

PERSPEKTIVE
IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI
SISTEM SRBIJE

KNJIGA 4

ZBORNİK RADOVA

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

BEOGRAD, 2014

Lektor i korektor

Irena Popović

Tehnički urednik

Zoran Grac

Korice

Marija Vuksanović

Priprema i štampa

Dosije studio, Beograd

ISBN 978-86-7630-469-1

Tiraž

300

Adresa redakcije

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Centar za izdavaštvo i informisanje

Bulevar kralja Aleksandra 67

Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776

e-mail: centar@ius.bg.ac.rs

web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизacija у публикацији

Народна библиотека Србије, Београд

340.137(4-672EU:497.11)(082)

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 4 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2014 (Beograd : Dosije studio). – 355 str. ; 24 cm. – (Biblioteka Zbornici)

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 300. – Str. 9–10: Predgovor / urednik ; Forward / editor. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-469-1

1. Лилић, Стеван [уредник] [аутор додатног текста]

а) Право – Хармонизација – Европска унија – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 212155404

Проф. др Оливера Вучић*

УСТАВНО ПРАВОСУЂЕ ИЗМЕЂУ СУДСКОГ АКТИВИЗМА И СУДСКЕ УЗДРЖАНОСТИ

Апстракт

Усвојављање уставног судства било је израђено бројним осмиславањима која су полазила од политичког карактера устава као мерила пресуђења што, неминовно, води политичкој природи уставног судства, немогућности контроле народа уставног суда као осмишљеног тела, збњи од ширине надлежности ових органа и карактера одлука које доносе и, посебно, од поремећаја који ће њихово увођење изазвати у погледу функционисања начела поделе власти. Посебна забринутост исказивана је у погледу могућности да уставни суд, као самосталан орган, независан од законодавне, извршне и власти редовних судова, у своме деловању искаже неприхватљиву меру судског активизма, односно недовољну опрезност на дужно уздржавање од социјалне активности, којим би потврдио и учинио оправданим сва уједначавања његових критичара. Искуства остварена у пракси уставног судског осмишљања у САД, показују да мера исказаног судског активизма варира у зависности од конкретних друштвених околности, природе и значаја спорних правних питања која Суд решава и судијског састава који доноси одлуке, док праксу уставног правосудја у европским државама условљава прецизнији нормативни оквир којим се регулише активизам суда. Посебан пример представља уставно правосудје у Републици Србији где су могућности судијског активизма знајно изгледније.

Кључне речи: Уставни суд. – Судски активизам. – Судска уздржаност. – Стирана искуства. – Норма и пракса у Републици Србији.

Од времена успостављања уставног судства, чувеним Уставом Ханса Келзена који је донет 1920. године у Аустрији, у коме је својеврсни „подухват столећа” на пољу уставноправне науке и праксе оспораван из значајног броја разлога, постојала је бојазан да ће та новоуведена институција у своме деловању бити непознаница и у погледу свог претпостављеног активизма. Тако се једна од многих збњи које су тада

* Др Оливера Вучић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и судија Уставног суда Србије. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (179059), који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

истициане у погледу новоуспостављеног органа заштите устава и уставности односила управо на активизам који би се јавио као последица самосталног процењивања потребе његовог исказивања од стране самог уставног органа, везано за поступање у конкретном случају. Да подсетимо, разлога за опонирање успостављању уставног судства било је много.¹ Међу њима, као најпознатији, били су они који су везивани за природу овога органа или, прецизније, за питање – колика ће бити мера његовог политичког деловања и политичке улоге, односно да ли се овим ширењем организационе структуре државне организације угрожава неки од већ постојећих и потврђених органа. С тим у вези, најпре орган законодавне власти, у смислу његове неприкосновене надлежности и сувереног доношења највиших правних аката после устава – закона. Односно, да ли се успостављањем уставног судства у мери која није оправдана, па ни прихватљива, нарушава општеприхваћено начело поделе власти које се сматра стубом и носиоцем сложеног начела владавине права. Надаље, да ли ће се неспорни политички карактер устава, као мерила којим се уставни суд руководи у решавању уставних спорова, пренети на карактер његовог судовања, а тако и на природу и карактер, па тиме и значај његових одлука, као и да ли ће се и на који начин с правом истициани карактер политичког јавити као могуће, чак сасвим очекивано, поступање у избору судија овога суда које ће тешко бити заклоњено од политике и политичког у сваком друштву и да ли ће тако изабране судије бити независне у своје судијском деловању, понајпре у односу на извршну власт и њене носиоце. На крају, али не и као једино преостало, јер ова прилика не дозвољава да се изнесу сви наводи опонената уставног судства, као разлог одвраћања од увођења ове институције навођена је могућност да се овај орган, из многих разлога, јави као самостално дејствујући, без импулса који би дошао од неког другог органа или појединца. У те и такве разлоге треба убројити с правом очекивани, за потребе вршења уставне функције нужан, неспорно стручни састав, односно угледне правне стручњаке доказаног друштвеног и професионалног статуса чија би се реч и став исто тако нужно морали поштовати, затим уставом утврђену надлежност која подразумева оцену рада свих чинилаца који доносе акте и предузимају радње којима се може повредити врховни закон земље – устав, а потом и одлуке које овај орган доноси а које представљају судове без призива, које се односе на све, извршне су и коначне. Дакле, појава самосталног дејства, исказивања свог аутономног активизма и деловање, за разлику од органа редовног судства, на основу сопствене одлуке којом се, ничим са стране условљен, активира механизам који ће пресудити у одређеној спорној правној ствари, без чекања да неко од уставом овлашћених предлагача покрене уставног судски поступак и механизам заштите устава.

1 О најзначајнијим замеркама увођењу уставног судства контроле уставности в. више у: Hans Lehner, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München 1954, S. 45, и Hans Spanner, *Zür richterlichen Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, Bd. III, Heft 1, Wien 1951, S. 41.

Само успостављање уставног судства отворило је питање: да ли је и у којој мери прикладно поступање уставног судства које се манифестује као судски активизам, или је уставном судству, због његове уставне природе, уставне функције и друштвене мисије, прикладније поступање које се манифестује као судска уздржаност и деловање које настаје и одвија се тек након позива који долази изван самога суда. Уставни суд је, неспорно, у мери у којој је суд, осмишљен као орган чије ће деловање и поступање бити изазвано и опредељено захтевом који ће поднети различити субјекти који делују изван самог суда и који ће му се обратити из разлога потребе да својом одлуком утврди да ли је дошло до повреде устава или закона и очекивањем да се таква повреда отклони елиминасањем таквог акта из правног поретка. Али, уставни суд је, по самој уставној дефиницији своје природе и уставног положаја, истовремено и орган који представља чувара важећег устава, те није неразумно, а није ни правно и политички по себи штетно, да и сам, као активни чинилац друштвеног и уставног система и чувар највише рангираног права у држави, делује у смислу остварења те своје природе и своје уставом опредељене функције и тако још ефикасније заштити устав и уставни поредак и њиме ујемчена људска и мањинска права.

Кључ ове дилеме, ако је на данашњем степену развоја уставног судства уопште у питању актуелна као базична дилема, лежи у мери којом ће се уставни суд руководити приликом таквог свог поступања, односно у правилној и друштвено и правно одговорној и оправданој процени када ће и у којим приликама деловати на такав начин. То треба разумети и подржати као суштину одговора на постављено питање и на својеврсну дилему која се редовно, доиста са променљивом снагом, поставља у деловању сваког уставносудског органа, у било којој држави у којој такви органи постоје и поступају и у различитим условима. У овој констатацији треба видети и својеврсну одбрану активизма самог уставног суда и одлука које доноси и које представљају резултат те самостално извршене процене.

„Проблем” судског, односно уставносудског активизма, изнет је на светску уставноправну сцену најмаркантније у пракси Врховног суда Сједињених Америчких Држава у чувено време конзервативизма америчких судија и њиховог реформисања од америчког председника и представља најупечатљивији доказ да судски активизам постоји и да се против њега, уколико оцена која му се даје изазива такво поступање, може и мора борити управо зарад одбране принципа од којих се, приликом успостављања уставног судства, пошло.² Подсетићемо да су, изборивши се за право вршења контроле уставности, судови Сједињених Америчких Држава, како савезни, тако и државни, наставили да ту контролу врше као део својих редовних функција, не сматрајући је

2 Ваља напоменути да управо уставни суд који је настао као последица генијалне идеје чувеног аустријског теоретичара права Келзена – Уставни суд Аустрије има опредељену могућност да, под прописаним условима, сам покрене поступак уставног спора, дакле да делује *ex officio* и тиме по сопственој оцени покрене уставносудске поступке.

својом изузетном влашћу, већ пре редовном дужношћу.³ Пракса, настала таквим поступањем, показује да је по доношењу првих пресуда почетком XIX столећа, тачније пресуде из 1803. године, отпочело раздобље затишја у активности судова, у коме закони нису проглашавани неуставним. Деценије које су потом уследиле представљале су период потпуног замирања ове врсте судског ангажовања. Извесно оживљавање се догодило почетком друге половине XIX столећа, када је започео благи раст активности, који је достигао своје највише тачке у трећој и четвртој деценији XX столећа.⁴ Од 1920. до 1936. године Врховни суд је прогласио неуставним скоро половину (36) од 77 савезних закона, колико их је укупно прогласио неуставним од чувеног спора из 1803. године. Основне одлике тако успостављене судске контроле уставности следиле су судбину самог устава Сједињених Америчких Држава, тог, Јовичићевом речју казано, „праустава”, служећи касније, многим државама као образац сопственог поступања у овој ствари. То поступање је одликовало пажљиво изучавање *Федералистичких списа (The Federalist Papers)*, који, како истиче Чавошки, „и данас уживају неоспорни ауторитет изворног тумачења Устава”,⁵ као и предузимљивост самог Суда. Уз њих, природно, треба поменути и карактеристике условљене начином образовања Суда, његовим саставом, карактером мандата чланова који га чине, начином на који они доносе одлуке и могућностима којима притом, као појединци, располажу. Будући да се тај систем контроле уставности примењује искључиво у вези с решавањем одређеног спора, чија је, дакле, нужна претпоставка да је одређени процес пред судом у току, при чему ни то није довољно да би контрола уставности била предузета, нужно је истаћи да једна од странака у спору треба да покрене такву иницијативу, односно да стави приговор да је закон на који се друга странка позвала противустан, позивајући суд да утврди веродостојност навода и у том смислу донесе одлуку. У вези са том одликом запажају се две ствари. Прво, да се контрола уставности не врши као посебан поступак, већ се о њој решава као о претходном питању неког конкретног случаја и, друго, да се суд сам, по сопственој иницијативи, не упушта у испитивање уставности, већ то чини само на иницијативу једне од странака.⁶

3 Тако М. Стојановић, *Судска контрола уставности – Упоредноправни увод на неке проблеме уставности*, Београд 1960, стр. 40.

4 Из оваквих прегледа може се закључити да постоји непосредна веза пресуђивања о овој врсти спорова и политичких прилика појединих етапа у развоју америчкога друштва. О томе Стефановић истиче да се Суд није упуштао у испитивање уставности федеративних закона „gotovo sve do secesionističkog rata, jer za to vrijeme nije nitko pokretao pred njim takvo pitanje” и да је „tek posle toga rata bila definitivno utvrdjena ta praksa”. Међутим, након тога, настаје период пуне активности, те је само Врховни федеративни суд „do 1913. godine proglasio protivustavnima 33 federativna i 200 zakona posebnih država. U svim tim slučajevima radilo se, razumije se, o protivustavnosti s obzirom na federativni Ustav”. J. Stefanović, *op. cit.*, стр. 58–59.

5 К. Чавошки, *Уставности и федерализам, Судска контрола уставности у анілосаксонским федералним државама*, Београд 1982, стр. 57.

6 Тако, Суд се неће упустити у одлучивање по захтеву за испитивање уставности неког закона: „ако одлука о томе не мора да утиче на одлуку о правима странака”.

Неспорно је да се значајном одликом система судске контроле уставности Сједињених Америчких Држава оправдано сматра примена доктрине самоограничења (*self-restraint*) као својеврсне бране неограниченој слободи судског поступања.⁷ Основни циљ тога начела је да суд остане у домену права, да се заузда његово ангажовање у политичким стварима и, тиме, умањи стална опасност да суд постане орган-конкурент класичној политичкој власти.⁸ Та се одлика обликовала самим трајањем и вршењем контроле уставности, сталним радом Суда на изградњи и уобличавању система правила свога понашања. Сачињена је од низа принципа, који, узети заједно, граде доктрину самоограничења.⁹ Иако је у појединим периодима Суд у различитој мери држао до ове своје карактеристике, чини се ипак оправданим гледање на њу као на последицу увиђања америчког судства да се у погледу његове нарастајуће снаге и праксом ширених компетенција, неке ствари у начину

„ако је могуће да се закон протумачи на начин који би отклонио питање уставности”, „ако закон није стварно повредио права неке странке”, „ако је штета која је отуда настала незнатна, или тек треба да наступи”, ако „се странка и сама користила тим законом”. В. више у: М. Стојановић, *op. cit.*, стр. 42, уз ослањање на А. Tunc, S. Tunc, *Le Systeme constitutionnel des Etats-Unis d’Amerique, Le systeme constitutionnel actuel*, Paris 1954, p. 287. Овде су, у ствари, набројани само неки од принципа који сачињавају садржину начела самоограничења суда.

- 7 О самоограничењу Врховног суда в. К. Heller, „Judicial self restraint in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Verfassungsgerichtshofes”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 39, No. 2, 1988, p. 89–136.
- 8 Пишући о идеји судског самоограничења („Judicial self-restraint”, односно „judicial auto-limitation”) и значају њене „оправдане победе” над „судским активизмом” (judicial activism), Мијановић истиче да инсистирање на примени ове идеје не значи залагање да се судови, којима је поверено вршење функције контроле уставности, „одричу својих уставом утврђених овлашћења нити забрану да у вршењу своје функције политички резонују и узимају у обзир економске, социјалне и политичке елементе и аспекте проблема, већ да своје надлежности врше одговорно и у складу са уставом не дозвољавајући прекорачење овлашћења и самовољно прекорачивање надлежности, посебно закорачење у законодавни домен и претварање у надпарламентарне институције”. Јер, управо ће доследна примена овога начела омогућити судовима да се успостављају као „самостални и врло ауторитативни органи са широким овлашћењима, без опасности да ће та овлашћења злоупотријебити и наметнути се као нова политичка власт и „екстрауставни” фактор”. G. Mijanović, „Doktrina ‘self-restraint’ u teoriji i praksi sudske kontrole ustavnosti”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, god. XXVIII, 1980, str. 185.
- 9 Напомињући да различити писци истичу различит број принципа судског самоограничења, Марковић се, сматрајући је најпотпунијом, опредељује за класификацију Х. Абрахама (H. Abraham). Наводећи, уз исцрпно образложење, 16 таквих принципа, Марковић вели да је Суд свестан важности поверења јавности и да је управо доктрина самоограничења, односно принципи који је чине, показатељ његовог напора да то поверење оправда и задржи. Р. Марковић, Покретање уставног спора о уставности нормативних аката, Београд 1973, p. 93–123, уз ослањање на H. Abraham, *The Judicial Process*, New York 1962, p. 310–326. В. и поменути рад J. M. Klebba, у коме аутор казује о три врсте ограничења – уставним, конгресним и ограничењима федералних судова од стране самих судова, које назива „уздржанашћу”, задржавајући се поближе на објашњењима сваког од ових ограничења понаособ. J. M. Klebba, *op. cit.*, стр. 215–218.

вршења те функције, чак у самом приступу њој, управо зарад добробити самога судства, морају мењати. Тако су прве деценије постојања и деловања Суда и деценије његове релативно блиске прошлости пример доследности у поштовању доктрине самоограничења. Преостали део праксе судског деловања у стварима контроле уставности у Сједињеним Америчким Државама потврдио је да ни „ово осећање самоограничења није довољна запрека, ако су судије одлучне да следе властиту филозофију која потиче из једног минулог времена”.¹⁰

Тако је, у својој дугој пракси, Суд у Сједињеним Америчким Државама прешао осетљиву границу између правног и политичког, упутивши се, вршењем контроле уставности закона, у оцену њихове сврсисходности, чиме је закорачио у суверени домен законодавца. Уосталом, ако се подсетимо да је још Токвил (*Tocqueville*) тврдио да су овлашћења Врховнога суда Сједињених Америчких Држава „скоро потпуно политичка, мада је његово устројство потпуно правосудно”,¹¹ то и није било изненађење. Нарочито снажно и уочљиво било је такво поступање судства у погледу социјалних закона. Посежући у тим приликама, с јасном намером да се онемогући њихово ступање на снагу, понекад и са изразито неприкладним образложењима, Суд није остављао ни законодавцу ни грађанима ни бледи трачак сумње у своје мотиве и претензије. Проглашавајући неуставним и законе који суштаствено то нису били, Суд се отворено упустио, остварујући тако негативну варијанту Келзеновог „негативног законодавца”, у стварање законодавства, још више, у креирање политике америчког друштва, усуђујући се да пресуђује не о конкретним случајевима, већ, у крајњој линији, о друштву као целини.¹²

Врхунац таквог поступања Суда достигнут је у време Рузвелтовог председниковања, када се Суд отворено поставио као брана тада смераним социјалним реформама. Црпећи снагу из добијеног поверења америчког народа, Рузвелт се смело упустио у борбу против снаге, чвр-

10 К. Чавошки, *op. cit.*, стр. 106.

11 А. de Tokvil, *O demokratiji u Americi*, Titograd 1990, str. 130–131.

12 Изразито критичко и оштро мишљење о америчком Суду и његовом деловању из времена двадесетих и тридесетих година овога столећа изрекао је, као својеврсни теоретичар-сведок, у нашој литератури Ђорђевић. Истицањем, прво, да се ова установа „претворила у своју сопствену негацију” и „од чувара чистоте и интегритета Устава постала фабрика новог устава” и, друго, од чувара законитости „творца несигурности законитости”, јер одговор на питање да ли је један закон одиста закон, да ли је уставан или не, „остаје у стању неизвесности све док се Највиши суд о том не изрази”, Ђорђевић је о оновременом америчком Суду говорио као о суду „неограничених права”. У вези с претходним, „Врховни суд је створио један нов однос хијерархије између основних грана државне власти, нарочито између законодавне и судске власти, противно основној равнотежи власти установљеној Уставом”, те је тако, „судска власт преузела да влада државом, али остављајући одговорност власти другима”, а од уставне и демократске владе стигло се до, Ламберовим (*Lambert*) изразом, „влада судија”, или по Хеинсовим (*Haines*) речима „судократије”. На крају, Врховни суд се, по, чини нам се претерано оштрој оцени Ђорђевића, „у својој најбитнијој улози, од инструмента гаранција основних права грађана... преобразио у инструмент гушења основних права највећег броја грађана”. Ј. Ђорђевић, *op. cit.*, стр. 363.

стине и конзервативизма тадањег Суда, отпочевши, како вели Хелер (*Heller*), свој рат с Врховним судом.¹³ Разумним поступањем, својством које га је очигледно красило и, уосталом, омогућило тако дуго и плодно руковођење огромном америчком државом, Рузвелт је успео да овако важно, не само правно, већ пре свега политичко питање будућности, па и опстанка Врховног суда у тадашњем обличју, разреши уз најмање друштвених потреса. Он се није понео за радикалним захтевима, који су се чули у заносу критике, за укидањем права суда да контролише уставност закона. Мудро радећи, он није посегнуо ни за поступком промене Устава. Напротив, не дирајући у светост највишег закона, до кога Америка и Американци толико држе, и чувајући форме које су њиме створене, Рузвелт се усмерио на могућности које је сам Устав отварао тиме што се није упустио у регулисање одређених питања. Једно од таквих било је питање састава Суда, и управо се њиме Рузвелт послужио да би се домогао жељеног циља. Поштујући мисао творца Устава да ће се именованем доживотних судија остварити циљ да се судови ставе „изнад свих искушења или утицаја који би могли да ометају слободу њихових одлука”,¹⁴ Рузвелт је устао против чињенице што је, према Хејнсовој педантној рачуници, тадашњих девет судија Врховног суда имало укупно 641 годину и што је прилив нове крви, свежих идеја, био нужност за америчко друштво снажних и непрекидних промена. Од тога доба није се променио само састав Врховног суда, већ, уопште гледано, његов став – од тада је почео да се мења начин његовог деловања, приступ споровима које је пресуђивао и његов однос према другим органима власти и самом друштву у целини.

У том смислу, начело самоограничења је једна од набројаних одлика америчког Суда. Јер, иако је у дугој пракси коришћено с различитом количином елана, ово је начело неизоставни део не само положаја Суда у систему или начина његовог деловања, већ нужни састојак његове природе, па и један од услова његовог опстанка. Повратак доследнијој примени начела самоограничења, удаљавање од примене *judge-made-law* система, нарочито након сукоба с Рузвелтом, потврђује такво схватање и сам Суд. Последње деценије његовог поступања у материји контроле уставности представљају раздобље напора да се постигне континуитет таквог поступања. Па ипак, треба се подсетити да су многи чланови Конгреса, научници и безмало сваки од америчких председника, попут Линколна (*Lincoln*), Рузвелта (*Roosevelt*) или Регана (*Reagan*), на овај или онај начин, имали повод и били у прилици да критикују надлежности Врховног суда. Хелер ће се стога с правом запитати да ли је могуће да чак две стотине година никоме није пошло за руком да Врховни суд држи у његовим оквирима и да стога од своје актуелности ништа не изгуби већ овештала реченица поменутих америчких угледника – „...ми желимо судије које су тумачи права, а не ствараоци новог права”.¹⁵

13 К. Heller, *op. cit.*, стр. 100.

14 New York Herald, 6. фебруар 1937. Наведено према Ј. Ђорђевић, *op. cit.*, стр. 367.

15 К. Heller, *op. cit.*, стр. 90.

Питање уставносудског активизма и уставносудске уздржаности којим се у овом раду бавимо, нужно је сагледати и у светлости једног посебног разлога, који је настао услед вишедеценијског постојања и деловања посебне варијанте „социјалистичког уставног правосуђа”, које је имало неке своје особене одлике и својства, међу којима је, неспорно, и друштвена улога активног чувара устава и социјалистичких друштвених вредности, посебно права радних људи и ангажоване и делатне бригае за њихово несметано уживање. Замисао социјалистичког уставотворца била је инспирисана европском идејом уставног судства, али је у пракси изградње нормативног оквира и судског поступања кројена по мери особеног социјалистичког обрасца уставносудске заштите.¹⁶ Отуда и посебне могућности уставних судова тада, али и њихово опстајање у промењеним условима у уставима бивших југословенских република данас. Овде свакако мислим на институт иницијативе који се по слову устава даје „сваком”, и то у већини случајева без потребе да се исказе и докаже посебан и дефинисани интерес за предузимање таквог обраћања уставном суду.¹⁷

Ако се осврнемо на уставно правосуђе у Републици Србији и његове могућности самосталног активног деловања, дакле оног које није изазвано захтевом који је дошао са стране, изван Суда, или о коме Суд има нормативним оквиром широко постављене могућности одлучивања у смислу његовог прихватања или одбијања, морамо поћи најпре од аутономног судског активизма преко покретања поступка по службеној дужности и, потом, од иницијативе која је Уставном суду поднета.

Прва међу значајним чињеницама је да сам Уставни суд може покренути поступак оцене уставности или законитости неког акта. Уставни услов је само да то покретање сагласно тражи десет од петнаест судија Уставног суда, дакле двотрећинска већина судијског састава. Друге услове уставотворац и законодавац не постављају, стварајући тако могућност сасвим самосталне позиције Уставног суда да процени да ли ће такву могућност и искористити, уз не тако велику и тешко савладиву препреку коју представља повећни степен сагласности од уобичајеног који представља правило.¹⁸ Овде се отварају већ „стандардна” питања која теорија

16 В. више код О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република – теорија, норма, пракса*, Београд 2010, посебно стр. 69 и даље.

17 У погледу начињене разлике између предлога за покретање поступка и иницијативе, истицано је да предлог представља „правну легитимацију за покретање поступка и ако та легитимација постоји суд је дужан да решава”, док је иницијатива „упозорење суда на одређене прописе који се сматрају од оних који покрећу иницијативу, да нису у сагласности са Уставом и законом”. Тако Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Београд 1972, стр. 682. Поступак за оцењивање уставности и законитости могао је покренути и сам Уставни суд, *ex officio*, и то у време социјалистичке уставности без икаквог ограничења, што је сматрано елементом посебног карактера југословенског уставног судства, које није било „само арбитар у сукобима о уставности и законитости, већ и активни носилац остваривања и заштите уставности и законитости”. *Истио*, стр. 680.

18 У раду о уставним и законским могућностима доступности уставном суду (Концепција уставног судства данас – уставни суд између „ексклузивног, врховног ар-

поставља. Колико је примерено да суд, као орган тзв. пасивне власти, која делује по позиву, државе или странке, сам исказује активну улогу у погледу вођења одређеног спора, а посебно његовог исхода. Колико је уставни суд ту објективан приликом пресуђења јер самим покретањем спора он је већ, без сумње, исказао свој став сумње у саправност посматраног акта и тако наговестио могући исход? У том случају Уставни суд није објективан трећи чинилац који у односу на друга два која су у спору „дели правду”. Наиме, сам Уставни суд је страна у спору јер сам одлучује да се упусти у оцену једног акта који му се чини сумњивим по питању своје усклађености са уставом или законом. И још нешто. Овде је Уставни суд унапред заложии свој ауторитет угледног познаваоца права и непристрасног проценитеља евентуалне правне грешке неког доносиоца одређеног акта. У овој ствари Уставни суд је обелоданио засновану сумњу и сва је прилика да је исход изгледан јер се суд не вара тек тако лако и без оправданог и чврстог основа. Изгледа да је овде ствар решена већ на почетку и да је исход познат са великим процентом извесности већ код предузимања почетних радњи, што суду никако не приличи и што се може увек и то аргументовано нападати. У одбрану оваквог решења увек је добро и оправдано истицати да је природа уставног судства различита од природе редовног судства и да у тој сложенијој структури уставносудске природе треба тражити разлог оправдања за постојање овакве могућности. Дакле, ова могућност јесте одговор на посебну улогу која је у друштву поверена Уставном суду и на његову одговорност за стање правног поретка, односно очување неокрњене позиције и значаја самог устава који је на снази. Сасвим је неспорно да Уставни суд мора исказати одговоран однос према овако широко постављеној могућности самосталног покретања уставносудског поступка контроле уставности или законитости и не тумачити је и не примењивати у корист сопственог „активизма”, а о трошку сопственог интегритета или интегритета других органа власти, па и самих грађана.¹⁹

бистра” и „суда обичних људи”) истакли смо да је „овако висок степен сагласности код поступања Суда на овај начин разумљива последица чињенице да сопствена иницијатива нужно значи већ у тој почетној фази поступка исказану сумњу у уставност или законитост акта који се испитује, сумњу која и опредељује судије да крену у покретање датог поступка и која се може разумети и као својеврсно прејудуцирање одлуке која треба да се донесе”. В. О. Вучић, *О заштити права*, Београд 2010, стр. 73–74.

- 19 Д. Стојановић сматра да „управо зарад очувања њихове независности (мисли се на уставносудске органе, О. В.) и непристрасности, искључиво други државни органи, некада и појединци, морају пред њима да покрећу поступак. Независно од ретких изузетака, за уставни суд такође важи начело *ne procedat iudex ex officio*. Упоредно посматрано, уставни суд може официјелно, *ex officio*, да покреће поступак једино ако је у питању решавање *прејиходної* или *прејудуциционої* *ишћања*. Тиме остаје задржано опште важеће правило да тек онда када буду испуњене неопходне процесне претпоставке, уставни судови могу да делују, покрећу, воде поступак и доносе мериторне одлуке”. Д. Стојановић, „Премисе уставне контроле права и њихово остваривање у пракси Уставног суда Србије”, Зборник радова *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права 1963–2013*, Београд 2013, стр. 118.

Друга и много чешће коришћена уставна могућност односи се на постојање иницијативе која је постављена изузетно широко јер је, уставним речником, Уставном суду могу поднети сви. Док је Уставни суд везан поднетим предлогом, чије подношење представља и почетак уставног спора који ће се водити пред Уставним судом, о поднетој иницијативи, њеној судбини, суд тек треба да одлучи и да донетим решењем о њеном прихватању отпочне процедуру уставног судовања. Иако је и судбина захтева изнетог у предлогу овлашћеног предлагача неизвесна у погледу крајњег исхода јер Суд може одлучити по својој слободној оцени да ли је оспорени правни акт сагласан Уставу или неком од важећих закона и тако својом одлуком потврдити да је подносилац предлога био у праву, потпуно или само делимично, предлагачу је обезбеђено уставносудско поступање. Када је Уставном суду поднета иницијатива, судски активизам је смештен у одлуку Уставног суда да ли су наводи подносиоца иницијативе такви да их сматра прихватљивим за отпочињање поступка или да је бар сигнал дат иницијативом, ма колико она била оскудна у своме образложењу или неука у подастирању аргументације, довољан, оправдан и смислен да Уставни суд на указану ствар реагује и по њој поступа. Зато у одлуци о покретању поступка која долази након поднете иницијативе Уставни суд Србије исказује свој прavi, а рекла бих и пуни судски активизам. Овом приликом Уставни суд делује потпуно самостално невезан границама којима се руководио иницијатор, неспутан роком или неком другом оградом свог поступања. Ако се уз све речено наведе да је Законом о Уставном суду уређено да у поступку оцењивања уставности или законитости Уставни суд није ограничен захтевом овлашћеног предлагача, односно иницијатора (чл. 54. ст. 1), и да Уставни суд може наставити поступак за оцену уставности или законитости када овлашћени предлагач или иницијатор одустане од поднетог предлога или иницијативе, ако за то нађе основа (чл. 54. ст. 2), могући степен исказивања судског активизма увелико расте. У суштини, Уставни суд у Републици Србији у свим овим случајевима о свом поступању одлучује потпуно самостално. Да ли ће се кретати у границама које је определио подносилац иницијативе, да ли ће те границе, из разлога које сам уважава, превазићи и ићи даље у оцени упитне уставности или законитости оспореног акта, Уставни суд ће одлучити по сопственој процени, исказујући одређену меру судског активизма. Дозвољени однос према поднетој иницијативи јесте легитимацијски основ за самостално поступање Уставног суда, које није ништа друго до Уставом и законом успостављени судски активизам. Како је број иницијатива које се подносе Уставном суду знатан, а и број позитивног реаговања Уставног суда на њих није мали, то се на основу поступања Уставног суда по поднетим иницијативама које нам приказује судска пракса²⁰ може закључити да

20 Према извештајима судске праксе Уставног суда Србије, у 2008. години донет је 191 закључак о одбацивању поднетих иницијатива, при чему је у 46 предмета био оспорен закон. У 12 предмета то је учињено због ненадлежности Суда, у девет предмета у питању су биле неблагоприятне иницијативе, у пет неуредне иницијативе, док је

је удео овог начина исказивања самосталног судијског деловања далеко претежнији од оног који је настао као последица поступања *ex officio*. Разлог за такво стање треба видети и у чињеници да се овде сам Уставни суд осећа заштићеним од оцене да је од самог почетка на одређеној страни у спору, да није сопственом одлуком, у смислу самосталне иницијативе, отворио спор и да само следи „захтев за поступање” који му је поднет и на који је, сагласно својој уставом опредељеној функцији, дужан да реагује ако у њему препозна засноване аргументе. Но то све не може прикрити, још мање елиминисати, чињеницу да је суд самовласно одлучио да у одређеној ствари поступа, да суди и пресуђује.

Како је механизам контроле уставности легалан и легитиман начин уклањања одређених закона и других правних аката из правног поретка, дакле „подесан инструмент” за корекције деловања законодавца, у Републици Србији Народне скупштине, или за њихово очување, иако разлози саправности могу упућивати на потребу другачијег поступања, о чему се аргументовано изјашњавају подносиоци иницијатива или уставом овлашћени предлагачи, угледно уставно судство строго се мора чувати несмотреног посезања за самосталним активним приступом. Ово из разлога што се, као најопаснији ексцеси и злоупотребе уставно-судског деловања управо могу јавити начини коришћења успостављених могућности да Уставни суд искаже своју пуну самосталност не само код пресуђења, што је једино исправно и прихватљиво, већ код самосталног одлучивања о покретању сопственог поступка.²¹

у преосталих 20 предмета у питању био недостатак других процесних претпоставки. У току 2009. године, донето је 117 закључака о одбацивању иницијатива-предлога, од којих је у 32 предмета био оспорен закон, тако што је ненадлежност Суда била разлог одбацивања у осам предмета (седам иницијатива и један предлог), у једном предмету се радило о неблагоприятној иницијативи, 17 иницијатива и два предлога су били неуредни, док је у четири преостала предмета установљен недостатак других процесних претпоставки. 2010. године донето је 103 закључка о одбацивању, од којих је у 29 предмета био оспорен закон, 13 предмета је на овај начин окончано због ненадлежности Суда, девет због неуредне иницијативе и седам због недостатка других процесних претпоставки. Наредне, 2011. године у 92 случаја је закључком одбачена иницијатива, закони су били у питању у 41 предмету, Суд се огласио ненадлежним у 12 предмета, иницијативе су биле неблагоприятне у два предмета, било је, по оцени Суда, 13 неуредних иницијатива и 14 случајева недостатка других процесних претпоставки. Током 2012. године иницијативама су у 60 случајева оспорени закони (укупно је донето 176 закључака о одбацивању иницијатива), у 20 предмета због ненадлежности Суда, услед неуредних поднесака закључак о одбацивању донет је у осам предмета, очигледно неоснованих било је 19 иницијатива у два предмета Суд је оценио да је реч о злоупотреби права на подношење иницијативе, док је недостатак других процесних претпоставки био разлог одбацивања 11 поднетих иницијатива. У прошлој, 2013. години донето је највише – 213 закључака о одбацивању иницијатива, од чега се 68 односило на оспоравање уставности закона. У 21 предмету радило се о ненадлежности Суда, неблагоприятност подношења иницијативе била је разлог њеног одбацивања у два случаја, три иницијативе биле су оцењене као неуредне, док је 26 поднетих иницијатива од Суда било оцењено као очигледно неосноване. Преосталих 16 предмета одбачени су закључком због недостатка других процесних претпоставки.

21 О променама које смо помињали и које су се ипак десиле и сведоче о својеврсној „европеизацији уставног правосудја” у бившим социјалистичким државама (сада

Па ипак, строго контролисано деловање, у смислу „само” или „ауто” контроле Уставног суда, не треба суд да уведе у забран потпуне уздржаности која ће бити лишена сваког активизма – што би се свакако морало сматрати недовољно прихватљивим, али треба да уведе Уставни суд у склад са сопственом уставном природом, са својом уставом опредељеном улогом, и да оствари хармонију са очекивањима која у односу на њега, као ексклузивног заштитника и чувара устава и уставности, имају грађани, зарад заштите чијих интереса, права и слобода Уставни суд и постоји.

*Prof. dr Olivera Vučić**

CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE BETWEEN JUDICIAL ACTIVISM AND JUDICIAL ABSTENTION

Summary

The establishment of the constitutional judiciary was followed by numerous disapprovals based on the political character of the constitution as the criterium of adjudication, which leads inevitably to the political character of the constitutional judiciary, the incapability of the constitutional court's control by the people as a consequence of its nature of an appointed body, the fear of the extent of this body's competences and the character of its decisions and, particularly, of the disturbances which its establishment would cause for the functioning of the separation of powers principle. Specific concern was expressed for the possibility for the court as the independent body, independent from the executive, legislative and power of the ordinary courts, to voice in its activity the unacceptable measure of judicial activism, that is the deficient readiness for the due abstinence from

самосталним државама а некада републикама у саставу социјалистичке Југославије), сведоче најбоље нека уставна решења која су данас на снази а у којима се изражава став о потреби судске уздржаности. Тако је по Уставу Босне и Херцеговине Уставни суд БиХ уставни орган, чије су надлежности изричито прописане Уставом БиХ и који, као последња инстанца у тумачењу Устава БиХ, има коначну реч у уставноправним споровима насталим између осталих уставних органа. Упркос томе, његова уставноправна функција не укључује право да прошири своје надлежности изван уставноправног мандата. Задатак Уставног суда БиХ да штити Устав БиХ истовремено га присиљава на самоограничење. Уставни суд БиХ носи посебан терет одговорности, а то је да у последњој инстанци одлучује о најважнијим уставноправним питањима у БиХ. То захтева да судије овог суда, као највише позиционирани у судској хијерархији, поседују стручну перфекцију, одмереност, далековидост и судијску суздржаност”. Ch. Steiner i N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine – Komentar*, Sarajevo 2010, str. 623.

* Olivera Vučić, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. Judge of the Constitutional Court of Serbia. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

its own activism, which would confirm and justify all warnings of its critiques. The experiences of the US Constitutional court activism show that the measure of the voiced judicial activism depends on the variance of concrete social circumstances, the nature and the importance of the pertinent legal questions and the composition of the Court, while the constitutional judicial practice in European states is conditioned by the more precise legal framework which regulates the judicial activism. Specific example is the constitutional judiciary in the Republic of Serbia where the possibilities for judicial activism are much wider.

Key words: *Constitutional court. – Judicial activism. Judicial abstinence. – Foreign experience. – Norm and practice in the Republic of Serbia.*