

Dr Violeta BEŠIREVIĆ*

Ana VLADISAVLJEVIĆ, master**

USTAVNI OTPOR EVROPSKIM INTEGRACIJAMA: UPOTREBA I ZLOUPOTREBA USTAVNOG IDENTITETA

Primena načela suprematije prava Evropske Unije odnosu na nacionalne ustave država članica oduvek je bila sporna. Stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona i normativnim osnaživanjem klauzule nacionalnog identiteta, koncept suvereniteta, korišćen kao mehanizam za ograničenje prodora prava EU u nacionalni pravni poredak, zamenjen je konceptom ustavnog identiteta. U radu pokazujemo: (1) da je upotreba ustavnog identiteta sa ciljem kontrolisanja prodora prava EU u nacionalne pravne sisteme zasnovana na potrebi da se sačuva važnost nacionalnog ustava i/ili učvrsti odnosno proširi nadležnost nacionalnog ustavnog sudstva; (2) da oslanjanje na ustavni identitet u te svrhe nije ugrozilo ustavni pluralizam na kojem počiva odnos između pravnih poredaka EU i država članica; (3) da je zloupotreba ustavnog identiteta od ustavnih sudova u Poljskoj i Mađarskoj, sa ciljem jačanja otpora populističkih režima evropskim integracijama, zasnovana na raskidanju veze između konstitucionalizma i ustavnog identiteta i da je, kao takva, ugrozila ustavni pluralizam na kojem počivaju evropske integracije.

Ključne reči: *Ustavni identitet. – Nacionalni identitet. – Populizam. – Suprematija prava EU. – Evropska Unija.*

* Redovna profesorka, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Srbija, violeta.besirevic@pravnofakultet.edu.rs, ORCID iD: 0000-0001-9452-5630.

** Asistentkinja, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Srbija, ana.vladislavljavic@pravnofakultet.edu.rs, ORCID iD: 0000-0003-1956-9355.

1. UVOD

Iako je koncept ustavnog identiteta konstrukcija savremene ustavne teorije i doktrina ustavnih tela koja vrše kontrolu ustavnosti nastala u novije vreme, koreni rasprave o ustavnom identitetu potiču iz Aristotelovog učenja o državi u kojem on insistira da identitet jedne države ne zavisi toliko od njenih faktičkih i geografskih karakteristika koliko od ustava:

[...] Jer ako je država neka zajednica, i to zajednica građana vezanih jednim ustavom, i ako državni ustav postane drukčiji i različit od prethodnog i država nužno postaje druga, [...] jasno je da se tek posmatranjem ustava jedne države može reći da li je država ista ili se promenila (Aristotel prev. 1975, 1276b, 13–14).

Uprkos tome što se pojam ustavnog identiteta relativno skoro našao u fokusu ustavne teorije, o ustavnom identitetu kao analitičkoj kategoriji, odnosno na njemu izgrađenoj pravnoj doktrini, postoji bogata naučna literatura, uključujući i istraživanja koja se tim pojmom bave u kontekstu evropskih integracija, kao i ovaj rad. Kao analitički koncept, ustavni identitet objašnjava kako jedna politička zajednica shvata svoj identitet kroz ustavni poredak i sam ustavni tekst, dok ustavi identitet, u formi pravne doktrine koju primenjuje ustavno sudstvo, govori o fundamentalnim vrednostima i načelima koja obavezuju sve ustavne aktore na način koji ih čini nepromenljivim (Maes 2024, 6). U evropskom kontekstu, ustavni identitet se posebno razmatra u funkciji bedema, odnosno štita ili mača protiv prava Evropske Unije (EU) (Faraguna 2017). Takav pristup, važan za ovaj rad, zastupljen je i u našoj pravnoj literaturi (Jovanović 2015; Đurić 2017; Stanić 2021; Novičić 2023). Naša diskusija ide korak dalje: osim što razmatramo novija shvatanja i relevantnu sudsku jurisprudenciju, diskusijom obuhvatamo i doktrinu o ustavnom identitetu EU, koju je, pod udarom populističkih režima u Mađarskoj i Poljskoj, bio primoran da razvije Sud pravde EU (Sud pravde), kao i zloupotrebu ustavnog identiteta u tim državama iz perspektive ideja konstitucionalizma.

Konkretnije rečeno, rasprava u ovom radu tiče se pravne doktrine o ustavnom identitetu koju su razvili Sud pravde i ustavno sudstvo država članica, tumačeći klauzulu o zaštiti nacionalnog identiteta iz člana 4 stav 2 Ugovora o Evropskoj Uniji (UEU) i član 2 UEU koji govori o vrednostima na kojima počiva EU. I dok je u kontekstu evropskih integracija razvoj takve doktrine logičan s obzirom na to da se u sudaru dva pravna sistema uvek postavlja pitanje njihovog odnosa, njena sadržina i efekti su, međutim, sporni, zavisno od toga da li je tumače organi država članica ili Sud pravde.

Većina nadležnih ustavnih tela država članica koja su se tim pitanjem bavila u doktrini ustavnog identiteta pronašla je mehanizam za određivanje granice do koje je pravo EU primenjivo u državama članicama. Ta granica se određuje u dijalogu između nacionalnih sudova i Suda pravde, uzimajući u obzir da pomenuta dva pravna sistema postoje paralelno i da su jednake pravne snage, odnosno imajuću u vidu, kako to teorija definiše, da EU počiva na ustavnom pluralizmu (MacCormick 1999), odnosno ustavnoj toleranciji (Weiler 2003). U kontekstu rešavanja odnosa između dva pravna sistema, ustavni identitet je tako dobio ulogu koju je pre njega imao koncept suvereniteta, s tim što, radi opstanka i napretka evropskih integracija, na njegovo tumačenje i dalje utiče ustavni pluralizam koji se temelji na negiranju hijerarhijskog odnosa između pravnih sistema koji paralelno postoje. Ravnotežu između ustavnog pluralizma i ustavnog identiteta poremetili su ustavni sudovi Mađarske i Poljske time što su svojim odlukama o ustavnom identitetu pružili podršku otporu vladajućih režima evropskim integracijama i pravu EU. Primoran da deluje, Sud pravde je razvio doktrinu o ustavnom identitetu EU, zasnivajući je na vrednostima zajedničkim ustavnim tradicijama država članica. Istovremeno, klauzulu nacionalnog identiteta taj sud restriktivno tumači, povezujući nacionalni identitet država članica prvenstveno sa njihovim kulturnim identitetom.

To je ukratko sadržina ovog rada kojom se kritički bavimo u nekoliko poglavlja. Posle uvoda, u drugom delu ukazujemo na razlike u definisanju ustavnog identiteta, kao i na razliku između pojmova ustavnog identiteta i nacionalnog identiteta, koji se u kontekstu evropskih integracija, uz dosta konfuzije, često prepliću. U trećem delu razmatramo na koje identitete eksplicitno ili implicitno upućuje UEU iz perspektive Suda pravde i nacionalnog ustavnog sudstva država članica i pre i posle konstitucionalizacije klauzule nacionalnog identiteta na nivou EU. U fokusu četvrtog dela je praksa nacionalnog ustavnog sudstva o ustavnom identitetu u tzv. postlisabonskom periodu. U petom delu naša pažnja usmerena je na zloupotrebu tog koncepta od Ustavnog suda Mađarske sa ciljem podrške antimigrantskoj politici vladajućeg režima i na stavove Ustavnog suda Poljske koji je zloupotrebio koncept ustavnog identiteta da bi legitimisao protivustavnu reformu pravosuđa koju je sproveo režim smenjen na izborima iz 2023. godine. U zaključnim razmatranjima se osvrćemo na uočene tendencije u tumačenju ustavnog identiteta u prethodnim delovima ovog rada.

2. USTAVNI IDENTITET: SHVATANJA I RAZLIKOVANJA

Definisanju ustavnog identiteta prethodi logičko pitanje – šta je identitet? Odgovor je teži nego što izgleda ne samo zato što postoje mnogobrojne definicije i objašnjenja već i zbog toga što one zavise od toga o čijem identitetu govorimo – pojedinca, društva, naroda, nacije, države ili druge političke zajednice. Imajući u vidu težinu zadatka, Čarls Tejlor (*Charles Taylor*) istakao je da je koncept identiteta dublji i složeniji od bilo koje njegove artikulacije koja se nudi (Taylor 1989, 29). Njegovo zapažanje pokazalo se tačnim. U svojoj studiji *Šta je identitet (kako sada koristimo tu reč)?* Džejms Firon (*James D. Fearon*) citirao je četrnaest različitih pojmova identiteta (Fearon 1999, 4), od onog shodno kojem je identitet shvatanje „ljudi o tome ko su, kakvi su ljudi i kako se odnose prema drugima“ (Hogg, Abrams 1988, 2) do onog da se identitet „odnosi na načine na koje se pojedinci i kolektiviteti razlikuju u društvenim odnosima od drugih pojedinaca i kolektiviteta“ (Jenkins 1996, 4). Zajednički imenitelj svih definicija, ipak, postoji: to je ideja „sopstva“, bilo pojedinca, grupe ili zajednice, s tim što se to sopstvo proteže kroz vreme i zavisi od promena (Booth 1999, 249).

Konsenzus ne postoji ni u odnosu na pitanja svrhe i pojma ustavnog identiteta kojim se bavimo u ovom radu. Neslaganja u pogledu svrhe u načelu se tiču njegovog opstanka: da li je reč samo o trenutno aktuelnom konceptu koji je zamenio koncept suvereniteta u kontekstu rešavanja sukoba između prava EU i pravnog sistema država članica, koji već sutra može biti zamenjen nekom novom teorijskom konstrukcijom u rešavanju istog sukoba? Ili je, ipak, reč o analitičkom i/ili normativnom konceptu čija je upotreba znatno šira? S jedne strane, Federiko Fabbrini (*Federico Fabbrini*) i Andraš Šajo (*András Sajó*) smatraju da je reč o „pomodarskom“ konceptu koji su razvili, pre svega, ustavni i vrhovni sudovi država članica EU sa ciljem sprečavanja uticaja prava EU na nacionalne pravne sistem (Fabbrini, Sajó 2019). S druge strane, u najnovijoj i do sada najsveobuhvatnijoj komparativnoj studiji o ustavnom identitetu, Ren Hiršl (*Ran Hirschl*) i Janiv Roznai (*Yaniv Roznai*) ukazuju ne samo na trend u pravu EU već i na globalni trend upotrebe ustavnog identiteta, bilo u formi analitičkog koncepta ili pravne doktrine u debatama o ustavnim amandmanima (Brazil, Turska, Češka, Tajvan), mestu religije u ustavnim porecima (Indija, Indonezija, Izrael), nametnutom ustavu (Japan), kao i u teorijskim studijama o ustavnim revolucijama, populizmu i nazadovanju demokratije (Hirschl, Roznai 2024, 3–11).

Neslaganja u pogledu pojma ustavnog identiteta su složenija. U teorijskom smislu, ustavni identitet nije koncept rešenja već koncept dostignuća (Waldron 2021, 121–136). Naime, koncepti rešenja nude odgovor na neki problem, na primer koncept vladavine prava teži da odgovori na pitanje kako

sprečiti samovolju vlasti. Koncepti dostignuća ne nude rešenje problema već ukazuju na vrednosti i ciljeve koji su podložni promenama i koji se ne mogu unapred predvideti. U tom smislu, ustavni identitet jeste koncept dostignuća zato što identifikuje i reafirmiše određene vrednosti i principe na način koji omogućava jedinstvo u okviru određenog ustavnog poretka (Beširević 2025). Međutim, definisanje ustavnog identiteta, kao i definisanje mnogih drugih ustavnih pojmova (npr. suvereniteta, demokratije, slobode i dostojanstva), nije dovelo do jedinstvenog shvatanja. Za potrebe ovog rada navešćemo nekoliko najuticajnijih definicija.

Prva je definicija Gerija Džekobsona (*Gary Jacobsohn*), u kojoj se navodi da „ustav stiče identitet kroz iskustvo. [...] Identitet nastaje dijaloški i predstavlja mešavinu političkih težnji i opredeljenja koje izražavaju prošlost jedne nacije, kao i odlučnost onih unutar društva koji traže da na određene načine nadiđu tu prošlost“ (Jacobsohn 2010, 7). Ustavni identitet, prema tome, nastaje u dijalogu ustava i društvene zajednice u kojoj deluje. Drugu nudi Mišel Rozenfeld (*Michel Rosenfeld*) navodeći da je ustavni identitet „pojmovna konstrukcija koja ima cilj da ujedini sve one koji su obuhvaćeni jednim ustavnim poretkom“ (Rosenfeld 2024, 287). Rozenfeld ističe da je ustavni identitet inherentan postojanju samog ustava (zajednice koje imaju ustav razlikuju se od onih koje ih nemaju), a nastaje u odnosu između sadržaja ustava (npr. federalna država se razlikuje od unitarne države) i konteksta u kojem taj ustav deluje (Rosenfeld 2012, 757).

Za razliku od Džekobsonove i Rozenfeldove definicije ustavnog identiteta koje su analitičkog karaktera zato što odgovaraju na pitanje šta čini jedan ustav *ustavom* i shodno kojima je ustav ne samo pravni dokument nego i dokument koji nam daje uvid u kulturu jedne političke zajednice, svedočeci o tome kako ta zajednica razume sebe i svoj odnos prema prošlosti (Scholtes 2023, 2), u nekoliko narednih definicija konstruiše se ustavni identitet kao pravna doktrina.

Mišel Troper (*Michel Troper*), tako, smatra da koncept ustavnog identiteta ima ograničenu ulogu koja se svodi na proces tumačenja ustava, s obzirom na to da ustavni identitet govori o ustavnim normama bez kojih bi ustav izgubio svoj karakter i prestao da predstavlja zajednicu kojoj je namenjen (Troper 2010, 202). Drugim rečima, Troper taj koncept shvata kao pravnu doktrinu koja pomaže sudovima u procesu tumačenja ustava. Konceptualizacija koju nudi Vojček Sadurski (*Wojciech Sadurski*) najbliža je ideji sopstva o kojoj smo prethodno govorile, imajući u vidu da taj autor ustavni identitet definiše kao „skup vrednosti, principa i smernica koji definišu [...] efektivno prihvaćena i primenjivana ograničenja unutar kojih mora da se odvija svakodnevna politika“ (Sadurski 2006, 1). Boško Tripković ukazuje na to da je ustavni identitet osnovni motiv sudijama u tumačenju ustava i naglašava

njegovu dvostruku dimenziju: prva je opšta i obuhvata ustavne garancije koje vremenom evoluiraju i koje su karakteristične za ustavne demokratije, dok je druga partikularne prirode i oslanja se na specifične vrednosti „koje se mogu uočiti iz različitih slojeva moralnih sudova koji su doneti u nacionalnoj ustavnoj praksi“ (Tripković 2017, 14). Drugim rečima, specifičnosti nekog ustavnog identiteta nastaju iz konkretne ustavne tradicije i odnose se na specifična ustavna iskustva političke zajednice u pitanju (Tripković 2017, 31). Dodaćemo još i slično mišljenje Džordža Flečera (*George Fletcher*) koji smatra da ustavni identitet potiče iz procesa tumačenja ustava u kojem sudije rešavaju spor tako što se „zagledaju u pravnu tradiciju“ iz koje taj spor potiče (Fletcher 1992, 737).

U osnovi ustavnog identiteta artikulisanog u smislu pravne doktrine nalazi se njegov odnos prema promeni ustava, to jest prema doktrini o neustavnoj promeni ustava, koja nas vodi do Karla Šmita (*Carl Schmitt*) i njegove pretpostavke da je promena ustava moguća samo ukoliko se njome očuvaju identitet i kontinuitet ustava u celini (Schmitt prev. 2008, 150). Prema Šmitovom shvatanju, ustavotvorac ne sme da uzurpira ulogu koju ima da bi promenio fundamentalne ustavne postavke. Ustavni identitet tako shvaćen predstavlja sredstvo kojim se ne samo ograničava promena ustava već i ocenjuje njegovo kršenje (Scholtes 2023, 4).

Iako polaze sa različitih pozicija, svi pomenuti autori, osim Šmita, sugerišu, međutim, da doktrina o neustavnoj promeni ustava ne znači da je ustavni identitet statičan zato što proizilazi iz permanentne reinterpretacije ustavnih dokumenata od strane sudova tokom vremena. Uprkos tome što je u neprekidnoj interakciji između univerzalnih vrednosti i partikularističke istorije, vrednosti i običaja, ustavni identitet je promenljiv. Oni se takođe slažu da ustavni identitet nikada nije isključujući: ustavni identitet ujedinjuje: kada se elaborira u kontekstu liberalnog konstitucionalizma, pojavljuje se kao koncept koji integriše celu zajednicu (Rosenfeld 2024, 287). Na tome se zasniva čak i model etnocentričnog ustavnog identiteta u čijem je središtu nacija, a koji ne mora da bude hermetičan, monolitan i zatvoren za druge, kako je to tumačio Šmit (Schmitt, prev. Schwab, 2007), nego komplementaran sa unutrašnjim pluralizmom, odnosno konstitucionalizmom i demokratijom, kako je to na nemačkom modelu pokazao Rozenfeld (Rosenfeld 2010, 154).

Zašto je baš bitno spomenuti vezu između ustavnog identiteta i konstitucionalizma? Iako je konstitucionalizam apstraktan pojam, reč je o konceptu koji obuhvata mehanizme ograničavanja vršenja političke vlasti u političkoj zajednici. Zato konstitucionalizam, koji zahteva da oni koji vrše vlast budu vezani ograničenjima koja podrazumevaju, između ostalog, podelu vlasti, vladavinu prava, nezavisno sudstvo, zaštitu ljudskih prava i slobodu medija,

u najboljem slučaju opstaje ne zato što su data ograničenja racionalnog karaktera nego zato što njihovo poštovanje dobija smisao povezivanjem sa specifičnostima bilo koje političke zajednice (Scholtes 2023, 12).

Za potrebe ove diskusije posebno je važno istaći jedno razlikovanje. Ustavni identitet nije isto što i nacionalni identitet, iako oba koncepta vuku korene iz XVIII veka i doba prosvetiteljstva (Rosenfeld 2012, 758). Rozenfeld tu razliku plastično objašnjava tako što ističe da francuska i nemačka nacija postoje i bez ustava (Rosenfeld 2012, 758). Vraćajući se na definicije, nacionalni identitet govori o opštim društvenim dostignućima kojima inklinira jedna zajednica ljudi (Hirschl, Roznai 2024, 5) ili, kako to navodi Vilijem Blum (*William Bloom*), nacionalni identitet je „stanje u koje je grupa ljudi došla poistovećivajući se sa nacionalnim simbolima“ (Bloom 1990, 52). Za razliku od toga, ustavni identitet govori o pravnim dostignućima jedne političke zajednice, najčešće države. Uzimajući u obzir kulturološke razlike između političkih zajednica, ustavni identitet svake od njih će se razlikovati zavisno od toga kako ta zajednica shvata sebe u odnosu na druge (Rosenfeld 2010, 149–150). Specifičnost klauzule nacionalnog identiteta u pravu EU, međutim, ogleda se u tome što neki sudovi država članica shvataju tu klauzulu kao klauzulu ustavnog identiteta, koja, u normativnom smislu, predstavlja mehanizam za ograničenje prodora prava EU u nacionalne pravne poretke država članica, o čemu će docnije biti više reči.

3. IDENTITET IDENTITETA U UGOVORU IZ LISABONA

Ugovor iz Lisabona, tačnije UEU koji je njegov sastavni deo, eksplicitno se osvrće na nacionalne identitete država članica, a implicitno pruža uporište ustavnom identitetu EU. Iako je ustavni identitet, kao što smo pokazale, globalno prihvaćen teorijski koncept, u kontekstu evropskih integracija stekao je neke posebne karakteristike s obzirom na to da se, s jedne strane, pripisuje Uniji koja, podsetićemo, nije država, a s druge strane, koristi kao oružje za suprotstavljanje suprematiji prava EU i ograničavanju njenih nadležnosti. S obzirom na to da je u odnosima između EU i država članica oslonac obeju strana, prvo ćemo razmotriti ustavni identitet EU, a potom značenje koje mu pridaju države članice u primeni prava EU.

3.1. Od Ustavne povelje do ustavnog identiteta EU

Ustavni identitet EU je sudska konstrukcija novijeg datuma, čije je uvođenje u pravo EU praktično iznuđeno otporom populističkih režima evropskim integracijama i rastom ideologije identitetske politike u nekoliko država članica.

Da ponovimo, kao analitički koncept ustavni identitet se koristi da se njime objasni kako jedna politička zajednica razume sebe, dok se kao normativni koncept ustavni identitet svodi na osnovne norme i načela ustavnog sistema koji obavezuju sve ustavne aktore, čineći ta pravila i vrednosti nepromenljivim (Maes 2024, 6). Dugo oklevanje Suda pravde da u postupak tumačenja i primene prava EU uvede normativni koncept ustavnog identiteta može se pripisati poznatoj skepsi prema ustavnoj prirodi EU s obzirom na to da ona nema *demos* (Beširević 2013). Kako je Sud pravde skoro od početka evropskih integracija bio glavni zagovornik konstitucionalizacije pravnog poretka bivših zajednica a potom i EU (Beširević 2023, 23–25) i kako još od 1986. godine insistira da su ugovori na osnovu kojih funkcioniše EU, odnosno prethodne Zajednice, ustavna povelja Zajednica/Unije¹, bilo je samo pitanje vremena kad će taj sud razviti normativni koncept ustavnog identiteta EU, zato što se ustavni identitet vezuje za postojanje ustava, a ne samo *demos-a*. Uzdržanost Suda pravde poklopila se i sa teorijskim lutanjima i različitim shvatanjima pojma ustavnog identiteta. Danas je, međutim, među teoretičarima nesporno da vrednosti i načela na kojima počiva EU, a koji su zajednički i ustavnim porecima država članica, predstavljaju njen ustavni identitet (Besselink 2017; Kadelbach 2020; Drinóczi, Faraguna 2023).

Prihvatanje ovakvog stava u praksi Suda pravde nagovešteno je 2008. godine u predmetu *Kadi I*, u kojem je Sud našao da ustavna ograničenja sadržana u pravu EU, koja štite individualna prava, predstavljaju deo njenog ustavnog identiteta, zbog čega pravo EU ne može biti podređeno obavezama koje nameće međunarodno pravo.² U nedavno donetim presudama identičnog sadržaja protiv Mađarske i Poljske (tzv. *Conditionality Judgements*) Sud pravde je izričito naglasio postojanje ustavnog identiteta EU. Presude su reakcije na nazadovanje režima vladavine prava u Mađarskoj i Poljskoj.

¹ CJEU, Case 294/83, *Partiécologiste „Les Verts“ v. European Parliament*, ECLI:EU:C:1986:166 [1986] ECR 1339.

² CJEU, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:2008:461 [2008] ECR I-6351, para. 282, 285.

Naime, 16. decembra 2020. zakonodavni organi EU usvojili su uredbu kojom se uspostavlja režim uslovljavanja u sprovođenju budžeta EU ukoliko se u državi članici dogodi sistematsko kršenje vladavine prava.³ Uredba dozvoljava Savetu EU da, na predlog Evropske komisije, usvoji mere kao što su obustava plaćanja iz budžeta EU ili suspenzija odobravanja jednog ili više programa koji se plaćaju iz budžeta EU. Mađarska i Poljska su tražile poništaj te uredbe tvrdeći, između ostalog, da u postojećim Ugovorima ne postoji pravni osnov za njeno donošenje, da je EU njenim usvajanjem povredila načelo pravne sigurnosti i da se njome zaobilazi procedura utvrđenja u članu 7 UEU koja se primenjuje kada postoji jasan rizik da će država članica ozbiljno narušiti vrednosti navedene u članu 2 UEU, uključujući i vladavinu prava.⁴

Odbijajući tužbe u celini, Sud pravde posebno je naglasio da su

Države članice prepoznale [...] i dele vrednosti koje član 2 UEU sadrži. One određuju sam identitet Unije kao zajedničkog pravnog poretka. Zbog toga Unija mora biti u mogućnosti da u granicama svojih ovlašćenja predviđenih Ugovorima, brani navedene vrednosti.⁵

Drugim rečima, vrednosti zajedničke ustavnim porecima država članica predstavljaju ustavni identitet EU. Podsetimo, reč je o univerzalnim vrednostima, uključujući ljudsko dostojanstvo, slobodu, demokratiju, vladavinu prava, osnovna prava i jednakost. Sud pravde je posebno istakao normativni karakter člana 2:

[...] mora se imati na umu da član 2. UEU nije samo puko navođenje političkih smernica ili namera, već sadrži vrednosti koje su sastavni deo samog identiteta Evropske Unije kao zajedničkog pravnog poretka, vrednosti koje su konkretno izražene u načelima koja sadrže pravno obavezujuće obaveze za države članice.⁶

³ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, OJ L 433I of 22/12/2020, p. 1–10.

⁴ Vid. CJEU, C-156/21, *Hungary v. Parliament and Council*, EU:C:2022:97; CJEU, Case C-157/21, *Poland v. Parliament and Council*, EU:C:2022:98.

⁵ *Hungary v. Parliament and Council*, para. 127.

⁶ *Hungary v. Parliament and Council*, para. 232.

Prema tome, postojanje ustavnog identiteta EU, koji čine vrednosti i načela sadržana u članu 2 UEU, trebalo bi da spreči države članice da manipulišu svojim nacionalnim (ustavnim) identitetom sa ciljem narušavanja ustavnog identiteta EU.

3.2. Rešavanje rebusa: nacionalni i/ili ustavni identitet država članica?

Za razliku od ustavnog identiteta EU, klauzula nacionalnog identiteta država članica u pravu EU nije sudska konstrukcija niti je novina koju je ustanovio trenutno važeći reformski ugovor. Insistiranje na nacionalnom identitetu država članica u vaganju odnosa između dva pravna sistema, nacionalnog i supranacionalnog, počelo je znatno ranije i bilo je prouzrokovano uvođenjem načela suprematije u komunitarno pravo i izostankom zaštite ljudskih prava u osnivačkom Ugovoru iz Rima, kojim je bila osnovana najvažnija od tri ranije postojeće evropske zajednice, Evropska ekonomska zajednica. Da bi razumeli značaj koji klauzula nacionalnog identiteta danas ima u pravu EU, treba se osvrnuti na period u kojem nije imala normativnu snagu već je u kontekstu evropskih integracija figurirala kao politička deklaracija.

3.2.1. Put do „lisabonske“ klauzule nacionalnog identiteta

Primena načela suprematije u pravu EU započela je 1964. godine i od tada ne prestaju otpori njegoj apsolutnoj primeni u državama članicama. Usledio je pokušaj kodifikacije u tekstu Ustava za Evropu, čije je usvajanje propalo, da bi potom to načelo bilo uključeno u Izjavu br. 17 uz Ugovora iz Lisabona, ali ne i u sam njegov tekst.⁷

Šta je sporno u primeni načela suprematije prava EU? Podsećamo, još od odluke Suda pravde u predmetu *Costa*, donetoj 1964. godine, celokupno pravo EU apsolutno je i bezuslovno nadređeno nacionalnom pravu u

⁷ U toj izjavi se ističe da u skladu sa „ustaljenom sudsom praksom Suda pravde, Ugovori i pravo koje je Unija usvojila na osnovu Ugovora imaju suprematiju nad pravom država članica, pod uslovima utvrđenim u pomenutoj sudskoj praksi“. Uvodnu izjavu prati i Mišljenje Pravne službe Saveta od 22. juna 2007. godine, br. 11197–07 (JUR 260), u kojem se ističe da je sudska praksa Suda pravde potvrdila da je suprematija prava Evropske zajednice osnovno načelo, svojstveno posebnoj prirodi (sada) EU, a činjenica da načelo nije uneto u Ugovor iz Lisabona ni na koji način ne menja postojanje načela i postojeću sudsku praksu Suda pravde.

svim slučajevima i svakoj situaciji.⁸ Takav stav je opravdavan potrebom ostvarivanja koherentnosti i jedinstvenosti u primeni komunitarnog, a potom i prava EU (Beširević 2023, 107–109). Stav Suda pravde da je pravo EU nadređeno svim pravnim aktima država članica, uključujući i njihove ustave, izazvalo je veliki otpor ustavnih, odnosno vrhovnih sudova država članica. Nacionalni sudovi su koristili različite načine da očuvaju ne samo neprikosnovenost najvišeg akta svojih država već i da u ustavu postave granice za prenošenje nadležnosti sa država članica na EU. Takva praksa je znatno starija od popularizacije koncepta ustavnog identiteta koja je u toku. Istorijske korene vuče još od napora država članica da pruže zaštitu ustavnim pravima njihovih građana u vreme kad zaštita ljudskih prava nije postajala na nivou bivših zajednica. U tom smislu, čuveni su navodi nemačkog Saveznog ustavnog suda u predmetu poznatom pod nazivom *Solange I* iz 1974. godine da prihvatanje evropskih integracija Osnovnim zakonom „ne otvara put promeni osnovne strukture ustava, na kojoj počiva njegov identitet“.⁹ Sličnim obrazloženjem koristio se i italijanski Ustavni sud u predmetu *Frontini*, rešavanim 1973. godine, navodeći da delimičan prenos suvereniteta na Evropsku ekonomsku zajednicu njenim institucijama ne daje „neprihvatljivu moć da krše osnovne principe našeg ustavnog poretka ili neotuđiva ljudska prava“.¹⁰

Klauzula identiteta, koja govori o potrebi zaštite pravnog poretka država članica u kontekstu evropskih integracija, prvi put se eksplicitno pojavila u Ugovoru iz Mاستrihta. Njeno uvođenje je bilo rezultat potrebe da se uravnoteže različite težnje: želje određenih političkih snaga za jačanjem i produbljivanjem političkih integracija, s jedne strane, i oklevanje država članica da, u tom procesu, prenesu na EU veći broj nadležnosti nego što je to do tada bio slučaj, s druge starane (Faraguna 2024, 301; Maes 2024, 22). Zbog toga ne čudi široka i neprecizna formulacija tadašnje klauzule nacionalnog identiteta: „Unija će poštovati nacionalne identitete svojih država članica, čiji je sistem vlasti zasnovan na načelima demokratije.“¹¹

⁸ ECJ, Case 6–64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66.

⁹ Savezni ustavni sud, 2 BvL 52/71 (*Solange I*), 29. maj 1974, BVerfGE 37, 271 ff.

¹⁰ Ustavni sud, n. 183, *Frontini v. Ministero delle Finanze*, 18. decembar 1973, [1974] 2 CMLR 372, para. 9.

¹¹ Ugovor iz Mاستrihta, član F UEU.

Ta klauzula je promjenjena u Ugovoru iz Amsterdama svodeći obavezu EU na poštovanje nacionalnih identiteta država članica, dok upućivanje na demokratski sistem prebacuje u posebnu odredbu u kojoj se govori o osnovnim vrednostima na kojima počiva EU, a koje su zajedničke državama članicama.¹²

Bilo u prvoj, bilo u drugoj verziji, očigledno je da je klauzula identiteta bila svedena na političku izjavu a ne utuživu pravnu normu, a glavni cilj njenog uvođenja bio je da, uz načelo supsidijarnosti, ograniči nadležnosti EU i onemogući prenos najvitalnijih državnih funkcija na EU. O političkoj prirodi tadašnje klauzule identiteta svedoči izostanak nadležnosti Suda pravde da po njoj postupa i samo povremeno implicitno upućivanje na tu klauzulu u njegovoj praksi (Faraguna 2024, 302). Štaviše, klauzulu nacionalnog identiteta u to vreme nije koristilo ni nacionalno ustavno sudstvo. Na primer, Savezni ustavni sud Nemačke je 1993. godine u tzv. *Mastriht* odluci, istakao da država, na osnovu svog suvereniteta, ima pravo da odluči o tome koje će nadležnosti preneti na EU i u tu svrhu je uveo kontrolu zasnovanu na doktrini *ultra vires* u odnosu na primenu prava EU u Nemačkoj.¹³

Pozivanje na ustavni identitet u kontekstu odnosa pravnog sistema država članica i pravnog sistema EU ušlo je u modu tek znatno kasnije, faktički sa pokušajem usvajanja Ustava za Evropu, u kojem se prvi put pojavila klauzula nacionalnog identiteta država članica i nametnula obavezu EU da poštuje „nacionalne identitete, neodvojive od njihovih temeljnih političkih i ustavnih sistema“ (član I-5). Francuski i španski ustavni sudovi su smatrali da ta klauzula nedvosmisleno ukazuje na primat nacionalnih ustava nad pravom EU kad god to pravo utiče na nacionalne ustave (Scholtes 2023, 28). Prema stavu francuskog Ustavnog saveta, član I-5 Ustava za Evropu jasno pokazuje da Ustav za Evropu ne utiče na najviše mesto francuskog ustava u domaćem

¹² Član 8 Ugovora iz Amsterdama kojim se menja Ugovor iz Mastrihta, član F UEU glasi:

„Član F menja se i glasi: (a) stav 1. zamenjuje se sledećim: 1. Unija je zasnovana na načelima slobode, demokratije, poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda i vladavine prava, načelima koja su zajednička za države članice; (b) postojeći stav 3. postaje stav 4. i dodaje se novi stav 3. koji glasi: 3. Unija će poštovati nacionalne identitete svojih država članica.“

¹³ Savezni ustavni sud, 2 BvR 2134/92, 2159/92 (*Mastriht* odluka), 12. oktobar 1993, BVerfGE 89, 155, dostupno na engleskom jeziku na <https://iow.eui.eu/wp-content/uploads/sites/18/2013/04/06-Von-Bogdandy-German-Federal-Constitutional-Court.pdf>, poslednji pristup 4. januara 2025.

pravnom sistemu.¹⁴ Razvijajući prvi put doktrinu ustavnog identiteta, Ustavni savet je u to vreme zaključio da „unošenje direktive [u francuski pravni sistem, *prim. naša*], ne može biti protivno pravilu ili principu neodvojivom od ustavnog identiteta Francuske, osim kad se ustavotvorac sa time složi“.¹⁵

3.2.2. Domet i sadržaj „lisabonske“ klauzule nacionalnog identiteta

Ugovor iz Lisabona, tačnije član 4 stav 2 UEU, razrađuje Ustavom za Evropu definisanu klauzulu nacionalnog identiteta i daje joj normativnu snagu predviđajući obavezu EU da „poštuje jednakost država članica pred Ugovorima, kao i njihov nacionalni identitet, neodvojiv od njihovih temeljnih političkih i ustavnih sistema, uključujući i regionalnu i lokalnu samoupravu“. Osim toga, Poveljom EU o osnovnim pravima, koja je postala pravno obavezujuća stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona, predviđena je obaveza poštovanja „nacionalnih identiteta država članica i organizacije njihovih javnih ovlašćenja na nacionalnom, regionalnom i lokalnom nivou“.¹⁶

U primeni te klauzule problem stvara konfuzija u njenoj interpretaciji: problem se svodi na pitanje da li se tom klauzulom štiti nacionalni ili ustavni identitet države članice ili i jedan i drugi? Konfuziju dodatno stvara činjenica da tu klauzulu različito shvataju i interpretiraju Sud pravde i određeni ustavni sudovi država članica koji nisu bez uticaja u EU, pre svih nemački Savezni ustavni sud. Mišljenje Saveznog ustavnog suda Nemačke o dometu i suštini klauzule nacionalnog identiteta sadržano u njegovoj „lisabonskoj“ odluci, inspirisalo je, na primer, neke ustavne sudove država članica da pruže otpor evropskim integracijama po osnovu ustavnog identiteta, o čemu će docnije biti više reči.

S tim u vezi, uočljiv je uzdržan pristup Suda pravde: dosadašnja praksa pokazuje da je taj sud sklon da restriktivno tumači klauzulu nacionalnog identiteta primenjujući je u predmetima koji su se ticali, na primer, zaštite

¹⁴ Ustavni savet, 2004–505 DC, 19. novembar 2004, para. 10, dostupno na engleskom jeziku na <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2004/2004505DC.htm>, poslednji pristup 8. januara 2025.

¹⁵ Ustavni savet, 2006–540 DC, 27. jul 2006, para. 19, dostupno na engleskom jeziku na <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2006/2006540DC.htm>, poslednji pristup 8. januara 2025.

¹⁶ Preambula Povelje o osnovnim pravima Evropske unije (Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2012/C 326/02).

nacionalnog jezika¹⁷, statusa države kao Republike¹⁸ i institucije braka¹⁹ (Beširević 2023, 131). Očigledno je da Sud pravde nacionalni identitet država članica pre svega povezuje sa njihovim kulturnim identitetom (Albanesi 2021, 119). Interesantno je da se Sud pravde, iako je bio u poziciji, nije izjasnio o tome da li se zaštita suvereniteta država članica može smatrati delom nacionalnog identiteta.²⁰

Nasuprot tome, Savezni ustavni sud Nemačke iskoristio je klauzulu nacionalnog identiteta da razvije doktrinu o ustavnom identitetu kao mehanizmu za ograničavanje načela suprematije prava EU, ističući da to načelo nema efekta na nacionalne ustave uvek kada dođe u sukob sa ustavnim identitetom države članice. To se najbolje vidi u već pominjanoj „lisabonskoj“ odluci u kojoj je taj sud tzv. klauzulu večnosti, sadržanoj u nemačkom Osnovnom zakonu, povezoao sa ustavnim identitetom Nemačke, pretvorivši je tako u apsolutnu prepreku evropskim integracijama (Scholtes 2023, 31). „Klauzulom večnosti“ iz člana 79 stav 3 Osnovnog zakona predviđeno je da je „nedopustiva [...] promena Ustava kojom bi se diralo u podelu države na savezne pokrajine, načelno učešća pokrajina u zakonodavstvu ili u načela koja su regulisana u članovima 1 do 20“ (garancije zaštite osnovnih prava, *prim naša*). Prema mišljenju Suda, to praktično znači:

Ustavotvorac nije dao predstavnicima i organima naroda mandat koji bi im omogućio da menjaju ustavni identitet Nemačke kako im odgovara. Nijedan ustavni organ nema ovlašćenje da menja osnovna ustavna načela sadržana u članu 79. stav 3. Osnovnog zakona. Poštovanje ovih načela obezbeđuje Savezni ustavni sud. Putem takozvane klauzule večnosti, Osnovni zakon reaguje na istorijska iskustva puzeće erozije ili iznenadnog sloma liberalne supstance demokratskog poretka.

¹⁷ Vid. CJEU, C-391/09, *Malgožata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miesto savivaldybės administracija and Others*, ECLI:EU:C:2011:291.

¹⁸ Vid. CJEU, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806.

¹⁹ Vid. CJEU, C-673/16, *Relu Adrian Coman and Others v. Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:385.

²⁰ Vid. CJEU, Case C-364/10, *Hungary v. Slovak Republic*, ECLI:EU:C:2012:630; *Czech Republic v. European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:EU:C:2019:1035.

Istovremeno, takođe jasno ističe da nemački ustav, [...]ima univerzalno jezgro koje ne podleže izmenama pozitivnim zakonom.²¹

U istoj odluci, u odnosu na nadležnosti koje vrši EU, Sud je uveo i mogućnost njihovog preispitivanja putem tzv. kontrole (ustavnog) identiteta (*Identitätskontrolle*), uz već postojeću kontrolu po osnovu doktrine *ultra vires* koju je ustanovio u tzv. *Mastriht* odluci:

Ustavni identitet Osnovnog zakona (član 79 st. 3.) u vezi sa kojim se ovlašćenja ne mogu prenositi i koji je samim tim van domašaja evropskih integracija, odgovara obavezi EU da poštuje ustavotvorca država članica kao gospodara Ugovora. U okviru svoje nadležnosti, Savezni ustavni sud može biti pozvan da ispita, ako je potrebno, da li se ovi principi poštuju [...] i da obezbedi da se nepovrediva srž ustavnog identiteta Osnovnog zakona održava putem kontrole po osnovu kontrole identiteta (*Identitätskontrolle*), u slučaju da vršenje nadležnosti Evropske unije rezultira očiglednim prekoračenjem granica [...]. I *ultra vires* kontrola i kontrola po osnovu identiteta mogu dovesti do toga da akt Zajednice – ili, u budućnosti, akt EU – bude proglašen neprimenjivim u Nemačkoj [...].²²

Nameće se pitanje da li se i u čemu se pomenute kontrole kojima se ispituju dometi nadležnosti EU razlikuju. Kao što to ističe Matijas Vendel (*Mattias Wendel*), obe kontrole proizlaze iz nemačkog ustava, prepliću se ali i razlikuju po osnovu prava koje primenjuju. Kontrola po osnovu (ustavnog) identiteta zasniva se na „klauzuli večnosti“ iz člana 79 stav 3 Osnovnog zakona. Reč je o nacionalnom pravnom osnovu čije tumačenje zavisi samo od nemačkog Saveznog ustavnog suda. Cilj te kontrole je da utvrdi kompatibilnost prava EU sa osnovnim ustavnim načelima, nezavisno od toga da li je EU prekoračila svoje nadležnosti ili nije (Maes 2024, 61). Kontrola po osnovu doktrine *ultra vires* zasniva se na hibridnom pravnom osnovu jer se odnosi na pitanje da li je EU očigledno i značajno prekoračila svoje nadležnosti, što nužno podrazumeva ne samo tumačenje nacionalnog ustava nego i tumačenje prava EU. Naime, ukoliko Savezni

²¹ Savezni ustavni sud, 2 BvE 2/08 (*Lisabonska odluka*), 30. jun 2009, BVerfGE 123, 267–437, para. 218, dostupno na engleskom jeziku na https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html, poslednji pristup 8. januara 2025.

²² *Lisabonska odluka*, para. 235–241.

ustavni sud utvrdi da je EU postupila *ultra vires*, neće samo ustanoviti da postoji kršenje nemačkog ustava već i kršenje prava EU. Navedene kontrole se mogu i preklopiti, što ćemo videti u tzv. *PSPP* odluci, u kojoj su podnosioci zahteva za kontrolu ustavnosti tvrdili da je njihovo pravo glasa ugrozila nadležna evropska institucija koja, navodno delujući *ultra vires*, nije bila legitimisana na demokratski način potvrđenim pristankom Nemačke da prenese nadležnosti na EU (Wendel 2021, 482–483).

Nasuprot pristupu Suda pravde, čije tumačenje klauzule nacionalnog identiteta nije relativiziralo načelo suprematije prava EU, sve više je odluka nacionalnih sudova, naročito u poslednjih desetak godina, u kojima oni tumače pravo EU i načelo suprematije prava EU iz perspektive nacionalnog identiteta, često ga poistovećujući sa ustavnim identitetom. Naime, iako je Sud pravde nadležan da odluči o tome da li nacionalni identitet država članica, zaštićen članom 4 stav 2 UEU, može biti od značaja u primeni prava EU, taj sud ne može da tumači šta čini ustavni identitet država članica. To je zadatak nacionalnih sudova. I tu igra počinje.

4. DOKTRINA USTAVNOG IDENTITETA U FUNKCIJI OSPORA VANJA „SVE TEŠNJE UNIJE MEĐU NARODIMA EVROPE“

Da ponovimo, ustavno sudstvo država članica koristi koncept ustavnog identiteta u kontekstu evropskih integracija kao branu pravu EU zbog toga što se tvrdi da fundamentalne vrednosti koje čine srž nacionalnih ustava imaju prednost u odnosu na ustavom država članica prihvaćene evropske integracije, uključujući i pravo EU (Scholtes 2023, 21–22). Prema našem mišljenju, postoje dva razloga zbog kojih je ustavno sudstvo u državama članicama iskoristilo „lisabonsku“ klauzulu zaštite nacionalnog identiteta da ustavnom identitetu podari ulogu kočnica evropskih integracija u postlisabonskoj eri. Prvi se odnosi na još uvek relevantnu ulogu ustavnog dokumenta u državama članicama, pod uslovom, kako je to primetio Jirgen Habermas (*Jürgen Habermas*), da njegov sadržaj i efekti potiču iz demokratskog procesa koji ga legitimizuje (Habermas 2002, 59). Drugi je, značajna proliferacija odluka Suda pravde koje obavezuju ustavne aktore u državama članicama, a čija je primena izvan kontrole nacionalnih ustavnih tela kojima je poverena kontrola ustavnosti.

Međutim, retorika nacionalnog ustavnog sudstva o ustavnom identitetu različitog je intenziteta: u nekim odlukama je ofanzivna, a u drugim apstraktna ili čak samo implicitna. U određenom broju država članica, kao što su Italija, Francuska i Irska, igra na kartu ustavnog identiteta ostala je

na simboličnom nivou, koju je ustavno sudstvo koristilo više radi potvrde, pa i proširivanja sopstvene nadležnosti u dijalogu sa Sudom pravde ili sa nacionalnim sudovima nego radi značajnijeg uticaja na primenu prava EU. Za razliku od toga, ta retorika je jačeg intenziteta u Nemačkoj i Češkoj, ali će diskusija pred nama pokazati da, osim zaoštrenog tona u dijalogu između Suda pravde i ustavnih sudova tih država, većih posledica po dalji tok evropskih integracija za sada nije bilo.

Imajući u vidu razlike u retorici, za potrebe ove diskusije primere iz sudske prakse koji ilustruju upotrebu ustavnog identiteta u svrhe razgraničavanja odnosa između nacionalnih pravnih sistema i prava EU podelile smo u dve grupe. U prvoj grupi su odluke u kojima su vidljivi pomirljivi stavovi nacionalnog ustavnog tela zaduženog za kontrolu ustavnosti sa načelom suprematije prava EU ili u kojima koncept ustavnog identiteta nije razrađen nego je ostao na nivou apstraktne kategorije. U drugoj grupi su odluke u kojima je retorika ustavnih sudova vidno ofanzivna u odnosu na načelo suprematije prava EU i pitanje prenošenja nadležnosti sa države članice na EU.

4.1. Simbolično krckanje prava EU

4.1.1. *Praksa u Francuskoj*

Relevantna praksa Ustavnog saveta Francuske najbolje ilustruje važnost nacionalnih ustava u kontekstu evropskih integracija. Razmatrajući Ugovor iz Lisabona još 2007. godine, Ustavni savet jasno je stavio do znanja da primarno pravo EU ne sme da sadrži „klauzulu suprotnu Ustavu“, da dovede u pitanje zagarantovana prava i slobode niti da „štetno utiče na suštinske uslove koji omogućavaju vršenje nacionalnog suvereniteta“, osim ako se ustav unapred ne izmeni.²³

Takav stav Ustavni savet je zadržao i u postlisabonskoj eri, nastavljajući da razvija doktrinu ustavnog identiteta iz svoje ranije prakse u meri u kojoj su mu to dozvoljavale ograničene nadležnosti u vezi sa kontrolom usklađenosti međunarodnog prava, odnosno prava EU, sa ustavom (Millet 2019, 136–140). S tim u vezi, Ustavni savet je nastavio da insistira na njegovoj ograničenoj nadležnosti u slučajevima kontrole ustavnosti zakonskih odredaba koje su posledica preuzimanja sadržaja direktiva EU ali i prilagođavanja francuskog

²³ Ustavni savet, 2007–560 DC, 20. decembar 2007, para. 9, dostupno na engleskom jeziku na https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/a2007560dc.pdf, poslednji pristup 8. januara 2025.

pravnog sistema uredbama EU, ponavljajući da se njegova nadležnost svodi samo na slučaj u kojem bi zbog takvog preuzimanja odnosno prilagođavanja pravila ili principi, neodvojivi od ustavnog identiteta Francuske, bili dovedeni u pitanje, pod uslovom da na transfer nadležnosti Uniji konstitutivna vlast nije pristala.²⁴

Široko postavljenu konstrukciju ustavnog identiteta, koja zahteva tumačenje u svakom konkretnom slučaju (Baudoin 2022, 22), Ustavni savet je ipak nedavno donekle razjasnio, odlučujući o ustavnosti zakona kojim je preuzet sadržaj direktive EU o obavezama avio-kompanija da vrate nazad državljane trećih država kojima je odbijen ulazak u državu članicu EU (u ovom slučaju u Francusku).²⁵ U tom kontekstu, zabranu delegiranja vršenja javnih ovlašćenja na privatna lica Ustavni savet je proglasio principom koji je svojstven ustavnom identitetu Francuske, dodavši da takvo svojstvo nemaju pravo na sigurnost, načelo lične odgovornosti i načelo jednakost u snošenju javnih opterećenja, koja su, kako je istaknuto, zaštićena pravom EU.²⁶ S obzirom na to da Ustavni savet nije obrazložio te stavove, ostalo je nejasno koje kriterijume Ustavni savet primenjuje kada odlučuje šta pripada a šta ne pripada ustavnom identitetu Francuske.

Ako se iz prakse Ustavnog saveta ne može ustanoviti šta je tačna sadržina ustavnog identiteta, ono što se može utvrditi jeste njegov uzdržan stav u primeni doktrine ustavnog identiteta u kontekstu evropskih integracija (Millet 2019, 146). Odluka iz 2017. godine u kojoj je Ustavni savet razmatrao Sveobuhvatni ekonomski i trgovinskog sporazum između Kanade, s jedne strane, i Evropske Unije i njenih država članica, s druge strane (CETA sporazum),²⁷ svedoči u prilog o tome.²⁸ Naime, razmatrajući ustavnost tog sporazuma u postupku prethodne kontrole ustavnosti, Ustavni savet je zauzeo stav da doktrinu ustavnog identiteta može da primenjuje da bi

²⁴ Ustavni savet, 2018–765 DC, 12. jun 2018, para. 3, dostupno na engleskom jeziku na <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2018/2018765DC.htm>, poslednji pristup 8. januara 2025.

²⁵ Directive 2001/51/EC of the Council of 28 June 2001 supplementing the provisions of Article 26 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985, OJ L 187 of 10/7/2001, p. 45–46.

²⁶ Ustavni savet, 2021–940 QPC, 15. oktobar 2021, para. 14–15, dostupno na engleskom jeziku na <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2021/2021940QPC.htm>, poslednji pristup 8. januara 2025.

²⁷ Reč je o mešovitom sporazumu koji stupa na snagu kad ga ratifikuju ne samo EU nego i sve države članice.

²⁸ Ustavni savet, 2017–749 DC, 31. jul 2017, para. 13, dostupno na engleskom <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2017/2017749DC.htm>, poslednji pristup 8. januara 2025.

utvrdio da li je Sporazum usklađen sa Ustavom Francuske samo u odnosu na odredbe Sporazuma kojima se utvrđuje isključiva nadležnost EU. U tom slučaju, njegova uloga se svodi na ispitivanje usklađenosti tih odredaba sa onim odredbama francuskog ustava koje su inherentne njenom ustavnim identitetu, da bi se ustanovilo da li je izmena ustava potrebna ili nije. Ako ustavni identitet nije doveden u pitanje, „na sudiji Evropske Unije je da nadgleda usklađenost sporazuma sa pravom Evropske Unije“.²⁹ Prema tome, nepostojanje jasnog sadržaja i mogućnost izmene ustava uvek kad neki propis EU potencijalno ugrožava vrednosti inherentne ustavnom identitetu upućuju na to da je postojanje doktrine ustavnog identiteta u praksi Ustavnog saveta više odraz njegove namere da potvrdi svoju, ionako ograničenu nadležnost, nego želje da se ugroze i uspore evropske integracije.

4.1.2. Praksa u Irskoj

Ratifikacija CETA sporazuma bila je i povod da Vrhovni sud Irske u svojoj praksi, u presudi *Costello v. Government of Ireland* iz 2022. godine, prvi put razvije pojam ustavnog identiteta povezujući ga, sasvim neuobičajeno, sa obavezom Irske prema pravu EU.³⁰ Sve je počelo kada se Patrik Costello (*Patrick Costello*), pripadnik Zelene partije i član Predstavničkog doma irskog parlamenta, obratio Visokom sudu tražeći da se presudom spreči ratifikacija CETA sporazuma. Visoki sud je tužbu odbio navodeći da o ratifikaciji treba da odluči Predstavnički dom Irske.³¹ Predmet je završio pred Vrhovnim sudom Irske, koji je tesnom većinom (4:3) našao da je žalba osnovana jer bi se ratifikacijom povredilo načelo suverenosti sudske grane vlasti, imajući u vidu da bi mehanizam za sprovođenje odluka SETA tribunala (uspostavljen tim sporazumom) tu suverenost ugrozio.³² U većinskom mišljenju takođe se navodi da bi ratifikacija mogla biti u saglasnosti sa ustavom ako bi se irski Zakon o arbitraži izmenio tako što bi se Visokom sudu omogućilo da odbije da sprovede odluke SETA tribunala koje ne bi bile u skladu sa ustavnim identitetom Irske i sa njenim obavezama prema pravu EU.³³ Koncept ustavnog identiteta, koji, prema mišljenju Vrhovnog suda, obuhvata gotovo sve vrednosti zaštićene ustavom – od demokratije i suvereniteta, do podele

²⁹ Odluka 2017–749 DC, para. 14.

³⁰ Vrhovni sud, *Costello v. Government of Ireland*, 11. novembar 2022, [2022] IESC 44.

³¹ Visoki sud, *Patrick Costello v. The Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, 16. septembar 2021, [2021 No. 1282 P.], para. 179–180.

³² *Costello v. Government of Ireland*, para. 280.

³³ *Costello v. Government of Ireland*, para. 236.

vlasti, osnovnih prava i neprikosnovenost ustava u odnosu na ugovorno pravo, zajedno sa obavezama Irske prema EU, bile bi tako osnovi za odbijanje sprovođenja odluka SETA tribunala (Doyle 2023, 725–726).

I pored kompilovanog jezika i šturog objašnjenja ustavnog identiteta, jasno je da se, bar u ovom slučaju, Vrhovni sud Irske nije tom doktrinom poslužio u svrhu pružanja otpora pravu EU (Barrett 2023, 3). To ne znači da doktrina o ustavnom identitetu neće ipak nekad poslužiti u tu svrhu, i pored toga što je iz pomenute odluke tako nešto teško zaključiti (Doyle 2023, 716). Moguće je, međutim, i to da je, kao i francuski Ustavni savet, i Vrhovni sud Irske u toj odluci samo želeo da naglasi svoju ulogu u sistemu podele vlasti jer se uključio u rešavanje problema do tada, kako je Visoki sud zaključio, u nadležnosti samo vlade i parlamenta. Imajući u vidu da Irska još nije ratifikovala taj sporazum, izgleda da je u tome i uspeo.

4.1.3. *Praksa u Italiji*

Najupečatljiviji primer sudskog dijaloga u kojem je figurirao koncept ustavnog identiteta jeste onaj vođen između Suda pravde i Ustavnog suda Italije u tzv. sagi *Taricco*. Dijalog je inicirao Sud pravde svojim tumačenjem sadržaja odredbe člana 325 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU). Tumačeći taj član kojim se države članice obavezuju da se bore protiv prevara i svih drugih nezakonitih aktivnosti koje utiču na finansijske interese EU, Sud pravde je formulisao tzv. pravilo *Taricco* shodno kojem je na nacionalnom sudu da omogući punu primenu člana 325 UFEU ne primenjujući, po potrebi, odredbe nacionalnog prava koje bi imale učinak sprečavanja države članice da izvršava obaveze prema tom članu UFEU (tzv. presuda *Taricco I*).³⁴

Zbog tog stava Suda pravde, koji jasno implicira apsolutnu primenu načela suprematije prava EU, italijanski sudovi su započeli debatu o primeni pravila *Taricco* i pokrenuli postupak pred Ustavnim sudom Italije, zahtevajući ocenu njegove ustavnosti. To je Ustavnom sudu dalo inicijalnu kapislu da, u zahtevu upućenom Sudu pravde, kojim se od tog suda traži da ponovo razmotri domete i sadržaj pravila *Taricco*, obnovi staru ideju o ustavnom identitetu iz

³⁴ CJEU, Case C-105/14, *Criminal proceedings against Ivo Taricco and Others*, ECLI:EU:C:2015:555, para. 66. st. 1. i 2. Presuda o kojoj je reč doneta je po zahtevu italijanskog redovnog suda u prethodnom postupku, u vezi sa odredbama italijanskog krivičnog zakonodavstva o zastarelosti, koje su mogle dovesti do nekažnjavanja osumnjičenih za organizovanje udruženja radi izvršenja krivičnih dela u oblasti poreza na dodatu vrednost u periodu od 2005. do 2009. godine, što bi automatski značilo povredu finansijskih propisa EU.

predmeta *Frontini*.³⁵ Tom prilikom je opreznim tonom istakao da je primena pravila *Taricco* u suprotnosti sa načelom zakonitosti koji je osnovno načelo svojstveno ustavnom identitetu Italije i ustavnim tradicijama država članica.³⁶

Postupajući po zahtevu, u očigledno kolegijalnom duhu, Sud pravde je, u odluci *M.A.S. and M.B.*, poznatijoj po nazivu *Taricco II*, preinačio pravilo *Taricco*, ističući da pri donošenju odluke *Taricco I* nije bio potpuno informisan o svim elementima italijanskog ustavnog sistema. S tim u vezi, Sud pravde je zaključio da se član 325 UFEU treba tumačiti tako da se pravilo *Taricco* neće primeniti u državi članici ako takvom primenom dolazi do povrede načela zakonitosti, zbog nepreciznosti zakona, kao i retroaktivne primene zakonodavstva kojim se propisuju stroži uslovi krivičnog gonjenja od onih koji su bili na snazi u trenutku učinjenog kaznenog dela.³⁷ Smisao takvog stava našao je u činjenici da je načelo zakonitosti načelo zajedničko ustavnim tradicijama država članica,³⁸ izbegavajući upućivanje na koncept ustavnog identiteta, bilo država članica bilo EU, i tumačenje sadržaja klauzule nacionalnog identiteta predviđene članom 4 stav 2 UEU. Prema mišljenju nekih autora, Sud je tom prilikom propustio šansu da se o sadržaju pomenute klauzule jasno izjasni (Bruggeman, Larik 2020, 31).³⁹ Primenjujući tumačenje Suda pravde u konkretnom sporu, Ustavni sud Italije je ipak ostavio mogućnost da ocenjuje ustavnost mera koje budu donete u skladu i sa tako preinačenim pravilom *Taricco*, smatrajući da je i u dopunjenoj verziji suprotno ustavnom sistemu Italije, kao i da se ne može direktno primeniti.⁴⁰

Kraj sage *Taricco* navodi na dva zaključaka. Prvo, iako se susretljivost u zajedničkom dijalogu ne može negirati, Ustavni sud Italije ipak nije tome dao primat (Amalfitano, Pollicino, 2018). Ostao je na stavu da je na njemu da odluči, u skladu sa klauzulom nacionalnog identiteta, datoj u članu 4 stav 2 UEU, šta čini ustavni identitet Italije i šta ga ugrožava, bez obzira

³⁵ Ustavni sud, Ordinanza n. 24 del 2017, 23. novembar 2016, rešenje dostupno na engleskom jeziku https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf, poslednji pristup 10. januara 2025.

³⁶ Ordinanza n. 24, para. 1–2, 4, 7–9.

³⁷ CJEU, Case C-42/17, *M.A.S. and M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936, para 64.

³⁸ *M.A.S. and M.B.*, para. 53.

³⁹ Podsetićemo, koncept ustavnog identiteta EU Sud pravde je razvio tek šest godina kasnije u dve identične presude koje se tiču Poljske i Mađarske.

⁴⁰ Ustavni sud, 115/2018, 10. april 2018, G. U. 06/06/2018 n. 23, para. 10–13, dostupno na engleskom jeziku https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_2018_115_EN.pdf, poslednji pristup 10. januar 2025.

na načelo suprematije prava EU.⁴¹ Shodno tom sudu, to proizlazi iz načela lojalne saradnje, u skladu sa kojim, EU i države članice, uz puno uzajamno poštovanje, pomažu jedne drugima u obavljanju zadataka koji proizlaze iz Ugovora.⁴² Drugo, upadljiv izostanak borbenih nota u odbrani italijanskog ustavnog identiteta u kontekstu evropskih integracija sugerije da „lisabonska“ klauzula nacionalnog identiteta, i kada se tumači kao klauzula ustavnog identiteta, ne mora da bude razorna po evropske integracije (Galimberti, Ninatti 2020, 441).

4.2. Ofanzivno krckanje prava EU: „mnogo buke ni oko čega“?

4.2.1. Praksa u Češkoj

Ustavni sud Češke je u nekoliko navrata odbio da prihvati suprematiju prava EU pozivajući se, između ostalog, i na ustavni identitet Češke. Tako je, još 2006. godine, taj sud naglasio da ulogu čuvara Ustava zadržava i da će kontrolu ustavnosti vršiti uvek kada neki propis EU ugrozi temelje državnog suvereniteta ili osnovna načela Ustava koja ne mogu biti predmet revizije.⁴³ Osnovu za odlučivanje o neustavnim amandmanima Sud je našao u članu 9 stav 2 Ustava Češke Republike kojim se zabranjuje menjanje osnovnih postulata demokratske države, koja se temelji na vladavini prava.

U jurisprudenciji tog suda retorika o ustavnom identitetu ipak je upečatljivija od samog njegovog koncepta. To je posebno vidljivo u predmetu *Holubec* (ili *Slovak Pensions*), u kojem je Ustavni sud proglasio presudu Suda pravde u predmetu *Landtová, ultra vires*.⁴⁴ Takvoj odluci je prethodio spor između Vrhovnog upravnog suda i Ustavnog suda Češke o načinu isplate penzija osiguranicima bivše Čehoslovačke, nakon njenog raspada. Radi zaštite čeških državljana, Ustavni sud je svojom praksom ustanovio pravo na uvećanje penzija, kao dopunu pravila iz sporazuma Češke i Slovačke o načinu utvrđivanja iznosa penzija postojećih osiguranika nakon raspada

⁴¹ Vid. Ordinanza n. 24, para. 6.

⁴² Član 4 stav 3 UEU.

⁴³ Ustavni sud, Pl. ÚS 50/04: *Sugar Quotas III*, 8. mart 2006, para. VI.A.-3, engleski prevod je dostupan na https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud/www/Decisions/pdf/Pl%20US%2050-04.pdf, poslednji pristup 4. januara 2025.

⁴⁴ Ustavni sud, Pl. ÚS 5/12: *Slovak Pensions*, 31. januar 2012, engleski prevod dostupan je na <https://www.usoud.cz/en/decisions/2012-01-31-pl-us-5-12-slovak-pensions>, poslednji pristup 2. januara 2025.

Čehoslovačke.⁴⁵ Zbog ulaska Češke u EU, postavilo se pitanje usaglašenosti takve prakse sa zabranom diskriminacije sadržane u pravu EU, zbog čega se Vrhovni upravni sud obratio Sudu pravde, koji je neusaglašenost potvrdio u predmetu *Landtová*.⁴⁶ Proglašavajući tu odluku Suda pravde *ultra vires*, Ustavni sud je istakao da Sud pravde nije upoznat sa ustavnim identitetom Češke, koji ona crpi iz zajedničke ustavne tradicije sa Slovačkom, i da je nerazlikovanje pravnih odnosa koji nastaju raspadom države od pravnih odnosa nastalih za potrebe socijalne sigurnosti i slobode kretanja u EU nepoštovanje evropske istorije.⁴⁷ Kako pojedini autori primećuju, pitanje ustavnog identiteta u toj odluci nije toliko bilo usmereno protiv Suda pravde i prava EU već je Ustavni sud pokušao da njome „cementira položaj u domaćoj sudskoj hijerarhiji“ u odnosu na Vrhovni upravni sud (Zbíral 2012, 16; Maes 2024, 28). Štaviše, iako je izgledalo da je to revolucionarna odluka zbog iskazanog stava prema pravu EU, ona ipak nije uzdrmala autoritet prava EU u Češkoj (Capik, Petschko 2013, 76).

4.2.2. Praksa u Nemačkoj

Savezni ustavni sud Nemačke je, u presudama koje se tiču vođenja monetarne politike EU u okolnostima poslednje velike finansijske krize, praktično potvrdio ranije zauzet stav da je ustavni identitet Nemačke imun na efekte načela suprematije prava EU i da je odlučivanje o sadržaju ustavnog identiteta Nemačke u njegovoj isključivoj nadležnosti.

Povod za prvu presudu bila je Odluka Evropske centralne banke (ECB) iz 2012. godine o određenim tehničkim karakteristikama direktnih monetarnih transakcija (OMT) Evrosistema za kupovinu državnih obveznica na sekundarnom tržištu.⁴⁸ U podnetim ustavnim žalbama Saveznom ustavnom sudu isticano je da je tom odlukom ECB prekoračila svoja ovlašćenja i da je povredila demokratsko pravo na glas sadržano u Osnovnom zakonu, čime je ugrožen ustavni identitet Nemačke.

⁴⁵ Videti, na primer, odluku Ustavnog suda ÚS 252/04, 25. januar 2005.

⁴⁶ CJEU, Case C-399/09, *Marie Landtová v. Česká správa socialního zabezpečení*, ECLI:EU:C:2011:415.

⁴⁷ *Slovak Pensions*, 13–14.

⁴⁸ Technical features of Outright Monetary Transactions, https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html, poslednji pristup 16. januara 2025.

Ustavni sud je odbio da odlučuje o ustavnim žalbama koje su podnete direktno protiv Odluke EU, ali je prihvatio nadležnost za aktivnosti nacionalnih organa povodom te odluke. Kako se u toku postupka postavilo pitanje tumačenja UFEU zbog sporne nadležnosti ECB, Sud je uputio Sudu pravde zahtev za tumačenje, insistirajući i dalje na konceptu ustavnog identiteta razvijenom u „*Mastriht*“ i „lisabonskoj“ odluci.⁴⁹ Oспорavajući ovlašćenja Evrosistema da kupuje državne obveznice, Savezni ustavni sud je naveo da to ne znači samo da je ECB delovala *ultra vires* nego i da program OMT može da deluje na demokratsko odlučivanje o nacionalnim budžetima, sa mogućim negativnim efektima po ustavni identitet Nemačke.⁵⁰ U kontekstu naše diskusije u ovom radu treba istaći da je, obrazlažući svoj stav, Sud napravio razliku između nacionalnih „temeljnih političkih i ustavnih sistema“ na koje referira klauzula nacionalnog identiteta iz člana 4 stav 2 UEU, s jedne strane, i fundamentalnih ustavnih vrednosti koje čine jezgro Osnovnog zakona, odnosno ustavni identitet Nemačke, s druge strane. S tim u vezi posebno je indikativno mišljenje Suda da se kontrola poštovanja ustavnog identiteta, koju vrši isključivo taj sud, suštinski razlikuje od kontrole iz člana 4 stav 2 UEU koju vrši Sud pravde, uočivši razliku između pojmova nacionalnog identiteta i ustavnog identiteta:

Dakle, provera identiteta koju vrši Savezni ustavni sud suštinski se razlikuje od kontrole iz čl. 4 st. 2 UEU koju vrši Sud pravde Evropske Unije. Čl. 4 st. 2 tač. 1 UEU obavezuje institucije Evropske Unije da poštuju nacionalne identitete. To se zasniva na konceptu nacionalnog identiteta koji ne odgovara konceptu ustavnog identiteta ne samo smislu čl. 79 st. 3 Osnovnog zakona, nego i više.

Shodno tome, Savezni ustavni sud Nemačke izričito je naglasio da fundamentalne vrednosti koje čine ustavni identitet Nemačke ne mogu biti podređene načelu suprematije prava EU i da je njihovo tumačenje u njegovoj isključivoj nadležnosti.⁵¹

Ignorišući navode o ustavnom identitetu, Sud pravde je potvrdio osporenu nadležnost ECB ističući da se programom OMT sprečavaju dalji ekonomski rizici.⁵² Savezni ustavni sud Nemačke je taj stav na kraju prihvatio, našavši

⁴⁹ Savezni ustavni sud, Beschluss (rešenje) 2 BvR 2728/13, 14. januar 2014, BVerfGE 134, 366–438.

⁵⁰ Beschluss 2 BvR 2728/13, para. 36–43, 69, 80, 102.

⁵¹ Beschluss 2 BvR 2728/13, para. 29.

⁵² CJEU, Case C-62/14, *Peter Gauweiler v. Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:400.

da se time ne krši demokratsko pravo na glas niti ugrožava budžetsko pravo Bundestaga.⁵³ Ipak, u odluci kojom je odgovorio na ustavne žalbe povodom programa OMT ponovo je naglasio ograničenu primenu načela suprematije prava EU u Nemačkoj, podvlačeći da ustavni identitet čini branu njegovoj apsolutnoj primeni i da je EU dužna da taj ustavni identitet poštuje shodno članu 4 stav 2 UEU.⁵⁴ Odluka je kritikovana ne samo zbog isključivog stava suda u tumačenju klauzule nacionalnog identiteta (Galimberti, Ninatti 2020, 437–438) nego i zbog nejasnog stila u obrazlaganju kontrole identiteta često obojene „mitološkom predstavom o suverenitetu i identitetu“, što ipak nije dovelo do drugačijeg položaja tog suda u kontekstu evropskih integracija (Payandeh 2017, 416).

Koncept ustavnog identiteta ponovo se pojavio u tzv. odluci *PSPP* koja je nagovestila raskol u dijalogu između Saveznog ustavnog suda Nemačke i Suda pravde.⁵⁵ Povod je bila odluka ECB iz 2015. godine (koja je izmenjena 2017) o programu kupovine hartija od vrednosti javnog sektora na sekundarnim tržištima (program *PSPP*), koja je doneta zbog primećenog povećanog rizika na dalji tok kretanja cena.⁵⁶ Postupak pred Saveznim ustavnim sudom ponovo je iniciran ustavnim žalbama u kojima se osporava ovlašćenje ECB za donošenje te odluke i tvrdi da su aktivnosti nemačke Centralne banke u sprovođenju te odluke i propuštanje Savezne vlade i Bundestaga da joj se usprotive u suprotnosti sa načelom demokratije, koje čini ustavni identitet Nemačke.

Raskol je počeo podnošenjem zahteva za pokretanje prethodnog postupka, u kojem je Savezni ustavni sud, osim pitanja koja se tiču tumačenja prava EU, a koja su slična kao u zahtevu u vezi sa programom OMT, istakao da je program *PSPP* rizičan za savezni budžet jer se posledice primene programa ne mogu sa sigurnošću unapred proceniti, zbog čega Bundestag ne može slobodno da koristi svoje pravo na odlučivanje o budžetu, a to čini sadržinu ustavnog identiteta garantovanog članom 79 stav 3 Osnovnog zakona.⁵⁷ Uz sličnu argumentaciju kao u presudi povodom mehanizma OMT, Sud

⁵³ Savezni ustavni sud, 2 BvR 2728/13 u. a. (*OMT* odluka), 21. jun 2016, BVerfGE 142, 123–234, para. 114.

⁵⁴ Odluka *OMT*, para. 188.

⁵⁵ Savezni ustavni sud, 2 BvR 859/15 u. a. (*PSPP* odluka), 5. maj 2020, BVerfGE 154, 17–152.

⁵⁶ Decision (EU) 2017/100 of the European Central Bank of 11 January 2017 amending Decision (EU) 2015/774 on a secondary markets public sector asset purchase programme (ECB/2017/1), OJ L 16 of 20/1/2017, p. 51.

⁵⁷ Savezni ustavni sud, Beschluss 2 BvR 859/15 und andere, 18. jul 2017, BVerfGE 146, 216–293, vid. para. 124, 129, 131.

pravde je u predmetu *Weiss* zaključio da ECB nije prekoračila ovlašćenja jer se odluka o *PSPP* programu ne može smatrati vođenjem ekonomske već isključivo vođenjem monetarne politike, da zabrana pružanja finansijske pomoći državama članicama nije povređena i da program *PSPP* zadovoljava načelo proporcionalnosti.⁵⁸

Usledio je radikalan odgovor Saveznog ustavnog suda koji je u odluci *PSPP* proglasio odluku ECB o programu *PSPP* i presudu Suda pravde u predmetu *Weiss ultra vires*.⁵⁹ Tom odlukom je ponovo potvrdio da je rigidno shvaćen demokratski konstitucionalizam, koji čini ustavni identitet Nemačke, a koji obuhvata srž ustavne demokratije – suverenost naroda, demokratska načela i pravo glasa, van domašaja načela suprematije prava EU.⁶⁰

Uprkos zaoštrenom dijalogu sudija, problem je rešen na političkom nivou, rezolucijom nemačkog parlamenta kojom je potvrđena usaglašenost programa *PSPP* sa odlukom *PSPP* Saveznog ustavnog suda (Maes 2024, 26). Štaviše, i pored ofanzivne retorike o ustavnom identitetu, taj sud je u zvaničnoj izjavi za medije naglasio da se neće protiviti merama finansijske pomoći koje je EU usvojila da bi ublažila krizu nakon pandemije virusa korona, iako su te mere bile vrlo slične merama kojima se prethodno protivio (Anagnostaras 2021, 827–829).

4.3. Ustavni identitet: mera odnosa između pravnih poredaka EU i država članica

Praksa Suda pravde u odnosu na član 4 stav 2 UEU i navedeni primeri iz sudske prakse nacionalnih sudova država članica svedoče o relativnom autoritetu nacionalnog ustavnog identiteta u odnosu na pravo EU, više nego o relativizaciji načela suprematije prava EU zbog zaštite ustavnog identiteta država članica.

S jedne starane, nacionalni identitet predstavlja ograničenje EU dato u UEU u odnosu na primenu načela suprematije prava EU (Albanesi 2021, 109). Imajući u vidu kome je upućena obaveza iz člana 4 stav 2 UEU, složile bi se da je EU ograničila primenu načela suprematije, a time i svoj autonomni poredak, u korist nacionalnog identiteta država članica u slučajevima niskog intenziteta koji nisu od primarnog značaja za primenu prava EU. To, međutim,

⁵⁸ CJEU, Case C-493/17, *Heinrich Weiss and Others*, ECLI:EU:C:2018:1000.

⁵⁹ Odluka *PSPP*, para. 117, 119.

⁶⁰ Odluka *PSPP*, para. 101–108.

ne znači da je EU time prihvatila da, u sukobu ustavnog identiteta država članica i načela suprematije prava EU, ustavni identitet daje nacionalnim ustavima karakter više norme u odnosu na pravo EU.

S druge strane, navedeni primeri svedoče o tome da koncept ustavnog identiteta u praksi nacionalnih tela zaduženih za kontrolu ustavnosti ipak nije zakočio ili paralisao evropske integracije. Naime, ključ za razumevanje odnosa između EU i država članica je ideja ustavnog pluralizma koja podrazumeva da u sukobu dva pravna poretka koji paralelno postoje (npr. EU i države članice) ne postoji hijerarhijski odnos već da svaki poredak u sopstvenom okviru priznaje legitimitet onog drugog (MacCormick 1999, 104). U kontekstu evropskih integracija zasnovanih na ustavnom pluralizmu, ustavni identitet predstavlja meru odnosno mehanizam za rešavanje pitanja odnosa između pravnih poredaka EU i država članica, koji se uređuje sudskim dijalogom. Drugim rečima, pitanje superiorne vlasti u kontekstu evropskih integracija je otvoreno pitanje, koje se rešava u sudskom dijalogu između sudija država članica i Suda pravde, nastojeći da tim dijalogom uzajamno prilagode dva pravna sistema, kako bi se neutralisali uzajamni sukobi. Prethodno ponuđeni primeri iz sudske prakse svedoče u prilog tome.

Međutim, ustavni sudovi u Mađarskoj i Poljskoj ozbiljno su ugrozili uspostavljenu vezu između ustavnog pluralizma i ustavnog identiteta, zloupotrebljavajući ustavni identitet u svrhu odbrane populističkih režima. O tome govorimo u nastavku ove diskusije.

5. ZLOUPOTREBA USTAVNOG IDENTITETA U SVRHU ODBRANE POPULISTIČKIH REŽIMA

5.1. Kratak osvrt na pojam populizma

U dosadašnjem toku naše diskusije nekoliko puta smo pomenule postojanje populističkih režima u Mađarskoj i, donedavno, u Poljskoj, i njihov uticaj na zloupotrebu koncepta ustavnog identiteta u tim državama. Pre nego što nastavimo diskusiju, kratko ćemo objasniti karakteristike populističkih režima da bi zloupotreba ustavnog identiteta bila jasnija.

Definisati populizam je izazovan zadatak, s obzirom na to da rasprava o tome šta je populizam i dalje traje. Prema rečima Isaka Berlina (*Isaiah Berlin*), to je koncept opterećen sindromom Pepeljuge – postoji cipelica („populizam“ kao pojam), ali ne i odgovarajuće stopalo (definicija) (Berlin 1967, 6). Razlog je u činjenici da se populizam definiše kontekstom u kojem se pojavljuje (Rasmussen 2019, 56), pa samim tim može imati pozitivnu

i negativnu konotaciju (Várady 2019). Koncept ustavnog identiteta u Mađarskoj i Poljskoj pojavio se u kontekstu antidemokratskog populizma koji se, iz normativne perspektive, shodno mišljenju Dejvida Rasmussena (*David Rasmussen*), može definisati kao određena vrsta parazitske patologije koja napada reprezentativnu demokratiju (Rasmussen 2019, 56). Jan Verner Miler (*Jan-Werner Müller*) to detaljnije objašnjava, ističući da je reč o politici zasnovanoj na kritici elita i antipluralizmu (Müller 2017). Miler smatra da je populistička politika uvek identitetska zato što populisti tvrde da samo oni predstavljaju narod; to ujedno znači da svako ko se sa njima u političkom smislu ne slaže nije deo „istinskog“ naroda već korumpirane elite; pošto je isključiv, populizam je kao takav opasan po demokratiju (Müller 2017, 2–3).

Vraćajući se na predmet diskusije u ovom radu, treba istaći da su Mađarska i Poljska duže vreme bile, ili su to još uvek, percipirane kao prve nedemokratske države članice EU. Populistički režimi u obe zemlje uporno su radili na eroziji onoga što su Rozalin Dikson (*Rosalyn Dixon*) i Dejvid Landau (*David Landau*) nazvali „demokratskim minimumom“, koji obuhvata slobodne i poštene izbore, podelu vlasti, zaštitu ljudskih prava i odgovornost vlade za svoj rad (Landau, Dixon 2020, 1323). U svrhe ovog rada treba istaći da, u uslovima takvog nazadovanja demokratije (*democratic backsliding*), odgovori ustavnog sudstva mogu biti trojaki: ustavno sudstvo se može odupreti populističkom režimu, može ga podupirati ili ostati samo pasivni posmatrač populističke politike (Hailbronner, Landau 2017). Nakon brutalne izmene sastava ustavnih sudova u Mađarskoj (Bodnár 2022) i Poljskoj (Matczak 2019) u režiji populističkih vlada, ustavni sudovi Mađarske i Poljske pokazali su nizom odluka da pripadaju grupi sudova koji podržavaju populističku politiku, poput Vrhovnog suda Venecuele ili Vrhovnog suda SAD za vreme prvog mandata predsednika Trampa (Beširević 2019, 194). O tome svedoče, između ostalih, i odluke koje se tiču ustavnog identiteta.

5.2. Ustavni identitet u odbrani identitetske politike u Mađarskoj

Zloupotrebom koncepta ustavnog identiteta i instrumentalizacijom klauzule nacionalnog identiteta iz člana 4 stav 2 UEU, Ustavni sud Mađarske je razvio doktrinu ustavnog identiteta da bi ograničio primat prava EU sa ciljem zaštite identitetske politike populističkog režima.

Prema mišljenju tog suda, nacionalni identitet je prirodno ugrađen u ustav svake države: „definicija nacionalnog identiteta države je po pravilu najosnovnije i neotuđivo pravo države i njene konstitutivne političke zajednice, koje se prvenstveno, ali ne isključivo, ogleda u njenom ustavu.

Zbog toga je primereno da politička zajednica jedne države u ustav, kroz konstitutivnu vlast, unese određene elemente nacionalnog identiteta države.⁶¹ Polazeći od tog stava, prirodno bi bilo očekivati da Ustavni sud ustavnom identitetu dâ uobičajeni smisao instituta koji je inherentan Osnovnom zakonu, koji ujedinjuje sve pripadnike političke zajednice i govori o pravnim dostignućima Mađarske. Međutim, ustavni identitet u praksi tog suda, a zatim i u VII amandmanu na Osnovni zakon, usvojen kao paradigma te prakse, upečatljivo od toga odstupa. Stvoren na talasima populizma, ustavni identitet postoji izvan ustava, hijerarhijski je superiorniji u odnosu na ustav i uključuje samo pripadnike mađarske nacije povezane sa hrišćanskom kulturom. Kako se to dogodilo?

Sve je počelo namerom tada i sada vladajućeg populističkog režima u Mađarskoj da se suprotstavi migrantskoj politici EU, preciznije odbijanjem mađarske vlade da prihvati politiku premeštanja migranata na osnovu kvota koju je EU usvojila 2015. godine za vreme tzv. migrantske krize.⁶² U nameri da opravda odbijanje, vlada je 2016. godine inicirala izmenu ustava i predložila amandman na Osnovni zakon, kojim je u njegovoj preambuli precizirano da se ustavni identitet Mađarske temelji na istorijskom ustavu, potom nameće obaveza svim državnim organima da štite mađarski ustavni identitet i na kraju zabranjuje nastanjivanje stranog stanovništva u Mađarskoj (Halmai 2018, 28–29). Za njegovo usvajanje je bila potrebna dvotrećinska većina u parlamentu, zato što mađarski ustav pripada grupi tzv. mekih ustava koji se usvajaju i menjaju samo u parlamentarnoj proceduri, bez obaveze održavanja referenduma. Amandman ipak nije usvojen jer u to vreme potrebne dvotrećinske većine nije bilo.

Inicijativu za spas identitetske politike zato je preuzeo Ustavni sud uzimajući iznenada u razmatranje zahtev ombudsmana, podnet godinu dana ranije, kojim je traženo tumačenje člana E Osnovnog zakona o pristupanju i saradnji Mađarske sa EU (Bárd, Chronowski, Fleck 2023, 620).⁶³ U odluci donetoj 2016. godine Ustavni sud je konstruisao ustavni identitet kao samodefinišuću vrednost koja je postojala pre i postoji nezavisno od

⁶¹ Ustavni sud, 32/2021. (XII. 20.) AB, 7. decembar 2021, para. 95.

⁶² Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece, OJ L 248 of 24/9/2015, p. 80–94.

⁶³ Član E (2) Osnovnog zakona glasi: „U cilju učešća u Evropskoj Uniji, kao država članica Mađarska može, na osnovu međunarodnog ugovora, da u obimu neophodnom za ostvarivanje prava i ispunjavanje obaveza utvrđenih osnivačkim ugovorima, vrši neke od svojih nadležnosti koje proizilaze iz Osnovnog zakona zajedno sa drugim državama članicama, preko institucija Evropske Unije.“

mađarskog ustava, koju ustav ne stvara nego je samo prepoznaje.⁶⁴ Potom, u odluci iz 2021. godine tako konstruisan ustavni identitet je iskorišćen kao osnova koja omogućava Mađarskoj da u oblasti podeljenih nadležnosti deluje pre nego što EU počne da vrši nadležnosti ili ih vrši na način koji ne obezbeđuje efikasnu primenu prava EU, pod izgovorom da to narušava njen ustavni identitet.⁶⁵ Takav stav Suda protivan je pravu EU jer države mogu da deluju u oblastima podeljene nadležnosti samo ako EU nije počela da deluje ili je odlučila da prestane da vrši svoju nadležnost (Beširević 2023, 137). Stavovi mađarskog Ustavnog suda o ustavnom identitetu predstavljaju svojevrsan *carte blanche* vladi da uvek kad joj to odgovara proglasi da su propisi EU doneti u oblastima podeljene nadležnosti neprimenjivi u Mađarskoj.

5.2.1. Ustavni identitet kao rezultat antimigrantske politike

Shodno članu E Osnovnog zakona, koji predstavlja svojevrsan „Evropa“ član, Mađarska u okviru EU neke od svojih nadležnosti može da vrši zajedno sa drugim državama članicama putem institucija EU. U zahtevu kojim je tražio tumačenje člana E, ombudsman je postavio pitanje da li bi prebacivanje 1.294 osobe iz Italije i Grčke u Mađarsku na osnovu odluke Saveta EU predstavljalo kršenje ustavne zabrane o kolektivnom proterivanju bez obzira na to što transfer sprovodi druga država.⁶⁶ Nakon što je ukazao na postojeću praksu ustavnih ili vrhovnih sudova država članica u vezi sa prenošenjem nadležnosti na EU, Ustavni sud Mađarske prihvatio je nadležnost i objasnio da „po relevantnom zahtevu i u toku vršenja svojih nadležnosti [Ustavni sud, *prim. naša*] može u krajnjem slučaju, poštujući ustavni dijalog među državama članicama, preispitati da li se zajedničkim vršenjem nadležnosti sa drugim državama članicama EU ili institucijama EU narušava ljudsko dostojanstvo, ili drugo individualno pravo, suverenitet Mađarske ili njen ustavni identitet zasnovan na istorijskom ustavu države“.⁶⁷ Vršenje zajedničkih

⁶⁴ Ustavni sud, 22/2016. (XII. 5.) AB, 30. novembar 2016.

⁶⁵ Vid. Odluku 32/2021.

⁶⁶ Član XIV Osnovnog zakona glasi: „(1) Mađarski državljani ne mogu biti proterani sa teritorije Mađarske i mogu se vratiti u bilo koje vreme. Stranci koji se nalaze na teritoriji Mađarske mogu biti proterani samo na osnovu zakonite odluke. Zabranjeno je kolektivno proterivanje. (2) Niko ne može biti proteran ili izručen državi u kojoj bi bio u opasnosti da bude osuđen na smrt, mučenje ili podvrgnut drugom nečovečnom postupanju ili kažnjavanju.“

⁶⁷ Odluka 22/2016, para. 46.

nadležnosti u kontekstu evropskih integracija uslovljeno je, prema tome, izostankom kršenja ljudskih prava, suvereniteta ili ustavnog identiteta Mađarske.

Konstruišući prvi put doktrinu ustavnog identiteta, Ustavni sud je naveo da je reč o identitetu koji postoji izvan ustava i ne sadrži zatvorenu listu statičkih i nepromenljivih vrednosti.⁶⁸ Prema mišljenju Suda, pojedinačne vrednosti koje čine ustavni identitet, kao što su sloboda, podela vlasti, republika kao oblik države, poštovanje autonomije javnog prava, sloboda veroispovesti, vršenje legitimne vlasti, parlamentarizam, jednakost prava i sudska vlast, dostignuća su mađarskog istorijskog ustava, na kojem počiva Osnovni zakon i celokupan mađarski pravni sistem.⁶⁹ Potreba zaštite ustavnog identiteta, ističe taj sud, može se pojaviti u slučajevima koji utiču na životne uslove pojedinaca, naročito na privatnost i ličnu i socijalnu sigurnost, na odgovornost za donošenje odluka zaštićenu osnovnim pravima, kao i u slučajevima koji se odnose na lingvističke, istorijske i kulturne tradicije Mađarske.⁷⁰

Tom odlukom Ustavni sud je uspostavio i osnove za tumačenje ustavnog identiteta ističući da se tumačenje vrši od slučaja do slučaja, na osnovu celokupnog Osnovnog zakona, njegove svrhe, preambule i dostignuća mađarskog istorijskog ustava.⁷¹

Čim je vladajući režim na novim izborima 2018. godine ponovo osvojio dvotrećinsku većinu u parlamentu, iskoristio je navedene stavove Ustavnog suda da predloži VII amandman na Osnovni zakon, koji je i usvojen, a kojim je ustavni identitet ugrađen u ustavni dokument (Gardos-Orosz 2021, 1340–1341). Formulacija VII amandmana ukazuje na nedvosmisleni superiornost ustavnog identiteta u eventualnom sukobu mađarskog sa drugim pravnim sistemima, uključujući i pravo EU:

Član R

(1) Osnovni zakon je osnova pravnog sistema Mađarske.

(2) Osnovni zakon i zakoni su obavezujući za sve.

(3) Odredbe Osnovnog zakona tumače se u skladu sa njihovom svrhom, nacionalnim zavetom [preambulom, *prim. naša*] sadržanim u njemu i dostignućima našeg istorijskog ustava.

⁶⁸ Odluka 22/2016, para. 64–65.

⁶⁹ Odluka 22/2016, para. 65.

⁷⁰ Odluka 22/2016, para. 66.

⁷¹ Odluka 22/2016, para. 64.

(4) Zaštita ustavnog identiteta i hrišćanske kulture Mađarske obaveza je svakog državnog organa.

Ustavni sud je nastavio da razvija doktrinu ustavnog identiteta u odluci iz 2021. godine da bi učvrstio populističku politiku koja se ticala azilanata i koja je bila suprotna pravu EU. Tadašnja vlada je podnela zahtev za tumačenje Osnovnog zakona zbog presude Suda pravde iz 2020. godine kojom je taj sud utvrdio da je Mađarska prekršila propise EU o azilu i azilantima tzv. praksom vraćanja (*the push-back practice*) svih državljana trećih država koji ilegalno borave na teritoriji Mađarske, bez poštovanja garancija predviđenih relevantnim pravom EU.⁷² U vladinom zahtevu se tvrdilo da zbog te odluke Suda pravde Mađarska gubi kontrolu nad stanovništvom, što predstavlja tešku povredu ustavnog identiteta države (Bárd, Chronowski, Fleck 2023, 622).

U odluci po tom zahtevu Ustavni sud je ubio dve muve: prvo, izbegao je sukob sa Sudom pravde odbijajući da podvrgne kontroli njegovu presudu, navodeći da presude tog suda ne podležu apstraktnoj kontroli ustavnosti, kao i da navedeni slučaj ne zahteva razmatranje načela suprematije prava EU.⁷³ Drugo, podupro je vladinu politiku u odnosu na tražioce azila zaključujući da zajedničko vršenje nadležnosti sa drugim državama članicama EU, predviđeno članom E Osnovnog zakona, mora biti u skladu sa zahtevom zaštite osnovnih prava i ne sme da ograničava neotuđivo pravo Mađarske da utiče na njeno teritorijalno jedinstvo, stanovništvo, oblik vladavine i organizaciju države, što je odlika njenog ustavnog identiteta.⁷⁴ Prema mišljenju Ustavnog suda, Mađarska može da deluje u oblasti podeljenih nadležnosti pre nego što EU počne da vrši nadležnosti, onda kada ih EU vrši na način koji ne obezbeđuju efikasnu primenu prava EU ili onda kada vršenje podeljenih nadležnosti negativno utiče na opisane prerogative države.⁷⁵

5.2.2. „Među javom i med snom”: izvori i hijerarhijski status ustavnog identiteta u pravnom sistemu Mađarske

Teoretičari koji se bave izučavanjem ustavnog identiteta, i oni koji smatraju da je ustavni identitet nedovoljno precizan pojam, pogodan za manipulaciju i oni koji ga opravdavaju i smatraju neizbežnim u teoriji ustavnog prava, slažu se u jednom: Ustavni sud Mađarske ne samo da je pogrešno interpretirao

⁷² Vid. Odluku 32/2021.

⁷³ Odluka 32/2021, para. 21, 63.

⁷⁴ Odluka 32/2021, para. 110.

⁷⁵ Odluka 32/2021, para. 79–80.

izvore, sadržaj i svrhu ustavnog identiteta nego je taj pojam i zloupotrebio, proširujući ga i dajući mu jaču pravnu snagu u odnosu na ustav, u svrhu podupiranja identitetske politike populističkog režima (Halmai 2018; Fabbrini, Sajó 2019; Kelemen, Pech 2019; Gardos-Orosz 2021; Bárd, Chronowski, Fleck 2023; Faraguna 2024; Scholtes 2023; Maes 2024). Prema našem mišljenju, sledećih nekoliko razloga govori u prilog tome.

Prvo, mađarski Ustavni sud stao je na stanovište da ustavni identitet nije inherentan ustavu već da postoji nezavisno od njega. Ustav, to jest Osnovni zakon, prema mišljenju tog suda, ne stvara ustavni identitet nego ga samo prepoznaje kao fundamentalnu vrednost koja postoji pre ustava. Kao takav, zasnovan je na istorijskom ustavu. Shodno tome, Osnovni zakon je shvaćen samo kao instrument koji uvezuje Mađarsku u političku zajednicu na osnovu ustavnog identiteta koji potiče iz istorijskog ustava. Zbog toga je ustavni identitet hijerarhijski nadređen Osnovnom zakonu, što je sasvim neuobičajeni stav u teoriji ustavnog prava. Uobičajeno je da iznad ustava, s obzirom na to da ga usvaja ustavotvorac koji je suveren, nema vrednosti čija su pravila superiornija od ustava. Time je Ustavni sud Mađarske obezbedio prostor za manipulaciju prilikom utvrđivanja šta je ustavno a šta je neustavno, s obzirom na to da ga ne obavezuju ono što u Osnovnom zakonu piše.

Drugo, postavlja se pitanje kako mađarski Ustavni sud objašnjava istorijski ustav. Osim što povremeno ukazuje na njegova određena dostignuća, Ustavni sud niti daje njegovu definiciju niti ga objašnjava. Mađarski autori ističu da je reč o nejasnom, čak izmišljenom konceptu, čije je postojanje diskutabilno, kao i njegova priroda, i o kojem ne postoji konsenzus među ustavnim teoretičarima (Halmai 2018; Gardos-Orosz 2021; Bárd, Chronowski, Fleck 2023). Pretpostavka je da taj pojam obuhvata brojne zakone, kraljevske povelje, doktrine i običaje počevši od IX veka. Tu se posebno izdvaja doktrina o svetoj kruni koja je dominirala među teoretičarima koji su se u periodu od XIII do XX veka bavili proučavanjem suvereniteta, države i javnog prava (Bárd, Chronowski, Fleck 2022, 3–7). Oni koji osporavaju postojanje istorijskog ustava ističu da je taj koncept, ako je ikad postojao, prestao da postoji nakon II svetskog rata, kada je usvajanje prvog pisanog ustava signaliziralo kompletan raskid sa ustavnom istorijom Mađarske (Bárd, Chronowski, Fleck 2022, 7), odnosno da je priroda hiljadugodišnje istorije ustavnosti Mađarske uglavnom autoritarna (osim u retkim periodima, kao što je onaj nakon pada berlinskog zida), pa da je, samim tim, reč o konceptu koji nije komplementaran ustavnoj demokratiji (Halmai 2018, 41). S druge strane, postoje autori koji navode da Osnovni zakon, usvojen od političkog režima 2011. godine, kada je prestao da važi Ustav iz 1948, predstavlja most između današnje republike kao forme ustavne vladavine i perioda istorijskog ustava (Schweitzer 2013, 128).

Bilo kako bilo, zbog mnoštva nejasnoća, stav Ustavnog suda shodno kojem ustavni identitet počiva na istorijskom ustavu sprečava mogućnost preispitivanja te prošlosti jer se, da podsetimo, ustavni identitet oblikuje kontinuiranim redefinisanjem vrednosti koje ga čine. Pri tome, oslanjanje na prošlost, odnosno da pozajmimo Flečerov izraz, „zagledanje u pravnu tradiciju“, samo po sebi nije problem; pitanje je samo kakva je ta tradicija i šta se iz nje izdvaja ukoliko se insistira da je ona osnov za tumačenje ustavnog dokumenta današnje generacije. Drugim rečima, davanje na značaju istorijskom ustavu čiji su koncept i sadržina sporni otvara mogućnost legitimisanja autoritarne politike populističkog režima.

Treće, da je Ustavni sud zloupotrebio pojam ustavnog identiteta u svrhe podrške vladajućem režimu, govori i veza koju je taj sud uspostavio između suvereniteta i ustavnog identiteta. S obzirom na to da ustav ne stvara nego samo prepoznaje ustavni identitet, shodno mišljenju Ustavnog suda, Mađarska se ne može odreći svog identiteta putem međunarodnog ugovora. Ako bi to uradila, to bi ujedno značilo da se odriče svog suvereniteta, a samim tim i svoje nezavisne države. Dakle, ustavni identitet je neraskidivo povezan sa suverenitetom države, tačnije ustavni identitet je inherentan suverenitetu a ne ustavu. S tim u vezi, mađarski sud je istakao da se ustavni identitet manifestuje u suverenom aktu usvajanja ustava.⁷⁶ Ako se pođe od toga da se u preambuli Osnovnog zakona navodi da ga donose pripadnici mađarske nacije, onda veza između ustavnog identiteta i suvereniteta koju je ustanovio Ustavni sud ukazuje na to da se ustavni identitet svodi na radikalizovan nacionalni identitet – identitet mađarske nacije, koji prethodi državi. Dakle, to je zatvoren a ne inkluzivan koncept ustavnog identiteta, koji ne uvažava ograničenja i premise konstitucionalizma na kojima počiva ustavna demokratija nego insistira na homogenosti mađarske nacije, baš kao i sam premijer Orban (*Viktor Orbán*), koji je u izjavi iz 2017. godine istakao da je „očuvanje etničke homogenosti veoma važno“ (Halmai 2018, 36 fn 44).

Podsetićemo da bez obzira na to što postoje različite definicije ustavnog identiteta, o kojima smo prethodno govorile, svaka insistira na tome da ustavni identitet ujedinjuje, odnosno integriše sve pripadnike jedne političke zajednice. Koncept koji je razvio Ustavni sud Mađarske odstupa od toga jer je ustanovljen kao upotrebna vrednost u pružanju otpora evropskim integracijama. U prilog toj tezi govore i navodi Ustavnog suda o tome da je zaštita suvereniteta i ustavnog identiteta zadatak Ustavnog suda sve dok je Mađarska suverena država.⁷⁷ Inspiraciju za takav stav našao je u prethodno razmatranoj „lisabonskoj“ odluci Saveznog ustavnog suda Nemačke,

⁷⁶ Odluka 32/2021, para. 21, 99.

⁷⁷ Odluka 22/2016, para. 67.

zanemarujući činjenicu da, za razliku od nemačkog Osnovnog zakona, mađarski Osnovni zakon ne sadrži tzv. klauzulu večnosti koja predstavlja ograničenje za prenošenje nadležnosti na EU, kao i to da je pojam ustavnog identiteta u Nemačkoj razvijen radi zaštite ljudskih prava, a ne njihove erozije u svrhu antimigrantske politike vladajućeg režima. Prema tome, Ustavni sud Mađarske je instrumentalizovao doktrinu ustavnog identiteta da bi sprečio primenu prava EU uvek kada je to pravo u suprotnosti sa autoritarnim tendencijama populističkog režima.

5.3. Zloupotreba ustavnog identiteta u odbrani pravosudne reforme u Poljskoj

5.3.2. Prvi čin: ustavni identitet u ranim jadima bivšeg režima

Zloupotreba ustavnog identiteta kojoj je pribegao Ustavni sud Poljske u svrhe podupiranja populističke politike nastavak je, kao i u Mađarskoj, režimskog oslanjanja na taj institut, ali ne sa ciljem sprovođenja antiimigracione politike već radi slamanja nezavisnosti sudske vlasti.⁷⁸ Sa tim ciljem, intervencije vladajućeg režima obuhvatale su (noćni) upad u ustavni sud, promene u sastavu sudova i zloupotrebu procesa imenovanja (*court packing*), disciplinsko kažnjavanje sudija, prevremeno penzionisanje sudija, suspendovanje delotvornih sudskih mehanizama, a posredno i destabilizaciju sistema evropskog naloga za hapšenje (Bogdanowicz, Taborowski 2020; Kochenov, Scheppele, Grabowska-Moroz 2020; Gajda-Roszczyńska, Markiewicz 2020; Bogdanowicz 2020; Beširević 2022).

Našavši se na vetrometini, poljski sudovi su se okrenuli Sudu pravde i u prethodnom postupku, u kojem se odvija dijalog evropskih sudija u svrhe tumačenja prava EU, tražili njegovo reagovanje na urušavanje ustavnog načela vladavine prava i ustavom proklamovane sudske nezavisnosti. U tome im se, u nekoliko navrata, priključila i Evropska komisija, pokrećući niz postupaka pred Sudom pravde protiv Poljske zbog povreda prava EU.⁷⁹ Štaviše, frontalni napad bivšeg režima na poljsko pravosuđe primorao je EU

⁷⁸ Ovaj deo rada se delimično oslanja na Beširević 2025.

⁷⁹ Vid. npr. CJEU, Joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A. K. and Others v. Sąd Najwyższy (prev. Vrhovni sud)*, EU:C:2019:982, (nezavisnost disciplinskog veća); CJEU, C-824/18, *A.B. and Others*, ECLI:EU:C:2021:153, (imenovanje sudija Vrhovnog suda); CJEU, C-619/18, *Commission v. Poland*, ECLI:EU:C:2019:531 (nezavisnost pravosuđa, nezavisnost Vrhovnog suda, smanjenje sudijama granice za penziju po osnovu godina); CJEU, C-791/19, *Commission v. Poland*, ECLI:EU:C:2021:596, (nekompatibilnost režima sudske disciplinske odgovornosti).

da prvi put u svojoj istoriji aktivira sankcije militantne demokratije shodno članu 7 stav 1 UEU.⁸⁰ Da podsetimo, postupak predviđen u tom članu ima cilj da disciplinuje države članice koje ozbiljno i kontinuirano podrivaju osnovne ustavne vrednosti iz člana 2 UEU, uključujući demokratiju i vladavinu prava, tako što se one isključuju iz procesa glasanja u Savetu EU (Besselink 2017, 128–144; Beširević 2022, 85–86). Pokrećući taj postupak Evropska komisija je istakla da aktivnosti tadašnje poljske vlade u pogledu pravosuđa „[predstavljaju] jasan rizik od ozbiljnog kršenja vladavine prava od strane Republike Poljske iz člana 2 UEU“.⁸¹ Najzad, ilustrativna je i činjenica da je Sud pravde izrekao kaznu Poljskoj od milion evra dnevno za nepoštovanje privremene mere koju je izrekao, kojom je Poljska obavezana da raspusti Disciplinsko veće Vrhovnog suda i da osnovano kažnjava režimu neposlušne sudije (Scheppele 2023, 146).⁸²

Prva reakcija bivše poljske vlade na pokretanje postupka po članu 7 UEU usledila je 2018. godine. Na nalaze Evropske komisije poljska vlada je odgovorila u formi bele knjige (*White Paper*), ukazujući na to da EU nije nadležna da se meša u reformu pravosuđa u Poljskoj, imajući u vidu da je ustavni identitet države, koji proizlazi iz Ustava Poljske, ograničio mogućnost prenošenja nadležnosti na EU, uključujući i uređenje pravosudnog sistema.⁸³ Prema mišljenju tadašnje vlade, moguće razlike između država članica EU u sistemu pravosuđa proizilaze upravo iz nacionalnog ustavnog identiteta:

Pravni sistem Evropske Unije zasniva se na ustavnom pluralizmu država članica. [...] Svaka država ima specifična ustavna rešenja koja su ukorenjena u njenoj istoriji i pravnoj tradiciji i ove razlike su zaštićene ugovornim pravom Evropske Unije. [...] Ustavni identitet, suštinska vrednost svake nacionalne

⁸⁰ European Commission (EC) Reasoned Proposal in Accordance with Article 7(1) of the Treaty on European Union regarding the Rule of Law in Poland, Brussels of 20/12/2017 COM (2017) 835 final (EC Reasoned Proposal).

⁸¹ EC Reasoned Proposal.

⁸² CJEU, Case C-204/21 R, *Order of the Vice-President of the Court of 27 October 2021, European Commission v. Poland*, EU:C:2021:878.

⁸³ White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, The Chancellery of the Prime Minister, 7/3/2018.

zajednice, određuje ne samo najosnovnije vrednosti i u skladu sa njima zadatke državnih organa, već i postavlja granicu regulatorne intervencije Evropske Unije.⁸⁴

Da bi ovaj zaključak potkrepio, vladajući režim zlonamerno je tumačio relevantnu jurisprudenciju nemačkog Saveznog ustavnog suda o ustavnom identitetu i jurisprudenciju Suda pravde o nacionalnom identitetu država članica, ističući samo stavove ovih sudova koji su išli u prilog njegovom shvatanju ustavnog identiteta, a izostavljajući one koje nisu.⁸⁵

5.3.2. Drugi čin: sudski vetar u leđa populističkom otporu pravu EU

Notornom odlukom iz 2021. godine, poznatoj po svom broju K 3/21, Ustavni sud Poljske je, zloupotrebljavajući institut ustavnog identiteta, ne samo značajno narušio nezavisnost sudske grane vlasti, već se i direktno suprotstavio načelu suprematije prava EU, proglašavajući primat Ustava Poljske nad celokupnim pravom EU.⁸⁶

Istine radi, treba istaći da je, i pre nego što je populistički režim izvršio udar na poljsko pravosuđe, ustavni identitet zauzimao istaknuto mesto u jurisprudenciji Ustavnog suda koja se ticala evropskih integracija. O tome najbolje govore stavovi Suda u odluci o ratifikaciji Ugovora iz Lisabona iz 2010. godine.⁸⁷ Prvo, oslanjajući se na odluke Saveznog ustavnog suda Nemačke bazirane na argumentu suvereniteta, koje su se ticale Ugovora iz Mastrihta i Ugovora iz Lisabona, Ustavni sud definisao je ustavni identitet takođe kao manifestaciju suvereniteta Poljske: „[...]u svetlu kojeg se suverenitet Republike Poljske izražava u neotuđivim nadležnostima državnih organa, koje čine ustavni identitet države.“⁸⁸ Drugo, Sud je našao da obaveza očuvanja ustavnog identiteta proizlazi iz člana 90. stav 1. Ustava koji predviđa ograničenu mogućnost prenošenja nadležnosti na međunarodne

⁸⁴ White Paper, para. 169–170.

⁸⁵ White Paper, para. 171–183.

⁸⁶ Ustavni sud, Ref. No. K 3/21, 7. oktobar 2021, na engleskom jeziku dostupna na <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>, poslednji pristup 14. januara 2025.

⁸⁷ Ustavni sud, Ref. No. K 32/09, 24. novembar 2010, na engleskom jeziku dostupna na <http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Polonia-24novembre2010.pdf>, poslednji pristup 8. januara 2025.

⁸⁸ Odluka K 32/09, 22.

organizacije, očigledno smatrajući da to uključuje i EU.⁸⁹ Treće, prema Ustavnom sudu, nadležnosti važne za ovu diskusiju, uključujući nadležnosti koje se tiču načela pravne države, načela subsidiarnosti i nadležnosti za utvrđivanje nadležnosti (tzv. *Kompetenz-Kompetenz*) ne mogu se prenositi na EU.⁹⁰

U pomenutoj odluci K 3/21, reagujući na konflikt između pravnog sistema Poljske i prava EU, da bi osporio primat prava EU, Ustavni sud se, umesto pozivanja na suverenitet, poziva na ustavni identitet i proglašava članove 1, 2, 4. stav 3, i 19. stav 1. UEU protivnim Ustavu Poljske, u suštini zato što navedene norme UEU dozvoljavaju nacionalnim sudijama da, u skladu sa jurisprudencijom Suda pravde o garancijama nezavisnog sudstva, preispituju garancije nezavisnosti poljskih sudova, što ne spada u nadležnosti koje su poverene EU.⁹¹ Pre nego što detaljnije analiziramo ovu odluku, potrebne su dve napomene.

Prvo, odluka je doneta kao odgovor na odluku Suda pravde o izmenama zakona o postupku imenovanja sudija Vrhovnog suda Poljske kojom je Sud pravde našao da izmene mogu da dovedu to kršenja prava EU zbog izostanka efikasnog mehanizma sudske kontrole nad odlukama Nacionalnog saveta sudstva, koji bi trebalo da vodi postupak, i do povrede člana 267 UFEU, ako bi Sud pravde bio sprečen da vrši svoju nadležnost u prethodnom postupku.⁹² Sud pravde je posebno istakao da načelo suprematije prava EU obavezuje nacionalni sud da ne primeni zakonodavne izmene kojima se krši pravo EU.⁹³

Drugo, treba imati u vidu da je dva meseca pre nego što je Ustavni sud doneo odluku u predmetu K 3/21 kojom je utvrdio da je UEU delimično suprotan Ustavu Poljske, Evropski sud za ljudska prava zauzeo stav da se Ustavni sud Poljske ne može smatrati legitimnim sudom shodno članu 6(1) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, s obzirom na to je u njegovom odlučivanju učestvovao sudija koji je nezakonito izabran na sudijsku funkciju.⁹⁴ Shodno tome, složile bismo se sa mišljenjem Dimitri Kočenova (*Dimitry Kochenov*) da se odluka K 3/21 može smatrati formalno nezakonitom (Kochenov 2021).

⁸⁹ Odluka K 32/09, 23.

⁹⁰ Odluka K 32/09, 22–23.

⁹¹ Vid. Odluku K 3/21, para. 1–3.

⁹² Vid. *A.B. and Others*.

⁹³ *A.B. and Others*, para. 140–150.

⁹⁴ EctHR, *Xero Flor w Polsce sp. z o. o. v. Poland*, Appl. No. 4907/18, para. 289–291.

Pogledajmo sad zloupotrebu ustavnog identiteta u toj odluci. Da ponovimo: uzimajući u obzir da su organizacija i funkcionisanje nacionalnog pravosuđa bili podvrgnuti standardima EU, Ustavni sud je zaključio da su članovi 1, 2, član 4 stav 3 i član 19 stav 1 UEU nekompatibilni sa poljskim Ustavom u meri u kojoj dozvoljavaju Sudu pravde da preispita organizaciju i strukturu pravosudnog sistema države članice, a nacionalnim sudovima da zaobiđu odredbe poljskog Ustava primenjujući pravo EU. U čemu se ogleda zloupotreba ustavnog identiteta? Podsetimo na stav tog suda u „lisabonskoj“ odluci da se „nadležnosti, čije je prenošenje zabranjeno na međunarodne organizacije, manifestuju u ustavnom identitetu i stoga odražavaju vrednosti na kojima se Ustav zasniva“.⁹⁵ Imajući to u vidu, u odluci K 3/21 Ustavni sud je zauzeo stav da organizacija i funkcionisanje pravosudnog sistema pripadaju jezgru ustavnog identiteta koje se ne može preneti na međunarodnu organizaciju niti može biti predmet kontrole Suda pravde. O kojim nadležnostima je ovde reč?

Prvo, treba imati u vidu da je donošenje pomenute odluke imalo cilj da se predložena ovlašćenja predsednika Republike i Nacionalnog saveta sudstva u procesu imenovanja sudija očuvaju. Zbog toga je Ustavni sud naglasio da je mešanje Suda pravde u pravosudni sistem u Poljskoj bilo u suprotnosti sa ustavnim odredbama o nadležnostima nacionalnih organa u postupku imenovanja sudija.⁹⁶ Drugo, prema mišljenju Ustavnog suda, takvo mešanje je narušilo ustavne odredbe koje obezbeđuju nezavisnost sudstva jer je trebalo da sudije budu podvrgnute samo Ustavu i zakonima, ali ne i pravu EU.⁹⁷ Treće, podupirući otpor tadašnje vlade Poljske pravu EU, Ustavni sud je naveo da praksu Suda pravde nije trebalo shvatiti kao osnovu poljskim sudovima da stave van snage domaće zakone koje je Sud pravde smatrao nekompatibilnim sa članom 19 stav 1 UEU (vladavina prava), zbog toga što je to ovlašćenje u suprotnosti sa ustavnim načelom vladavine prava.⁹⁸ Prema mišljenju Ustavnog suda, glavni izvor takve neustavne prakse proizlazi iz člana 1 UEU, koji je omogućio novu fazu u evropskim integracijama dajući nove nadležnosti Sudu pravde koje prevazilaze one koje su poverene EU.⁹⁹ Shodno tome, Ustavni sud je zaključio da je član 1 UEU u suprotnosti sa članovima 2, 8 i 90 Ustava Poljske, u kojima se Republika Poljska definiše kao demokratska država, njen ustav proglašava najvišim pravnim aktom i

⁹⁵ Odluka K 32/09, 22–23.

⁹⁶ Odluka K 3/21, para. 3; vid. Ustav Poljske, član 179 u vezi sa članom 144 stav 3 tač. 17 i članom 186 stav 1.

⁹⁷ Odluka K 3/21, para. 2; vid. Ustav Poljske, član 178 stav 1.

⁹⁸ Odluka K 3/21, para. 2; vid. Ustav Poljske, član 7.

⁹⁹ Odluka K 3/21, para. 1.

ograničava mogućnost prenošenja nadležnosti na EU.¹⁰⁰ Ukratko, nezavisnost pravosuđa se uređuje nacionalnim zakonodavstvom, zasnovanim na ustavnom identitetu. Zbog toga, s obzirom na to da je obaveza EU, definisana u članu 4 stav 2 UEU, da poštuje nacionalne identitete država članica, njen zadatak nije da se, pod maskom vladavine prava garantovane u članu 2 i članu 19 stav 1 UEU, meša u način na koji Poljska organizuje svoje pravosuđe.

5.3.3. Treći čin: šta je „trulo“ u odluci K 3/21?

Pristup Ustavnog suda Poljske konceptu ustavnog identiteta dvostruko je manipulativan. Prvo, problematičan je pristup Suda pitanju šta čini nacionalni ustavni identitet. Da podsetimo, kada su desničarski populistici došli na vlast 2015. godine, važio je Ustav usvojen 1997. godine, koji i danas važi. Za razliku od mađarskih populista, poljski populistički režim nije menjao postojeći ustav niti je pokušao da donese novi. Utemeljen na liberalnim vrednostima, taj ustavni okvir predviđa uobičajene protagoniste načela podele vlasti, sa sudskom kao posebnom granom vlasti, nezavisnom od druge dve grane vlasti. U Ustavu je tako precizirano da su „sudije u vršenju svoje funkcije nezavisne i podložne samo Ustavu i zakonima“.¹⁰¹ U razmatranoj odluci K 3/21 Ustavni sud je takav status sudske vlasti prihvatio, ali samo da bi prekinuo saradnju sa Sudom pravde, kao da je Sud pravde taj koji ugrožava nezavisnost pravosuđa u Poljskoj. Štaviše, kako bi sprečio poljske sudove da primenjuju nacionalne zakona koje je Sud pravde smatrao nekompatibilnim sa garancijom vladavine prava iz člana 19 stav 1 UEU, Ustavni sud je selektivno i manipulativno tumačio ustavnu garanciju vladavine prava, smatrajući da vladavina prava obavezuje sudove da postupaju samo u skladu sa ustavom i zakonom, isključujući činjenicu da je i pravo EU „zakon“ koji obavezuje Poljsku. Istovremeno, precizirajući koje relevantne odredbe čine jezgro ustavnog identiteta, Ustavni sud je zanemario činjenicu da ustavna odredba kojom se precizira značenje vladavine prava u smislu da „organi javne vlasti funkcionišu na osnovu i u okviru granica zakona“¹⁰² – nameće obaveze i političkim organima vlasti, a ne samo sudovima.

Prema tome, ustavni identitet nije shvaćen kao manifestacija konstitucionalizma već obrnuto, kao instrument kojim se uništava odnos između ustava i konstitucionalizma. Kako smo ranije naglasile, u ustavnim demokratijama ustavni identitet se ne može odvojiti od normativnih ideala

¹⁰⁰ Odluka K 3/21, para. 1.

¹⁰¹ Ustav Poljske, član 178 stav 1.

¹⁰² Ustav Poljske, član 7.

konstitucionalizma. Ustavni sud je propustio da naglasi da vladavina prava obavezuje sve nosioce vlasti, a ne samo pravosuđe. Postoji još jedan problem. Prateći pomenutu Tripkovićevu podelu na opšte i posebne aspekte ustavnog identiteta, može se zaključiti da se vladavina prava, kao opšti aspekt ustavnog identiteta, ne može napustiti zarad specifičnosti poljskog društva koje formiraju specifične aspekte ustavnog identiteta. Međutim, to u ovom slučaju i nije ni bio problem. Reforma pravosuđa je ostvarena zakonima a ne ustavnim amandmanima, pa se zbog toga ne može posmatrati kao deo specifičnog ustavnog identiteta Poljske koji bi mogao da nadjača opšte elemente ustavnog identiteta, uključujući i vladavinu prava. Drugim rečima, Ustavni sud je prevideo da u kontekstu evropskih integracija Poljska može da bira način na koji će ustrojiti i organizovati pravosudni sistem, ali da u izabranom sistemu sudije moraju da budu nezavisne i nepristrasne.

Druga vrste manipulacije kojoj je pribegao Ustavni sud ogleda se u njegovom stavu da su pravo EU i poljski ustavni sistem dva odvojena režima vladavine prava, između kojih nema dodirnih veza. Taj pogrešan zaključak prvi put se pojavio u pomenutoj „lisabonskoj“ odluci Ustavnog suda, kada je taj sud zaključio da se neke nadležnosti, uključujući i garanciju vladavine prava, nikada ne mogu preneti na EU. Međutim, nijedna od neotuđivih nadležnosti ne odnosi se na specifične karakteristike poljske države već na fundamentalna načela i vrednosti zajedničke svim državama članicama. Glavni zahtev za svaku državu koja želi da pristupi EU jeste da sa drugim državama članicama i EU deli osnovne vrednosti koje čine ustavni identitet EU, kao što je vladavina prava. Ta obaveza ne prestaje kada se članstvo materijalizuje. Umesto toga, Ustavni sud u odluci K 3/21 vladavinu prava tretira, da pozajmimo izraz Bertrana Matjea (*Bertrand Mathieu*), kao „instrument asimilacije“, koji se, prema Matjeovom shvatanju, može koristiti za nametanje ideoloških vrednosti uprkos činjenici da je vladavina prava deo zajedničkih evropskih vrednosti (Mathieu 2022, 34).

Teza da je vladavina prava „instrument asimilacije“ i da je režim vladavine prava država članica odvojen od režima vladavine prava EU pogrešna je iz dva razloga. Prvo, u kontekstu EU, nacionalni sudovi su sudovi EU. Stoga bi bilo apsurdno, imajući u vidu da vladavina prava ima sličnu funkciju u svim pravnim sistemima utoliko što ograničava vlast, tvrditi da, kada primenjuju nacionalno pravo, nacionalni sudovi pribegavaju određenoj verziji vladavine prava koja se razlikuje od one na koju se oslanjaju u primeni prava EU. Akteri koji su obavezni da poštuju vladavinu prava u EU mogu se razlikovati, ali je suština te obaveze ista. Drugo, iako su koncepti vladavine prava i nezavisnosti sudstva podložni različitim tumačenjima, moguće je da se samo zlonamernim tumačenjem odstupi od premise da vladavina prava zahteva od sudije da, kada odlučuje u predmetima, postupi prema predvidljivim

pravnim pravilima, nezavisno od bilo kakvih uticaja, ličnih, profesionalnih ili političkih. Takav položaj nosilaca sudske vlasti nije bio moguć u reformi pravosuđa koju je poljski Ustavni sud želeo da legalizuje zloupotrebom ustavnog identiteta.

6. ZAKLJUČAK

Pravni poredak EU ima autonomnu prirodu i postoji paralelno sa pravnim sistemima država članica. Autonoman pravni poredak EU podrazumeva dve činjenice: prvo, EU deli javnu vlast sa državama članicama tako što u izvesnim oblastima donosi odluke koje stvaraju prava i obaveze ne samo za države članice nego i za građane država članica; drugo, pravo EU je nadređeno pravu država članica. Autonoman pravni poredak podrazumeva i to da države članice ne mogu da biraju na kojim principima će uspostaviti odnos sa pravom EU, što predstavlja značajnu razliku u odnosu na međunarodno pravo (Beširević 2023, 102). Odnos između nacionalnog i međunarodnog prava svaka država uređuje samostalno, birajući da li će taj odnos urediti shodno, uprošćeno rečeno, monističkom ili dualističkom shvatanju tog odnosa. Za razliku od toga, Sud pravde je državama članicama nametnuo načela na kojima je uređen odnos između pravnog poretka EU i njihovih pravnih poredaka, insistirajući pre svega na načelu suprematije (nadređenosti) prava EU pravu država članica.

Iako su dobrovoljno pristale da prenesu deo svog suvereniteta na EU, odrekavši se potpuno ili delimično nekih nadležnosti koje im pripadaju, to ne znači da su države članice u potpunosti prihvatile načela Suda pravde kojima se uređuje odnos pravnog sistema država članica i pravnog sistema EU. Načelo suprematije prava EU u odnosu na zakone i druge propise nikada nije izazivalo probleme u primeni, ali jeste njegova primena u odnosu na nacionalne ustave budući da ona podrazumeva da postoje propisi hijerarhijski superiorniji od nacionalnog ustava, koji je u državama članicama definisan kao akt najjače pravne snage.

Koncept suvereniteta je dugo bio mera kojom su ustavni i vrhovni sudovi država članica postavljali granice prodoru prava EU u nacionalni pravni poredak, da bi, stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona, pojam suvereniteta bio zamenjen pojmom ustavnog identiteta, koji je neodređen i podložan širokom tumačenju, slično kao i pojam suvereniteta.

Vetar u leđa naporima nacionalnih ustavnih tela koja vrše kontrolu ustavnosti da ograniče primenu prava EU dala je klauzula nacionalnog identiteta, ugrađena u član 4 stav 2 UEU kao rezultat kompromisa između

onih koji su videli budućnost evropskih integracija u federalnoj Evropi i onih koji nisu delili tu viziju. U obavezi EU da „poštuje jednakost država članica pred Ugovorima, kao i njihov nacionalni identitet, neodvojiv od njihovih temeljnih političkih i ustavnih sistema, uključujući i regionalnu i lokalnu samoupravu“, nacionalno ustavno sudstvo je pronašlo osnovu za uticanje na tok evropskih integracija pozivanjem na nacionalni ustavni identitet, uvek kada je EU odlazila jedan korak dalje u stvaranju sve čvršćeg saveza među narodima Evrope.

Rasprava u ovom radu ukazala je na dve tendencije – na upotrebu ustavnog identiteta u dijalogu između Suda pravde i nacionalnih sudova u kontekstu razgraničavanja nadležnosti između dva pravna poretka i na zloupotrebu koncepta ustavnog identiteta kojoj su pribegli ustavni sudovi Mađarske i Poljske da bi u istom tom kontekstu dali podršku vladajućim režimima čiji je način vladavine karakterističan za autoritarne sisteme. Te tendencije ukazuju na sledeće zaključke.

Prvo, očigledno je da je ustavni identitet zamenio suverenitet kao normativni koncept razvijen u kontekstu razgraničavanja nadležnosti između EU i država članica, čiji se odnos zasniva na ustavnom pluralizmu, odnosno na ideji da ti pravni sistemi paralelno postoje i nijedan nije superiorniji od onog drugog. I dok Sud pravde insistira na primeni načela suprematije prava EU, nacionalno ustavno sudstvo nastoji da, pozivajući se na fundamentalne vrednosti koje čine jezgro njihovog ustavnog identiteta, ograniči prodor prava EU u nacionalni pravni sistem, a time i kontroliše tok i tempo evropskih integracija. Ostaje da se vidi da li će doktrina o ustavnom identitetu EU, koju je razvio Sud pravde i koja počiva na vrednostima zajedničkim ustavnim demokratijama, konačno privoleti države članice da od toga odustanu.

Drugo, upotreba ustavnog identiteta u dijalogu između Suda pravde i ustavnog sudstva država članica nije dovela u pitanje vezu između ustavnog identiteta i konstitucionalizma bez obzira na intenzitet nacionalne retorike. Drugim rečima, cilj pozivanja na ustavni identitet u praksi ustavnog sudstva država članica, uključujući praksu ustavnosudskih tela u Nemačkoj, Italiji, Francuskoj, Češkoj i Irskoj, koje je u ovom radu razmotreno, nije bila erozija demokratskog sistema u tim državama. Ponuđeni primeri ukazuju na to da je, u kontekstu evropskih integracija, retorika o ustavnom identitetu država članica nametnuta da bi se očuvao značaj ustava koji počiva na demokratskom legitimitetu ili da bi se istakla ili proširila nadležnost ustavnog sudstva u nacionalnim sistemima organizacije vlasti.

Nasuprot tome, cilj zloupotrebe ustavnog identiteta od ustavnih sudova u Mađarskoj i Poljskoj bilo je raskidanje veze između ustavnog identiteta i konstitucionalizma, oslanjanjem na mitski koncept ustavnog identiteta u

prisustvu kojeg je i sam ustav izgubio važnost. Takvo shvatanje ustavnog identiteta potvrđuje strahove onih koji su sumnjali da ustavni identitet može da predstavlja nešto više od običnog „džokera“ koji se koristi za postizanje politički poželjnih rezultata, s jedne strane, i za razaranje pravnog poretka EU, sa druge strane, koji zbog toga pokazuju da bi doktrinu o ustavnom identitetu trebalo napustiti. Ne bismo mogle da se složimo sa tim kvalifikacijama. Fluidna priroda ustavnog identiteta često je izvor različitih tumačenja, kao što je to slučaj u tumačenju mnogih drugih pojmova u ustavnoj teoriji, koji su takođe nejasni i široko postavljeni, uključujući suverenitet, slobodu, jednakost, secesiju i mnoge druge. Kao normativni koncept, ustavni identitet nije opasan sam po sebi; opasnost proizilazi iz njegove zloupotrebe.

Najzad, nacionalno ustavno sudstvo verovatno neće prestati da se opire načelu suprematije prava EU, ali neće ni Sud pravde, svojom doktrinom o ustavnom identitetu EU i tumačenjem „lisabonske“ klauzule nacionalnog identiteta, prestati da sprečava države članice da manipulišu nacionalnim ustavnim identitetom sa ciljem suprotstavljanja pravu EU i eroziji demokratije.

LITERATURA

- [1] Albanesi, Enrico. 2021. National Identity (under Art. 4(2) TEU) and Constitutional Identity (as Counter-Limits) are not the Same. 108–126. *Peace, Discontent and Constitutional Law. Challenges to Constitutional Order and Democracy*, ed. Martin Belov. London: Routledge.
- [2] Amalfitano, Chiara, Oreste Pollicino. 2018. Two Courts, two Languages? The Taricco Saga Ends on a Worrying Note. VerfBlog. <https://verfassungsblog.de/two-courts-two-languages-the-taricco-saga-ends-on-a-worrying-note/>, DOI: 10.17176/20180605–204156–0, poslednji pristup 8. januara 2025.
- [3] Anagnostaras, Georgios. 1/2021. Activating Ultra Vires Review: The German Federal Constitutional Court Decides Weiss. *European Papers* 6: 801–829.
- [4] Aristotel. 1975. *Politika*, pred. Miloš N. Đurić. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod.
- [5] Bárd, Petra, Nóra Chronowski, Zoltán Fleck. 2022. Inventing Constitutional Identity in Hungary. *MTA Law Working Papers*: 1–31.

- [6] Bárd, Petra, Nóra Chronowski, Zoltán Fleck. 2023. Use, Misuse and Abuse of Constitutional Identity in Europe. 611–633. *Research Handbook on the Politics of Constitutional Law*, ed. Mark Tushnet, Dmitry Kochenov. Edward Elgar Publishing.
- [7] Barrett, Gavin. 2023. Constitutional Identity, Ireland and the EU: The Irish Supreme Court Ruling Costello v. Government of Ireland. VerfBlog. <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-ireland-and-the-eu/>, DOI: 10.17176/20230322-185237-0, poslednji pristup 8. januara 2025.
- [8] Baudoin, Marie-Élisabeth. 1/2022. Constitutional identity, a new legal Babel in Europe. *Hungarian Journal of Legal Studies* 63: 21–37.
- [9] Berlin, Isaiah. 1967. To Define Populism. The Isaiah Berlin Virtual Library. Posted 14 October 2013. <https://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>, poslednji pristup 19. januara 2025.
- [10] Beširević, Violeta. 2025. Why Judicial Independence Collapses: Constitutional Identity to Mars, the Rule of Law to Venus? *Judicial independence: Critical Actions for Sustaining or Restoring the Independence of National Courts in the EU*, ed. Petra Bárd, Jasper Krommendijk. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, in press.
- [11] Beširević, Violeta. 2019. If Schmitt were alive... Adjusting Constitutional Review to Populist Rule in Serbia. 193–207. *New Politics of Decisionism*, ed. Violeta Beširević. The Hague: Eleven International Publishing.
- [12] Beširević, Violeta. 1/2013. Ustav bez demosa: zašto Evropska Unija (ipak) ima ustav? *Pravni zapisi* 4: 27–61.
- [13] Beširević, Violeta. 2022. Thinking Outside the Politics Box: Framing a Judicial Role in Shaping Militant Democracy in the European Union. 74–98. *Courts and Judicial Activism under Crisis Conditions: Policy Making in a Time of Illiberalism and Emergency Constitutionalism*, ed. Martin Belov. UK: Routledge.
- [14] Beširević, Violeta. 2023. *Osnovi Ustavnog prava Evropske Unije*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerzizeta Union.
- [15] Besselink, Leonard. 2017. The Bite, the Bark, and the Howl. Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives. 128–144. *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, ed. András Jakab, Dmitry Kochenov. Oxford: Oxford University Press.
- [16] Bloom, William. 1990. *Personal Identity, National Identity, and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press.

- [17] Bodnár, Eszter. 2022. Disarming the Guardians – the Transformation of the Hungarian Constitutional Court After 2010. 254–294. *Anti-Constitutional Populism*, ed. Martin Krygier, Adam Czarnota, Wojciech Sadurski. Cambridge Studies in Law and Society. Cambridge: Cambridge University Press.
- [18] Bogdanowicz, Piotr, Maciej Taborowski. 2/2020. How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: the Polish Experience: ECJ (Grand Chamber) 24 June 2019, Case C-619/18. *European Commission v Republic of Poland*. *European Constitutional Law Review* 16: 306–327.
- [19] Bogdanowicz, Piotr. 2020. Legal Opinion about the Consequences of Judgment of the Court of Justice of the European Union on the National Council of the Judiciary and the Disciplinary Chamber in the Light of European Union Law. Warsaw: The Batory Foundation. https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2020/02/Opinia-na-temat-wyroku-w-sprawie-KRS-i-ID_ENG.pdf, poslednji pristup 8. januara 2025.
- [20] Booth, James W. 2/1999. Communities of Memory: On Identity, Memory, and Debt. *The American Political Science Review* 93: 249–263.
- [21] Bruggeman, Robbert, Joris Larik. 1/2020. The Elusive Contours of Constitutional Identity: Taricco as a Missed Opportunity. *Utrecht Journal of International and European Law* 35: 20–34.
- [22] Capik, Agata Barbara, Martin Petschko. 2013. One Says the Things Which One Feels the Need to Say, and Which the Other Will Not Understand: Slovak Pension Cases Before the CJEU and Czech Courts. *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 9: 61–76.
- [23] Doyle, Oran. 4/2023. Constitutional Identity, Legal Autonomy, and Sovereignty: Costello v. Government of Ireland [2022] IESC 44. *European Constitutional Law Review* 19: 715–737.
- [24] Drinóczi, Tímea, Pietro Faraguna. 2023. The Constitutional Identity of the EU as a Counterbalance for Unconstitutional Constitutional Identities of the Member States. 57–87. *European Yearbook of Constitutional Law 2022: A Constitutional Identity for the EU?*, ed. Jurgen de Poorter, Gerhard van der Schyff, Maarten Stremler, Maartje De Visser, Ingrid Leijten, Charlotte van Oirsouw. The Hague: Asser Press.
- [25] Đurić, Vladimir. 2017. Ustavni identitet Srbije u kontekstu evropskih integracija i ustavnih promena. 263–277. *Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme*, ur. Olga Jović Prlainović. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

- [26] Fabbrini, Federico, András Sajó. 4/2019. The Dangers of Constitutional Identity. *European Law Journal* 25: 457–473.
- [27] Faraguna, Pietro. 2024. Unconstitutional Constitutional Identities in the European Union. 300–311. *Deciphering the Genome of Constitutionalism: The Foundations and Future of Constitutional Identity*, ed. Ran Hirschl, Yaniv Roznai. Cambridge: Cambridge University Press.
- [28] Faraguna, Pietro. 7/2017. Constitutional Identity in the EU – A Shield or a Sword? *German Law Journal* 18: 1617–1640.
- [29] Fearon, James D. 1999. What Is Identity (As We Now Use the Word)? Working paper. Unpublished manuscript. Stanford, CA: Stanford University Department of Political Science.
- [30] Fletcher, George P. 1993. Constitutional Identity. *Cardozo Law Review* 14: 737–746.
- [31] Gajda-Roszczyńska, Katarzyna, Krystian Markiewicz. 2020. Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland. *Hague Journal on the Rule of Law* 12: 451–483.
- [32] Galimberti, Marco, Stefania Ninatti. 2/2020. Constitutional Resistance to EU Law: The Courts and Test of Constitutional Identity Conflicts. *Pravni zapisi* 11: 413–460.
- [33] Gardos-Orosz, Fruszina. 7/2021. Two Influential Concepts: Socialist Legality and Constitutional Identity and Their Impact on the Independence of the Judiciary. *German Law Journal* 22: 1327–1343.
- [34] Habermas, Jürgen. 2002. Toward a European political community. *Society* 39: 58–61.
- [35] Hailbronner, Michaela, David E. Landau. 2017. Introduction: Constitutional Courts and Populism. *VerfBlog*. <https://verfassungsblog.de/introduction-constitutional-courts-and-populism/>, DOI: 10.17176/20170422-142731, poslednji pristup 8. januara 2025.
- [36] Halmai, Gábor. 1/2018. Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law. *Review of Central and East European Law* 43: 23–42.
- [37] Hirschl, Ran, Yaniv Roznai. 2024. Introduction: The Quandaries and Parables of Constitutional Identity. 1–20. *Deciphering the Genome of Constitutionalism: The Foundations and Future of Constitutional Identity*, ed. Ran Hirschl, Yaniv Roznai. Cambridge: Cambridge University Press.

- [38] Hogg, Michael, Dominic Abrams. 1988. *Social Identifications: A Social Psychology of Intergroup Relations and Group Processes*. London: Routledge.
- [39] Jacobsohn, Gary Jeffrey. 2010. *Constitutional Identity*. Harvard University Press.
- [40] Jenkins, Richard. 1996. *Social Identity*. London: Routledge.
- [41] Jovanović, Miodrag. 4/2015. Sovereignty – Out, Constitutional Identity – In: The ‘Core Areas’ Controversy in the European Union. *Acta Juridica Hungarica* 56: 249–267.
- [42] Kadelbach, Stefan. 2020. Are Equality and Non-Discrimination Part of the EU’s Constitutional Identity? 13–24. *The European Union as Protector and Promoter of Equality. European Union and its Neighbours in a Globalized World*, ed. Thomas Giegerich. Berlin: Springer.
- [43] Kelemen, Daniel, Laurent Pech. 2019. The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 21: 59–74.
- [44] Kochenov, Dimitry, Kim Lane Scheppele, Barbara Grabowska-Moroz. 1/2020. EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union. *Yearbook of European Law* 39: 1–121.
- [45] Kochenov, Dimitry. 2021. Mad in Poland. EU Law Live. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3990420, poslednji pristup 8. januara 2025.
- [46] Landau, David, Rosalind Dixon. 3/2020. Abusive Judicial Review: Courts against Democracy. *U.C. Davis Law Review* 53: 1313–1387.
- [47] McCormick, Neil. 1999. *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press.
- [48] Maes, Christophe. 2024. The Notion of Constitutional Identity and its Role in European Integration. 1–92. <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, poslednji pristup 8. januara 2025.
- [49] Mathieu, Bertrand. 2022. Constitutional Identity. 21–39. *International Law From a Central European Perspective*, ed. Anikó Ráisz. Central European Academic Publishing.

- [50] Matczak, Marcin. 2019. Poland: From Paradigm to Pariah? Facts and Interpretations of Polish Constitutional Crisis. 141–160. *New Politics of Decisionism*, ed. Violeta Beširević. The Hague: Eleven International Publishing.
- [51] Millet, François-Xavier. 2019. Constitutional Identity in France: Vices and – Above All – Virtues. 134–152. *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, ed. Christian Calliess, Gerhard van der Schyff. Cambridge: Cambridge University Press.
- [52] Müller, Jan-Werner. 2017. *What is populism?* Penguin Books.
- [53] Novićić, Žaklina, 2023. *Sukob nacionalnog i nadnacionalnog u Evropskoj Uniji – Ustavni identiteti*. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu.
- [54] Payandeh, Mehrdad. 2017. The OMT Judgment of the German Federal Constitutional Court. *European Constitutional Law Review* 13: 400–416.
- [55] Rasmussen, David. 2019. Reflections on the Nature of Populism and the Fragility of Democracy: Democracy in Crisis. 53–60. *New Politics of Decisionism*, ed. Violeta Beširević. The Hague: Eleven International Publishing.
- [56] Rosenfeld, Michel. 2010. *The Identity of the Constitutional Subject – Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*. London – New York: Routledge.
- [57] Rosenfeld, Michel. 2012. Constitutional Identity. 756–776. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld, András Sajó. Oxford: Oxford University Press.
- [58] Rosenfeld, Michel. 2024. Deconstructing Constitutional Identity in Light of the Turn to Populism. 286–299. *Deciphering the Genome of Constitutionalism: The Foundations and Future of Constitutional Identity*, ed. Ran Hirschl, Yaniv Roznai. Cambridge: Cambridge University Press.
- [59] Sadurski, Wojciech. 33/2006. European Constitutional Identity? *EUI-Working Paper in Law*: 1–22.
- [60] Scheppelle, Kim Lane. 2023. Treaties without a Guardian: The European Commission and the Rule of Law. *Columbia Journal of European Law* 29: 93–183.
- [61] Schmitt, Carl. 2007. *The Concept of the Political*, prev. George Schwab. Chicago: The University of Chicago Press.
- [62] Schmitt, Carl. 2008. *Constitutional Theory*, prev. Jeffrey Seitzer. Durham, USA: Duke University Press.

- [63] Scholtes, Julian. 2023. *The Abuse of Constitutional Identity in the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- [64] Schweitzer, Gábor. 1/2013. Fundamental Law – Cardinal Law – Historical Constitution: The Case of Hungary since 2011. *Journal on European History of Law* 4: 124–128.
- [65] Stanić, Miloš. 2021. Ukratko o ustavnom identitetu kao mostu saradnje Evropskog suda pravde i nacionalnih ustavnih sudova država članica. *Revija za evropsko pravo* 23: 61–71.
- [66] Taylor, Charles. 1989. *The Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- [67] Tripković, Boško. 2017. *The Metaethics of Constitutional Adjudication*. Oxford: Oxford University Press.
- [68] Troper, Michel. 2010. Behind the Constitution? The Principle of Constitutional Identity in France. 187–202. *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, ed. András Sajó, Renáta Uitz. The Hague, Netherlands: Eleven International Publishing.
- [69] Várady, Tibor. 2019. Populism – A Notion Rising above Its Context. 37–51. *New Politics of Decisionism*, ed. Violeta Beširević. The Hague: Eleven International Publishing.
- [70] Waldron, Jeremy. 2021. The Rule of Law as an Essentially Contested Concept. 121–136. *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, ed. Jens Meierhenrich, Martin Loughlin. Cambridge: Cambridge University Press.
- [71] Weiler, Joseph. H. H. 2003. In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg. 7–23. *European Constitutionalism Beyond the State*, ed. Joseph H. H. Weiler, Marlene Wind. Cambridge: Cambridge University Press.
- [72] Wendel, Mattias. 3/2021. The Fog of Identity and Judicial Contestation: Preventive and Defensive Constitutional Identity Review in Germany. *European Public Law* 27: 465–494.
- [73] Zbíral, Robert. 4/2012. Czech Constitutional Court, Judgment of 31 January 2012, Pl. Ús 5/12: A Legal Revolution or Negligible Episode? Court of Justice Decision Proclaimed Ultra Vires. *Common Market Law Review* 49: 1–18.

Violeta BEŠIREVIĆ, PhD

Professor, Union University Law School, Serbia

Ana VLADISAVLJEVIĆ, LL.M.

Teachning Assistant, Union University Law School, Serbia

CONSTITUTIONAL RESISTANCE TO EUROPEAN INTEGRATIONS: THE USE AND ABUSE OF CONSTITUTIONAL IDENTITY

Summary

The EU Member States have accepted the principle of supremacy of EU law over national legislation – but not over national constitutions. The discussion in this paper reveals that: (1) the use of constitutional identity to control the penetration of EU law into national legal systems serves to preserve the importance of the national constitution and/or strengthen/expand the jurisdiction of the national constitutional judiciary; (2) relying on constitutional identity for these purposes has not threatened the constitutional pluralism on which the relationship between the legal orders of the EU and the Member States rests; (3) the abuse of constitutional identity by the constitutional courts of Poland and Hungary, aiming to support the resistance of populist regimes to European integrations, has broken the link between constitutionalism and constitutional identity, and as such, has managed to threaten the further functioning of constitutional pluralism within the EU.

Key words: *Constitutional identity. – National identity. – Populism. – Supremacy of EU law. – European Union.*

Article history:
Received: 25. 1. 2025.
Accepted: 6. 5. 2025.