

Др Оливера Вучић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду
судија Уставног суда Републике Србије

Др Драган Стојановић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
судија Уставног суда Републике Србије

УСТАВНО СУДСТВО НА ПРЕСЕКУ ПРАВА И ПОЛИТИКЕ

Од успостављања првог уставног суда отворено је питање односа новообразоване државне делатности и традиционалних власти – законодавне, извршне и судске, при чему је тежиште различитих, супротстављених аргумената било на односу уставног суда и законодавца, као творца аката чије се оспоравање пред уставним судом сматра суштином уставносудског деловања. Данас је уставно судство најмоћнији елемент институционализације функције заштите устава у надмоћном броју земаља, али још увек постоји, како у теорији, тако и у струци, запитаност у погледу границе или „мере простирања“ уставносудске власти. Ово питање, у теорији неретко сматрано „судбинским“ (Schicksalsfrage), основ је расправа које се воде, како у вези са односом уставног суда и начела поделе власти, тако и односом уставног суда и политике. Ширење надлежности уставног суда, која данас, поред контроле уставности или законитости општих правних аката, обухвата и пружање заштите уставу од повреда учињених појединачним правним актима или материјалним радњама, неминовно успоставља нов однос овог органа према начелу поделе власти. Будући да је мерило деловања уставног суда устав, акт највише правне снаге и снажних политичких својстава и неспорног политичког значаја, а предмет спорова које решава уставни суд јесу уставноправна питања која нужно у себи садрже елемент политичког, функцијом уставног судовања институционализована је правна контрола политике. Штитећи право ујемчено важећим уставом, уставно судство снагом политички неутралног судског ауторитета политици поставља садржајне границе и чувајући ауто-

ритет устава, чува истовремено и функционалну поделу власти успостављену уставом и ауторитет органа којима је њено вршење поверено.

Кључне речи: *Појам, садржина и функције устава. – Уставносудска функција. – Независност и политизација уставног суда.*

1. УСТАВ КАО ПРЕДМЕТ И МЕРИЛО УСТАВНОСУДСКЕ ЗАШТИТЕ

За разлику од класичног, редовног суда, који суди на основу закона, „служи“ закону, како пише Фаворе (*Favoreu*), уставни суд је упућен на устав као предмет своје заштите и мерило за доношење својих одлука. „Служећи“ уставу, да останемо доследни Фавореовом изразу, уставни суд својим деловањем, одлукама које доноси и значајем који тиме у друштву остварује, потврђује природу устава, његова својства и улогу коју има. У мери у којој је устав као правни акт и највиши закон једне земље истовремено идеолошко-политички акт и уставни суд, као његов чувар и гарант те највеће правне снаге, јесте и нужно мора бити политички орган. Мера политичког која се налази у уставном суду, од његовог успостављања доношењем једног устава, начина на који се бирају судије које га чине, ширине надлежности које му се поверавају, уз моћ коју носе његове одлуке, управо је сразмерна снази политичког која је била основ за уставно. Да би се одредили према питању уставног судства у вези са преламањем права и политике претходно се морамо осврнути на сам устав, његова својства, садржину и функције, као и на промене које се у вези с тим одвијају у савременим државама.

Сагласно традиционалном научном погледу, садржина устава (*materia constitutionis*) требало би да буде исход суверене правне одлуке актуелног уставотворца. Но, без обзира на чињеницу да се и у садашњости признаје начелна слобода уставотворног обликовања, данашњи уставни европских држава досегли су до извесних неспорних садржајних стандарда, тако да је уставна материја у не малом делу постала типична. Односно, стандарди уставног инжињеринга се, у већој или мањој мери, могу наћи у свим модерним уставима. Познато је да је либерална уставност уставну материју ограничила на два основна проблемска круга: државну власт и права грађана. Већ из одређења појма устава код многих аутора назире се таква оријентација. Тако, примера ради, дефинишући устав у најширем смислу као „скуп правила који регулише систем власти у једној држави“, Парпворт (*Parpworth*) образлаже да устав установљава тела и установе које чине део тог система, даје им овлашћења која имају да врше, одређује начин њиховог међусобног деловања и начин на

који они коегзистирају, истичући да се „можда најважније од свега“ устав бави управо „односом власти и појединца“.¹ Поред норми о државној власти и правима грађана, модерни уставни регулишу на посредан и делимичан начин области друштвеног живота, нарочито политичких, економских и социјалних животних односа, покушавајући да у њима успоставе одговарајући друштвени поредак. Устав данашњице је очигледно изменио свој лик у односу на класичан образац устава деветнаестог столећа, било изменама у погледу опсега уставне материје, па и самог одабира питања који се сматра, од стране уставотвораца појединих земаља, делом *materiae constitutionis*, било изменама у разумевању одговора на питање шта су функције устава.

Разнородност устава на данашњој мапи светске уставности, условљена различитим друштвеним разлозима – историјским, политичким, националним, економским, географским и традиционалним, наводи неке ауторе на легитимно раздвајање типова устава, при чему се сви тако дефинисани уставни „модел“ равноправно могу сматрати уставом у одговарајућем и правно и политички достатном смислу.² Ова тенденција „иноваторског“ приступа у уставотворству је посебно упадљива код устава постсоцијалистичких или транзиционих држава, који настоје да изнова конституишу правно-политички и привредни поредак грађанског друштва.

Из самог појма устава, али и из његове садржине, произлази функција устава и задатак који својим доношењем и применом устав

¹ N. Parpworth, *Constitutional & Administrative Law*, Oxford 2006, 3. Парпворт се у даљем тексту позива на Фајнера (*Finer*) и његов рад *Five Constitutions*, у коме овај аутор дефинише уставе као „кодове правила који теже да регулишу распоред функција моћи и дужности међу различитим агенцијама и канцеларијама владе, и дефинише везе међу њима и јавности“, као и на Кинга (*King*) и његову дефиницију устава, коју нуди у свом „Хамлинском предавању“ (*Hamlyn Lecture*), као „сета најважнијих правила која регулишу односе међу различитим деловима владе дате земље и односе међу различитим деловима владе и народа те земље“. По Кингу, устав у знатно ужем смислу јесте писани исказ државних уставних правила у документарној или кодификованој форми, што Кинг назива „уставима са великим У“, за разлику од горе поменутих устава, „устава са малим у“, који се, како он сматра, „никада не записују“. Овакав приступ дефинисању устава омогућава Кингу, како то наглашава Парпворт, да „нагласи важну поенту – да државе редовно имају обе врсте устава и да иако се ове врсте донекле преклапају никада то не чине у потпуности“. Вид. даље N. Parpworth, 4.

² Вејд (*E.C.S. Wade*) и Бредли (*A.W. Bradley*), разликују устав у ужем смислу речи, који представља „документ специјалне правне снаге који излаже оквир и основне функције органа власти у држави и проглашава принципе којима се ти органи морају руководити“ и устав у ширем и модернијем смислу, који се односи на „цео систем владе једне земље, скуп правила који установљава и регулише или управља владом“. E. C. S. Wade, A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, New York 1993, 5.

треба да оствари.³ Функција устава је комплексна, одређена је општим разлогом настанка устава, његовим доношењем и садржајем и карактером норми које су у уставу садржане, тако да се појављује у више јасно препознатљивих димензија. Све оне, међутим, нису на једнак начин, или нису у потпуности, изражене у свим уставима.⁴ С друге стране, већ помињани уставни држава у транзицији добијају и додатне функционалне аспекте. У постсоцијалистичким државама функцији стабилизације, која је сада на делу, претходила је функција скоро потпуног, у сваком случају веома замашног, преобликовања државно-правног поретка. За ове државе та изузетна уставна динамичност, дубока уставна реформа, добила је, по свом значају, карактер праве уставне револуције.⁵ Може се закључити да цели-

³ Тако, на пример, Ј. Ђорђевић сматра да под уставом „подразумевамо јавни акт или документ који представља основни и највиши закон у једној земљи који утврђује или правно регулише основне друштвенopolитичке односе те земље, нарочито питање формирања, функционисања и овлашћења политичке власти, постављајући истовремено и границе акције и власти у односу на друштво, а нарочито на извесну сферу која гарантује интегритет личности човека и елементарна људска права која су уједно и средства ограничења власти“, Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Београд 1972, 21 и даље; Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2009, 87 и даље; Д. Стојановић, *Уставно право*, I, Ниш 2007, 70. Такође S. Sokol, B. Smerdel, *Ustavno pravo*, Zagreb 2009, 47 и даље; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschlands*, Heidelberg 1982, 11; T. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, Wien 1999, 26.

⁴ Међу функцијама које би сваки устав требало да испуни могу се разликовати правне и политичке. Посматрано са правног становишта, функција устава може бити трострука. На првом месту, устав је *правна основа*, темељна правна и политичка одлука, која је *conditio sine qua non* ваљаности целовитог правног поретка. Ову функцију устав може да оствари једино ако се појављује као креација суверене воље, ако је дело суверене власти. На другом месту, устав одређује носиоце власти, оне који владају, и њих снабдева надлежностима. У овоме се може видети интеграциона улога којом се долази до конституисања државне јединице и њеног организма, што се може означити и *функцијом конституисања државне власти*. Најзад, устав симболизује, учвршћује и стабилизује постојећи државни и правни поредак. Као акт најјаче правне снаге, устав предвиђа не само водеће принципе конституисања државне власти, као што су, на пример, сувереност, репрезентација, подела власти и др., него и принципе који се морају поштовати у процесу вршења и трансфера власти, као што су принципи правне државе, уставне контроле и уставне ревизије. *Функцијом стабилизације* устав омогућава надперсонални континуитет власти и захтева од ње да се потврди као рационална, а то значи да се врши на предвидљив, разумљив и разборит начин.

⁵ Добар пример је Устав Републике Србије од 1990. године, донет још у време важења савезне социјалистичке уставности, који је својим решењима искорачио из начела демократског јединства власти успостављеног у лику скупштинског система, у парламентарно уређење засновано на начелу поделе власти, увео равноправност свих својинских облика уместо дотадашње доминације друштвене својине као темеља особеног, самоуправног социјализма, успоставио политички плурализам и тиме укинуо дотадашњу владавину једне неприкосновене политичке странке, успоставио уставно судство на темељима европске традиције уставног судовања, итд.

ном својих функција устав доприноси конституисању, интеграцији и одржавању стабилности државне заједнице, а њено вођство снабдева неопходним демократским легитимитетом. С политичког становишта посматрано, од устава се захтева да тако организује власт како би се очувала слобода појединца. Уставни инжињеринг се у исто време показује као техника добијања, вршења и трансфера власти, али и као техника остваривања и очувања слободе. Устав и уставно право имају задатак да правно обликују политичке феномене на начин који би суштински имао за циљ помирење власти и слободе у оквиру државе – нације.⁶ Већ из овога се може извести главни политички задатак и политичка функција устава: *ограничење и контрола политичке власти*. Подела власти и репрезентација иманентно воде ограничењу државне власти и њеном подвргавању демократској контроли. Али, режим уставне владавине се на томе не зауставља; од њега се тражи да, гарантујући слободу, обезбеди владавину права. Тиме се долази до коначног задатка устава: *ограничење власти и спречавање злоупотреба*, без обзира од кога оне потичу.

Имајући у виду својства, садржину и функције устава, могуће је разликовање више уставних типова. Поред класичних и општепознатих разврставања устава с обзиром на различите критеријуме деобе, занимљиву типологију устава даје Франкенберг (*Frankenberg*) који, полазећи од устава као *симбола и инструмента*, издваја из уставне историје четири архетипа устава: манифест, план-програм, уговор и закон.⁷ Устав у улози закона, по Франкенбергу, представља,

⁶ На овој функцији уставног права посебно инсистира француска правнополитичка доктрина. Вид. на пример, А. Nauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1968, 7.

⁷ *Устави – манифести*, попут славне француске декларације, вели Франкенберг, „читају се углавном као необавезна политичка проза, а не као правни текстови“. Они остају „садржајно рудиментирани,... као једнострана прокламација упућена публици..., ограничавају се на мањи број фундаменталних тврдњи (темељна права),... утеловљавајући устав једино као симбол.“ *Програмски или плански устав*, такође уставни симболи, обележавали су некадашња социјалистичка друштва. Уставотворство и овде „следи узор једностраних прокламација, које потискују стварног суверена у улогу акламатера... Крајње неодређеним појмовима... плански уставни прописују развојне циљеве које су већ на другим местима пропагирани (партијски програм – прим. аутора) и остваривали високи политички кадрови“. За разлику од претходних, код *устава-уговора pouvoir constituant* „интерно је структуриран више као правни однос...“. Франкенберг разликује два типа уставних уговора: конституционални уговори о савезима или организацијама и друштвени уговори. „Први се одиста склапају,... баве се претежно питањима организације *governmenta* и поделом суверенитета“, док друштвени уговори имају „виртуелан, односно хипотетички карактер и не напуштају простор политичке филозофије и уставне теорије“. G. Frankenberg, „Ustav u prijelazno doba“, *Politička misao* (Zagreb), 38/2001, 106 и 107. Мада у знатној мери оригинална, ова типологија устава опомиње на класификацију устава Карла Левенштајна (*Karl Löwenstein*), који, полазећи од онтолошког мерила – однос

као и устав-уговор, не само симбол, него и инструмент. Осим квалификоване процедуре, њега „одликује одређена архитектура: он прописује темељна права и обавезе грађанства, уређује организацију политике и технику владања... истиче вредности које се држе темељнима, те метаправилима утврђује уставне услове важења и измена... може обухватити елементе манифеста и програмске одредбе“.⁸

Посматрано са аспекта уставне теорије, транзиција држава Источне и Средње Европе може се означити „као прелаз од социјалистичко пропагандног устава на законски устав тржишног друштва“.⁹ Као што је поменуто, уставној функцији стабилизације претходила је *функција преобликовања*, условљена главним политичким циљем ових држава – приступањем кругу држава Европске уније. Овај циљ је одредио уставни модел који је требало не само да превлада некадашњу монопартијску диктатуру, него и да буде валидна правна улазница за улазак у круг демократских уставних држава. У ствари, овај уставни тип је био изнуђен и подвргнут надзору „западних супервизора“ (Европска унија, Савет Европе-Венецијанска комисија, ОЕБС). Од програмских устава са елементима манифеста и законским декором, транзицијска друштва су у последњој деценији XX stoleћа дошла до уставне и правне државе, „чији политичко-правни лик одсад обележавају законски уставни“.¹⁰ Уставна симболика, односно елементи манифеста сдржани у преамбулама устава и задржавање опсежног каталога социјалних права нису потпуно нестали, посебно у новоконституисаним државама које својим идеолошко-политичким исказима очигледно претерују у покушајима да докажу да је њихов национални и друштвено-историјски контекст одувек био део европског цивилизацијског простора. У сваком случају, уставна компилација и копирање уставних модела држава западне демократије, који је посебно обележавао и још увек карактерише нове демократије држава Средње и Источне Европе у транзиционом периоду, уставноправни и законодавни процеси еуфемистички названи *хармонизација права* – добрим делом јесу последица наметнутих политичких захтева које је требало испунити у процесу њихове европске интеграције.¹¹ Нема сумње да материјални уставни дисконтинуитет, независно од тога да ли се до њега дошло

устава и друштвене стварности – разликује *нормативне, номиналне и семантичке уставе*.

⁸ *Ibid.*, 109–110.

⁹ *Ibid.*, 108.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Овакав модел се сасвим добро уклапа у најчешће разлоге помоћу којих Вотсон објашњава правне транспланте, као што су ауторитет (А. Вотсон, *Правни транспланти*, Београд 2000, 133) или наметање права (А. Вотсон, „Право у књигама, закону и стварности: упоредноправни поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 16).

методом парцијалне трансплантације иностраних решења или доношењем потпуно нових устава у бити ослоњених на стране узоре, захтева ново саморазумевање, нову уставну дефиницију постсоцијалистичких држава. У њој се сада обавезно налази ознака „демократска“ или „демократска правна држава“, уз набрајање мањег или већег броја основних елемената новог државно-правног поретка заснованог на слободним изборима и подели власти.

2. ЗНАЧЕЊЕ И ФУНКЦИЈЕ УСТАВНОГ СУДСТВА КАО ОБЛИКА ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ ЗАШТИТЕ УСТАВА

Посебан значај у свим транзиционим државама имала је експлицитна потврда начела владавине права или правне државе коју је обавезно пратила институционализација уставног судства.¹² Само увођење уставног судства показало се потпуно оправданим, имајући у виду да су у процесу преобликовања ка политичкој форми „слободно-демократске уставне државе“, транзиционе државе биле суочене са бројним изазовима, који су се не ретко манифестовали као сукоб структуралних елемената идеје правне државе, правне сигурности, као формалне стране правне државности, и правичности, као њене материјалне стране. Питањима рехабилитације „непријатеља народа“, реституције, денационализације, приватизације, или лустрације, бавиле су се, на један или други начин, односно у мањој или већој мери, све државе транзиције. Због тога је њихово законодавство имало деликатан задатак да у конкретним ситуацијама отклања латентне супротности, некада давањем предности правној сигурности, некада начелу правичности. Опсежно законодавство, које је имало карактер праве инфлације прописа, истовремено је водило јачању значаја и ширењу акционих могућности уставносудске функције у транзиционим државама. Посматрано у целини, уз све потешкоће и отворена питања на

¹² Својеврсно „понављање историје“ појавом уставног судства у земљама које напуштају социјалистичко друштвено уређење и тиме социјалистички тип уставности, јавља се у односу на земље као што су Италија и Немачка, које су из вртлога Другог светског рата изашле као поражене виновнице страдања огромног броја земаља и милиона њихових грађана, у којима је борба против фашизма оставила пустош у погледу претрпљених људских жртава, материјалних разарања и најдрастичнијих и најмасовнијих кршења људских права. Наиме, као што је познато, ове две данас моћне, демократски уређене државе, одмах након завршетка рата, уставима које доносе успостављају уставно судство, исказујући тиме своју решеност да својим грађанима, али и целом свету, покажу да будућност која долази представља период најпоузданије заштите устава и уставом успостављених друштвених вредности, људских права, пре свих. Ниво заштите коју Уставни суд Италије и, посебно, Уставни суд Немачке пружају својим вишедеценијским деловањем сопственим уставима и својим грађанима, јесте узор несмањеног утицаја за све друге државе које настоје да изграде делотворно и тиме респектабилно уставно судство.

која се одговор још тражи, уставно судство је имало стабилизујуће дејство у новим демократијама првог и другог таласа транзиције.

Судбину других држава у транзицији дели и Република Србија, док се у нешто другачијој позицији налази уставно судство Републике Србије. Ово из разлога што је Уставни суд у Србији прошле године обележио четрдесет и пет година свога постојања, од чега је последњих деветнаест година, од доношења Устава Републике Србије од 1990. године, функционисао као битно реформисани и достигнућима европске традиције уставног судства прилагођени заштитник устава. Наиме, уставно преобликовање у смислу прихватања плуралистичког политичког и економског поретка, које је најављено већ Уставом од 1990. године, из основа је променило положај, смисао и циљ уставног судовања у Републици Србији. Устав од 2006. године наставља у овом либерално-демократском смеру, сада и са јасним окретањем ка европским интеграцијама Србије.¹³ У светлости начела поделе власти и масивне хармонизације права и овде се, на измењеној уставноправној основи, актуелизују задаци уставносудске функције и однос „четврте“ уставне власти – функције уставне контроле – према класичним државним функцијама, пре свега, законодавству.

Јудикатура о уставу уопште и институционално самостално уставно судство посебно претпостављају да је устав непосредно обавезујуће право највишег ранга.¹⁴ То је акт који има статус „врховног закона“ (*lex superior*) и, у Марчићевом (*Marcic*) смислу, акт „првенства“ и „старешинства“ (*Verfassung als Vorrang*),¹⁵ и окружен је посебним препрекама, тежим него у случају обичних закона, које је потребно пребродити како би се најпре приступило његовој промени, а потом та промена и извршила.¹⁶ Зато је потребно уставу обезбедити одговарајућу и делотворну заштиту, и тиме заштитити „правну егзистенцију устава, као нормативног темељног поретка земље“.¹⁷ Уставносудска заштита устава не може да иде даље од

¹³ О Уставном суду у новом Уставу Републике Србије вид. Р. Марковић, „Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 19–46.

¹⁴ Концепција чврстог устава подразумева под уставом акт који је Келзен сматрао актом који суштином свога појма значи „врховно“, „одређујуће“, у смислу целокупног правног и државног уређења, и „одлучујуће“ за биће тим уређењем конституисаног друштва, Н. Kelsen, „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Heft 5, Berlin – Leipzig 1929, 36.

¹⁵ R. Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien 1963, 16–17.

¹⁶ М. Јовичић, *О уставу*, Београд 1977, 26 и даље.

¹⁷ K. Korinek, „Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen“, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 39, Würzburg

правног квалитета устава и његовог ранга. Она подручја устава која немају „јустичијални квалитет“ изузета су из судског испитивања. Али, о питањима да ли се доиста ради о тим подручјима устава, као и где су њихове границе, одлучују уставни судови у поступку нормативне контроле, а не политичари. Апстрактна контрола уставности отворила је проблем принципијелног односа уставног суда, коме је намењена улога „чуvara устава“, и законодавца, који је снагом принципа народне суверености, генерално позван на постављање права, а то значи извршење устава.¹⁸ Ово питање, постављено одмах након остварења Келзенове идеје о специјалном органу, уставном суду, као чувару и заштитнику устава, па чак и пре у теоријским расправама које су претходиле уставним решењима из 1920. године, са скоро несмањеним жаром у теоријским, чини се још више у стручним круговима, отвара аргументоване расправе.

Има мишљења да уставносудска нормативна контрола има смисла једино ако се врши као тзв. накнадна контрола, јер „претпоставка нормативне контроле је постојање норме коју треба испитати“ [*BverfGE* 1, 396 (410)]. Својеврстан изузетак је нормативна контрола међународних уговора, чије се превентивно вршење, дакле, пре окончања уставноправне парламентарне ратификације, оправдава специфичностима и природом акта који је предмет ове контроле, тј. закљученог међународног уговора који још није произвео правно дејство ни у унутрашњем ни у међународном праву. Расправљајући о Уставном суду Хрватске и пракси овога Суда по питањима сагласности међународних уговора са Уставом, Смердел и Сокол напомињу да се „уставним судовима никада не даје право накнадне контроле уставности међународних уговора“,¹⁹ иако многи уставни (добрим примером сматрају Устав Шпаније), прописују претходну контролу међународних уговора пре ратификације.²⁰ Предмет превентив-

1981, 11; E. Friesenhahn, „Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit“, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Vol. 73, Neue Folge 1954, 129.

¹⁸ О односу уставног суда и законодавца, питању које се и данас сматра несмањеном снагом актуелним и „неразрешеним“ вид. више у радовима старим скоро цело једно столеће, али сасвим „свежим“ са аспекта савременог разумевања и законодавца и уставног суда, Ч. Марковић, „Суд има да цени уставност закона“, *Архив за правне и друштвене науке* 5/1907, 412 и Ђ. Тасић, „Када се има узети да судови цене одн. не цене уставност закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, 9, 6/1925, 402.

¹⁹ B. Smerdel, S. Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb 2009, 185.

²⁰ Објашњавајући свој став у овој ствари Смердел и Сокол истичу да, без сумње, Уставни суд (односи се на Уставни суд Хрватске) „може испитивати формалну уставност закона о потврди, односно ратификацији међународног уговора“. У даљем тексту ови аутори тај свој став образлажу на следећи начин: „Кад је ријеч о испитивању материјалне уставности закона о потврди међународног уговора она би увијек била уједно и испитивање материјалне уставности међународног уговора чији се текст тим законом потврђује и уноси у унутарњи правни поредак

не нормативне контроле је недовршени акт, што имплицира донекле проблематичну улогу уставног суда у поступку оцене његове уставности.²¹ Чини се да је тешко могуће избећи утиску да се, у овом случају, уставни суд пре јавља као трећи дом парламента, који располаже правом особеног вета, него као „чиста“ судска институција.

Када је реч о тумачењу устава, начелно је прихватљиво полазиште владајуће уставне теорије у Аустрији да су традиционалне интерпретационе методе принципијелно применљиве и за тумачење устава. То су интерпретација језичког значења – вербална, граматичка и систематска – историјска и циљна интерпретација.²² Нешто другачије се посматра тумачење устава у немачкој уставноправној доктрини која разликује следеће методе интерпретације устава: вербалну или граматичку интерпретацију; систематску; телеолошку или циљну; историјску и упоредну интерпретацију.²³ Наравно, код тумачења устава, тумачу се, због веома уопштеног и лапидарног језика формалног уставног права, постављају посебни захтеви. По

Републике Хрватске. Због тога сматрамо да Уставни суд не би имао право да се кроз испитивање материјалне уставности закона о потврди међународног уговора посредно, иако то није у његовој надлежности, упусти у испитивање уставности међународног уговора. Осим наведеног, томе у прилогу говоре и изричите одредбе чланка 14. Устава према којима се одредбе међународних уговора „могу мијењати или укидати само уз увјете и на начин који су у њима утврђени, или сугласно опћим правилима међународног права“, *ibid.*

²¹ Превентивну нормативну контролу установљава и нови Устав републике Србије. Тако је чланом 169. утврђено да је Уставни суд дужан да, на захтев најмање једне трећине народних посланика, у року од седам дана, оцени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен. Марковић, оцењујући позитивно ову новину унету Уставом од 2006. године и истичући да је још у време општих расправа о потреби промене Устава од 1990. године било озбиљних и аргументованих залагања у овом правцу, сматра да је „оваква претходна оцена уставности закона јак инструмент у рукама парламентарне опозиције, јер ова, и кад је надгласа парламентарна већина (којој може бити политички интерес и доношење неуставног закона) има средство за спречавање ступања на снагу неуставног закона“, вид. Р. Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 5–46. Уколико закон буде проглашен пре доношења одлуке о уставности, Уставни суд ће наставити да поступа према захтеву, у складу са редовним поступком за оцену уставности закона. Уколико, пак, Уставни суд донесе одлуку о неуставности пре проглашења закона, ова одлука ће ступити на снагу даном проглашења закона. На крају, Уставом је уређено да „поступак за оцену уставности не може бити покренут против закона чија је усклађеност са Уставом утврђена пре његовог ступања на снагу“ (чл. 169, ст. 4 Устава Републике Србије од 2006. године).

²² Вид. Т. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, Wien 1999⁴, 29 и даље; такође и К. Korinek, „Zur Interpretation von Verfassungsrecht“, *FS Walter*, Wien 1991.

²³ Тако Е. W. Böckenförde, „Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik“, *Neue Juristische Wochenschrift*, München 1976, 2089 и даље; К. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht des Bundesrepublik Deutschlands*, Heidelberg 1982¹³, 19 и даље.

свом начелном карактеру и степену апстракције, уставни стил се јасно разликује од стила законских норми.²⁴ Због тога се ни уобичајеним методама интерпретације подуставног права, тј. закона, не може одредити прецизни садржај не само начелних и програмских, него и многих других одредаба устава. Уставносудска интерпретација захтева „подршку теорије која истражује смисао и функције устава, његових темељних начела и централних институција“.²⁵ Од постојећих метода интерпретације устава ниједна узета понаособ не може се сматрати ексклузивно тачном. Напротив, начелно треба изабрати интерпретацију која ће водити рачуна о комбинацији свих интерпретационих метода, због изразито политичког карактера уставног права. Но, принципијелно, за право уставног ранга објективне интерпретационе методе, граматичка, систематска и циљна интерпретација, морају имати предност у односу на субјективне методе тумачења устава. Када се пође од тога, онда се за интерпретацију устава више интерпретационих принципа показују меродавним. Међу њима посебну важност имају принцип објективне интерпретације воље уставотворца, уставна интерпретација као конкретизација и принцип „уставно конформне интерпретације закона“.²⁶

За тумачење устава уставносудска интерпретација је од посебног значаја. У питању је ауторитативна интерпретација која повлачи за собом далекосежне правне последице. Судска интерпретација се ослања и требало би да се ослања на доктринарну интерпретацију устава, али својом праксом она може да је превазиђе или преобликује, и тако створи властиту доктринарну интерпретацију. Дobar пример је доктрина „окамењивања“ аустријског Уставног суда, најстаријег европског уставног суда, која се сматра старим стилем интерпретације устава. Према овој доктрини, која представља „комбинацију интерпретације стриктно дословног језичког значења и објективне варијанте историјске интерпретације“, у случају сумње, уставне појмове треба разумети у оном смислу који им припада према стању и систематици правног поретка у тренутку ступања на снагу уставне норме.²⁷ Стриктна интерпретација дословног текста са историјским

²⁴ За стил устава и стил интерпретације устава, вид. Т. Öhlinger, „Stil des Verfassungsgesetzgebung – Stil der Verfassungsinterpretation“, *FS Adamovich*, Wien – New York 1992.

²⁵ Т. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, Wien 1999⁴, 34.

²⁶ Поред наведених, немачка догматика наводи следеће принципе уставне интерпретације: принцип јединства устава; принцип оптималног склада и хармонизације противуречних уставних норми; принцип државне интеграције, принцип функционалне непроменљивости и др. Упор. К. Hesse, 24 и даље.

²⁷ Вид. Т. Öhlinger, 34. Ближа анализа „теорије окамењивања“ показује да се овде примарно не ради о историјској, него о „вербалној интерпретацији са систематским аспектом“. Тако, на пример, R. Walter, H. Mayer, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrecht*, Wien 2000⁹, 63.

акцентованом и занемаривањем телеолошких промишљања дуго је обележавала стил уставне интерпретације у Аустрији. Сматра се да је она била и израз доктрине *judicial self restraint* према законодавцу. Њено теоријско образложење ослоњено на формални карактер уставног права у смислу „устава правила игре“ имало је границе тамо где устав више и другачије уређује животне односе од правила игре политичког процеса, посебно када је реч о основним правима и одредбама којима се одређују програмски циљеви државе. Правна критика овог „формално-редукованог“ стила интерпретације била је мотивисана њеном недовољношћу, нарочито према основним правима, која нису задобила релеванцу и према законодавцу. У правној теорији се стога тражило напуштање „примитивног позитивизма голе речи“²⁸ ка вредносно оријентисаном или материјалном тумачењу устава, у смислу првенства телеолошке интерпретације. Ову оријентацију постепено је следила јудикатура Уставног суда Аустрије о основним правима и водећим уставним принципима. С новим стилем интерпретације Уставни суд Аустрије налази узор у пракси Европског суда за људска права и немачког Савезног уставног суда. Међутим, у овом екстензивном стилу тумачења, које је далеко удаљено од дословног текста уставног права, Е. В. Бекенферде (*Ernst Wolfgang Böckenförde*) види опасност „преласка од законодавне правне државе ка уставноправној јурисдикцијској држави“.²⁹

У односу уставног судства и законодавца поставља се питање ко је у првом реду позван на конкретизацију устава. Када се ради о „уставно конформном“ тумачењу, којим се одржава важење закона што је више могуће, онда се функционално-правно начело показује као принцип приоритета законодавца при конкретизацији устава. Како наводи Хесе (*Hesse*), демократски законодавац претпоставља уставност свог хтења и делања; њему је у првом реду поверено правно обликовање животних односа.³⁰ Уставном суду је забрањено да оспорава овај примат законодавца и тиме проузрокује померање уставноправно додељених функција.

3. УСТАВНИ СУД И ПОЛИТИКА

Уставно судство је настало како би снагом судског ауторитета, као независног арбитра, било у стању да испита акте политике, законодавне акте парламента и одлуке владе, и да их евентуално анулира, за случај њихове несагласности са уставом. Функцијом уставног

²⁸ L. Adamovich, B. C. Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 1987, 82.

²⁹ E. W. Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40. Jahren Grundgesetz*, München 1989, 61.

³⁰ K. Hesse, 31.

судовања институционализована је правна контрола политике. На овај начин се, у особеном смислу, раскида са правном традицијом начелног очувања судске неутралности према питањима политичке целисходности. Установљавање уставног судства је израз промењеног разумевања односа политике, односно демократије, и правне државе, имајући у виду свагда напети однос између два опречна захтева – захтева за „приматом политике над правом“ и захтева за „приматом права над политиком“. Са идејом чврстог устава и појавом уставног судства сада се овај однос разрешава у корист (политичког) права, тачније уставног права. За сваки уставни суд може се прихватити давно изречена констатација Г. Лајбхолца (*Gerhard Leibholz*) да се место немачког Савезног уставног суда налази „у пресеку права и политике“.³¹ Да и међу самим члановима уставних судова јасно постоји свест о преплитању и напетом односу права и политике, потврђују речи некадашње председнице Савезног уставног суда Јуте Лимбах (*Jutta Limbach*) да овај Суд „представља истакнути фактор у политичком процесу“. Док је Ернст Бенда (*Ernst Benda*), бивши председник Савезног уставног суда, говорећи о односу права и политике, употребио метафору да се овде ради о „агрегатним стањима исте ствари“,³² дотле Ерхард Мок (*Erhard Mock*) с правом констатује „различиту густину нормативног прожимања и различиту меру обавезности“ која припада праву с једне, и политици, с друге стране; право, као „очврснули део прошле политике, поставља садашњој (политици) садржајне границе“.³³ Ако се прихвати ова оријентација, онда је очигледна далекосежна еволуција политике према праву: право данас је, како каже Петер Хеберле (*Peter Häberle*), политика од јуче, а политика данас је право сутра.³⁴ Али, из ове чисто дескриптивне слике не могу се добити никакви искази о различитим задацима политике и правосуђа или конкретна упућивања на начин и обим деловања уставног суда. Због тога њена изворна интенција више лежи у наглашавању узајамности и немогућности потпуног садржајног диференцирања, него у апсолутном разграничењу домена политике и права. Између ових домена нужно постоје извесне „сиве зоне“ чију природу није увек лако утврдити.

Колико је уставно судство нужно политизовано, односно да ли је могуће да се власт, као институционализована политика, уздржи од утицаја на уставни суд или, да ли је и у којој мери, па и којим средствима, могуће да се само уставно судство одупре политизацији?

³¹ G. Leibholz, „Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht“, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln 1974.

³² P. Häberle, „Das Bundesverfassungsgericht in der Krise?“, *Öffentlich – rechtliches, europarechtliches und rechtsphilosophisches Seminar* „Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik“, Berlin 1996, 8.

³³ E. Mock, *Richter machen Politik*, 174, нав. према P. Häberle.

³⁴ P. Häberle, 15.

Ово питање није од своје актуелности изгубило ништа, од давних дана настанка уставног судства, пре скоро једног столећа, до данас, када се овај облик заштите устава доказао као незаобилазан и незаменљив пут чувања устава и заштите људских права.³⁵ Тако су приговори који се упућују уставном суду са најбогијом праксом, Савезном уставном суду Немачке, ишли на то да је Суд „померио тежиште између парламента и правде (*Justiz*)“, тако „што се понаша као врховни законодавац“, односно ставља се на место законодавца. Суду је приговорано да се размахео „од чувара до господара устава“, постао је „супер ревизиона инстанца“, „продужена рука опозиције“, итд. У критици се ишло толико далеко да се, када је реч о Уставном суду Немачке, говорило чак о „алијанси црвених тога у Карлсруеу са црним политичарима у Бону“.³⁶ Постојали су и предлози, онда када се сматрало да се, због изразите политизације, Савезни уставни суд нашао у озбиљној кризи, да се овај суд суштински реформише, како би се вратио на „прави“, демократски пут уставне контроле. Неки предлози су заговарали чак и укидање нормативне контроле или постављање строжих формалних услова за њено примењивање.

Да би доиста вршио функцију неутралне власти, Уставни суд, свакако, не би смео не само да уђе у политички процес, него ни да прилази превише близу процесу политичког одлучивања који је резервисан за парламент и владу. Због тога се може прихватити на-

³⁵ Тако је Трипел (*Triepel*), један од најзначајнијих опонената уставног судства, доказивао да је уставносудска власт неспорно политичког карактера, а уставноправни спорови увек спорови политичког карактера, у чему лежи „основ и извор свег проблематичног у односу на успостављање уставног судства“. Управо политичка природа спорова који су основ деловања уставног судства, налаже да начин њиховог разрешавања буде политичка борба, савладавање воље противне стране, или договорно, споразумно изналагање решења, као компромиса прихватљивог за обе стране, што је у супротности са природом судске делатности. Н. Triepel, „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928, Berlin – Leipzig 5/1929, 2–29. За Шпанера (*Spanner*) је граница у оквиру које ће се простирати могућност уставносудског одлучивања у уставноправним споровима „одлучујуће питање за прихватање или одбацивање уставносудске власти“, што, у суштини, такође представља бављење питањем мере политичког у природи уставносудске власти, док Хекел (*Heckel*), изјашњавајући се, као и Шпанер, у прилог одређивања граница уставносудске власти, што сматра судбинским питањем *Schicksalsfrage*, сматра да би судској контроли требало поверити само „уставне спорове првог реда“, дакле спорове којима се одлучује о судбинским питањима народа, питањима државног удара, револуције, сецесије, питањима „уставних ломова који за своје решавање траже мобилизацију отпора целог народа“, чиме открива колико је за њега у ствари уставносудска функција управо политичка функција. Н. Spanner, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wien 1951, 40–41.

³⁶ Упор. R. Lamprech, W. Melanowsky, *Richter machen Politik*, 10–13, цит. према P. Häberle, 8.

челни став Хесеа (*Hesse*) да је задатак политике и уставног права успостављање „практичне сагласности између различитих правних подручја која су доспела у напети однос“. У сваком случају, уставно судство је неизбежно у ближој или даљој вези са политиком и политичким, у смислу конкретног одлучивања, поступања или, супротно, нечињења, законодавне или извршне власти у мери у којој је сам устав и деловање у правцу његове примене, акт политичке природе и политичке снаге и значаја. 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 он мање правни од других уставом успостављених органа, али може значити да је, чак и једнако као ти други органи, политички.³⁷ И није свака веза уставног судства и политике веза која нарушава интегритет уставног судства и деформише исправност његове друштвене и, уже посматрано, правне мисије.³⁸ Те везе, или линије спајања, јесу многобројне и разноврсне. Неке од њих су трајне и сталне, неке су повремене и променљиве. Без обзира на разноврсност, везе између уставног судства и политике јесу константа која постоји и траје од настанка уставног судовања и која ће постојати док постоји уставни суд.

Прва таква веза настаје већ самим чином успостављања уставног суда. Креативност уставотворца у смислу позитивне акције у циљу обликовања уставног судског органа јесте израз владајуће политике која управо кроз остварено уставно обличје уставног суда јавности презентује своје разумевање природе, уставне позиције и снаге овог органа, домета његове надлежности, процедура по којима делује и дејства одлука које доноси. Односна уставна решења јесу први и у многоме опредељујући израз политике према уставној судској

³⁷ Вид. више В. Н. Л. Stadler Richter, „Wie politisch ist der Verfassungsgerichtshof?“, *Österreichische Juristen Zeitung*, Heft XIV–XV, 26. Juli 1991, 491–493. Упор. W. Barfus, „Wie politisch ist der Verfassungsgerichtshof? Eine Replik“, *Österreichische Juristen Zeitung*, Heft XXIV, 13. December 1991, 833–835.

³⁸ Има мишљења, попут оног које изражавају Сокол и Смердел, да „уставни судови могу корисно и успјешно утјецати на политички процес“. Ови аутори виде пет облика таквог утицаја: „прво, уставни судови штите права опорбе, односно прецизније парламентарне мањине, и олакшавају јој да владајућу већину задржава у границама уставних овласти; друго, уставни судови штите права мањина, етничких, вјерских, социјалних и политичких, и тиме надокнађују њихову слабу заступљеност у политички одлучујућим тијелима; треће, надзирући дјелотворност и каквоћу закона, уставни судови придоносе рационализацији процеса одлучивања, те могу знаковито смањити деструктивни потенцијал политичких сукоба и у становитој мјери исправљати одступања којима су склоне велике странке или моћне коалиције; четврто, уставни суд дјелује као заштитник уставних начела о одговорности извршне власти која данас доминира свим модерним политичким суставима без обзира на устројство државне власти; пето, дјеловање уставних судова придоноси јачању правне свијести грађана и опћенито примјени уставних начела у законодавству и животу“, В. Smerdel, S. Sokol, 201.

власти, њеном значају и граници која се поставља у односу на њено деловање, али истовремено и пројектовани израз односа датог уставног суда према политици, узвратно, јер се уставним решењима може створити моћна институција која чува устав као највиши закон дате земље, уставност као кључно начело функционисања модерне државе и људска права, језгро друштвених вредности, или, пак, институција којој ће управо дати уставни оквир бити препрека да развије потенцијале којима располаже. Тако се уставним решењима може рестриктивно уредити круг субјеката који су овлашћени покретачи уставног спора, или сузити надлежност уставног суда, или, пак, ослабити дејство одлука које суд доноси. Оваквим поступањем уставотворац може маргинализовати значај уставносудске функције, обезвредити саму идеју уставног судовања и потиснути уставни суд у правнополитичког чиниоца другог, па и безначајнијег реда. Све говори у прилог закључка да уставотворац може много у односу на уставни суд, и да је управо уставно решење о овом делу уставне материје први, почетни, али и битно одређујући елемент политичког у бићу сваког уставног суда. Разумљиво да сваки орган, па и уставни суд, може начином свога деловања остваривати мањи или већи утицај на односе у друштву и тиме живот грађана који га чине, али ниједан орган, па ни уставни суд, не може кршити устав и „преливати се“ својим деловањем у домен уставне надлежности других органа, или обезбеђивати снагу својим одлукама која уставом није предвиђена.

У оквиру уставног оквира којим је успостављен и уређен уставни суд посебно осетљива тачка политизације јесте начин избора судија уставног суда. Утицај „власти“ надлежне за избор судија јесте претпостављени извор политизације суда, и поред чињенице да уставни суд нема успостављени систем одговорности сагласно обрасцу да је одговорност окренута према извору свога избора или именовања. Чињеница да законодавац, или орган који врши извршну власт, шеф државе, предлажу или врше одабир личности које се предлажу за судије уставног суда, по себи указује на опредељење предлагача узроковано проценом да је управо та личност у односу на друге истих квалитета, зарад неких својстава која не морају бити објективна, по суду ових органа заслужила предност која јој се учињеним предлогом даје. Ако се има у виду да је и законодавни орган, као и шеф државе, чинилац у власти са одређеним политичким профилем и одређеним политичким капацитетом, који јесте основ његовог избора и умногоме правац и мера његовог деловања, онда се ни утицај тог елемента политичког не сме занемарити при оцени политизације уставног судства уопште.

У погледу надлежности уставног суда, треба тежити да се она у целини и искључиво утврди уставом.³⁹ Ово стога што је остављање питања ширине надлежности уставног суда „отвореним“, незакљученим од стране уставотворца, увек претпоставка у корист надлежности, али и моћи законодавца и пружена му прилика да сопственом одлуком преточеном у закон уређује домет поступања органу који треба да врши контролу законодавног рада. Уставни суд и делатност коју врши могу бити политизовани и мање формалноправним начином. То се остварује игнорисањем уставносудских „налога“ другим органима, попут тражења мишљења парламента о неком закону који је пред судом оспорен, када се „ћутањем“ и неодговарањем законодавац у суштини изјашњава о сопственом односу према уставном суду, о уважавању или изостанку истог према овој институцији и њеном доприносу складном функционисању власти. Једнако, уставни суд може бити посредно, без свога удела, политизован и простирањем других власти, односно њихових вршилаца, на начин који ће онемогућити уставом предвиђену надлежност уставног суда, чиме ће бити умањена уставом предвиђена улога уставног судавања и онемогућена његова претпостављена и по суду уставотворца друштвено оправдана и корисна делатност у датом случају.⁴⁰

Постоје и други облици када се уставни суд нађе у позицији да „трпи“ политизацију услед чињења других – у извесном смислу самог уставотворца, затим законодавца, или извршне власти. То

³⁹ Љ. Славнић оправдано истиче да питање надлежности уставног суда мора бити искључиво уставна материја, „да се све надлежности уставног суда морају утврдити методом позитивне енумерације у самом уставу, без увођења тзв. клаузуле о резервној надлежности, по којој уставни суд има и друге надлежности, односно може одлучивати и о другим питањима утврђеним законом“, и да се „тима обезбеђује стабилан положај уставног суда у односу на друге органе државне власти, а пре свега у односу на законодавца“... чиме се „потврђује значај функције заштите уставности која је поверена само уставном суду“, Љ. Славнић, „Надлежност уставног суда – *materia constitutionis*“, *Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу*, Београд 2004, 166 и даље.

⁴⁰ Сагласно новоуведеној превентивној (претходној) контроли уставности закона Уставни суд Србије је дужан да на захтев најмање једне трећине народних посланика у року од седам дана оцени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен. Уколико се догоди да се између ове две радње, једне за коју су надлежни посланици Народне скупштине и друге коју врши председник Републике и које се морају предузети на путу до ступања закона „у живог“, не очува потребни простор за предузимање радњи којима би се остварило право на превентивну контролу уставности закона који се доноси, Уставном суду ће бити прикраћена могућност да, сагласно Уставу, али и намерама најмање једне трећине народних посланика, оствари своју уставом предвиђену надлежност. Закључак би био, у светлости питања које се овде разматра, да сви органи морају вршити своје уставне надлежности на начин који не омета друге органе да то чине и у маниру да цео систем власти у који су укључени и законодавни и извршни и уставносудски органи служу првенствено интересима грађана, због чега сва своја овлашћења носиоци различитих функција власти „конзумирају“ примеривши их том обједињујућем циљу.

су у суштини директни и груби притисци на суд који представљају осмишљене покушаје да се исходује одређена одлука, било путем „најава“ у јавности очекиваног расплета пред уставним судом, било „предочавањем правог решења“ које друштво очекује као став који ће суд заузети, било упућивања уставном суду предлога којим се недозвољено, у смислу уставне мере, шири надлежност уставног суда, чиме се опет пред суд стављају очекивања других, превасходно извршне власти, као „неспорни задатак“ самог суда. Што је друштво више унапредовало на путу сопствене демократизације и снажења институција које поштују права грађана и устав и законе који су на снази, и што су грађани спремнији да препознају сврху и значај постојања и деловања уставног суда, то ће и оваква поступања, или бар покушаји таквог поступања, бити ређи. Заштити уставног суда помоћи ће и одговорна и квалитетно образована средства јавног информисања, која ће објективним извештавањем о раду суда ширити представу о значају овог органа, његовој одговорности и потреби очувања његовог самосталног положаја.

За разлику од напред изнетих елемената нужне или могуће политизације уставног суда које изазива поступање, или уздржавање од поступања, различитих чинилаца у власти или друштвеном животу уопште, политизација уставног судства могућа је и као последица понашања самог суда. Дакле, не као „трпљење“ политизације која долази споља и атакује на независност уставног суда, већ као провокација политизације од стране самог суда, као резултат начина на који сам уставни суд разуме и остварује свој уставни положај, своју уставом уређену надлежност и, генерално, своју „мисију“ у друштву.

Први такав случај јесте у суштини везан за опредељивање и прихватање једне од две добро познате доктрине у поступању уставних судова – доктрине судског самоограничења (*judicial self-restraint*, односно *judicial auto-limitation*) и доктрине или начела „судског активизма“ (*judicial activism*), односно примене *judge-made-law* система.⁴¹ Прво начело полази од својства које је иманентно једино судској власти, а то је њена пасивност, њена нужна уздржаност, што је после-

⁴¹ Рош сматра да су у теорији судије ограничене уставом и надлежношћу која им је уставом дата, али да у пракси „само неспретни судија заиста не би могао да помоћу мало веште егзегезе прилагоди устав потребном циљу“. Ову своју изјаву Рош не сматра осудом, већ напротив, он у поновним тумачењима устава види његово стално оснаживање и заслугом законодавства, извршне власти, па и судова омогућавање уставу „снаге преживљавања“. Сликовито Рош наводи да судови, примењујући устав који у кључним тачкама „звучи двосмислено“, „сипају ново вино у стару флашу“ и тако „своје погледе стављају на место оних из претходних генерација или, још контроверзније, замењују погледе савременог Конгреса и председника“, J. P. Roche, „Judicial Review and Judicial Self Restraint“, *The American Political Science Review*, 1955, нав. према <http://www.unet.brandeis.edu/~woll/p115aread.htm>.

лица основног задатка који јој је поверен, а то је да непристрасно одлучи и пресуди без призива у датој спорној уставноправној ствари. Одатле потреба да се судско делање покрене и активира импулсом који долази споља, и који изазива реакцију суда, те се од стране неких теоретичара уставни суд сматра не активним, већ „реактивним“ органом. Професор Џејмс Бредли Тејер (*James Bradley Thayer*) изрекао је још давне 1901. године свој чувени став противљења судском активизму и подршке доктрини самоограничења суда речима: „Рано прибегавање судској ревизији и њено често упражњавање доводи до умањења политичког капацитета народа и умртвљавања осећаја моралне одговорности“.⁴²

Друго начело налази своје оправдање, али не и широку подршку, у чињеници да је уставни суд најеминентнија правна институција у држави, да га, по дефиницији и очекивањима, чине угледни и независни стручњаци, коме је поверен задатак чувања устава и заштите људских права, те је оправдано очекивати да ће својом активном улогом успешније и у већој мери остварити разлог свога успостављања. Остаје као неспорно да се сопственим активним односом уставни суд у већој, и питање је колико оправданој, мери „меша“ у рад законодавне власти и тиме отвара вечно питање граница уставносудске власти. С питањем мере судског активизма најтешње је повезана и могућност поступања уставног суда по службеној дужности, *ex officio*, када се суд, вођен сопственом проценом оправданости покретања поступка у суштини унапред, макар само исказаном сумњом, одређује према датој спорној ствари, чиме се, бар у извесном степену нарушава природа уставносудске функције у мери у којој је то „судска функција“. Уколико таква могућност, као у случају Уставног суда Републике Србије, постоји, на самом уставном суду је да обазриво мери и цени прилику достојну таквог излагања и да са брижљивом уздржанашћу предузима остварење овог веома осетљивог средства. Надаље, уставни суд ће сопственим учинком довести до јачања „политичког“ везано за свој положај у систему или своје деловање и уколико јавност тешко може да сагледа систем којим се приступа раду на предметима, затим, ако се ритам поступања суда може везати за ритам политичких догађања, ако се ставови суда мењају и често и лако – што

⁴² Вид. А. М. Бикел, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill 1962, нав. према <http://www.answers.com/topic/judicial-self-restraint>. Бикел ће рећи да се најдиректнија употреба судског ограничења идентификује са приклањањем државном ауторитету. Сагласно овој доктрини, објашњава Бикел, „конгресмени и председници заветовани су на свом положају да стварају само оне законе за које верују да су у складу с уставом“. Даље, „највећи број уставних клаузула дозвољава велики број значења око којих разумни људи могу да се споре“ и, на крају, „судије треба да учине закон ништавим само када законодавство прави очигледну грешку“.

може бити последица тихе сарадње са осталим гранама власти, ако се устав тумачи уз препознатљиву тенденцију која варира сагласно догађањима која се могу довести у везу са радом суда.

Како се уставни суд може одупрети оваквим појавама? Чини се да је једини пут ка постизању тог циља успостављање односа стварне оданости суда једино према уставу као мерилу свога поступања и приврженост универзалним и надуставним вредностима које чине дух сваког савременог устава. За остварење таквог односа потребно је најпре пуно и на прави начин и у свакој прилици исказано разумевање и уважавање значаја функције која је поверена уставном суду, као и последица које пружање или изостанак заштите уставности и законитости и људских и мањинских права и слобода оставља на друштво и на вредности које су уставом ујемчене. Такво разумевање и уважавање морају исказати сви чиниоци система власти, али ништа мање и сам уставни суд. На крају, судије уставног суда, одабране с вером да су својом професионалном спремношћу достојне за обављање тако сложених и важних задатака, морају и личном, како професионалном, тако и људском храброшћу, доказати да се грађани могу поуздати у уставни суд који ће чувајући устав очувати и њихова уставом ујемчена права.

Olivera Vučić, PhD

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law
Judge of the Constitutional Court of Serbia

Dragan Stojanović, PhD

Professor
University of Niš Faculty of Law
Judge of the Constitutional Court of Serbia

CONSTITUTIONAL JUDICIARY AT THE INTERSECTION OF LAW AND POLITICS

Summary

The matter of relationship between the traditional branches of government – executive, judicial and legislative – on one side, and the constitutional court on the other, never loses its relevance. Interaction between

the legislator and the constitutional court remains the focal point of this relationship. In the vast majority of modern states, constitutional courts represent the most powerful instrument of institutionalization of the constitutional protection function.

However, the question of scope of the constitutional judiciary power is unresolved, both in theory and in practice. Namely, there is an ongoing discussion on the rapport between the constitutional court and the idea of the separation of powers, and between the constitutional court and politics. The question of the connection between constitutional courts and politics becomes more relevant as the jurisdiction of constitutional courts extends, and as the range of the acts falling under constitutional judicial review broadens.

One of the functions of constitutional judiciary is to exercise legal control over politics. Decisive factor of the activities of constitutional court is constitution, as a legal act of the highest level, with strong political attributes and undisputable political importance. Furthermore, in the hart of these activities are constitutional legal questions, which include certain political elements. By protecting the law guaranteed by the constitution, the constitutional judiciary draws material frontiers of politics, using the authority of the politically neutral judicial institution. It also guards the authority of constitution, protecting functional separation of the powers, and the political bodies as title holders of this authority.

Key words: *Notion, content and functions of the constitution. – Constitutional judiciary function. – Independence and politicization of Constitutional court.*