт и друштвену моћ додаје и политичка моћ, што суд који врши контролу уставности изједначава са законодавном влашћу, или како то Балаж каже, долази до „дуплирања законодавца“ (*doubling of the legislative*). Ипак, он не сматра овакве судове још једним законодавним домом (као што чини Свит), јер сматра да законодавац врши своју власт тако што „започиње“ и „ствара“, док судови посматрају већ донети закон кроз призму „природног поретка“ и „природног осећаја за правду“, чиме „затварају“ и „окончавају“ читав процес. Са друге стране, уколико уставни систем успоставља одвојену институцију у виду уставног суда, чак и када постоји приступ грађана овом суду (у форми *actio popularis*), друштвена моћ није присутна, него само постоје политичка власт и политичка моћ, што уставни суд чини „варијантом извршне власти“ (*version of executive power*). Балаж признаје да овакав закључак може да звучи чудно, јер се извршна власт у свом поступању руководи јавним интересом, док уставни судови за мерило имају устав, а поступају „легалистички“ и „технички“, и при поништењу закона се врло приближавају законодавној власти, он ипак остаје веран својој теорији и сматра да су ближи егзекутиви, јер они врше контролу рада владе и њених агената. При томе истиче нешто до чега смо и ми дошли у претходне две целине овог рада, а то је да ће на релацији извршна власт – уставни суд, често постојати отворени конфликти, и да чак у овој борби лежи „историјски и емпиријски значај“ уставног судства. И први и други начин организовања контроле уставности види као претњу и дисторзију своје теорије.[1334]

V 1. 3. Теорије о четири функције (квадријалистичке)

Квадријалистичке теорије, поред постојеће три (у складу са класичним тријалистичим теоријама), уочавају постојање четири државне власти, односно постојање и четврте државне функције. Власт (функција) егзекутиве се дели на две гране: извршну (извршно-политичку) и управну (извршно-управну). Прву, функцију владе, најчешће обављају шеф државе и влада (у смислу органа), а ређе и парламент. Ова власт се стара о поштовању и примени устава, врши надзор „над функционисањем најважнијих јавних служби“, одржавању односа између владе и парламента и спровођењем спољне политике, док се извршењем и свакодневном применом закона бави управа. Управа (извршно-управна) власт је „стална извршна власт“, док спону између ње и законодавца чини влада, односно политичка извршна власт (извршно-политичка).[1335]

На прелазу између 18. и 19. века, Бенжамен Констан (*Benjamin Constant*) је на својеврстан начин утро пут квадријалистичким теоријама. Он је од извршне власти коју

[1332] *Ibid*., стр. 145.
[1333] *Ibid*., стр. 146 и 147.
[1334] *Ibid*., стр. 148-149.
[1335] R. Marković (1980), стр. 57 и 58.

су у његово време вршили министри, одвојио власт коју врши монарх, назвавши је неутралном – умеравајућом влашћу (*pouvoir modérateur*).[1336] Констан сматра да је све узалудно уколико је „укупна сума власти неограничена“, јер подељене власти само треба да „направе савез, и деспотизму нема лека“. Стога је мана „скоро свих устава“ што нису створили „неутралну власт, већ што су целокупну суму власти, која треба да лежи на тој неутралној власти, ставили на једну од активних власти“.[1337] Он истиче да треба разликовати „право да се одржава оно што постоји, које нужно припада краљевској власти и конституише ту власт као неутралну и заштитничку“, од права „да се предлаже установљење нечег што још не постоји, које припада министарској власти“.[1338] Овде се назире оно што ће се касније називати заштитом воље уставотворца од насртаја установљених власти на њу. Укратко, Констан сматра да су законодавна, изршна и судска власт три „точка“, који могу да се „покваре и испремештају“, те да је стога потребна једна „сила“ која ће да их врати на одговарајуће место, али она мора да се разликује од њих, да буде неутрална, да она буде сила која „брани, поправља, без да је непријатељска“.[1339]

На Констанове идеје се наслања Дендиас (*Dendias*). Он наглашава разлику између установљавајуће (основна, врховна, стваралачка и организаторска) и установљених власти.[1340] Иако установљена, власт владе је „настављач и нужна допуна установљавајуће власти“, с једне стране, она покреће и саму ревизију устава, а са друге се стара о „заштити и правилном функционисању поретка“, обухвата државу у њеној целини, те је због тога назива *pouvoir neutre.* Због природе њене функције која се огледа у извршењу уставних норми које се тичу усклађивања државног система, власт владе поседује сразмерно више слободе од других власти, она је омеђена (само) уставом. То што се устави не изјашњавају непосредно о овој власти, Дендиас одбацује као „формалноправну сметњу“ и истиче да ако неко ту реч не нађе у уставу – „одлучно верујем да ће тамо пронаћи саму ствар“.[1341]

Занимиљив приступ има Морис Орију (*Maurice Hauriou*). Слично Левенштајну, он полази од сопствене трипартиције, сматрајући да постоје извршна, власт одлучивања (законодавна) и власт изгласавања, али да истовремено постоје четири државне функције (зато се и сврстава у квадријалистичке): законодавна, функција владе, управна функција и судска. Иста власт може да врши неколико функција, па тако извршна власт најпре обавља функцију владе и управну функцију, учествује у вршењу законодавне, као и у функцији суђења, које Орију сматра обликом извршне власти. Посебно је занимљиво како одређује „власт изгласавања“ (*le pouvoir de suffrage*). Њена суштина се огледа у (не)прихватању „предлога садржаних у одлуци неке друге власти“, а као примере наводи изборе и референдум.[1342] Ова власт изгласавања подсећа на оно што раде органи којима је поверена уставносудска функција, посебно у контексту Келзеновог негативног уставотворца.

На сличном трагу налази се и Рене Капитан (*R. Capitant*), који ипак, за разлику од Оријуа сматра да се под појмом извршне власти заправо налазе „две потпуно различите власти“. Једну назива управном (*pouvoir administratif*), која је извршна власт

[1336] *Ibid*., стр. 59 и 60.
[1337] Бенжамен Констан, *Принципи политике и други списи*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2000, стр. 20 и 26
[1338] *Ibid*., стр. 33.
[1339] R. Marković (1980), стр. 60.
[1340] *Ibid*., стр. 68.
[1341] *Ibid*., стр. 69.
[1342] *Ibid*., стр. 62-65.

у ужем значењу, док је друга власт владе (*pouvoir gouvernemental*) која је виша од управне и која „влада“ и „усмерава“, покреће законодавну власт, чији један део и сама представља. Тако Капитан разликује пет типова владе, у односу на то колики степен (не)поклапања између ње и законодавног тела постоји.[1343]

Код нас је тридесетих година прошлог века, Д. Данић приликом подвлачења разлике између судске и управне функције, истицао да иако обе извршавају законе, „управна власт има и такво поље рада, када она ради по својој слободној оцени у циљу остварења државних интереса. Ту се она појављује као чиста *управна власт*, пошто она тада ради по својој иницијативи не извршујући у ствари ни један закон“. Управна власт има и „извесну дискрецију, која јој је већ по самој њеној природи потребна у циљу оживотворавања државе“.[1344] Угледајући се на немачке ауторе, Данић је правио разлику између извршне и управне власти, с тим да за прву везује просто извршење закона, а другу одређује као носиоца државне политике и државне управе. Терминолошки, ово је супротно ономе о чему је скоро пола века касније писао Р. Марковић, али је суштина иста.

Р. Марковић се опредељује за квадријалистички приступ, називајући четврту власт извршном: „Извршна власт је највише политичка државна власт, у смислу слободе и самосталности у раду, аутономности и иницијативе. У њој је концентрисана суштина политичке власти – она је екстракт политичке власти“. У односу на законодавну, извршна власт је „деривативна и секундарна“, а од управне и судске се разликује, јер су ове две власти „делатности примене права, субординиране и хетерономне“, чешће у односу на законодавну, а ређе у односу на извршну власт.[1345] Објашњавајући њихову разлику, Р. Марковић пише и о разлици која између аката ове две власти постоји. Тако су акти владе они акти који се доносе и предузимају поводом делатности које правом нису регулисане или су њиме „само овлаш регулисане“, тако да се њиховим носиоцима дају веома широка овлашћења и могућност дискреционог поступања. Као примере он наводи доношење устава, доношење закона, објављивање рата, закључивање мира, распуштање парламента и сл., те да се ту према речима Дикрока ради о непосредном извршењу устава.[1346] Друге власти, посебно законодавна, не могу се мешати у рад владе у оном домену у којем она доноси „акте владе“, јер су они између осталог предвиђени самим уставом, а не законима: „Државни орган који издаје политичке акте врши суверену власт, која је по каквоћи иста као и власт државног органа који одговарајућим правним актима врши оригинерну правну власт. Па и сама оригинерна правна власт је политички акт суверене власти у ширем смислу, с тим што је држава (њен орган) приликом њеног вршења апсолутно слободна, тј. суверена“.[1347] У својим каснијим радовима, овај аутор пише о уставном судству као државној функцији новијег датума.[1348]

Колико је одређивање и набрајање државних функција/власти клизав терен, показује пример британског аутора М. Вајла (*M. Vile*), који је најпре био поборник

[1343] *Ibid*., стр. 70-71.
[1344] Данило Данић, „О појму судске власти“, *Архив за правне и друштвене науке*, Књига 41/1932, стр. 445.
[1345] R. Marković (1980), стр. 81.
[1346] *Ibid*., стр. 100.
[1347] Позивајући се на Диеза, који сматра да акти владе не треба да буду предмет оцене ни законитости ни уставности, Р. Марковић се експлицитно изјашњава да пошто акти владе „нису манифестација правне функције државе“ (те због тога нису правни акти), то исходује да они „у правној држави“ не подлежу судској контроли уставности и законитости. *Ibid*., стр. 103, 111, 107 и 111.
[1348] Р. Марковић (2015), стр. 537.

тријалистичких теорија, да би се крајем живота опредилио за квадријалистички приступ. Он је најпре крајем шездесетих година 20. века, реафирмисао класичну тријалистичку теорију, називајући своју верзију поделе власти „чистом дефиницијом поделе власти“. У складу са њом, основна политичка вредност је слобода, а да би се она остварила, власт треба да буде подељена на три гране (законодавну, извршну и судску) којима одговарају исте такве функције. Свака грана би требало да се бави само својом функцијом, без задирања у друге, а појединац би могао истовремено да буде вршилац само једне од власти. Тиме би се власти међусобно ограничавале. Вајл је био свестан да је његова теорија у овом „чистом“ облику неодржива, па се зато делимично одриче слободе у корист ефикасности и стабилности.[1349] Свестан нарастајућег значаја извршне власти, Вајл у поновљено издање своје књиге из 1998. године (изворно је из 1967), додаје још један, 13. део – „Епилог: Подела власти и бирократска држава“.[1350] У њему истиче да „логика тренутне ситуације је, стога, да се прихвати да сада постоје четири гране власти, свака са својим структурама и процесима, и да се омогуће механизми контроле који су неопходни да се превенира злоупотреба власти од стране било које од њих“. Покушаје Врховног суда САД да дефинише и дистрибуира функције између само три власти оцењује као „немогућ задатак“.[1351] Критикујући формалисте, који су због двосмислености израза „власт“, морали да за сваку власт осмисле одговарајућу функцију, Вајл истиче да је „могуће да се одреде четири *апстрактне* функције“ – стварање правила (*rule-making*), дискрециона функција (*discretionary function*), примена правила (*rule-application*) и пресуђивање по правилима (*rule-adjudication*), али да је „прилично немогуће да се оне ексклузивно доделе различитим гранама власти, јер сво људско понашање обухвата сваку од четири функције у одређеној мери“.[1352] Према томе постоје четири власти и четири „апстрактне“ функције, од којих су две још увек „повезане са аспекта права, иако је реалност другачија“ – реч је о „политичкој грани“ (*policy branch*) и „администрацији“ (*administration/bureaucracy*). Овој другој приписује извршење свакодневних послова, а првој обављање „виталних функција“, као што су планирање законодавне политике, одређивање и примена спољне политике, одбрана и макроекономска питања.[1353] Како би се заштитила права појединаца, залаже се за судску контролу рада управе (*administration*), због чега истиче да је за њену ефикасну контролу неопходно да се разликују активности „политичке гране“ и управе.[1354] Удаљавајући се од формалистичког, а у складу са функционалистичким приступом, подвлачи да треба прихватити да функцију стварања права (*rule-making function*) врше све гране власти, с тим да законодавна власт треба да се бави доношењем општих правила која ће обавезивати и политичку и управну власт, а да ће судство моћи да их „преиначи“ (*over-rule*) само у случају да она нарушавају основне уставне принципе.[1355] Из овога можемо посредно да закључимо да је Вајл дозволио постојање судске контроле уставности, иако то није експлицитно навео, што је донекле и разумљиво, с обзиром да је своју теорију развијао претежно на примерима Уједињеног Краљевства и САД.

[1349] Z. Balázs, стр. 2-3.

[1350] „Epilogue: The Separation of Powers and the Administrative State.“ Вид. Mourice J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of powers*, Liberty fund INC, Indianapolis 1998 (Second edition), стр. 385.

[1351] *Ibid*., стр. 400.

[1352] *Ibid*., стр. 402.

[1353] Вајл сматра термине *executive* и *government* неприкладним, па се опредељује за израз *policy branch*. *Ibid*., стр. 411, 418 и 400.

[1354] *Ibid*., стр. 403.

[1355] *Ibid*., стр. 416.

Амерички аутор Флаерти (*Flaherty*), истиче да је председник САД временом постао „најопаснија“, али и најодговорнија грана власти. Од времена „очева оснивача“, а посебно од Њу дила, дошло је до „драматичног убрзања“ одвијања промена којима је амерички систем изложен, те је тако тежиште власти премештено са законодавца на егзекутиву. Данас је председник САД командант највеће војске на свету, коју прати огромни безбедносни „апарат“, а истовремено он спроводи „директну“ или „примарну“ контролу над „административном државом“, коју чини „колосални“ скуп органа који под велом широког тумачења „извршења“ права врше законодавство (*legislate*) и пресуђују (*adjudicate*).[1356] Због тога он „административну државу“, оно што зовемо управом, односно управном функцијом, подводи под четврту грану власти.[1357] Иако не може да се тврди да Конгресу недостају методе којима би могао да контролише управу и независне агенције, председник је тај који доминира над постављењима и сменама њихових руководилаца, а неформалним каналима утиче на рад агенција, тако да је оно што би према „доктрини о неделегацији“ (*doctrine of nondelegation*) требало да припада Конгресу (законодавство), прешло у руке председника.[1358] Он износи критику на рачун рада Врховног суда када је у питању тумачење теорије о подели власти, истичући да је неретко Суд својим тумачењима погоршавао стање ствари и то управо она „зла“ која је ова теорија покушавала да обузда. То се дешавало као последица његове праксе да проглашава неуставним различите механизме које су „политичке власти развиле као одговоре на председничку владавину“. Узрок тога, према Флаертију, лежи у чињеници што се Суд ослања на погрешну интерпретацију историје, те због тога предлаже да уколико Суд жели да настави са својим „формалистичким активизмом“, то треба да ради „директно, без посезања за упитним историјским претпоставкама, чија је примена још упитнија“.[1359]

Британац Вајберт (*Vibert*) у први план истиче администрацију, односно успон независних регулаторних институција.[1360] У својој књизи *Успон неизабраних*, Вајберт истиче да су ове институције неопходне како би се омогућило грађанима да буду ваљано информисани како би се спречиле злупотребе егзекутиве (извршне власти). Он сматра да се нова грана власти у виду ових институција већ појавила, да се њихов легитимитет заснива на стручности, знању и професионализму, као и да су оне најсличније судству, јер су такође неизабране (мисли се на политичке изборе).[1361] Поредећи његову нову грану власти са судством, Вајберт се посредно изјашњава и о положају судства, посебно када оно врши и уставносудску функцију. Тако сматра да судови не одговарају јавности за своје деловање, али да је „сирова политика“ умешана у начин настанка Врховног суда (избор његових судија), док истовремено сматра да је Хамилтон погрешио у оцени његове снаге, те да је судство „много снажније“ и да може да представља претњу онима који су му подређени, као и да постоји могућност да делује у „дослуху“ са другим гранама власти.[1362] Вршење уставносудске функције сагледава као кључну спону између судства и друге две гране власти – легислативе и егзекутиве. Поредећи различите начине на који се судство легитимише као засебна

[1356] Martin S. Flaherty, “The Most Dangerous Branch“, *The Yale Law Journal*, 7/1996, 1725-1839, стр. 1728 и 1731.
[1357] *Ibid*., стр. 1819.
[1358] *Ibid*., стр. 1821.
[1359] *Ibid*., стр. 1832. Пракаш (*S. Prakash*) се супротставља Флаертију, јер сматра да је тврдња да председник САД губи контролу над администрацијом својеврсни „мит“, те да је не сматра посебном граном власти. Наведено према: Z. Balázs, стр. 14.
[1360] Z. Balázs, стр. 14.
[1361] *Ibid*., стр. 14-15.
[1362] F. Vibert, стр. 116 и 181.

грана, Вајберт закључује да се из праксе и различитих теоријских приступа може извући важна лекција: да је судство сâмо развило „сопствене стандарде својствене његовој специфичној улози“, те да то исто треба да уради и „нова грана“ власти.[1363]

Француски аутор Оливије Бо (*Olivier Beaud*) цитира Гретхуијзена (*B. Groethuysen*) када се опредељује за постојање уставотворне власти као четврте власти: „Остаје само питање ко има право да је врши“.[1364] Бо је мишљења да је уставноправна доктрина брзо уочила неспојивост идеје о уставотворном представништву с појмом суверености, јер се тиме „'суверени'“ народ оставља „на милост и немилост његовим представницима“. Тиме он престаје да буде истински суверен. Због тога закључује да сувереност не може да се делегира, а поистовећивање народа с његовим представницима представља „бркање налогодавца и налогопримца“.[1365] За њега је једини суверен онај ко доноси устав, а то је у уставним државама народ, те је стога неопходно одвојити државу од устава и успоставити материјалну разлику између власти и ограничења власти: „Устав је ледени брег државног здања, док је јавна власт онај његов део који израња изнад површине“.[1366] Позивајући се на Бирдоа, Бо наглашава амбивалентност уставотворне власти, јер је она истовремено и политичка и правна, и револуционарна и законска сила: „Пред каквим је ужасом доктрина када треба да прилагоди правну теорију овој власти која ствара и раствара правне системе“.[1367] Објашњавајући њену природу, Бо истиче да у уставној демократији постоји суверен који је „изнад устава“ – народ, који никада није и у самом уставу и који „држи и врши уставотворну власт“. Уставом успостављене власти нису суверене, оне су потчињене уставу: „Уставна држава би, дакле, била држава у којој би владар увек био магистрат, а никада суверен. Дошло би до узурпације суверености када се једна од уставом успостављених власти домогне уставотворне власти“.[1368] Због тога је неопходно да власт уставне ревизије, као успостављена и власт чувања устава, буде истовремено ограничена и у материјалном и у формалном смислу, она може да „врши делимичне преправке, али не и да изведе потпуну промену уставних установа“.[1369] Бо сматра да и „келзенијанске“ и „шмитовске“ струје мишљења, колико год да су супротстављене „деле исту идеју према којој је власт уставне ревизије подвргнута уставу“, која врши само једну од надлежности у правном смислу те речи.[1370] Логичним следом мисли, долази се до оправдања и утемељења контроле уставности. Уставотворни акт је апсолутног дејства (правно неоспорив), али за разлику од њега, „акт уставне ревизије је правно оспорив“, јер као акт уставом успостављене власти, он

[1363] *Ibid*., стр. 118, 121.
[1364] Оливије, Бо, *Држава и њена власт*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, стр. 201.
[1365] *Ibid*., стр. 277.
[1366] „Сви уставни текстови прикривају постојање уставотворне власти јер творац устава (уставотворна власт) по природи не може да фигурира у уставним одредбама које сам ствара. Он ишчезава једном пошто створи своје дело, као уметник који се крије иза свог уметничког дела. Дакле, уставотворна власт као таква – њено самопотврђивање од стране творца устава – јавља се само у одредбама које су веома дуго сматране 'маргинални' или 'правно неоснованим': у преамбулама, уводним формулацијама или промулгацијама устава.“ *Ibid*., стр. 202, 203, 204 и 206. Ако бисмо себи дали слободу, уставни суд можемо да схватимо као историчара уметности који нам тумачи дело, откривајући нам и личност уметника који га је створио.
[1367] Сјејес схвата уставотворну власт као сувереног судију, а не законодавца, која обједињава две димензије: деконституционалистичку и реконституционалистичку, прва која је револуционарна, укида претходни поредак, и друга које је конструктивна, организује јавну власт на либералној основи. *Ibid*., стр. 215, 218 и 222.
[1368] *Ibid*., стр. 431.
[1369] *Ibid*., стр. 316 и 332.
[1370] *Ibid*., стр. 317.

може бити „предмет контроле неког трећег органа власти“, јер ревизиона власт „никако не може остати неутрална у односу на вредности устава који има намеру да мења“, она мора да буде „пристрасна у смислу да јемчи или да штити устав који је предвиђа“.[1371]

Британски теоретичар Робертсон (*Robertson*) у својој књизи *Судија као морални теоретичар*, није се непосредно бавио питањем државних функција и поделе власти, али се узгредно, анализирајући рад неколико репрезентативних уставносудских институција (у Француској, Немачкој, Канади, Јужноафричкој Републици, Мађарској, Чешкој), изјаснио да „богатсво судске активности поводом уставних питања једино може да се обухвати ако одустанемо од убацивања уставних судова у класичну трихотомију“ и прихватимо да они делују шире, као „нова, четврта грана власти“. У недостатку прикладнијег термина, он је назива „изражавањем вредности“ (*articulation of values*). Он сматра да судије које врше уставну контролу делују „као политички теоретичари, развијајући и објашњавајући вредносне судове које праве“. Према Робертсону, постоји „суштинска разлика“ између тумачења закона и одлучивања о његовој уставности, те да су и судови у *common law* земљама свесни разлике између ова два тумачења, па као пример наводи делатност британског Тајног савета током 70-тих и 80-тих година 20. века, када је тумачио уставе појединих преосталих чланица Комонвелта. Питање легитимитета уставних судова решава једноставно, сматрајући да они вршећи уставносудску функцију/власт не могу да изађу из оквира судске функције јер њој ни не припадају.[1372]

Када је реч о нашој новијој уставноправној мисли, велики број аутора нагиње ка томе да подведе уставно судство под четврту грану власти. Они поступају слично као и Робертсон бавећи се посредно у својим радовима и овим питањем. Код И. Пејић ова идеја није до краја изражена, већ она сматра да је уставни суд независан уставни орган који заузима посебан уставни простор, који је између судског и политичког, који има улогу да успостави правни противтег политичким гранама власти, чиме се систем поделе власти подиже на виши ниво. Његову функцију назива „филигрански уређеним правним корективом“ који у систему поделе власти треба да га (тај систем) очува и сачува од „излива емоција политичке већине“.[1373] О. Вучић и Д. Стојановић пишу о односу „'четврте уставне власти' – функције уставне контроле – према класичним државним функцијама“, док на другом месту делатност уставног суда називају „функцијом неутралне власти“.[1374] С. Орловић сматра да је због нарасле улоге извршне власти, тежиште најважнијег уставног спора, оцене уставности закона, померено са „обрачуна уставносудског органа и парламента“ на сукоб између уставног судства и владе. Пошто је она „прави стваралац закона“, па је тако и дејство одлуке о укидању закона „примарно усмерено ка влади“, јер по проглашењу закона неуставним „влада је та која треба закон или законоску норму да уподоби уставу, а парламент је ту једно владино уставно средство“, он је „тек формални доносилац“, због тога је савремени уставни спор превасходно однос уставносудског органа и владе.[1375] Он указује да је Врховни суд САД „добио право и понео одговорност да чува начело поделе власти“ путем уставног спора, те да се ова функција временом развијала и ширила, па је данас

[1371] *Ibid*., стр. 334.
[1372] David Robertson, *The Judge as Political Theorist*, Princeton University Press 2010, стр. 348-349.
[1373] Ирена Пејић, „Начело поделе власти и уставно судство“, *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права* (ур. Драгиша Слијепчевић), Уставни суд, Београд, 2013, стр. 62.
[1374] Оливера Вучић, Драган Стојановић, „Уставно судство на пресеку права и политике“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, стр. 96 и 102.
[1375] Слободан Орловић, „Промена положаја уставног судства“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, 4/2013, стр. 157.

реч о „најмлађој грани власти у хоризонталном нивоу власти“.[1376] Пишући о важности изградње уставне културе и успостављању устава као врховног мерила у уставном поретку, В. Петров назива уставно судство „'четвртом'“ граном власти, која је „ефикасна као добра влада, рационална као идеални парламент, правно поткована као највиши суд“. Она онемогућава претварање уставне демократије у „'уставну' партитократију“, а уставну поделу власти у „'уставну диктатуру' политичких власти“.[1377]

V 1. 4. Теорије о пет и више функција

Веома занимљиву теорију о државним властима/функција, почетком 20. века износи кинески аутор Сун Јат Сен (*Sun Yat-sen*). Он је сву власт поделио на народну – власт владања (избори, опозив, референдум, иницијатива) и државну – власт управљања. Државна власт се даље дели на законодавну, извршну, судску, испитну и контролну.[1378] За нашу анализу посебно је занимљива контролна власт, која има двоструки карактер. Њена политичка страна се огледа у вршењу надзора над општом политиком владе, док судски карактер долази до изражаја када испитује одговорност функционера за акте које су извршили у склопу своје функције. Ову власт врши независни орган оличен у тзв. контролном суду, чијег председника именује председник Републике.[1379]

У средишту Акерманове (*Ackerman*) теорије налази се демократски изабран парламент који бира владу и доноси „обичне“ законе. Он је ограничен трима „легитимацијским идеалима“ унутар којих постоје гране са посебним циљевима (*special-purpose branches*). Из перспективе демократског легитимитета (први идеал), утицај на центар (парламент) врши се непосредно израженом народном вољом на референдуму, која је додатно подржана деловањем уставног суда и другог (федералног) парламентарног дома. Судски систем, „интеграцијска грана“ (*integrity branch*) – делови управе и независне агенције и „регулаторна грана“ (*regulatory branch*) – невидљива рука тржишта која обелодањује конкретне резултате „бирократије“, утичу на центар из перспективе тзв. функционалне специјализације (*functional specialization*), стручности и непристрасности (други идеал). Коначно, да би се заштитила људска права (трећи идеал), неопходно је да се парламент ограничи „демократском граном“ (*democracy branch*), оличеном најпре у изборној администрацији која омогућава заштиту политичких права, при чему је она подржана граном дистрибутивне правде која мора да обезбеђује економска права, и коначно, и овде се појављује уставни суд као заштитник основних људских права.[1380] Слично као код Тропера (који помиње сложеног законодавца), Акерман „законодавну институцију“ сагледава кроз „нову формулацију тројства“ (*new trinitarian formulation*): „парламент плус народ плус суд“. Класичне функције извршења и судства не помиње.[1381] И сам Акерман признаје да његова подела може да изгледа компликовано, али истовремено поставља питање, да ли се такав утисак стиче само због новина овакве шеме или је то последица реалности, која је таква, да се према његовом мишљењу амерички систем састоји од најмање пет грана:

[1376] *Ibid*., стр. 150 и 145.
[1377] Vladan Petrov, „Novi ustavni sud Srbije (2006-2012)-reforma ustavnog sudstva na stranputici?“, *Sveske za javno pravo* 9/2012, стр. 30.
[1378] R. Marković (1980), стр. 75-76.
[1379] *Ibid*., стр. 77.
[1380] Bruce Ackerman, „The New Separation of Powers”, *Harvard Law Review*, 3/2000, 633-729, стр. 727. Упор. Z. Balázs, стр. 8.
[1381] *Ibid*., стр. 670.

Представничког дома, Сената, председника САД, Врховног суда и независних органа.[1382] Акерман сматра да је постојање институције која врши уставносудску функцију (назива је једноставно *the institution of judicial review*) неопходно како би се акти народне суверености заштитили од могућности да их парламентарна већина игнорише кад год јој се прохте. Он је скептичан према могућности да народ парламентарцима и влади може да издаје „обавезујућа упутства" (*marching orders*) и да то једино може да ради „снажан уставни суд". Истовремено подсећа да постоје два начина на који се уставносудска функција може организовати, односно уградити у политички систем, амерички и европски, с тим да се стиче утисак, да иако је свестан свих могућих слабости, више преферира европски модел једног специјализованог органа, али се истовремено не слаже да једино уставни суд треба да се бави заштитом људских права, већ да би она могла да се повери читавој новој посебној грани власти, што он, како смо видели и чини.[1383] Дакле, Акерман прихвата постојање уставносудске функције, као различите од судства, али је у његовој „новој" и особеној организацији власти не сматра посебном граном власти. Као што смо видели, уставни суд се у његовој подели јавља на два места (у два одвојена скупа функција, да их тако назовемо), најпре као заштитник „демократског легитимитета", а потом као заштитник „либералних права". Судови, односно „независни судски систем" као вид „функционалне специјализације" са независним органима, треба да врше надзор над радом владе како би се спречила „корупција и друге злоупотребе".[1384]

У својој књизи *Упоредно уставно право*, амерички професор Ташнет (*Tushnet*), језгровито приказује проблеме са којима се суочава традиционална тријалистичка теорија о подели власти. Он указује да иако законодавци и даље доносе општа правила, она су често толико општа, да фактички, они који их примењују постају стваоци права, што доводи до тога да поједини теоретичари „додају четврту грану на три класичне". Ову четврту грану власти чине установе савремене управне државе: службеници који примењују право и управни судови. Без позивања на одређеног аутора, Ташнет кратко истиче да је у 20. веку широко прихваћена „концептуализација модерне државе која има четири уместо три гране власти".[1385] Ипак, крајем 20. века, почињу да се јављају „празнине" и у теоријама које заступају четири власти. Долази до сукоба интереса на релацији легислатива – егзекутива, што изискује појаву институција које ће бити у одређеној мери независне од политичких власти, али не сасвим, те као пример једне од првих оваквих институција наводи централне банке. Ове институције, као могућа пета грана власти, решавају питања „сукоба интереса" (*conflict-of-interest*) које чине проблеми међу којима су: напори за сузбијањем корупције, решавање изборних спорова и информисање јавности (*dissemination of information*).[1386] Ташнет покушава да понуди одговор на питање које би то институције биле најподесније за решавање поменутих проблема, те указује да иако на први поглед судови, а нарочито уставни судови могу да делују као добро решење, то није тако јер се они баве пре свега правним и уставноправним питањима, а овде је потребно да се уђе у решавање „фактичких питања". Због тога се залаже за стварање пете гране власти, коју назива „транспарентном граном" (*transparency branch*), која би била одвојена од судства, али би била креирана по угледу на њега, првенствено у оном делу који се тиче независности и одговорности, али тако да она буде другачије уређена него код судства.

[1382] *Ibid*., стр. 728.
[1383] *Ibid*., стр. 668, 669 и 716.
[1384] *Ibid*., стр. 727.
[1385] Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar 2014, стр. 95.
[1386] *Ibid*., стр. 96-98.

Он истиче да би старе демократије могле у овом делу да науче доста од својих „млађих рођака“, те и да се иначе постојеће агенције (независни органи) не уклапају у постојећи уставни систем.[1387] Коначно, у делу своје књиге који је назвао „Изван граница пете гране – или модификација тријалистичког модела“, Ташнет наговештава, иако је експлицитно не назива тако, да постоји могућност појаве и шесте гране. Позивајући се на Унгера (*Unger*), назива је „дестабилизујућом граном власти“ (*destabilization branch of government*). Њен задатак би био да контролише „окоштале“ друштвене институције попут различитих управних органа и агенција, али чак и приватних компанија, да их подстиче да се брже прилагођавају промењеним друштвеним околностима.[1388] Као инспирација за ову нову грану власти, послужили су му амерички судови, пре свих Врховни, у оном делу њихове делатности који се назива „јавноправна парница“ (*public law litigation*), а која је свој успон доживела у предметима који су се тицали кршења људских права од стране различитих државних институција, пре свега у домену расне сегрегације. Истовремено, иако је ова активност америчких судова широко прихваћена, њу и даље прати политичка контроверза.[1389] Она се огледа у томе што је овде реч о нечему што одговара Фулеровим „полицентричним проблемима“, које судови не би требало да решавају. Дакле, овде није реч о томе да акт или одређена процедура нису у складу са уставом, већ да се суд упушта у решавање проблема који у себи садрже „сложену интеракцију између великог броја учесника“. Посебно је проблематична активност суда у области права прве генерације, када нпр. испитују да ли је одређени државни орган окрутно поступао према лицу лишеном слободе или на одслужењу затворске казне. Испитујући у јавноправној парници поступање одређеног органа, суд не утиче само на „дестабилизацију“ и промену понашања тог органа, већ утиче и на само уставно право које је у питању. Он закључује да као што су институционални сукоби интереса довели до развоја пете гране власти, тако и сукоби унутар судске гране власти који се испољавају у виду поменуте јавноправне парнице, могу да доведу до стварања „дестабилизационе гране“.[1390] Нама се чини да Ташнет овде говори о ономе што СУС ради када одлучује о уставној жалби. Само што је у Немачкој јасно да је реч о оцени акта јавне власти (општег или појединачног), а у САД то је замагљено, јер се читав поступак одвија у „обичном“ судском процесу. Дакле, можемо да се усудимо да кажемо да и у САД суштински постоји нешто што наликује институту уставне жалбе, само што је ту све сједињено у једном органу – суду, пред којим се одвија и „обична“ и „јавноправна“ парница.

V 1. 5. Уместо закључка: наглашавање разлике између установљавајуће и установљених власти, ограничавање броја установљених власти

Иза нас се налазе бројне теорије о државним функцијама/власти. Ради се о мноштву оригиналних, занимљивих и корисних схватања о томе како су државне функције организоване. Свако од ових становишта има своју вредност јер осветљава један аспект сложених друштвених и политичких односа. Видели смо да се она, макар на први поглед, у многоме разликују, али је ипак могуће одредити поједине заједничке именитеље. Без обзира на то колики број власти у држави препознају, свима њима је заједнички један циљ, а то је да се осигура положај појединца у држави и његова слобода. Код многих аутора, као лајтмотив је наглашено да се у савременој држави клатно померио ка егзекутиви или да је она „агресор“ (Волдрон), која се шири на

[1387] *Ibid*., стр. 104, 105 и 108.
[1388] *Ibid*., стр. 108.
[1389] *Ibid*., стр. 109.
[1390] *Ibid*., стр. 110-112.

уштрб других власти. Разлика је у томе, да ли су из ње настале нове власти, или она обједињава у себи неколико различитих функција. Нама се чини најприкладније Оријуово становиште, које полази од тога да се извршна власт састоји од функција владе и управне функције. По аналогији, рекли бисмо да се судска власт састоји од судске и уставносудске функције. Са друге стране, не слажемо се са Балажовом идејом да и уставне судове (не и судове који врше уставносудску функцију, попут Врховног суда), подведе под „варијанту“ извршне власти. Ипак, сматрамо да се главна борба не води између „чувара устава“ и парламента, већ да је на место парламента ступила влада/председник, као оличење егзекутиве. Тако је орган који врши контролу уставности највише у прилици да, у складу са Ташнетовом идејом о „дестабилизујућој грани“, „дестабилизује“ (контролише) егзекутиву (владу) и све оне органе које су њој директно подређени (управа). Ту се огледа контролна улога чувара устава, који изражава друштвене вредности (Робертсон), које се налазе у уставотворном акту (Бо), а чијим тумачењем пружа и сопствену дефиницију демократије (Мелерс).

Када је реч о уставносудској функцији – „новој државној функцији“ (Р. Марковић), као делатности коју у различитим системима врше различити органи, видели смо да је поједини аутори, називају „потпуном аномалијом“ (Левенштајн). Иако на први поглед делују несувисло, овакви налази могу да нас доведу до сржи наше функције – да је она „супстанцијално контрола политике“, а да они који је врше постају носиоци власти, који се налазе у једнаком или чак и у супериорнијем положају у односу на друге власти (Левенштајн). Међутим, овакво одређење нам не пружа прецизан одговор, коју бисмо јој улогу од постојећих могли да доделимо. Ту нам се најкориснијим чини Мелерсов став о уставносудској функцији као засебној форми, а органима који је врше хибридним институцијама. О томе шта, са теоријског аспекта, ове институције тачно раде, више речи биће у наставку овог дела рада.

Пошто смо видели да поједини теоретичари, описујући друштвену реалност, истичу постојање чак пет (Акерман) или шест власти (Ташнет), изражавамо бојазан да би такво „набрајање“ могло да нас одведе ка неодређеном броју власти и да обесмисли саму идеју поделе, односно организације. Без сумње, ове теорије имају свој значај, јер указују на сву сложеност света у коме живимо, и који ће се несумњиво само додатно усложњавати, како више будемо корачали ка будућности.

За потребе питања на које покушавамо да дамо одговор, нама се чини изузетно важним да подвучемо нужност разликовања између две, рекли бисмо есенцијалне врсте власти, установљавајуће и установљених (ову дистинкцију чини и Дендиас). Само је прва, истинска власт, и због тога се налази на врху, изнад свих осталих (установљених) власти, ма колико да њих или њихових функција има. У том контексту, посебно је значајна Боова теорија, с том примедбом, да уставотворна власт није четврта, већ прва и примарна власт. Додатно, неопходно је и да се прави разлика између оригинерне уставотворне власти и ревизионе, јер се оне никако не могу и не смеју изједначавати, јер се изведена налази на нижем хијерархијском нивоу, као једна од установљених власти (законодавна у ширем смислу). Нашу схему поделе власти и организације државних функција разрадићемо у закључним разматрањима на крају ове целине.

V 2. ОДРЕЂЕЊЕ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ

На претходним страницама бавили смо се анализом теорија о државним функцијама, од којих су само неке, углавном узгредно, помињале и уставносудску функцију. У овој последњој целини рада акценат ће бити на оним схватањима и њиховим ауторима који су се на непосреднији начин бавили чуварима устава и

њиховом природом. Пре него што се упустимо у разматрање расправе између Келзена и Шмита, учинили смо својеврсни омаж нашим ауторима који су се овим питањем бавили за време, али и пре двојице познатих великана. Коначно, највећа пажња биће усмерена ка сагледавању правног, односно политичког елемента у уставносудској функцији и како су они данас срасли, што ће нас коначно довести до спознаје њене природе.

V 2. 1. Ко треба да цени уставност: зачеци

Пре него што се упустимо у анализу научне расправе између Келзена и Шмита, учинићемо кратак осврт на ставове које су, поводом питања контроле уставности, заступали наши аутори почетком 20. века. Наша правна наука је још пре Првог светског рата, а нарочито после њега, била веома свесна значаја овог питања и дала одређени, у домаћим оквирима, готово пионирски допринос расветљавању ове дилеме. А. Ђорђевић се крајем 19. века у *Систему приватног (грађанског) права у Краљевини Србији* определио за контролу уставности и у формалном и у материјалном смислу: „А да ли су, пак, судови овлашћени или дужни да, приликом примене каквог обнародованога закона на дани случај испитују: је ли дотични закон и правилно, како Устав прописује, израђен? Ово је питање у теорији одавно већ веома спорно. Најодличнији правници подржавају афирмативу, која потпуно одговара самој природи ствари“.[1391] На самом прелазу из 19. у 20. век, Ж. Перић био је противник судске контроле уставности. Он је био свестан постојања разлике између уставотворне и законодавне власти, али је прихватао могућност да законодавна власт изађе из делокруга својих овлашћења: „како у држави нема никакве силе која би законодавну власт приморала да се креће у границама уставом обележеним, то она има могућности доносити и такве законе који би овај вређали. Остаје, као једина гарантија да ће конституција бити поштована, политичко васпитање оних који врше законодавну власт: они треба да уставним начелима дају практичне вредности, базирајући на њима своје одлуке“.[1392] Свестан опасности, он истиче да између два зла треба изабрати мање, те одриче право судској власти да оцењује уставност закона, јер би у супротном имала „могућност да важност законодавне власти сведе на нулу и да себе начини неограниченом“. Перић је сматрао да је мања опасност да се примењују неуставни закони, него да судови за себе приграбе право оцене уставности, па због тога подвлачи да: „Судска власт не може вршити законодавне послове, а то значи да судска власт не може доносити нове законе, старе укидати или преиначавати“.[1393] Посредно извлачимо закључак да је Перић функцију контроле уставности сматрао законодавном функцијом, која због своје природе не би приличила судовима.

За разлику од А. Ђорђевића, С. Јовановић је заступао став да судови могу да контролишу само формалну уставност закона, али не и његову материјалну димензију. Сматрао је да у САД судови спроводе контролу уставности повређујући начело поделе власти: „По овој америчкој доктрини јасно се види, како подела власти, изведена логично, не даје никаква јемства за независност власти, и, обрнуто, како независност власти, организована потпуно, пориче поделу власти“.[1394] Као што се председнику САД даје право „одбацивања“ закона, односно законодавног вета, чиме се спречава

[1391] Наведено према: Чедомир Марковић, „Суд има да цени уставност закона“, *Архив за правне и друштвене науке* Књига 4/1908, стр. 411.
[1392] Ж. Перић, стр. 6.
[1393] *Ibid*., стр. 17.
[1394] С. Јовановић, *Држава II*, стр. 17.

доношење закона, тако се и судској власти, у циљу очувања њене независности, даје право да спречи примену неуставних закона.[1395]

Десетак година после А. Ђорђевића, Ч. Марковић је готово ускликнуо: „Мора бити неке власти, која има да цени уставност закона“. Он је сматрао да је неумесно да парламент (конкретно Народна скупштина) као пуномоћник „за изражај народне воље“, сам „цени уредност свога пуномоћија“, те да суд „има да цени уставност закона и по садржини“, јер „неуставан закон није закон“.[1396]

Између два светска рата, веома занимљив приступ питању контроле уставности доноси Ђ. Тасић. Он сматра да није важно да ли постоји уставотворна власт – „*pouvoir constituent*“, јер судови не бране државне власти, већ бране устав, односно „правна правила“.[1397] Тасић истиче једну велику истину која опстаје до данашњих дана, да је „*рационално* да устав има судску санкцију“, да „устав *треба* да има судску санкцију“, али да у зависности од околности одређеног позитивног права, није немогуће да буде без ње[1398] (иако је таквих држава данас све мање, нпр. Уједињено Краљевство или Холандија). Када је реч о органу коме би се ова функција поверила, он се позива на Оријуа када упућује да је „природно да суд цени уставност закона“, јер из правне природе суда, као правног, а не политичког органа, произлази ово овлашћење.[1399] Коначно овај аутор изражава скепсу о судској контроли уставности у целини: „У једном идеалном случају, судска контрола би обухватала целокупно право: али у том случају дошло би се до једног судског апсолутизма, до резултата супротног од онога који се поставио за циљ, супротног легалности“.[1400] Он је против тога да судови врше „једну потпуну и неограничену контролу над свима актима управне власти“, јер сматра да би то укинуло аутономију управне власти, а да би судови почели да суде и о целисходности аката, за шта су, по његовом мишљењу мање компетентни од управе, те закључује да је „право по својој природи 'отворено' и да се на највишем месту у јерархији државној може извршити само уравнотежавање и подела, а не концентрација власти“.[1401] Да је Тасић знао, колико ће се власт коју он назива управном, разгранати и хипертрофирати, вероватно не би изрекао овакав суд, јер нам пример Немачке показује, да ма колико снажан орган контроле уставности био, извршна власт увек нађе начина да важне одлуке спроведе у дело. Тако да чини да само снажна контрола уставности може да изврши „уравнотежење и поделу власти“ о којој је писао.

Иако прави разлику између законодавне и уставотворне власти, Д. Данић негира могућност да судови врше контролу уставности, јер једино законодавну власт сматра сувереном. Она је у стању да из „сопствене моћи“ издаје и таква правила „која би час сужавала а час проширивала функцију и власт ових последњих“ – мислећи на судску и управну власт. Када примењују законе, судови немају права да се упуштавју у оцену њихове уставности, јер су та правила за њих „безусловна јер су донесена од сувереног органа“.[1402] Са друге стране, пред сам Други светски рат, Н. Тинтић је показао

[1395] *Ibid*., стр. 28.
[1396] Ч. Марковић, стр. 414 и 416. Ђ. Тасић истиче да је Ч. Марковић први у нашој теорији заговарао идеју о оцени уставности закона и да је до ње дошао „самоникло“, када ова идеја још ни у Француској није била „ухватила корена“. Тасић, Архив, стр. 415.
[1397] Ђорђе Тасић, „Судска оцена уставности закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, књига 26/1924, стр. 406.
[1398] *Ibid*., стр. 415.
[1399] *Ibid*., стр. 414.
[1400] *Ibid*., стр. 422.
[1401] *Ibid*., стр. 422.
[1402] Д. Данић, стр. 447.

наклоност ка судској контроли уставности и својим ставовима се супртостављао С. Јовановићу и његовим тумачењима тадашњег устава Краљевине Југославије.[1403]

V 2. 2. Ко треба да цени уставност: расправа Келзен – Шмит

Незаобилазно штиво свакога ко се бави контролом уставности, представља чувена научна расправа између немачких правних теоретичара, Х. Келзена и К. Шмита. Реч је о неколико чланака које су ови аутори објавили у периоду 1929–1932, а који се тичу положаја уставног судства и одговора на питање – ко треба да буде чувар устава. Они су обједињени на једном месту и преведени на енглески језик 2015. године, под насловом: *The guardian of the Constitution – Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of the Constitutional Law.*[1404] Куриозитет је да је, 2001. године, део ове расправе приредио Слободан Самарџић и на српски превео Данило Баста у оквиру књиге *Норма и одлука: Карл Шмит и његови критичари*.[1405] Пошто је о овим текстовима веома много писано како у домаћој, тако и страној литератури, ми ћемо се осврнути на неке најзначајније ставове, с тим да ће акценат бити на томе како су ови аутори видели своје чуваре устава тада (безмало пре једног века), а у шта су се они данас претворили. Оба аутора су прихватала потребу да постоји орган који ће се бавити заштитом устава, односно бити његов чувар, али су се разилазили око тога коме та улога треба да се повери. Суштину ове расправе језгровито је сажео О. Бо: „Шмит заступа политичку концепцију која приписује улогу чувара носиоцу извршне власти (шефу државе), док други, Келзен, брани правосудну концепцију која приписује уставном суду монопол над контролом уставности. Овај правно-технички проблем у ствари је везан за један други, суштински, који се односи на легитимитет контроле па, дакле, и на концепцију устава“.[1406]

Пошто је Келзенов чланак из 1929. године (*О природи и развоју уставног правосуђа*), представљао повод за каснију Шмитову реакцију, почећемо од њега. Келзен је сматрао да је за ефективно правно ограничавање парламента неопходно да било која друга власт буде власна да поништава неуставне законодавне акте.[1407] Пошто за њега поништавање закона има исти општи карактер као и њихово доношење: „поништавање је, на крају крајева, ништа друго до супротност од доношења (инверзија)“, Келзен је већ тада увидео и истакао да орган коме је поверен задатак да врши поништавање неуставних закона, без обзира да ли је због његове независности организационо успостављен као суд, ипак, „као резултат своје функције, укључен у делатност због које је нешто више од самог суда“.[1408] Када је реч о подели власти, он је схвата као дистрибуцију, расподелу ка различитим органима, више као узајамну контролу, него као изолацију, а уставно судство јој не противуречи, већ представља њену потврду. У процесу контроле, управо парламент и влада као највиши органи треба да буду подвргнути деловању уставног судства.[1409] Разлика између парламента као позитивног и уставног суда као негативног законодавца, према Келзену је у томе што је парламент

[1403] Никола Тинтић, „Судска власт према уставу и законима“, *Архив за правне и друштвене науке*, Књига 54/1938, стр. 324-325.
[1404] Вид. Lars Vinx, *The guardian of the Constitution – Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of the Constitutional Law*, Cambridge, 2015.
[1405] Вид. Šmit, Karl, Norma i odluka: Karl Šmit i njegovi kritičari, Filip Višnjić, Beograd, 2001.
[1406] О. Бо, стр. 382.
[1407] L. Vinx, стр. 45.
[1408] *Ibid*., стр. 46.
[1409] *Ibid*., стр. 46-47.

везан уставом само у погледу процедуре (општих принципа, смерница и сл.), док је деловање уставног суда „суштински“ одређено уставом.[1410]

Свестан моћи коју орган коме је поверена функција контроле уставности може да награби, Келзен је поставио одређена правила и ограничења своме чувару. Сматрао је да приликом поништења закона нема места аутоматском оживљавању старих закона (који су важили пре поништених), али да суд може да одложи почетак дејства сопствене одлуке како би се избегле правне празнине или да самостално одлучи да ли ће и које старо законодавство поново да оживи. Резултат деловања уставног суда требало би да буде „касација правно дефектног акта, а не његово обнављање“.[1411] Сматрао је да појединачни акти треба да буду изузети од контроле уставности, како они који потичу од судова, тако и они које доносе управни органи; да уставни суд може и треба самостално да покреће поступак; да његове седнице треба да буду јавне; да одлуке треба да се објављују у службеним новинама и да имају снагу закона.[1412] У другом делу рада видели смо шта је данас од овога остварено, а шта не.

Данашњи чувари устава одступају од једног веома важног Келзеновог ограничења. Реч је о томе да је Келзен сматрао да мерило за контролу уставности треба да представљају само оне уставне одредбе које нису „политички украс устава“, јер устав и не треба да садржи недефинисане и двосмислене појмове као што су правда, слобода, једнакост и сл., треба да буде лишен „сваке фразеологије ове врсте“.[1413] Уколико би његов чувар устава ценио уставност закона и на основу ових одредаба, то би му дало такву власт која се не може сматрати оправданом, односно која не може да се толерише.[1414] Дакле, Келзен је сматрао да мерило контроле треба да буде само позитивно право (устав, признато међународно право, изузетно и закони) и то ослобођено свих неправних примеса.[1415]

[1410] *Ibid*., стр. 47.
[1411] *Ibid*., стр. 63, 77 и 78.
[1412] *Ibid*., стр. 77.
[1413] *Ibid*., стр. 78.
[1414] *Ibid*., стр. 60-61. Код нас је М. Јовичић писао о уставним одредбама које нису непосредно примењиве, а не захтевају законодавну разраду, у које спадају обичне констатације, одредбе чисто моралне садржине, идеолошко-политичког и програмског карактера. M. Jovičić (1977), стр. 215.
[1415] L. Vinx, стр. 77. Као илустрацију овога, наводимо део Келзенових размишљања о тумачењу тзв. „сумњивих формула“ које уставни текст може да садржи. Као што се може закључити, он је одлично разумео и предвидео, колики и какав домет његов чувар устава може да има, у зависности од тога како приступи тумачењу устава.
„Сумњиве формуле, према томе, немају уопште велики значај. [...] Међутим, оне могу играти крајње опасну улогу управо на подручју уставног судства, и то онда када треба испитати уставност закона. Ако устав према законодавцу усмери захтев да своју делатност развија у складу са 'правдом', 'слободом', 'правичношћу', 'моралношћу' итд., онда би се у тим речима могле видети смернице за садржину будућих закона. Свакако без разлога, пошто такве смернице постоје само онда ако је у самом уставу наведен одређени правац, ако је дат неки објективан критеријум. Иначе ће се лако моћи избрисати граница између таквих формула које служе само за политичко украшавање устава и уобичајеног одређивања садржине будућих закона у каталогу основних права и слобода; стога нипошто није искључена могућност да уставни суд, сазван ради одлучивања о питању уставности неког одређеног закона, тај закон поништи с образложењем да је неправедан, јер је 'правда' уставно начело, па њу зато уставни суд има да примени. То би, међутим, значило да се уставном суду додељује потпуна власт која се напросто мора осећати као неподношљива. Што већина судија тог суда сматра праведним, то се може налазити у потпуној противречности са оним што је већина парламента, који је донео управо тај закона, сматрала праведним. Само се по себи разуме да смисао устава не може бити да употребом неке ближе неодређене, толико вишезначне речи као што је реч 'правда' или нека слична, сваки закон који је донео парламент учини зависним од слободне оцене једног, политички више или мање произвољно састављеног, колегијума као што је уставни суд. Ако, стога, треба избећи померање власти, које устав сигурно није интендирао и које је политички крајње неумесно, од парламента ка некој инстанци изван њега, која

За разлику од Келзена, Шмит сматра да је неприкладно да се контрола уставности повери суду, јер полази од тога да судији не може да се додели моћ политичког одлучивања, која се иначе везује за законодавца, а да се не промени.[1416] Овај свој скептицизам Шмит је развио на основу анализе деловања Врховног суда САД. Шмит правилно указује на реалност поступања Врховног суда САД, коју Келзен очито није желео да прихвати (сумњамо да је није уочио), а то је да се ова институција „јединствена у целокупној светској историји", у свом деловању ослања на опште принципе и схватања (*principles and considerations*) „који могу да се назову 'нормама' само ако неко жели да злоупотреби овај појам". Суд је у стању да то ради јер се он заправо супротставља самој држави, „као чувар друштвеног и економског поретка који је у принципу неспоран", посебно у сфери економије, у којој се Суд истакао тумачењем концепата као што су својина, слобода и сл. Позивајући се на америчке ауторе, он истиче да Суд поседује такву власт која надилази ону државну.[1417] Шмит правилно тумачи да је у САД читав јавни живот подвргнут контроли овог суда, а да Устав обухвата основна права, на првом месту личну слободу и приватну својину, која одговарају либерално-буржоаском схватању владавине права: „На тај начин, пракса америчког Врховног суда, која се темељи на V и XIV амандману, као и на развоју веома дискутоване формуле *due process of law,* штитила је принципе буржоаског друштвеног и економског поретка и покушавала да их заштити од законодавца, као пример вишег поретка и истинског устава".[1418]

Шмит прави веома значајну разлику између устава и уставног закона. Устав је за њега „фундаментална политичка одлука, донета од стране уставотворне власти, за одређену форму друштвеног и политичког поретка".[1419] Ова одлука је правно недодирљива за било коју установљену власт, међу које спада и ревизиона власт.[1420] Овде видимо теоријско утемељење за оно што последњих деценија ради немачки СУС, развијајући својеврсни надустав, екстензивним тумачењем тзв. клаузуле вечности. Шмит даље резонује да уколико постоје сумње и разлике поводом тумачења уставног закона, његово тумачење, односно отклањање нејасноћа, заправо представља „одређење садржине закона, па према томе у самој ствари законодавство, чак уставно законодавство, а не судство".[1421] Питање у којој мери, постојеће или судове којима тежимо да поверимо вршење ове функције, желимо да овластимо да утврђују садржину уставних закона, да их учинимо „противтежом законодавном телу и тиме судство изложимо проби политичког оптерећења", за њега није правнотеоријско, већ питање „политичко-практичне целисходности".[1422] Шмит сликовито истиче да када постоје „разлике у мишљењу и диференцијације између највиших носилаца права политичког одлучивања", не може судовима да се повери решавање ових спорова и кажњавање оних који крше устав, већ да те разлике могу да буду отклоњене само „одозго" – „неким *вишим* трећим" који није чувар, већ господар устава. Односно оне могу да буду отклоњене деловањем „*неутралног* трећег" – *pouvoir neutre et intermédiaire*, власти која

може постати експонент сасвим друкчијих политичких снага од оних које се изражавају у парламенту, онда се устав, ако установљава уставни суд, мора уздржати од сваке такве фразеологије; и да, ако хоће да постави начела, смернице, границе за садржину закона које треба донети, одреди их што прецизније." K. Šmit (2001), стр. 273.

[1416] L. Vinx, стр. 107.

[1417] *Ibid.*, стр. 80 и 81.

[1418] *Ibid.*, стр. 82.

[1419] *Ibid.*

[1420] *Ibid.*, стр. 257.

[1421] K. Šmit (2001), стр. 231.

[1422] *Ibid.*

није изнад и надређена, већ у истом рангу, поред других власти, „али која је опремљена нарочитим овлашћењима и могућностима утицаја“.[1423]

Коначно када је указао на суштину природе контроле уставности, Шмит снажно одбацује идеју о поверавању ове контроле једном специјализованом уставном суду, истичући недостатак легитимитета такве институције: „Концентрисањем код једног јединог суда, тело створено од несменљивих професионалних чиновника постало би контролна инстанца у односу на парламент изабран од народа“. Суштински, на тај начин би био створен други дом у чији састав би улазили професионални чиновници, „па би са демократског становишта морало изгледати чудновато што несменљиви професионални чиновници, *аристократија одеће*, треба да врше контролу над телом ношеним поверењем већине народа“.[1424] Шмит оштро закључује да „никаква судска форма“ не би могла да прикрије истину, која би се састојала у томе да се ту ради заправо „о високој политичкој инстанци са законодавним овлашћењима“.[1425]

Келзен је 1931. године детаљно одговорио на ове Шмитове приговоре и потрудио се да их оповргне. Том приликом је истакао да уставни суд не чини противтежу парламенту – „то није функција уставног суда“, те да уставни суд може да постоји „*поред* поглавара државе који фунгира као 'противтежа парламенту'“ и да је због овог односа на релацији легислативе-егзекутива, постојање уставног суда „двоструко нужно“.[1426] Ово посебно у контексту његове тезе да устав пре свих повређују они органи који га непосредно остварују – тзв. уставнонепосредни органи, па се уставна контрола најпре и односи на њих.[1427] Келзен релативизује тезу о политичком карактеру уставног суда, истичући да је и „право судство“ исто толико политичко колико и законодавство, те је погрешно – „две варијанте једне те исте заблуде“, заузимати став да је само законодавство „продуктивно стварање права“, а судство само „репродуктивна примена права“.[1428] Овлашћујући судију да решава сукобе и супротне интересе, законодавац на њега „преноси овлашћење за стварање права“, а тиме и власт која судској функцији даје исти „'политички'“ карактер који има и законодавство (само га оно садржи у већој мери). Из овога је Келзен извео познати закључак да: „Између политичког карактера законодавства и политичког карактера судства постоји само квантитативна, а не квалитативна разлика“.[1429] Сходно томе, уставно судство „може и мора бити обоје“ и судство и законодавство.[1430] Дакле, и уставни и „нормални“ суд су истовремено „и примењивач и стваралац права“, али са том разликом што „нормално“ судство ствара само индивидуалне норме, док уставни суд укидањем противуставних закона „неку генералну норму – додуше, не ствара, али поништава, тј. поставља actus contrarius који кореспондира стварању права“, тј. појављује се као „'негативни законодавац'“.[1431] Када је реч о подобности уставног спора

[1423] *Ibid.*, стр. стр. 239.
[1424] *Ibid.*, стр. 252.
[1425] *Ibid.*
[1426] *Ibid.*, стр. 293.
[1427] *Ibid.*, стр. 258.
[1428] *Ibid.*
[1429] *Ibid.*, стр. 265
[1430] *Ibid.*, стр. 271.
[1431] *Ibid.*, стр. 273 и 274. Свит критикује Келзенијански приступ разумевању легитимацијске основе контроле уставности, јер сматра да уставни судови поступају као позитивни законодавци, усмеравајући законодавца у ком правцу треба да се креће, амандирајући и скицирајући законе својим одлукама. Он сматра да је и самом Келзену било јасно ће успостављање контроле уставности неминовно да доведе до политизације судске улоге и да ће да подрије разлику између политичких власти и судства. У томе се види разлог Келзеновог залагања против конституционализације људских права, јер је био свестан да ће то судије да доведе не само у позицију законодаваца, већ врховних законодаваца (*supreme legislators*),

да буде предмет решавања пред уставним судом Келзен ни ту не види никакав проблем. Он истиче да је сваки правни спор истовремено и политички спор јер у себи садржи „сукоб интереса, односно сукоб моћи“, а сваки овакав сукоб може да се реши као правни спор.[1432] Приликом решавања дилеме о примени одређене уставне норме „која допушта широк маневарски простор слободне оцене“ уставни суд се поред оцене уставности бави и питањем целисходности оспореног акта, односно о тиме како „*стварање права* најбоље треба да се одвија у оквиру који је устав претходно назначио“, овиме кроз пресуду уставног суда долази до стварања државне воље.[1433] Келзен коначно свој одговор на Шмитове примедбе закључује речима да они који се залажу за успостављање уставног суда никада нису „превиђали или порицали еминентно политички значај који припада пресудама једног уставног суда“, али да то никако не значи да он због тог свог карактера није „'суд'“, а да „његова функција није 'судство'; а понајмање да се та функција не сме пренети на неки орган снабдевен судском независношћу“.[1434] Због тога питање о „'границама' судства уопште и уставног судства посебно“, иако „потпуно легитимно“, није нужно питање „о појму судства, него о целисходном уобличењу његове функције, и што се оба та питања морају јасно одвојити“.[1435]

V 2. 3. Правни (судски) карактер чувара устава

Дебата између Келзена и Шмита није затворила отворена питања, већ је додатно подстакла многе ауторе да се изјасне о карактеру уставног судства и уставносудске функције. У овом делу ћемо приказати ставове оних правних писаца који су у својим радовима истицали судски карактер уставносудске функције. Тако је немачки аутор Трипел (*Triepel*), отприлике у исто време када је и Келзен објавио свој први чланак из претходно анализиране расправе (1928. године), истицао да је „уставносудска власт“ у суштини „судска власт у стварима материјалног устава“, а пошто је сво уставно право политичко, стога су и уставни спорови увек политички.[1436] Стога, он критикује постојање уставног судства као таквог, јер полази од тога да је оно судство, а да је због политичке природе уставног поретка, њему немогуће да се пружи судска заштита. При томе, он чини ограду, допуштајући да се уставни суд јави као арбитар у уставним стварима „мањег политичког значаја“ – потребно је да се уочена „дисхармонија политичког и судског“ превазиђе „у што је могуће већој мери“.[1437] Супротно Трипелу, Тома (*Thoma*) је сматрао да то што један уставни спор у себи садржи политичку димензију не представља разлог за његово изузимање из надлежности уставносудског органа, као и да се и код судова јавља ситуација у којој ће прибећи политичкој оцени приликом тумачења закона или попуњавању правних празнина. Због тога овај аутор оправдава увођење ове институције и „штити јој границе деловања“.[1438] Аутори са немачког говорног подручја, Марчич (*Marcic*) и Лауфер (*Laufer*) су шездесетих година прошлог века сматрали уставно судство судством, а овај њихов став је Коринек

посебно у контексту чињенице да људска права поседују надуставни статус, што их приближава природном праву. Укратко, он сматра да Келзенове присталице бране нешто што се одбранити не може – тврдњу да су уставне судије само негативни законодавци. A. S. Sweet (2000), стр. 135 и 136

[1432] K. Šmit (2001), стр. 266.
[1433] *Ibid.*, стр. 275 и 276.
[1434] *Ibid.*, стр. 266.
[1435] *Ibid.*, стр. 272.
[1436] О. Вучић (1995), стр. 28.
[1437] *Ibid.*, стр. 29
[1438] *Ibid.*, стр. 33-34.

(*Korinek*) поновио почетком осамдесетих.[1439] Оно што смо уочили код француских аутора, а постојало је још раније код немачких (вид. *supra IV 2. 1.*), да деловање уставног суда треба посматрати као акт „подржавања парламента“, односно као чин „чувања његовог ауторитета и централне и врховне позиције“.[1440]

Средином 20. века, у нашој уставноправној теорији снажан одјек имало је Крбеково *Уставно судовање*. Он је супротно Трипелу, који је истицао политички карактер уставног права и уставних спорова, сматрао да је сврха „уставног судовања“ управо деполитизација питања које се пред њега поставља, његово решавање правним, а не политичким резоновањем.[1441] Крбек сматра да уколико се уставно судство схвати као „неки *pouvoir moderateur* или *regulateur* других власти“, оно није неспојиво са начелом поделе власти, а уколико је уставно судовање „заведено у облику строго судске функције, спојиво је и са системом јединства власти“.[1442] При томе Крбек истиче да је готово немогуће да се одреди материјална концепција уставног судства која би важила за сва права, али истиче да је ту реч најпре о испитивању уставности закона или/и других општих правних аката. Зато се опредељује за органски и формални појам уставног судства, тј. да је оно све што уставни судови раде.[1443] Он одбацује Монтескјеов став о судијама као устима која изговарају речи закона, већ истиче да суђење нужно значи „стваралачки фактор у развитку права“, јер је свестан да приликом установљавања смисла правне норме, уставни судија не може да оперише само са „чисто правнотехничким средствима“, већ у складу са „назорима друштва у коме дјелује, а не према својим властитим“ мора да узме у обзир и „одређене економске, социјалне и политичке моменте“.[1444] Крбек овде губи из вида (свесно или несвесно) да је уставни судија тај који одређује која су то актуелна схватања друштва у коме се налази, а што неминовно чини под утицајем својих уверења. Коначно, полазећи од ове уске концепције, он закључује да уставни суд који „пребацује своју судску функцију у политичку домену губи врло много као суд, а да политика тешко шта добива“, чиме се ствара „конкурирајућа, паралелна политичка власт, која стварно значи владу политички неодговорне олигархије“, што на крају доводи до тога да уставни судија задире у делатност парламента и руши му ауторитет.[1445] Пошто се у својој студији веома много ослањао на Ламбера (*É. Lambert*) и његово често цитирано дело о судијској влади, Крбек је негативно настројен према деловању Врховног суда САД, те превиђа да је и председник САД у другом мандату практично неодговоран, као и оно што су многи други аутори и тада, а и касније били уочили – да контрола уставности заправо иде у прилог јачању улоге парламента, а не обрнуто.[1446] Нешто после Крбека, Р. Лукић, је такође истицао судски карактер уставног суда и упозоравао да он има велика овлашћења која може да злоупотреби, па је сматрао да му треба смањити степен

[1439] С друге стране, у истом периоду постојали су и они (поједини немачки аутори) који су сматрали је уставно судство показало „толико особеног само по себи“ да се може закључити „да је у питању једна посебна делатност државних органа, различита од законодавства, судства и извршења“. *Ibid.*, стр. 87, 88 и 89.
[1440] *Ibid.*, стр. 43.
[1441] I. Krbek (1960), стр. 7.
[1442] *Ibid.*
[1443] *Ibid.*, стр. 8.
[1444] *Ibid.*, стр. 21. и 11.
[1445] *Ibid.*, стр. 12.
[1446] Ламбер је 1921. анализирајући праксу Врховног суда САД дошао до следећих закључака: да су судије увек реакционарне, да судска контрола води до судски креираног устава и до владавине судија (*gouvernement des juges*). A. S. Sweet (1992), стр. 39.

независности, али је истовремено изнео прогнозу да је оправдано да се надамо да ће уз уставно судство бити мање неуставности, него без њега.[1447]

У својој дисертацији из 1995. године, О. Вучић је изнела став да „уставносудски органи представљају институције сложене природе саздане од извесних елемената законодавног и доминантно судског, али упркос томе, оне се не би могле сматрати посебном, четвртом делатношћу државне власти“, али да то преплитање елемената различитих власти, та „разнородност“ још увек „није изградила све потребно да уставно судство делује као 'четврта власт'“. Због тога пружа следећи опис: „уставни судски обликован орган који поступа претежно на судски начин и истовремено са шефом државе, парламентом и владом представља највиши, врховни уставни орган“.[1448] Као што смо видели на претходним странама (вид. *supra V 1. 3.*), ауторка је у својим каснијим радовима одређење уставног судства померила ближе ка четвртој грани власти.

Крајем 20. века, П. Николић наставља, по угледу на Крбека, са уским и претежно формалним одређењем уставног судства. Иако истиче да уставно судство, због другачијег начина избора судија, дејства одлука, као и саме функције која представља заштиту устава и уставности, а која је „основ конституисања и постојања правне државе“, није део „разгранатог механизма редовног судства, а поготову не правосудног система“, оно „не ствара право“, чак ни када оцењује уставност самих закона „уставни суд нити мења, нити допуњује, а поготово не пише устав, односно законе“, због тога, према његовом мишљењу, уставни суд не задире ни у вршење уставотворне, ни законодавне функције.[1449] Николић инсистира да је у процесу тумачења устава, уставни суд „строго везан за текст устава у коме може (и мора) да тражи само његово право значење и објективну садржину и ништа више, тј. како је у теорији речено, реч је о 'стваралачком тумачењу а не стварању уставних норми'“, да он „не врши оцену целисходности акта (закона и др.), већ само и искључиво оцену уставности (и законитости)“, при чему није „у прилици да цени политику коју кроз дотични акт (закон или други акт) одговарајући орган (парламент и др.) утврђује“.[1450] Видели смо да, насупрот овоме, чак и у САД, Врховни суд процењује политички домет својих одлука. Слично Николићу, Д. Стојановић полази од тога да је функција уставних судова у основи контролна и корективна правна функција, при чему су они дужни да примењују важеће право, „што логично претпоставља да је реч о праву које не противуречи уставу“, а њихове одлуке не смеју да буду политички обојене. Он закључује да иако се уставни судови „често означавају као 'четврта власт'“, они суштински „јесу и остају судови“.[1451] Б. Ненадић заузима мање изричит став, одређујући уставни суд као политички неутралан државни орган (правни *pouvoir neuter*), који врши уставну правну контролу правних норми. Као такви, они се у вршењу својих функција морају „клонити политике“ и „остати привржени (лојални) уставу и праву“, те строгом уставноправном резоновању и поступању у границама

[1447] О. Вучић (1995), стр. 36. Упор. R. Lukić (1966), стр. 100.
[1448] *Ibid.*, стр. 90.
[1449] Павле Николић, „Правна држава и уставно судство“, *Отисак из зборника радова Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији* (Научни скупови Српске академије наука и уметности, књ. LXXXVIII, Одељење друштвених наука, књ. 20), Београд 1997, стр. 381 и 382.
[1450] П. Николић, стр. 383.
[1451] Д. Стојановић, стр. 9, 23 и 6.

воље уставотворца. Другим речима, уставни суд мора настојати да се „изолује од политике, како не би постао политички суд“.[1452]

Оригинално и темељно преиспитивање позиције органа који врши контролу уставности, пре свега из перспективе француског Уставног савета, даје Оливије Бо. У својој књизи *Држава и њена власт*, када пише о Уставном савету, углавном га назива судом.[1453] Полазећи од Келзенове тезе да „устав могу да крше само они који треба да га изврше“, он изводи закључак да „контрола уставности у суштини циља активности врховних државних органа – парламента и владе – који непосредно извршавају устав“.[1454] Бо врши својеврсну синтезу Келзеновог и Шмитовог приступа, истичући да данас супрематију уставне норме како у редовним, тако и ванредним околностима обезбеђује судска контрола уставности, при чему неретко и између различитих носилаца власти (судова и извршне власти) постоји конкуренција у вршењу функције чувара устава (уставног арбитра), ипак, „уставни судија који представља захтевану непристрасност има првенство надлежности, а често и искључиву надлежност“.[1455] Због тога наводи да је Уставни савет „једини орган који је заиста у потпуности суверен међу институцијама“.[1456] Бо остаје веран инсистирању на разлици између уставотворног и акта уставне ревизије, истичући да први „утврђује фундаментална начела“ одређеног политичког режима, док други „не ствара нови устав, већ само мења уставне одредбе без дирања у супстанцу устава“.[1457] Супротстављајући се Бирдоовим ставовима, Бо подвлачи да у суштини народ не влада, не постоји тзв. *управљачка демократија*, већ грађани само посредно и повремено партиципирају у раду на првобитном утемељењу (мислећи на стварање устава). Правни органи, пре свега уставни судови, на сличан начин „актуализују иницијалну вољу утемељивача примењујући и интерпретирајући уставно право“, врше „континуирано утемељивање“, као што и „иницирани религијски тумачи стално изнова актуализују божанско откровљење“.[1458]

Када је 1992. године анализирао праксу француског Уставног савета, Свит се изјаснио о њему као трећем парламентарном дому.[1459] Ово је учинио упркос томе што су и тада постојали аутори који су тврдили да је он суд, желећи тиме да легитимизују његову улогу, пошто сви остали судови на свету врше уставну контролу легитимно. Према схватању англосаксонских правника, минимални критеријуми које један орган мора да испуњава, да би се сматрао судским су: да је састављен од судија; да су они

[1452] Боса Ненадић (2018), стр. 240 и 250. Вид. детаљније: Боса Ненадић, *О јемствима независности уставних судова*, Службени гласник, 2012, стр. 13-22.

[1453] О. Бо, стр. 410 и даље. О положају суда Бо пише на следећи начин: „Видели смо да је суд у уставној демократији растрзан између две противуречне нужности. С једне стране, као суд, он би требало да да предност начелу хијерархије норми. Отуд, морао би се прогласити надлежним и контролисати уставом успостављен народ у име супрематије устава – или, како се некад каже, суверености устава. Ако народ сматрамо за увек 'суверену', увек 'изворну' власт, онда у институционално здање постављамо динамит. Очигледан ризик би био у томе што би се уставни магистрат као обична јавна власт, за свој рачун користио овом потенцијалном 'резервом суверености' како би сломио устав. С друге стране, народ се не може заиста сматрати уставним магистратом или простим државним органом јер не дели исту правну природу – народ није још једна уставом успостављена јавна власт. [...] Било би савршено антидемократски када би суд могао да суди о одлуци народа која је донета у складу са законитим процедурама. [...] Судија није позван да буде суверен.“ *Ibid.*, стр. 423.

[1454] *Ibid.*, стр. 381.

[1455] *Ibid.*, стр. 384.

[1456] *Ibid.*, стр. 423.

[1457] *Ibid.*, стр. 357.

[1458] *Ibid.*, стр. 444. Бо закључује и да „због ове власти преторског стварања уставног права, уставни судија од сада више није само козаконодавац, већ пре свега коуставотворац“. *Ibid.*, стр. 302.

[1459] A. S. Sweet (1992), стр. 139.

примарно ангажовани на решавању спорова; да су спорови између „правих“ парничних страна; да постоји конкретан спор између њих; да је реч о устаљеном, контрадикторном поступку. Француски аутори су ове критеријуме растегли, па су заузели став да „институција која одређује 'шта је примењиво право' и чије одређење је финално и обавезујуће представља суд“.[1460] То им је омогућило да Савет одреде као „посебан уставни суд“ (*special constitutional juridiction*). Ипак, Свит истиче да чак ни присталице ове тезе не негирају чињеницу да је „процес за који је Савет надлежан да интервенише законодавни, а не судски“.[1461] Због тога он наводи да се вештачки врши подела парламентарних и Саветових надлежности, услед „доктринарног консензуса“ о томе да је Савет ближи суду, па су стога његова „улога и функција суштински судске те се стога разликују од улоге и функција које врше политичка тела“.[1462] Као потврду овог свог става, Свит се позива на текст Марсела Валина (*Marcel Waline*) из 1928. године, у коме овај француски аутор тврди да се парламент увек понаша као суд када примењује процедуру која се данас назива *exception d'irrecevabilité*.[1463] То образлаже тако што истиче да у тој ситуацији парламент мора да „утврди уставност закона“, а да утврђивање неуставности „убија закон“.[1464] Укратко, Свит је извео закључак да уколико се „Савет сматра судом због тога што је снабдевен овлашћењем да коначно утврди уставност закона, онда се истовремено и парламент мора сматрати судом. Ово је логичан резултат примене проширене, савремене дефиниције судства која се приписује институцији различитој од Савета; али наравно, јавно-правни теоретичари то никада не чине“.[1465] Он је тада правдао овај свој резон наводећи учесталу парламентарну праксу (у периоду 1981–1987. било је 94 оваквих парламентарних поступака, у поређењу са 93 Саветове одлуке), што је указивало да се због тога Национална скупштина чешће јавља у улози суда него сам Савет. Истовремено, Свит се позива и на речи једног парламентарца који је заступао став да су чланови парламента „судије првог степена“ које се налазе под контролом Савета, као што је случај и у судској хијерархији.[1466]

Од 2008. године и увођења приоритеног питања уставности, у француској теорији се распламсала дебата о томе да ли је увођењем ове, несумњиво значајне, и у пракси доминантне надлежности, Савет постао истински (уставни) суд. Додуше, неки аутори тврде да се природа Уставног савета променила још 1975. када су први пут објављене његове „Велике одлуке“, а да је он данас „заиста део круга европских уставних судова“.[1467] Ипак, мишљења су подељена. С једне стране, истиче се да је увођењем одредбе из чл. 61 ст. 1 Устава Француске, Савет постао суд пошто мора да поштује правила контрадикторне расправе, а упркос постојању бројних особености и недостатака, његова организација и рад су упоредиви са праксом која постоји пред Државним саветом и Касационим судом. Са друге стране, наводе се и супротни аргументи, међу којима је најсликовитији да током дискусије о уставној ревизији од 2008. Национална скупштина није усвојила уставну промену, која је претходно била

[1460] *Ibid.*
[1461] *Ibid.*, стр. 96.
[1462] *Ibid.*, стр. 218.
[1463] У току расправе о „обичним“ законским предлозима, постоји могућност да они буду оспорени због сумње да нису у складу са француским Уставом.
[1464] Више о овој процедури вид. чл. 91 ст. 8 Пословника Националне скупштине: Règlement de L'assemblée Nationale, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/divers/texte_reference/02_reglement_assemblee_nationale#D_Article_91, 16. март 2023.
[1465] A. S. Sweet (1992), стр. 218.
[1466] *Ibid.*, стр. 219.
[1467] D. Maus, стр. 21 и 25.

усвојена у Сенату, а тицала се измене имена – уместо Уставног савета требало је да постане Уставни суд (*Cour constitutionnelle*). Такође, за разлику од судова, Савет своје одлуке не доноси у „име француског народа“. Коначно, уколико је избор чланова Савета био споран и када је постојала само претходна контрола, то је сада још више изражено, јер одлуку о прихватљивости приоритетног питања доносе и потом прослеђују Савету судије професионалци (и тиме на својеврстан начин прејудицирају исход – *un préjugement de constitutionnalité*), а потом коначну одлуку о уставности оспорене одредбе доносе чланови Савета који чак и не морају да буду правници.[1468] Творац ове неусвојене уставне промене био је нико други, до бивши председник Уставног савета – Бадентер. У једном чланку он износи нескривено разочарење због њеног неусвајања, који је могло да доведе до промене имена Савета, најпре због тога што, како истиче, „здрав разум“ налаже да институција која доноси судске одлуке, а не даје савете, треба да се зове уставни суд, а не савет. Из њему нејасних разлога, владина већина није прихватила његов предлог, па ће тако „француски уставни суд, чији је квалитет одлука данас широко признат у иностранству, наставити да се зове Савет, док ће се понашати као Уставни суд“.[1469]

П. Есплугас-Лабату већ у наслову првог поглавља своје књиге о Уставном савету, истиче да је овај орган „истински“ (*véritable*) уставни суд. Он се у наставку дотиче дилеме о природи овог тела – политичке или правне, али не пружа недвосмислен одговор.[1470] Његова теза је да се упркос свим критикама (посебно на рачун састава Савета), он може прикључити породици европских уставних судова, јер „поседује монопол на изрицање опште-обавезујућих одлука које се тичу уставности закона“. ЕСЉП га сматра „уставном јурисдикцијом“, а ЕСП прихвата поступак пред Уставним саветом, а према чл. 267 Уговора о функционисању Европске уније, тај поступак је резервисан само за судове.[1471]

Други француски аутори на ову дилему најпре одговарају да је Уставни савет прави уставни суд, у којем преовлађује судски елемент. У складу са Келзеновим приступом, они не поричу да уставни текст постаје стандард тек након што Савет одреди његово значење, што имплицира његово политичко деловање, које није толико последица његовог састава или предмета контроле, већ што је немогуће да се раздвоје примена и стварање права. Тај политички моменат за њих не представља сметњу, односно „дисквалификацију“ Савета као суда, јер сматрају да је та политичка делатност својствена свим типовима судова (парничним, кривичним, управним, уставним, националним или европским).[1472] За њих, дилема је могла да постоји у периоду док је Савет вршио само претходну контролу уставности, али од увођења ППУ, дилеме више нема, Савет је постао уставни суд.[1473] Међутим, овде проблеми у одређивању Саветове природе не престају, јер се сада намеће питање да ли је он после 2008. постао врховни суд.[1474] До 2008. године, у Француској су постојала два врховна суда, сваки у својој области, Државни савет и Касациони суд, док је Уставни савет био ван овог „оквира“. Док је постојала само претходна контрола Савет и поступак његовог деловања („уставна парница“) налазили су се у „политичком пејзажу“, док су по увођењу накнадне контроле, зашли у „обичан“ судски поступак, било да је реч о

[1468] D. Rousseau, P. Gahdoun, J. Bonnet (2021), стр. 110.
[1469] Robert Badinter, стр. 2.
[1470] P. Esplugas-Labatut, стр. 4.
[1471] *Ibid*. стр. 7-9.
[1472] D. Rousseau et. al. (2020), стр. 67.
[1473] *Ibid*. стр., стр. 88.
[1474] *Ibid*. стр., str. 101.

парничном/кривичном или управном поступку – поступак пред Уставним саветом зависи од „обичног“ поступка и уклапа се у њега.[1475] Ипак, на питање да ли овакво стање ствари ставља Уставни савет у позицију врховног суда, они одговарају одрично, јер сматрају да он такву позицију још увек није стекао.[1476] Оваквим резоновањем се у потпуности пренебрегава постојање и пракса Врховног суда САД, који је и по имену и суштински, прави врховни суд, али је истовремено и уставни суд (врши уставносудску функцију), иако се читав процес контроле одвија у „обичном“ судском поступку. Дакле, уочава се и известан степен контрадикторности у образложењу ових француских аутора. Видећемо у наставку како су амерички аутори приступили овим питањима.

Међутим, међу француским ауторима постоје и другачија мишљења, па тако Ваксман сматра да Уставни савет није суд и то не би ни требало да постане, „јер му се противи француска традиција, заснована на вољи сувереног народа, израженој током избора“. Као један од главних разлога истиче његов састав и предлаже да он треба да буде састављен од „искусних правника“ или евентуално организован по белгијском, мешовитом моделу, али је склонији првом решењу.[1477]

На крају овог дела излагања, поменућемо и ставове бивше судије Савезног уставног суда, Јуте Лимбах. Судија Лимбах заузима децидирани став да Савезни уставни суд није четврта грана власти, већ само контролна инстанца и „нова судска власт“. Ипак, када истиче специфичности те „нове судске власти“ детаљно наводи које су то разлике у односу на „стару“ судску власт (што може да подсећа на разликовање између извршно-управне и извршно-политичке функције): реч је о „самосталнијем“ и „независнијем“ савезном суду, који не спада под делокруг ни једног ресора, који има директну комуникацију са другим уставним органима и располаже сопственим буџетом (што произлази из његовог положаја уставног органа), он такође не подлеже никаквом службеном надзору, приликом одлучивања важи „моћ осморице“ – сви чланови суда су једнаки, тако су и председници већа само *primus inter pares*, он представља институцију највишег ауторитета која има последњу реч по питању интерпретације и примене устава, и коначно, само је његовим судијама дозвољено да издвајају мишљења.[1478] Као главни разлог за одређење СУС као суда, она наводи то што овај Суд не може да делује по службеној дужности, већ само реактивно, када постоји захтев који долази споља. Због тога он нема „највећу моћ у држави“, већ као орган права, а не политике, има „ограничен задатак да у судским поступцима протумачи и примени Устав“.[1479] Међутим, упркос овом везивању за право и суд, Лимбах на бројним местима у својој књизи, наводи мерила којима се Суд служи приликом тумачења и примене Устава, а која нису увек чисто правна. Тако у самом уводу, истиче да Немци не смеју да буду малодушни по питању европских интеграција, нити Немачка, може и жели, да се врати у своје уске националне оквире.[1480] Јасно је да су ово судијини ставови, које је она вероватно и несвесно уградила у неку од одлука СУС, чиме је доказала да су сви они који су указивали да уставни суд не може да буде вредносно неутралан и аполитичан (у ширем смислу) били у праву.[1481] Посредно она то и признаје, истичући да је према речима Адолфа Арнта (*Adolf Arndt*) контрола моћи и сама моћ, да је једна од надлежности СУС да „ствара мир“, и да док се законодавна власт бави „обликовањем и

[1475] D. Rousseau et. al. (2020), стр. 110.
[1476] *Ibid*. стр., стр. 115.
[1477] P. Wachsmann (2010), стр. 4.
[1478] J. Limbach, стр. 32.
[1479] *Ibid.*, стр. 22.
[1480] *Ibid.*
[1481] *Ibid.*, стр. 10.

доношењем“ правних норми, а судство врши њихову „правну спознају“, интерпретација устава од стране Суда представља „непрестани процес производње права“, што захтева „одлучну интервенцију“ насупрот суздржаности.[1482]

Слично пише и Хојн, који СУС одређује као врховни суд.[1483] То чини и Шарчевић, који сматра да је суд, и да за њега важе иста начела као и за друге судове (одлучивање на основу захтева, везаност за устав и законе, одлучивање по правилима судске независности и сл.), истичући да је његов основни задатак „типично правосудни“, јер у поступку поводом уставно загарантованих права и обавеза доноси обавезујуће одлуке.[1484] Ипак, он не негира у потпуности и његову политичку димензију, која се огледа у тражењу „права на позадини уставног текста“, а посебно у томе што се законодавни поступак неретко, уместо проглашењем закона, завршава тек када СУС потврди уставност закона у поступку нормативне контроле.[1485]

V 2. 4. Политички карактер чувара устава

У америчким научним круговима постоји оштра критика уставносудског деловања Врховног суда. У први план истиче се политичка активност Суда, коју он том приликом врши. Речју, овде нема дилеме да ли Суд вршећи уставносудску функцију делује политички, већ је то препознато као један од проблема америчког уставног и политичког система. Један од најгласнијих заговорника укидања „судске супрематије“ (*judicial supremacy*), посебно одбацивања првенства које се даје Врховном суду САД када је у питању тумачење Устава САД је Марк Ташнет. Овај аутор сматра да су законодавци (како на савезном, тако и на нивоу федералних јединица) положили заклетву да ће поштовати текст Устава, а не одлуке Врховног суда. Пошто значење Устава не мора нужно да се поклапа са тумачењем које нуди Врховни суд, Ташнет истиче да уколико законодавци сматрају да је Суд погрешно разумео и протумачио Устав, заклетва коју су положили, допушта им да му одрекну послушност у конкретној ситуацији.[1486] Он своју критику заснива на томе што сматра да оно што је изрекао судија Маршал (*Marshall*) у *Marbury v. Medison*, може да се тумачи на два начина: први, ужи, да је смисао његове поруке био да судије треба да „кажу шта је право“ (*to say what the law is*), али да тако протумачено право остаје „унутар суда“; други, шири, је оно што данас преовладава у САД, а што Ташнет критикује, да је само у надлежности судова и „никог другог – да кажу шта је право“.[1487] У прилог овом првом тумачењу, он наводи дешавања око одлуке Суда у случају *Dred Scott*. Ташнет подсећа да је тадашњи председник САД, Линколн, изјавио да одлука Суда у поменутом случају обавезује само странке пред судом, али не и чланове Конгреса и председника САД, који могу да подрже и мере које би биле у супротности са том Одлуком. Међутим, као што је познато, преовладало је, и преовлађује друго мишљење, оно о судској супрематији. Као једну од илустрација Ташнет наводи становиште Суда које је заузео у Одлуци *Cooper v. Aaron* од 1958. године, донетој поводом (не)спровођења Одлуке *Brown v. Board of Education* од 1954. Суд је у њој недвосмислено изнео став да је његово тумачење Устава „највиши закон земље“, а пошто је то тако, сви они који су положили уставну заклетву, морају да извршавају одлуке Суда.[1488] Ташнет овде превиђа да у првој ситуаци Суд није

[1482] *Ibid.*, стр. 19, 57 и 28.
[1483] W. Heun (2011), стр. 180.
[1484] Е. Шарчевић, стр. 29-30.
[1485] *Ibid.*
[1486] Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton Unversity Press 1999, стр. 6.
[1487] *Ibid.*, стр. 7.
[1488] *Ibid.*, стр. 8-9.

имао подршку јавности, а у другој јесте, и то је управо оно о чему пишу Башок, или Хол (видети у наставку), када истичу да Суд трага за подршком јавности, односно да мора да је поседује, односно да је неопходно да сагледава читаву друштвено-политичку ситуацију и понаша се као прави политички актер. Упркос Ташнетовој критици деловања Врховног суда, за нас је важно његово признање да је Врховни суд тај који суверено одређује садржину америчког Устава и да при томе конкурише демократски изабраним представницима законодавне и извршне власти, као и самим грађанима. Слично Свиту, Ташнет истиче да судови, баш као и законодавац, могу да одговоре на „опште, апстрактне интересе“, а да се захваљујући данашњим процесним средствима расправа пред судом претворила у „савремену верзију градских скупштина“ (*modern town meeting*).[1489] Он сматра да не можемо да знамо како би се амерички Конгрес понашао да нема Суда, односно да ли се он понаша данас овако (лоше) због његовог постојања, тачније контроле уставности коју он врши.[1490] При томе истиче још и да постоји узрочно-последична веза између постојања Суда и понашања парламента и грађана, да ови други „не схватају Устав озбиљно, јер знају – или верују – да ће то судови да раде. Политичке калкулације би се можда промениле ако људи знају да су они одговорни за Устав“.[1491] Он сматра да када постоји, контрола уставности представља ресурс за политичко ценкање између грана власти, а уколико ње не би било, уместо судовима, председник САД и Конгрес би се обраћали суду јавног мњења, које би их приморавало да постигну некакав договор.[1492] Због тога се он залаже за измештање Устава из судских руку и његово враћање народу, кроз особени концепт (*populist constitutional law*) који развија у свој књизи.[1493]

На веома сличан начин о поступању америчких судова, а посебно Врховног суда, пише и Паулсен (*Paulsen*). Он иде дотле да сматра да Врховни суд живи у складу са митом који је изграђен око и поводом случаја *Marbury v. Medison* и да је америчко друштво заточеник тог мита. Паулсен резонује попут Ташнета када наглашава да се (надлежност) Суда да каже шта је право претворило у то, да је право оно што Суд каже, и да због његове контроле над уставношћу, он сам није подвргнут никаквој контроли. Насупрот томе, према његовом мишљењу, суштина онога што је Маршал хтео да поручи својом Одлуком од 1803. састоји се у томе да је право оно што Устав каже да јесте, а да судови морају тиме да буду везани.[1494] Власт уставне интерпретације, према Паулсену, није у рукама једног ауторитативног тела, већ је она подељена, што изискује супротстављене ставове, тензије, политичке борбе и компромисе, а понекад и њихово одсуство, односно изостанак коначног решења. Он сматра да децентрализовано одлучивање не представља „хаос“, већ да је оно једноставно „антитеза централизоване власти тумачења“ и пример за *checks and balances*, којим се спречава успостављање концентрације власти – онога чега су се „очеви оснивачи“ највише бојали.[1495] Временом би се од тог мноштва гласова створио „општи еквилибријум“, који не би био перфектна стабилност, али он сматра да ни судска супрематија данас не доводи до бољег резултата од тога што он предлаже.[1496]

[1489] *Town meeting* је скупштина у малим америчким срединама у којима сви или готово сви чланови те заједнице/насеља одлучују о важним питањима. На другим местима у књизи, Ташнет пише о законодавним проценама које Суд врши. *Ibid.*, стр. 69 и 70.
[1490] *Ibid.*, стр. 55.
[1491] *Ibid.*, стр. 66.
[1492] *Ibid.*, стр. 120.
[1493] *Ibid.*, стр. 177 и даље.
[1494] M. Paulsen, стр. 2741.
[1495] *Ibid.*
[1496] *Ibid.*, стр. 2739.

Још један оштар критичар „судске супрематије“ је и амерички аутор Крејмер (*Kramer*). Он истиче да су њене присталице „данашње аристократе“, које сматрају да је политика која потиче од народа (*popular politics*) „дивља животиња“, коју треба држати под контролом. Да би се то постигло, присутан је наратив о крхкој позицији у којој се судови налазе, па је од власти за коју се претпостављало да је најслабија, направљена најјача власт, која данас некажњено управља другима, без могућности да јој се грађани одупру, већ само могу да чекају да судије Врховног суда напусте функцију или овај свет.[1497] Стога, он сматра да су Европљани на много бољи начин приступили питању примене устава, јер су препознали да то „није и никада не може да буде исто што и тумачење обичног законодавства“.[1498] Сходно томе, Крејмер мисли да је додељивање ове функције специјализованом органу, попут уставног суда, боља опција (при чему се устави европских земаља и лакше мењају), јер „очеви оснивачи“ нису имали на уму да ће Врховни суд САД обављати оно што данас обавља (контролу уставности која је довела до судске супрематије). Тако су институти попут судијске независности и доживотног мандата неприкладни за данашње доба, односно требало је да служе уобичајеним (*ordinary*) судским функцијама.[1499] Крејмер инсистира на томе да Врховни суд треба да буде слуга, а не господар грађана, јер су грађани највиша власт у земљи, а Суд је „слуга чија озбиљност и знање заслужују поштовање, али који беспоговорно мора да се приклони нашим просуђивањима о томе шта је значење Устава, а не обрнуто“. При томе он одбацује приговор о сложености уставног права, истичући да је оно постало такво управо услед деловања самог Суда, који га је самостално креирао у процесу јудикализације политике, како би се легитимизовао.[1500] Иако му то није била примарна намера, Крејмер чини врло корисно раздвајање функција које обавља Врховни суд – на ону „обичну“ или типично судску, и на ону која се тиче тумачења и примене устава.[1501] Истовремено, он наглашава потребу за постојањем подршке јавности, која је извор легитимитета ВС-а. Само што је види у одлучивању самог народа, чиме се приближава Шмиту, а занемарује оно што истичу неки други аутори (Башок, Хол), а то је да подршка јавности постоји и када је реч о раду Врховног суда САД и да он о њој веома води рачуна.

Посредно се о судовима као учесницима законодавног процеса изјаснио и Волдрон (*Waldron*), који сматра да је судска контрола „неприкладан модел коначног одлучивања у слободном и демократском друштву“. Позивајући се на Бикелове (*Bickel*) ставове, који је описивао судску контролу уставности као „девијантну институцију у америчкој демократији“, Волдрон наглашава да грађани о својим правима треба да одлучују путем обичне законодавне процедуре, без посредовања судова.[1502]

За разлику од поменутих аутора који критикујући контролу уставности у САД, можда и пренаглашавају улогу судства, а посебно Врховног суда, постоје и они који једноставно констатују политичку делатност Суда као датост и покушавају да ту његову улогу представе на што реалнији начин.[1503] Тако Шапиро (*M. Shapiro*) истиче да је срж

[1497] Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press 2004, стр. 247 и 250.
[1498] *Ibid.*
[1499] *Ibid.*, стр. 250.
[1500] *Ibid.*, стр. 248.
[1501] *Ibid.*
[1502] Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Journal*, 6/2006, стр. 1348-1349.
[1503] Позивајући се на немачке ауторе, Вучић и Стојановић истичу: „Уставни суд је институција која, по својој природи, надлежности која јој је поверена и снази којом располажу њене одлуке, није чисто правни, већ је и политички орган, што не значи да је стога она мање правни од других уставом

политиколошке теорије судства,[1504] разумевање судова као политичких органа и судија као политичких актера, који се налазе раме уз раме са осталим државним органима и различитим независним телима, са којима учествују у политичком процесу.[1505] Слично француским ауторима, он истиче и да је одређење законодавства као процеса за доношење закона који примарно врше законодавна тела, била доминантна парадигма на почекту 20. века, док се њој данас супротставља „административно стварање права“ (*administrative law-making*).[1506] Због ове промењене реалности, некадашње схватање судства у англосаксонском свету (док је преовладавало *common law*) данас постаје преуско и неспојиво са правном стварношћу. Зато инсистира на томе да постоје многе области права у којима судови морају да „отворено или прикривено, свесно или несвесно, формулишу политичку теорију или установљавају нове погледе на понашање њихових колега, учесника у политичком процесу“.[1507] Додатно, он истиче да је и судски поступак (*litigation*) постао „вид политичке активности“. Спољни играчи, управна и регулаторна тела, све чешће покушавају да управо кроз судски поступак дођу до жељених промена у постојећем законодавству, кроз промену судске праксе. Тако се у САД дешавају ситуације у којима различита регулаторна тела покушавају да путем судског спора промене старе законе – оне који више не одговарају њиховим савременим циљевима.[1508] Уколико у спору који настане између одређеног државног органа/тела и неког пословног удружења, Врховни суд пресуди у корист ових других, то може да се разуме као „анти-регулаторан став“ (*anti-regulation attitude*), али и став који је за очување интегритета Конгреса, односно став о томе да „нема амандмана без промене закона“ (*anti-amendmnet-without-statute attitude*). Због тога се такав случај формално декларише као *Regulatory Agency v. Business*, а суштински је реч о *Regulatory Agency v. Congress*.[1509]

И други амерички аутори настављају у сличном духу, наглашавајући да Врховни суд „више не може да се сагледава као аполитична институција“, јер поседује власт да утиче на људске животе, те га због тога треба разумети и надзирати као институцију која ствара политику, односно доноси политичке одлуке (*policy-making institution*).[1510] Познати судија федералног апелационог суда и професор права, Р. Познер (*R. Posner*) разрађује ову идеју. Уставни предмети (*constitutional cases*) које Врховни суд разматра су „политички“, јер се сам Устав тиче политике, при чему број оваквих предмета у последњих пар деценија на годишњем нивоу не пада испод 40%.[1511] Додатно, контрола уставности коју Врховни суд врши (*constitutional adjudication*) представља и испољавање дискреционог одлучивања, јер у суштини нема „спољних

успостављених органа, али може значити да је, чак и једнако као ти други органи, политички“. Појавом функције уставног судовања, институционализована је правна контрола политике. О. Вучић, Д. Стојановић, стр. 103 и 101.

[1504] „Политиколошка теорија судства (*Political Jurisprudence*) је назив дисциплине која методама политичких наука изучава рад судова и деловање судија.“ Она усваја налазе социолошке теорије права у складу са којима је право део друштвеног система, као и налазе теорије правног реализма која наглашава да судије не само што „откривају право“, већ га и стварају. Tanasije Marinković, „Barakova doktrina ciljnog tumačenja u pravu kao mogući obrazac interpretativne odanosti konstitucionalizmu“, *Aron Barak – sudija i teoretičar prava* (ur. B. Košutič *et. al.*), IVR Srbija i Dosije studio, Beograd 2016, стр. 97-98.

[1505] M. Shapiro, A. S. Sweet, стр. 21.

[1506] *Ibid.*

[1507] *Ibid.*, стр. 38-39.

[1508] *Ibid.*

[1509] *Ibid.*, стр. 48-49.

[1510] R. Davis, стр. 176.

[1511] Richard A. Posner, “The Supreme Court, 2004 Term – Foreword: A Political Court”, *Harvard Law Review*, 119/2005, 28-102, стр. 38 и 40.

ограничења која би се наметала судијској одлуци“, нити је он везан својом одлуком (он невољно одступа од своје праксе, али то није последица правне обавезе).[1512] Као изразито занимљив пример он наводи одлуку Врховног суда у предмету *Roper v. Simmons* од 2005. године, у којој је Суд нашао да је неуставно спроводити смртну казну над лицима која у моменту извршења кривичног дела имају мање од 18 година. Тиме је Врховни суд одступио од своје раније праксе успостављене Одлуком *Stanford v. Kentucky* од 1989. године (у складу са којом је смртна казна могла да се спроводи према лицима која су навршила 16 година старости), што је утицало и на законодавство у 25 савезних држава.[1513] Познер недвосмислено наглашава да се у Одлуци *Roper v. Simmons*, Суд није држао историјског разумевања текста Устава нити је примењивао аполитичне принципе као што су *stare decisis* или друга правила судског поступка у *common law* систему, већ да је напротив радио оно што би се очекивало од законодавца у овој ситуацији, донео је политичку пресуду.[1514] Ипак, он сматра да Суд није „омнипотентан“, да одређена, иако веома широка политичка ограничења постоје и да је претенциозно називати судство најслабијом граном власти.[1515]

Британски политиколог, Р. Белами (*R. Bellamy*), у својој књизи „Политички конституционализам“ из 2007. године, изнео је веома оштру и негативну оцену судске контроле уставности. Одлучно критикујући улогу судства, посебно Врховног суда у САД, и његову неподобност да врши судску контролу уставности, Белами том приликом посредно признаје колика је, и каква улога овог суда у америчком политичком животу. Он истиче да је у бројним контроверзним случајевима (као што су абортус и расна дискриминација у школама) Конгрес сву одговорност и потенцијалну осуду пребацио на Врховни суд, који је ублажавајући критеријуме стендинга и подобности за суђење, уз омогућавање подношења поднесака пријатеља суда и „класне акције“, био помоћник у овом процесу, чиме је ширио своју власт у „широку област социјалне политике“.[1516] Белами одбацује тезу да судови својим деловањем могу само маргинално да утичу на демократски процес, већ да они могу да мењају његов карактер на више начина, од којих многи доводе до „изобличења демократије“.[1517] Са друге стране, он умањује позитиван утицај који судска контрола уставности може да има на целокупан систем, истичући да „суштинске промене доносе само закони“. Као сликовит пример наводи да је у САД у деценији која је наступила после Одлуке *Brown v. Board of Education* од 1954, само 1,2% црначке деце почело да похађа школе које нису биле расно подељене. Он признаје да је могуће да је ова одлука у одређеној мери утицала на расположење јавности, али сматра да она није успела да обезбеди унапређење положаја Афро-Американаца и да је до суштинских промена дошло тек после масовних протеста, и када је Конгрес донео одговарајуће законе 1964. и 1965. године (*Civil Rights Act* и *Voting Rights Act*).[1518] Коначно, Белами полази од „класичне“ и усудили бисмо се да кажемо, сада и у многоме превазиђене критике (што смо показали у претходним деловима нашег рада) уставног судства као конкурентног законодавца („алтернативни законодавац“), који подрива демократски изабраног законодавца. Он полази од тога да су судије увек део „владајуће класе“ и да се повећањем

[1512] *Ibid.*, стр. 41-43.
[1513] Вид. више: Roper v. Simmons, *https://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/roper*, 10. април 2023. и R. A. Posner, стр. 42.
[1514] Познер прецизно наводи карактеристике *common law* поступка, у којем судови стварају право које је више „правно“ (*lawlike body of law*) које се разликује од уставног права. *Ibid.*, стр. 45-47.
[1515] *Ibid.*, стр. 42.
[1516] Richard Bellamy, *Political Constitutionalism,* Cambridge University Press 2007, стр. 204.
[1517] *Ibid*., стр. 43.
[1518] *Ibid*., стр. 44.

демократичности њиховог избора ништа не добија[1519], наглашавајући, потпуно супротно тези о апстрактном одлучивању (Свит, вид. *supra III 3. 3. 2. 1.*), да судови вршећи уставносудску функцију „не узимају у разматрање општи програм владе“ и његове свеобухватне ефекте. Белами сматра да су они концентрисани само на конкретни случај и његов домет, а да такву одлуку, која „приватне назоре претвара у јавно право“ гласачи на изборима не могу да промене, као што би могло да се деси у случају владине политике са којом се не слажу.[1520]

У контексту омнипотентности чувара устава, пишући о Уставном савету Француске, Свит истиче чувену Одлуку о слободи удруживања од 1971 као пример „бесрамне судске креативности“.[1521] Пошто је одредби закона од 1901. године признао статус *фундаменталног принципа признатог законима републике,* Савет је „суштински спутао парламентарну активност, ограничењима која је пронашао у његовом раду од пре седамдесет година када контрола уставности није ни постојала. Узнемирујуће, пошто Савет није сачинио листу других принципа који би могли да се нађу међу фундаменталним принципима, његова дискрециона моћ да их открива је практично неограничена“.[1522] С тим у вези, Свит истиче да је „од три текста које садржи преамбула од 1946, Савет нашао да је 'текст' који је за развој најпогоднији – неписани, и последично потпуно непознати, фундаментални принципи садржани у законима Републике“, те због тога подвлачи да је управо Савет тај „оригинални извор свих суперуставних принципа (*superconstitutional principles*)“.[1523] Он подржава став Лоика Филипа (*Loïc Philip*) да је уставни судија престао да ограничава себе, са циљем да обезбеди поштовање устава, већ да „све више и више иде ка томе да установи шта је устав“; док истовремено опонира Веделу (*George Vedel*) који је истицао да Уставни савет никада не делује као влада судија (*gouvernement des judges*) и да он (Савет) одбија да се позива на принципе засноване на политичким или моралним уверењима судија, већ само на онима који су садржани у тексту устава, истичући управо супротно – да се Савет понекад понаша као *gouvernement des judges* и да је Веделов став „екстремно погрешан“.[1524]

Дакле, постало је неспорно да је поред правног критеријума, присутан и политички моменат, који се често испољава у виду различитих идеолошких ставова. За Познера је то пре свега скуп „персоналних фактора“, као што су васпитање, темперамент, искуство, образовање, однос према колегама и сл.[1525] Међутим, они могу да буду схваћени и шире, као однос према уставним вредностима и свом окружењу генерално. Говорећи о избору судија Врховног суда САД, један амерички аутор истиче да су се до сада, током процеса потврђивања судија пред Сенатом, обе партије трудиле да свог кандидата прикажу као припадника водећег таласа у уставном праву, тј. да се не налази радикално на крајевима спектра, већ да заузима једну „средишњу“ позицију – у уставноправном центру.[1526] Међутим, проблем се управо огледа у томе што је готово немогуће са сигурношћу утврдити шта је владајућа уставноправна доктрина, јер осим Врховног суда и многи други актери уобличавају уставно право, при чему овај Суд не заступа увек „водеће уставне вредности“.[1527] На то какав ће бити тренутан и

[1519] *Ibid*., стр. 248
[1520] *Ibid*., стр. 244, 245
[1521] A. S. Sweet (1992), стр. 68.
[1522] *Ibid.*
[1523] *Ibid.*
[1524] *Ibid.*, стр. 100-104.
[1525] R. A. Posner, стр. 48.
[1526] Michael J. Gerhardt, “Merit v. Ideology”, *Cardozo Law Review* 2/2005, стр. 363.
[1527] *Ibid.*

преовлађујући однос према уставу, али и законима, зависи и од тога каква су актуелна кретања у једном политичком систему. Тако Ескриџ, слично ономе на шта је касније указао и Хол (видети у наставку), наглашава да приликом тумачења Врховни суд „не везује и не може да веже своје тумачење само за изворну законодавчеву вољу“, већ да он више води рачуна о томе каква је тренутна законодавна клима, него што је била онда када је закон донет, дакле да води рачуна о потребама политичког и друштвеног амбијента у којем ствара своју одлуку.[1528]

О овом тесном односу на релацији егзекутива – уставно судство, пише и мађарска ауторка Ујц (*Uitz*), која не поставља питање да ли судови треба да ограниче ширење извршне власти и спрече њено задирање у домен законодавне, већ како (уставни) судови треба да се понашају, а да додатно не угрозе свој рањиви положај.[1529] За њу, задатак уставних судова приликом примене устава није да се директно супротставе извршној власти, већ да „идентификују уставне актере или актере који могу да обављају значајну контролу над ширећом егзекутивном делатношћу у оквирима устава“.[1530] Додатно, само постојање уставносудске контроле, утиче на вршиоце извршне власти да пре него што донесу одређену одлуку, консултују своје правнике о томе које и какве опције им устав пружа.[1531] Изводи се закључак да овде, осим јудикализације законодавног процеса, на делу постоји и својеврсни облик јудикализације деловања извршне власти.

V 2. 5. „Шмителзенов суд“

Коначно, за сам крај, оставили смо налазе оних који се труде да својим анализама дају синергистички ефекат, да обједине и правни и политички елемент уставносудске функције и да на тај начин покушају да објасне њену суштину. Почећемо са аутором који у свом раду покушава да приближи, па чак и да помири Келзенове и Шмитове ставове. Реч је о британском правном теоретичару Башоку (*Bassok*) који износи занимљиву, и нама се чини тачну тезу, да се последњих деценија појавила нова творевина: *Шмителзенов суд* (*The Schmitelsen Court*). Ова очигледна игра речи упућује на то да органи који врше уставносудску функцију, у себи данас носе комбинацију особина које су свом „чувару устава“ приписивали или прижељкивали и Шмит и Келзен.

Тако Башок најпре подсећа да је Шмит сматрао да чувар устава мора да буде независан и неутралан у односу на партијску политику. Његова главна улога је да штити националну егзистенцијалну одлуку – политичко одређење, те мора да се изјашњава и о идентитетским питањима, што имплицира да не може само да се креће у оквирима права.[1532] С тога је кључни камен спотицања између различите улоге коју су својим чуварима Келзен и Шмит доделили, био последица њиховог различитог схватања улоге устава у друштву. Иако ови аутори нису користили тај појам, Башок подвлачи да је овде суштински реч о две различите концепције уставног идентитета.[1533] За Шмита је устав „фокална тачка политичког идентитета“, а чувар устава мора да бди

[1528] W. N. Jr. Eskridge (1991), стр. 415.
[1529] Renata Uitz, “The Role of Courts in Cases on Executive Powers: Making the Constitution Matter”, *The Evolution of the Separation of Powers – Between the Global North and the Global South* (Ed. by David Bilchitz and David Landau), Edward Elgar Publishing 2018, стр. 107.
[1530] *Ibid.*
[1531] *Ibid.*, стр. 113.
[1532] Or Bassok, “The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy”, *German Law Journal* 21/2020, стр. 134.
[1533] *Ibid.*, стр. 137.

над њим, па уколико је нужно и да прогласи противуставним уставне амандмане (схваћене у ширем смислу, као свака уставна промена), али да би то био способан да учини, истовремено мора да ужива „плебисцитарни легитимитет“.[1534] Са друге стране, за Келзена је држава „нормативни конструкт, а не носилац идентитета“, она само треба да обезбеди формални основ за каналисање промена у сопственом политичком животу, па стога ни држава, ни чувар устава не треба да доносе политичко-егзистенцијалне одлуке. Иако је у начелу допустио контролу уставности амандмана, Келзен је био против укидања закона са позивом на вредности из преамбуле.[1535] Због овог свог, према Башоку, претерано формалистичког приступа, није успео да се супротстави Шмитовој тврдњи да судови нису у стању да одлучују о политичко-идентитетским питањима, а да истовремено не изгубе своју неутралност и привржености правним критеријумима.[1536]

Због тога се Шмит и опирао Келзеновом концепту чувара устава, јер је сматрао да суд не може да има неопходни легитимитет који потиче од грађана, те се зато залагао за председника као модераторску власт. Ово стога што је једино у плебисцитарном изјашњавању видео потенцијал да буде снажан модел извора легитимитета. Међутим, развојем технологије, истраживања јавног мњења „разбила су монопол изабраних институција над легитимитетом који се базира на јавној подршци“, па се тако у САД од шездесетих година 20. века редовно мери подршка коју Врховни суд у јавности ужива.[1537] Према Башоку, развојем техника за истраживање јавног мњења, отклоњене су све препреке које је Шмит био упутио Келзеновом чувару устава. Судови (а најпре они врховни) су почели да имају слику о томе, да ли и колику подршку јавности имају, чиме су стекли легитимитет који им је у почетку недостајао, како би могли да решавају и политичка питања која су некада била резервисана само за парламент и за носиоце извршне власти.[1538] О значају подршке „других“ пише и М. Тропер. У чланку у коме оспорава аргументе о уставносудском резоновању које износе Маршал, Келзен и Барак, он истиче да важење уставносудских одлука не потиче од њихове логичке утемељености, већ од ауторитета институције која врши уставносудску контролу, као и од прихватања или макар од одсуства противљења од стране других.[1539]

Тако долазимо до одлика *Шмителзеновог суда*. Данас су чувари устава организовани као судови или специјализовани трибунали, са задатаком да штите политички идентитет заједнице, док су средства контроле која користе далеко превазишла она која је Келзен имао на уму, ослањајући се на подршку грађана како би придобили легитимитет за своје деловање (што је Шмит сматрао неопходним).[1540] *Шмителзенов суд* истовремено делује у складу са појединим Келзеновим ограничењима – користи правни резон (како би избегао повлађивање притисцима јавности), комбинујући га са Шмитовим идејама о очувању базичне политичке одлуке о друштвеном поретку, за коју мора да има подршку грађана. Међутим, ту леже и две

[1534] *Ibid.*, стр. 138.
[1535] *Ibid.*, стр. 139.
[1536] *Ibid.*, стр. 143.
[1537] *Ibid.*, стр. 149.
[1538] *Ibid.*, стр. 149. Башок подсећа да је пре дискусије на релацији Келзен-Шмит, још Хамилтон нагласио да се судски легитимитет заснива само на судијском знању, а не на подршци јавности. Међутим, ситуација се временом променила, па је тако више судија у одлукама Врховног суда истицало значај подршке јавности када је реч о његовом деловању и одлукама (Робертс, Гинзбруг и Брејер). *Ibid.*, стр. 144.
[1539] Michel Troper, “Marshall, Kelsen, Barak and the constitutionalist fallacy”, *International Journal of Constitutional Law* 1/2005, стр. 37
[1540] O. Bassok, стр. 132.

опасности, прва, да постане популистички чувар, напуштајући правна мерила и приклањајући се жељама јавности, и друга, да у једном тренутку остане без њене подршке.[1541] Приметићемо да је ово сасвим супротно налазима до којих је дошао Балаж (вид. *supra V 1. 2.*). Подршка јавности чувару устава омогућава да уђе у посед и друштвене моћи, што га приближава законодавцу, насупрот Балажовој тези о томе да уставни судови поседују само политичку моћ и политичку власт, што их чини делом извршне власти.

До сличних закључака дошао је и Ванберг, који тела која врше уставносудску функцију назива судовима (мислећи на немачки СУС и Врховни суд САД) и потврдно одговара на Далову (*Dahl*) тезу о томе да она могу да буду схваћена као институције које се супротстављају већини (*countermajoritarian*) и које могу да јој наметну уставна ограничења.[1542] Ипак, оне нису неспутане и неодговорне као што се често истиче, већ морају да ослушкују окружење у коме се налазе, како би осигурале спровођење својих одлука. Тако Ванберг наглашава да власт чувара устава пре подсећа на „планера" (*agenda setter*) који може да утиче на смер политике, креирањем више алтернатива прихватљивих и другим актерима, него ли на неспутаног диктатора. Реч је о институцијама које нису аполитичне и измештене из оквира политичих промишљања, већ о „*мудрим правницима*" (*prudent jurists*), који не могу да буду само правници, већ морају да прилагоде своје поступање политичком окружењу у коме делују.[1543]

Супротно овоме, Свит истиче да је погрешно схватање о уставном судству као „бедему против тираније већине" и да се ретко дешава да он штити права која парламент на одређени начин већ није регулисао, већ уставни судови одлучују како да на најбољи начин заштите права која се налазе на „менију политичких опција о којем је већ било одлучивано у оквиру парламентарних дебата поводом уставности тог закона".[1544] Овај Свитов став у великој мери кореспондира са налазима до којих је дошао Хол. Он сматра да Врховни суд „не поседује ни мач ни кесу" америчког друштва, али да држи кључеве затвора, и да када год их искористи (да откључа врата) располаже огромном моћи. Суд има јединствена овлашћења да промовише слободу, али само ону која се тиче слободе од ограничења која намеће држава, речју Суд може да спречи да људи иду у затвор. Због комбинације „снаге и слабости" Врховни суд је „јединствено корисна институција у слободном друштву", пред којом су најконтроверзнији они случајеви који у себи садрже сукобе између супротстављених концепција слободе.[1545] Овај опис треба схватити у једном ширем смислу, концепцијски, на начин да уколико абортус није кажњив, онда људи „неће ићи у затвор", а није кажњив зато што је Суд тако протумачио амерички Устав.

Дакле, успостављање и вршење контроле уставности је заправо институционални одговор на недовршени (друштвени) уговор који је повезан са проблемима несигурности и спровођења. Све стране желе да виде да они други поштују своје обавезе, а функција контроле треба да с времена на време, разјасни значење овог уговора и да врши надзор над његовим спровођењем.[1546] Пошто устав

[1541] *Ibid.*, стр. 162.
[1542] G. Vanberg, стр. 175 и 177.
[1543] *Ibid.*
[1544] A. S. Sweet (2000), стр. 106.
[1545] Хол сматра да Суд поседује велику моћ којом може да утиче на понашање државних и приватних актера у широком опсегу политичких питања, па тако у одређеним ситуацијама може да постигне и нешто што чак ни „велике националне већине не могу да остваре кроз друге политичке институције". M. E. K. Hall, стр. 164 и 160.
[1546] A. S. Sweet (2000), стр. 44.

није „мртав текст“, већ „живи акт“, простор за довршење друштевног уговора је отворен за непрекидно стварање права у оквиру делатности чувара устава (Уставног савета), који „говори шта је право“ дајући смисао конкретној уставној одредби у поступку њеног тумачења: „Овим континуираним стварањем права и слобода, Уставни савет додатно продубљује јаз између управљача и оних којима се управља, као и институционалну аутономију потоњих. Овај јаз доводи до нових демократских односа“.[1547] Да би вршио ову своју функцију, чувар устава најпре мора да одреди поље свога деловања. Својим тумачењем, он је тај који уставним стандардима удахњује истински правни живот, што имплицира да је овде реч о „истинској операцији стварања права“. Оваквим поступањем он „обавља једну политичку активност“ (*exerce une activité politique*).[1548]

Слично Троперу, поједини француски аутори пишу о томе да је закон данас производ деловања три институције које се међусобно надмећу и које свака на свој начин дају допринос: владе, која предлаже већину закона, парламента који расправља, дорађује и изгласава закон, и коначно Уставног савета, који је у позицији да може да допуни закон, прецизира његово поље деловања, одстрани неке одредбе и сл. Свака од ових институција ради у складу са другачијим процедурама и легитимитетом. Влада има подршку већине и свог управног апарата, парламент на крилима подршке грађана спроводи расправу, док Савет контролише садржину закона, ослањајући се на свечано прокламоване принципе о националној суверености и људским правима гарантованим у Декларацији од 1789. и преамбули Устава од 1946. године.[1549]

Као што је и Ванберг показао на примерима немачког СУС и америчког Врховног суда, и француски аутори истичу да иако формално-правно одлуке Уставног савета обавезују друге органе, његово тумачење француског устава никада није засновано на „потпуно слободном или арбитрерном избору“, већ је резултат бројних ограничења и „игре надметања“ између више учесника: парламентараца који имају сопствено схватање уставног текста, странака које покрећу ППУ поступак, различитих струковних организација, адвоката, нотара, науке, домаћих и европских судова, медија који процењују реакције јавног мњења у односу на различите исходе поступка, итд.[1550] Коначно, и пракса самог Савета је део ових ограничења, јер уколико превише одступа од ње, уставноправна наука, као и заинтересовани покретачи поступка се неће либити да га подсете на његове раније заузете ставове.[1551] Дакле реч суверена која је записана у уставу оживљава тек када дође у „сложени однос“ са свима онима који треба да је примене, другим речима не ради се о „једностраном, својевољном и усамљеном гесту једне од страна у овом односу“.[1552] Као последица ових „сложених односа“, органи који наизглед врше различите функције, почињу да личе једни на друге. Што законодавни процес има у себи више одлика судског поступка, то ће парламент и уставни суд наликовати један на други, обављати исте послове, користити исти језик или исте правне материјале.[1553] Другим речима, када год су законодавци укључени у доношење уставних одлука (*constitutional decision-making*) они се понашају као уставне судије. Овакво понашање може да се посматра као „продужени судски поступак“ (*extended*

[1547] D. Rousseau *et. al*. (2020), стр. 977.
[1548] *Ibid*., стр. 991.
[1549] D. Rousseau *et. al*. (2020), стр. 994-995.
[1550] *Ibid*.
[1551] *Ibid*., стр. 995.
[1552] *Ibid*., стр. 997.
[1553] A. S. Sweet (2000), стр. 105.

judicial process), они се понашају као тела која врше контролу устава у првом степену, док уставни судови представљају апелациону инстанцу.[1554]

Овакви практични налази доводе до тога да се чувари устава никако не уклапају у класичну теорију о подели власти. Због тога Свит сматра да су „традиционалне континенталне теорије о подели власти у дубокој кризи“ – оне су застареле и некохерентне, више замагљују него што разјашњавају стварност, јер данас на европском тлу судије врше законодавство, а парламенти суде, границе између права и политике, законодавне и судске функције су тек нешто више од пуких академских конструкција.[1555] Он даље продубљује ову тезу, истичући да је подвођење уставног судства под судство, израз „застарелих схема о подели власти“, а да су и његови оснивачи препознали мешовиту правнополитичку природу коју оно поседује, као што су препознали и мешовиту природу уставног права, те да се од уставних судова очекивало да учествују у законодавној функцији, јер никада није било планирано да уставни судови буду „судска тела“ у традиционалном смислу.[1556] У веома сличном духу пишу и француски аутори, који фактички предлажу нови концепт уређења односа између водећих политичких актера. Они истичу да Савет није у истој равни, ни са законодавним, ни са извршним институцијама, већ заузима засебан простор. Они предлажу да уставно судство треба да схватимо као израз (артикулацију) различитих области које чине политички систем, при чему наводе три области: ону која се тиче цивилног друштва (професионалне, личне и друштвене активности), јавна сфера (синдикати, политичке партије и сл.) и политичку област, у којој се припремају, креирају и усвајају закони.[1557] Чувар устава (Уставни савет) се не налази ни у једној од ове три области, већ служи њиховом разграничењу. Његова је улога да „нешто“ пренесе из пренормативног у нормативно стање. Он је институција „новог уставног односа између три 'друштва'“, која намеће поштовање права и правила која потичу из цивилне и јавне сфере, оној политичкој (државним органима).[1558]

Постојање и активност чувара устава у политичким системима данашњице, не утиче само на питање његовог позиционирања у оквиру образаца поделе власти, већ и на реконцептуализацију схватања савремене демократије. Од увођења чувара устава (у Француској и Немачкој) доста се тога променило. У обе државе они су примарно били замишљени као органи који треба да одржавају систем у балансу, са акцентом на односе између политичких власти. Временом се фокус померио ка заштити људских права. Тако је у Француској Савет требало да заштити владу од насртаја парламента, али се он временом претворио у једног од главних заштитника људских права.[1559] Постепено и сама формула да је закон израз опште воље, добила своју унапређену верзију, па је данас закон израз опште воље, само уколико је у сагласности са уставом, чиме се, последично и сама демократија не одређује више као владавина већине која је у стању да донесе закон, већ као „промишљена делатност“ (*une pratique délibérative*) у којој се расправља о валидности одлука. У овакво измењеном демократском амбијенту

[1554] Свит сматра да законодавци не само што разматрају уставноправна питања (нпр. када одлучују о људским правима), они бране своје одлуке као што то раде судије, позивајући се на правне материјале. *Ibid*., стр. 102 и 103.
[1555] *Ibid*., стр. 130.
[1556] *Ibid*., стр. 151.
[1557] D. Rousseau *et. al*. (2020), стр. 973.
[1558] У складу са овом концепцијом, Уставни савет се намеће као „неочекивана и парадоксална интституција“ која контролише нормативно деловање представника суверена (народа). Ово је супротно ономе што се често чује да народу не треба никакав медијатор како би се организовао и доносио одлуке. *Ibid*., стр. и 974
[1559] *Ibid*., стр. 993.

и улога чувара устава постаје „савршено легитимна“, јер је реч о „новом институционалном и политичком режиму за стварање опште воље“.[1560]

Као што је креирање савремених политичких система са позивом на демократију у контрадикцији са њеним античким поимањем, због чега је још и Сјејес писао о „представничком режиму“, тако је и „данашњи израз 'представничка демократија'“ такође у контрадикторности са оним што постоји данас – а то је улога уставног судије у стварању опште воље. Због тога је потребно да се значење израза *демократија* унапреди.[1561] У овом контексту, амерички аутор Ајсгрубер (*Eisgruber*) сматра да треба одбацити конвенционалну критику контроле уставности у САД, јер она полази од тога да само изабране институције могу да полажу право да заступају интересе грађана у демократском смислу. Он сматра да треба усвојити шире схватање демократије, у складу са којим Врховни суд треба да се посматра као „софистицирана варијанта представничке институције“, а судску контролу уставности (*judicial review*) као један „институционални механизам за примену сложеног, мањинског (*non-majoritarian*) схватања демократије“.[1562] Ово кореспондира са Троперовом тезом да демократија није воља већине, „већ општа воља коју изражавају представничка тела“, међу којима је и уставни суд једно од њих. Закон мора да буде израз опште воље, али не оне у тренутку гласања, већ оне која постоји у тренутку примене – мора да буде у складу са актуелном општом вољом.[1563] Нови концепт демократије који обухвата и постојање уставног судства, одбацује владавину народа од стране самог народа, већ је дефинише као владавину опште воље „која се делимично формулише под утицајем који народ врши посредним или непосредним бирањем оних који је изражавају“.[1564]

Коначно долазимо и до улоге чувара устава у савременим демократијама. Судија Барак му је посветио улогу чувара управо те и такве, промењене демократије (коју и он сам мења). За разлику од Келзена који је сматрао да уставни суд не може ништа да учини уколико демократија почне да се претвара у тоталитарну државу, Барак је заступао став да чувар устава (конкретно Врховни суд Израела) мора да брани „нашу младу демократију“, из чега следује да су и политички споразуми подложни контроли уставности, као и да суд треба да штити читав политички поредак – уставни идентитет, што отвара врата концепцији о надуставним принципима и могућности контроле уставних амандмана.[1565] Из овога закључујемо да органи који врше уставносудску функцију, раде управо оно на шта је Шмит скретао пажњу – сами одређују садржину, односно дух устава, тј. базичног политичког договора у једном друштву. Тако Ајсгрубер сматра да је потпуно погрешна претпоставка да је Врховни суд САД икада у

[1560] *Ibid*., стр. 994.

[1561] *Ibid*., стр. 1000. Иако технолошки и друштвени развој изискују реструктуирање „концептуалних образаца уставне мисли“, савремена доктрина остаје заглављена у старим обрасцима и не може да пронађе одговарајуће инструменте и категорије који би описали Уставни савет, пошто су ти алати и обрасци настали пре појаве Савета. Такође, француски аутори наглашавају и промењену улогу грађанина, који више није само гласач, већ је постао узбуњивач, борац за еколошка права и правду, корисник и сл. Због тога они одбацују „доктринарни конзервативизам“ и заступају тезу о новој, „континуираној демократији“ (*démocratie continue*), која термину „демократија“ пружа једно унапређено значење, у којем уставна област није више ограничена само на националну државу и однос између извршне и законодавне власти. *Ibid*., стр. 1001.

[1562] Christopher L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press 2001, стр. 48.

[1563] М. Тропер, стр. 350.

[1564] *Ibid*.

[1565] O. Bassok, стр. 153. У једној од својих „последњих великих одлука које су се тицале уставности“ од 2006. године, судија Барак је узгредно поменуо да Врховни суд Израела има надлежност да врши контролу уставних амандмана и одредио „израелски основни политички договор“ односно шта чини уставни идентитет Израела: да је то јеврејска и демократска држава. *Ibid.,* стр. 155.

својој историји био аполитичан и противуречи приступу судије Скалије да Врховни суд приликом тумачења устава само треба да проучава „текст и традиције као факте“, јер сматра „срамотним“ да се одлуке Врховног суда уместо на „политичким принципима“ и „експлицитном тексту норми“ заснивају на „сумњивим схватањима и ставовима који су били популарни међу генерацијама које су давно преминуле“.[1566] Уместо тога, Суд треба да одбаци „искушења техничке јуриспруденције“ и да „не игра само игру по правилима“, већ треба да врши задатак који није лак, а који обухвата обавезу одређивања начела слободе и једнакости, њиховог оправдавања моралним разлозима, и да обликовања доктрине која ће применити ове принципе.[1567] Уколико устав схватимо као „морални избор“, који је једно друштво учинило, а чувара устав (уставни суд) као једину институцију способну да изнесе расправу о уставним вредностима, његова улога може да буде схваћена тако, да се он истиче као „морални предводник“ друштва (читавог или макар оног дела који је регулисан правом), снабдевајући га „позитивном вредносном оријентацијом“ (*positive value orientation*) – „контрола уставности представља својеврсно теоретско сито, кроз које законодавство мора да буде пропуштено“.[1568]

V 2. 6. Уместо закључка: без политике не може, без права не сме – и Шмитов и Келзенов суд

У основи свега о чему смо писали на претходним странама јесте питање легитимитета органа који врши контролу уставности. На површини се налази „сукоб“ присталица Келзена или Шмита, односно оних који у први план истичу судски, правни и политичко-неутрални карактер чувара устава, и оних који указују, а некад и пренаглашавају његову политичку компоненту. Први полазе од тога да уколико је чувар устава суштински суд, он користи судски метод рада и форму одлучивања, па по том основу аутоматски добија легитимитет, пошто се легитимитет судова у модерној држави више не доводи у питање. Други, неретко и критичари самог института и идеје о контроли уставности, указују да делатност чувара устава надилази уобичајени делокруг судских послова, да је реч о „бесрамној судској креативности“ (Свит). Тако долазе до закључака да је ту заправо по среди активност која је најсличнија законодавној, те да се због тога ради о „девијантној институцији“, која се не уклапа у постојећи модел демократије, или о институцији која треба да формулише курс државне и друштвене политике, подржавајући парламент у његовој делатности, кроз индентификовање актера који би могли да стану на пут необузадном ширењу егзекутиве. Коначно, трећа врста мишљења или трећи, најреалистичнији приступ, за нас је најзначајнији. Он покушава да обједини и помири претходна два. Реч је о ауторима који препознају измењену друштвену и политичку стварност и називају ствари прави именом. Орган који врши уставносудску функцију, како смо већ напоменули, има хибридни карактер, он је и Шмитов и Келзенов чувар устава, и правни и политички. Он је у многоме надишао планове које је за њега имао Келзен

[1566] C. L. Eisgruber, стр. 209 и 210.
[1567] *Ibid*., стр. 211
[1568] D. Robertson, стр. 382-383 и 37-38. На примеру поступања неколико уставних судова у области абортуса, Манцини и Розенфелд пишу о томе да (уставни) судија мора да закорачи у област спора о моралности, односно да не може да избегне „улогу моралног арбитра, ризикујући да буде нападнут по основу правичности и легитимитета“. Susanna Mancini and Michel Rosenfeld, “The Judge as Moral Arbiter? The Case of Abortion”, *Constitutional Topography: Values and Constitutions* (ed. A. Sajó, R. Uitz), Eleven 2010, стр. 313.

(користи људска права као мерило, врши контролу уставне промене, или је на корак од ње и сл.), а досегао је оно што му је приговарао Шмит – недостатак легитимитета.

Легитимитет савременог чувара устав има две компоненте. Једну „статичку“ и једну „динамичку“. Статичка компонента легитимитета извире из промењеног схватања концепта демократије, па и организације власти. Закон је производ деловања више органа у свом пуном садејству. Дакле, законодавни процес и уопште политички односи и процеси су постали сложенији. Њихов незаобилазни чинилац је постао и чувар устава – орган који врши уставносудску функцију, јер како кажу француски аутори, закон је данас израз опште воље, али само када је она доведена у склад са вољом (оригинерне) уставотворне власти, односно уставом као њеним највишим правним изразом. Са друге стране, постоји и компонента легитимитета коју смо назвали динамичком. Реч је о томе да данас, захваљујући развоју технике веома лако можемо да измеримо подршку сваке политичке институције, док су некада за то једино поуздано мерило били избори. Свакако, и данас избори имају и треба да сачувају, централно место, али ни истраживања јавног мњења не треба да буду занемарена, као њихова својеврсна допуна. Другим речима, у 21. веку, релативно лако и поуздано можемо да установимо, да ли и колику подршку наш чувар устава поседује. Истовремено, и он сам, што смо се уверили како из саме праксе органа које смо анализирали, тако и из радова различитих аутора, веома води рачуна о томе какав одјек његово деловање има у јавности. Дакле, после више од два века постојања у САД, и више од пола века постојања у Европи (Немачка и Француска), можемо да кажемо да се орган који врши ову функцију, ма како се звао и како је организован, истински налази на „пресеку права и политике“, тумачећи вољу оригинерне уставотворне власти, уз постојање и неговање сопственог легитимитета.

V 3. ЗАКЉУЧАК ПЕТОГ ДЕЛА: УСТАВНОСУДСКА ФУНКЦИЈА КАО ДЕО СУДСКЕ ВЛАСТИ КОЈА НЕПОСРЕДНО ПРИМЕЊУЈЕ УСТАВ

Какав је то орган који врши уставносудску функцију? Ако је суд, онда је то суперсуд, ако је нешто друго, шта би могао да буде? Митолошки, рекли бисмо да је правно-политички „кентаур“, или народски „калемљена воћка“. Основа је судска, а на њу је накалемљена законодавна грана. Ово није претерана новина, али је опис најближи реалности и на њеној недовољној прецизности треба да „захвалимо“ англосаксонцима. Ако се присетимо лорда канцелара и његових вишеструких функција, кога смо помињали на самом почетку (вид. *supra I*), да ли онда треба да нас изненађује и збуњује што Врховни суд САД врши (само) две функције: судску и уставносудску. Из англосаксонске перспективе није ништа неоубичајено то што Врховни суд врши више функција, као што их је и лорд канцелар вршио, па не би требало да буде ни за континенталног. Пошто је оваква ситуација, уз одређене нијасне присутна и случају Савезног уставног суда, односно Уставног савета, можемо да закључимо да се ради о примеру интерференције функција: чувари устава у овим државама обављају пре свега уставносудску, али и судску функцију (углавном када је реч о неким другим надлежностима које су им поверене). При томе је сама уставносудска функција сложена. Њен поступак и метод рада је судски, док се резон и дејство одлука приближава законодавном. Односи према законодавцу и извршној власти су несумњиво политички. Као илустрацију, навешћемо Свитов опис чувене одлуке Уставног савета о национализацији од 1982: „деструктивни ефекти тумачења које је Савет дао – у смислу легитимизације – иду много даље од пуког законодавног утицаја. Они су задали ударац

у сам идентитет како француске, тако и европске Левице. Парламент, под уставом Пете Републике не може да уништи капитализам, чак ни да га суштински ослаби. Речима Фавореа '[француска] република . . . никада не може да буде социјалистичка република"'.[1569] Дакле, теза о аполитичности, па самим тим и некаквој неутралној власти је потпуно илузорна. Она може да добаци само до дневне политике, а у свакој другој ситуацији чувар устава је заправо извршилац уставотворчеве политичке визије, у поменутом примеру, то је оживотворење идеје о капиталистичком облику привредног уређења.

Пошто смо препознали особеност уставносудске функције као такве, која у себи има обележја и судства и законодавства, покушаћемо да јој пронађемо право место у политичком координатном систему. Ако обични судови примењују закон и држе управу под законом, онда уставни судови примењују устав и држе егзекутиву, али и самог законодавца под уставом. Због тога смо склони да извршну власт поделимо на две функције – владе и управе. По истом принципу, судску власт бисмо поделили на уставносудску и судску функцију. Тиме тродеоба власти/функција по хоризонтали остаје нетакнута, али је потребно да се изврши степеновање по вертикали. Тако ће на врху бити оригинерна уставотворна власт, као једина конституишућа власт. Испод ње су све остале државне, конститутисане власти. На првом нивоу, нивоу примене устава, налази се законодавна власт у варијанти уставне ревизионе функције, потом извршна – функција владе и коначно, судска – уставносудска функција. На другом нивоу, нивоу доношења и примене закона налазе се законодавна у варијанти органске (онде где постоји) и „обичне" законодавне функције, у оквиру извршне – функција управе (управни органи и све независне институције и тела) и коначно, судска – судови (у класичном смислу). Видети испод схематски приказ.

Цртеж 2. Схема организације државних функција/власти и место уставносудске функције

Извор: Цртеж је сачинио аутор.

[1569] A. S. Sweet (1992), стр. 168.

VI ЗАКЉУЧАК

На самом крају нашег излагања, истакли бисмо да не претендујемо да наше истраживање о природи уставносудске функције нуди коначне одговоре. Надамо се и бићемо задовољни, ако оно макар у одређеној мери осветли оно што је до сада било нејасно или замагљено. Пошто је у складу са речима великог Душка Радовића, на крају свих крајева увек један нови почетак, верујемо да ће овај рад подстаћи и нас, али и нашу читалачку публику, на даље и још студиозније бављење овим питањем, које ће вероватно још дуго да заокупља, како научну и стручну, тако и васколику јавност.

Када смо били на почетку овог великог путовања, једна од највећих недоумица била нам је како да методолошки спојимо, и у једном раду прикажемо, два велика система контроле уставности какав су амерички и немачки, а уз то да додамо и француски, који је свакако ближи немачком, али веома својствен. Сада нам се чини да је то можда и највећа вредност овог рада, јер ако бисмо морали да се определимо за најјачи утисак, за најупечатљивији налаз који је на претходним страницама, онда би то било следеће: разлике између система су много мање него што се то на први поглед чини или обрнуто, све три институције имају много више заједничких карактеристика него што је то до сада било уврежено веровање. Наравно, овде говоримо о сржи њихове делатности, о оној њеној суштаственості, без које и нема уставносудске функције. Чувари устава у све три државе удахњују живот, у уставу отелотвореној, уставотворчевој вољи. Изнад њих је суштински само уставотворац, и то онај изворни, оригинерни. Неко ће рећи да то није баш сасвим тачно, посебно у случајевима САД и Француске, али да подсетимо, само од Врховног суда, односно Уставног савета зависи, да ли ће и када, поћи путем којим се увелико отиснуо Савезни уставни суд вршећи контролу уставних промена, односно контролу деловања ревизионе власти. У њиховим рукама је, како би то наш народ рекао, „и нож и погача“. И тога треба да будемо непрестано свесни. Али да кренемо редом и да прикажемо све значајније закључке до којих смо дошли.

1) Идеја о вршењу судске контроле уставности, односно провере усклађености нижег акта са непосредно вишим, има дубоке корене. Њени зачеци су се јавили у Енглеској током 17. века, да би се она постепено ширила на северноамеричке колоније, што је на крају резултирало чувеном одлуком Врховног суда од 1803. године. Дакле, *Marbury v. Madison* треба схватити пре као резултат постепене еволуције, него револуције. У Немачкој и Француској не можемо да говоримо о оваквој врсти континуитета, већ о више неповезаних догађаја, који су указивали да постоји свест о потреби да се уведе институција која би вршила уставносудску функцију, али да политичке прилике још увек нису биле сазреле за такву врсту правне револуције. Коначно, после великих друштвених и политичких ломова, током и после Другог светског рата, чувари устава се појављују и у овим двема државама, и отпочињу свој успон ка све већој политичкој моћи и придобијању подршке јавности.

2) Какву су тачно улогу амерички уставотворци желели да подаре судству, вероватно нећемо никада сазнати. Новији радови указују на то да је постојала нека врста прећутне сагласности или макар свести о томе да судови, а пре свих Врховни суд, могу и треба да врше и контролу уставности, поред „уобичајених“ судских надлежности. Када је реч о немачком и француском примеру, закључак је готово идентичан, ни један ни други уставотворац средином 20. века, није имао на уму у шта ће се Савезни уставни суд и Уставни савет временом изродити. Ипак, чињеница је да, уместо да санкционише „непослушност“ ових органа, ревизиона власт је додатно

ојачавала њихов положај, а изворна уставотворна се томе није противила. Слично важи и за САД, с том разликом што су овде обе уставотворне власти остале неме по питању надлежности и положаја Врховног суда.

3) Састав и начин избора чланова поменутих органа је особен. Ова карактеристика можда најмање долази до изражаја у САД, због органске везаности за судску власт, али далеко од тога да је избор судија Врховног суда исти као код судија нижих федералних судова. У овом контексту истиче се да њихов избор, по значају и интересовању јавности, веома личи на изборе за председника САД. У Немачкој и Француској можда недостаје овај драмски елемент, карактеристичан за САД, али се то надомешћује специфичним уставним и законским решењима о избору судија СУС и чланова Уставног савета. Посебно је занимљиво то, што у све три државе постоје механизми помоћу којих ови органи, у одређеној мери, могу да утичу на избор својих будућих чланова. У Немачкој се чак ради о нормираним решењима (алтернативни начин избора судија СУС), док је у САД и Француској више реч о „мекој моћи“.

4) Када је реч о предмету контроле и мерила на основу којег се она врши, чувари устава у све три државе су показали веома висок степен одлучности да ствари преузму у своје руке. Тешко је рећи ко од њих у томе предњачи. Свакако да се на први поглед истиче немачки СУС, који контролише и уставне промене, али не треба сметнути са ума да су његова почетна позиција и она коју је имао Врховни суд биле потпуно другачије. Иако смо усвојили еволутивни приступ развоја контроле уставности у САД, неспорно је да је Врховни суд ипак једну уставну недореченост (уколико нећемо да се изјаснимо да је реч о празнини) протумачио у своју корист. Легендарним проширивањем „блока уставности“, Уставни Савет је стао раме уз раме са својим америчким и немачким колегама. Ипак, као што смо већ и скренули пажњу, највеће „изненађење“ у нашем истраживању представља сличност која постоји између америчког и „европског“ система контроле. Показало се да америчка конкретна контрола није ништа мање апстрактна у својој суштини од европског апстрактног одлучивања. Аутори попут Свита, Шапира, Познера, па и М. Хола, указују да је Врховни суд, иако одлучује поводом конкретног случаја, веома свестан какве и колике последице његова одлука може да произведе, а оне су неретко у равни са опсежном законодавном реформом. Из овога се изводи закључак, да иако су заогрнуте у различиту форму, делатности ових органа суштински веома наликују, односно можемо да говоримо о сржи уставносудске функције. Овде бисмо додали и Ташнетову „јавноправну парницу“, у којој Врховни суд просуђује о уставности аката јавних власти, што веома подсећа на немачку уставну жалбу. Дакле, вршећи уставносудску функцију, чувари устава утичу на општи политички ток заједнице у којој делују. Овде није реч о дневној политици, већ о спровођењу оних друштвених вредности око којих се друштво усвајањем устава претходно сагласило.

5) Поступак рада уставносудских органа је најснажнија тачка њиховог везивања за судску власт. То је основ наше „калемљене воћке“, или део „митског кентаура“. То је свакако највише изражено у САД, с обзиром да је органски, уставносудска функција везана за суд. Рекли бисмо да је она нешто слабије изражена у Немачкој, а најслабије у Француској, мада се од увођења приоритетног питања уставности, француски аутори свим силама труде да покажу и докажу да је Савет коначно постао (уставни) суд. У сваком случају овај елемент је протеклих деценија можда био прецењен, али данас, а ни у будућности, не би требало да постане ни потцењен. Чувари устава су користили и користе, сваки у складу са својим особеностима, судски метод рада. Због тога смо уставносудску функцију у нашој организацији државних функција, управо и сместили у оквиру судства у најширем смислу те речи.

6) У одлукама, као крајњем производу уставносудског делања, вероватно се и најбоље огледа сав „хибридни“ карактер ове функције. У формалном смислу, оне су судски акти (САД), судски акти са одређеним елементима општих аката (Немачка), акти који наликују на судске са елементима општих аката (Француска). У суштинском смислу, оне су политички акти, у истој мери у којој су то закони или устав. Дакле, реч је о актима са правно-политичким образложењем и утемељењем. Јер како бисмо иначе описали акте који се тичу положаја одређених друштвених група, услова за окончање зачетог живота или спровођења свеобухватних друштвено-економских реформи. Уколико бисмо их окарактерисали на другачији начин, све би то били еуфемизми и ослобађање од одговорности оних коју ову функцију врше. А циљ би (ваљда) требало да нам буде да појаве називемо правим именом, како бисмо успоставили режим истинске одговорности свих политичких актера.

7) Однос између чувара устава и уставотворне власти је кључан за одређивање места и хијерархијске снаге одлука овог органа. Када кажемо уставотворна власт, мислимо на изворну, примарну власт која твори устав, која установљава један поредак. Све остале власти/функције, па тако и ревизиона, као законодавна у ширем смислу, су установљене. Једино на овај начин можемо да разумемо и оправдамо оно што ради СУС када контролише уставност уставних промена. Када је реч о контроли уставне ревизије, Уставни савет се запутио истом стазом, али се поколебао и стао на пола пута, а слично је и са Врховним судом. Са друге стране, однос изворне уставотворне власти према чувару устава у све три државе је благонаклон. С обзиром да уставносудка функција постоји и да се неометано врши, чак се и поље њеног деловања шири, закључујемо да уставотворци у овим државама „спавају мирним сном“. Истовремено, они мотре „полуотвореним очима“ на оно што се дешава, да би се пробудили уколико буде потребе – ако вршиоци уставносудске функције почну да делају против њихових замисли.

8) Развој односа законодавца и уставних чувара је динамичан. Од почетне бојазни да ће вршење уставносудске функције да угрози положај народних представника, па самим тим и вољу и суверитет народа, до тога да данас увиђамо да су контролори устава готово једини способни да ефективно заштите ту вољу и дигнитет законодавчеве делатности. Заправо, овде на делу имамо пакт парламентарне мањине са чуварима устава. Тако удружени, они „спашавају част“ оних народних представника који су пред уставотворцем постали оруђе у рукама егзекутиве. Тако и „владини“ парламентарци постају свесни ограничења које у виду уставносудског органа постоји, па говоримо о аутолимитацији и јудикализацији парламента. Са друге стране, чувари устава, обазриво поступају према својим „колегама“ из парламента, што доводи до „парламентаризације“ уставносудске функције.

9) Оштрица уставносудског „мача“ уперена је управо ка егзекутиви, како према влади (у смислу функције, а не органа), тако и према управи, администрацији. Дилема је да ли јој се треба директно супротставити или пронаћи и „наоружати“ савезнике за ову борбу. Усвојили бисмо становиште мађарске ауторке Ујц, која се опредељује за другу опцију. Дакле, вршилац уставносудске функције, није у могућности и не треба да директно утиче на рад извршне власти. Његова улога је да спроводећи уставотворчеву вољу, снабдева друге одговарајућим механизмима, како би се супротставили овој надирућој сили, или да ојачава заштитне баријере које већ постоје. Самоограничења која чувари устава сами себи намећу, треба схватити двојако. Најпре као неспремност и невољност ових органа да се уплићу у она питања за која нису сигурни како би требало да буду решена. По правилу, реч је о владином домену, па је то стога неретко позив извршне власти да вршиоци уставносудске функције не задиру у њено слободно поље

деловања, које је сачињено од доношења политичких одлука. А како је већина политичких одлука заогрнута у правну форму, у томе лежи сва сложеност овог задатка. Треба рашчланити шта је заиста дневна политика и политика у ужем смислу, у односу на ону стратешку, која кореспондира са Шмитовом „фундаменталном политичком одлуком“. Дакле, самоограничење као један од механизама комуникације уставносудских органа са извршном влашћу, може да представља нужно и корисно средство, раздвајање делокруга послова двају функција, функције владе и уставносудске функције, али може бити и злоупотребљено, као изговор за неоправдано повлачење чувара устава пред (све)моћном егзекутивом.

10) Ако уставносудске органе посматрамо као део судске власти у најширем смислу, онда говорећи о односу према судовима, анализирамо и њихов однос према самима себи. Тако ће се можда многи изненадити, ако кажемо да Врховни суд мање поштује своје пређашње одлуке, односно начело *stare decisis*, иако оно у америчком систему постоји, у односу на Савезни уставни суд, који по правилу њиме није везан; или уколико наведемо да немачки, па и француски судови, више поштују одлуке СУС и Савета, неголи амерички Врховног суда. Ипак, судство и даље остаје најоданији партнер чуварима устава, донекле и из разлога што и оно, у већој или мањој мери, даје свој допринос у обављању уставносудске функције. Однос на релацији чувар устава – судство („обично“ и управно), са сигурношћу ће се најдинамичније у будућности развијати у Француској, а у оквиру приоритетног питања уставности.

11) Многобројне теорије о државним функцијам које смо у раду анализирали, указују на то да у науци постоје различита и неретко супротстављена схватања о броју и физиономији појединих државних функција, али да је одавно постојала свест о потреби постојања још неке власти/функције која би се бавила контролом уставности. Иако постоје аутори који је називају „аномалијом“, већина савремених теоретичара нас упућује на закључак да уставносудску функцију морамо да прихватимо као датост и да покушамо да јој нађемо место у оквиру теорија о државним функцијама. Такође, треба подсетити на значај који се даје и извршној власти, која се неретко грана на више власти или функција, у зависности од приступа. Неки аутори иду дотле, да више не говоре о четири, већ о пет и шест власти. Изражавамо бојазан да овакав приступ, иако има одређено утемељење, може да замагли суштину ствари. За нашу анализу, од посебног су значаја ставови оних аутора који подвлаче разликовање оригинерне и ревизионе уставотворне власти, као и оних који пишу о већем броју функција у оквиру једне власти.

12) Чини се да је дошло време да се стави тачка на размимоилажења између Келзенијанаца и Шмитоваца. Потребно је да се препозна и прихвати и оно правно (судско) и оно политичко у сржи уставносудске функције. У овом нашем правно-политичком „кентауру“ (*Шмителзеновом суду*) непрестано ће се водити борба између два света, а да ли ће превладати, правно или политичко, зависиће од самоспознаје и унутарњих кочница које овај орган поседује. Исход ове борбе ће зависити од још два чиниоца – легитимитета и спољних утицаја. Видели смо да је легитимитет постао мерљив и у случају чувара устава и да они веома воде рачуна о њему. Када је реч о спољним факторима, реч је о међуинституционалним дијалозима. Деловање чувара устава је спутано слободом извршне власти и законодавца, као и обратно. У овом садејству њиховог деловања долазимо до редефинисања концепта савремене демократије, као средства за изражавање опште воље. Уставносудску функцију једино можемо да објаснимо уколико модерну демократију схватимо као унапређену верзију представничке демократије, а да је закон/акт уставне ревизије, као израз опште воље, резултат деловања више учесника, од којих је један и орган контроле уставности.

Општа воља је она која постоји у моменту примене устава или закона. Реализујући ту општу вољу, као учесник расправе о уставним вредностима, уставни судија постаје морални арбитар, односно „морални предводник“ друштва (Робертсон).

Дакле, уставносудска функција је посебна државна функција, која се разликује од других државних делатности. Она представља комбинацију законодавне и судске функције. Њена суштина и логика одлучивања су ближе законодавној, а поступак и форма аката које доноси, судској власти. По нивоу слободе и степену креације којим располаже, она је у рангу уставотворне ревизионе власти и извршне (функција владе). Као тумач устава, а тиме и саме уставотворчеве воље, односно воље „успаване“ оригинерне уставотворне власти, она се надопуњује са законодавцем, а „надмеће“ са ревизионом и извршном влашћу. Да ли ћемо је назвати „само“ функцијом, а да је подведемо под судску власт у ширем смислу, или ћемо да јој доделимо „титулу“ власти, мање је важно, мада смо се ми определили за прву варијанту. Важно је да прихватимо њен неупитни политички карактер и њену снагу. Реч је о чињеници да она, (готово) једина истински конкурише, не парламенту, већ највишим носиоцима извршне власти. Такође, схема коју смо претходно понудили је флуидна, посебно у односу на законодавну власт, јер постоје различити нивои законодавне активности (на првом се вршилац уставносудске функције са њом надмеће, а на другом јој је надређен). Иако Р. Марковић истиче да је извршна власт деривативна у односу на законодавну, усудили бисмо се да кажемо да је у реал-политици ипак извршна та која даје прву, а неретко и последњу реч, и да јој се (још увек) може супротставити једино орган одређен за чувара устава. Због тога, неопходно је да пажљиво бирамо оне који ће у овим институцијама да раде и да их не обмањујемо речима да они „само“ и на „правни“ начин тумаче устав. Они раде много више од тога, зато те чињенице сви треба да будемо свесни, и они који их бирају и они који бивају изабрани. Тако да не треба потцењивати, па ни скривати истински домет улоге чувара устава. То је изузетно моћан орган. Истина, не и свемоћан, јер увек постоји „Дамоклов мач“, у лику уставотворне власти. Ипак, у својој пуној снази, она се не васпоставља често, и постоји само као једна далека претња, као потенцијални правно-политички „земљотрес“: много фактора мора да се обједини да би њена разорна (која ништи претходни) и стваралачка (која поставља нови поредак) моћ била успостављена. До тог момента истине, ми ћемо да наставимо да трагамо за неухватљивом суштином уставносудске функције, јер свака (само)спознаја је непрекидан процес.

ЛИТЕРАТУРА

ЛИТЕРАТУРА НА ЋИРИЛИЦИ

Бо, Оливије, *Држава и њена власт*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.

Вучић, О, *Аустријско уставно судство – чувар федерације и устава* (Одбрањена докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, 1995, Београд.

Вучић, О, Петров, В, Симовић, Д, *Уставни судови бивших југословенских република – теорија, норма, пракса*, Досије студио, Београд, 2010.

Вучић, Оливера Драган Стојановић, „Уставно судство на пресеку права и политике“, Анали Правног факултета у Београду, 2/2009, 89-109.

Вучић, Оливера, *Промена и трајање устава*, Досије, Београд, 2005.

Данић, Данило, О појму судске власти, *Архив за правне и друштвене науке*, књига 41, 1932, стр. 441-449.

Ђорђевић, Јован, *Контрола уставности закона и америчка демократија*, Београд, 1937.

Ђорђевић, Мирослав Ђ., *Суспензивни вето председника републике* (Одбрањена докторска дисертација), Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2020.

Ђурић, Владимир, *Устав и међународни уговори*, Институт за упоредно право, Београд 2007.

Јовановић, Слободан*, Држава I*, Геца Кон – Просвета, Београд 1936-2005.

Јовановић, Слободан, *Држава II*, Геца Кон – Просвета, Београд 1936-2005.

Келзен, Ханс, *Општа теорија права и државе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.

Констан, Бенжамен, *Принципи политике и други списи*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2000.

Маринковић, Танасије, *Устав као конвенција – Еволуција пете француске републике* (Одбрањена докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008.

Маринковић, Танасије, „Интерпретативне одлуке уставних судова“, у: *Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу*, ур. Боса Ненадић, Уставни суд Републике Србије, Београд, 2004, 243-261.

Marković, Đorđe, „Trampova reforma Vrhovnog suda“, *Pravni život*, Tom IV, 12/2019, 647-662.

Марковић, Ратко, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио, Београд, 2015.

Марковић, Чедомир, „Суд има да цени уставност закона“, *Архив за правне и друштвене науке* Књига 4*/1908, 411-418*.

Мијановић, Гашо, „Судска контрола уставности у САД”, *Едиција „Два вијека савремене уставности”*, Српска академија наука и уметности, Београд, 1990, 31–55.

Мијановић, Гашо, *Контрола уставности закона* (Докторска дисертација брањена на Правном факултету Универзитета у Сарајеву 1965. године), Правни факултет Универзитета у Српском Сарајеву, Српско Сарајево 2000.

Микић, Владимир, *Амерички председник као шеф дипломатије и врховни заповедник – уставноправна анализа*, Службени гласник, Досије студио, Београд 2017.

Ненадић, Боса, *О јемствима независности уставних судова*, Службени гласник, 2012.

Ненадић, Боса, „Утицај уставносудског делања на вршење законодавне власти“, у: *Номотехника и правничко расуђивање*, уредник: Р. Васић, Програм Уједињених нација за развој у Србији : Правни факултет, Београд 2018, 231–281.

Николић, Павле, „Правна држава и уставно судство“, Отисак из зборника радова Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији (Научни скупови Српске академије наука и уметности, књ. LXXXVIII, Одељење друштвених наука, књ. 20), Београд 1997, 381-387.

Орловић, Слободан, „Промена положаја уставног судства“, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду, 4/2013, 145-160.

Пејић, Ирена, „Начело поделе власти и уставно судство“, Улога и значај уставног суда у очувању владавине права (ур. Драгиша Слијепчевић), Уставни суд, Београд, 2013, 55-68.

Перић, Живојин, *Границе судске власти*, Београд, 1899.

Петров, Владан, *Енглески устав*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007.

Петров, Владан, Марковић, Ђорђе, „Врховни суд у Уставу Уједињеног Краљевства“, у: Зборнику радова: *Национално и међународно право - актуелна питања и теме*, Том 2, ур. О. Јовић Прлаиновић, Кварк, Краљево 2017, 191-208.

Петров, Владан, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022.

Петров, Владан, Станковић, Марко, *Уставно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.

Поповић, Драгољуб, *Увод у упоредно право*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2011.

Станковић, Марко, *Уставно судство у савременим федерацијама*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.

Стојановић, Драган, *Уставно правосуђе – Уставно процесно право*, Свен, Ниш, 2016.

Тасић, Ђорђе, „Судска оцена уставности закона“, Архив за правне и друштвене науке, књига 26/1924, 401-422.

Тинтић, Никола, Судска власт према уставу и законима, *Архив за правне и друштвене науке*, 1938, књига 54, стр. 314-329.

Тропер, Мишел, *Правна теорија државе*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд, 2014.

Шарчевић, Един, *Изабране одлуке немачког Савезног уставног суда*, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. 2010.

ЛИТЕРАТУРА НА СТРАНИМ ЈЕЗИЦИМА И НА ЛАТИНИЦИ

Ackerman, Bruce, „The New Separation of Powers”, *Harvard Law Review*, 3/2000, 633-729.

Adler, David Gray, „Termination of the ABM Treaty and the Political Question Doctrine“, The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States (eds. Nada Mourtada-Sabbah, Bruce E. Cain), Lexington Books 2007, 231-242.

Badinter, Robert, “Une longue marche Du Conseil à la Cour constitutionnelle”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 25/2009, https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/3062/pdf, 17. фебруар 2021.

Balázs, Zoltán, *The Principle of the Separation of Powers*, Lexington Books, 2016.

Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006.

Barak, Aharon, „Unconstitutional Constitutional Amendments”, *Israel Law Review* 44/2011, 321-341.

Barkow, Rachel E., “The Rise and Fall of the Political Question Doctrine”, The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States (eds. Nada Mourtada-Sabbah, Bruce E. Cain), Lexington Books 2007, 23-46.

Bassok, Or, “The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy”, *German Law Journal* 21/2020, 131-162.

Baum, Lawrence, “The Implementation of U.S. Supreme Court Decisions”, in: *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Ralf Rogowski and Thomas Gawron (Eds.), Berghahn Books 2016, 191–209.

Bazan, Elizabeth B., Impeachment: An Overview of Constitutional Provisions, Procedure, and Practice, Congressional Research Service, 2010, www.crs.gov, 98-186.

Bellamy, Richard, *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2007.

Benjamin, Stuart Minor; Georg Vanberg, "Judicial Retirements and the Staying Power of U.S. Supreme Court Decisions", *Journal of Empirical Legal Studies* 1/2016, 5-26.

Bernard, Grofman, Reuben Kline, "A New Measure for Understanding the Tenure of U.S. Supreme Court Justices 1789-2009", *Judicature*, 6/2010, 247-252.

Black, Ryan C., and Amanda C. Bryan. "Calling in the Reserves: Judicial Replacements on the U.S. Supreme Court." *Justice System Journal*, vol. 35, no. 1, 2014, Стр. 4-26.

Boyron, Sophie, *The Constitution of France*, Hart Publishing, 2013.

Boyron, Sophie, "France", *How Constitutions Change: A Comparative Study* (Ed. Dawn Oliver
and Carlo Fusaro), Hart Publishing Bloomsbury Collections, London 2011, 115–142.

Brandenburg, Jens, *Lady Justice's Delay: Judicial Policy Bargaining and the Duration of Senate Proceedings at the German Federal Constitutional Court*, Inaugural dissertation, University of Mannheim, 2014.

Bulajić, Svetislava, Čuvar francuskog ustava, Službeni glasnik, Beograd 2006.

Calabresi, Steven G., Lindgren, James, "Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered" *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 29, 3/2006, 769-878.

Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford 1988.

Chamussy, Damien, "Le Parlement et la QPC", *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 47/2015, 45-64, доступно на: https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-parlement-et-la-qpc.

Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer 2015.

Chemerinsky, Erwin, "Why There Should Not Be a Political Question Doctrine", *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States* (eds. N. Mourtada-Sabbah, B. E. Cain), Lexington Books 2007, 181-198.

Christiansen, Matthew R., William N. Eskridge Jr., "Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967-2011", *Texas Law Review* 6/2014, 1317-1542.

Collings, Justin, *Democracy's Guardians – A History of the German Federal Constitutional Court 1951–2001*, Oxford University Press 2015.

Currie, David P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, 1994.

Ćeranić, Jelena, „Francuski Državni savet", *Uvod u pravo francuske* (ur. O. Nikolić i V. Petrov), Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, str. 121-139.

Čavoški, Kosta, *Ustavnost i federalizam*, Savremena administracija, Beograd 1982.

Čok, Vida, *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1972.

Davis, Richard, *Electing Justice – Fixing the Supreme Court Nomination Process*, Oxford University Press, New York 2005.

De Visser, Maartje, *Constitutional Review in Europe – A Comparative Analysis*, Oxford: Hart Publishing, 2014.

Determann, Lothar, and Markus Heintzen, "Constitutional Review of Statutes in Germany and the United States Compared", *Journal of Transnational Law & Policy* 28/2018-2019, 95-118.

Dionisopoulos, Allan P., Peterson Paul, "Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Other Schools", 18 J. Marshall L. Rev. 49 (1984) Vol. 18: 1984, стр. 49–76.

Dorsen, Norman, The Selection of U.S. Supreme Court Justices, *International Journal of Constitutional Law*, 4/2006, стр. 652–663.

Dorsen, Norman, *et al. Comparative constitutionalism-cases and materials*, Thomson/West 2010.

Drago, Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, Presses Universitaires de France - P.U.F., 2020.

Đurić, Vladimir, *Ustavna žalba*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2000.

Eisgruber, Christopher L., *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, 2001.

Eskridge William N. Jr., "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions", *Yale Law Journal* 2/1991, 331-456.

Esplugas-Labatut, Pierre, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2020.

Farber, Daniel A., Supreme Court Selection and Measures of Past Judicial Performance, 32 FLA. ST. U. L. REV. 1175 (2005), Стр. 1175–1795.

Favoreu, Louis, et. al., *Droit constitutionnel*, Dalloz – 2019.

Flaherty, Martin S., "The Most Dangerous Branch", The Yale Law Journal, 7/1996, 1725-1839.

Fromont, Michel, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013.

Garlicki, Lech, "Constitutional courts versus supreme courts", *International Journal of Constitutional Law* 5/2007, 44-68.

Gawron, Thomas and Ralf Rogowski, "Implementation of German Federal Constitutional Court Decisions - Judicial Orders and the Federal Legislature", in: *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Ralf Rogowski and Thomas Gawron (Eds.), Berghahn Books 2016, стр. 210–228.

Gerhardt, Michael J., "Merit v. Ideology", *Cardozo Law Review* 2/2005, 353–375.

Gözler, Kemal, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin Press, Bursa 2008.

Griffin, Stephen M. "The United States of America", *How Constitutions Change: A Comparative Study* (Ed. Dawn Oliver and Carlo Fusaro), Hart Publishing Bloomsbury Collections, London 2011, 357–378.

GUILLAUME, Marc, "Le traitement des saisines parlementaires par le Conseil constitutionnel depuis la QPC", *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 48/2015, 127-142.

Hall, Matthew E. K., *The Nature of Supreme Court Power*, Cambridge University Press, 2011.

Hall, Kermit L. (Editor in Chief), James W. Ely, Jr. Joel B. Grossman (Editors), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Second Edition, Oxford University Press, New York 2005.

Hamilton, Aleksandar, Medison, Džejms, Džej, Džon, *Federalistički spisi*, Radnička štampa, Beograd, 1981.

Heun, Werner, "Access to the German Federal Constitutional Court", in: *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Ralf Rogowski and Thomas Gawron (Eds.), Berghahn Books 2016, стр. 62–91.

Heun, Werner, *The Constitution of Germany*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2011.

Hoffer, Peter C., *Rutgers v. Waddington – Alexander Hamilton, the End of the War for Independence, and the Origins of Judicial Review*, University Press of Kansas 2016.

Hulse, Carl, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, Harper-Collins Publishers, New York 2019.

Jaeger, Renate, Siegfried Broß, *Report of the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courts*, Conference of European Constitutional Courts XIIth Congress, 2002.

Johnson, Timothy and Maron Sorenson, "The U.S. Supreme Court's Strategic Decision Making Process", in: *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Ralf Rogowski and Thomas Gawron (Eds.), Berghahn Books 2016, стр. 111–145.

Jovičić, Miodrag, O ustavu, Savremena administracija, Beograd, 1977.

Jovičić, Miodrag, *Veliki ustavni sistemi*, IRO Svetozar Marković, Beograd, 1984.

Kagan, Robert A. and Gregory Elinson, "Constitutional Litigation in the United States", in: *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Ralf Rogowski and Thomas Gawron (Eds.), Berghahn Books 2016, стр. 25–61.

Kelemen, Katalin, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts A Comparative and Legal Perspective*, Routledge, 2018.

Klug, Heinz, *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2010.

Kommers, Donald P., John E. Finn, Gary J. Jacobsohn, *American Constitutional Law*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2010.

Kommers, Donald P., Miller Russell A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press 2012.

Korhecz, Tamás, „Ustavna revizija i manjinska prava – u kojoj meri je reviziona vlast slobodna da menja posebna prava manjina“, u: *Reviziona vlast u Srbiji*, ur. E. Šarčević i D. Simović, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2017, str. 115–142.

Košutić, Budimir P., „Vrhovni sud i doktrina *status quo* u pravnom sistemu Izraela“, *Aron Barak – sudija i teoretičar prava* (ur. B. P. Košutić, et. al.), IVR Srbija i Dosije studio, Beograd, 2016, 35-54.

Kramer, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004.

Kranenpohl, Uwe, "Decision making at the German Federal Constitutional Court", in: *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Ralf Rogowski and Thomas Gawron (Eds.), Berghahn Books 2016, стр. 146–164.

Krbek, Ivo, *Ustavno sudovanje*, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1960.

Krbek, Ivo, *Dioba vlasti*, HIBZ, Zagreb, 1943.

Kulić, D, *Ustavno sudstvo u svetu*, Prosveta, Niš, 1969.

Landfried, Christine, "Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany", *Constitutional Review and Legislation* (ed. Christine Landfried), Nomos, Baden-Baden, 1988, 147-169.

Landfried, Christine. "The Selection Process of Constitutional Court Judges in Germany", *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, (eds. K. Malleson and P. H. Russell), University of Toronto Press, Toronto 2006, 196-210.

Langenfeld, Christine, "Germany", *International Journal of Constitutional Law*, 1/2003, 141–147, доступно на: *https://doi.org/10.1093/icon/1.1.141*.

Limbach, Jutta, *Savezni ustavni sud Njemačke*, University Press, Sarajevo 2012.

Lindquist, Stefanie A., Susan, B. Haire, Donald, R. Songer, "Supreme Court Auditing of the US Courts of Appeals: An Organizational Perspective", *Journal of Public Administration Research and Theory*, 4/2007, 607-624.

Loewenstein, Karl, *Political Power and the Governmental Process*, The University of Chicago Press, Chicago, 1957.

Lukić, R, *Ustavnost i zakonitost u Jugoslaviji*, Institut političkih nauka Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1966.

Mancini**,** Susanna and Michel Rosenfeld, "The Judge as Moral Arbiter? The Case of Abortion", *Constitutional Topography: Values and Constitutions* (ed. A. Sajó, R. Uitz), Eleven 2010, 299-317.

Marinkovic, Tanasije, "Effects of Unconstitutionality of Statute", *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* (eds. M. Sellers, S. Kirste), Springer 2023, https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_1129-1#citeas.

Marinković, Tanasije, „Barakova doktrina ciljnog tumačenja u pravu kao mogući obrazac interpretativne odanosti konstitucionalizmu", Aron Barak – sudija i teoretičar prava (ur. B. Košutič et. al.), IVR Srbija i Dosije studio, Beograd 2016, 96-115.

Marković, Ratko, *Izvršna vlast*, Savremena administracija, Beograd 1980.

Marković, Ratko, *Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata*, Savremena administracija, 1973.

Maus, Didier, „1958-2013: Čudnovata pustolovina Ustavnog saveta", *Uvod u pravo Francuske*, Ur. Oliver Nikolić, Vladan Petrov, Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2013.

McGuire, Kevin T., "Are the Justices Serving Too Long - An Assessment of Tenure on the U.S. Supreme Court" *Judicature* 89/2005-2006), 8-15.

Milivojević, Zoran, *Formule ljubavi*, Psihopolis, Novi Sad, 2016.

Möllers, Christoph, *The Three Branches*, Oxford Constitutional Theory, Oxford, 2013.

Mouchette, Julien, "The French Constitutional Council as a law-maker: from dialogue with the legislator to the rewriting of the law", Judicial Law-Making in European Constitutional Courts (ed. Monika Florczak-Wator), Routledge, London and New York 2020, 9–28.

Nenadić, Bosa, „Ustavni sudovi naspram redovnih sudova", *Pravni informator*, 7-8/2014, 3–20.

Omejec, Jasna, „Veliki njemački ustav i nepromjenjiva ustavna načela u praksi Saveznog ustavnog suda", *Pravo i pravda 2015* (ur. J. Hasanbegović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, доступно на: *https://www.bib.irb.hr/792156*.

Onida, Valerio et. al., *Constitutional Law in Italy*, Wolters Kluwer, 2013.

Orfield, Lester B., *The Amending of the Federal Constitution*, The University of Michigan Press – Callaghan & Company 1942.

Orth, John V. *et al.*, "No Amendment? No Problem: Judges, 'Informal Amendment', and the Evolution of Constitutional Meaning in the Federal Democracies of Australia, Canada, India, and the United States", *Pepperdine Law Review*, 48/2021, 341–365.

Orth, John V., "Shall Not be Construed: Reversal of Supreme Court Decisions by Constitutional Amendment Constitutional Amendment", *Florida Law Review* 72/2020, 114–120.

Pacelle, Richard L. Jr., Lawrence Baum, "Supreme Court Authority in the Judiciary, a Study of Remands", *American Politics Quarterly* 2/1992, 169-191.

Paulsen, Michael S., "The Irrepressible Myth of Marbury", *Michigan Law Review*, 8/2003, 2706-2743.

Peretti, Terri, Alan Rozzi, "Modern Departures from the U.S. Supreme Court: Party, Pensions, or Power", *Quinnipiac Law Review*, 1/2011, 131-162.

Petrov, Vladan, „Novi ustavni sud Srbije (2006-2012)-reforma ustavnog sudstva na stranputici?", Sveske za javno pravo 9/2012, 23–31.

Petrov, Vladan, „O nekim opštim mestima u poimanju sistema vlasti uopšte i u Republici Srbiji", *Parlamentarizam u Srbiji* (ur. D. Simović i E. Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2018.

Petrov, Vladan, „'Istaknuti pravnik' - poseban uslov za izbor sudija Ustavnog suda ili prazna ustavna norma?" Nauka, bezbednost, policija 3/2013, стр. 41-52.

Posner, Richard A., "The Supreme Court, 2004 Term – Foreword: A Political Court", Harvard Law Review, 119/2005, 28-102.

Prakasht Allan B., Yoott John C., "The Origins of Judicial Review", *The University of Chicago Law Review*, 70/2003, стр. 887–982.

Robertson, David, *The Judge as Political Theorist*, Princeton University Press 2010.

Rogowski Ralf, Gawron Thomas, "Constitutional Litigation as Dispute Processin: Comparing *the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (Eds. Ralf Rogowski and Thomas Gawron), Berghahn Books 2016, 1–22.

Rousseau, Dominique, *et. al., Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, Paris 2020.

Rousseau, Dominique, "Le Conseil constitutionnel, maître des horloges", *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 54/2017, доступно на: *https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-maitre-des-horloges*.

Rousseau, Dominique, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet*, L'essentiel du droit du contentieux constitutionnel*, Gualino, 2021.

Roznai, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments: The limits of amendment powers*, Oxford university press, 2017.

Roznai, Yaniv, "Unconstitutional Constitutional Change by Courts", *New England Law Review*, 3/2018, 555-577, доступно на: *https://ssrn.com/abstract=3273956*.

Savage, David G., *Guide to the U.S. Supreme Court*, CQ Press, Washington, 2010.

Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, Duke University Press Durham and London 2008.

Segal, Jeffrey A., Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge Universlty Press 2005.

Shapiro Martin, Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford UniversityPress, 2002.

Sieyès, Emmanuel J., *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Éditions du Boucher, Paris, 2002.

Smerdel, Branko, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013.

Songer, Donald R., Jeffrey A. Segal and Charles M. Cameron, "The Hierarchy of Justice: Testing a Principal-Agent Model of Supreme Court-Circuit Court Interactions", *American Journal of Political Science*, Midwest Political Science Association, 3/1994, 673-696.

Stefanović, Jovan, Ustavno pravo FNRJ I i II, Školska knjiga, Zagreb, 1956.

Stojanović, Mihailo, *Sudska kontrola ustavnosti, uporednopravni pogled na neke probleme ustavnosti*, Savremena administracija, Beograd, 1960.

Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges*, Oxford, 2000.

Stone Sweet, Alec, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford University Press 1992.

Stone Sweet, Alec. "Why Europe Rejected American Judicial Review - And Why It May Not Matter." *Michigan Law Review*, vol. 101, no. 8, August 2003, p. 2744-2780., стр. 2750 и 2751.

Stras, David R., Ryan W. Scott, "An Empirical Analysis of Life Tenure: A Response to Professors Calabresi & (and) Lindgren," *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, no. 3 (Summer 2007): 791-830.

Stüwe, Klaus, "The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court - Selection, Nomination and Election of Justices", in: *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (eds. Ralf Rogowski and Thomas Gawron), Berghahn Books 2016, стр. 229–253.

Šarčević, Edin, *Ustav Savezne Republike Nemačke*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2019.

Šarčević, Edin, *Ustavno uređenje Savezne republike Nemačke*, Kult, Sarajevo 2005.

Šmit, Karl, Norma i odluka: Karl Šmit i njegovi kritičari, Filip Višnjić, Beograd, 2001.

Talon, Mélissandre, "Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement: un mythe du droit constitutionnel", *Revue du droit public* 1/2020, 137-170.

Thiers, Éric, "Le syndrome 'Benjamin Franklin' ou comment la question prioritaire de constitutionnalité détermine, parfois, la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel", *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 48/2015, 113-126.

Treanor, William M., „Judicial Review Before Marbury", *Stanford Law Review*, 58, 455 12/1/2005, стр. 455–562.

Troper, Michel, "Marshall, Kelsen, Barak and the constitutionalist fallacy", International Journal of Constitutional Law 1/2005, 24–38.

Turpin, Dominique, *Contentieux constitutionnel*, Presses Universitaires de France-PUF, 1986.

Tusseau, Guillaume, *Contentieux constitutionnel comparé*, LGDJ, 2021.

Tushnet, Mark, *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2014.

Tushnet, Mark, "Law and Prudence in the Law of Justiciability", The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States (eds. Nada Mourtada-Sabbah, Bruce E. Cain), Lexington Books 2007, 47-75.

Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton Unversity Press, 1999.

Uitz, Renata, "Judicial Appointments to Supreme Courts and Constitutional Courts: What Do We See and What Are We Fated to Miss?", *Arguments that Work: Strategies, Contexts and Limits in Constitutional Litigation*, ed. Renata Uitz, Eleven International Publishing, The Hague, 2013, стр. 143–161

Uitz, Renata, The Role of Courts in Cases on Executive Powers: Making the Constitution Matter, in: *The Evolution of the Separation of Powers – Between the Global North and the Global South*, Ed. by David Bilchitz and David Landau, Edward Elgar Publishing 2018, стр. 85–113.

Vanberg, Georg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge University Press, 2005.

Vibert, Frank, *The Rise of the Unelected*, Cambridge University Press, 2007.

Vile, Maurice, J. C., *Constitutionalism and the Separation of powers*, Liberty fund, INC, Indianapolis, 1998.

Vinx, Lars, *The guardian of the Constitution – Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of the Constitutional Law*, Cambridge, 2015.

Von Bogdandy, Armin and Paris, Davide, "Building Judicial Authority: A Comparison Between the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court" (eds. Vittoria Barsotti and *et. al*), *Dialogues on Italian Constitutional Justice – A Comparative Perspective*, Routledge and G. Giappichelli Editore, 2020, доступно на: SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3313641*.

Wachsmann, Patrick, "Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients des prostitués", Blog Jus Politicum 2019, *https://blog.juspoliticum.com/2019/02/21/misere-du-controle-de-constitutionnalite-des-lois-en-france-la-decision-relative-a-lincrimination-des-clients-des-prostitues-par-patrick-wachsmann/*.

Wachsmann, Patrick, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", *Jus politicum* 5/2010, 1-30.

Waldron, Jeremy, "Separation of Powers in Thought and in Practice?", Boston College Law Review 2/2013, 433-68.

Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Journal* 6/2006, 1346-1406.

Ward, Artemus, "Junior Varsity Judges? Law Clerks in the Decisional Process of the U.S. Supreme Court", in: *Constitutional Courts in Comparison – The US Supreme Court and the*

German Federal Constitutional Court, Ralf Rogowski and Thomas Gawron (Eds.), Berghahn Books 2016, 165–179.

Webber, Jeremy, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2015.

Weber, Ruth, "Law-making activity of the German Federal Constitutional Court: A case-law study", *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (ed. Monika Florczak-Wator), Routledge, London and New York 2020, 28-45.

Yaniv, Roznai, *Unconstitutional Constitutional Change by Courts* (October 27, 2018). New England Law Review, Vol. 51, No. 3, 2018, 555-577. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3273956.

Zeidler Wolfgang, Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms, 62 *Notre Dame Law Review* 504/1987, 503–525.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

2021 Annual Report Federal Constitutional Court, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/jahresbericht_2021.pdf?__blob=publicationFile&v=8.

2022 Annual report, Federal Constitutional Court, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/jahresbericht_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

Bilan statistique - 1er juillet au 31 décembre 2021, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2022-04/20211231bilan_statistique_titrevii08.xlsx.

Bilan statistique, https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique.

BVerfG als Superrevisionsinstanz? Nicht ohne die Schumann'sche Formel!, http://www.klartext-jura.de/2015/01/01/bverfg-als-superrevisionsinstanz-nicht-ohne-die-schumannsche-formel/.

Cloture motion, Congressional Record Vol. 159, No. 167 (Senate - November 21, 2013),https://www.congress.gov/congressional-record/2013/11/21/senate-section/article/s8418-1?s=8&r=52.

Declaratory judgment, https://www.law.cornell.edu/wex/declaratory_judgment.

Declaratory relief, https://www.law.cornell.edu/wex/declaratory_relief.

Facial Challenges, https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/954/facial-challenges.

Federal Constitutional Court - Annual Statistics 2019, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

History of the Court, https://www.concourt.org.za/index.php/about-us/history.

Idealni tip, *https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=26904*.

Injunctive relief, https://www.law.cornell.edu/wex/injunctive_relief.

Joe Biden Argued for Delaying Supreme Court Picks in 1992, https://www.nytimes.com/2016/02/23/us/politics/joe-biden-argued-for-delaying-supreme-court-picks-in-1992.html.

Le contrôle de conventionnalité, https://le-politiste.com/le-controle-de-conventionnalite.

Michel Mercier, https://fr.wikipedia.org/wiki/Michel_Mercier.

Netanjahu: Reforma pravosuđa nije slabljenje već jačanje izraelske demokratije, *https://www.danas.rs/svet/netanjahu-reforma-pravosudja-nije-slabljenje-vec-jacanje-izraelske-demokratije/*.

Overbreadth, https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1005/overbreadth.

PN55 — Neil M. Gorsuch — Supreme Court of the United States 115th Congress (2017-2018), https://www.congress.gov/nomination/115th-congress/55?s=6&r=3932.

QPC 2020: Les statistiques du Conseil constitutionnel, https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/qpc-2020-les-statistiques-du-conseil-constitutionnel.

Reversing the 'Constitutional Revolution', *https://en.idi.org.il/articles/47916*.

Statut des membres ,https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/statut-des-membres.

Supreme Court Justices, https://www.supremecourt.gov/about/faq_justices.aspx.

The history of the Constitution, https://www.concourt.org.za/index.php/constitution/history.

The Origins of the Constitutional Judiciary https://www.usoud.cz/en/history.

Vetoes, 1789 to Present, Summary of Bills Vetoed, https://www.senate.gov/legislative/vetoes/vetoCounts.htm.

En banc, https://www.law.cornell.edu/wex/en_banc.

ПРАКСА СУДОВА И ДРУГИХ ОРГАНА

BVerfGE 104, 23 – 38, para. 20, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2001/05/qs20010522_2bvq004800.html.

CJEU Joined Cases C188/10 and C-189/10 Melki and Abdeli.

Déc. n° 2002-461 DC, 29 août 2002, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2002/2002461DC.htm.

Déc. n° 2010-117 ORGA, 4 fév. 2010.

Déc. n° 2013-349 QPC, 18 octobre 2013, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013349QPC.htm.

Déc. n° 2014-394 QPC, 7 mai 2014, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014394QPC.htm.

Déc. n° 2015-527 QPC, 22 déc. 2015, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015527QPC.html.

Déc. n° 81-132 DC,16 jan. 1982, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/81132DC.htm.

Déc. nº 2008-564 DC, 19 juin 2008.

Déc. nº 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018..

Déc. nº 82- 146 DC, 18 nov. 1982.

Déc. nº 85-187 DC, 25. déc. 1985.

Roe v. Wade Overturned: How the Supreme Court Let Politicians Outlaw Abortion, https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade.

Roper v. Simmons, https://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/roper.

Urteil vom 20. Dezember 2007 - 2 BvR 2433/04, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2007/12/rs20071220_2bvr243304.html;jsessionid=3DD9EACC9E0CE2CF4B2957686699654D.2_cid344

Westfall v. Erwin, 484 U.S. 292 (1988), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/484/292/.

ПРОПИСИ

Act on the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

An Act to Establish the Judicial Courts of the United States, Sec. 25, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/judiciary_act.asp).

Charte de l'environnement de 2004, https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/charte-de-l-environnement-de-2004.

Code pénal (ancien), https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000006490119/1983-06-27.

Communications Decency Act of 1996 (1996), https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1070/communications-decency-act-of-1996.

Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel, Journal officiel du 15 novembre 1959, p. 10818.

Neuntes Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes Vom 24. Juni 2015, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2015 Teil I Nr. 24, Vom 29. Juni 2015.

Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, Journal officiel du 9 novembre 1958 p. 10129.

Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs (publié au JO du 31 mai 1959 et modifié en mars 86, novembre 1987, juillet 1991, 28 juin 1995).

Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les réclamations relatives aux opérations de référendum (5 octobre 1988).

Règlement de L'assemblée Nationale, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/divers/texte_reference/02_reglement_assemblee_nationale#D_Article_91.

Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/reglement-interieur-sur-la-procedure-suivie-devant-le-conseil-constitutionnel-pour-les-questions.

Règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel (Décision du 27 juin 2001).

Rules of Procedure of the Federal Constitutional Court (Geschaeftsordnung des Bundesverfassungsgerichts) of 19 November 2014 (Federal Law Gazette 2015 l p. 286).

Rules of the Senate, https://www.rules.senate.gov/rules-of-the-senate.

Rules of the Supreme Court, https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2023RulesoftheCourt.pdf

The Judiciary Act; September 24, 1789, 1 Stat. 73.

The Sixteenth Amendment, Common Interpretation, https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-xvi/interpretations/139.

Title V of the Telecommunications Act of 1996), https://transition.fcc.gov/Reports/tcom1996.pdf.

U.S. Code, Title 28 - Judiciary and Judicial Procedure, https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28.

БИОГРАФИЈА

Ђорђе Марковић је рођен 11. фебруара 1989. године у Смедереву. Основну школу „Др Јован Цвијић" завршио је као носилац дипломе „Вук Караџић" и три специјалне дипломе. Поред основне, завршио је и нижу музичку школу „Коста Манојловић", одсек гитара. Гимназију Смедерево, природно-математички смер, завршио је одличним успехом. Правни факултет Универзитета у Београду уписао је школске 2008/09, на коме је дипломирао 4. октобра 2012. године, са просечном оценом 9,43, на теоријско-правном смеру. Последипломске мастер студије уписао је школске 2012/13. године на Правном факултету Универзитета у Београду, на јавно-правном модулу, уставно-правном под-модулу. Мастер студије завршио је 2013. године са просечном оценом 9,75, одбранивши мастер рад под називом *Слободни мандат народних посланика у Републици Србији – правна и фактичка ограничења*, са највишом оценом. Кандидат је на истом Факултету, школске 2013/14. године, уписао докторске студије из Уставноправне уже научне области, а до сада је успешно извршио све школске обавезе, остваривши највишу општу просечну оцену (10,00).

На Правном факултету Универзитета у Београду, кандидат је од 2017. године ангажован као асистент на предметима Уставно право и Номотехника – Писање правних аката. Од 2017. године учествује на научним пројектима Правног факултета Универзитета у Београду (тренутно на пројекту „Савремени проблеми правног система Србије"), а од 2018. г. учествује и на пројекту Министарства просвете, науке и технолошког развоја: „Конституционализам и изградња правне државе". У часопису *Архив за правне и друштвене науке,* у периоду 2019–2020, био је секретар Редакције, а од 2021. године је члан Редакције.

У јулу 2017. године, кандидат је био на истраживачком боравку на Европа институту при Универзитету Сарланд, као стипендиста пројекта *DAAD – „GradUS global"*. Током 2018. године је похађао летња школу у оквиру Еразмус+ програма (*Radboud Summer School*) у Холандији и био на двомесечном истраживачком бораваку на Централноевропском универзитету у Будимпешти. У марту 2019. године учествовао је на међународној конференцији *III Erasmus Legal Science Week – The Role of Courts in Contemporary Legal Orders* у Софији. У оквиру размене наставног особља, у склопу програма Еразмус+, на Универзитету Сарланд је у мају 2022. године одржао гостујуће предавање *Serbia on its way to the European Union – legal and political aspects* и учествовао у извођењу наставе на мастер студијама.

Учествовао је на већем броју домаћих и регионалних научних конференција, летњим школама, различитим семинарима и сличним скуповима, а објавио је 17 радова у различитим областима уставног права, три приказа и један прилог. Говори енглески и руски, служи се француским језиком.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Име и презиме аутора: Ђорђе Марковић

Број индекса: ДС 2/2013

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом „Природа уставносудске функције“

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

У Београду, 4. октобра 2023. године

Потпис аутора

_____

Ђорђе Марковић

ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКОГ РАДА

Име и презиме аутора: Ђорђе Марковић

Број индекса: ДС 2/2013

Студијски програм: Право

Наслов рада: „Природа уставносудске функције“

Ментор: проф. др Владан Петров

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањена у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

У Београду, 4. октобра 2023. године

Потпис аутора

_____

Ђорђе Марковић

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Природа уставносудске функције“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)

2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)

3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)

4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)

5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)

6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци. Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

У Београду, 4. октобра 2023. године

Потпис аутора

_____

Ђорђе Марковић

1. **Ауторство.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.